





# **EKONOMICKÉ METODY V SOUTĚŽNÍM PRÁVU**

Kamil Nejezchleb, Zuzana Hajná, Josef Bejček

Masarykova univerzita  
Brno 2014

Vzor citace:

NEJEZCHLEB, Kamil ; HAJNÁ, Zuzana ; BEJČEK, Josef. *Ekonomické metody v soutěžním právu*.

1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014. 299 s. Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity, řada teoretická, Edice Scientia, sv. č. 504. ISBN 978-80-210-7701-0.

Katalogizace v knize – Národní knihovna ČR

Nejezchleb, Kamil

Ekonomické metody v soutěžním právu / Kamil Nejezchleb, Zuzana Hajná, Josef Bejček – 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014. - 299 s. (Spisy Právnické fakulty Masarykovy univerzity ; řada teoretická, Edice Scientia, sv. č. 504). ISBN 978-80- 210-7701-0 (brož.)

346\* 346.546\* 347.7\* 33

- právo hospodářské soutěže

- soutěžní právo

- obchodní právo

- ekonomie

- kolektivní monografie

346 – Hospodářské právo [16]

Tato publikace vznikla na Masarykově univerzitě v rámci projektu „Komplexní analýza aplikace ekonomických metod v soutěžním právu“ č. MUNI/A/0956/2013 podpořeného z prostředků účelové podpory na specifický vysokoškolský výzkum, kterou poskytlo MŠMT v roce 2014.

Recenzent: prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc.

© 2014 Kamil Nejezchleb, Zuzana Hajná, Josef Bejček

© 2014 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-7701-0

---

# Obsah

Úvod.....	9
Seznam zkrácených označení a zkratk.....	11
<b>1 Ekonomický přístup a „více ekonomický přístup“ v právu na ochranu soutěže: jeho možnosti a omezení.....</b>	<b>13</b>
1.1 Ekonomická efektivnost a cíle soutěžního práva .....	13
1.2 Evropská rozhodovací praxe mezi „více ekonomickým“ a normálním ekonomickým přístupem.....	26
<b>2 Stanovení relevantního trhu pomocí kvantitativních metod .....</b>	<b>33</b>
2.1 Pojem relevantního trhu v soutěžním právu a základní definiční východiska .....	33
2.1.1 Nezbytnost vymezení relevantního trhu pro právní kvalifikaci jednání .....	35
2.1.2 Omezení soutěžitele chovat v hospodářské soutěži nezávisle a relevantní trh...37	
2.1.3 Shrnutí.....	37
2.2 Konkrétní přístupy k vymezení relevantního trhu .....	38
2.2.1 Test hypotetického monopolisty - SSNIP test.....	39
2.2.2 Praktický příklad použití SSNIP testu.....	41
2.2.3 Úskalí SNIPP testu .....	43
2.3 Praktická realizace SSNIP testu pomocí kvantitativních technik.....	46
2.3.1 Zkoumání cenové elasticity poptávky .....	47
2.3.2 Analýza kritické ztráty .....	48
2.3.3 Analýza kritické ztráty v praxi .....	49
2.3.4 Cenové testy.....	52
2.3.4.1 Korelační analýza .....	54
2.3.4.2 Analýza Grangerovy kauzality.....	57
2.3.4.3 Analýza stacionarity a kointegrace.....	59
2.4 Praxe ÚOHS a českých správních soudů .....	60
2.4.1 Použití kvantitativních metod při vymezení relevantního trhu v případě Student agency .....	61
2.4.2 Kvantitativní metody pro stanovení relevantního trhu v případech posouzení spojení soutěžitelů.....	65
2.5 Shrnutí.....	67
<b>3 Stanovení tržní síly a její význam v soutěžním právu.....</b>	<b>71</b>
3.1 Tržní síla v praxi antitrustu .....	72
3.2 Určování tržní síly - strukturální přístup.....	74
3.2.1 Zákonná východiska .....	74

3.2.2	Tržní podíl .....	75
3.2.3	Ostatní hráči na trhu - konkurenti aktuální a potenciální, tržní síla odběratelů .....	79
3.3	Přímé měření tržní síly, Lernerův Index .....	83
3.3.1	Lernerův index.....	84
3.4	Shrnutí.....	86
<b>4</b>	<b>Ekonomické posouzení významné tržní síly a vyjednávací síly.....</b>	<b>89</b>
4.1	Úvodem k přirozené nerovnosti v obchodních transakcích.....	89
4.2	Právní úprava „významné tržní síly“ v ČR.....	92
4.3	Tržní moc a vyjednávací síla .....	94
4.3.1	Tržní moc kupujících .....	95
4.3.2	Věcná a formální rozlišovací hlediska.....	97
4.4	Příčiny a možné projevy větší tržní síly na straně poptávky.....	99
4.4.1	Soutěžní dopady větší tržní moci kupujících .....	101
4.5	Sporné důvody pro zvláštní regulaci subdominantní tržní síly na straně poptávky .....	104
4.5.1	Monopson a oligopson .....	104
4.5.2	Subdominantní tržní síla kupujícího a zájmy spotřebitele.....	105
4.6	Ekonomická závislost.....	108
4.6.1	Ekonomická závislost a dominance .....	108
4.6.2	Kvalifikovaná subdominance.....	110
4.7	Využití a zneužití vyjednávacích pozic a závislosti.....	111
4.7.1	Ochrana soutěže versus ochrana účastníků trhu.....	111
4.7.2	Smluvní svoboda a nerovnost stran .....	114
4.7.3	Obchodní řetězce jako <i>subdominanti sui generis</i> .....	115
4.8	Závěrem k ekonomickým hlediskům tzv. významné tržní síly či ekonomické závislosti.....	116
<b>5</b>	<b>Ekonomická analýza a kvantitativní metody při posuzování spojování soutěžitelů.....</b>	<b>121</b>
5.1	Volba metody a charakter soutěže na trhu .....	124
5.2	Základní strukturální indikátory.....	126
5.2.1	Tržní podíl .....	126
5.2.2	Herfindahl-Hirschmanův Index (HHI) .....	126
5.3	Základní nestructurální indikátory .....	128
5.3.1	Cenová korelace, stacionarita .....	128
5.3.2	Analýza kritické ztráty .....	130
5.3.3	Míra odklonu.....	131
5.3.4	Test tlaku na zvyšování cen (UPP) .....	133
5.3.5	Naturální experiment.....	136
5.3.6	Vyrovňávání pomocí snížení mezních nákladů („CMCR“).....	137

5.4	Testy pro posouzení efektů fúze - simulační modely fúzí.....	138
5.4.1	Modely využívané na trzích charakteristických bertrandovým typem soutěže...	139
5.4.1.1	Modely založené na regresní analýze .....	139
5.4.1.2	Modely diskrétní volby - „logit“, „žabnížďený logit“ .....	139
5.4.1.3	Model AIDS („Almost Ideal Demand System“) modely.....	141
5.4.2	Modely využívané na trzích charakteristických cournotovým typem soutěže....	142
5.4.3	Modely využívané na aukčních trzích .....	143
5.4.4	Modelování koordinovaných efektů fúze .....	145
5.5	Použití ekonomických testů při posuzování fúzí v české praxi.....	145
5.6	Obecný závěr k modelování a jeho použitelnosti v české praxi .....	147
<b>6</b>	<b>Posouzení zneužití dominantního postavení pomocí kvantitativních metod .....</b>	<b>155</b>
6.1	Úvodní výklady .....	155
6.1.1	Monopol .....	155
6.1.2	Pojem dominantní postavení a jeho zneužití .....	158
6.1.3	Základní pohled na posuzování zneužití dominantního postavení .....	161
6.2	Základní ekonomické testy používané pro posouzení zneužití dominantního postavení .....	165
6.2.1	Test spotřebitelského blahobytu .....	166
6.2.2	Test obětování zisku .....	168
6.2.3	Test absence ekonomického smyslu.....	169
6.2.4	Test stejně efektivního soutěžitele .....	169
6.2.5	Shrnutí základních ekonomických testů .....	172
6.3	Posuzované ekonomické kategorie pro hodnocení vylučovacích praktik .....	173
6.3.1	Náklady.....	173
6.3.2	Ziskovost .....	177
6.4	Predátorské ceny (podnákladové ceny).....	178
6.4.1	Cenově-nákladový test pro posouzení predátorských cen a jeho judikaturní vývoj .....	179
6.4.2	Prokázání náhrady ztrát.....	183
6.4.3	Test stanovený v EUADG .....	185
6.4.4	Ekonomické posouzení predátorského jednání v praxi USA .....	187
6.4.5	Česká praxe .....	188
6.5	Odmítnutí dodávek .....	190
6.5.1	Postup doporučený v EUADG.....	192
6.5.2	Přístup USA .....	193
6.6	Stlačování marže.....	195
6.6.1	Vývoj v používání ekonomických testů v evropské praxi.....	199
6.6.2	Praxe USA .....	203
6.7	Výhradní odběr.....	204

6.7.1 Praxe USA .....	205
6.8 Věrnostní rabaty .....	206
6.8.1 Test stanovený v EUADG .....	207
6.8.2 Vývoj posuzování věrnostních rabatů v evropské rozhodovací praxi .....	209
6.8.3 Praxe USA .....	213
6.9 Vázaný a spojený prodej - „vázání“ a „balíčkování“ .....	215
6.9.1 Analýza popsaná v EUADG .....	216
6.9.2 Balíčkování .....	218
6.9.3 Analýza vázání a balíčkování v USA .....	219
6.10 Cenová diskriminace .....	220
6.11 Vykrošřovatelské cenové praktiky - „excesivní ceny“ .....	223
6.11.1 Posuzování excesivní ceny v evropské judikatuře .....	225
6.11.2 Přístup a judikatura USA .....	226
6.12 Závěr .....	227
<b>7 Ekonomický přístup k posuzování zakázaných dohod.....</b>	<b>229</b>
7.1 Základní dělení zakázaných dohod a jejich nebezpečnost z hlediska antitrustu .....	229
7.2 Členění dohod - dohody horizontální a vertikální, cílové a efektové, kartely.....	230
7.3 Právní úprava zakázaných dohod .....	232
7.4 Kartelové dohody.....	237
7.4.1 Ekonomicko-teoretické předpoklady uzavření kartelu.....	238
7.4.2 Kvantitativní techniky a jejich použití v oblasti kartelových dohod.....	242
7.4.3 Specifické možnosti detekce bid-riggingu pomocí kvantitativních technik .....	244
7.5 Horizontální „nekartelové“ dohody .....	247
7.5.1 Posuzování horizontálních dohod, použití ekonomických metod .....	251
7.6 Vertikální dohody .....	252
7.6.1 Možné ekonomické zdůvodnění vertikálních dohod .....	257
7.6.2 Zákaz vertikálních dohod, jejich protisoutěžní účinky.....	262
7.6.3 Dohody o určování cen pro další prodej („RPM“).....	263
7.6.3.1 Dohody o určování cen pro další prodej v české praxi.....	270
7.7 Zhodnocení a perspektivy ekonomických metod v oblasti zakázaných dohod.....	272
<b>Summary .....</b>	<b>275</b>
<b>Literatura a další použité zdroje .....</b>	<b>277</b>



---

## ÚVOD

Tato monografie je výsledkem spolupráce dvou doktorandů a jejich školitele na katedře obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, kde se soutěžní právo v obou svých směrech (antitrustu a ochrany před nekalou soutěží) již po léta pěstuje a kultivuje zřejmě nejintenzivněji ve srovnání mezi našimi akademickými pracovišti. Všichni tři spoluautoři jsou nejen akademiky, ale dlouhodobě a systematicky působí též v praxi v oblasti právní ochrany hospodářské soutěže (na Úřadě pro ochranu hospodářské soutěže v rámci prvostupňového i přezkumného rozhodování a na Nejvyšším správním soudu České republiky). Všichni rovněž absolvovali dlouhodobé zahraniční studijní stáže na akademických pracovištích i u aplikačních orgánů.

Publikace vznikla díky projektu specifického výzkumu, v jehož rámci se na Masarykově univerzitě propojují invence, znalosti, zkušenosti a elán starších a začínajících specialistů. Kvantitativní podíl tří spoluautorů na koncipování a na výsledném textu jednotlivých kapitol se samozřejmě lišil, ale všichni se vyjadřovali ke všemu a všichni četli a formulačně upravovali vše; jde tedy o dílo skutečně kolektivní, u něhož se dají hranice autorského či spoluautorského (komentátorského, revizního, formulačního apod.) podílu někdy jen velmi těžko odlišit. Budiž však řečeno, že pokud je o samotný počet stavebních slov knihy, zásluhy spoluautorů odpovídají pořadí, v němž jsou pod názvem knihy uvedeni.

Knihka představuje u nás zatím ojedinělý pokus o shrnutí a vysvětlení základních analytických a kvaziprognostických ekonomických (nenormativních) metod, s jejichž pomocí soutěžní úřady hodnotí především úroveň (intenzitu) a nebezpečí či možná omezení hospodářské soutěže jako podklad pro svoje rozhodnutí. Novum je v průřezovém a kritickém pohledu na podstatu jednotlivých metod a na jejich výhody a rizika, a to v komparativní konfrontaci s jejich použitím v aplikační praxi u nás, v Evropské unii a v USA.

Postupujeme od střízlivého hodnocení tzv. ekonomizace soutěžního práva přes analýzu vývoje a významu ekonomických metod, po zásadní úvahy o postavení soutěžitelů na trhu a analýzu ekonomických metod samotných a jejich použití při posuzování některých základních faktorů hodnocení postupu soutěžitelů. Snažíme se neopakovat známé, ale spíše přinášet či komentovat a hodnotit nové

poznatky. I když některé pasáže byly v průběhu řešení projektu uveřejňovány, většina informací u nás dosud publikována nebyla. Je navíc třeba upozornit, že řadu komentovaných ekonomických metod dosud český Úřad pro ochranu hospodářské soutěže nepoužil, a že jsou u některých z nich známy spíše jen jednotlivé případy z „laboratoře antitrustu“ - USA.

Nemáme ambici rozhodnout spor mezi normativním a detailněji ekonomizujícím přístupem v soutěžním právu, který nemá (a nikdy nebude mít) jasného vítěze. Uznáváme fakticitu hodnotového „přednastavení“ zúčastněných, které je z velké části dáno mimoracionální argumentací právě proto, že je podmíněno hodnotově. Rovněž antitrust je z velké části založen na sdílené víře, převládajících předsudcích či módních pověrách. Ani ekonomické metody a argumenty nejsou proti tomuto vlivu imunní; mají však oproti čistě normativním přístupům výhodu strukturovanosti a praktické verifikace či falzifikace.

Nesnažíme se při jejich prezentaci vnucovat apriorní postoj k jednotlivým metodám či k jejich hodnocení, byť svoje hodnotové preference někdy skrýt nedokážeme (ani jako spoluautoři jsme se samozřejmě vždy a ve všem plně neshodli a prosazovali jsme různé akcenty).

Knihy je psána pro odborníky a zájemce o obor a předpokládá předchozí základní orientaci v něm. Věříme, že soustředěné poznatky poslouží k lepší orientaci praktiků, ale že obohatí a k dalším úvahám podnítí i akademiky.

Prosinec 2014

Za spoluautorský kolektiv

Josef Bejček

---

## SEZNAM ZKRÁCENÝCH OZNAČENÍ A ZKRATEK

<b>Clayton Act</b>	The Clayton Antitrust Act z roku 1914
<b>ČR</b>	Česká republika
<b>DG COMP</b>	Generální ředitelství pro hospodářskou soutěž Evropské komise.
<b>DOJ</b>	Ministerstvo spravedlnosti USA
<b>DOJHMG</b>	Horizontal Merger Guidelines. U. S. Department of Justice and Federal Trade Commission. 2010
<b>DOJVG</b>	Non-Horizontal Merger Guidelines (Původně vydány jako součást „U.S. Department of Justice Merger Guidelines,“ ze dne 14. června, 1984.)
<b>EK</b>	Evropská komise
<b>ES</b>	Evropské společenství
<b>EU</b>	Evropská unie
<b>EUADG</b>	Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele (2009/C 45/02), Úřední věstník C 045, 24/02/2009 S. 0007 - 0020
<b>EUHG</b>	Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci (2011/C 11/01), Úřední věstník C 011, 14/01/2011 S. 0001 - 0072
<b>EUMCR</b>	Nařízení Rady (ES) č. 139/2004 ze dne 20. 1. 2004, o kontrole spojování podniků (Nařízení ES o spojování), Úřední věstník L 024, 29/01/2004 S. 0001 - 0022
<b>EUMHG</b>	Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), Úřední věstník C 031, 05/02/2004 S. 0005 - 0018
<b>EUMVG</b>	Pokyny pro posuzování nehorizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2008/C 265/07), Úřední věstník C 265, 18/10/2008 S. 0006 - 0025

<b>EURT</b>	Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03), Úřední věstník C 372, 09/12/1997 S. 0005 - 0013
<b>EUVG</b>	Pokyny k vertikálním omezením (2010/C 130/01), Úřední věstník C 130, 19/05/2010
<b>ESD</b>	Evropský soudní dvůr (nyní Soudní dvůr)
<b>FTC</b>	Federální komise pro obchod USA
<b>HHI</b>	Hirschman Herfindahl index
<b>HMT</b>	Test hypotetického monopolisty
<b>SFEU</b>	Smlouva o fungování Evropské unie
<b>Sherman Act</b>	The Sherman Antitrust Act z roku 1890
<b>SIEC</b>	Test podstatného narušení efektivní hospodářské soutěže
<b>SSNIP test</b>	Test malého, ale znatelného a nepřenositelného zvýšení ceny
<b>Tribunál</b>	Tribunál Evropské unie (dříve Soud prvního stupně)
<b>ÚOHS</b>	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
<b>USA</b>	Spojené státy americké
<b>USSFC</b>	Competition and Monopoly. Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act. U. S. Department of Justice. 2008
<b>ZOHS</b>	zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů
<b>ZVTS</b>	zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití

---

# 1 EKONOMICKÝ PŘÍSTUP A „VÍCE EKONOMICKÝ PŘÍSTUP“ V PRÁVU NA OCHRANU SOUTĚŽE: JEHO MOŽNOSTI A OMEZENÍ

## 1.1 Ekonomická efektivnost a cíle soutěžního práva

Tato publikace rozebírá a vysvětluje podstatu a použití ekonomických metod v soutěžním právu a pohybuje se tematicky na interdisciplinárním pomezí práva a ekonomie. Nechce být ani jednostranným propagátorem více ekonomického přístupu (*more economic approach*), resp. ekonomizace soutěžního práva (která má někdy svým svatým zaujetím a zbožštěním tzv. spotřebitelského blahobytu blízko spíše k ideologii), ani jejím jednostranným kritikem. Pokouší se o inventuru jednotlivých ekonomických metod použitelných v právu na ochranu hospodářské soutěže a o zhodnocení jejich silných a slabých stránek, a to nejen z hlediska teoretického, ale i na základě zpětné vazby z rozhodovací praxe tuzemské, evropské a praxe USA. Potřeba nepředpojatého přístupu k ekonomizaci soutěžního práva vyplývá z vývoje, jímž aplikace ekonomických metod v soutěžním právu v poslední době prošla a prochází. Na problematiku využívání kvantitativních metod, které především pracují s blahobytem spotřebitele orientovaným na ceny, a opouštějí tak svým způsobem tradiční myšlenku ochrany soutěže jako hodnoty *sui generis*, existují i v současné době různé názory. Tato pluralita názorů se proto nutně objevuje i v této knize. Autoři se nesnaží apriorně přiklánět na tu či onu stranu, ale dávají čtenáři prostor udělat si vlastní názor na základě argumentů, které se pro i proti používání kvantitativních metod, statistiky a ekonometrie v praxi soutěžního práva objevují.

Soutěžní právo se ve své veřejnoprávní větvi zaměřené na ochranu hospodářské soutěže někdy pokládá za aplikovanou mikroekonomii. Konstatuje se někdy dokonce, že kartelové právo je s mikroekonomií identické,<sup>1</sup> a že se stalo odvětvím ekonomiky.<sup>2</sup> Je to dáno především úzkou vazbou na ekonomická hlediska

<sup>1</sup> Srov. Fox, E.M.; Sullivan, L.A. Antitrust - Retrospective and Prospective: Where Are We Coming from? Where Are We Going? *62 N.Y.U.L. Rev.* 1987, s. 936-945. V této kapitole využíváme a dále rozvíjíme myšlenky uvedené v práci BEJČEK, J. *Soutěžní politika a řízení v evropském kontextu*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, 389 s. ISBN 9788021050679, s. 115 a násled.

<sup>2</sup> Easterbrook, F. H. Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks. *76 Geo.L.J.* 1987, s. 305.

posuzování způsobu, jakým se soutěžitelé na trhu chovají, jakým mohou ovlivnit soutěž a také tím, že celé právo na ochranu hospodářské soutěže stojí na ekonomických principech a teoriích.

Chování soutěžitelů je často motivováno především krátkodobými a střednědobými ekonomickými hledisky. Veřejný zájem na ochraně soutěžního prostředí mezi endogenními motivy podnikatelů nepatří a je do hodnocení jejich chování vnášen zvnějšku *ex ante* (při kontrole spojování soutěžitelů) nebo *ex post* (při kontrole dohod mezi soutěžiteli omezujících soutěž a zneužití dominantního postavení).

V posledním desetiletí jsme byli svědky velmi výrazného pohybu v teorii i v aplikaci práva na ochranu hospodářské soutěže: od spíše *per se* normativního přístupu k přístupu až ekonomicky kasuistickému na základě zvážení okolností jednotlivého případu a konkrétního krátkodobého dopadu chování v konkrétní situaci, až po jisté vystřízlivění z tohoto opojení tzv. více ekonomickým přístupem.

Zvýšený důraz na tzv. ekonomizaci soutěžního práva, která spočívá v preferování ekonomických hledisek v rozhodovací praxi soutěžních úřadů a soudů, nicméně přetrvává. Zasahuje především posuzování spojení soutěžitelů (fúzí, *mergers*<sup>3</sup>), ale „ekonomizace“ přístupu je patrna i při posuzování zakázaných dohod omezujících soutěž a případů zneužití dominantního postavení, resp. i subdominantní tzv. významné tržní síly. Tento přístup se neprojevuje pouze v konečných rozhodnutích soutěžních úřadů, ale je zakotvován rovněž prostřednictvím různých metodických pokynů ve formě *soft law*, které, ač neaprobovány soudy, jsou ze strany svých tvůrců (soutěžních úřadů) následovány a dodržovány, čímž ekonomické principy pronikají nezadržitelně do aplikační praxe, byť to nemusí být na první pohled zřetelné.

Ve fázi nadšení pro tzv. více ekonomický přístup se za prvořadý princip soutěžního práva i v aplikační rozhodovací praxi pokládala podpora ekonomické efektivity a blahobytu spotřebitelů.<sup>4</sup> Protivníci Chicagské školy<sup>5</sup>, kteří se snažili o uznání i jiných cílů kartelového práva nežli jen o bilanci zisků a ztrát na ekonomické efek-

<sup>3</sup> „Fúzí“ se pro účely této publikace rozumí všechny typy spojení ve smyslu § 12 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže („ZOHS“), tedy nikoliv pouze „fúze“ ve smyslu § 60 a násl. zákona č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností a družstev.

<sup>4</sup> Srov. Schlossberg, R. S. (ed.) *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*. 2. ed. Chicago: Section of antitrust law, 2004, 869 s. ISBN 1590313739, s. 379; Areeda, P.; Turner, D.F. *Antitrust Law*. 2003, s. 1102.

<sup>5</sup> Více o tomto přístupu viz CUCINOTTA, A., PARDOLESI, R., BERGH, R. *Post-Chicago developments in antitrust law*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2002, 337 s. ISBN 18-437-6001-0.

tivnosti (jako např. cíle zabránit přesunu majetku od spotřebitelů k výrobcům, nebo o zábranu akumulace ekonomické moci, o ochranu svobody rozhodování menších podniků apod.), byli v diskusi potlačováni a zejména jim nedávala za pravdu judikatura.<sup>6</sup>

Zdroj trendu k masivní ekonomizaci soutěžního práva byl především v USA a evropské právo na něj spíše jen reagovalo. Přesto byly již některé rozsudky Soudního dvora a rozhodnutí EK zejména z prvního desetiletí 21. století pod zřetelným vlivem této intelektuální atmosféry. Tím se však dostávaly do částečného rozporu se základními cíli evropského kartelového (soutěžního) práva vnímanými pohledem ordo-liberálním,<sup>7</sup> které byly základními právními dokumenty EU, teorií, rozhodováním EK i soudní judikaturou pojmány mnohem plastičtěji. Radí se mezi ně vytvoření a fungování integrovaného společného trhu, který má ústřední roli,<sup>8</sup> ale lze sem zahrnout i další cíle, jež se někteří ekonomové zdráhají akceptovat, jako jsou ekonomická svoboda, poctivost, ochrana malých a středních firem, mezinárodní konkurenceschopnost domácích podnikatelů, ekologické ohledy a další.<sup>9</sup> Podpora blahobytu spotřebitelů zvyšováním ekonomické efektivity však mezi tyto cíle patří též.<sup>10</sup> Jako by se ovšem někdy pozapomnělo, že podle platného unijního práva<sup>11</sup> je činnost Evropské unie zaměřena na vytvoření systému nezkreslené soutěže - nadřazování blahobytu spotřebitelů tomuto cíli nebylo právně podloženo.<sup>12</sup>

<sup>6</sup> Blíže viz Mayer, Ch. Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA, Nomos Verlag, Baden Baden, 2005, s. 35 a násl.

<sup>7</sup> Více k tomuto pohledu viz GIOCOLI, N. Competition versus property rights: American antitrust law, the Freiburg School, and the early years of European competition policy. *Journal of Competition Law and Economics*. [online]. 2009 [cit. 26. 8. 2013]. Dostupné z: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=987788](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987788)

<sup>8</sup> Srov. např. Monti, G. Article 81 and Public Policy. *C.M.L.R.* 2002, s. 1057, 1063; Whish, R. *Competition Law*. 5th ed., London/Edinburgh: 2003, s. 21; Ehlermann, C.D. The Contribution of the EC Competition Policy to the Single Market. *CMLR*. 1992, s. 257.

<sup>9</sup> Blíže srov. BEJČEK, J. Cílové konflikty v soutěžním právu. *Právník*. 2007, roč. 146, č. 6, s. 663-689.

<sup>10</sup> Srov. XXII. zpráva o soutěžní politice z r. 1992, str. 18, bod 3, in Mayer, op. cit., s. 42. XXXII. Report on Competition Policy, European Commission, 2002, s. 12, konstatuje výslovně, že „jedním z hlavních cílů evropské soutěžní politiky je podporovat zájmy spotřebitelů, tedy zajistit, aby spotřebitelé měli užitek z bohatství vytvářeného evropskou ekonomikou.“

<sup>11</sup> Srov. čl. 3 odst. 1, písm. g) SES.

<sup>12</sup> Jak konstatoval Basedow, J. Konsumentenwohlfaht und Effizienz - Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik? *WuW*. 2007, nr. 7-8, s. 712.

Takto pojmávané soutěžní právo není tedy jen prostým nástrojem k podpoře ekonomické efektivity, ale je i nástrojem politiky k zajištění ekonomického pluralismu,<sup>13</sup> jehož popření znamená omezení nebo ztrátu svobody, a to především svobody hospodářské. Požadavek rozptýlit v demokracii nejen moc politickou, ale i hospodářskou, se právě neshoduje s tlakem na soutěžní darwinismus, jehož jsme byli a občas ještě jsme svědky.<sup>14</sup>

Jednostranné zdůrazňování ekonomického přístupu a totální potlačování kvalitativních úvah stojících na zcela obecných ekonomických modelech znamená do určité míry rezignaci na normativní pohled. Je totiž obecně správné porovnávat a kompenzovat i jiné než ekonomické ztráty a přínosy a zvažovat, zda by před krátkodobou výrobní nebo alokační efektivností mohla mít přednost hodnota dlouhodobého udržení soutěžních trhů (a dynamické efektivnosti v podobě jejich inovativnosti).<sup>15</sup> Mohou přece nastat (přínejmenším dočasné a krátkodobé) konflikty mezi prostředkem (ochranou soutěže) a cílem (spotřebitelským blahobytem). Orientace na přednost krátkodobému cíli spotřebitelského prospěchu před zajištěním funkčnosti soutěžního prostředí dlouhodobě příznivého pro spotřebitelský prospěch je naopak negací jak onoho prostředku, tak i cíle. Proto je nezbytné při používání ekonomických metod založených na kvantitativní analýze vždy zvažovat jejich výsledky rovněž v kontextu ostatních okolností a zjištěných důkazů a snažit se je zasazovat do dlouhodobého rámce fungování zkoumaných relevantních trhů.

Za předpoklad efektivity se dle ordoliberalní teorie pokládá zachování svobodné soutěže a otevřených trhů, aby výrobci byli pod neustálým tlakem konkurence a byli motivováni ke zlepšování kvality, k inovacím, k rozumným cenám, resp. zjednodušeně řečeno „zachování svobody soutěžit“. Tímto pohledem se dá konstatovat, že cílem evropského kartelového práva je prostřednictvím zachování svobodné soutěže zachovat mimo jiné nástroj k dosažení cíle podpory blahobytu spotřebitelů. Z tohoto hlediska je zlehčování této motivace<sup>16</sup> poněkud ukvapené

<sup>13</sup> Ekonomický pluralismus je přístup zahrnující více ekonomických směrů, jehož základním principem je, že každý z nich může díky svému koncepčně odlišnému vnímání přinést něco unikátního k rozvoji ekonomie jako vědy.

<sup>14</sup> Inspirativní je skvělá analýza: GHIDINI, G. A Tale of Two Cultures? Some Comments on the Role of Efficiencies on the Two Sides of the Atlantic. *IIC*. 2004, vol. 35, no. 5 s. 521 a násl., zejm. s. 541.

<sup>15</sup> Koncepční úvahy k tomu má Kerber, W. Should competition law promote efficiency? Nепublikovaný příspěvek na druhé konferenci *ASCOLA*, Paříž, 8. 9. 2006.

<sup>16</sup> Kindl, J. Pojem narušení hospodářské soutěže - obecná východiska a konkrétní aplikace. *Právní rozhledy*. 2005, č. 10, s. 343 a násl.



a argumentačně ne dosti podložené.<sup>17</sup> Z pohledu amerických specialistů sleduje EU soutěžní politiku založenou na podpoře obchodní rivality, a nikoliv přínosu či „zisku“ pro spotřebitele (*surplus*)<sup>18</sup> a prosazuje i distributivní hodnoty, které mohou převážet nad maximalizací bezprostředního spotřebitelského blahobytu; a někdy též převažují. Tato politika ochrany soutěže chrání podle těchto názorů stávající účastníky trhu před nově příchozími vyzyvateli a může vyústit v ochranu výrobců.<sup>19</sup>

### **Přínosy a nebezpečí přehnané ekonomizace soutěžního práva**

V důrazu na širší použití “ekonomizace” přístupu k chování silných hráčů na trhu je možno vidět i oportunní motivaci, která se projevila zejména v období krize po roce 2008.<sup>20</sup> Ekonomické kalkulace se samozřejmě nevyhýbají ani právu. Zjišťují se tedy ekonomické náklady a přínosy v procesu uspokojování nejen ekonomických,<sup>21</sup> ale i právních voleb, a vyvažuje se mezi nimi. Jako jedno z podpůrných a doplňkových kritérií je ekonomický přístup opodstatněný i v právu. Problém

<sup>17</sup> Již třináct let stará reprezentativní analýza ekonomického hodnocení fúzí (cit. sborník *European Economy* 5/2001, str. 54) dokonce konstatovala, že většina ekonomů zastává názor, že soutěžní politika by neměla sledovat výlučně jen zájmy spotřebitelů, nýbrž že jde o maximalizaci celkového přínosu (*total surplus*), tedy součtu přínosu pro spotřebitele a výrobce. Z tohoto hlediska není potom problém v přenosu zisku od spotřebitelů na výrobce kvůli zvýšeným cenám.

<sup>18</sup> Tak Gifford, D. J.; Kudrle, R. T. Rhetoric and reality in the merger standard of the United States, Canada, and the European Union. *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, s. 454 a násl.

<sup>19</sup> V době počátků evropské integrace se za cíl evropského kartelového práva pokládalo též zajištění demokracie, která se tehdy vzhledem k čerstvé historické zkušenosti ztotožňovala s dekartelizací a s demonopolizací hospodářského života, znemožňující koncentraci hospodářsko-politické moci. Byly propagovány i méně jasné a udržitelné cíle, jako podpora hospodářské spravedlnosti, včetně podpory malých a středních podniků. Jak však bylo trefně poznamenáno (Korah, V. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. 7th ed. Oxford: Hart publishing, 2000, s. 404, ISBN 1841131407. s. 12), je to sporné a na úkor zisků z efektivnosti. Malé efektivně fungující podniky podporu nepotřebují a podpora neefektivních podnikatelů by mohla vést ke vzniku dalších neefektivních subjektů, a tím ke snižování efektivnosti. Tyto cíle se pokládaly za obsoletní nebo druhořadé a primární bylo zvyšování efektivnosti a blahobytu spotřebitelů.

<sup>20</sup> Úvahy z BEJČEK, J. *Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, 389 s. ISBN 9788021050679, s. 358 a násl.

<sup>21</sup> Srov. Leoni, B. *Právo a svoboda*. Praha: Liberální institut, 2006, 363 s. ISBN 9788086389509, s. 187. Zde se konstatuje, že jestliže přínosy jsou vyšší než náklady, činnost byla zisková, jestliže je tomu naopak, činnost byla ztrátová; vyrovnané náklady a přínosy znamenají, že činnost byla zbytečná. Jde samozřejmě o vyhraněný a jednorozměrný ekonomický redukcionismus, který se teorii možná málokdy vyskytne; v praxi bude vesměs sociálně (a tedy i politicky) neakceptovatelný. Za zbytečné tak bude málokdo považovat činnosti směřující k záchraně životů nemohoucích a slabých, jejich sociální zabezpečení, apod., byť tyto nebudou ani dokonce rentabilní, ale čistě ztrátové. Uveďme dva příklady podobné zrudnosti (z hlediska dnes převažujících společenských hodnot): starověké Sparty a (bohužel až příliš novověké) nacistické diktatury v Německu.

by nastal v případě, že by toto hledisko převážilo, a z práva by se stala jen jakási odrůda aplikované mikroekonomie. Asi v každé společnosti se dá předpokládat existence norem, které se prosadí i vzdor jejich ekonomické neefektivnosti.<sup>22</sup> Je zřejmé, že pokud bychom se slepě orientovali pouze na maximální ekonomickou efektivitu, docházelo by patrně ke snižování vzájemné solidarity. Obrazně řečeno, bychom se vrátili ke zvykům starověké Sparty, kdy děti, které byly deformované (méně výkonné, slabé) byly házeny do propasti, protože pro společnost představovaly pouze obtíž, nikoliv hodnotu. Možnost existence lidských bytostí by se pak poměřovala tím, zda převáží jejich přidaná hodnota pro celou společnost nad náklady na jejich život. To je samozřejmě moderní demokratické a sociální společnosti a státům cizí a právě právo zajišťuje vyvážení určité vrozené nerovnováhy mezi lidmi. V rámci hospodářské soutěže na trhu je však dle názoru autorů správné umožnit soutěžitelům - při zachování férových pravidel - bojovat (soutěžit) „na život a na smrt“, tedy tak, aby zůstaly jen ti efektivní, kteří přinášejí pro společnost jako celek, resp. pro konečné spotřebitele největší prospěch. Cílem soutěžního práva a objektem jeho ochrany by proto měl být celkový blahobyt společnosti<sup>23</sup> a soutěžní právo by se proto mělo distancovat od ochrany malých a středních podniků, nemělo by být zneužíváno pro účely specifických odvětví a mělo by si zachovávat svoji nezávislost a podporovat stav funkční soutěže na konkrétních trzích zvyšující celkový společenský blahobyt. Jinou otázkou je, zda tohoto efektu lze dosáhnout prostřednictvím ochrany soutěže jako statku a samostatné hodnoty (ordoliberalní pohled), nebo prostřednictvím přímé ochrany spotřebitelského (či celkového) blahobytu (chicagská škola).

Je nutno přiznat, že potenciální porušitelé práva na ochranu hospodářské soutěže mohou v některých případech „více ekonomický přístup“ určitým způsobem zneužít, protože možnost využití ekonomických kalkulací, dostupnost dat a specifčnost jednotlivých trhů jim dává novou zbraň, jak napadat rozhodnutí soutěžních orgánů, ale i soudů, a bránit se proti vzneseným výhradám. Ekonomické kalkulace (vesměs krátkodobé či střednědobé, a tudíž snáze prokazatelné) mohou kvalitativní důkazy často vyvrátit, či relativizovat jejich hodnotu. Hypotetické úvahy o možném

<sup>22</sup> SCHÄFER, H. B.; OTT, C. *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. Berlin: Springer Verlag, 2000, 654 s. ISBN 3540669086, s. 9.

<sup>23</sup> Otázka, jaký standard blahobytu by měl být cílem ochrany soutěžního práva, přesahuje rozsah a zaměření této publikace. Pro bližší informace a diskuzi na toto téma lze odkázat např. na článek BLAIR, R. D.; SOKOL, D. D. Welfare Standards in US and EU Antitrust Enforcement. *Fordham Law Review*. 2013, vol. 102, s. 81 - 145.

budoucím narušení soutěže v dlouhodobém horizontu (a v důsledku toho i snížení spotřebitelského blahobytu), které se z povahy věci nemohou opřít o tvrdá data, tak ve světle ekonomických důkazů mohou být potlačeny, což nemusí z dlouhodobé perspektivy vést ku prospěchu společnosti. Na druhé straně ekonomický přístup, kvantifikace relevantních dat a opora závěrů o teoreticky spolehlivé a v praxi ověřené metody a jejich kombinace, posouvá soutěžní analýzu k přesnějším závěrům a rozhodnutím. Pravděpodobnost nesprávných závěrů je nižší, neboť konkrétní model založený na reálných datech, ač zjednodušený a nepřesný, je stále blíže realitě (zejména na těch trzích, které jsou svou povahou specifické<sup>24</sup> a klasické známé ekonomické principy na nich neplatí bezvýhradně), než pouhá abstraktní kvalitativní úvaha vycházející z obecných teoretických východisek a základních předpokladů soutěžního práva.

Nebezpečí zneužití ekonomické analýzy tkví především v tom, že pokud se například jednotlivé přínosy fúze dobře prezentují, ani dotčení spotřebitelé proti ní nic nenamítají pod dojmem krátkodobého prospěchu.<sup>25</sup> Přesvědčivostí napomáhají ekonomické simulační modely hypotetického chování dotčeného trhu po fúzi. Ty ovšem z určitého úhlu pohledu narážejí na metodologický (a v podstatě opět hodnotový) problém, jak „vyvážit“ ekonomické přínosy fúze na jedné straně (navíc vesměs jednorázové a krátkodobé) a její protisoutěžní účinky (vesměs dlouhodobé) na straně druhé.<sup>26</sup>

Ačkoliv jsou simulační modely jen jakýmsi letmým pohledem na možné protisoutěžní efekty fúzí a zpravidla nejsou s to kvantifikovat přínosy zcela exaktně (každý model je jen zjednodušením reality a nedokáže zahrnout všechny proměnné - jinak by nebyl již modelem), přesto přinášejí vyšší míru pravděpodobnosti, že nedojde k rozhodnutí, které v konečném důsledku poškodí společnost. Je díky nim pravděpodobnější, že nebude zakázána fúze, která nepůsobí výrazné snížení efektivní

<sup>24</sup> Trhy s vysokou mírou inovací, trhy, kde jsou přítomné výrazné síťové efekty, dvoustranné trhy či trhy, kde hrají výraznou roli práva duševního vlastnictví.

<sup>25</sup> Přítom metodika hodnocení jednotlivých přínosů není vůbec jednoznačná. Tak např. ani zvýšení cen v důsledku fúze nemusí být v rozporu s konceptem zvyšování spotřebitelského blahobytu, pokud jde o fúzi na trhu, kde probíhají rychlé technologické změny. Krátkodobé statické efekty nemohou být preferovány na úkor dlouhodobých efektů dynamických. Blíže viz Ilzkovitz, F.; Meiklejohn, R. *European merger control: do we need an efficiency defence?* Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006, 326 s. ISBN 1845424913, s. 77.

<sup>26</sup> Někteří příznivci těchto metod se zabývají těmito problémy v kasuistické rovině, což obecný přístup nezdůvodní - srov. Colley, L. From „Defence“ to „Attack“? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers. *E.C.L.R.* 2004, vol. 6, s. 342 - 349.

hospodářské soutěže či že naopak nebude povolena fúze, která takovému snížení způsobí. To, že využívání ekonometrického modelování přináší obtíže a zvyšuje nároky na soutěžní úřady, soudy, ale i advokáty a experty v oblasti soutěžního práva je nesporné. Není to však dostatečný argument, proč by se neměly využívat v soutěžních analýzách, které jsou ve značné míře pouze pravděpodobnostní, pokud ony metody věrohodnost těchto odhadů mohou zvýšit.

Skutečnost, že použití modelů při posuzování fúzí je velmi diskreční,<sup>27</sup> může vést soudy a antitrustové orgány k tomu, že raději akceptují různá „krátká spojení“, aby se (mnohdy fakticky nemožnému) dokazování vyhnuly; to je arbitrární a hůře předvídatelný postup, který nepokládáme za žádoucí a který ani není v souladu s principy právního státu. Antitrustové orgány a soudy by naopak měly být schopny adekvátně využívané modely posuzovat, ať už samostatně, s využitím expertních posudků, nebo zapojením kvalifikovaných ekonomů do své činnosti a využívat tím přínosů a zvýšení jistoty při rozhodování, které více ekonomický přístup a kvantitativní techniky do praxe antitrustu mohou přinést.

Do řešení tohoto vztahu posuzování důkazů a modelování dopadů nejen fúzí, ale i dalších soutěžně relevantních jednání, nutně vstupují aktuální hospodářsko-politické úvahy a priority, takže se směšují obecně systémové soutěžně-politické a konkrétní odvětvové hospodářsko-politické úvahy. Existují např. případy, kdy fúze (nemocnic v USA) byla povolena, přestože nepochybně vedla ke zvýšení cen - bylo to zdůvodněno vyvážením vyšší kvalitou poskytovaných služeb po fúzi. Dokonce i fúze dvou nemocnic téměř k monopolu byla schválena jen na základě toho, že účastníci přijali dobrovolně behaviorální závazky k udržení nízkých cen a k poskytování služeb chudým.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Viz Greaney, T. L. (s odkazy na další prameny): Not for import: why the EU should not adopt the American efficiency defence for analyzing mergers and joint ventures. *Saint Louis University Law Journal*. 2000, vol. 44, no. 3, s. 884.

<sup>28</sup> Jde o případy *Tenet v FTC* a *FTC v Butterworth Health Corp.*, popsané Greaneyem v cit. práci na s. 887-888. Tamtéž (str. 892) autor hovoří expresivně o nutnosti držet se dál od bahniska (*quagmire*) explicitní obrany pomocí hypotetických přínosů fúzí, jež je vhodná pro politické, ale ne pro soutěžně orientované cíle. To je možné i díky obojakému standardu blahobytu, jenž zvedá mlhu „politické“ jurisprudence.

Není ostatně žádným tajemstvím, že zavedení *efficiency defence* do evropského *soft law* bylo důsledkem kontroverze mezi EK a americkými antitrustovými orgány ve věci *GE/Honeywell*, která se projevila v původně opačném přístupu k notifikované fúzi.<sup>29</sup>

Formálně normativní přístup k některým skutkovým podstatám antitrustového práva se přitom nedá ztotožnit s ekonomicky bezhodnotovým bezduchým formalismem. Statistická (nikoliv kasuistická *ad hoc*) úvaha je obsažena i v *per se* zákazech (typicky např. při horizontální cenové fixaci, při dohodách o rozdělení trhu, při dohodách o manipulaci nabídek - *bid riggingu*, aj.). Výhodou normativního přístupu, která vyvažuje menší citlivost pro jednotlivosti konkrétního případu, je právní jistota, předvídatelnost a snížení transakčních nákladů spojených s rozsáhlými a detailními ekonomickými analýzami v jednotlivých případech. To jsou ovšem omezení a výhody normativní právní regulace obecně. Možnost správného uvážení a ev. výjimek<sup>30</sup> ze zákonného zákazu, resp. možnost podmínek a omezení přijatých účastníky řízení přitom onu „necitlivost“ pro specifika konkrétního případu výrazně snižují. Zásadní nevýhodou formálně normativního přístupu je nedostatečnost (až neschopnost) reakce na konkrétní situaci - abstraktní normativní teorie nereflktují konkrétní realitu a závěry na nich stavěné a mohou proto vést k nesprávné a nadbytečné regulaci (či naopak k regulaci nedostatečné). To může v rozporu s proklamovanými cíli soutěžního práva snížit blahobyt společnosti.

Ekonomizace práva je projevem liberalizačních (protikonzervativních) tendencí, jež se projevují nejen v akademické rovině, ale i v legislativě a právně aplikační praxi.<sup>31</sup> Prosazuje se pojetí práva jako funkce ekonomiky a jako nástroje aplikace ekonomických argumentů a hodnot. Právo má být objektem, pasivně (lépe či hůře) vyjadřujícím ekonomickou podstatu jevu a směřujícím především nebo výlučně

<sup>29</sup> Případ č. L. 48, rozh. z 3. 7. 2001, potvrzeno ESD 14. 12. 2005 - T-209/01 a T-210/01. EK se konečně přiklonila ke konceptu spotřebitelského blahobytu, který se formuluje, jak uvádí v Metodice pro posuzování horizontálních fúzí (OJ 2004/C, 31/03, č. 78) tak, že výhody musí být: ve prospěch spotřebitele, specifickým důsledkem fúze, a ověřitelné. Případ *GE/Honeywell* je ovšem charakteristický i tím, že EK sklouzla k ohledům na jednotlivé konkurenty, namísto toho, aby hlídala soutěž jako instituci. Přínosy fúze se posuzovaly podle škody, kterou by fúze mohla způsobit méně efektivním rivalům na trhu. Nepatřičnost této péče kritizují Bishop, S. m.; Walker, D. *The Economics of EC Competition - Concepts, Application and Measurement*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2002, 634 s. ISBN 042183000X, s. 302.

<sup>30</sup> Je třeba poznamenat, že tyto výjimky však samy o sobě stojí na výrazně ekonomických základech a principech a jsou rovněž promítnutím ekonomizace soutěžního práva.

<sup>31</sup> Srov. k tomu též Hurdík, J. *Institucionální pilíře vývoje soukromého práva v dynamice vývoje společnosti*. Praha: C.H. Beck, 2007, 119 s. ISBN 9788071793793, s. 22 a násled.

k naplnění ekonomického účelu regulace.<sup>32</sup> Ekonomika a efektivnost se staví do středu pozornosti antitrustového práva a podle modelu chicagské školy by efektivnost a spotřebitelský blahobyt neměly být kritérii, podle nichž se hodnotí soulad chování s cílem soutěžního práva, jímž je udržení soutěže na trhu, ale měly by místo toho být konečnými cíli práva.

Cokoliv je dobré z hlediska efektivnosti a spotřebitelského blahobytu, by mělo být z tohoto ryze ekonomizujícího hlediska akceptováno jako přínos, a chování soutěžitelů a využívání tržní moci by nemělo být na závadu a vlastně by ani nemělo vůbec být důležité.<sup>33</sup> Tento pohled je kontroverzní a není v Evropě zdaleka tak samozřejmě vítán, jako u velké části odborné veřejnosti v USA. Určitá „amerikanizace“ přístupu k soutěžnímu právu nastala postupně a „plíživě“ v souvislosti se zvýšením důrazu na používání ekonomických hledisek a analýz a též politickými deklaracemi funkcionářů EK, aniž se ovšem změnil právní rámec soutěžního práva.<sup>34</sup>

Praxe soudobého evropského soutěžního práva, zejména z hlediska strany EK se posunula právě k chápání ochrany hospodářské soutěže optikou chicagské školy. Promítlo se to v podstatě do veškerého antitrustového *soft law*. Rozhodování evropských soudů je z tohoto hlediska poněkud rezervovanější. To je možné vyčíst z toho, že tyto soudy ve svých rozhodnutích stále některé praktiky považují za protisoutěžní, aniž by trvaly na nutnosti prokazovat újmu, resp. zvažovat ekonomické dopady jednání na trh a spotřebitele. Nevyhraněnost postoje evropských soudů se na druhé straně projevuje tak, že soudy konstantně akceptují obrany z hlediska efektivnosti určitého jednání (*efficiency defense*).

Ordoliberální tradice evropského soutěžního práva, ovlivněná německou kartelovou školou, je obsažena v základním primárním právu EU: soutěžní režim je základním konstitutivním cílem EU, zakotveným již v čl. 2 Římské smlouvy (SES). Jde o hodnotu, na niž se odvolávají další ustanovení SFEU (čl. 101 a 102), z nichž se dá dle zastánců ordoliberálního přístupu dovodit, že přímým cílem soutěžního práva není ekonomická efektivnost a spotřebitelský blahobyt, ale zachování soutěžního procesu, jež k ekonomické efektivnosti a spotřebitelskému blahobytu

<sup>32</sup> Podobnost tohoto směru s jednostranností marxistického materialismu a jeho učení o prvotnosti ekonomiky a odvozenosti základny je zarážející.

<sup>33</sup> Pera, A. Changing Views on Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law. *European Competition Journal*. 2008, vol. 4, no. 1, s. 143.

<sup>34</sup> Srov. Weitbrecht, A. From Freiburg to Chicago and beyond: the first 50 years of European competition law. *E.C.L.R.* 2008, vol. 2, s. 85.

dlouhodobě vede. Spotřebitelský blahobyt je dle něj tedy chráněn nikoliv jako přímý objekt ochrany, ale nepřímo jako důsledek funkční a chráněné soutěže coby procesu. Spotřebitelská orientace soutěžního práva - namísto ordoliberalní orientace na zachování strategického prostředí svědčícího zájmům spotřebitelů - by mohla být velmi nebezpečná v konečném důsledku i pro samotné spotřebitele, neboť narušení nebo vyloučení soutěže jako procesu (výměnou za dílčí a krátkodobé spotřebitelské přínosy) může poškodit růst a inovativnost, a tím i spotřebitelský blahobyt. Právo na ochranu hospodářské soutěže není jen jakousi výpomocnou a služebnou součástí práva na ochranu spotřebitele; jeho cíle by dle ordoliberalní školy měly být makroekonomické.<sup>35</sup>

Krátkozraká ekonomizace<sup>36</sup> může být nebezpečná zejména v oblasti fúzí, protože může nenapravitelně narušit nebo zničit strukturální základy zdravého a funkčního soutěžního prostředí. Jak konstatovala generální advokátka Soudního dvora<sup>37</sup> v jednom konkrétním sporu, soutěžní pravidla obsažená v primárním evropském právu nebyla zamýšlena pouze k tomu, aby primárně chránila bezprostřední zájmy individuálních soutěžitelů a spotřebitelů, ale aby chránila strukturu trhu a tím soutěž jako takovou (jako instituci). Tak jsou nepřímo chráněni i spotřebitelé. Tam, kde je narušena soutěž, je nutno se obávat nevýhod pro spotřebitele.<sup>38</sup>

Zejména tendence ke koncentraci, zdůvodňované účastníky jako tzv. „obrana před krachem“, musejí být velmi pečlivě analyzovány a identifikovány<sup>39</sup>, neboť mohou

<sup>35</sup> Odhlédneme-li od skutečnosti, že jeho společenské dopady díky funkční soutěži jsou navíc širší, a tedy nejen ekonomické.

<sup>36</sup> I v oblasti „*Corporate governance*“ je problémem špatná motivace managementu a špatná schémata odměňování, upřednostňující krátkodobý a spekulativní zisk. Není vyloučeno, že jde o „genetickou zátěž“ samotné podstaty tržní ekonomiky a v ní zabudované cykličnosti. Svého času všemi vzývaný „finanční génius“ - šéf amerického FEDu Alan Greenspan se před senátním výběrem amerického kongresu 23. října 2008 kál a doznal, že systém svobodného trhu, v nějž věřil, selhal, a že se Greenspan v důvěře v něj mýlil. „Našel jsem chybu ve své ideologii“ (srov. [http://www.nytimes.com/2008/10/24/business/economy/24panel.html?\\_r=1](http://www.nytimes.com/2008/10/24/business/economy/24panel.html?_r=1)).

<sup>37</sup> Vyjádření Generální advokátky J. Kokkot v případě C-95 /04 P *British Airways v Commission* z 23. 4. 2006, bod 86.

<sup>38</sup> Komisař pro soutěž Monti i jeho nástupkyně Kroesová však opakovaně prohlašovali, že soutěž není cíl sama o sobě, ale že jde o nástroj k dosažení spotřebitelského blahobytu a efektivnosti. Tyto poněkud rétorické a kvaziteologické disputace ovšem nic nemění na tom, že evropské soudy stále odkazují na soutěžní proces jakožto na cíl (samozřejmě že ne samoučelný) soutěžního práva.

<sup>39</sup> V tomto směru český ÚOHS postupuje korektně; na jaře 2009 vydal dvě oznámení: O zákazu uskutečňovat spojení před jeho povolením a O aplikaci konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích při posuzování spojení soutěžitelů. Srov. <http://www.compet.cz/legislativa/hospodarska-soutez/ceska-republika/>.

být i záminkou, jak využít krizi k posílení tržní moci a poškození soutěže a spotřebitelů. A EK se ve skutečnosti nikdy nepřestala řídit myšlenkou, že funkční soutěž má vztah k určité struktuře trhu, která ji neznemožňuje.<sup>40</sup>

Poučení z historie dokazuje, že faktické pozastavení působnosti soutěžního práva může vést k řízení kartelizaci a prodloužit o léta negativní dopady hospodářské krize.<sup>41</sup> Přesto jsou střety s principem soutěže věčné. Tak např. v sedmdesátých letech 20. století působily v USA tisíce malých bank jen v jednotlivých státech. Později v důsledku fúzí a megafúzí klesl jejich počet, bylo zrušeno rozlišování na komerční banky, investiční banky a pojišťovací společnosti. S těmito konglomeráty nových finančních služeb neudržela regulace krok. Pád takové megabanky má obrovský dopad na celou ekonomiku. K tomu navíc přistoupil v posledních letech právně politický přístup *laissez faire*.

Patrně i nás (v důsledku zanedbání péče o strukturu trhu) čeká nové uspořádání finančního sektoru, který je tak důležitý pro kapitalistický systém, že se i politicky uznává nutnost zvláštního zacházení<sup>42</sup> (multiplikační dominový efekt, analogie klíčových prvků ekosystému, který se při jejich zhroucení rozpadá<sup>43</sup>). V EU se výzva přijímá<sup>44</sup> - vytváří se Evropská rada pro systémová rizika, složená převážně z guvernérů centrálních bank, která bude sledovat funkčnost a věrohodnost bankovního systému jako celku; předpokládá se i vytvoření závazných technických norem. Nemáme odpověď na otázku, zda by při důslednější kontrole koncentrací tato *ex post* regulace byla nutná; je pravděpodobné, že by v konkurenčním prostředí bankovní excesy byly pod větší kontrolou, což by při doplnění přísnějším státním dohledem nad jejich činností asi nástup finanční krize bylo ztížilo nebo zmírnilo.

<sup>40</sup> Podobně Pera, A. Changing views of competition, economic analysis and EC antitrust law. *European Competition Journal*. 2008, vol. 4, s. 159.

<sup>41</sup> Srov. Neruda, R.; Bouček, M. Působení a role antimonopolních institucí v období ekonomické krize z hlediska soutěžního práva. *Infolist ÚOHS*. 2009, č. 3, s. 9. Odkazují na neslavný boj americké vlády se „zničující konkurencí“ v krizových třicátých letech 20. století mj. pomocí *National Recovery Act*, jenž vedl ke zvýšení cen na trhu.

<sup>42</sup> Politickým spouštěčem byl projev amerického presidenta 17. 6. 2009 - srov. APELBAUM, B. Obama Defends Financial Overhaul. *The Washington Post*. [online] Publikováno 18. 6. 2009, s. 1. Dostupné z: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/06/17/AR2009061701834.html>.

<sup>43</sup> Srov. Foer, A. Preserving Competition After the Banking Meltdown. *Global Competition Policy (American Antitrust Institute)*. 2008, Release 1, 2008, s. 3 - 5.

<sup>44</sup> Srov. Hájková, K. Předsednictví končí úspěchem. *Hospodářské noviny* z 16. 6. 2009, s. 8.



Jak již uvádíme výše, mimo pozornost této publikace zůstala otázka spíše filozoficko-sociologická, totiž hlubší dosah právní úpravy ochrany soutěže; má tato úprava sloužit skutečně jen jako nástroj k dosahování tzv. blahobytu spotřebitelů, pojímaného čistě ekonomicky a veskrze kvantitativně jako růst spotřeby a uspokojování stále rostoucích potřeb, na nichž v podstatě stojí myšlenka chicagské školy a do značné míry i samotná kvantifikace a zapojování ekonomických modelů do praxe? Některé příklady z praxe dokumentují<sup>45</sup>, že tomu tak vždy není, a že např. hlediska ekologická dostávají někdy přednost před hledisky čistě ekonomickými. Koneckonců i řada protikrizových vládních opatření v poslední době popírala tvrdý ekonomický parametrický tlak v zájmu sociální stability. Ani „anti-trustový fundamentalismus“ (vzývání funkční soutěže za všech okolností a za každou sociální cenu) není všeobecným řešením ani reálným východiskem ve všech situacích a fázích společenského vývoje.

Pokud bychom měli shrnout rozdílné pohledy na ekonomizaci soutěžního práva, lze velmi zjednodušeně říci, že podporovatelé ekonomických nástrojů, kvantifikace a modelů, jsou přesvědčení o možnosti *ex ante* s rozumnou pravděpodobností odhadnout konkrétní dopady posuzovaného jednání na trh a na blahobyt spotřebitele, a to bez ohledu na vliv takového jednání na úroveň samotné soutěže. Oproti tomu konzervativnější zastánci opačného postoje jsou přesvědčení o tom, že udržení dostatečné úrovně soutěže na trhu samo o sobě zaručí maximalizaci užítku a blahobytu pro spotřebitele, který nelze *ex ante* vůbec určit. Tento názorový (a kvůli své výsostně hodnotové podstatě argumentačně těžko ovlivnitelný) rozpor se prakticky projevuje v antitrustu nejen v často zmiňovaném přístupu k používání obrany efektivity (*efficiency defense*) a v akceptaci objektivního zdůvodnění (*objective justification*), ale např. i při posuzování možnosti vyjmout určité dohody ze zákazu dohod při splnění kritérií stanovených v čl. 101 odst. 3 SFEU, či paragrafu 3 odst. 4 ZOHS.

<sup>45</sup> Otázku po širších společenských cílech soutěžního práva si klade i GERBER, J. D. *Law and Competition in Twentieth Century Europe (Protecting Prometheus)*. Oxford University Press, 2003, s. 418 a násl.

## 1.2 Evropská rozhodovací praxe mezi „více ekonomickým“ a normálním ekonomickým přístupem

Hlediska ekonomické efektivity (vesměs výrobní či alokativní a posuzované z krátkodobějšího hlediska) se začala prosazovat zejména v antitrustové judikatuře v USA od konce padesátých let dvacátého století. Tímto „více ekonomickým přístupem“ se myslí především širší a programové používání ekonomických poznatků při posuzování právních úprav a aplikace práva na ochranu soutěže. Neuvažujeme s dalšími možnými výklady, jako je posuzování ekonomických dopadů rozhodování a nákladově výnosová analýza vlastního rozhodovacího procesu.

Patrně prvním formalizovaným výrazem soutěžně politického odklonu od dříve běžného formalisticky regulatorního přístupu bylo nařízení č. 2790/1999, o tzv. horizontálních blokových výjimkách ze zákazu dohod omezujících soutěž<sup>46</sup>. To obsahovalo řadu hodnotících argumentů ve prospěch „více ekonomického přístupu“ a zapojení ekonomických analýz skutečného dopadu jednání soutěžitelů. Tento přístup se prosadil i v hodnocení fúzí, kde tehdejší Soud první instance zrušil v roce 2002 tři rozhodnutí EK o neschválení spojení soutěžitelů právě z důvodů chyb a rozporů při hospodářské analýze těchto spojení.<sup>47</sup> To se chápalo jako judikatorní apel na EK, aby zvýšila váhu a důkladnost ekonomické argumentace při prosazování formálních požadavků právní úpravy, a za potvrzení nastoleného trendu *more economic approach*.

S tím byla ovšem spjata i módní a kontroverzní tendence přehodnotit účel a smysl ochrany soutěže nikoliv jakožto samostatné hodnoty a objektu hodného ochrany, ale spíše jen coby nástroje k ochraně a zajišťování (krátkodobého) spotřebitelského blahobytu (viz výše). Nastal určitý pokles důvěry v samoregulační působení nezkreslené funkční soutěže jakožto „nejlepšího přítele“ spotřebitele.

Tento vývoj<sup>48</sup> určovaly zejména soudy v USA, které mají vzhledem k odlišnému právnímu systému kvazilegislativní pozici. Odlišné posuzování týchž skutkových

<sup>46</sup> NARIZENÍ KOMISE (ES) č. 2790/1999 ze dne 22. prosince 1999 o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě (Text s významem pro EHP).

<sup>47</sup> Šlo o případy následujících rozhodnutí - rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 6. 6. 2002. Věc T-342/99. *Airtours*, rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 22. 10. 2002. Věc T-310/01. *Schneider Electric* a rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 25. 10. 2002. Věc T-5/02. *Tetra Laval*.

<sup>48</sup> Srov. de Bronett, G. K. Der „More Economic Approach“ bei der Anwendung des Kartellrechts. *EWZ*. 2013, Heft 1-2, s. 1 a násl.

podstat antitrustovými úřady v USA a v EU vedly nutně k vzájemnému ovlivnění v obou směrech. Dopad zvýšeného důrazu na ekonomické analýzy (inspirovaný judikaturou a rozhodovací praxí v USA) na praxi EK a evropských soudů je nepopíratelný. Nicméně neodpovídalo tradiční dělbě moci a právním tradicím EU, aby se takový obrat odehrál jen v aplikační rovině, a jaksí *de facto*, neboť soudce je v Evropě v první řadě interpretem zákona, a nikoliv sociálním inženýrem.<sup>49</sup> „Misionářský efekt“ chicagské školy antitrustového práva, která vehementně propagovala tento „více ekonomický přístup“, se tím v evropských podmínkách oslaboval.

Názor, že ekonomicky efektivní chování nemůže představovat omezení soutěže,<sup>50</sup> vlastně popíral ordoliberalní pozici, podle níž není možné (ani *ex ante* a ani *ex post*) chtít určit, co je efektivní; to by mělo být podle ordoliberalů ponecháno autoregulaci funkční soutěže. Navíc přistupuje nevyřešitelný spor o samotná kritéria posuzování efektivnosti. Hospodářsko-politické úvahy a zájmy by se tak mohly legitimně posunout do výběru a zdůrazňování či potlačování jednotlivých kritérií efektivnosti. Přitom pomocí jednoho zvoleného kritéria (třeba krátkodobé alokativní efektivnosti) lze dospět k odlišnému závěru ve vztahu k narušení soutěže a jeho důsledků než při použití kritéria jiného (např. dlouhodobé dynamické efektivnosti). Určitý oportunismus onoho tzv. „více ekonomického přístupu“ byl zřejmý - směřovalo se totiž nikoliv k ochraně soutěže jakožto procesu, ale namísto toho k zajišťování spotřebitelského (ev. celkového) „blahobytu“. Přitom se víra v „neviditelnou ruku“ svobodné soutěže nahrazovala vírou v ekonomické modely, které s iluzí kvazi-přírodovědecké přesnosti jen zčásti zachycovaly určitý výsek reality a jen zčásti jí odpovídaly.<sup>51</sup>

Již samo rozhodnutí o volbě ekonomické metody či ekonomického modelu pro posouzení konkrétní soutěžní kauzy může mít tedy strategický význam pro konečné rozhodnutí. Nelze samozřejmě vyloučit ani účelové a záměrné volby takových metod, které povedou k ekonomicky přesvědčivému zdůvodnění právě toho závěru, který „se chce“, zatímco volba metod jiných by vedla k závěru

<sup>49</sup> Srov. Fleischer, H.; Zimmer, D. Effizienzorientierung im Handels- und Wirtschaftsrecht, in Fleischer, H. - Zimmer, D. (Hrsg.): *Effizienzen als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, (Beiheft ZHR), 2008, s. 22.

<sup>50</sup> Jak pravil bývalý eurokomisař pro oblast hospodářské soutěže Mario Monti (srov. de Bronnet, op. cit., s. 6).

<sup>51</sup> Podobně de Bronnet, op. cit., s. 8.

odlišnému a třeba i protichůdnému. Na druhé straně použití více rozdílných standardních a vědeckou veřejností aprobovaných metod na konkrétní případ by v naprosté většině případů mělo na stejnou otázku přinášet shodné či alespoň podobné odpovědi. Pokud by některá z metod přinášela výsledek odlišný, mělo by to být vždy racionálně vysvětlitelné, resp. zdůvodnitelné. Proto tento možný nedostatek ekonomických metod lze relativně snadno překlenout právě požadavkem jednak na pluralitu a kombinace různých kvantitativních metod a dále na propojení kvantitativních metod s kvalitativními úvahami. Takový přístup by měl zajišťovat dostatečně spolehlivé výsledky.

Výraznější a apriorní odstup od využití ekonomických metod by soutěžní praxi vrátil zpět do spoléhání se na mystické a naprosto obecné modely. Možnost ideologizace se nevyhýbá žádnému z táborů a je obsažena i v bezvýhradné víře v „*laissez faire*“ a v to, že vždy a na každém trhu platí, že čím vyšší bude úroveň soutěže, resp. dostatečný počet soutěžitelů, tím se spotřebitelé, resp. celá společnost, bude mít lépe. Tato víra se nepotvrzuje.

Z praktického hlediska při konkrétní aplikaci více ekonomického přístupu je zřejmé, že účastníci řízení jsou nepochybně motivováni argumentovat prostřednictvím takových metod, které svědčí v jejich prospěch a nelze popřít jistou informační asymetrii mezi právně aplikačními orgány a účastníky. Řízení se tak může stát i jakousi bitvou extrémně nákladných a na data náročných ekonomických posudků a dobrozdání a soutěžní úřad nebo i soud by měly vlastně posuzovat i vhodnost a přiměřenost použitých ekonomických metod hodnocení a ekonomických modelů. Ekonomické úvahy a modely jsou někdy tak komplexní a nepřehledné, že vyvolávají nebezpečí přesunu rozhodovací činnosti a nalézání práva ze soudů na znalce. Může tak hrozit nebezpečí hospodářsko-politické instrumentalizace soutěžního práva a jeho využití v zájmu dosažení jistých soukromých či politických cílů (*rent seeking*).<sup>52</sup> Na druhé straně, pokud existují metody a možnosti (byť složitější a nákladnější), jak nalézt spolehlivější řešení a posuzovat situaci na trzích z hlediska hospodářské soutěže komplexněji, bylo by krátkozraké tyto metody odmítat jen pro jejich náročnost, neboť jejich nepoužíváním bychom se nepochybně mohli snáze dopouštět špatných rozhodnutí, která by poškozovala spotřebitele, a to i z dlouhodobého hlediska.

<sup>52</sup> Srov. tamtéž, s. 9.

Projevuje se tu věčný konflikt mezi domnělým nárokem na „absolutní“ věcnou „spravedlnost“ či aspoň subjektivně pojiímanou „správnost“ v konkrétním jednotlivém případě na jedné straně a na straně druhé základním znakem normativní všeobecnosti, právní jistoty a předvídatelnosti právní regulace za cenu společensky únosných transakčních nákladů. Tento konflikt se projevuje jak v případech, kdy určité chování protisoutěžní následky již má (dokazování, zda se tak stalo, na jakých trzích, v jakém rozsahu, jakého druhu následky nastaly, apod.), tak i v případech, kdy je narušení soutěže cílem chování, který ovšem ještě nenastal (typicky stochastické modelování dalšího vývoje při schvalování spojení soutěžitelů).

Zejména proto se snažíme různé ekonomické modely a metody a jejich použitelnost podrobit všeobecnému zkoumání jejich kladů a záporů, poukázat i na důsledky jejich použití v rozhodovací praxi a ohodnotit tak jejich relevanci a poukázat na jejich možnosti, ale i na jejich vnitřně zabudovaná systémová omezení.

Poslední vývoj v EU ve vztahu k používání „více ekonomického přístupu“ se z hlediska některých autorů dá považovat za jistý ústup<sup>53</sup> z módní vlny, která v minulém desetiletí mnohem výrazněji ovlivňovala rozhodovací praxi a část doktríny soutěžního práva. Původní záměr EK posunout hodnotící kritérium od ochrany samotné soutěže jako takové k ochraně spotřebitele se na její úrovni stále naplňuje; EK je vázána svými metodickými pokyny zaměřenými na ochranu spotřebitele a rozhoduje převážně v duchu chicagské školy a zkoumá především skutečný účinek daného jednání na spotřebitelský blahobyt. Přesto se hodnota soutěže jako samostatného objektu ochrany v určitých případech zdůrazňuje nadále. Především v rozhodnutích Soudního dvora EU je patrné, že nepodmiňuje protisoutěžnost určitého jednání výlučně ve všech případech existencí kvantitativně měřitelných nevýhod pro konečného spotřebitele.<sup>54</sup> Lze shrnout, že zájmy jednotlivých soutěži-

<sup>53</sup> Hovoří se dokonce o rozloučení se s více ekonomickým přístupem. Srov. Frenz, W. Abschied vom more economic approach. *WRP*. 2013, No. 4, s. 428 a násl.

<sup>54</sup> V rozsudku Soudního dvora ze dne 19. 4. 2012. Věc C-549/10 P. *Tomra Systems* bylo konstatováno, že (marginální č. 79) rozbor konkrétních účinků rabatů na soutěž není potřebný, neboť pro zjištění, zda byl porušen čl. 102 SFEU postačuje důkaz, že sporné chování může (sic!) omezit hospodářskou soutěž. Na jiném místě rozhodnutí (marginální č. 41) se praví, že koncern Tomra omezil intenzitu soutěže na celém trhu tím, že značnou část trhu izoloval. Určité napětí mezi ekonomizujícími kritérii EK a jejího Sdělení (*soft-law*) k prioritám při posuzování článku 82 SES (čl. 102 SFEU) a tradicionalistickým přístupem soudu a jeho příklonem k formálně normativnímu přístupu zůstává přítomno; nicméně jsou to evropské soudy, které koneckonců udávají (korekci *ex post*) směr soutěžní politiky. Jde o odklon od rozsudku Soudu prvního stupně ze dne 27. 9. 2006. Věc T-168/01. *GlaxoSmithKline Services*, v němž se konstatovalo, že je (tentokrát v oblasti zakázaných dohod podle čl. 101 SFEU) třeba v zájmu fungování jednotného vnitřního trhu zamezit prostřednictvím omezování soutěže tomu, aby se snižoval blahobyt konečného spotřebitele dotčeného zboží. Ochrana soutěže se tedy chápala jen jako nástroj ochrany spotřebitele.

telů a spotřebitelů se i nadále v soutěžním právu chrání také nepřímo, prostřednictvím ochrany soutěže jakožto procesu. Není proto zpochybněn ani formální přístup k *per se* zakázaným jednáním, jejichž imanentním cílem je narušení hospodářské soutěže, a které jsou principálně protisoutěžní.<sup>55</sup> K tomu je však třeba podotknout, že se u nich presumuje, že ze své podstaty nemohou mít žádný pozitivní efekt na konečného spotřebitele, tedy je patrné, že takovéto posuzování je v souladu s myšlenkami chicagské školy a její orientace na spotřebitelský blahobyt.

Je proto zjevné, že dodatečná kritéria pro posuzování zákazů, které jsou formulovány v právu jako zákazy automatické (*per se*), není třeba ze strany EK ani národních soutěžních úřadů zavádět. Ekonomický přístup je totiž možný i v rámci klasického zkoumání zákonných předpokladů a nic nebrání v ekonomicky fundovaném rozboru dokázat, zda nejsou dány předpoklady k zákonnému vynětí ze zákazu určitého jednání<sup>56</sup> či zda lze očekávat podstatné narušení hospodářské soutěže.<sup>57</sup>

Odpůrci „více ekonomického přístupu“ interpretují některá rozhodnutí a postupy Soudního dvora tak, že svými rozhodnutími onen „více ekonomický přístup“ odmítá jak v oblasti zakázaných dohod, tak i v oblasti zakázaného zneužití dominantního postavení, a že i EK proto musí svůj postoj upravit tak, aby prostřednictvím ekonomického přístupu nečinila ze spotřebitelského blahobytu rozhodující soutěžní kritérium, ale aby jej chápala jen jakožto zprostředkovanou funkci a dopad účinné soutěže.<sup>58</sup> To není podle našeho názoru přesné, neboť Soudní dvůr pouze v některých rozhodnutích konstatoval, že není třeba zkoumat u každé praktiky její dopad, pokud je vždy potenciálně protisoutěžní, a má tedy bez ohledu na účinek v konkrétním případě protisoutěžní cíl; jindy se ovšem naopak zdůrazněný ekonomický pohled a postup EK v souladu s „více ekonomickým přístupem“ aprobuje.

Prohlášení bývalého komisaře pro soutěž M. Montiho z roku 2003, že v popředí jsou zájmy spotřebitele a že se EK posunula od legalisticky založeného přístupu

<sup>55</sup> Tak např. dle EUADG nedochází ani k posunu kritérií hodnocení, ani se nezpochybnuje formální přístup k ochraně soutěže jako objektu. Podle čl. 27 těchto pokynů se i v případě zavedení ekonomického kritéria (tzv. stejně výkonného soutěžitele) vychází z dopadu „na účinnou hospodářskou soutěž, a tudíž na spotřebitele.“ Ochrana soutěže je tedy prioritní a je pouhým nástrojem ochrany spotřebitele; ochrana spotřebitele není samostatným cílem právní úpravy. V čl. 6 těchto pokynů je výslovně deklarován záměr EK chránit v první řadě soutěžní proces na vnitřním trhu, a nikoliv soutěžitele. To se dá určitým způsobem interpretovat i jako možný ústup z dřívějších pozic EK a z prosazování silnějšího ekonomického náhledu.

<sup>56</sup> Podle čl. 101 SFEU, resp. podle čl. 3 odst. 4 ZOHS.

<sup>57</sup> Srov. čl. 2 odst. 2 EUMCR nebo § 17 odst. 3 ZOHS.

<sup>58</sup> Srov. Frenz, W., op. cit. s. 431.

k interpretaci pravidel založené na zdravých ekonomických principech<sup>59</sup> vyjadřuje tehdejší směřování a rozhodovací tendenci EK, které ani poslední rozhodnutí Soudního dvora nezbavila významu. Tato deklarovaná tendence v přístupu EK je jen upřesňována a korigována v rozhodnutích evropských soudů, které v konečném důsledku hodnotí a posuzují mj. také adekvátnost a nezbytnost ekonomických důkazů a metod v duchu „více ekonomického přístupu“ k soutěžnímu právu. Soudy koneckonců určují soudobý rámec a směry vývoje soutěžního práva, resp. ochrany hospodářské soutěže. To je proces velmi dynamický a proměnlivý.

Předznamenáním této publikace má být vědomí východiska, že i při zkoumání možností ekonomických metod při uplatňování práva na ochranu hospodářské soutěže:

- základní hodnota rozhodující pro fungování vnitřního trhu EU - hospodářská soutěž - je samostatným, a nikoliv jen zprostředkovaným cílem ochrany prostřednictvím soutěžního práva;
- ochrana spotřebitelského blahobytu je - současně s ochranou soutěže jako samostatného statku - integrálním ústředním bodem, ze kterého se při posuzování jednání a jeho vlivu na hospodářskou soutěž na vnitřním trhu EU vychází, a to při posuzování všech základních typových skutkových podstat narušení hospodářské soutěže;
- prvořadá je aplikace práva, které určuje rámec pro použití různých metod, mezi nimi i ekonomických (standardní forenzní ekonomie), a nikoliv naopak, aby rámec nalézání práva určovala ekonomická hlediska. Tam, kde vágně popsaná právní východiska a odkazy na kvalitativní odhady mohou vést k nesprávným výsledkům, je vhodné použít sofistikovanější nástroje (například ekonomické metody a testy) samozřejmě při dodržení právem stanovených podmínek a standardů.

Praktická potřeba reagovat na - dnes již nepochybně standardní - průnik ekonomických hledisek do práva hospodářské soutěže motivovala autory této publikace k tomu, aby shrnuli a revidovali hlavní ekonomické úvahy, modely a testy, které jsou již v současnosti součástí a zároveň východiskem soutěžních analýz a rozhodnutí.

<sup>59</sup> Cit. podle Behrens, P. *Abschied vom more economic approach?* in Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg): *Recht, Ordnung und Wettbewerb* (Festschrift für W. Möschel). Baden-Baden: Nomos, 2011, 1341 s. ISBN 9783832945688, s. 115.

Autoři se pokouší o základní posouzení jejich výhod a nevýhod z hlediska praktické aplikace, náročnosti a spolehlivosti. Hodnotí též, jak určité ekonomické metody a hlediska přijímají a posuzují soutěžní orgány a soudy.

Publikace si neklade za cíl precizní rozbor všech jednotlivých uváděných metod, ale především chce vysvětlit podstatu uvedených metod, popsat jejich základní výhody a nevýhody, přednosti a nedostatky a dokumentovat a komentovat jejich využití v praxi soutěžních orgánů a soudů v EU, ČR a popř. v USA.

Její stěžejním záměrem je poskytnout čtenáři přehled o existenci různých ekonomických nástrojů použitelných v rámci soutěžního práva a dále o jejich základních principech a výhodách i omezeních. Pro hlubší pochopení některých zmiňovaných metod a jejich praktickou aplikaci je nezbytné získat další speciální znalosti, a to nejen z oblasti soutěžního práva, ale také z ekonomie, statistiky a ekonometrie. Pro dosud neinformované zájemce o hlubší vhled do tematiky, který by napomohl i širší použitelnosti těchto metod v rozhodovací praxi, odkazují autoři především na literaturu uváděnou v poznámkách pod čarou, ale i na další odbornou literaturu k jednotlivým metodám a testům.



---

## 2 STANOVENÍ RELEVANTNÍHO TRHU POMOCÍ KVANTITATIVNÍCH METOD<sup>60</sup>

Tato kapitola si klade za cíl přiblížit čtenáři praktickou aplikaci tzv. více ekonomického přístupu při vymezování relevantního trhu a poukázat na úvahy a předpoklady, na nichž stojí jednotlivé běžně užívané kvantitativní testy sloužící ke stanovení relevantního trhu. Aby bylo možné dostat stanovenému cíli, je potřeba schematizovat a popsat co se relevantním trhem rozumí, nastínit základní východiska, ze kterých koncept relevantního trhu v pojetí soudobého soutěžního práva vychází, rozebrat jakým způsobem jsou soutěžitelé na trhu ve svém jednání omezeni, a konečně na takto popsaném základě vysvětlit jednotlivé metody a přístupy, které jsou založeny na ekonomických metodách a předpokladech, sloužící k vymezení relevantního trhu.

Vedle stručného popisu jednotlivých kvantitativních metod pro stanovení relevantního trhu jsou uvedeny také příklady jejich použití v evropské a americké praxi soutěžních institucí, případně v následném soudním přezkumu. Závěrem kapitoly je věnován prostor aplikaci kvantitativních metod při vymezování relevantního trhu ÚOHS a je zhodnocena první česká zkušenost se soudním přezkumem použití kvantitativních metod pro vymezení relevantního trhu v rozhodnutí ÚOHS.

### 2.1 Pojem relevantního trhu v soutěžním právu a základní definiční východiska

K narušení hospodářské soutěže dochází vždy na určitém trhu. Proto je pro posuzování, zda, kde, kým a jak byla porušena hospodářská soutěž, zásadní zjišťovat, co se vlastně daným trhem rozumí, co jej tvoří (tj. produktový/výrobní trh) a jak je ohraničen (tj. zeměpisný/geografický trh), tedy stanovit relevantní trh.

Relevantní trh je tak možno považovat za jakési „hřiště“, kde jednotliví hráči - soutěžitelé - mezi sebou soupeří o to, kdo dané „hřiště“ ovládne. Na druhou stranu

---

<sup>60</sup> Tato kapitola byla publikována: NEJEZCHLEB, K.; HAJNÁ, Z.. Stanovení relevantního trhu pomocí kvantitativních metod. *Antitrust revue soutěžního práva*, Česká republika: Sdružení KAIROS, 2014, roč. 2014, č. 1, s. 5-18.

relevantní trh sám o sobě pouze určitým způsobem naznačuje a rámuje<sup>61</sup> soutěžní interakci mezi soutěžiteli. Jeho stále převládající praktický význam při posuzování, zda soutěžní chování soutěžitelů neporušuje právo hospodářské soutěže, je, že se s jeho pomocí určují tržní podíly soutěžitelů a z nich následně nepřímo odvozuje jejich tržní síla,<sup>62</sup> dle které je hodnocena potenciální schopnost konkrétních soutěžitelů (negativně) ovlivňovat hospodářskou soutěž. Na tomto konceptu (byť s výjimkami) je postaveno posuzování fúzí, dominantního postavení a tedy možnosti jeho zneužití i posuzování dohod mezi soutěžiteli. Funguje na něm rovněž uplatňování blokových výjimek v praxi EK.<sup>63</sup> Vymezení relevantního trhu je základním prvkem tzv. strukturálního přístupu k posuzování možného porušení hospodářské soutěže. Ačkoliv je použití strukturálního přístupu v současnosti předmětem živé diskuze a kritiky ze strany některých autorů, nelze od něj v praxi pozorovat v podstatě žádný odklon, a proto je vymezení relevantního trhu z hlediska správnosti soutěžního posouzení specifických jednání naprosto klíčové.

Definici relevantního trhu v českém právu obsahuje § 2 odst. 2 ZOHS následovně: „*Relevantním trhem je trh zboží,<sup>64</sup> které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné, a to na území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedících území.*“ Oproti tomu metodika EK o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (dále též „EURT“)<sup>65</sup> stanovuje v bodech 7 a 8 tak, že: „*relevantní výrobní trh zahrnuje všechny výrobky a/ nebo služby, které jsou spotřebitelem s ohledem na jejich vlastnosti, ceny a zamýšlené použití považovány za zaměnitelné nebo zastupitelné. Relevantní zeměpisný trh zahrnuje oblast, ve které se dotyčné podniky účastní dodávky (pozn. autorů: zde by měl být spíše překlad nabídky, který by lépe vystihoval podstatu textu)<sup>66</sup> a poptávky výrobců nebo služeb, kde jsou podmínky hospodářské soutěže dostatečně stejnorodé a která může být odlišena od sousedních zeměpisných oblastí, protože zejména podmínky hospodářské soutěže*

<sup>61</sup> Je nutné říci, že hranice relevantních trhů nelze považovat za ostré hrany, mezi kterými se soutěží a mimo ně nikoliv, ale spíše za pouhé obrysy obepínající určitou zhuštěnější hospodářskou soutěž, než jaká panuje za nimi, neboť je zřejmé, že ne různé výrobky jsou vzájemnými substituty, tedy konkurenční, v rozdílné intenzitě (*closeness of substitution*) a stejně tak i území ve kterém hospodářská soutěž probíhá, nemá zpravidla zcela ostré hranice.

<sup>62</sup> Podrobně k pojmu tržní síly a jejímu určování viz kap. 3.

<sup>63</sup> Podrobně k jednotlivým typům porušení hospodářské soutěže v příslušných kapitolách.

<sup>64</sup> Pojmem zboží v tomto příspěvku rozumíme výrobky a služby ve smyslu § 1 ZOHS.

<sup>65</sup> Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03), Úřední věstník C 372, 09/12/1997 S. 0005 - 0013.

<sup>66</sup> Citováno z oficiálního překladu metodiky RTEK dostupného z: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):CS:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):CS:HTML).

*jsou v těchto oblastech zjevně odlišné. Relevantní trh, uvnitř něhož se má posoudit určitý problém týkající se hospodářské soutěže, se tedy stanoví spojením výrobního trhu a zeměpisného trhu.*“ Obdobný koncept jako v metodice EURT je obsažen také v Pokynech pro horizontální fúze používaných soutěžními institucemi v USA, tj. FTC a DOJ (dále též „DOJHMG“). Zde je definice produktového relevantního trhu zaměřena pouze na faktory poptávkové strany trhu, zatímco při posuzování geografického relevantního trhu se zohledňují jako relevantní faktory poptávka i nabídka.<sup>67</sup>

Rozdílem mezi definicemi relevantního trhu v českém ZOHS a v metodice EURT, který je na první pohled patrný, je skutečnost, že evropská úprava výslovně váže posouzení vlastností zboží ke spotřebiteli,<sup>68</sup> resp. k jeho hledisku. V praxi českého soutěžního práva nicméně tento rozdíl nečiní významný problém, neboť i ÚOHS využívá při definování relevantních trhů, tedy hodnocení možné substituce výrobků, rovněž hledisko spotřebitele a při stanovování geografických trhů uvažuje nad střetem nabídky a poptávky.<sup>69</sup>

### 2.1.1 Nezbytnost vymezení relevantního trhu pro právní kvalifikaci jednání

Metodika EURT uvádí, že *„definice relevantního trhu, jak pokud jde o výrobní trh, tak i o zeměpisný trh, má často rozhodující vliv na posouzení soutěžního případu. Zveřejněním postupů, které Komise používá v úvahách o definici trhu a uváděním kritérií a důkazů, o které se opírá při rozhodování, Komise očekává, že zvýší průhlednost své politiky a rozhodování v oblasti politiky hospodářské soutěže.*“ Z této proklamace lze dovodit zásadní význam a potřebu vymezovat relevantní trh, avšak na druhé straně rovněž skutečnost, že vymezování relevantního trhu není z pohledu EK patrně nezbytné ve všech případech protisoutěžního jednání. V praxi se zejména jedná o případy tzv. *hard-core* kartelů, resp. cílových horizontálních dohod, které již ze své povahy mají negativní efekt na hospodářskou soutěž, a jsou z tohoto důvodu *per se*, tedy bez ohledu na jejich skutečný dopad na trhu, zakázané. Shodně rovněž z metodiky DOJ a FTC v USA týkající se spolupráce mezi soutěžiteli<sup>70</sup> (dále též „DOJHG“) plyne, že relevantní trh není třeba vymezovat u někte-

<sup>67</sup> Horizontal Merger Guidelines. U. S. Department of Justice and Federal Trade Commission. 2010. Dostupné z: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>

<sup>68</sup> To odpovídá i hlavnímu cíli soutěžního práva, kterým není ochrana soutěžitelů, ale ochrana soutěže, která je mechanismem maximalizujícím společenský blahobyt.

<sup>69</sup> Viz např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 25. 10. 2011, č. j. ÚOHS-S178/2011/KS-16953/2011/840/RPL, ve kterém je výslovně uvedeno, že „za relevantní trh se obecně pokládá místo, kde se střetává nabídka s poptávkou po zboží, které je schopno uspokojit určitou konkrétní potřebu spotřebitelé“.

<sup>70</sup> Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors. Dostupné z: <http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>.

rých typů jednání, jež jsou považována za *per se* protisoutěžní.<sup>71</sup> Lze tedy konstatovat, že v „unijních případech“ řešených EK ani v USA v praxi nedochází k vymezení relevantního trhu ve všech soutěžních případech.

Naproti tomu ÚOHS vymezuje relevantní trh ve všech jím vedených správních řízeních<sup>72</sup> a vymezení relevantního trhu je pro něj vždy nezbytné. Důvodem jsou patrně Zásady postupu ÚOHS při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 ZOHS<sup>73</sup> („ZOHS“ doplněno autory), které v bodě 18 stanovují, že „základní částka pokuty reflektuje obrat dosažený konkrétním soutěžitelem z prodeje zboží či služeb, jichž se narušení soutěže přímo nebo nepřímo týká, a to na vymezeném geografickém relevantním trhu (dále též „hodnota prodeju“), typovou závažnost protisoutěžního jednání a délku protisoutěžního jednání“ a tím v podstatě nutí ÚOHS ve všech případech zkoumat relevantní trh, aby byl na jeho základě schopen vypočítat pokutu.<sup>74</sup>

Vymezení relevantního trhu je považováno za důležitý a významný prvek soutěžní analýzy. Po vymezení relevantního trhu lze totiž zkoumat jeho strukturu a posuzovat tak jednak, kteří soutěžitelé na vymezeném relevantním trhu soutěží a jaký je jejich tržní podíl, a dále zjišťovat, zda některý (někteří) z nich disponuje tržní silou, resp. jak moc jsou jednotliví soutěžitelé na vymezeném relevantním trhu ve svém jednání omezeni. Je však třeba podotknout, že někteří autoři silně zpochybňují potřebnost a vhodnost vymezovat relevantní trhy a tvrdí, že snaha o vymezení relevantních trhů vede k chybným závěrům.<sup>75</sup> Nicméně v celosvětové praxi soutěžních úřadů je v současné době stále relevantní trh standardně vymezován a zatím nenasvědčuje nic tomu, že by se měl tento přístup v blízké budoucnosti měnit.<sup>76</sup>

<sup>71</sup> Jedná se zejména o horizontální dohody o cenách, omezování produkce, rozdělování zákazníků, území atd.

<sup>72</sup> Výjimka z tohoto pravidla jsou pouze případy, kde ÚOHS neshledá, že došlo k porušení ZOHS, ve kterých by bylo z povahy věci nadbytečné zkoumat a podrobně vymezovat relevantní trh.

<sup>73</sup> Dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/legislativa/hospodarska-soutez.html>

<sup>74</sup> ÚOHS se sice může v určitých případech od svých zásad odchýlit, nicméně v praxi se tak neděje a pokuty jsou vždy počítány z obratu na relevantním trhu, a to i v případech horizontálních cílových dohod. Vedle toho je třeba, s ohledem na novelu ZOHS účinnou od 1. 12. 2012, která přinesla ÚOHS možnost prioritizace, uvažovat i o tom, zda je pro možnou prioritizaci rovněž potřeba vymezovat relevantní trh. Uvidíme, jakým způsobem se obecně k této možnosti ÚOHS postaví a zda vydá nějaké pokyny, či obecná pravidla, jakým způsobem hodlá tuto novou zákonnou možnost využívat a zda budou rovněž obsahovat vazbu na vymezení relevantního trhu.

<sup>75</sup> Např. KAPLOW, L. Why (Ever) Define Markets? *Harvard Law Review* [online]. 2010, no. 124, s. 437-517 [cit. 17. 5. 2013]. Dostupné z: [http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol\\_12402kaplow.pdf](http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol_12402kaplow.pdf)

<sup>76</sup> To lze dokládat např. článkem G. J. Werdena, ekonomického poradce DOJ, který reaguje na názory prof. Kaplowa (viz pozn. pod čarou č. 14) a vysvětluje, proč je třeba relevantní trh v soutěžní analýze definovat. Viz WERDEN, G. J. Why (Ever) Define Markets? An Answer to Professor Kaplow. *Social Science Research Network* [online]. Publikováno 13. 2. 2012 [cit. 17. 5. 2013]. Dostupné z: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2004655](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655)

### 2.1.2 Omezení soutěžitela chovat v hospodářské soutěži nezávisle a relevantní trh

Existují tři základní omezení, která na každého soutěžitela při jeho podnikatelské činnosti s určitou mírou intenzity působí. Tím z pohledu hospodářské soutěže vymezují relevantní trh odlišný od trhů ostatních. Zaprvé se jedná o omezení vyplývající z existence jiného zboží - substitutu, ke kterému spotřebitelé mohou (např. při zvýšení ceny, snížení kvality atd.) přejít, a současně možnosti, i přes vznik nákladů na dopravu, dané zboží pořídit ze vzdálenějších oblastí (nahraditelnost poptávky). Druhé omezení spočívá v možnosti ostatních soutěžitelů působících na daném trhu rozšířit produkci svého zboží (nahraditelnost nabídky). A konečně třetím omezením je omezení ze strany potenciální konkurence, která by mohla v budoucnu (v delším časovém horizontu) začít poskytovat zboží na trhu (potenciální konkurence). Při vymezování relevantního trhu je nejvýrazněji zásadně zkoumána nahraditelnost poptávky.<sup>77</sup> Nahraditelnost nabídky a potenciální konkurence jsou spíše významné při posuzování dominantního postavení a obecně tržní síly.

### 2.1.3 Shrnutí

Z uvedeného je zřejmé, že ač existují určité rozdíly mezi definicemi a používáním relevantního trhu v české praxi, přístupem EK a přístupem soutěžních institucí v USA, je vymezování relevantního trhu pro vymáhání soutěžního práva nezbytné a potřebné ve většině případů (v ČR dokonce ve všech případech). Relevantní trh je zkoumán pro účely soutěžního práva především z pohledu interakce mezi nabídkou a poptávkou,<sup>78</sup> resp. mezi soutěžiteli a spotřebiteli v určité oblasti a tam existujících omezení chovat se do určité míry nezávisle, tedy uplatňovat tržní sílu.<sup>79</sup> Relevantní trh se v soutěžních analýzách standardně vymezuje z hlediska

<sup>77</sup> To vyplývá i ze znění metodiky EURT.

<sup>78</sup> Je třeba rozlišovat mezi konceptem ekonomického trhu a relevantním trhem pro účely soutěžního práva. Ekonomický trh vymezuje interakci mezi prodávajícími a kupujícími v určité oblasti týkající se prodeje, resp. nákupu určitého zboží, přičemž výsledkem této interakce je utváření ceny daného zboží (rovnováhy). Na druhou stranu relevantní trh z pohledu soutěžního je oblast a zboží, které má z pohledu hypotetického monopolisty cenu zmonopolizovat, tedy oblast a zboží dostatečně odlišené od jiných oblastí a jiného zboží, kdy za předpokladu existence jediného subjektu v této oblasti produkujícího toto zboží, resp. subjektu s tržní silou dominanta, by jeho racionálním jednáním směřujícím k maximalizaci zisku bylo zvýšení ceny zboží.

<sup>79</sup> Pojem tržní síla lze nejobecněji definovat jako možnost chovat se na trhu do určité míry nezávisle. Vysoká tržní síla pak může indikovat, že soutěžitel jí disponující se nachází v tzv. dominantním postavení.

výrobního a geografického<sup>80</sup>; klíčovým atributem při jeho vymezení je především zkoumání poptávky, resp. reakce spotřebitelů na změny ceny, kvality, distribuce, množství atd.

## 2.2 Konkrétní přístupy k vymezení relevantního trhu

Základní dělení přístupů, jakými je možné relevantní trh vymežit, lze rozdělit na kvalitativní a kvantitativní. S trochou nadsázky by přitom kvalitativní metody bylo možné označit za způsoby „úsudku“, tedy zamyšlení, zda zboží má podobné vlastnosti, účel, cenu, způsob použití atd. Oproti tomu druhou možností jsou kvantitativní metody, které zásadně pracují s daty a prostřednictvím statistických a ekonometrických modelů a testů zkoumají, zda určité druhy zboží lze považovat za substituty, či zda dvě geografické oblasti spadají do jednoho trhu s ohledem na reálné chování spotřebitelů pozorované na dostupných datech. Bylo by chybou snažit se preferovat jeden či druhý způsob, protože oba je třeba používat komplementárně, resp. je kombinovat, abychom byli schopni s co nejvyšší mírou přesnosti vymežit relevantní trh pro daný případ. Autoři si však dovozí tvrdit, že postupem času je patrné, že přiklání se k „více ekonomickému přístupu“ v soutěžním právu jednoznačně vede k rozšířenému používání kvantitativních testů, které již i v ČR postupně začínají být součástí soutěžních případů. Níže jsou rozebrány základní kvantitativní techniky, resp. testy používané při vymezení relevantních trhů, a *ratio*, které za nimi a jejich použitím stojí.

Při výběru vhodné metody pro určení relevantního trhu záleží na typu soutěžního případu, pro který se relevantní trh vymezuje, a současně je třeba přihlídnout k případným specifikům konkrétního trhu. Zvláštní charakter trhu je standardně zohledňován například v případě trhů s vysoce diferencovanými produkty (tj. produkty, které sice slouží stejnému použití, ale mají značně odlišné charakteristiky, přičemž spotřebitelé je nemusejí nutně chápat jako substituty), oboustranných trhů, či trhů s vysokou úrovní inovací. Vzhledem k tomu, že stanovení relevantního trhu je klíčovou otázkou především pro konstatování zneužití dominantního postavení a pro povolení či zakázání spojení soutěžitelů, v těchto případech zkoumají soutěžní úřady vymezení trhu nejpečlivěji a také častěji používají sofistikované

<sup>80</sup> Vedle výrobního a geografického vymezení relevantního trhu může být relevantní trh ohraničen i z dalších hledisek, např. vymezení časové (sezónní zboží) či dle skupiny cílové spotřebitelů (studentské jízdné, mužské deodoranty).

kvantitativní analýzy. Naopak v případě *per se* zakázaných dohod se pro stanovení relevantního trhu, pokud je vůbec vymezován, používá spíše jednodušší úvaha a přednost může mít kvalitativní analýza před složitějším a časově náročnějším použitím kvantitativních metod. Této otázce je proto v rozhodnutích týkajících se *per se* zakázaných dohod věnován značně menší prostor i v odůvodnění rozhodnutí soutěžních úřadů.

### 2.2.1 Test hypotetického monopolisty - SSNIP test

V roce 1982 byla v USA přijata nová metodika sloužící pro posuzování fúzí, která představila tzv. SSNIP test<sup>81</sup>, neboli test hypotetického monopolisty (dále též „SSNIP test“), jež měl umožňovat přímé vymezení relevantního trhu. Tento test o 10 let později použila EK v případě *Nestlé/Perrier*,<sup>82</sup> která jej pak v roce 1997 do své praxe již zavedla oficiálně prostřednictvím Metodiky EURT následovně: „*Otázkou, již je třeba zodpovědět, je, zda by strany přešli na snadno dostupné nábrady nebo na dodavatele sídlící jinde, v reakci na hypoteticky malé (v rozmezí od 5 % do 10 %),<sup>83</sup> avšak stále zvyšování relativní ceny pro výrobky a uvažované oblasti. V případě, že by bylo nabrazení tak velké, že by zvýšení cen bylo neziskové v důsledku ztráty prodeje, zahrnou se do relevantního trhu další nábrady* (pozn. autorů: zde by měl být spíše překlad substituty, který by lépe vystihoval podstatu textu) *a oblasti. To by se dělalo tak dlouho, až by byl soubor výrobků a zeměpisných oblastí takový, že by malá, avšak stálá zvýšení relativních cen vytvářela zisk.*“<sup>84</sup>

Soudní dvůr označil použití logiky SSNIP testu za základní při vymezování trhu ve věci *NBHV*,<sup>85</sup> ve které se zabýval přezkumem EK povoleného spojení soutěžitelů zabývajících se porážkou prasat, zpracováním a prodejem masa (tj. provozující činnost jatek). Soudní dvůr zde uvedl, že základní otázkou pro vymezení

<sup>81</sup> Viz US DOJ Merger Guidelines (1982). Trh byl definován jako produkt nebo skupina produktů a geografické území, na kterém jsou tyto produkty vyráběny nebo prodávány tak, že hypotetická zisk maximalizující firma, která není cenově regulována, jež je jediným současným a budoucím producentem nebo prodejcem tohoto zboží na daném území, by mohla uplatnit alespoň „malé ale významné a trvalé“ („small but significant and non-transitory“) zvýšení cen, za předpokladu, že podmínky prodeje dalších produktů zůstanou konstantní. Relevantním trhem je pak skupina produktů a území, jež není větší, než je nezbytné k naplnění tohoto testu.

<sup>82</sup> Rozhodnutí EK ze dne 22. 7. 1992, věc IV/M.190, *Nestlé/Perrier*.

<sup>83</sup> V odvětvích s nízkými maržemi se používá většinou kritérium 5%, v odvětvích s vysokými maržemi pak kritérium 10%. K tomu lze však dále uvést, že často je v konkrétním případě SSNIP test zkoumán jak pro zvýšení cen o 5% tak i o 10% a výsledky jsou pak považovány za velmi spolehlivé, pokud je podmínka ziskového zvýšení cen splněna pro obě tyto stanovené procentuální hranice.

<sup>84</sup> Viz Metodika RTEK, odst. 17.

<sup>85</sup> Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 7. 5. 2009. Věc T-151/05. *NBHV*.

zeměpisného trhu v projednávané věci bylo, zda by se v případě mírného, leč trvalého snížení nákupní ceny prasat nebo prasnic na dotčených územích zákazníci spojujících se soutěžitelů, tj. chovatelé prasat, obrátili na jinde umístěná jatka.

Myšlenka tohoto testu tedy spočívá v tom, že pokud je hypotetický monopolista schopen zvýšit cenu výrobku obchodovaného na hypoteticky vymezeném relevantním trhu<sup>86</sup> o 5-10% a tímto zvýšit svůj zisk v dlouhodobém období<sup>87</sup>, a to za předpokladu, že ceny výrobků ostatních soutěžitelů zůstanou stejné, nečelí na takto vymezeném trhu dostatečným soutěžním omezením ze strany jiných výrobků (potenciálních substitutů), ani omezením z jiných geografických území. Za tohoto předpokladu je hypoteticky vymezený relevantní trh natolik „oddělen“ od jiných trhů, že by bylo profitabilní jej „monopolizovat“, což znamená, že bez fungující hospodářské soutěže na takto hypoteticky vymezeném relevantním trhu (existoval by zde jediný soutěžitel - hypotetický monopolista, jež by chtěl maximalizovat zisk), by zde došlo ke zvýšení cen (protože hypotetický monopolista by tímto zvýšením cen zvýšil svůj zisk), a v důsledku toho ke snížení spotřebitelského blahobytu.

Praktický postup,<sup>88</sup> jakým je SSNIP test aplikován, lze označit jako *a minore ad maius*. Vychází se z potenciálně co nejužšího hypotetického relevantního trhu a v případě, že SSNIP test, resp. jeho kritéria, není splněn, postupně jej rozšiřujeme tak, že do hypotetického relevantního trhu přidáváme buď další výrobky, jakožto potenciální substituty (pokud SSNIP test aplikujeme při vymezování výrobního relevantního trhu), nebo rozšiřujeme území, kterým jsme hypotetický relevantní trh ohraničili (pokud SSNIP test aplikujeme při vymezování geografického relevantního trhu).<sup>89</sup> Tento postup opakujeme tak dlouho, dokud není kritérium SSNIP testu splněno, čímž dochází k nalezení relevantního trhu, tedy geografické oblasti a skupiny substitutů, u kterých je hypotetický monopolista nadán dostatečnou tržní silou k profitabilní realizaci zvýšení ceny o 5-10%.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> Mějme na paměti, že je to hypotetický monopolista, tedy že obchoduje úplně všechny výrobky zahrnuté do potenciálního relevantního trhu s tím, že současně platí, že neobchoduje žádné výrobky do relevantního trhu nezahrnuté.

<sup>87</sup> Za dlouhé období je obvykle považováno období delší než jeden rok.

<sup>88</sup> Blíže o praktické aplikaci SSNIP testu např. COATE, M. B.; FISCHER, J. H. A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition. *Potomac Papers in Law and Economics* [online]. 2007, vol. 6, no. 1 [cit. 28. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=940667>

<sup>89</sup> Z uvedeného je zřejmé, že SSNIP test lze používat jak pro stanovení výrobního, tak geografického relevantního trhu.

<sup>90</sup> Velmi srozumitelně vysvětluje aplikaci a podstatu SSNIP testu v instruktážním videu na příkladu producentů mužských opasků předseda Global Economics Group David S. Evans. Dostupné z: <http://www.youtube.com/watch?v=5VE6FaCILAU>



V praxi se používá standardně „sekvenční“ postup, kdy se nejprve určuje pomocí SNIPP testu zboží, které patří do výrobního relevantního trhu a následně se zkoumají geografické hranice daného výrobního trhu, tedy vymezuje se geografický relevantní trh. Někteří autoři však tento postup kritizují a kloní se spíše k souběžnému vymezování relevantního trhu a ukazují, že při použití sekvenčního a souběžného přístupu může docházet k rozdílně vymezeným relevantním trhům.<sup>91</sup>

Přestože SSNIP test není jediným a „všespásným“ postupem pro určení relevantního trhu a je třeba jej vždy aplikovat s rozvahou vzhledem ke specifickým okolnostem případu, trhu, sektoru, odvětví a aktuální situaci, je to v současné době základní stavební kámen a myšlenkový princip analýzy relevantního trhu a těžko si lze představit, že by relevantní trh mohl být správně vymezen v rozporu s principy SSNIP testu. Jeho síla spočívá především v jeho jednoduchosti, tedy obecném zjištění, zda existují pro hypotetického monopolistu taková soutěžní omezení, která by mu bránila zvýšit zisk zvýšením ceny o 5-10%. SSNIP test je pak v podstatě nezastupitelný především u diferencovaných produktů, kde je jakákoliv kvalitativní analýza, zda výrobky jsou opravdu substituty, spíše pouhou spekulací.<sup>92</sup>

### 2.2.2 Praktický příklad použití SSNIP testu

Pro názorné vysvětlení uvažování při aplikaci SSNIP testu lze uvést praktický příklad, ve kterém posuzujeme, zda např. maloobchodní prodej chleba tvoří jeden samostatný trh, případně, zda existuje širší trh pečiva. Předpokládejme, že hypotetický monopolista na trhu maloobchodního prodeje chleba prodává za cenu  $P = 10$  a prodá 500 kusů, přičemž jeho variabilní náklady na bochník jsou 8. V tomto případě dosáhne zisku 1000, protože platí, že [cena (10) - variabilní náklady (8)] krát počet prodaných kusů (500) = 1000. Nyní předpokládejme, že tento hypotetický monopolista zvýší cenu bochníku o 1 tedy na 11, jeho variabilní náklady zůstanou

<sup>91</sup> Např. HALDRUP, N.; MOLLGAARD, P.; NIELSEN, C. K. Sequential Versus Simultaneous Market Delineation: The Relevant Antitrust Market for Salmon. *Journal of Competition Law and Economics* [online]. 2008, vol. 4, no. 3, s. 893-913 [cit. 28. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1277778> nebo <http://dx.doi.org/nhn020>.

<sup>92</sup> Příkladem může být např. otázka, zda dva různé mobilní telefony A a B jsou substituty. Na tuto otázku nelze odpovědět objektivně, protože někdo je jako substituty vnímá, zatímco jiný ne. Rozhodné pro posouzení, zda mobil B je substitutem a tedy tvoří soutěžní překážku pro výrobce mobilu A je, zda existuje takový počet zákazníků, který by v případě zvýšení ceny mobilu A o 5-10% koupil raději mobil B, že by v konečném důsledku zvýšení ceny mobilu A nebylo pro výrobce mobilu A profitabilní.

stejně, tedy 8, avšak díky zvýšení ceny dojde ke snížení poptávky po chlebu a prodá se pouze 400 kusů. Zisk hypotetického monopolisty tedy bude 1200, protože platí, že [cena (11) - variabilní náklady (8)] \* počet prodaných kusů (400) = 1200.

Logikou SSNIP testu bychom za popsané situace dospěli k závěru, že trh maloobchodního prodeje chleba je dostatečně oddělen od jiných trhů a představuje samostatný relevantní trh, neboť umožňuje hypotetickému monopolistovi zvýšit cenu o 10% a zvýšit tím jeho zisk.<sup>93</sup> Pokud by však za situace popsané výše, došlo k výraznějšímu poklesu poptávky a prodalo se pouze 300 kusů, zisk hypotetického monopolisty by byl pouze 900, protože platí, že [cena (11) - variabilní náklady (8)] \* počet prodaných kusů (300) = 900. V tomto případě by SSNIP test nebyl splněn, resp. relevantní trh by nebyl vymezen a my bychom dále pokračovali v realizaci SSNIP testu přidáním dalšího substitutu a zkoumali opětovně, zda by po přidání dalšího substitutu již bylo zvýšení ceny bochníku chleba ziskové. Jako nejbližší substitut bychom mohli uvažovat např. rohlík. Předpokládejme, že hypotetický monopolista na trhu chleba a rohlíků by nyní prodával bochník za cenu  $P = 10$  a prodal 500 kusů a jeho variabilní náklady na bochník byly 8. Současně by tento hypotetický monopolista prodával rohlíky za cenu 2 za kus s tím, že by variabilní náklady na kus byly 1 a prodal 1000 kusů. Pak by platilo, že zisk tohoto hypotetického monopolisty by byl 2000, protože platí, že {[cena (10) - variabilní náklady (8)] \* počet prodaných kusů (500)} + {[cena (2) - variabilní náklady (1)] \* počet prodaných kusů (1000)} = 2000. Předpokládejme, že by došlo ke stejné situaci jako uvedené výše, tedy že by hypotetický monopolista zvýšil cenu bochníku chleba o 1 a došlo tím ke snížení poptávky po chlebu, důsledkem čehož by prodal pouze 300 bochníků. Současně by však díky tomu došlo ke zvýšení poptávky po rohlících o 300, protože někteří spotřebitelé by díky zdražení chleba upřednostnili nákup rohlíků a hypotetický monopolista, nyní prodávající chleba i rohlíky, by tak prodal 1300 rohlíků. Pak by platilo, že zisk tohoto hypotetického monopolisty by byl 2200, protože platí, že {[cena (11) - variabilní náklady (8)] \* počet prodaných kusů (300)} + {[cena (2) - variabilní náklady (1)] \* počet prodaných kusů (1300)} = 2200. V tomto případě, bychom po rozšíření hypotetického relevantního trhu zahrnutím rohlíků do relevantního trhu logikou SSNIP dospěli k závěru, že relevantní trh maloobchodního prodeje chleba a rohlíků je dostatečně oddělen od jiných trhů a představuje z hlediska soutěžní interakce samostatný relevantní trh, který

<sup>93</sup> Musí samozřejmě platit i ostatní předpoklady, a to, že zvýšení je nepřenosné na další následné trhy a dlouhodobě, tedy lze je udržet v rádu alespoň jednoho roku.

je ziskové „zmonopolizovat“, neboť umožňuje hypotetickému monopolistovi zvýšit cenu o 10% a zvýšit tím jeho zisk. Pokud bychom však i po přidání rohlíků do relevantního trhu zjistili, že zvýšení ceny chleba o 10 % není ziskové, pokračovali bychom dále stejným postupem a přidávali další a další substituty, v tomto případě např. bagety, housky, placky atd., a to až do doby, než bychom nastíněnou logikou našli dostatečně široký relevantní trh, na kterém by zvýšení ceny chleba o 10 % bylo pro hypotetického monopolistu ziskové.

### 2.2.3 Úskalí SNIPP testu

Při aplikaci SSNIP testu je třeba mít na paměti, na jakou otázku nám SSNIP test dává odpověď. Touto otázkou je, zda hypotetický monopolista čelí takovým omezením, při kterých by pro něj nebylo ziskové zvýšit dlouhodoběji cenu o 5 - 10 %. Při aplikaci SSNIP testu se tak ptáme, zda konkrétní zboží či území zahrnuté do relevantního trhu čelí takovýmto omezením ze strany ostatních substitutů či jiných území. Otázkou SSNIP testu tedy není, zda ostatní substituty či jiná, do relevantního trhu nezahrnutá území čelí tomuto tlaku ze strany do hypotetického relevantního trhu zahrnutého zboží či území. Nerespektování tohoto principu by mohlo vést k nesprávným výsledkům, a to z důvodu, že mohou např. existovat trhy, kde funguje pouze tzv. jednosměrná substituce.<sup>94</sup> Proto je velmi důležité dbát při aplikaci SSNIP testu na to, kterým produktem, či územím testování začínáme. Rovněž může být ošidná otázka SSNIP testu vztahující se k ziskovosti zvýšení cen hypotetického monopolisty a je třeba ji správně chápat. Pokud se totiž ptáme, zda by hypotetický monopolista byl schopen zvýšit svůj zisk tím, že by zvýšil ceny o 5 - 10 %, můžeme dojít k závěru, že ano, nicméně současně zjistit, že by ale svůj zisk maximalizoval při zvýšení ceny o pouhé 3 %. Proto se domníváme, že správně je se ptát, zda by hypotetický monopolista byl schopen zvýšit svůj zisk, nikoliv jej nutně maximalizovat tím, že by zvýšil ceny o 5 - 10 %. Tímto směrem se také vydala EK, která v metodice EURT hovoří o ziskovém zvýšení ceny. Naproti tomu metodika DOJHMG uvádí, že se jedná o zisk-maximalizujícího hypotetického monopolistu. Jde o jeden z více rozdílů mezi aplikací SSNIP testu v EU a USA.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Typickým příkladem by mohl být trh pevné telefonní linky, kde by poskytovatel čelil konkurenci ze strany mobilních telefonů, tedy mobilní telefony by byly spotřebiteli vnímány jako substitut pevné linky a na druhé straně by pevná linka spotřebiteli nebyla vnímána jako substitut mobilního telefonu.

<sup>95</sup> Více o rozdílech mezi uplatňováním SSNIP testu v EU a USA viz např. FILISTRUCCHI, L. A SSNIP Test for Two-Sided Markets: The Case of Media. *NET Institute* [online]. 2008, Working Paper no. 08-34 [cit. 20. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1287442>

Praktickou aplikaci SSNIP testu rovněž není možné zúžit na testování přechodu spotřebitelů k jinému typu zboží. SSNIP test je třeba vnímat komplexně, tedy tak, že nezávisí jen na jiném konkrétním typu zboží, ale na celém ekonomickém systému. SSNIP test je sice ovlivněn především vlastní cenovou elasticitou poptávky<sup>96</sup> (viz níže v části týkající se praktické aplikace SSNIP testu), ale i dalšími vlivy, jako třeba omezenými finančními prostředky na straně spotřebitelů. Soustředění se pouze na analýzu spočívající v tom, kolik spotřebitelů přejde k jiným soutěžitelům, by mohlo vést k příliš úzkému vymezení relevantního trhu, resp. k přecenění tržní síly hypotetického monopolisty, který je omezován i dalšími vlivy.<sup>97</sup> Platí, že čím je vlastní cenová elasticita poptávky větší - poptávka je elasticitější, jsou vyšší i křížové elasticity (vyšší přechod k substitutům) a trh obecně širší, resp. zahrnuje více výrobků, mezi kterými spotřebitelé při změně cen jednoho z nich přecházejí.

Dalším důležitým aspektem realizace SSNIP testu je správně chápat, o zvýšení ceny kterého produktu se jedná. V okamžiku, kdy první „nejúžeji“ navržený hypotetický relevantní produktový trh nesplní kritéria SSNIP testu a je tak třeba přidat další nejbližší substitut a provést nové testování, je třeba si uvědomit, že pro účely závěru o vymezení relevantního trhu postačí, že je hypotetický monopolista schopen zvýšit cenu pouze jednoho z produktů spadajících do hypotetického relevantního trhu o 5 - 10%. Pokud bychom naopak zkoumali, zda je hypotetický monopolista schopen zvýšit cenu všech do relevantního trhu zařazených výrobků, mohli bychom v některých případech mylně dospět k vymezení příliš širokých relevantních trhů.

Podstatným problémem při provádění SSNIP testu je rovněž tzv. *cellophane falacy*, neboli celofánový klam.<sup>98</sup> Tento jev, jenž je významný především při vymezení trhu v oblasti zneužití dominantního postavení, byl poprvé upozorován v americkém případě z roku 1956,<sup>99</sup> kdy Nejvyšší soud USA posuzoval, zda společnost duPont vyrábějící celofán působí na relevantním trhu, který zahrnuje pouze celo-

<sup>96</sup> Ta je obecně nejdůležitějším prvkem při provádění SSNIP testu.

<sup>97</sup> Tento systém pak lze popsat tak, že pokud vezmeme vlastní cenovou elasticitu poptávky, křížové elasticity vůči všem ostatním výrobkům v systému a elasticitu příjmu, uděláme jejich součet, výsledkem musí být „rovnovážná“ nula.

<sup>98</sup> Blíže o celofánovém klamu např. ARON, D. J.; BURNSTEIN, D. E. Regulatory Policy and the Reverse Cellophane Fallacy. *Journal of Competition Law and Economics* [online]. 2010, vol. 6, no. 4, s. 973-994 [cit. 28. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1171292>, nebo SABBATINI, P. The Cellophane and Merger Guidelines Fallacies Again. *Social Science Research Network* [online]. 2001 [cit. 28. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=271113> nebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.271113>

<sup>99</sup> *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956)

fán (k takovému závěru dospělo DOJ), nebo zda je relevantní trh širší. Nejvyšší soud na základě odhadu křížových cenových elasticit poptávek po celofánu a po dalších obalových materiálech dospěl k tomu, že i malé zvýšení ceny celofánu způsobí významnou změnu poptávky po celofánu a z toho důvodu by hypotetický monopolista nemohl být schopný zvýšit ceny celofánu o 5 - 10 % oproti původní úrovni, aniž by utrpěl ztráty. Ač byl tento závěr sám o sobě správný, širší vymezení relevantního trhu bylo chybné, neboť zkoumané ceny celofánu již byly „zmonopolizované“ v okamžiku, kdy byl tento test prováděn. Z toho je patrné, že celofánový klam vychází z toho, že v případě aplikace SSNIP testu na trhu, který již je „zmonopolizovaný“, tedy jsou na něm účtovány značně<sup>100</sup> vyšší ceny, než v případě existence konkurenčního tlaku na tomto zkoumaném trhu, bude s vysokou pravděpodobností závěrem SSNIP testu příliš široce vymezený relevantní trh, protože spotřebitelé budou za substituty považovat i zboží např. značně nižší kvality, či výrobek přestanou zcela kupovat. Výsledkem SSNIP testu tak bude, že pro hypotetického monopolistu není za dané situace na trhu profitabilní zvýšit ještě více ceny, které jsou již nastaveny na úrovni ceny monopolu, což by nezbytně vedlo k příliš široce vymezenému relevantnímu trhu. Jeden z doporučených postupů při analýze, zda nedochází při aplikaci SSNIP testu k celofánovému klamu, je zkoumání situace, co nastane v případě, že by se ceny snížily. Tímto přístupem totiž zkoumáme rovněž situaci na straně nabídky.<sup>101</sup>

Pro SNIPP test a jeho provádění platí, že není klíčový průměrný, ale tzv. „mezní“ zákazník. Není totiž nutné, aby i průměrní zákazníci přecházeli ke konkurenci nebo produkt přestali kupovat, jelikož SSNIP test vychází z toho, že stačí, aby přešlo ke konkurenci, či přestalo výrobek kupovat takové množství „mezních“ zákazníků, že se zvýšení cen o požadovanou úroveň 5 - 10% hypotetickému monopolistovi nevyplatí. Jinými slovy stačí, že díky přechodu mezních zákazníků k jiným výrobkům, do jiných oblastí, či skutečnosti, že si výrobek přestanou mezní zákazníci kupovat zcela, nebude splněno kritérium SSNIP testu. Proto není nutné, aby začali přecházet „jinam“ či přestali výrobek kupovat zákazníci „průměrní“. Zaměřování se na průměrné zákazníky by mohlo vést k příliš úzce vymezeným relevantním

<sup>100</sup> Odpovídá podmínce SSNIP testu, že zvýšení je malé, ale značné.

<sup>101</sup> Další přístupy používané pro vyhnutí se problému celofánového klamu značně závisí na typu soutěžního případu, známé metody jsou např. „upward pricing pressure“, „Gross Upward Price Pressure Index“ neboli tlak na budoucí zvyšování ceny po uskutečnění fúze a zkoumání tzv. „diversion ratios“ neboli, jak moc přejdou zákazníci k jiným výrobkům (tyto metody budou blíže rozebrány u kapitoly týkající se posuzování spojování soutěžitelů).

trhům. K tomu došlo v historii evropské rozhodovací praxe např. ve známém případě *United Brands*<sup>102</sup>, ve kterém byl relevantní trh vymezen pouze jako trh banánů právě na základě argumentace, že průměrní spotřebitelé nechápou jako substitut banánu jiný druh čerstvého ovoce, a to vzhledem k vlastnostem banánu jako je jeho měkkost, snadnost loupání atd.<sup>103</sup>

Vedle výše popsaných specifík a úskalí pojících se se SSNIP testem existují samozřejmě další důležité aspekty, které je třeba mít na paměti při jeho provádění. Jedná se např. o skutečnost, že určité trhy vykazují specifika dvojstrannosti<sup>104</sup> nebo, že soutěžitelé produkují varietu produktů na daném trhu atd., proto je třeba vždy při provádění SSNIP testu brát v úvahu zvláštnosti zkoumaného potenciálního trhu a případně provedení SSNIP testu vhodně modifikovat.<sup>105</sup> Mezi významné faktory ovlivňující provádění SSNIP testu při vymezení relevantního trhu vedle výše uvedených skutečností patří dále např. kartelizace, regulace, síťový charakter odvětví, zakázkové trhy (aukce, tendry), trhy, kde je zboží prodáváno v balíčcích atd.

### 2.3 Praktická realizace SSNIP testu pomocí kvantitativních technik

V předchozím textu byl popsán SSNIP test a jeho základní myšlenkový princip. Zároveň bylo upozorněno i na určitá významná úskalí, na která je třeba při jeho provádění myslet, a na okolnosti, jež mohou koncepčně ovlivnit jeho aplikaci. V praxi je však třeba SSNIP test realizovat. V následující kapitole proto rozebereme metody, které jsou pro realizaci, resp. kvantitativní aplikaci SSNIP testu používány.

<sup>102</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 2. 1978. Věc 27/76. *United Brands*.

<sup>103</sup> Tento klam bývá nazýván také jako „bezzubý klam“ („toothless fallacy“) - viz např. SHARMA, K. SSNIP Test: A Useful Tool, Not a Panacea. *Competition Law Report* [online]. 2011 [cit. 28. 3. 2013] Dostupné z: <http://www.cci.gov.in/images/media/presentations/SSNIPTestKKSharma260711.pdf>

<sup>104</sup> Dvoustranné trhy jsou takové, kde určitá platforma umožňuje styk dvou skupin zákazníků s různými preferencemi a požadavky. Nejtypičtější případem dvoustranného trhu může být např. systém platebních karet, kdy na jedné straně stojí zákazníci, kteří mají zájem, aby jejich bankovní kartu akceptovalo co nejvíce obchodníků, na druhé straně stojí obchodníci, kteří mají zájem o karty, které využívá co nejvíce zákazníků. Tyto trhy rovněž velmi často stojí na principu, že jedna strana zákazníků je „přilákána“ zadarmo, za účelem, aby o produkt měla zájem druhá strana (např. facebook), který je zdarma pro uživatele a vydělává na reklamě, protože jeho uživatelé pro obchodníky představují obrovský zákaznický potenciál.

<sup>105</sup> Např. problematiku SSNIP testu a tzv. dvoustranných trhů zkoumá FILISTRUCCHI, 2008, op. cit., problematiku více produktových firem MORESI, X.S.; SALOP, C.S.; WOODBURY R. J. Implementing the Hypothetical Monopolist SSNIP Test With Multi-Product Firms. *Social Science Research Network* [online]. 2008 [cit. 29. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1087536>

### 2.3.1 Zkoumání cenové elasticity poptávky

Základní a nejdůležitější informací pro možnost zodpovědět otázku SSNIP testu je vlastní cenová elasticita poptávky.<sup>106</sup> Druhů elasticit poptávky je několik. Nejdůležitější roli pro realizaci SSNIP testu má tzv. residuální elasticita poptávky hypotetického monopolisty (vlastní elasticita), která vysvětluje, jakým způsobem se mění objem prodeje daného produktu hypotetického monopolisty při změně jeho ceny. Při znalosti elasticity poptávky hypotetického monopolisty, znalosti jeho marže a předpokladu konstantní výše mezních nákladů lze snadno spočítat, zda by zvýšení cen o 5-10 % vedlo k maximalizaci zisku a tedy dle logiky SSNIP testu rozhodnout, zda již máme vymezen relevantní trh.

Vedle vlastní elasticity lze rovněž zkoumat tzv. křížovou elasticitu poptávky (někdy také označovanou jako míra odklonu - *diversion ratio*), která vysvětluje, jak velké procento objemu prodejů se díky změně ceny konkurenčního výrobku přesune od/k výrobku zahrnutého do hypotetického relevantního trhu. Výše křížové elasticity indikuje, zda je jeden výrobek substitutem druhého, resp. jak velké soutěžní omezení znamená určitý jiný výrobek pro výrobek zahrnutý do hypotetického relevantního trhu.<sup>107</sup> Zkoumání křížové elasticity je tedy vhodné zejména pro zjišťování, které výrobky lze označit za substituty. Elasticita se obecně dá především zjišťovat za pomoci tzv. regresní analýzy<sup>108</sup> (lineární regrese, nelineární regrese),<sup>109</sup> pomocí které modelujeme poptávkovou křivku.

<sup>106</sup> Cenová elasticita poptávky vypovídá o tom, jak jsou zákazníci citliví na změnu ceny nabízeného zboží. Jedná se tedy o vztah mezi poptávaným množstvím zboží a procentní změnou ceny zboží. Ani elasticita poptávky však není použitelná ve všech případech, např. ve farmaceutickém průmyslu si pacienti málokdy sami vybírají léky (předpis od doktora), ani neplatí plnou cenu, proto zkoumání jejich poptávky by patrně nepřineslo relevantní odpovědi. Rovněž může být spoléhání se na elasticitu poptávky klamné v případě dvoustranných trhů, např. v případě prodeje tiskovin jsou totiž zdrojem příjmu dvě odlišné skupiny, jednak jsou to čtenáři, ale souběžně také zadavatelé reklamy, proto je v takovém případě potřeba analyzovat obě strany trhu, abychom v rámci SSNIP testu dospěli k správným závěrům.

<sup>107</sup> Je třeba dát pozor na to, že neplatí, že pokud jeden výrobek představuje omezení pro druhý, musí to platit rovněž opačně.

<sup>108</sup> Regresní analýza je statistická metoda, pomocí níž odhadujeme hodnotu náhodné veličiny (závisle proměnné) na základě znalosti jiných veličin (nezávisle proměnných). Blíže např. ZVÁRA, K. *Regresní analýza*. Praha: Academia, 1989, 245 s. ISBN 80-200-0125-5.

<sup>109</sup> Více o používání regresní analýzy v soutěžním právu např. viz DAVIS, P. J.; GARCÉS, E. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2010, 580 s. ISBN 9780691142579.

Analýzu elasticity poptávky provedla (použitím tzv. logistické regrese) EK např. ve svém rozhodnutí ve věci spojení soutěžitelů *Unilever/Sara Lee*<sup>110</sup>, kde dospěla při posuzování zastupitelnosti deodorantů k závěru, že dámské a pánské deodoranty tvoří samostatné relevantní trhy a že neexistuje jeden „globální“ trh deodorantů.

### 2.3.2 Analýza kritické ztráty

Další používanou metodou je tzv. analýza kritické ztráty,<sup>111</sup> v rámci níž posuzujeme, při jak velké ztrátě objemu prodeje způsobené zvýšením ceny dojde ke snížení zisku. Proti sobě tedy stojí dva protichůdné efekty působící na zisk hypotetického monopolisty. Negativním efektem snižujícím zisk je ztráta prodeje v důsledku toho, že někteří zákazníci budou zboží nakupovat méně, nebo jej vymění za konkurenční zboží. Pozitivním efektem způsobujícím zvýšení zisku je vyšší marže na všech zbylých prodejích, tedy vyšší zisk na jeden prodaný výrobek.<sup>112</sup>

V rámci analýzy kritické ztráty zjišťujeme, zda je zvýšení ceny profitabilní, tedy porovnáváme hodnotu kritické ztráty se ztrátou skutečnou. V případě, že dojdeme k závěru, že vypočtená kritická ztráta (maximální počet ztracených prodejů, při kterém je zvýšení ceny ziskové) je menší než ztráta skutečná (skutečný počet ztracených prodejů, jež je důsledkem zvýšení ceny), dochází ke snižování zisku. To znamená, že takovéto zvýšení ceny by za daných podmínek nebylo pro hypotetického monopolistu profitabilní, čímž docházíme nezvratně k závěru, že testovaný hypotetický trh jsme vymezili příliš úzce. Matematicky vypočítat kritickou ztrátu není problém, protože k jejímu výpočtu nám stačí znát jedinou proměnnou, a to výši marže, která však prakticky není vůbec snadno zjistitelná, protože pro její určení je třeba zjistit variabilní náklady, což je mnohdy značně problematické. Dalším, ještě složitějším praktickým problémem je určování ztráty skutečné.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> Rozhodnutí EK ze dne 17. 11. 2010, věc M.5658, *Unilever/Sarah Lee*. Blíže k tomuto rozhodnutí viz kap. 5 týkající se posuzování fúzí.

<sup>111</sup> Analýzu kritické ztráty poprvé popsali ve své práci HARRIS, B. C.; SIMONS, J. J. Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary? *Research in Law and Economics*. 1989, vol. 12, s. 207-226.

<sup>112</sup> AMELIO, A.; DONATH, D. Market definition in recent EC merger investigation: The role of empirical analysis. *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*. [online]. 2009, no. 3 [cit. 29. 3. 2013]. Dostupné z: [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/merger\\_investigations.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/merger_investigations.pdf).

<sup>113</sup> Tu je často, vzhledem k absenci reálných dat hypotetického monopolisty, možno určit pouze prostřednictvím spotřebitelského průzkumu, přičemž je třeba mít na paměti, že pokud např. zkoumáme trh za účelem posouzení jednání v minulosti, validita spotřebitelského průzkumu provedeného v současnosti pro daný případ je diskutabilní. Rovněž se informace dají získat např. z podnikatelských plánů či strategií soutěžitelů působících na daném trhu atd.



Vedle analýzy kritické ztráty zkoumající objem prodeje, lze rovněž provádět analýzu kritické elasticity poptávky, která vychází z naprosto shodného principu jako analýza kritické ztráty a dává odpověď na otázku, jak (ne)elastická musí být poptávka hypotetického monopolisty, aby byla splněna kritéria SSNIP testu.

Pro aritmetické určení kritické ztráty či kritické elasticity potřebujeme znát „jen“ marži, chápanou jako procentuální rozdíl mezi cenou a mezními náklady.<sup>114</sup> Intuitivně lze uvažovat, že čím vyšší je marže u daného výrobku, je vyšší i „ztráta“ zisku za každý jednotlivý výrobek, který nebude díky zvýšení ceny (a odpovídajícímu snížení poptávky) prodán. Proto v případě, kdy hypotetický monopolista prodává výrobky s vysokou marží, je hodnota kritické ztráty nižší, tedy stačí menší ztráta objemu prodeje, aby zvýšení ceny nebylo ziskové. To implikuje, že čím vyšší je marže, tím nižší musí být vlastní elasticita poptávky, aby kritická ztráta<sup>115</sup> byla vyšší, než ztráta skutečná.

Obecně lze k testům založeným na zkoumání elasticity poptávky a kritické ztráty říci, že jsou schopny přímo dát odpověď na otázku SSNIP testu, ale je poměrně složité je implementovat vzhledem k problematickému získávání dostatečně robustních a spolehlivých dat, a to zejména v případech diferencovaných produktů.<sup>116</sup> Z tohoto důvodu existují další testy používané při vymezování relevantních trhů, kde ústřední roli nehraje zjišťování elasticity a modelování poptávky (někdy nazýváno jako *elasticity approach*), ale jsou zaměřeny především na zkoumání ceny a jejího vývoje v čase (někdy nazýváno jako *price tests - approach*).

### 2.3.3 Analýza kritické ztráty v praxi

V praxi je analýza kritické ztráty poměrně častým způsobem realizace SSNIP testu. Běžně ji používá ve svých rozhodnutích EK i soutěžní instituce USA a pro stanovení relevantního trhu ji použil i ÚOHS.<sup>117</sup>

<sup>114</sup> Marži ( $m$ ) lze spočítat dle vzorce  $m = (P - MC) / P$ , kde  $P$  je cena výrobku a  $MC$  jsou mezní náklady výrobku.

<sup>115</sup> Kritickou ztrátu můžeme spočítat dle vzorce  $KZ = zc / (zc + m)$ . Kde „ $KZ$ “ je hodnota kritické ztráty, „ $zc$ “ je procentuální změna ceny a „ $m$ “ je marže

<sup>116</sup> Shodně názor vyjadřují autoři článku KATSOUALACOS, Y.; KONSTANTAKOPOULOU, I.; METSIU, E.; SIONAS, G. E. Price comovement-tests in market definition: do they have a useful role: (or, are nuts and chips in the same relevant market?). *Cresse, 7th competition and regulation conference* [online]. 2012 [cit. 29. 3. 2013]. Dostupné z: <http://www.cresse.info/uploadfiles/Price%20comovement-tests%20in%20market%20definition.pdf>.

<sup>117</sup> Viz 5. 2. níže.

V případě *INEOS/Kerling*<sup>118</sup> posuzovala EK spojení dvou společností působících na trhu s dodávkami suspenze PVC („S-PVC“). EK zde použila analýzu kritické ztráty pro určení geografického relevantního trhu, konkrétně aby zjistila, zda relevantní trh tvoří pouze území Velké Británie, nebo jestli je třeba tento trh, vzhledem k četným dovozcům S-PVC ze západní Evropy, stanovit širší. K výpočtu kritické ztráty použila dva koncepty - jednak „rovnovážný přístup“ (*break-even critical loss*)<sup>119</sup> a dále přístup „maximalizace zisku“ (*profit maximisation critical loss*)<sup>120</sup>. Pro oba koncepty pak byly výsledky prezentovány pro dvě různé hypotézy variabilních nákladů, jednak pro úroveň variabilních nákladů poskytnutou stranami, a dále pro tyto variabilní náklady po odečtení části variabilních nákladů, které byly ve skutečnosti fixními náklady, avšak spojující se soutěžitelé je pro účely výpočtu hrubé marže započítávali do variabilních nákladů. Pro výpočet kritické ztráty byly tím pádem použity dvě úrovně hrubé marže. Hodnotu skutečné ztráty se EK pokusila vypočítat na základě odhadu elasticit částečných reziduálních poptávek spojujících se soutěžitelů<sup>121</sup>. Elasticitu částečné reziduální poptávky se však nepodařilo EK dostatečně spolehlivě odhadnout, a to z důvodu, že jednání spojujících se společností i ostatních soutěžitelů (dovozců do Velké Británie) bylo výrazně ovlivněno velmi podobnými událostmi, zejména změnami cen etylenu, základního vstupu pro výrobu S-PVC. Ceny spojujících se soutěžitelů i ostatních dovozců se proto většinou pohybovaly stejně, a to právě v závislosti na společných událostech/šocích. Nakonec EK na základě provedení dalších kvantitativních a kvalitativních metod dospěla k tomu, že geografické vymezení relevantního trhu je širší než trh Velké Británie.

EK použila analýzu kritické ztráty dále např. v případě posuzování spojení soutěžitelů ve věci *Lufthansa / SN Airholding airline*,<sup>122</sup> kde mimo jiné řešila otázku, zda lze do produktového relevantního trhu na trase Brusel - Frankfurt zahrnout vedle letecké dopravy také dopravu vlakovou. Skutečná ztráta byla kalkulována pomocí spotřebitelského průzkumu na letišti v Bruselu spočívajícím v dotazování

<sup>118</sup> Rozhodnutí EK ze dne 30. 1. 2008, věc M.4734, *INEOS/Kerling*. K tomuto rozhodnutí rovněž viz kap. 5 (spojování soutěžitelů).

<sup>119</sup> Tento přístup odpovídá na otázku, jaká by mohla být největší procentuální ztráta prodeje, aby byl SSNIP pro hypotetického monopolistu ziskový.

<sup>120</sup> V tomto případě je řešena otázka, jaká by mohla být největší procentuální ztráta prodeje, aby hypotetický monopolista, který maximalizuje zisk, realizoval SSNIP.

<sup>121</sup> Částečná reziduální poptávka ukazuje, jak se poptávka po produktech jedné ze spojujících se společností změní, pokud všechny ostatní firmy, mimo druhou spojující se společnost, zareagují na zvýšení její ceny.

<sup>122</sup> Rozhodnutí EK ze dne 22. 6. 2009, věc M. 5335, *Lufthansa/SN Airholding*.

cestujících, zda by zůstali věrni letecké dopravě v případě zvýšení ceny letenky o 5 - 10%, nebo jestli by se pak raději přepravovali vlakem. Výpočet kritické ztráty však byl v tomto případě komplikovanější kvůli některým specifickým letecké dopravy, jež znesnadňují určení výše hrubé marže. Problémem je zde jednak významná cenová diskriminace (např. „obchodní“ cestující jsou ochotni zaplatit mnohem vyšší ceny letenek nežli „volnočasoví“ cestující), neboť výpočet kritické ztráty počítá s jednotnou cenou účtovanou všem zákazníkům. Dále je v případě letecké přepravy obtížné určit velikost variabilních nákladů. Z toho pak vyplývá riziko, že variabilní náklady budou stanoveny na příliš nízké úrovni, což by zkreslovalo velikost kritické ztráty, v tomto případě by byla kritická ztráta vyšší a analýza kritické ztráty by chybně ukazovala na širší vymezení relevantního trhu. EK proto uvedla, že nepovažuje analýzu kritické ztráty za vhodnou pro letecký průmysl. Výsledky analýzy kritické ztráty, jež nasvědčovaly existenci samotného trhu letecké dopravy, proto EK podpořila použitím ještě dalších metod, jako zkoumáním bariér vstupu apod.

V praxi USA, která je v tomto ohledu bohatší, můžeme nalézt použití analýzy kritické ztráty např. v rozhodnutí obvodního soudu ve věci *FTC v. Whole Foods Market a Wild Oats Market*<sup>123</sup>. V rámci tohoto řízení bylo posuzováno spojení mezi dvěma řetězci supermarketů s potravinami, přičemž proti sobě stály dva názory: jednak názor FTC, že relevantní trh tvoří pouze supermarkety s „organickým“ zbožím (tj. „premium natural/organic supermarket“), a jednak názor uvedených dvou řetězců, podle kterých by takto vymezený trh byl příliš úzký a je tak třeba do něj zahrnout všechny supermarkety. U obvodního soudu byly se svým tvrzením úspěšné spojující se řetězce, které argumentovaly aplikací SSNIP testu realizovaného analýzou kritické ztráty s tím, že hypotetický monopolista by utrpěl při malém ale významném a trvalém zvýšení ceny natolik velké ztráty, že by pro něj toto zvýšení nebylo profitabilní, a proto je třeba relevantní trh vymezit jako širší. Obvodní soud vytkl FTC, že se ve své analýze zaměřila na hlavní zákazníky a nikoliv na mezní zákazníky, kteří by měli být pro otázku definice trhu klíčoví. Otázkou zde totiž je, zda existuje „dost“ zákazníků, kteří by přešli s „dostatečným“ množstvím svých nákupů při zvýšení ceny k jiným prodejcům. Tento názor však následně nepodpořil Odvolací soud<sup>124</sup>. Podle něj spojující se soutěžitelé nepředložili žádné kvantitativní důkazy pro rozsah skutečné ztráty ani žádnou metodologii jejího výpočtu. Bylo

<sup>123</sup> *FTC v. Whole Foods Market a Wild Oats Market*. 502 F. Supp 2d 1, District Court for the District of Columbia (16. 8. 2007)

<sup>124</sup> *FTC v. Whole Foods Market a Wild Oats Market*. 533 F.3d 869 (D.C. Cir. 2008)

také zdůrazněno známé úskalí analýzy kritické ztráty spočívající v tom, že často dochází k nadhodnocení skutečné ztráty, pokud má společnost vysoké marže, což společnost Whole Foods měla. Soud zohlednil vedle odhadu kritické ztráty také cenovou diskriminaci, cenové efekty způsobené možným vstupem nového soutěžitele na trh a chování zákazníků. Dospěl k závěru, že spojující se supermarkety působí z hlediska hlavních zákazníků na užším trhu (tj. trhu zahrnujícím supermarkety nabízející „organické zboží“), a to i když některé jejich individuální produkty soutěží, z hlediska marginálních zákazníků, i na širším trhu.<sup>125</sup> Toto rozhodnutí tak bylo kritizováno ze strany některých ekonomů z důvodu, že SSNIP test se zaměřuje právě na marginální zákazníky, nikoliv na všechny zákazníky.<sup>126</sup>

### 2.3.4 Cenové testy

Cenové testy rovněž slouží jako prostředek pro vymezování relevantních trhů. V podstatě všechny cenové testy<sup>127</sup> jsou založeny na úvaze, že pokud určité produkty či území patří do jednoho relevantního trhu, tedy působí jako vzájemná soutěžní omezení, čili vzájemně znemožňují soutěžitelům chovat se do značné míry nezávisle,<sup>128</sup> musí se nutně jejich ceny vyvíjet obdobně a tendovat k rovnováze, resp. vývoj jejich cen musí být systematicky spojený.

Pro ilustraci lze uvést následující příklad. Určitou oblast zasáhne zemětřesení, v jehož důsledku dojde ke snížení produkce potravin a tím také ke zvýšení jejich cen. Pak lze předpokládat, že pokud toto zvýšení cen potravin neovlivní ceny potravin mimo oblast zasaženou zemětřesením, bude se jednat o samostatný relevantní trh (ohraňčený územím zasaženým zemětřesením). Pokud však dojde ke zdražení potravin i v dalších vzdálenějších oblastech, bude prokázána existence vzájemné soutěžní interakce a bude třeba trh rozšířit o tyto další oblasti. Rovněž lze dovodit, že kdyby skutečně došlo ke dlouhodobému zvýšení cen potravin na území, kde

<sup>125</sup> Roundtable on Market definition. Note by the Delegation of the United States. *OECD* [online]. 2012 [cit. 21. 3. 2013]. Dostupné z: [http://www.ftc.gov/bc/international/docs/062012Market%20definition\\_US.pdf](http://www.ftc.gov/bc/international/docs/062012Market%20definition_US.pdf)

<sup>126</sup> Viz např. Hüschelrath, K. Critical Loss Analysis in Market Definition and Merger Control. *Social Science Research Network* [online]. 2009 [cit. 1. 4. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1547085> nebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1547085>.

<sup>127</sup> COE, P. J.; KRAUSE, D. An Analysis of Price-Based Tests of Antitrust Market Delineation. *Social Science Research Network* [online]. 2008 [cit. 1. 4. 2013]. Dostupné z: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1318125](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1318125)

<sup>128</sup> Logikou SSNIP testu chovat se do značné míry nezávisle znamená možnost hypotetického monopolisty profitabilně zvýšit ceny o 5-10% v dlouhodobějším období na daném území v rámci daných výrobků.

se vlivem zemětřesení snížily výrobní kapacity, resp. produkce, platilo by, že nabídka (producenti potravin) ze vzdálenějších oblastí nedokázala zareagovat na reziduální poptávku, kterou by nebyly schopny uspokojit kapacity v oblasti dotčené zemětřesením. Jde tak o určitou analogii, jakoby zvýšil ceny a snížil produkci hypotetický monopolista na území dotčeném zemětřesením - hypotetickým relevantním trhu. Využití skutečné události, k níž reálně došlo v minulosti, pro vymezení relevantního trhu se označuje jako přirozený (naturální) experiment. Ten zkoumá různé události či šoky (např. zahájení nového prodeje, vstup nového soutěžitele na trh, reklamní kampaň, stávka, intervence regulátora atd.), které se v minulosti na trhu udály, a posuzuje, zda by tyto události či šoky mohly vysvětlit soutěžní dynamiku na tomto trhu.<sup>129</sup>

Nevýhodou cenových testů je zejména skutečnost, že vývoj cen zkoumaných výrobků či geografických oblastí může být často ovlivněn tzv. společnými vlivy působícími na zkoumané produkty či geografická území. Proto nelze bez důkladné analýzy společných faktorů pouze na základě cenových testů jednoznačně určit, zda jejich výsledky jsou relevantní. Další nevýhodou cenových testů je rovněž skutečnost, že nedokáží vždy identifikovat soutěžní omezení ze strany potenciální konkurence.<sup>130</sup> Je totiž třeba mít na paměti, že dle základní myšlenky SSNIP testu je třeba zkoumat, zda u dvou výrobků, jejichž cena se sice historicky vyvíjela podobně, by se tak vyvíjela i v případě, že by u jednoho z nich došlo ke změně ceny o 5-10 %.<sup>131</sup> Cenové testy tak samy o sobě odpověď na otázku SSNIP testu dát nemohou.

Naopak zásadní výhodou cenových testů je skutečnost, že k jejich provedení nám stačí znát informace „pouze“ o vývoji cen, oproti testům zkoumajícím elasticitu,

<sup>129</sup> Materiál OECD, 2012, op. cit.

<sup>130</sup> V případě existence velmi nízkých bariér vstupu by např. mohlo být na základě cenových testů zjištěno, že určité oblasti zřejmě patří do stejného relevantního trhu, přesto však v případě pokusu o zvýšení cen dle kritéria SSNIP testu by došlo k tomu, že by na trh byli přilákáni a vstoupili stávající potenciální konkurenti, což by způsobilo, že zvýšení cen by nebylo profitabilní. V takovém případě by, vzhledem k nesplnění kritérií SSNIP testu, měl být relevantní trh správně vymezen širěji, než jak by byl vymezen pouze na základě cenových testů.

<sup>131</sup> Velmi užitečná se z tohoto pohledu je zejména tzv. šoková analýza, která říká, že v případě, že na zkoumaném území, či mezi zkoumanými produkty došlo u jednoho z nich k cenovému šoku, který ovlivnil podobně i území, či produkt druhý, lze s vysokou pravděpodobností dovozovat, že se jedná o jeden relevantní trh. Obecně zkoumání reálných šoků je při analýze relevantních trhů velmi užitečné, protože ukazuje na reálných datech reakce mezi produkty či územími.

kde musíme znát cenu i množství, abychom byli schopni modelovat poptávku a zjišťovat její vlastní a křížovou elasticitu.<sup>132</sup> Navíc je praktické použití cenových testů značně jednodušší než provedení analýzy kritické ztráty.

Podle názoru autorů lze cenové testy považovat za velmi dobrý komplementární nástroj při vymezování relevantního trhu, který je však nutno používat obezřetně a mít na paměti, že cenové testy samy o sobě nedokáží odhalit některá soutěžní omezení a mohou tak chybně indikovat užší či širší relevantní trhy. Jejich vypovídací hodnota je vysoká zejména při jejich užití v kombinaci s informacemi získanými od expertů z daného odvětví, zákazníků a obecně obchodních dokumentů a strategií v daném odvětví používaných. Pomocí samotných cenových testů bez dalších, ať už kvalitativních či kvantitativních důkazů, však vymezit dostatečně spolehlivě relevantní trh nelze.

Mezi nejznámější<sup>133</sup> a nejčastější způsoby používané ke zkoumání ceny a jejího vývoje patří korelační analýza<sup>134</sup>, grangerova kauzalita<sup>135</sup>, testování stacionarity<sup>136</sup> a kointegrační analýza<sup>137</sup>.

#### 2.3.4.1 Korelační analýza

Korelační analýza je statistickou technikou, která se používá k měření stupně vzájemného vztahu<sup>138</sup> mezi dvěma veličinami (např. vývojem ceny dvou produktů).

<sup>132</sup> Shodně považuje obecně modelování křivky poptávky za problematické, a to zejména u diferencovaných produktů, např. NIEBERDING, J. F. The Role of Price Tests in Market Definition. *HMG Review Project - Comment* [online]. Project No. P092900 [cit 18. 2. 2013]. Dostupné z: <http://www.ftc.gov/os/comments/horizontalmergerguides/545095-00013.pdf> a HILDERBRAND, D. Using Conjoint Analysis for Market Definition: Application of Modern Market Research Tools to Implement the Hypothetical Monopolist Test. *World Competition, Law and economics review*. 2006, vol. 29, s. 315 - 336.

<sup>133</sup> Vedle uvedených možností existují i další, jako např. tzv. *unit root test*, neboli test spojených kořenů a další.

<sup>134</sup> Viz např. BURTIS, M. M.; NEHER, D. V. Correlation and Regression analysis in Antitrust Class Certification. *Antitrust Law Journal*. 2010, vol. 77, s. 495-532.

<sup>135</sup> Viz např. CARTWRIGHT, P. A.; KAMERSCHEN D. R.; HUANG, M. Price correlation and granger causality tests for market definition. *Review of Industrial Organization*. 1989, vol. 4, no. 2, s. 79-98.

<sup>136</sup> FORNI, M. Using stationarity tests in antitrust market definition. *American Law and Economics Review*. 2004, vol. 6, no. 2, s. 441-464.

<sup>137</sup> Viz např. RUBIN, J. L. Cointegration and Antitrust A Primer. *Economics Committee Newsletter* [online]. 2004, vol. 4, no. 1 [cit. 15. 3. 2013]. Dostupné z: <http://www.antitrustinstitute.org/files/308.pdf>

<sup>138</sup> Na rozdíl od regrese, která odhaduje na základě znalosti jedné (či více) veličin vývoj jiné veličiny (náhodné proměnné), jinak řečeno zkoumáme, jak je ovlivněn vývoj jedné proměnné vývojem jiné proměnné.

Pokud dvě veličiny silně pozitivně korelují, lze usuzovat, že mezi nimi existuje vzájemná statistická závislost, nikoliv však, že jedna z veličin je příčinou druhé, resp. že jedna z veličin vysvětluje vývoj druhé. Korelace se měří tzv. korelačním koeficientem, který nabývá hodnot od -1 do 1, přičemž hodnoty blíží se k 1 naznačují vysokou pozitivní vzájemnou závislost a tedy, že dva zkoumané produkty (proměnné) jsou substituty a náležejí do jednoho relevantního trhu. Hodnoty korelačního koeficientu blíží se k -1 naopak naznačují, že zkoumané výrobky jsou komplementy. Je samozřejmě otázkou, jak vysoký požadovat korelační koeficient, aby bylo možno považovat výrobky či území za součást jednoho relevantního trhu. Vedle problematického stanovení požadované výše korelačního koeficientu je dalším problémem korelační analýzy skutečnost, že „společný vývoj“ dvou proměnných může být ovlivněn rovněž řadou jiných faktorů, včetně náhody.<sup>139</sup>

Korelační analýza byla v evropské praxi použita např. v již zmíněném rozhodnutí *Nestlé/Perrier*,<sup>140</sup> ve kterém EK aplikací korelační analýzy vyvracela názor společnosti Nestlé, že všechny nealkoholické nápoje (tj. perlivé a neperlivé vody a kolové nápoje), tvoří jeden produktový relevantní trh. EK provedla korelační analýzu cen jednotlivých druhů nápojů a zjistila, že mezi perlivou a neperlivou balenou vodou existuje velmi silná korelační závislost. Korelační koeficient se pohyboval mezi minimální hodnotou 0,85 a 1. Naproti tomu mezi vývojem cen balené vody (perlivé a neperlivé) a ostatními druhy nealkoholických nápojů existovala pouze nízká nebo dokonce i negativní korelace. Na základě toho EK vymezila v daném případě produktový trh jako trh balených vod, kde nerozlišovala, zda se jedná o vodu perlivou či neperlivou, a vyloučila z něj ostatní balené nealkoholické nápoje.

Co se týče novější rozhodovací praxe EK, korelační analýza společně s analýzou stacionarity byla použita v rozhodnutí ve věci *ARSENAL/DSP*<sup>141</sup>, kde EK posuzovala spojení dvou chemických společností. Toto spojení se týkalo trhů výroby kyseliny benzoové, jejich derivátů a benzoátu sodného. Jádrem sporu mezi EK a notifikujícími stranami bylo, zda geografický relevantní trh je celosvětový, nebo jestli Evropský hospodářský prostor (dále též „EEA“) tvoří samostatný geografický relevantní trh. Při zkoumání vývoje cen bylo zjištěno, že jejich vývoj v EEA, Asii a Severní Americe v průběhu času diverguje, tedy není stacionární, a rovněž

<sup>139</sup> Tomuto problému se někdy říká *spurious correlation*.

<sup>140</sup> Rozhodnutí EK ze dne 22. 7. 1992, věc M.190, *Nestlé/Perrier*.

<sup>141</sup> Rozhodnutí EK ze dne 9. 1. 2009, věc M.5153, *ARSENAL/DSP*.

nebyla zjištěna významná korelace mezi vývojem cen v uvedených oblastech. To naznačovalo, že strany při své cenové politice postupují odlišně v rámci EEA, Asie a Severní Ameriky a tedy, že vnímají tyto trhy jako rozdílné. Otázka vymezení geografického relevantního trhu však v daném rozhodnutí nebyla dále zkoumána s odkazem na to, že jeho přesné stanovení není pro materiální posouzení daného spojení klíčové.

V případě *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*<sup>142</sup> EK použila test korelace a stacionarity pro zodpovězení otázky, zda by měl být trh propisovacího papíru rozdělen na dva samostatné relevantní trhy, tedy trh navíjecího papíru a trh papírových listů. Dále zkoumala, zda jsou geografické relevantní trhy ohraničeny národními hranicemi, nebo jestli existuje jeden společný geografický relevantní trh, který představuje EHP.<sup>143</sup> Pro zodpovězení první otázky byla sledována korelace cen papírových listů a navíjecího papíru v šesti členských státech, přičemž korelační koeficient se pohyboval v rozmezí mezi -0,32 a 0,5, což značilo, že zřejmě papírové listy a navíjecí papír nespádají do stejného relevantního trhu. Jako kritérium (*benchmark*) byla použita korelace mezi cenami tří složek propisovacího papíru, u kterých se mělo za to, že patří do stejného relevantního trhu, jejichž korelační koeficient se pohyboval mezi hodnotami 0,8 až 0,98. Při zodpovídání druhé otázky - zkoumání geografického relevantního trhu ovšem nebylo možné v tomto případě použít žádné vhodné kritérium, a proto byl proveden test stacionarity,<sup>144</sup> v rámci kterého se zjišťovalo, zda jsou ceny navíjecího papíru v daném státě a ceny v nějak souvisejících dalších pěti členských státech, stacionární. Analýza stacionarity ukázala, že vývoj zkoumaných cen byl nestacionární, proto nebylo prokázáno, že by se všechny členské státy nacházely na jednom relevantním trhu.

Korelační analýzou se zabýval také Tribunál, a to v případě přezkumu rozhodnutí ve věci *Ryanair/Aer Lingus*,<sup>145</sup> kdy posuzoval rozhodnutí EK o zákazu spojení dvou leteckých společností. Relevantní trh zde EK vymezila na základě metody „místo původu - místo určení“, podle které je každá linka mezi místem původu a místem

<sup>142</sup> Rozhodnutí EK ze dne 4. 6. 2008, věc COMP/M. 4513, *Arjowiggins/M-real Zanders Reflex*.

<sup>143</sup> AMELIA; DONATH, 2009, op. cit.

<sup>144</sup> Viz níže kap. 4. 7. Časovou řadu lze považovat za stacionární, pokud se hodnoty zkoumané proměnné v čase stále pohybují kolem určité konstantní hodnoty, jinak řečeno, časová řada nevykazuje žádný trend. Je třeba poznamenat, že stacionární časové řady se při zkoumání časových řad ekonomických jevů vyskytují jen výjimečně a většinou se setkáváme s časovými řadami nestacionárními, resp. vykazujícími ve svém vývoji trend.

<sup>145</sup> Rozsudek Tribunálu ze dne 6. 7. 2010, Věc T-342/07, *Ryanair a Aer Lingus*



určení považována za samostatný trh. EK ve svém rozhodnutí použila na podporu závěru o relevantním trhu analýzu korelace cen provedenou pro 17 dvojic měst s odletem z Dublinu. Tribunál se ve svém přezkumném rozhodnutí vyjádřil odmítavě ke kritice použití cenové korelace a uvedl, že je na uvážení EK, zda a jaké použije ekonometrické testy. Navíc připomněl, že sama EK připustila, že cenová korelace v tomto případě neprokázala, že by dvě letiště spadala do stejného trhu a uvedla, že nízká korelace cen může být ovlivněna i dalšími faktory. Toto rozhodnutí je významné pro použití kvantitativních metod obecně, neboť Tribunál zde potvrdil, že EK disponuje určitou diskrecí pro používání ekonomických analýz jako důkazů.

V praxi USA byla korelační analýza použita např. v případě *United States v. Archer-Daniels-Midland*,<sup>146</sup> ve kterém se jednalo o fruktózový kukuřičný sirup (*high fructose corn syrup* - „HFCS“), tedy kapalné sladidlo vyráběné z kukuřice využívané pro nealkoholické nápoje. Obvodní soud v tomto případě dospěl k závěru, že HFCS spadá do stejného relevantního trhu jako cukr, a to na základě tří ekonomických analýz - přiměřené vzájemné zastupitelnosti, křížové elasticity poptávky a korelační analýzy. Odmítl tak názor DOJ, které sice také vyšlo, že ceny uvedených produktů jsou vzájemně korelované, avšak dospěla k tomu, že oba produkty nemohou spadat do jednoho trhu. Důvodem bylo, že zákazníci nakupující HFCS by nepřešli na cukr, protože cena HFCS byla minimálně o 10 % nižší než cukr a zákazníci by proto vyměnili HFCS za cukr pouze tehdy, kdyby jeho cena stoupla alespoň o těchto 10 % a byla tak stejně vysoká jako cena cukru. Názor obvodního soudu však následně zvrátil Odvolací soud, který se zabýval zejména otázkou vzájemné zastupitelnosti produktů, při níž se musí brát v úvahu použití, cena a kvalita produktů. Dospěl k tomu, že vzhledem k velkému cenovému rozdílu mezi cukrem a HFCS, nejsou tyto produkty vzájemně přiměřeně zastupitelné, a z toho důvodu nemohou patřit do jednoho relevantního trhu.

#### 2.3.4.2 Analýza Grangerovy kauzality

Analýza Grangerovy kauzality zkoumá v nejobecnější rovině otázku, zda je jedna proměnná příčinou druhé.<sup>147</sup> Jinými slovy sleduje, zda v případě, že při analýze

<sup>146</sup> *United States v. Archer-Daniels-Midland*, U. S. Court of Appeal, 866 F.2d 242 (1988)

<sup>147</sup> Regresní analýza fakt, že existuje příčinná souvislost mezi vysvětlujícími a vysvětlovanými proměnnými, předjímá. Obvykle na základě znalostí ekonomické teorie a specifických charakteristik zkoumaného odvětví.

vývoje zkoumané proměnné na základě jejích minulých hodnot vezmeme dále do úvahy rovněž minulé hodnoty jiné proměnné, dokážeme díky tomu lépe vysvětlit vývoj zkoumané proměnné, než kdybychom tento vývoj vysvětlovali jen na základě jejích minulých hodnot. Tedy zjistíme, že zahrnutí minulých hodnot proměnné X do analýzy usnadňuje a zlepšuje vysvětlení vývoje proměnné Y, oproti situaci, kdy bychom k jejímu vysvětlení použili pouze minulé hodnoty této proměnné Y. Z pohledu zkoumání relevantního trhu je z hlediska popsaného principu zřejmá úvaha, že pokud je cena produktu X značně ovlivněna (vysvětlena) vývojem ceny produktu Y, pak lze předpokládat, že produkt Y představuje soutěžní omezení pro produkt X, resp. že náleží do jednoho relevantního trhu. Prakticky se kauzalita zkoumá tak, že se zjišťuje, nakolik je variabilita současných cen daného produktu vysvětlena jeho cenami minulými a následně se posuzuje, zda přidání cen dalšího produktu (jako vysvětlující proměnné) umožní výrazně lepší předpověď vývoje ceny daného produktu. Pokud ano, můžeme říci, že přidání produktu je *grange cause* ceny daného produktu, což naznačuje, že takové produkty náleží do jednoho relevantního trhu.<sup>148</sup>

S Grangerovým testem kauzality a stejně tak s kointegrační analýzou (viz níže kap. 4.7) se EK musela vypořádat ve svém rozhodnutí *Blackstone/Acetex*,<sup>149</sup> ve kterém se jednalo o spojení chemických společností. Při vymezování geografického relevantního trhu kyseliny octové a trhu monomeru vinylacetátu („VAM“) EK posuzovala, zda jsou tyto trhy ohraničeny EHP, nebo jestli by měly být vymezeny jako širší. Spojující se soutěžitelé tvrdili, že trhy je třeba vymezit jako globální vzhledem k přesunu výroby na Blízký východ a do Asie a existenci významných globálních obchodních toků mezi Asií, východní Evropou, západní Evropou a Severní Amerikou. Na podporu tohoto tvrzení předložili cenově korelační analýzu, ze které plynulo, že ceny kyseliny octové, stejně jako ceny VAM v regionech po celém světě jsou vysoce korelované, což nasvědčuje geografickému vymezení globálního relevantního trhu. Dále byla ve prospěch existence globálního trhu předložena studie kointegrace a Grangerův test kauzality. EK však dospěla k tomu, že výsledky těchto dvou studií jsou neprůkazné, neboť tento typ důkazů má tendenci ukazovat společný pohyb mezi cenami, ale neidentifikuje zdroje možných

<sup>148</sup> Blíže GRANGER, C. WJ. Testing for causality: a personal viewpoint. *Journal of Economic Dynamics and control*. 1980, vol. 2, s. 329-352.

<sup>149</sup> Rozhodnutí EK ze dne 13. 7. 2005, věc COMP/M.3625, *Blackstone/Acetex*.

omezení soutěže. Přesto na základě dalších úvah EK dospěla k tomu, že oba tyto trhy je třeba vymezit jako globální.

### 2.3.4.3 Analýza stacionarity a kointegrace

Analýzy stacionarity a kointegrace zkoumají, do jaké míry se vývoj dvou proměnných pohybuje v dlouhodobém období stejně. Při použití stacionární analýzy pro účely vymezení relevantního trhu se posuzuje, zda a jak rychle se relativní cena dvou produktů vrací k určité konstantní hodnotě v průběhu času. Jestliže totiž dva produkty mají náležet do stejného trhu, resp. působit jako vzájemné substituty, jejich cena by se v dlouhodobém měřítku měla relativně rychle vracet k určité konstantní hodnotě. Výhodou stacionární analýzy je skutečnost, že (na rozdíl od korelace) není ovlivněna společnými vlivy na vývoje cen (např. inflace, kurz měny, zpoždění reakce zákazníků atd.), protože pracuje s relativní cenou, která tyto vlivy ruší. Problémem analýzy stacionarity je však potřeba, aby vývoj cen zkoumaných produktů byl sám o sobě nestacionární, jinak by zkoumání relativních cen nedávalo smysl. Skutečností, která může zkreslovat výsledky stacionární analýzy, jsou strukturální změny na trhu, kdy např. jeden produkt je inovován, a proto jeho cena relativně vůči druhému roste, ale přesto jde o vzájemné substituty.<sup>150</sup>

Klasickým příkladem použití analýzy stacionarity je případ posuzování spojení *Nutreco holding NV/Hydro Seafood GSP*,<sup>151</sup> společností zabývajících se produkcí vykuchaných lososů ve Skotsku, který řešil britský Office for Trade (dále též „OFT“). Pomocí cenových analýz byla v tomto případě řešena jednak otázka, zda jsou skotský a norský losos vzájemnými substituty, a dále, pokud všichni vykuchaní lososi tvoří jeden produktový trh, jak široce má být vymezen geografický relevantní trh. Výsledky analýzy stacionarity ukázaly, že v průběhu tříletého časového období (1997 - 2000) se týdenní cena skotského lososa vzhledem k ceně norského lososa ve Velké Británii pohybovala náhodně kolem konstantní dlouhodobé hodnoty, což svědčilo o tom, že relativní cena je stacionární. OFT proto dospěla k závěru, že skotský a norský losos tvoří jeden produktový relevantní trh. Pro posouzení geografického trhu byly srovnávány ve stejném časovém období týdenní ceny skotského lososa ve Francii a v dalších evropských státech vzhledem k cenám ve Velké Británii. Výsledkem bylo, že ceny ve Francii i v ostatních evropských státech jsou

<sup>150</sup> Samozřejmě tato úvaha platí jen do určitého rozsahu, kdy se postupně z dvou dřívějších substitutů stanou rozdílné výrobky. Tento rozsah je určen spotřebiteli, resp. jejich chováním.

<sup>151</sup> Rozhodnutí OFT *Nutreco Holding NV / Hydro Seafood GSP Limited*

stacionární, což naznačuje tomu, že trh zahrnuje jak území Velké Británie, tak Francie, tak ostatních evropských států. Proto byl relevantní geografický trh stanoven jako trh zahrnující celý EHP.

Specifickou možností zkoumání cen je tzv. kointegrační analýza.<sup>152</sup> Ta vychází ze zjištění, že v určitých případech mohou existovat dvě časové řady, které jsou nestacionární, avšak platí, že je lze při určitém stupni diference transformovat na stacionární. V určitém případě pak platí, že lineární kombinace těchto dvou jinak nestacionárních časových řad je stacionární. Takovéto časové řady se nazývají „kointegrované“. To, že jsou řady kointegrované prakticky znamená, že se v dlouhodobém časovém horizontu nerozcházejí. Platí, že odklon směrů vývoje těchto časových řad je pouze krátkodobý, časem tedy mizí a existuje mez, za kterou nemůže jít. Za tohoto předpokladu lze říci, že takové časové řady jsou v „ekvilibriu“. Naopak, jestliže tato mez odklonu neexistuje, časové řady v ekvilibriu nejsou, resp. nejsou kointegrované. Pokud časové řady nejsou kointegrované, neobsahují žádný společný element a jejich zkoumání jako systému je bezpředmětné, neboť se dlouhodobě vyvíjejí nezávisle na sobě. Z pohledu zkoumání soutěžního práva, např. vývoje cen dvou produktů, zjištění, že časové řady představující vývoj cen dvou produktů jsou kointegrované, implikuje, že z hlediska jejich dlouhodobé závislosti mohou tvořit jeden relevantní trh.<sup>153</sup>

Kointegrační analýza byla např. předložena v rámci případu *Blackstone/Acetex* diskutovaného výše.

## 2.4 Praxe ÚOHS a českých správních soudů

Výše uvedené kvantitativní techniky používané pro stanovení relevantního trhu jsou v současnosti již považovány za určitý standard, který se obecně v soutěžních kauzách používá. Tyto postupy by měly být určitým způsobem prezentovány také v rozhodnutích soutěžních úřadů, respektive následně i v přezkumných rozsudcích soudů. V následující kapitole uvádíme, do jaké míry jsou kvantitativní testy pro stanovení relevantního trhu prezentovány v rozhodnutích českého soutěžního úřadu, což je nepochybně indikátorem, jak často je ÚOHS provádí a jakým způsobem je používá.

<sup>152</sup> Blíže o kointegraci a jejích možnostech a využití v soutěžním právu např. RUBIN, 2004, op. cit.

<sup>153</sup> ARTL, J. Kointegrace v jednorovnicových modelech. *Politická ekonomie*. 1997, č. 45, s. 733-746.

Metodu SSNIP testu realizovanou některými z výše popsaných kvantitativních testů či analýz ÚOHS použil a popsal v odůvodnění svého rozhodnutí, pokud je nám známo z dostupných informací, pouze ve třech svých dosavadních rozhodnutích, a to ve dvou případech posuzování spojení soutěžitelů a v jednom případě zneužití dominantního postavení.

#### **2.4.1 Použití kvantitativních metod při vymezení relevantního trhu v případě Student agency**

ÚOHS použil sofistikovanější ekonomickou analýzu, resp. některé kvantitativní testy v případě Student agency,<sup>154</sup> což je také jediný případ, ve kterém bylo ekonomické posouzení vymezení relevantního trhu podrobena soudnímu přezkumu a kdy se soud musel vypořádat s námitkami směřujícími proti provedeným ekonomickým analýzám.

ÚOHS zde pomocí kvantitativních metod zkoumal, zda autobusová a vlaková přeprava na trase Praha - Brno a zpět patří do jednoho relevantního trhu. Konkrétně provedl cenově korelační analýzu, metodu křížové elasticity poptávky a analýzu stacionarity cen. Výsledky cenově-korelační analýzy ukázaly, že mezi cenami společnosti České dráhy (dále též „ČD“) provozující železniční přepravu a cenami autobusových dopravců není na trase Praha - Brno silná závislost. Korelační koeficient byl počítán také pro časové zpoždění 1 až 4 měsíce pro případy, kdy změna cen ČD reaguje na změnu ceny autobusové přepravy a naopak. Stejně tak analýza křížové elasticity nasvědčovala existenci dvou samostatných relevantních trhů, pokud ukázala, že vzájemná souvislost mezi počtem cestujících ČD a efektivními cenami společnosti Student agency je velmi nízká a nenasvědčuje tak prakticky žádné závislosti. Také analýza stacionarity cen ukázala, že ceny nebyly ve sledovaném období stacionární.

Na základě uvedených analýz a při použití dostupných dat ÚOHS dospěl k závěru, že veřejná autobusová linková doprava a osobní železniční doprava na trase Praha - Brno netvoří jediný relevantní trh. Naopak, poskytování služeb veřejné linkové osobní autobusové dopravy na trase Praha - Brno a zpět představuje samostatný relevantní trh, na kterém má společnost Student agency dominantní postavení.

<sup>154</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 3. 11. 2010, č. j. ÚOHS-S162/2008/DP-4490/2010/820/DBr, *Student agency*.

Výsledkem správního řízení bylo vydání rozhodnutí, konstatujícího, že společnost Student agency zneužila své dominantní postavení na uvedeném trhu formou účtování tzv. predátorských cen a porušila tak § 11 ZOHS.<sup>155</sup>

V tomto (zatím jediném) případě jsme měli možnost sledovat, jak se s otázkou vymezení relevantního trhu pomocí kvantitativních metod vypořádá správní soud, konkrétně Krajský soud v Brně (dále též „krajský soud“). Ten se ve svém rozsudku<sup>156</sup> nejprve zabýval otázkou, zda se společnost Student agency opravdu dopustila protisoutěžní praktiky v podobě predátorských cen. V této věci se zcela ztotožnil se závěry ÚOHS a potvrdil, že k protisoutěžnímu vyloučení konkurenta prostřednictvím predátorských cen skutečně došlo. Složitější ovšem byla otázka vymezení relevantního trhu, na které zcela závisí zjištění, jestli měla společnost Student agency dominantní postavení, jehož zneužití se mohla dopustit.

Při zkoumání relevantního trhu soud nejprve úvahou posoudil faktory jako cenu, kvalitu, délku přepravy, spolehlivost, vzdálenost nádraží od center dotčených měst atd. a konstatoval, že na základě těchto údajů není možné jednoznačně rozhodnout o vymezení relevantního trhu, respektive o existenci či neexistenci dvou samostatných trhů. Považoval proto za nezbytné provést ekonomickou analýzu, ke které si vyžádal znalecký posudek, jež měl zodpovědět dvě otázky. Za první určit efektivní, tj. porovnatelnou cenu na osobu na této trase, což bylo podstatné pro ověření vstupních údajů, z nichž ÚOHS vycházel ve svých analýzách. Za druhé posoudit křížové reakce zákazníků na změny cen, tedy míru závislosti změn v počtu přepravovaných osob využívajících vlakové přepravy na dané trase na změnách jízdného pro přepravu osoby využívající na téže trase autobusové dopravy a naopak. Tato otázka měla být klíčová pro ověření skutečného spotřebitelského jednání a pro posouzení údajné nezastupitelnosti obou druhů přepravy. Pro účely svého posudku znalec použil např. regresní analýzu, z níž vyplynulo, že cestující, kteří využívají vlakovou dopravu, pozitivně reagují na změny cen autobusové přepravy.<sup>157</sup>

<sup>155</sup> Tamtéž.

<sup>156</sup> Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 9. 11. 2012, č. j. 62 Af 27/2011 - 409.

<sup>157</sup> Tohle je ale z pohledu SSNIP testu a principu soutěžních omezení irelevantní, správně by bylo se ptát, zda a jak reagují cestující autobusem na změnu ceny vlaku a současně, jak reagují cestující autobusem na změnu ceny autobusu. Pokud se totiž ptáme, jaké jsou reakce cestujících vlakem na změnu ceny autobusu, zkoumáme zastupitelnost dopravy vlakové, nikoliv autobusové, což je v tomto případě zcela irrelevantní.

Soud ve vztahu ke znaleckému posudku zdůraznil, že otázka vymezení relevantního trhu je otázkou právní. Proto podle soudu není úkolem znalce přímo vymezení relevantního trhu; to je totiž úkolem ÚOHS, a následně ve fázi přezkumu si úsudek o stanovení relevantního trhu musí učinit soud. Ze znaleckého posudku vyžádaného soudem vyplynuly dva závěry, a to že ceny vlakové a autobusové přepravy na dané trase ve zkoumaném časovém období byly rozdílné (rozdíly mezi nimi byly statisticky významné) a existovala pouze jednostranná substituovatelnost, tj. cestující využívající vlakovou dopravu pozitivně reagovali na změnu cen v autobusové dopravě, zatímco reakce cestujících využívajících autobusovou přepravu nebyly na cenách vlakové přepravy závislé.<sup>158</sup> Soud uvedl, že tyto závěry poměrně silně nasvědčují existenci dvou samostatných relevantních trhů, tedy odlišného trhu autobusové přepravy a vlakové přepravy. Na druhou stranu však připustil, že jednostranná substituovatelnost může být vysvětlena i jinak, než že by se jednalo o plnění na samostatných relevantních trzích. Ve prospěch samostatných relevantních trhů dále nasvědčovala také skutečnost, že služby společnosti Student agency lze považovat za služby vysoké kvality, jež zakládá její pověst a vyvolává vysoký stupeň očekávané věrnosti značce. V závěru však soud konstatoval, že i když se to tak nemusí jevit, závěry znaleckého posudku by mohly být interpretovány oběma směry a mohly by tedy podpořit závěry jak o existenci dvou oddělených trhů, tak o existenci jediného trhu. K oběma závěrům by však musely být shromážděny další spolehlivé důkazy. Soud se proto nepřiklonil ani na jednu stranu. Vzhledem k tomu, že podle závěrů soudu ÚOHS spolehlivě neprokázal existenci samostatného relevantního trhu poskytování služeb veřejné linkové osobní autobusové dopravy na trase Praha - Brno a zpět, nemohl tak uspět ani závěr o dominantním postavení společnosti Student agency na daném trhu a jeho zneužití.

Věc se následně dostala před Nejvyšší správní soud (dále též „**NSS**“), který názor krajského soudu týkající se nedostatečného prokázání relevantního trhu nepotvrdil a ke kasační stížnosti ÚOHS rozsudek krajského soudu zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení<sup>159</sup>. NSS se neztotožnil se závěrem krajského soudu, podle něhož měl ÚOHS doplnit dokazování, resp. znovu zhodnotit následující skutečnosti: poznatky o dalších autobusových dopravcích, konkrétně o jejich reakci na cenový pohyb vlakové dopravy, a o zjištění reakce (resp. „nereakce“) jejich zákazníků na tyto změny;

<sup>158</sup> Toto zjištění podporuje možnost existence pouze jednostranné substituce, a to směrem od vlaku k autobusu.

<sup>159</sup> Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2013, čj. 2 Afs 82/2012 – 134.

rozporná vyjádření společnosti České dráhy o jejich reakcích na dění na relevantním trhu; a úroveň kvality služeb poskytovaných společnostmi Student agency. Podle NSS by dodatečné dokazování v případě reakce ostatních autobusových dopravců a jejich zákazníků na změnu cen vlakové přepravy nebylo nutné, neboť ÚOHS se těmito okolnostmi již ve správním řízení dostatečně zabýval. Na místě nebylo ani znovu hodnotit rozporné zprávy společnosti České dráhy týkající se toho, zda vnímá autobusovou dopravu jako svou konkurenci, neboť ani konkurenční vnímání Českých drah vůči autobusové dopravě není důkazem vzájemné substitutovatelnosti poskytovaných služeb. Je totiž logické, že podnikatelé se zajímají o rozhodné skutečnosti nejen na relevantním trhu, jehož jsou součástí, ale sledují i dění na příbuzných trzích. Podle NSS se ÚOHS řádně zabýval také úrovní kvality služeb poskytovaných společnostmi Student agency, nepřiznal jí ovšem žádný rozhodující význam, neboť neshledal takový rozdíl, který by dělil trh téže služby podle jejich „luxusnosti“, zejména pokud se ani neprojevovala v ceně. ÚOHS nicméně ve svém druhostupňovém rozhodnutí přihlížel ke skutečnosti, že kvalita služeb může ztížit vstup jiného soutěžitele na trh a ovlivnit spotřebitelské chování.

NSS se tak neztotožnil se závěrem krajského soudu, že bylo při vymezení relevantního trhu nedostatečně zohledněno spotřebitelské chování. To bylo totiž plně reflektováno v provedených ekonomických analýzách (tj. v analýze ÚOHS i znalcem jmenovaným soudem), které jednoznačně nasvědčovaly jednostranné substitutovatelnosti mezi autobusovou a vlakovou přepravou osob na dané trase. Nelze tak předpokládat, že by jakékoliv nové dokazování přineslo nové poznatky, jež by napomohly k jednoznačnějšímu prokázání relevantního trhu. NSS konstatoval, že *„ekonomická analýza postihující rozhodné ukazatele a výslednou migraci pak je tím podstatným ukazatelem, který spotřebitelské chování, ať motivováno čímkoli, promítne v určitém výsledku“*. Podklady ÚOHS včetně soudem opatřeného znaleckého posudku tak tvořily dostatečný podklad pro to, aby si krajský soud mohl učinit právní závěr o existenci a rozsahu relevantního trhu, resp. aby posoudil, zda jej ÚOHS vymezil správně.

Rozsudek NSS tedy dává návod k posouzení, jaký standard ekonomických podkladů je považován za dostatečný pro vymezení relevantního trhu. Určitým nedostatkem však může být skutečnost, že NSS se nijak nezabýval konkrétními ekonomickými metodami použitými ve správním řízení a následně v soudním přezkumu, pouze hodnotil dostatečnost vstupních dat k tomuto posouzení.



Krajský soud v následném řízení postupoval v souladu se závazným právním názorem NSS a ve svém druhém rozsudku proto žalobu zamítl pro její nedůvodnost.<sup>160</sup> Neztotožnil se tak s žalobními námitkami zpochybňujícími spolehlivost vstupních dat pro provedení ekonometrické analýzy a také způsob, jakým ÚOHS s těmito daty zacházel. Krajský soud vycházel z poznatků získaných ze znaleckého posudku, jehož závěry potvrdily existenci samostatného trhu veřejné autobusové dopravy na trase Praha-Brno a zpět. V rozsudku již soud podrobněji nerozebíral jednotlivé ekonomické metody použité ÚOHS a ani se nezabýval jejich adekvátností pro daný případ.

#### 2.4.2 Kvantitativní metody pro stanovení relevantního trhu v případech posouzení spojení soutěžitelů

Nejčastěji se ekonomickým posouzením relevantního trhu ÚOHS zatím zabýval v případech spojování soutěžitelů, ve kterých je stanovení relevantního trhu klíčovou otázkou pro účely zjištění, zda navrhované spojení nebude mít za následek podstatné narušení hospodářské soutěže v důsledku toho, že by tímto spojením vzniklo či bylo posíleno dominantní postavení spojujících se soutěžitelů nebo některého z nich.<sup>161</sup>

Použití SSNIP testu pro stanovení relevantního trhu popsal ÚOHS ve svém rozhodnutí, kterým povolil spojení společností *Aelia Czech Republic, s. r. o./UG Air, a. s.*<sup>162</sup> zabývajících se maloobchodním prodejem na letištích. ÚOHS dospěl k závěru, že obě společnosti působí na území České republiky v oblasti maloobchodního prodeje na letištích (tj. v oblasti *travel retail*), a to zejména v prostorách letiště Praha - Ruzyně (nyní letiště Václava Havla). Ve svém rozhodnutí ÚOHS stanovoval geografický relevantní trh pomocí testu hypotetického monopolisty, tj. SSNIP testu. Cílem tak bylo zodpovědět otázku, zda by pro hypotetického monopolistu, tedy monopolního prodejce zboží na letišti Praha - Ruzyně, bylo profitabilní malé, avšak významné a nepřechodné zvýšení ceny o 10%.<sup>163</sup> SSNIP test ÚOHS zkoumal prostřednictvím analýzy kritické ztráty, kterou zde aplikoval ve své

<sup>160</sup> Viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 9. 2014, č. j. 62 Af 27/2011 - 554.

<sup>161</sup> Viz např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S472/2011/KS-7043/2012/840/RPl, odst. 22.

<sup>162</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 13. 12. 2011, č. j. ÚOHS-S489/2011/KS-19817/2011/840/DVá.

<sup>163</sup> Viz odst. 30 popisovaného rozhodnutí.

rozhodovací praxi vůbec poprvé.<sup>164</sup> Pro určení skutečné ztráty použil výsledky spotřebitelského průzkumu, prováděného na letišti Praha - Ruzyně celkem u 352 oslovených respondentů. Zaměřil se přitom především na oblast prodeje parfémů, kosmetiky, lihovin, tabákových výrobků a dárkových potravin. Výsledkem spotřebitelského průzkumu bylo, že pokud by došlo k uvedenému zvýšení cen, respondenti by koupili zboží na jiném letišti, mimo letiště nebo by je nekoupili vůbec. Dále ÚOHS vycházel z velikostí hrubých marží spojujících se soutěžitelů u vybraných výrobků, na základě kterých zjišťoval velikost kritické ztráty. Pro posuzování kritické ztráty ÚOHS použil nejdříve nejnižší možné hodnoty hrubé marže. Vycházel totiž z toho, že s klesající hrubou marží se zvyšuje hodnota kritické ztráty, a proto, pokud by byla při nejnižších možných hrubých maržích skutečná ztráta větší než kritická (a relevantní trh by tak z hlediska geografického vymezení byl stanoven širší než území letiště Praha - Ruzyně), bylo by možné konstatovat, že při použití jakékoliv vyšší hrubé marže by byl závěr o vymezení relevantního trhu stejný. Na základě srovnání skutečné ztráty se ztrátou kritickou dospěl k tomu, že ani při použití nejnižší možné hodnoty hrubých marží u jednotlivých kategorií produktů by zvýšení ceny o 10 % nebylo u těchto produktů pro spojující se soutěžitele profitabilní. ÚOHS proto uzavřel, že geografický relevantní trh by měl být širší než území letiště Praha - Ruzyně. Poznamenal také, že se při stanovování relevantního trhu inspiroval rozhodovací praxí EK, která již spojení na obdobném relevantním trhu řešila.

Podrobnou ekonomickou analýzou při posuzování relevantního trhu se ÚOHS zabýval také v případě spojení společností *AGROFERT HOLDING, a. s./EURO BAKERIES HOLDING, a. s.*<sup>165</sup>, ve kterém povolil spojení dvou pekárenských společností s podmínkou splnění stanovených závazků. Relevantní trh zde taktéž posoudil pomocí SSNIP testu, v rámci kterého zjišťoval, zda čerstvé běžné pečivo představuje jeden samostatný relevantní trh, či zda neexistuje možnost užšího členění, tedy jestli neexistuje výrobový relevantní trh zahrnující pouze část produktů zařazených do kategorie čerstvého běžného pečiva, na kterém by se hypotetickému monopolistovi mohlo vyplatit malé, avšak významné a nepřechodné zvýšení ceny o 5-10 %. K tomu, aby posoudil možnou existenci samostatného relevantního trhu čerstvých rohlíků a housek a relevantního trhu ostatního čerstvého běžného

<sup>164</sup> K tomu více BROUČEK, M. Analýza kritické ztráty a vymezení relevantního trhu. *Antitrust*. 2012. č. 1, s. 2-6.

<sup>165</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S472/2011/KS-7043/2012/840/RPl.

pečiva, ÚOHS provedl korelační analýzu velkoobchodních cen daného zboží různých výrobců pečiva, v rámci které zkoumal velikost společných pohybů ve vývoji cen vybraných produktů. Konkrétně analyzoval měsíční časové řady vývoje velkoobchodních cen vybraných produktů v období od ledna 2009 do září 2011. Co se týče velkoobchodních cen, ÚOHS dospěl k závěru, že ceny rohlíku 43 g a housek (43 g a 50 g) se vyvíjely obdobně, čímž vykazují určitou závislost, což nasvědčuje existenci jednoho relevantního trhu. Ceny ostatních druhů čerstvého pečiva se vyvíjely ve sledovaném období odlišně, a proto je nebylo možno zahrnout do téhož relevantního trhu. Dále ÚOHS zkoumal, zda by měli maloobchodní prodejci možnost dodatečně nahradit čerstvé pečivo předpečeným a zamraženým pečivem v případě, kdy by monopolista zvýšil jejich cenu o 5 - 10 % takovým způsobem, aby jej od tohoto zvýšení odradili. Nedospěl však k závěru, že by rozpekané pečivo spadalo do stejného relevantního trhu jako čerstvé pečivo, a to z důvodu jeho kapacitního omezení. ÚOHS rovněž při stanovování relevantního trhu zohlednil, že vývoj cen všech zkoumaných produktů mohl být výrazně ovlivněn vývojem ceny pšenice, která je základním vstupem ve výrobě a představuje tak společný náklad. Vypočetl proto rovněž korelační koeficienty na základě prvních diferencí analyzovaných časových řad. Výsledky korelační analýzy maloobchodních cen i velkoobchodních cen ukázaly na existenci samostatného relevantního trhu čerstvých rohlíků a housek.

## 2.5 Shrnutí

Vymezení relevantního trhu je v současné době většinou považováno za základní krok, ze kterého je třeba vycházet při dalším zkoumání možného narušení hospodářské soutěže v podobě zakázaných dohod, zneužití dominantního postavení nebo spojení soutěžitelů. Nejpodrobněji se instituce definicí relevantního trhu zabývají v případech kontroly spojení soutěžitelů a dále v případech zneužití dominantního postavení (resp. „monopolizace“ v antitrustovém právu USA). I zde ovšem existují názory, i když v současné době menšinové, že relevantní trh není třeba stanovovat. Nejméně sofistikovaně bývá zkoumán (pokud vůbec zkoumán je) relevantní trh v případě zakázaných dohod, a to především u *hard-core* kartelů, které jsou zakázány *per se*. Vymezení relevantního trhu je, na rozdíl od praxe EK a DOJ, součástí rozhodnutí ÚOHS vždy, neboť je na ní navázáno stanovení výše

pokuty za protisoutěžní jednání. Složitost a nezbytnost zkoumání relevantního trhu a výběr metody pro jeho stanovení však značně závisí i na tom, o jaký typ soutěžního případu se jedná.

Relevantní trh může být vymezen pomocí kvalitativních (spočívajících zejména v úvaze, jaké produkty či území patří do jednoho trhu) a kvantitativních (zahrnujících různé ekonomické testy, resp. metody) metod, přičemž ideální je použití kombinace obou, což se také v praxi často děje. Tento článek byl zaměřen na kvantitativní metody, které jsou v souvislosti s rozvojem „více ekonomického přístupu“ na evropské úrovni i v České republice stále více prosazovány a jsou již samozřejmostí zejména v případech posuzování spojení soutěžitelů a zneužití dominance.

V této kapitole byly shrnuty základní a také nejvíce používané kvantitativní metody pro stanovení relevantního trhu. Za klíčové lze považovat vysvětlení principu testu hypotetického monopolisty a jeho realizace prostřednictvím SSNIP testu, který je běžně používán v evropské i americké soutěžní praxi. Je zakotven do metodik soutěžních institucí, objevuje se v odůvodnění rozhodnutí soutěžních orgánů a je akceptován také soudy. Jeho použití v evropské praxi se však častěji objevuje až v posledních několika letech, zatímco v USA jsou s ním již dlouhodobější zkušenosti.

Při praktické aplikaci SSNIP testu je důležité vždy vnímat a pamatovat na jeho různá omezení a úskalí, která byla v tomto příspěvku rovněž zmíněna (zřejmě nejznámější je tzv. celofánový klam), a jež mohou vést k mylným závěrům a chybnému stanovení relevantního trhu. Proto je vždy dobré se na výsledky kvantitativních ekonomických analýz podívat rovněž „selským rozumem“ a podpořit je ještě dalšími kvalitativními úvahami či přímými důkazy o šíři relevantního trhu.

SSNIP test lze realizovat zejména pomocí analýzy kritické ztráty a zkoumání cenových elasticit poptávky. Vedle něj lze pro vymezení relevantních trhů využít různých cenových testů založených na zkoumání vývoje cen různých výrobků a jejich možných podobností či naopak odlišností. Zatímco realizace SSNIP testu založená na zkoumání cenové elasticity poptávky může přinést spolehlivější výsledky, její použití je znesnadněno obtížným získáváním relevantních dat. Vedle skutečnosti, že potřebná data často vůbec nemusí reálně existovat nebo jejich získávání může být extrémně obtížné a nákladné, může nastat i situace, kdy data sice existují a soutěžitelé jimi disponují, ale jen velmi neochotně se o ně dělí se soutěžními úřady a urputně jim tvrdí, že potřebná data vůbec nemají a nemohou je ani získat.

Pro soutěžní úřady je prakticky velmi obtížné tato tvrzení řádně ověřit. Naproti tomu cenové testy nejsou na data tak náročné, neboť využívají většinou dostupné informace o vývoji cen produktů, nicméně spolehlivost výsledků těchto testů je nižší a navíc samozřejmě nedávají odpověď na základní otázku testu hypotetického monopolisty. Při aplikaci cenových testů je třeba zaměřit pozornost na konkrétní specifika zkoumaných trhů a zamýšlet se nad různými vlivy, jež mohou na ceny působit, a které tak mohou zkreslovat výsledky cenových testů. Je proto vhodné aplikovat zásadně více cenových testů a jejich závěry podpořit kvalitativními úvahami, pomocí dalších přímých důkazů a eventuálně samozřejmě také dalšími kvantitativními testy.

Použití ekonomických analýz pro vymezení relevantního produktového i geografického trhu, je v současnosti běžnou praxí EK. Ta nejčastěji sofistikované kvantitativní metody pro stanovení relevantního trhu aplikuje v případech kontroly spojování soutěžitelů, kde je tato otázka klíčová pro další posuzování dopadů spojení. Proto také většina případů, které byly v této kapitole uvedeny, jsou právě případy posuzování spojení soutěžitelů. Vzhledem k tomu, že převážná většina navrhovaných spojení soutěžitelů je EK povolena, tyto případy se již zřídka dostávají v rámci soudního přezkumu před evropské soudy, a proto neexistuje velké množství případů, ve kterých by se přezkumem správnosti či vhodnosti použití kvantitativních metod pro stanovení relevantního trhu zabývaly také soudy.<sup>166</sup> V české soutěžní praxi je pro použití ekonomických analýz při vymezení relevantního trhu zásadní případ Student agency, ve kterém ekonomické analýzy pro vymezení relevantního trhu přezkoumával také krajský soud. Ten si nechal vypracovat znalecký posudek k tomu, aby mohl dovést, jestli byly ekonomické metody použité ÚOHS a jejich výsledky dostatečné k prokázání existence dvou relevantních trhů - autobusové

<sup>166</sup> Nicméně v nedávném rozsudku Tribunálu ze dne 6. 7. 2010, Věc T-342/07, *Ryanair a Aer Lingus*, ve kterém byl potvrzen zákaz spojení leteckých společností *Ryanair a Aer Lingus*, bylo řečeno, že EK disponuje možností uvážení o tom, jaké kvantitativní metody (nejen pro vymezení relevantního trhu) použije a není chybou, pokud nakonec dospěje k závěru, že aplikace takových metod není dostatečná k činění konkrétních závěrů. V této souvislosti nelze nepřipomenout aktuální problém uplatňování ekonomických důkazů u soudů. V současnosti si totiž často odborná veřejnost klade otázku, jakým způsobem jsou vůbec soudy, jež nedisponují odborným ekonomickým aparátem, schopny se vypořádat s námitkami směřujícími právě do použití ekonomických analýz jako podkladů pro konstataci porušení pravidel hospodářské soutěže. Existují i názory, že evropské soudy by měly mít, obdobně jako EK, útvar hlavního ekonomy, který by mohl soudy fundovaně pomoci z přezkumem použitých ekonomických testů. V současnosti mají soudy, jak evropské, tak ty české, možnost využívat znaleckých posudků.

a vlakové osobní přepravy na trase Praha - Brno a zpět. Ačkoliv se soudu na základě získaných údajů nepodařilo závěr ÚOHS o vymezení relevantního trhu vyvrátit, dospěl k závěru, že ekonomické analýzy použité ÚOHS nebyly pro učinění závěru o věcném vymezení trhu dostatečné. Názor krajského soudu však byl zvrácen rozhodnutím Nejvyššího správního soudu, jehož závěry ve svém dalším rozsudku následoval také krajský soud a potvrdil rozhodnutí ÚOHS. Relativně sofistikované ekonomické metody pro vymezení relevantního trhu ÚOHS použil rovněž ve výše popsaných rozhodnutích o povolení spojení soutěžitelů.

Lze zřejmě očekávat, že do budoucna budou alespoň některé kvantitativní metody pro stanovení relevantního trhu používány a popisovány v odůvodněních rozhodnutí ÚOHS. Nejčastěji budou pak používány kvantitativní testy při vymezení relevantního trhu v případech posuzování spojení soutěžitelů. Verifikace soudním přezkumem je v tomto ohledu dosti nepravděpodobná, neboť téměř všechna spojení jsou ÚOHS povolována. Nemůžeme proto být optimističtí, že budeme v nejbližší době moci sledovat, vedle případu Student agency, jakým způsobem se s použitím ekonomických metod vypořádají české správní soudy. Významným krokem, který by nepochybně ovlivnil a zprůhlednil další praxi týkající se aplikace kvantitativních metod při vymezení relevantního trhu, by mohlo být vydání metodiky ÚOHS vztahující se k vymezení relevantního trhu, obdobně, jako ji má EK či DOJ a FTC. Přesto se domníváme, že dříve či později by používání kvantitativních metod při vymezení relevantních trhů mělo být relativně standardní součástí odůvodnění v rozhodnutích ÚOHS v soutěžních věcech, a to zejména při vymezení relevantních trhů ve věcech spojování soutěžitelů a zneužití dominantního postavení.

### 3 STANOVENÍ TRŽNÍ SÍLY A JEJÍ VÝZNAM V SOUTĚŽNÍM PRÁVU<sup>167</sup>

Tržní síla je ústředním pojmem soutěžního práva. S vysokou mírou pravděpodobnosti lze říci, že pokud soutěžitel (případně více soutěžitelů) nedisponuje dostatečnou tržní silou, nemá reálnou možnost narušit hospodářskou soutěž. Jednání soutěžitele (soutěžitelů) bez tržní síly<sup>168</sup> tedy není reálně způsobilé hospodářskou soutěž narušit. Z ekonomického pohledu by soutěžní úřady proto měly v podstatě ve všech případech potenciálních protisoutěžních jednání, bez ohledu na jejich typ, resp. způsob jednání, jakým je soutěž narušována, posuzovat, zda jednající soutěžitelé vůbec disponují dostatečnou tržní silou, aby byli opravdu reálně schopni soutěž ohrozit či narušit.<sup>169</sup>

ZOHS zmiňuje tržní sílu v § 10 u posuzování dominantního postavení, kdy říká, že „dominantní postavení na trhu má soutěžitel nebo společně více soutěžitelů (společná dominance), kterým jejich tržní síla umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích.“ Z uvedeného lze dovozovat, že tržní síla jednotlivých soutěžitelů je veličinou, jež má různou intenzitu a jako taková by zřejmě měla být měřena např. dle určitých „prahů“ (*benchmarks*), přičemž specifickou otázkou pak je, co již znamená „značné“ ve vztahu k nezávislosti a zda je takovýto práh „značnosti“ nějak kvantifikovatelný.

<sup>167</sup> Tato kapitola z převážné části vychází z článku: NEJEZCHLEB, K.; HAJNÁ, Z. Stanovení tržní síly a její význam v soutěžním právu. *Casopis pro právní vědu a praxi*, Brno, 2013, roč. 21, č. 4, s. 515-524.

<sup>168</sup> Vedle ZOHS existuje rovněž zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití (dále též „ZVTS“), který však pojímá tržní sílu naprosto odlišně od ZOHS a je specificky zaměřen na zemědělské a potravinářské produkty. Domníváme se, že ZVTS funguje spíše jako výjimka z pravidel hospodářské soutěže a směřuje k ochraně drobných zemědělců vůči tlaku ze strany obchodních řetězců; tato regulace narušuje principy hospodářské soutěže.

<sup>169</sup> V ČR, EU i USA je zastáván i v současné době názor, že u některých praktik, jako jsou „hard-core“ kartely, se tržní silou soutěžní úřady zabývat nemusejí, neboť tyto praktiky jsou jakožto cílové dohody přímo zakázané, protože samy o sobě jsou takovým jednáním, které hospodářskou soutěž narušuje za všech okolností, tedy bez ohledu na tržní sílu soutěžitelů. V ČR a EU to platí rovněž u vertikálních dohod týkajících se určování minimálních cen pro další prodej. Naproti tomu v USA je tento typ dohod již několik let zkoumán z pohledu „rule of reason“, tedy z hlediska jejich efektu a nikoliv jako tzv. „per se“ delikt.

### 3.1 Tržní síla v praxi antitrustu

V praxi antitrustu je s tržní silou především spojeno zkoumání, zda její míra je již taková, že soutěžitel, který jí disponuje, se nachází v dominantním postavení. V případech zakázaných dohod mezi soutěžiteli a posuzování spojení soutěžitelů často vůbec nedojde ke zkoumání tržní síly jako takové, ale centrem pozornosti je tržní podíl, který je často považován za její nejvýznamnější indikátor. Podle výše tržního podílu dotčených soutěžitelů jsou totiž nastaveny jednak tzv. bezpečné přístavy<sup>170</sup> pro určité typy spolupráce (dohod) mezi soutěžiteli, dále je vodítkem při posuzování existence dominantního postavení<sup>171</sup> a rovněž se z nich počítá tzv. Herfindahl-Hirschmanův index<sup>172</sup> tržní síly (HHI), dle kterého se posuzuje míra koncentrace před a po uskutečnění spojení. Pokud je společný tržní podíl kooperujících soutěžitelů nižší, než jaký je nastaven jako hraniční bezpečný přístav, EK bude takovou dohodu obecně považovat za jednání, které nemá potenciál narušit hospodářskou soutěž na daném relevantním trhu. Stejně tak pokud je hodnota HHI nižší než stanovená hodnota, presumuje se, že spojení soutěžitelů nemůže mít vliv na zvýšení tržní síly, resp. nemůže mít negativní vliv na hospodářskou soutěž na daném trhu. Z toho je patrné, že soutěžní právo předjímá, že soutěžitelé s tržním podílem nedosahujícím určité výše nemají dostatečnou tržní sílu narušit na daném trhu hospodářskou soutěž. Posuzování tržní síly tak v praxi přichází na řadu často až v případech, kdy se posuzují dohody soutěžitelů v situaci, kdy alespoň jeden z nich dosahuje vyššího tržního podílu, než jaký je pro daný typ spolupráce vnímán jako bezpečný přístav.<sup>173</sup> V oblasti zneužití dominantního postavení se tržní síla zásadně zkoumá až u soutěžitele, který dosahuje určitého tržního podílu. U spojování soutěžitelů dochází k hlubšímu zkoumání tržní síly obvykle jen tehdy, pokud hodnota HHI na trhu, kde ke spojení dochází, dosahuje určité výše.<sup>174</sup>

Pro posouzení, zda soutěžitel disponuje tržní silou a v jaké výši, je třeba tržní sílu nejprve pojmově definovat. Obecně lze tržní sílu označit za možnost soutěžitele

<sup>170</sup> Blíže např. v EUVG a EUHG.

<sup>171</sup> Srovnej např. § 10 odst. 3 ZOHS.

<sup>172</sup> Blíže např. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hhi.html>.

<sup>173</sup> K uvedenému je třeba dodat obecnou zásadu uznávanou soutěžními úřady, podle které platí, že stupeň tržní síly požadovaný ke shledání uzavření zakázané dohody (v rozporu s § 3 ZOHS, resp. čl. 101 Smlouvy o fungování EU) je nižší než stupeň tržní síly potřebný ke konstatování zneužití dominantního postavení (v rozporu s § 11 ZOHS, resp. čl. 102 Smlouvy o fungování EU). Srov. bod 97 EUVG.

<sup>174</sup> Blíže ke konkrétním hodnotám HHI viz kap. 5 (spojování soutěžitelů).



dlouhodobě se chovat do určité (dostatečné) míry nezávisle na ostatních soutěžitelích a spotřebitelích, tedy připodobnit tržní sílu k nezávislosti chování na trhu. Z hlediska nezávislosti chování se pak tržní síla nejčastěji definuje jako možnost soutěžitele udržet ceny nad tzv. soutěžní úrovní.<sup>175</sup> Soutěžitel disponující tržní silou může ovšem narušit soutěžní proces i jiným způsobem než zvýšením cen, například oslabením stávající soutěže, vytvářením či udržováním bariér vstupu, nebo zpomalováním inovací. Je zřejmé, že zvyšování cen nad soutěžní úroveň či zpomalování produkce nebo inovací nesmí být pro účely konstatování, že se jedná o projev tržní síly, pouze nárazové. Tržní síla tedy bývá zpravidla definována jako schopnost soutěžitele udržet ceny nad soutěžní úrovní nebo udržet výši produkce, kvalitu výrobků a služeb či míru inovace pod soutěžní úrovní po delší než nevýznamnou dobu.<sup>176</sup> Tržní síla je z ekonomického pohledu jev nežádoucí, neboť představuje potenciální hrozbu narušení soutěže, a tedy hrozbu újmy spotřebitelů a snižování celospolečenského blahobytu.

Z teoretického hlediska platí, že v dokonale konkurenčním prostředí nedisponuje žádný soutěžitel tržní silou a ceny jsou proto díky konkurenčnímu tlaku na soutěžní úrovni, přičemž je díky tomu dosahováno maximální alokační efektivity a je maximalizován společenský blahobyt. Jedná se však o modelovou situaci, která je v reálném světě prakticky nemožná. *A contrario* lze pak dovodit, že pokud je takováto situace v podstatě nereálná, téměř na každém trhu disponuje alespoň nějaký soutěžitel určitou tržní silou. Vzhledem k tomu, že existence byt' malé tržní síly může teoreticky znamenat její využití, které může vést k protisoutěžním účinkům (tj. snižování spotřebitelského blahobytu a alokační neefektivitě), je třeba se zamýšlet nad tím, kdy již tržní síla soutěžitele dosáhne takové míry, že by mohlo být určité jednání jí disponujícího soutěžitele (soutěžitelů) považováno za protisoutěžní a hodné zásahu ze strany soutěžního úřadu.

Na základě výše uvedeného je zřejmé, že se jedná o určitý rozsah, a tedy, že tržní síla jednotlivých soutěžitelů může být větší či menší. Není proto správné zabývat se tržní silou jen z „černobílého“ pohledu, zda jí soutěžitel disponuje či nedisponuje, ale také je důležité zkoumat, jak velká tato tržní síla soutěžitele je, a to zejména

<sup>175</sup> Cenami na soutěžní úrovni se nejčastěji označují ceny, jaké by existovaly v případě dokonalé konkurence, resp. za předpokladu, že mezní náklady se rovnají ceně na trhu.

<sup>176</sup> Srov. EUVG, bod 97.

ve vztahu a v porovnání s ostatními soutěžiteli působícími na stejném relevantním trhu. Zásadní otázka související s tržní silou pak zní, jakým způsobem ji u jednotlivých soutěžitelů posuzovat a měřit.

Existují dva základní přístupy k posuzování tržní síly. V praxi zcela převažuje nepřímý strukturální přístup založený zejména na zkoumání velikosti tržního podílu a podmínek na trhu. Vedle tohoto způsobu je možné také měřit tržní sílu přímo, pomocí kvantitativních metod. Nejznámější, ovšem v praxi zřídka používanou metodou je tzv. Lernerův index.

## 3.2 Určování tržní síly - strukturální přístup

### 3.2.1 Zákonná východiska

Základní východiska, resp. kritéria rozhodná pro posouzení tržní síly soutěžitele nalezneme v úpravě dominantního postavení a jeho zneužívání v § 10 odst. 2 ZOHS, který uvádí, že „tržní sílu [...] Úřad posuzuje podle hodnotového vyjádření zjištěného objemu dodávek nebo nákupu na trhu daného zboží (tržní podíl) dosaženého soutěžitelem nebo soutěžiteli se společnou dominancí v období, které je zkoumáno podle tohoto zákona a podle dalších ukazatelů, zejména podle hospodářské a finanční síly soutěžitelů, právních nebo jiných překážek vstupu na trh pro další soutěžitele, stupně vertikální integrace soutěžitelů, struktury trhu a velikosti tržních podílů nejbližších konkurentů.“

Z textu ZOHS vyplývá, že při posouzení tržní síly se vychází z tržního podílu a současně se hodnotí další faktory, které ovlivňují možnost soutěžitele chovat se nezávisle na ostatních. Je tedy zřejmé, že při zkoumání tržní síly je potřeba postupovat komplexně a zohledňovat různé aspekty, protože přílišné spoléhání se pouze např. na velikost tržního podílu by mohlo vést k nesprávnému závěru o tržní síle daného soutěžitele. U každého jednotlivého případu, resp. soutěžitele a relevantního trhu, na kterém působí, je třeba brát do úvahy také jejich specifické vlastnosti. Při analýze tržní síly strukturálním způsobem se vždy jedná především o vymezení relevantního trhu, posouzení jeho struktury, určení tržních podílů soutěžitelů působících na tomto trhu a zkoumání jejich vývoje v čase. Dále pak pro určení tržní síly bývá zásadně z kvalitativního hlediska zkoumána existence stávající a potenciální konkurence, zjišťovány bariéry vstupu, předešlé tržní chování soutěžitelů, jejich kapacitní omezení, finanční a technologická síla, chování a „protivážná“ kupní síla odběratelů, tempo inovací a případná regulace na posuzovaném trhu.

### 3.2.2 Tržní podíl

Tržní síla soutěžitele, resp. soutěžitelů, je dosud v praxi antitrustu neodmyslitelně spjata s velikostí jeho tržního podílu. Současně však v oblasti soutěžního práva a ekonomie celosvětově panuje shoda na tom, že není možné posuzovat tržní sílu pouze dle velikosti tržního podílu bez zohlednění ostatních faktorů. I tak má tržní podíl v praxi v soutěžní analýze stále své nezastupitelné místo<sup>177</sup> a představuje významný vypovídací prvek, z něhož lze, když ne přímo dovozovat, tak minimálně usuzovat existenci tržní síly soutěžitele. Důležitost, ale zároveň i určitou omezenost důkazní hodnoty velikosti tržního podílu vyjádřil ESD v rozsudku *Hoffmann-La Roche*<sup>178</sup>, ve kterém uvedl, že důkazy o existenci dominantního postavení se mohou lišit trh od trhu v závislosti na tržní struktuře, zejména co se týká produkce, nabídky a poptávky. I praxe ÚOHS zřetelně potvrzuje, že tržní podíl není totožný s pojmem tržní síla a že tržní sílu nelze bez dalšího určovat jen na základě tržního podílu.

Přesto lze říci, že tržní podíl je stále prakticky vždy výchozím bodem při analýze tržní síly. Při posuzování možného zneužití dominantního postavení slouží tržní podíl jako první indikátor toho, jestli vůbec sledovaný soutěžitel dominantním postavením disponuje. Se zkoumáním velikosti tržního podílu počítá také ZOHS, který stanovuje vyvratitelnou domněnku, podle níž soutěžitel s tržním podílem nižším než 40 % nemá dominantní postavení.<sup>179</sup> Stejně tak EK v EUADG uvádí, že není pravděpodobné, že by se zneužití dominantního postavení mohl dopustit podnik<sup>180</sup>, jehož tržní podíl je nižší než 40%.<sup>181</sup> Vždy se však uvádí, že uvedené procentní podíly fungují pouze jako vyvratitelné domněnky, které by neměly nahradit detailní zkoumání konkrétních skutečností daného případu.

Velikost tržního podílu je podstatnou otázkou také v oblasti zakázaných dohod, a to zejména pro uplatňování blokových výjimek, které vycházejí z předpokladu, že určitá jednání soutěžitelů, kteří mají nízký tržní podíl, nemohou mít s nejvyšší pravděpodobností negativní vliv na hospodářskou soutěž.<sup>182</sup> Tržní podíl zde slouží

<sup>177</sup> Někteří autoři s tímto názorem nesouhlasí a kloní se k přímému odhadování tržní síly, bez vymezení relevantního trhu, resp. nutnosti určování tržního podílu. Např. KAPLOW, 2010, op. cit. (viz výše).

<sup>178</sup> Rozsudek ESD ze dne 13. 2. 1979. Věc C-85/76. *Hoffmann-La Roche*.

<sup>179</sup> Viz § 10 odst. 3 ZOHS.

<sup>180</sup> Označením „podnik“ se pro účely této knihy rozumí „soutěžitel“ dle § 2 odst. 1 ZOHS, resp. *undertaking*.

<sup>181</sup> Viz EUADG, odst. 14.

<sup>182</sup> Naproti tomu určitá jednání (např. kartely) jsou považována za protisoutěžní automaticky a nezkoumá se u nich velikost tržních podílů.

jako indikátor pro zařazení určitého jednání do tzv. bezpečného přístavu dle generální blokové výjimky v rámci pravidla *de minimis*<sup>183</sup> či individuální blokové výjimky dle typu jednání<sup>184</sup> nebo blokových výjimek týkajících se specifického odvětví.<sup>185</sup> Ve zmíněných blokových výjimkách jsou pro různé typy jednání, které potenciálně mohou narušit hospodářskou soutěž, nastaveny různé horní prahy tržních podílů, při jejichž dodržení se dané jednání nepovažuje za protisoutěžní.

Tržní podíl je možné reálně určit na základě premisy, že k narušení soutěže dochází vždy v určité oblasti a u určitých výrobků, resp. na určitém relevantním trhu, tj. trhu, který je dostatečně oddělen od ostatních území a jiných výrobků a služeb tak, že soutěž na něm probíhá odlišně od nich. Pouze díky vymezení relevantního trhu je možné identifikovat „hráče“, kteří na něm působí a mezi nimiž dochází k „tržní interakci“ (soutěži) a zjistit, jak velký podíl na vymezeném trhu jednotliví soutěžitelé zaujímají. Standardně se zjišťuje tedy velikost poměru objemu dodávek nebo nákupu daného zboží na relevantním trhu dosaženého soutěžitelem za určité období vůči celkovému objemu dodávek nebo nákupu daného zboží na relevantním trhu dosaženému všemi soutěžiteli na něm působícími. Nicméně je možné a v určitých případech i vhodné jej zkoumat i z jiného pohledu, např. z hlediska podílu na počtu přepravených cestujících za kalendářní rok.<sup>186</sup> Tržní podíl se v soutěžních analýzách standardně vyjadřuje v procentech za období jednoho kalendářního roku.<sup>187</sup>

Technicky je proto pro určení tržního podílu<sup>188</sup> nezbytné nejprve vymezit relevantní trh, zjistit, kteří soutěžitelé na něm působí, a poté určit, jaký tržní podíl tito

<sup>183</sup> Oznámení EK o dohodách menšího významu, které výrazně neomezuji hospodářskou soutěž podle čl. 81 odst. 1 smlouvy o založení Evropského společenství (*de minimis*), (2001/C 368/07) Úřední věstník C 368, 22/12/2001 S. 0013 - 0015.

<sup>184</sup> Jedná se o blokové výjimky dopadající na specifické kategorie vertikálních dohod, horizontálních dohod a licenčních dohod a dohod o převodu technologií.

<sup>185</sup> Jedná se o blokové výjimky týkající se oblasti prodeje a distribuce motorových vozidel, zemědělství, pojišťovnictví, poštovních služeb, profesionálních služeb, přepravy a telekomunikací.

<sup>186</sup> Toto vyjádření tržního podílu použil ÚOHS např. v rozhodnutí ze dne 3. 11. 2010, č. j. ÚOHS-S162/2008/DP-4490/2010/820/DBr. Současně se však v tomto rozhodnutí zabýval i klasicky vyjádřeným tržním podílem, založeným na finančním obrátu. V tomto rozhodnutí se pak ÚOHS zabýval rovněž vývojem tržních podílů.

<sup>187</sup> Např. tržní podíl soutěžitele na daném relevantním trhu v roce 2012 byl cca 23 %.

<sup>188</sup> Autoři zdůrazňují, že stanovení relevantního trhu je nezbytné pro určení tržního podílu, nikoliv tržní síly a zastávají názor, že tržní sílu lze, a je to teoreticky přesnější, měřit empiricky, přímo, a to za pomoci ekonometrických metod a odhadování vlastní elasticity poptávky bez vymezení relevantního trhu. Z hlediska praktického je však takovéto měření často extrémně obtížné či nemožné, a to zejména s ohledem na nedostatek dostatečně přesných dat potřebných k takovéto analýze.

soutěžitelé zaujmají vypočtením hodnoty podílů prodeje, jež na vymezeném relevantním trhu dosáhl zkoumaný soutěžitel, a hodnoty prodeje dosažených na tomto relevantním trhu všemi soutěžiteli.<sup>189</sup> Pokud se jedná o podíl prodeje, berou se do úvahy zásadně prodeje přímým zákazníkům na relevantním trhu, nikoliv celková produkce.

Tržní podíl lze v určitých případech měřit i dle výrobních kapacit, a to především na trzích, kde jsou kapacity významným faktorem, např. pokud je relevantní trh definován s ohledem na nabídkovou stranu trhu. Tržní podíl se zásadně stanovuje na základě ceny, kterou soutěžitelé účtují zákazníkům. V úvahu se bere cena, za kterou soutěžitel prodává svým přímým zákazníkům, nikoliv cena až pro konečné spotřebitele. Pokud je relevantní trh širší než národní, je třeba často brát v potaz rovněž měnový kurz a jeho vývoj v čase. V případě národního či lokálního trhu je pak vhodné brát do úvahy rovněž dovozy, které však není správné agregovat (brát všechny dovozy, jako by se jednalo o jednoho soutěžitele - importéra), ale posuzovat je jako tržní podíl jednotlivých importérů samostatně.<sup>190</sup> Rovněž může být otázkou, zda při určování tržního podílu zohledňovat také kapacity, které soutěžitel využívá pro vlastní potřebu, ale jež je v případě nutnosti schopen uvést na trh, a pokud ano, tak jakým způsobem. Při započítávání kapacit využívaných pro vlastní potřebu je především důležité postupovat konzistentně u všech soutěžitelů.

Značný vliv na vypovídací schopnost a spolehlivost tržního podílu jakožto indikátoru tržní síly má charakter trhu, resp. zboží či služby. Trhy, na kterých je vypovídací schopnost tržního podílu zpochybnitelná, jsou především ty, kde neexistují žádné nebo jen velmi malé bariéry vstupu. Soutěžitel i s velmi vysokým tržním podílem je proto na takovémto trhu značně omezen v možnosti chovat se nezávisle na ostatních z důvodu existence potenciální konkurence, která by mohla na tyto trhy vstoupit, kdyby se pokusil např. zvýšit cenu na nezanedbatelnou dobu nad soutěžní úroveň. Vypovídací hodnota velikosti tržního podílu je nízká například na trzích, kde probíhá soutěž především prostřednictvím inovací, kdy vysoký tržní podíl v určitý okamžik může být velmi rychle ztracen, pokud konkurence přijde s lepším výrobkem či službou. Specifická situace nastává také na trzích, kde

<sup>189</sup> Při zkoumání podílu na trhu je rovněž velmi důležité zjišťovat nejen jeho aktuální výši, ale zabývat se i jeho vývojem, který nám rovněž umožní udělat si lepší úsudek o daném soutěžiteli a jeho tržní síle.

<sup>190</sup> Pokud by jeden soutěžitel výrobky na trh dovážel a zároveň je na něm vyráběl, objem prodeje z výroby i importu se počítá a nahlíží se na obě skupiny prodeje, jako by tvořily jeden tržní podíl.

se soutěž uskutečňuje prostřednictvím tendrů. Tam je potřeba se zaměřit na to, jak probíhá soutěž v okamžiku tendru a nikoliv na tržní podíly, které jsou následně po skončení tendru získány, protože řada tendrů je vypisována na delší období a po dobu, kdy je tendr zadán, je daný zákazník v podstatě „zablokovaný“. Tržní podíly proto na těchto typech trhů nebývají příliš vypovídající a i soutěžitelé s vysokým tržním podílem nemusí disponovat velkou tržní silou, pokud soutěže v rámci tendrů probíhají efektivně.

Vedle charakteru trhu ovlivňují vypovídací schopnost tržního podílu jakožto měřítko tržní síly i další faktory. Velmi důležitá je v tomto ohledu tzv. produktová diferenciacce, v rámci vymezeného relevantního trhu, resp. kolik produktů je do něj zařazeno a jak blízkými jsou substituty. V případě, že do relevantního trhu spadají i produkty, které jsou sice substituty, nikoliv však velmi blízkými, může mít tržní sílu i soutěžitel s relativně menším tržním podílem, např. díky rozdílnému marketingu, věrnosti značce, příp. nízké křížové elasticitě jeho a konkurenčních výrobků.<sup>191</sup> Nelze tedy automaticky bez dalšího dovodit, že pokud mají dva soutěžitelé stejný tržní podíl, disponují stejnou či alespoň podobnou tržní silou.

Tržní podíl není statický jev, ale vyvíjí se v čase. Skutečnost, zda dochází u soutěžitele v průběhu let ke zvyšování či snižování tržního podílu, má pro soutěžní analýzu, vedle samotné výše tržního podílu v rozhodném období rovněž velký význam. Pokud se např. zjistí, že soutěžitel má sice vysoký tržní podíl, avšak tento podíl za posledních několik období neustále klesá, je vysoce pravděpodobné, že takový soutěžitel určitou tržní silou disponuje; ta se však evidentně zmenšuje a je otázkou, zda je taková tržní síla i přes vysoký tržní podíl dostatečná např. pro konstatování existence dominantního postavení. Naproti tomu soutěžitel s relativně nízkým tržním podílem, který splňuje zákonnou domněnku neexistence dominantního postavení, jehož tržní podíl výrazně a rychle v posledních obdobích roste, by měl být podroben zkoumání, jestli i přes relativně nižší tržní podíl nedisponuje tržní silou svědčící o jeho dominanci. Rychle rostoucí tržní podíl naznačuje existenci určité soutěžní výhody,<sup>192</sup> která samozřejmě zvyšuje tržní sílu soutěžitele.

Ve strukturální analýze tržní síly je tržní podíl jejím klíčovým indikátorem, který je spjat a podmíněn vymezením relevantního trhu, protože prakticky výhradně na tomto vymezení závisí velikost tržního podílu soutěžitele. Je třeba mít na paměti,

<sup>191</sup> Samozřejmě v tomto případě je nasnadě otázka, zda byl skutečně relevantní trh správně vymezen.

<sup>192</sup> Např. nový výrobek, úspory z rozsahu, nová technologie, efektivní reklama atd.

že pro provedení kvalitní soutěžní analýzy tržní síly soutěžitele je důležité vždy zkoumat i další faktory, které ji ovlivňují, a při činění závěrů o tržní síle se nikdy nespolehat výhradně na tržní podíl.

### 3.2.3 Ostatní hráči na trhu - konkurenti aktuální a potenciální, tržní síla odběratelů

Kromě velikosti tržního podílu je při posuzování tržní síly sledovaného soutěžitele významná otázka, jaké čelí konkurenci ze strany ostatních soutěžitelů. Zásadně se hodnotí jednak konkurence existující, resp. aktuální, a konkurence, která je schopna vzniknout v dostatečně krátkém období, jež se označuje jako konkurence potenciální. Mezi aktuální konkurenty se zahrnují i ti soutěžitelé, kteří sice na daném relevantním trhu nepůsobí, ale vlastní takové kapacity, že jsou schopni ve velmi krátkém období<sup>193</sup> na daný trh vstoupit bez nutnosti vynaložení výraznějších dodatečných nákladů.

Pro soutěžitele, které je třeba při analýze tržní síly považovat za potenciální konkurenty, je obecně vstup na trh složitější a trvá déle z řady objektivních důvodů, mezi které patří např. potřeba nákupu zařízení, získávání nových např. licenčních povolení, trénink a nábor zaměstnanců, hledání distribučních kanálů atd. Důležitá je u potenciální konkurence především pravděpodobnost jejího vstupu na trh. Faktory zohledňované při posuzování pravděpodobnosti vstupu jsou jednak bariéry vstupu a dále samotný charakter daného relevantního trhu, resp. zda se jedná o trh rostoucí, stagnující či klesající, přičemž platí, že výrazně vyšší potenciál vstupu nových konkurentů je na trh, který roste, resp. tam, kde poptávka převyšuje nabídku.

Stejně jako u tržního podílu hraje i při identifikaci konkurentů zásadní roli vymezení relevantního trhu, neboť na tom, jak úzce či široce je vymezen relevantní trh, závisí, kteří soutěžitelé, resp. jejich výrobky či služby, budou do tohoto relevantního trhu zařazeni a považováni za „relevantní“ konkurenty.

V některých případech je důležitým ukazatelem také velikost tržních podílů ostatních konkurentů - soutěžitelů působících na stejném relevantním trhu jako soutěžitel, jehož tržní sílu posuzujeme. Toto zkoumání má relevanci zejména při posuzování existence dominantního postavení. Z rozhodovací praxe EK vyplývá,

<sup>193</sup> Za velmi krátké období lze zpravidla považovat lhůtu kratší než jeden rok.

že v případech, kdy je rozdíl mezi tržním podílem domnělého dominanta a tržním podílem druhého největšího podniku větší než 20%, je zde velká pravděpodobnost existence dominance.<sup>194</sup>

Významným faktorem ovlivňujícím tržní sílu soutěžitele je v mnoha případech nejen samotná tržní síla konkurence, ale rovněž tržní síla jeho odběratelů, která je extrémní v případě tzv. monopsonu.<sup>195</sup> Do úvah o protiváze v podobě tržní síly odběratelů se zásadně zahrnuje potenciál a schopnost odběratelů vertikálně se integrovat a zboží si obstarat samostatně či sponzorovat vstup nového dodavatele na předřazený trh.<sup>196</sup>

### **Bariéry vstupu**

Ani soutěžitel, který disponuje velkým tržním podílem, nečelí výraznému tlaku ze strany aktuální konkurence a není omezen tržní silou svých odběratelů, ještě nemusí nutně disponovat velkou tržní silou. Důvodem může být neexistence tzv. bariér vstupu, které jsou negativně závisle spjaty s hrozbou vstupu potenciálních konkurentů na relevantní trh. Bariéry vstupu lze charakterizovat<sup>197</sup> jako existenci určité výhody soutěžitelů již operujících na daném relevantním trhu, které však nespočívají pouze v jejich vyšší efektivitě oproti potenciálním konkurentům. Obecně platí, že čím méně je bariér vstupu a čím jsou nižší, tím je vyšší pravděpodobnost, že na trh vstoupí noví konkurenti. Neexistence bariér vstupu na určitý trh tak znemožňuje soutěžiteli na tomto trhu působícímu uplatnit svoji tržní sílu. Pokud totiž tento soutěžitel zvýší své ceny, s velmi vysokou pravděpodobností dojde k relativně rychlému vstupu nových hráčů (potenciální konkurence) motivovaných vysokými zisky na trhu, kteří „přetáhnou“ jeho zákazníky a znemožní mu tak realizovat zisk vyplývající ze zvýšení ceny, resp. uplatnit tržní sílu. V případě

<sup>194</sup> Viz O'DONOGHUE, R.; PADILLA, A. *The law and economics of article 82 EC*. 1. ed. Oxford: Hart publishing, 2006, 782 s. ISBN 184113502X, s. 115.

<sup>195</sup> Monopson vytváří situaci, kdy na daném trhu existuje jediný odběratel a je tak extrémně nepravděpodobné, že by soutěžitelé, kteří mu dodávají zboží, byli schopni vůči němu jakkoliv uplatňovat tržní sílu. Možnost chovat se nezávisle na monopsonistickém odběrateli by mohla nastat zřejmě pouze v případě, že i soutěžitelů, kteří by mu dodávali zboží, by bylo velmi málo (oligopol), či existoval pouze jediný (monopol) a na trhu dodávek by současně existovaly vysoké bariéry vstupu.

<sup>196</sup> Tyto faktory ovlivňují tržní sílu soutěžitelů pouze v případě, že vertikální integrace, či podporovaný vstup nového soutěžitele je dostatečně rychlý a efektivní.

<sup>197</sup> Více o různých pohledech na pojem bariéry vstupu viz např. MCAFEE, R. P.; MIALON, H. M., Williams, M. "What is a Barrier to Entry?" *American Economic Review*. 2004, vol. 94, no. 2, s. 461-465.



neexistence bariér vstupu nebo pokud sice existují, ale jsou velmi nízké, je proto vysoce nepravděpodobné, že by jakýkoliv soutěžitel na takovémto trhu disponoval výraznější tržní silou, natož aby jeho tržní síla byla takového rozsahu, aby mu umožňovala chovat se značně nezávisle na ostatních, tedy aby měl na daném relevantním trhu dominantní postavení.

Na druhé straně existence vysokých bariér vstupu výrazně zvyšuje tržní sílu soutěžitelů na trhu již působících a umožňuje jim využívat jejich tržní sílu, např. udržovat ceny nad soutěžní úrovní. Může nastat situace, kdy (přestože existují potenciální konkurenti, kteří by dokázali být na daném trhu efektivnější) není pro nového soutěžitele vstup na trh výhodný kvůli bariérám vstupu na trh v podobě vynaložených vysokých zejména tzv. zapuštěných „utopených“ nákladů nutných ke vstupu na trh.<sup>198</sup>

Na základě existence či neexistence bariér vstupu můžeme zjistit charakteristiku trhu z hlediska jeho přístupnosti. V této souvislosti se hovoří o tzv. „kontestabilitě“ trhu, tedy o náročnosti vstupu nových soutěžitelů na trh. Trh je považován za „kontestabilní“, pokud zde neexistují žádné zapuštěné náklady nebo jiné bariéry vstupu a spotřebitelé jsou ochotni pohotově přejít k novému prodávajícímu za výhodnějších podmínek, aniž by stávající podnik (byť i s vysokým tržním podílem) stihl zareagovat a nějakým způsobem si k sobě spotřebitele připoutal. V praxi však většina trhů není zcela „kontestabilní“.<sup>199</sup>

Bariéry vstupu můžeme dělit na strukturální a strategické. Strukturální bariéry vstupu souvisejí se základními ekonomickými ukazateli, jako jsou náklady a poptávka. Patří mezi ně například úspory z rozsahu<sup>200</sup>, technologická výhoda, náklady spotřebitelů na přechod k jinému prodávajícímu, utopené náklady, právní ochrana - např. duševní vlastnictví, asymetričnost informací či věrnost ke značce. Strategické bariéry vstupu jsou takové, které stávající podnik na trhu (*incumbent*) úmyslně vytváří nebo rozšiřuje, aby ostatní soutěžitele od vstupu na trh odradil. Mezi strukturální bariéry patří například exkluzivní smlouvy, účtování predátor-

<sup>198</sup> Utopené náklady („sunk cost“) jsou náklady, jež je třeba vynaložit při vstupu na trh, ale které již není možné získat zpět při opuštění trhu. Jedná se např. o náklady na marketing při vstupu na trh.

<sup>199</sup> FAULL, J; NIKPAY, A. *The EC law of competition*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, 1844 s. ISBN 9780199269297, s. 18.

<sup>200</sup> Úspory z rozsahu lze definovat jako úspory, který získá prodávající díky rozšiřování své výroby. Čím větší objem výroby produkuje, tím se mu snižují průměrné náklady na jednotku výstupu.

ských cen či investice do reklamy.<sup>201</sup> V odborné literatuře se objevuje také rozdělení bariér vstupu z hlediska náročnosti nových vstupů na trh, a to na bariéry vstupu v „užším smyslu“ (překážky I. typu) a bariéry ve smyslu „nákladů vstupu“ (překážky II. typu).<sup>202</sup>

Bariéry vstupu vznikají především v důsledku silné regulace určitých odvětví, privilegovaného přístupu ke klíčovým vstupům, vlastnictví distribučních sítí, nutnosti vynaložit utopené náklady ke vstupu na trh, kvůli fyzickým, právním či geografickým překážkám, které znesnadňují vstup na trh, kvůli síťovým efektům, nákladům na změnu dodavatele, úsporám z rozsahu a struktury, existenci silných obchodních značek na trhu atd. Skutečnost, že při posuzování tržní síly hraje významnou roli i charakter trhu a typ výrobků, dokládá také např. existence metodiky EK ohledně určování tržní síly v oblasti elektronické komunikace.<sup>203</sup>

Standardní technikou při posuzování bariér vstupu je zjištění názoru stávajících a potenciálních konkurentů na utopené náklady, jež je podle nich nutné vynaložit pro vstup na daný relevantní trh. Dále se posuzuje, jestli existují nějaké nezbytné faktory nepostradatelné pro vstup na trh, zda a jak brání případná regulace na daném trhu vstupu na něj a obecně veškeré další faktory, které vstup na relevantní trh nějakým způsobem znesnadňují. Tvzení o existenci hrozby vstupu potenciální konkurence mohou podpořit zejména nedávné vstupy jiných soutěžitelů, tržní studie a jiné dokumenty a plány vztahující se k potenciálnímu vstupu.

Vedle bariér vstupu se posuzují také „bariéry tržní expanze“, které představují schopnost podniků již působících na trhu rozšířit objem produkce. Při existenci bariér expanze soutěžitelů působících na trhu nemají dostatečné volné kapacity a i přes zvýšení ceny některého ze soutěžitelů (např. podniku s dominantním

<sup>201</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 328-334.

<sup>202</sup> Bariéry (překážky) I. typu jsou takové, které stávající podnik na trhu nemusel sám překonávat a znamenají tak výhodu tohoto prodávajícího vůči ostatním podnikům. Takové překážky nepravědí ze soutěže mezi hráči a nesouvisí nijak s vyšší efektivitou současného soutěžitele. Oproti tomu překážky II. typu musí překonat každý soutěžitel, který zamýšlí do odvětví vstoupit a musí je tudíž překonat i stávající podnik na trhu. Mezi tento typ překážek patří například pronájem budov, nákup strojů, investice do výzkumu a podobně. Překážky vstupu II. stupně proto většinou nejsou považovány za opravdové bariéry vstupu - srov. ŠILHÁN, J. Objektivní ospravedlnění v právu proti zneužití dominantního postavení. In *Dny práva - 2008 - Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 1186-1203.

<sup>203</sup> Srov. metodiku EK pro tržní analýzu významné tržní síly týkající se oblasti elektronických komunikací - **Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services**, Official Journal C 165, 11/07/2002 P. 0006 - 0031.

postavením) nemají možnost uspokojit potenciální nově vzniklou poptávku, tedy zákazníci, kteří by chtěli koupit jejich výrobky místo zdražených výrobků jiného soutěžitele.<sup>204</sup>

### 3.3 Přímé měření tržní síly, Lernerův Index

Vedle metod vycházejících především ze struktury relevantního trhu, resp. tržních podílů soutěžitelů na něm působících, je možno se pokusit tržní sílu identifikovat prostřednictvím metod přímých. Patrně nejznámější přímou metodou měření tržní síly je tzv. Lernerův index, resp. odhad vlastní elasticity poptávky. Mimo něj existují další techniky pro přímý odhad tržní síly, které jsou složitější a používají pokročilé statistické a ekonometrické metody. Jedná se např. o tzv. metodu *benchmarku* soutěžních cen či použití simulačních ekonometrických modelů jako např. „regresní, logit“ či „AIDS poptávkové modely“.<sup>205</sup> Tyto metody se v poslední době používají častěji, protože vyspělé technické prostředky umožňují snadněji získat a zpracovat potřebná data.

Kvantitativní techniky používané pro odhad elasticity poptávky jsou již relativně běžné zejména v praxi USA.<sup>206</sup> Tomuto trendu odpovídá i skutečnost, že odvolací soudy v USA již vícekrát judikovaly, že tržní podíl je pouze jednou z cest, jak odhadovat tržní sílu a pokud existují jiné - lepší způsoby jak ji odhadnout, měly by být použity tyto způsoby a soud by je měl akceptovat.<sup>207</sup>

<sup>204</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 335. Také viz rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 2. 1979, Věc C-85/76. Hoffmann-La Roche.

<sup>205</sup> Existují i další způsoby měření používané konkrétně pro specifické trhy a odvětví, např. na energetických trzích byl použit v USA tzv. *pivotal supplier indicator* a tzv. *supply margin assessment*, oba založené na prosté otázce, zda při absenci daného soutěžitele by zbytková nabídka byla schopna uspokojit poptávku po energii v dané hodině. Vedle těchto dvou měřítek se rovněž používá na energetických trzích tzv. *residual supplier index*.

<sup>206</sup> WERDEN, G. J. Demand Elasticities in Antitrust Analysis. *Antitrust Journal*. 1998, vol. 43, s. 363-414. Ten uvádí, že reziduální elasticitu poptávky již poměrně často odhadují ekonomové a soudy v USA, kde se běžně na takové odhady spoléhá jakožto na věrohodné důkazy.

<sup>207</sup> Například *Allen-Myland, Inc. v. IBM Corporation*, 33 F.3d 194, 209 (3rd Cir. 1994); *United States v. Baker Hughes, Inc.*, 908 F.2d 981, 992 (DC Cir. 1990) and *Ball Memorial Hospital Inc. v. Mutual Hospital Inc.*, 784 F.2d 1325, 1336, (7th Cir, 1986).

V poslední době se hodně diskutuje a zpochybňuje samotná nutnost začínat soutěžní analýzu vymezením relevantního trhu.<sup>208</sup>

### 3.3.1 Lernerův index

Nejznámějším přímým kvantitativním měřítkem tržní síly v oblasti antitrustu je tzv. Lernerův index. Pro jeho pochopení je klíčové vyjít z toho, že z hlediska tržní síly je z ekonomického pohledu klíčová vlastní elasticita poptávky, tedy citlivost odběratelů na zvýšení či snížení ceny. Pokud jsou odběratelé velmi citliví, resp. vlastní elasticita poptávky po zboží soutěžitele je vysoká, soutěžitel není schopen zvýšit dlouhodobě ziskově ceny, a tudíž lze dovodit, že nedisponuje tržní silou. Naopak tam, kde je vlastní elasticita poptávky nízká, je větší pravděpodobnost, že soutěžitel je schopen zvýšit ziskově ceny a že tedy disponuje tržní silou.<sup>209</sup>

<sup>208</sup> Patrně nejznámějším zastáncem přímého určení tržní síly a úplného opuštění konceptu relevantního trhu a strukturálního přístupu pro účely soutěžní analýzy je Luis Kaplow. Srov. KAPLOW, L. Market definition alchemy. *Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business* [online]. 2013, vol. 5, Discussion Paper no. 746, s. 1-26 [cit. 20. 11. 2013]. Dostupné z: [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Kaplow746.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow746.pdf).

Jeho argumentace spočívá v tom, že nemá smysl definovat relevantní trh, neboť k jeho stanovení (minimálně na trzích diferencovaných výrobků) je nezbytné nejprve vymezit či alespoň odhadnout tržní sílu, přičemž samotné vymezení relevantního trhu následně taktéž slouží ke zjištění tržní síly soutěžitele. Kaplow tak považuje vymezování relevantního trhu a strukturální přístup v soutěžní analýze vůbec za „neohrabaný“ a zavádějící. Vymezováním relevantního trhu se totiž znovu vracíme ke zjišťování tržní síly, a to navíc v horší kvalitě, než je první odhad. Již při prvním odhadu tržní síly se z logiky věci musí soutěžní úřad pokusit co nejlépe přímo odhadnout tržní sílu, tedy vlastní elasticitu poptávky soutěžitele (přímou metodou) a na jejím základě pak relevantní trh vymezit. Po vymezení relevantního trhu určí tržní podíly soutěžitelů na tomto trhu a na základě strukturálních úvah tržní sílu znovu odhaduje, čímž z původního co nejlepšího odhadu - měření vlastní elasticity poptávky posuzovaného soutěžitele, činí pouhý derivát, resp. odhad horší kvality. Nelze totiž jednoznačně určit, který další soutěžitel nabízí nejlepší substitut a při začlenění jakých „druhých“ substitutů může být podmínka SSNIP testu splněna. Jinak řečeno, podle Kaplowa není možné bez co nejlepšího odhadu tržní síly určit, zda jedno vymezení relevantního trhu je lepší než jiné. Za správný krok proto považuje zcela změnit koncepci soutěžní analýzy založenou na vymezování relevantních trhů a tržních podílů, protože takový postup nutně vede k principálně méně spolehlivým a méně přesným odhadům tržní síly, než je prvotní odhad tržní síly používaný jako vstupní veličina při testu hypotetického monopolisty na trzích s diferencovanými výrobky. Dosavadní postupy při vymezování relevantního trhu Kaplow přirovnává k situaci, kdy by chtěl alchymista vyrábět zlato z olova, přičemž by tvrdil, že z něj dokáže vyrobit zlato pouze nižší kvality a k tomu potřebuje jako vstup stejné množství zlata vyšší kvality, než které pak z olova dokáže vyrobit. Kaplowův neortodoxní přístup většinově nesdílí antitrustová komunita ani na praktické ani na akademické úrovni a vede se o něm živá odborná diskuse; dosud se aplikují spíše tradicionalistické přístupy.

<sup>209</sup> Tento princip stojí v pozadí myšlenky Lernerova Indexu, což dokládá skutečnost, že jeho hodnota je inverzní k hodnotě vlastní elasticity poptávky na daném relevantním trhu.

Lernerův index se vypočítá jako cena snížená o tzv. mezní náklady dělená cenou.<sup>210</sup> Lernerův index nabývá hodnoty mezi 0 a 1 a platí, že čím více se jeho hodnota blíží k 1, tím je tržní síla posuzovaného soutěžitele vyšší. Lernerův index o nulové hodnotě naznačuje existenci dokonale konkurenčního trhu. Jeho výpočtem v podstatě zjistíme, že v okamžiku, kdy se cena na relevantním trhu nerovná mezním nákladům soutěžitele, není maximalizován společenský blahobyt. Existuje tedy určitý prostor pro zvýšení efektivity na tomto trhu. To znamená, že čím je rozdíl mezi cenou a mezními náklady soutěžitele vyšší, tím je vyšší i prostor pro snížení ceny, resp. dosažení společensky optimálního stavu maximalizujícího blahobyt. Toto vnímání je však určitým způsobem zavádějící, protože odchylka od mezních nákladů může být způsobena i jinými faktory než je tržní síla, např. potřebou krýt fixní náklady. Proto není možné bez dalšího dovodit, že každý soutěžitel, u kterého se ceny nerovnájí mezním nákladům, disponuje tržní silou.

Rozdíl mezi cenou a mezními náklady může být dále způsoben charakteristikou trhu. Například na trzích s diferencovanými produkty a trzích s významnými inovacemi jsou standardně uplatňovány vyšší marže, které jsou pak investovány do vědy a výzkumu, reklamy atd. Vyšší marže a tedy i výpočet Lernerova indexu pak mohou být rovněž pouze výsledkem úspěšné obchodní strategie, úspor z rozsahu, vlastnictví lepších technologií či pracovních sil. V reálném světě platí, že drtivá většina soutěžitelů má ceny vyšší než jsou jejich mezní náklady, a proto je třeba Lernerův index chápat spíše jako určité měřítko schopnosti soutěžitele kontrolovat své vlastní ceny a indikátor potenciální tržní síly, než jako jediný ukazatel tržní síly soutěžitele.

Výpočet Lernerova indexu vypadá zdánlivě snadně, jelikož technicky stačí znát cenu zboží a mezní náklady, resp. marži soutěžitele, abychom byli schopni jej vypočítat. Tato zdánlivě snadná úloha je však v praxi relativně obtížná, neboť je velmi složité zjistit mezní náklady soutěžitele. Díky provázanosti s elasticitou poptávky, je možné Lernerův index určovat rovněž přímo z ní, pokud máme dostatečná data pro její modelování.<sup>211</sup>

<sup>210</sup> Lernerův index se vypočte dle vztahu  $(P-MC)/P$ , kdy  $P$  je cena a  $MC$  jsou mezní náklady. Pro vztah mezi Lernerovým indexem a vlastní elasticitou poptávky platí, že  $(P-MC)/P = -1/e$ , kdy  $P$  je cena,  $MC$  jsou mezní náklady a  $e$  je vlastní elasticita poptávky.

<sup>211</sup> Blíže k elasticitě poptávky viz kap. 2 (vymezování relevantního trhu).

Zásadní nevýhodou Lernerova indexu je skutečnost, že do něj nevstupují fixní náklady, což je klíčovým nedostatkem ve všech odvětvích, kde tyto náklady tvoří velkou část celkových nákladů, např. v síťových odvětvích.

Z pohledu antitrustu byl Lernerův index využit jen ve velmi omezeném počtu případů v USA, přestože je koncepčně uznáván jako měřítko tržní síly. Přitom v žádném z nich nesehrál zásadní roli.<sup>212</sup>

V praxi českého ÚOHS se tento ukazatel doposud v žádném rozhodnutí nepoužil ani v podobě odkazu na něj. Totéž platí i pro soudní přezkum jeho rozhodnutí. Ani do budoucna nelze čekat, že by se tento indexový ukazatel mohl stát významnějším při posuzování antitrustových případů, a to především kvůli svým výše uvedeným nedostatkům. Nadále bude zřejmě sloužit jednak jako indikátor, jenž je schopen v určitých případech dokreslit či vysvětlit existenci nebo neexistenci tržní síly soutěžitele, a také jako vhodná didaktická pomůcka sloužící pro pochopení vztahu mezi elasticitou poptávky, cenou a mezními náklady.

V praxi i teorii panuje obecná shoda na tom, že není vhodné Lernerův index používat jako samostatné měřítko tržní síly v rámci antitrustu. Pokud totiž není jeho hodnota nulová, má dle něj soutěžitel určitou tržní sílu, nicméně nelze bez dalšího určit, zda tato síla dostačuje k narušení hospodářské soutěže.

### 3.4 Shrnutí

Tržní síla je klíčovým pojmem v soutěžním právu, a to především z hlediska ekonomického. Podle ekonomické teorie platí, že soutěžitel či soutěžitelé bez tržní síly mohou hospodářskou soutěž narušit jen stěží. Ačkoliv se teorie i praxe shoduje v tom, že tržní sílu nelze zaměňovat a odvozovat pouze z tržního podílu, v české

<sup>212</sup> V rozhodnutí ve věci UNITED STATES v. EASTMAN KODAK CO, No. 1364, Docket 94-6190., August 04, 1995 - US 2nd Circuit se Ministerstvo spravedlnosti („Department of Justice“, dále též „DOJ“) pokusilo odvodit tržní sílu společností Kodak, vycházející z toho, že její prodejní ceny byly dvojnásobné oproti jejím krátkodobým mezním nákladům. Soud však toto posouzení zamítl s odůvodněním, že vysoké marže nelze bez dalšího považovat za indikátor tržní síly, protože mohou být způsobeny například potřebou splácet vysoké fixní náklady a že společnost Kodak má další vysoké náklady, které při výpočtu Lernerova indexu nebyly zahrnuty do krátkodobých mezních nákladů. I v dalších případech americké soudy shodně konstatovaly, že Lernerův index není vhodné měřítko pro určování tržní síly. Srov. Kaiser Found. v. Abbott Labs., No. CV 02-2443-JFW (FMOx), 2009 WL 3877513, at \*9 (C.D. Cal. Oct. 8, 2009), Fresh Del Monte Pineapples Antitrust Litig., No. 04-md-1628 (RMB)(MHD), 2009 WL 3241401, at \*7 n.9 (S.D.N.Y. Sept. 30, 2009).

i zahraniční praxi je stále tržní podíl a strukturální přístup k zjišťování tržní síly převládajícím způsobem jejího určování. Na druhé straně je rovněž patrné, že soutěžní úřady vyspělých zemí se zásadně nespolehají při odhadování tržní síly jen na tržní podíl a jejich analýzy jsou doplněny minimálně úvahami nad dalšími aspekty ovlivňujícími tržní sílu, a to i v případech, kdy má posuzovaný soutěžitel na relevantním trhu velmi vysoký tržní podíl. Tento přístup je patrně i přes svoje mnohá úskalí a nedostatky vhodnější, a to zejména z důvodu kontinuity, jistoty a především skutečnosti, že není k dispozici jednoznačně lepší, spolehlivější a funkční alternativa. V dohledné budoucnosti nelze proto očekávat výrazný odklon od vymezování relevantních trhů a ústřední role tržních podílů v analýze tržní síly soutěžitelů, resp. soutěžích analýzách vůbec.

Přímé měření tržní síly (např. pomocí Lernerova indexu, přímého odhadu vlastní elasticity poptávky soutěžitele či dalších metod) se v dosavadní české praxi přímo v odůvodnění rozhodnutí dosud nepoužilo. Lernerův index byl použit v praxi DOJ, avšak americké soudy jej považovaly za nedostatečně spolehlivý indikátor pro praxi antitrustu. Nelze tedy očekávat, že by tento index do budoucna měl získat v oblasti soutěžního práva významnější úlohu.

Domníváme se, že tržní sílu je vhodné alespoň rámcově posuzovat i v případech tzv. *hard-core* kartelů, které se standardně považují za protisoutěžní ze své podstaty<sup>213</sup> (bez ohledu na tržní sílu soutěžitelů do nich zapojených), a to např. z důvodu možnosti prioritizace<sup>214</sup> či diferenciaci při ukládání pokut. Nemá totiž příliš velký význam, aby se soutěžní úřady zabývaly zakázanými dohodami mezi soutěžiteli s velmi nízkou tržní silou, neboť jejich negativní dopad na spotřebitele nemá reálný potenciál být výrazný.

Ze současné vědecké literatury zabývající se měřením tržní síly plyne, že koncepční nedostatky strukturálního přístupu (zejména v případě diferencovaných produktů) by měly vést k ústupu od něj a k případnému příklonu k přímému měření tržní síly. Tento trend lze pozorovat i v pokynech DOJ<sup>215</sup> týkajících se posuzování koncentrací. Je z nich zřejmé, že pokud je možné a vhodné v určitých případech použít přímé metody pro určení soutěžních účinků spojení, snižuje se vliv odhadu těchto

<sup>213</sup> Jedná se především o dohody u určení cen, rozdělení trhu, omezení produkce a tzv. *bid rigging* - dohody o koordinaci účasti v zakázkách.

<sup>214</sup> Zakotvena do ZOHS novelou účinnou od 1. 12. 2012.

<sup>215</sup> Srov. část 4 DOJHMG.

účinků založený na základě vymezení relevantního trhu a tržních podílů. Zároveň však v praxi nadále zůstává zažita potřeba vymezit relevantní trh i v případech, kdy je tržní síla rovněž měřena přímo. Soutěžní úřady ve svých rozhodnutích (s výjimkou těch, jež se týkají *hard-core* omezení) zásadně relevantní trh vymezují. To plyne z potřeby určit tržní podíly a posoudit, zda například není možné aplikovat některou z blokových výjimek, jak velká je koncentrace trhu dle HHI indexu či zda neplatí domněnka existence či neexistence dominantního postavení. Nevýhodou přímých metod určování tržní síly je jejich vysoká náročnost na získávání dat a na aplikaci statistických a ekonometrických metod. Je též obtížnější vysvětlit je a zdůvodnit jejich použití ve správním rozhodnutí a panuje obava z přístupu soudů k nim při přezkumu. V tomto ohledu můžeme v českém prostředí pouze čekat, zda a kdy se ÚOHS nebo některý ze soutěžitelů poprvé odhodlá vymezit tržní sílu soutěžitele přímou metodou bez ohledu na relevantní trh a bude argumentovat tím, že strukturální přístup k posuzování tržní síly a potenciálních soutěžních problémů v daném případě neodpovídá ekonomické realitě. Dále pak bude samozřejmě záležet na přístupu českých soudů.



## 4 EKONOMICKÉ POSOUZENÍ VÝZNAMNÉ TRŽNÍ SÍLY A VYJEDNÁVACÍ SÍLY<sup>216</sup>

### 4.1 Úvodem k přirozené nerovnosti v obchodních transakcích

Obsah neurčitého pojmu síly nebo moci se v různých souvislostech chápe spíše intuitivně a není možno jej extrapolovat bez výkladové praxe. Pokusy o legální definice končí na úrovni generálních klauzulí operujících s neurčitě formulovanými kvalitativními kritérii a spojených s demonstrativním uvedením několika konkrétních případů (viz níže);<sup>217</sup> judikatorní zpětná vazba a specifikace se samozřejmě předpokládají. V tomto zpřesňování mohou pomoci též ekonomické způsoby uvažování opírající se o kvantitativní metody. Principiálně lze předpokládat použitelnost testů pro zjišťování dominantního postavení i při identifikaci tržní moci,<sup>218</sup> jejíž úroveň dominance nedosahuje. Lze proto částečně odkázat na úvahy obsažené v kapitolách o tržní moci a o zneužití dominantního postavení.

Z hlediska soutěžního je důležitá okolnost, zda se vlivu silnější strany (obchodní transakci) může druhá strana reálně vyhnout (takže pokud se mu vystaví, je to její dobrovolné rozhodnutí) nebo zda je ekonomicky či jinak nucena se mu podrobit. Ještě přesnější dělení je na situace, kdy je v mocenském nepoměru konkrétní strana vůči jiné jednotlivé straně, a na případy, kdy je mocensky nadřazena jedna strana celé skupině (všem nebo většině) svých partnerů.

Existence některých druhů moci je nezávislá na právu, ale na druhé straně právo někdy samo vytváří nerovnovážné mocenské vztahy mezi stranami a tak vlastně uměle konstruuje objektivně neexistující nerovnost. Právo samotné - tím,

<sup>216</sup> V této pasáži vycházíme z myšlenek obsažených v příspěvku J. Bejčka na téma tržní a vyjednávací síly, předneseného na mezinárodním sympóziu „Mířníky sůťažného práva“, konaného v Bratislavě 7. 4. 2014 a navazujeme na ně.

<sup>217</sup> Srov. vymezení pojmu tržní moci v ZOHS nebo tzv. významné tržní síly v zákoně o významné tržní síle č. 395/2019 (ZVTS); nový občanský zákoník nedefinuje vyjednávací sílu, ale nepřímou ji dovozuje u strany, která má za partnera vágně určenou „slabší stranu“ - srov. § 433 zákona č. 89/2012 Sb.

<sup>218</sup> Jak ostatně uvádíme výše v kapitole 3 týkající se tržní síly v kontextu ochrany hospodářské soutěže obecně.

že garantuje smluvní svobodu a právo vlastnické - připouští nepřímou nerovnost mezi subjekty, která může vzniknout nejen díky různým subjektivním okolnostem a vlastnostem a schopnostem subjektů, ale i nahodile, díky „štěstí“.

Síla je korelátou nerovnosti a určitě nevzniká hlavně díky právu, které ji spíše jen reflektuje (počítá s ní) a je k ní buď neutrální, nebo ji ještě umocňuje, ev. ji v určitém rozsahu a za určitých podmínek kompenzuje. Ve vztazích soukromoprávních je zásada rovnosti účastníků deklarována vesměs bez odporu jako jeden z prvotních a základních principů<sup>219</sup> a odchylky od ní směrem k ochraně některého z účastníků či skupin účastníků jsou považovány za diferenciativní kritérium svébytnosti určitého právního oboru či dokonce jeho tzv. „odvětvové samostatnosti“.<sup>220</sup> Dokonce se ochrana slabšího prohlašuje za obecnější vývojový trend práva soukromého<sup>221</sup> a odpovídá tomu i ideové východisko nového občanského zákoníku.<sup>222</sup>

V důvodové zprávě k novému občanskému zákoníku se tedy zásada rovnosti nepopírá, ale uznává se jako rovnocenná se zásadou ochrany slabšího a jako podřazená pod zásadu autonomie vůle. To není úplně konsistentní, protože autonomie vůle nemá s ochranou slabšího mnoho společného - ona ochrana slabšího je spíše pochopitelná jako opak volní autonomie, či jako výjimka ze zásady autonomie vůle. Rozumíme-li pod zásadou rovnosti spíše rovnoprávnost,<sup>223</sup> problém ztrácí vyhraněnost i propagandisticko-ideologickou pachut', neboť i „totalitní zákonodárství“ o ochranu slabšího usilovalo.

Princip rovnosti stran v hospodářských transakcích evidentně finguje neexistující realitu. Soukromé právo vychází z fikce rovnosti subjektů a na tomto základě

<sup>219</sup> Srov. např. Hurdík, J. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, 168 s. ISBN 8021020016, s. 29 a jinde; Eliáš, K. in: Bejček, J.; Eliáš, K.; Raban, P. a kol. *Kurs obchodního práva*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003, 551 s. ISBN 8071797464, s. 5 a násl.

<sup>220</sup> Srov. tento přístup zejm. u práva rodinného a pracovního.

<sup>221</sup> Tak ZOULÍK, F. Soukromoprávní ochrana slabší smluvní strany. *Právní rozhledy*. 2003, č. 3, s. 109 a násl.

<sup>222</sup> Srov. Důvodovou zprávu k zákonu č. 89/2012 Sb., která na str. 20 až exaltovaně konstatuje, že „se za první zásadu soukromého práva nepokládá rovnost osob, ale zásada autonomie vůle. Hledisko rovnosti osob nemůže být určující v první řadě, protože důraz na zásadu rovnosti jako určující pro občanské právo neodpovídá skutečnému stavu. Akcent na zásadu rovnosti jednak zůstává přirozenou nerovností mezi fyzickými a právnickými osobami, neboť mezi nimi nemůže být právně, především v oblasti osobních práv, rovnosti nikdy dosaženo, jednak pomíjí hledisko ochrany slabší strany, která je pro soukromé právo stejně významná jako zásada rovnosti. Preferencí této zásady totalitním zákonodárstvím, vedla k popření základní funkce občanského zákoníku, k rozbití jednoty soukromého práva a k ideologickému popření jeho existence.“

<sup>223</sup> A tak se podle našeho soudu tato zásada ve skutečnosti chápe při uznání neodstranitelných rozdílů mezi subjekty, tedy při uznání *faktické* nerovnosti.

staví smluvní svobodu. Dvě stejné osoby, ať už fyzické či právnické, které by si byly absolutně rovny ve svých intelektuálních, fyzických a volních předpokladech a schopnostech, na světě neexistují. Právo je rovným měřítkem na nerovné, a proto zásadně tyto rozdíly vidět nemůže. Až od určitého stupně nerovnosti subjektů (a to od stupně vymezeného normativně, tedy opět vůči všem stejně - rovně) vyrovnává a eliminuje důsledky příliš příkré nerovnosti stran.

Rovnost není tedy skutečností, ale požadavkem v podstatě povahy politické<sup>224</sup>, který je prosazován právními prostředky. Důsledně vzato je požadavek rovného zacházení s nerovnými subjekty výrazem nerovnosti. Absolutizace rovnosti by znamenala zábranu zdatným, aby měli výhodu ze své zdatnosti; tato zábrana by vedla k demotivaci zdatných, která by škodila celé společnosti, a tedy v důsledku i těm méně zdatným. Zvláště dramatické by to bylo v situaci, kdyby se prosadila rovnost nikoliv jen v přístupu k příležitostem, ale rovnost ve výsledku.

Absolutizace svobody zase naopak způsobuje polarizaci společnosti a přežití jen těch nejzdatnějších, a popírá tedy svobodu těch méně zdatných. Požadavek na socializující rovnost ve výsledcích (rovnostářství) vede k nerovnému zacházení (k jistému druhu „nespravedlnosti“ - k „rawlsovské“ redistribuci se zdůvodněním „řádoby dobrovolnosti“ kontraktů); snaha o rovnost přístupu k nerovným subjektům podporuje nerovnost ve výsledcích (jiný druh „nespravedlnosti“ - „nozickovské“ - odmítající redistribuce ve prospěch maximalizace individuálních výhod). Tento problém se nemůže nikdy podařit vyřešit v právní rovině s konečnou platností; lze jej jen více či méně zdařile řešit. Předpokladem je, že si ve společnosti budou lidé a právnické osoby na základě konsensu tolerovat určitá většinově akceptovaná zvýhodnění, a že budou stanovena a dodržována pravidla pro vznik, trvání, výši a odnětí těchto zvýhodnění.<sup>225</sup>

Zásahy do této oblasti jsou dílem tzv. „veřejnoprávní“ regulace (zejm. antitrustové úpravy, veřejnoprávního segmentu ochrany spotřebitele nebo ochrany různě definovaného jiného „slabšího“<sup>226</sup>, či zvláštní sektorové úpravy), a dílem tzv. „soukromoprávní“ regulace (zejm. nástroje smluvního práva chránící férovost v širokém slova smyslu, úpravy proti nekalé soutěži). V této kapitole rozebereme vztahy mezi

<sup>224</sup> Srov. Popper, K. *Otevřená společnost*. Praha: Oikumené, 1994, s. 200. Ve speciálnější právní podobě srov. např.

<sup>225</sup> K tomu srov. BEJČEK, J. Princip rovnosti a ochrana slabšího. *Právní fórum: český právníkový měsíčník*. 2004, roč. 1, č. 4, s. 129-132.

<sup>226</sup> Třeba dodavatele zemědělské produkce velkoobchodníkům.

tržní mocí a vyjednávací silou, do nichž má stát snahu zasahovat veřejnoprávními regulacemi i v případech, že ani jedna ze stran nedosahuje tržní moci dominanta, a není tedy ohrožena soutěž jako taková. Výtky, že jde o lobbisticky motivovanou speciální sektorovou ochranu některých soutěžitelů, jsou v takovém případě očekávatelné. Vhodnost, účelnost a proporcionalita soukromoprávní a veřejnoprávní intervence do fakticity ekonomické nerovnosti mezi stranami je velmi kontroverzní a je předmětem i politických a lobbistických střetů o tvorbě právních předpisů.

#### 4.2 Právní úprava „významné tržní síly“ v ČR

Pojem „významná tržní síla“ byl poprvé zaveden do českého právního řádu zákonem č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití (dále jen „ZVTS“), účinném od 1. 2. 2010. Podle důvodové zprávy k ZVTS byla dosavadní právní úprava v ZOHS neúčinná, protože neumožňovala postihnout podniky s významnou tržní silou, které nedosahovaly dominantního postavení. Ani evropské soutěžní právo neposkytovalo žádný vzor pro regulaci velké kupní síly na straně kupujícího. Proto údajně vyvstala potřeba vytvořit novou skutkovou podstatu dostatečně odlišnou od zneužití dominantního postavení, která by samostatně postihovala zneužití významné tržní síly a zároveň dostatečně účinně chránila hospodářskou soutěž. Zákon byl zamýšlen tak, aby dopadal na případy zneužívání tržní síly některých soutěžitelů vůči jiným, kdy jim tato tržní síla umožňuje vynucování si jednostranně výhodných podmínek.<sup>227</sup>

Cílem úpravy bylo regulovat nevyvážené vztahy mezi obchodními řetězci a jejich dodavateli a omezit tak možnost velkých hypermarketů diktovat nepřiměřené podmínky vůči svým dodavatelům, kteří jsou na nich často ekonomicky závislí a nemají žádnou možnost obrany. Mezi takové praktiky patří např. pozdní splácení faktur, platby za zařazení na seznam dodavatelů, za reklamní akce, umístění zboží na výhodnější místo v regálech a podobně.<sup>228</sup> Zákonná úprava se však vztáhla pouze na zamezení zneužití významné tržní síly při prodeji zemědělských a potravinářských produktů, byť se uvedené nekalé praktiky zcela jistě objevují i v oblasti jiných dodávek - např. spotřebního zboží.

ZVTS zavedl nový pojem „významné tržní síly“, kterou chápe jako „*takové postavení odběratele vůči dodavateli, kdy se v důsledku situace na trhu stává dodavatel závislým*

<sup>227</sup> Viz Důvodová zpráva k ZVTS.

<sup>228</sup> Viz *Významná tržní síla*. Informační list ÚOHS č. 2013, č. 2, str. 3.

na odběrateli ve vztahu k možnosti dodávat své zboží spotřebitelům a kdy si odběratel vůči dodavateli může vynutit jednostranně výhodné obchodní podmínky“.<sup>229</sup> Zákon stanovil vyvratitelnou domněnku, podle které má významnou tržní sílu odběratel, jehož konsolidovaný obrat dosažený za poslední účetní období přesahuje 5 mld. Kč.<sup>230</sup> Tato domněnka ovšem může být vyvrácena na základě posouzení podmínek na daném relevantním trhu, tj. struktury trhu, překážek vstupu na trh, tržního podílu dodavatele a odběratele, jejich finanční síly, velikosti obchodní sítě dodavatele a velikosti a umístění jeho jednotlivých prodejen (§ 3 odst. 2 ZVTS). Zákon dále obsahuje demonstrativní výčet skutkových podstat, které představují zneužití významné tržní síly.<sup>231</sup>

Postih významné tržní síly se dostává do rozhodovací činnosti ÚOHS velmi pomalu, a to zejména kvůli obtížnému výkladu samotného pojmu institutu významné tržní síly a kvůli chybějící opoře v ekonomické teorii. O obtížích při aplikaci ZVTS svědčí také skutečnost, že za více než tři a půl roku jeho účinnosti byla vydána pouze dvě rozhodnutí postihující zneužití významné tržní síly. První rozhodnutí ve věci *Abold Czech Republic, a. s.*<sup>232</sup> bylo ukončeno schválením závazků a tedy bez uložení pokuty. V druhém (a zatím posledním) rozhodnutí ÚOHS ve věci *Kaufland Česká republika v. a. s.*<sup>233</sup> ÚOHS dospěl k závěru, že koncept zneužití významné tržní síly je třeba pojímat jako absolutní. Nemělo by tedy jít o pouhou regulaci individuálních smluvních vztahů mezi odběratelem a dodavatelem; koncept významné tržní síly by se naopak měl chápat obdobně jako koncept dominantního postavení. Je tak třeba posuzovat, zda soutěžitel významnou tržní sílu vůči všem a nikoliv pouze vůči svému dodavateli. ÚOHS uvedl, že „podstatou institutu významné tržní síly je totiž skutečnost, že odběratel je v takovém postavení na trhu, že obecně pro dodavatele představuje významný distribuční kanál pro dodávku jejich výrobků spotřebitelům, a tohoto postavení by mohl zneužít. Proto zákon stanovuje zvláštní pravidla chování odběratelů s významnou tržní

<sup>229</sup> Viz § 3 odst. 1 ZVTS.

<sup>230</sup> Viz § 3 odst. 2, 3 ZVTS.

<sup>231</sup> Zneužitím významné tržní síly je zejména soustavně a) porušování pravidel uplatňovaných při fakturaci uvedených v příloze č. 1 tohoto zákona, b) porušování všeobecných obchodních podmínek uvedených v příloze č. 2 tohoto zákona, c) porušování povinností vyplývajících ze smlouvy mezi dodavatelem a odběratelem, které obsahují zejména podmínky uvedené v příloze č. 3 tohoto zákona, d) nedodržování podmínek prodeje uvedených v příloze č. 4 tohoto zákona, e) uplatňování praktik zakázaných v dodavatelsko-odběratelských vztazích uvedené v příloze č. 5 tohoto zákona, f) porušování jiných zvyklostí v dodavatelsko-odběratelských vztazích, kterými se rozumí zejména zvyklosti uvedené v příloze č. 6 tohoto zákona, jehož cílem nebo výsledkem je podstatné narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu (viz § 4 ZVTS).

<sup>232</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 22. 8. 2011, č. j. S167/2010-13046/2011/460.

<sup>233</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 24. 4. 2013, č. j. S160/2010-7578/2013/460/APo, které bylo potvrzeno rozhodnutím ÚOHS ze dne 21. 10. 2010, č. j. R146/2013/TS-20430/320/RJa.

*silou*”.<sup>234</sup> ÚOHS vede ve věci porušení ZVTS i další řízení, která však doposud nebyla ukončena, a proto si na další výkladová vodítka v případných rozhodnutích budeme muset počkat.<sup>235</sup>

ZVTS je terčem neustálé kritiky a pochybností, zda má vůbec smysl zneužití významné tržní síly nějakým způsobem postihovat. Již od přijetí tohoto zákona probíhají práce na jeho novelizaci, která by zejména měla zjednodušit jeho aplikační praxi a vyjasnit některé výkladové problémy.

### 4.3 Tržní moc a vyjednávací síla

Mocenské pozice obchodních partnerů jsou závislé na mnoha okolnostech, které se vesměs obtížně kvantifikují, pokud není kvantifikace úplně nemožná. Jde nejen o poměr v „hrubé“ (a víceméně měřitelné) obecné ekonomické síle (vyjádřené např. výší zisku či celkových aktiv), ale např. též o poměr v informovanosti stran (informační symetrie či asymetrie), v jejich kvalifikaci a odbornosti, v míře (průsečíku) společných zájmů (zda jedna strana potřebuje druhou více než tato stranu prvou, a v jaké míře), ve stupni averze či inklinace k riziku a vlastní sebedůvěry,<sup>236</sup> apod.

K těmto potížím přistupuje okolnost, že o chování stran rozhoduje ve značné míře nikoliv jejich skutečná síla, ale spíše představa o ní a o jejím poměru k síle protivníka (partnera). Síla totiž může působit na druhého již jen svou potenciální hrozbou,<sup>237</sup> aniž je efektivně vynaložena a uplatněna.

Může nastat i úplně opačný nežli konvenčně očekávaný účinek výrazné mocenské převahy jedné ze stran,<sup>238</sup> jde o tzv. „mocenský paradox“.<sup>239</sup> Značná mocenská nerov-

<sup>234</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 24. 4. 2013, č. j. S160/2010-7578/2013/460/APo, odst. 70.

<sup>235</sup> ÚOHS vedl v roce 2013 správní řízení se společností Lidl Česká republika, v. o. s., Globus ČR, k. s., Tesco Stores ČR, a. s. a další řízení se společností Kaufland Česká republika, v. o. s. (viz *Významná tržní síla*. Informační list ÚOHS č. 2013, č. 2, str. 21).

<sup>236</sup> Opatrnější partner může být v konkrétním kontextu tou slabší stranou ve styku s „rizikomilovným hráčem“, byť tomu nemusí odpovídat čistě ekonomická hlediska.

<sup>237</sup> Třeba domnělou představou slabšího, že by silnější partner uplatnil postup „*take it or leave it*“, ač by k tomu třeba ve skutečnosti nepřistoupil.

<sup>238</sup> Závislý ovšem na právním ochrannářském rámci ve prospěch tzv. slabší strany a na pravděpodobnosti a důrazu jeho uplatňování.

<sup>239</sup> Srov. Adler, R. S.; Silverstein, E. M. When David Meets Goliath: Dealing with Power Differentials in Negotiations. *5 Harv. Negot. L. Rev.* 2000, vol. 1, no. 29, cit. podle Bernhizer, D. D. Inequality of Bargaining Power. *University of Colorado Law Review* [online]. 2004, vol. 76, s. 39 [cit. 12. 10. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=570705>

nováha může silnějšího partnera „ochromit“ v obavě z postihu za zneužití své síly (v podmínkách fungujícího systému právní ochrany), takže se snaží v rámci prevence raději o opatrnější a vstřícnější přístup k partnerovi. Tento možný vliv je ovšem obtížné oddělit od jiných motivačních faktorů silnějšího partnera (např. i od obvyčejné slušnosti a etiky, která se ani jemu nemusí vždy vyhnout). V konkrétní konstelaci (a v závislosti na psychologickém ustrojení jednajících osob) mohou vrchu nabýt prestižní (princiální, poziční, statusová) hlediska, která převáží nad realitou skutečných mocenských poměrů mezi stranami. Tato hlediska (např. psychologické pohnutky soutěžitele se silnou tržní silou) však nemohou zobrazit kvantitativní metody a v tomto směru nemohou přinést použitelné nástroje poznání reality.

K tomu přistupuje komplexnost (provázanost s okolním prostředím) a dynamičnost jak reálné mocenské pozice (jež samozřejmě není jednou provždy dána), tak i představy o ní ve vědomí každého z partnerů.<sup>240</sup> To samozřejmě znesnadňuje samotnou identifikaci takových situací a jejich právní hodnocení, jakož i aplikaci kvantitativních ekonomických metod.

Problém je i v tom, že relativní nerovnost mezi stranami může nastat i při jejich nízké absolutní ekonomické síle (ať už je vyjádřena jakkoliv), zatímco absolutní nerovnost znamená, že objektivní ekonomická moc oligopolního či oligopsonního partnera znemožňuje většině jejich potenciálních partnerů jednání jako rovného s rovným; extrémním případem je monopol nebo monopson - v těchto případech se vyjednávací síla toho silnějšího partnera implicitně skrývá v objektivním konceptu tržní moci.

#### 4.3.1 Tržní moc kupujících

Lze rozlišovat dva druhy tržní moci kupujících (kupní síly): tržní moc v užším smyslu a tzv. vyjednávací sílu. *Tržní moc* v užším smyslu (v extrémním případě ve formě monopsonu) je pojem explicitně objektivní (označuje pomocí objektivizovaných ukazatelů<sup>241</sup> moc na určitém relevantním trhu jako takovém, bez ohledu na konkrétního partnera), zatímco pojem vyjednávací síly je možno vztahovat i na konkrétní situace mezi dvěma či více partnery, z nichž nikdo nemusí mít dominantní postavení (objektivní tržní moc). Monopsonista i kupující s pouhou významnou tržní mocí jsou schopni dosáhnout u prodávajícího nižších cen. Zatímco však

<sup>240</sup> V reálné rozhodovací situaci se člověk vždy řídí svou představou, která realitě koresponduje jen více či méně.

<sup>241</sup> Srov. § 10 ZOHS a kapitolu o tržní moci.

monopsonista působí tak, že kupuje méně, kupující s významnou tržní silou dosahuje snížení ceny hrozbou, že by mohl koupit méně.<sup>242</sup>

Tržní moc samozřejmě vytváří situaci, v níž tržně dominantní partner bude mít i vyjednávací sílu, zatímco vyjednávací síla naopak obecnou tržní moc neimplikuje. Monopsonie znamená schopnost snižovat na předřazeném trhu cenu nákupem menšího množství výstupů a zvyšovat ji nákupem většího množství výstupů. V možnostech detekce tržní moci a měření její intenzity odkazujeme na předchozí kapitoly věnované tomuto tématu.

*Vyjednávací síla* je spíše tušený a intuitivně a kontextuálně extrapolovaný pojem, nežli jasné měřítko obsahu a podstaty vztahů mezi stranami. Na existenci vyjednávací moci se dá usuzovat ze symptomů, jako je vysoký stupeň nezbytnosti domluvit se s druhým partnerem (resp. neexistence rozumné alternativy) nebo nemožnost sjednat nebo změnit navržené smluvní podmínky.<sup>243</sup>

Tautologické definice typu „vyjednávací síla je síla kupujícího v jeho jednání s prodávajícím“<sup>244</sup> jsou nicneříkající a ponechávají volné pole intuici a účelovému vkusu každého budoucího interpreta tohoto pojmu. Typickým projevem je (nejen tvrzená, ale reálná) schopnost (možnost) omezit spolupráci nebo jednání s partnerem ukončit, přičemž pro silnější stranu je odchod od jednacího stolu existenčně bagatelní záležitostí, na rozdíl od strany slabší, která je na uzavření smlouvy závislá. Vyjednávací síla se vztahuje ke *konkrétním* dodavatelům kupujícího.

Vyjednávací síla i monopson vedou ke snížení cen na vstupu, ale zatímco u monopsonu bude vyšší cena na následném trhu (tj. cena nabízená monopsonistou na následném trhu), u vyjednávací síly může být nižší pořizovací cena přenesena na následný trh v podobě nižších spotřebitelských cen a může tak zvýšit spotřebitelský blahobyt. Vyjednávací síla na straně poptávky navíc může mít kompenzační účinek (*countervailing buying power*) jako nástroj proti velké síle na straně nabídky (dominantnímu postavení), ev. i proti protisoutěžním dopadům fúzí na předřazeném trhu.<sup>245</sup>

Zatímco tedy monopsonie a oligopsonie zpravidla snižují množství a efektivnost na vstupu a poškozují spotřebitele na následném trhu vyššími cenami, vysoká vyjednávací síla kupujícího může kompenzačním účinkem působícím na prodávajícího

<sup>242</sup> Srov. *Policy Roundtables. Monopsony and Buyer Power. OECD, DAF/COMP 38* [online]. 2008, s. 9 [cit. 21. 4. 2013]. Dostupné z: <http://www.oecd.org/da/competition/44445750.pdf>

<sup>243</sup> Podobně v Bernhizer, 2004, op. cit., s. 63 - 64.

<sup>244</sup> Viz materiál OECD, 2008, op. cit., s. 37.

<sup>245</sup> Srov. tamtéž, s. 9-12 a jinde.



zvýšit výstup na předřazeném trhu a být na prospěch spotřebitelům na podřazeném trhu (typicky pokud velkoobchodní kupující přenechá spotřebitelům slušný podíl na dosažených nižších cenách a prodává spotřebitelům díky své vyjednávací nákupní síle laciněji).

Pojem vyjednávací síly se mimoděk asociuje s násilím, což ale není přes stejný slovní základ spolehlivé. Vyjednávací síla (podobně jako tržní moc, dominantní postavení nebo třeba i ekonomická závislost) je pouhou potencialitou, která nemusí být ve skutečnosti naplněna. Přítomnost násilí zkreslujícího vůli druhé strany nebo vyřazujícího ji úplně je možná i mimo výše uvedené potenciální mocenské konstelace a je spojena se soukromoprávními následky kvůli porušení zásady autonomie vůle (ev. dobrých mravů a poctivosti), jakož i s veřejnoprávními (správněprávními, trestněprávními) následky v případě dotčení důležitých společenských zájmů.

Právní úprava chování subjektů nacházejících se v potenciálně mocensky asymetrické vyjednávací situaci se nutně ocitá na „tenkém ledě“ především kvůli vágnosti kritérií zásahu a kvůli možné arbitrárnosti intervencí a možnému popírání smluvní autonomie, ochrany vlastnických práv a tržní autoregulace prostřednictvím konkurenčního boje.

### 4.3.2 Věcná a formální rozlišovací hlediska

Nejjednodušším východiskem z těchto a podobných problémů je statusové hledisko. Určitému typu subjektů se zkrátka přisoudí (formou zákonné fikce) jisté standardizované nadosobní vlastnosti, které dotyčný subjekt vůbec mít nemusí a nemá, ale jichž pro potřeby práva „nabude“ svým statusem. Tak třeba spotřebitel se pokládá paušálně za „strukturálně slabší“ stranu především kvůli presumované nižší ekonomické síle a kvůli informační asymetrii. Oba parametry nemusí být přitom ve skutečnosti pravdivé. Chráněným spotřebitelem může být i miliardář, který má díky internetu a štábu poradců k dispozici všechny potřebné a co do podrobnosti perfektní informace.<sup>246</sup>

<sup>246</sup> Podnikatel jako zásadně plnoprávný a suverénní kontrahent bez ohledu na faktickou nerovnováhu ve vztahu k fakticky mnohem silnějším partnerovi ve vztazích dvoustranných obchodů (B2B); spotřebitel, který je chráněn v jednostranných obchodech (B2C) vůči podnikateli proto, že je statusově spotřebitelem, byt' jde v konkrétním případě třeba o experta lépe informovaného nežli jeho partner - podnikatel, a dokonce se jedná třeba i o ekonomicky podstatně silnější subjekt, než je podnikatel. Obecná ochrana slabší smluvní strany, resp. malých a středních podnikatelů, kterou u nově nás zavedl nový občanský zákoník, toto primitivní schéma narušuje, byt' samozřejmě na úkor právní jistoty a za cenu „judicializace“ práva.

Jde vlastně o strukturálně statusový *per se* normativní přístup, který svoji ekonomičnost buď opírá o pravděpodobnostní odhad, nebo ji staví úplně na vedlejší kolej v zájmu ochrany jiných hodnot (třeba právě ochrany oné slabší strany). „Více ekonomický přístup“ včetně jím používaných kvantitativních metod bývá v takových situacích předem vyřazen.

Statusově se vymezuje i dominantní postavení (podle § 10 ZOHS), z jehož dosažení vyplývají pro dominanty jiná (přísnější) pravidla a standardy chování, než se uplatňují na ty, kteří (klouzavou) hranici dominance ještě nepřekročili. Formální status též určuje, zda někdo disponuje tzv. významnou tržní silou.<sup>247</sup>

Domněle („tabulkově“) slabší strana (viděno *ex post*) se může těšit výhodám právní ochrany i v případě, že neučinila vše pro svoji obranu a pro prosazení svých zájmů, ev. pro posílení své pozice, byť to bylo možné a minimálně nákladné. Chráněn by měl být v krajních případech jen ten, kdo neměl k dispozici vyjednávací moc a byl z toho důvodu neférově poškozen, a ne ten, komu se existující moc jen nepodařilo uplatnit, kdo jen špatně vyjednával.<sup>248</sup>

Kvůli své povaze je samotná vyjednávací síla a její zneužití v individuálním případě předmětem úpravy práva soukromého (tzv. obsahové kontroly správnosti právního vztahu), zatímco zneužití tržní moci (resp. jejího derivátu v podobě tzv. významné tržní síly) se posuzuje ze systémového hlediska ochrany podmínek soutěže prostřednictvím ochrany celých skupin tzv. slabších.<sup>249</sup> Přitom metodologie identifikace skutečných ekonomických poměrů (ev. výhledů na jejich další vývoj, tedy predikce) je v oblasti práva soukromého podstatně neurčitější a intuitivnější nežli v oblasti ochrany podle práva veřejného, v níž se aplikuje řada kvantitativních a semikvantitativních metodik a testů popsaných výše.

Shodnout se na vhodnosti zásahu do individuálních (a právně již ve smlouvách zafixovaných) vztahů partnerů je možné jen v případě, že se pod „vyjednávací

<sup>247</sup> Podle zákona č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití.

<sup>248</sup> Srov. Bernhizer, 2004, op. cit., s. 92, 94.

<sup>249</sup> Hovoří se o objektivních konceptech zneužití dominance i zneužití významné tržní síly.

silou“ rozumí totéž, a že se z ní nestane „hůl“ v rukou paternalistického nebo redistributorského soudce, jejíž použití bude záviset na jeho uvážení či rozmaru při prosazování jiných skrytých záměrů či osobních hodnotových preferencí.<sup>250</sup>

#### 4.4 Příčiny a možné projevy větší tržní síly na straně poptávky

Tržní síla kupujícího je všeobecně v centru pozornosti veřejnosti i odborníků zejména kvůli rostoucí koncentraci a vertikální integraci na této straně trhu a kvůli možným dopadům na spotřebitelský blahobyt. Koncentrace velkoobchodní poptávky spolu se změnou nákupních návyků spotřebitelů učinily z velkých nákupních organizací (obchodních řetězců) velké hráče, bez jejichž prostřednictví se výrobci (zejména potravinářského sortimentu) sotva mohou dostat se zbožím ke spotřebiteli - přinejmenším v rozsahu nutném pro dlouhodobě efektivní prodeje. Hovoří se o postavení velkých distributorů jakožto hlídačů vstupu na trh (*gatekeepers*), k nimž neexistuje plnohodnotná alternativa.

Závislost výrobců na tomto sektoru se dále posiluje tím, že distributoři mají pracovně účinný systém logistiky, balení, dopravy a navíc prodávají stále více produktů pod vlastními obchodními značkami, což vedle úspor z rozsahu a vysokých nákladů na změnu distributorského partnera (existuje-li vůbec taková možnost) posiluje závislost výrobců na konkrétních distribučních kanálech.<sup>251</sup>

Tržní síla kupujících (odběratelů) může být vyšší i proto, že zboží je většinou málo diferencované. Eventuální výpadek konkrétního výrobku tak odběratel vesměs ani nepocítí, zatímco ztráta velkoodběratele může být pro dodavatele fatální - jde o mocenskou asymetrii i v případě subdominance.

<sup>250</sup> Barnhizer v cit. práci na str. 100 uvádí expresivní přejaté vyjádření, že „strana, která se vymaní ze smluvních pout díky údajné nerovnosti ve vyjednávací síle, je na tom lépe; a protože je zpravidla méně úspěšná než druhá strana, zdá se, že soud napomohl rovnosti. Středostavovský soudce tak může večer odcházet od svého stolce s vnitřním hřejivým pocitem uspokojení Robina Hooda.“ Tamtéž se citují až ideologicky vyhrcoená vyjádření (D. Kennedyho: *Motives in contract*, 1982), že doktrína nerovnosti vyjednávací síly neexistuje ve vzduchoprázdnu, ale jakožto zbraň ve válce proti konzervativnímu programu posilujícímu všemožné druhy společenské hierarchie. Tato doktrína se podle něj využívá k ukládání povinných podmínek ve smlouvě a skrývá paternalistický motiv tím, že za obranu slabých vydává to, co je ve skutečnosti často kritikou jejich nehospodárných zvyků.

<sup>251</sup> Srov. obecně Hauptgutachten 2010/2011, No XIX, Monopolkommission: *Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen*, Nomos Verlag, Baden -Baden 2012, s. 369 a násl.

K tomu přistupuje asymetrie informační - dodavatelé jsou totiž pro odběratele ekonomicky a technologicky docela transparentní, což v opačném směru neplatí. Transakční náklady na změnu dodavatele jsou přitom nepatrné, zpravidla na rozdíl od nákladů výrobce/dodavatele na změnu distribučního kanálu.

Tržní moc kupujících/odběratelů pramení v zásadě ze tří zdrojů.<sup>252</sup>

1. *Z vnějších možností kupujícího*, které jsou v přímé úměře k velikosti vyjednávací síly (čím snáze se kupující může obejít bez spolupráce s konkrétním prodejcem, tím je ve vztahu k němu silnější). Čím je kupující absolutně větší, tím snáze rozšíří okruh jiných svých dodavatelů. Náklady na jednotku při změně dodavatele jsou u většího kupujícího také nižší. Panuje-li dále na nadřazeném trhu, z něhož si obstarává kupující vstupy, soutěžní prostředí, kupující snáze mění partnera a prodávající bude v nejistotě a raději se přizpůsobí požadavkům kupujícího. Záleží také na relativním poměru velikostí prodávajícího a kupujícího (je-li kupující relativně větší než prodávající a ten bude mít kapacitní omezení, o to větší bude možnost kupujícího změnit partnera).
2. *Z vnějších možností prodávajícího*. I zde hraje roli relativní poměr velikostí mezi prodávajícím a kupujícím. Tak třeba malé kapacitní možnosti prodávajícího ve vztahu k potřebám kupujícího snižují možnosti vnější volby na straně prodávajícího. Tržní síla prodávajícího na trhu, kam dodává kupujícímu svoje zboží, limituje také jeho možnosti ke změně partnera. Není-li trh dostatečně soutěžní, jeho vyjednávací možnosti ve vztahu ke kupujícímu se snižují. Vliv může mít i finanční závislost prodávajícího, jehož „finanční křehkost“ nemusí obstát po období, v němž by ev. hledal nového kupujícího.
3. *Z účinnosti vyjednávání*. Schopnost získat pro sebe větší část zisku závisí mj. přímo úměrně na trpělivosti každé ze stran. Čím je plnění pro dodavatele ekonomicky nutnější a naléhavější, tím výhodnější vyjednávací postavení kupující získává. Větší a ekonomicky silnější kupující bude dále pravděpodobněji ochotnější investovat do získání informací snižujících informační asymetrii. Kupující nemusí tedy mj. podlehnout informačnímu šumu ze strany prodávajícího, který předstírá, že jeho vnější reakční možnosti jsou větší, než by odpovídalo skutečnosti. Tím lze eliminovat obchodní výhodu na straně prodejce, kterou by jinak takovouto informací o svých údajných dalších odbytových možnostech získal.

<sup>252</sup> Srov. materiál OECD, 2008, op. cit, s. 39 - 42.

Vyšší tržní moc na straně poptávky nelze paušálně spojovat se záporným nebo kladným znaménkem, neboť může mít v různém kontextu řadu pozitivních i negativních dopadů a musí se tak posoudit vždy v konkrétní situaci. Je například možné ji chápat jako zbraň nepřímo působící ve prospěch spotřebitele tím, že tlak na snížení nákupních cen a na snížení cen spotřebitelských ovlivňuje i jiné prodejce. Transfer zisku z nízkých nákupních cen na spotřebitele závisí samozřejmě na intenzitě soutěže na konečném distribučním stupni (maloobchodní prodej konečným zákazníkům).

#### 4.4.1 Soutěžní dopady větší tržní moci kupujících

Působení větší tržní moci kupujících na hospodářskou soutěž se projevuje zejména v následujících dopadech: efekt „vodního lůžka“, uzavírací efekt (*foreclosure*), vytlačovací efekt, spirálový efekt, zkrácení (zadržetí) investic a inovací, a snížení kvality, které jsou rozebrány níže.<sup>253</sup>

Efekt „vodního lůžka“ (*waterbed*)<sup>254</sup> se chápe jako snaha výrobců (prodávajících) kompenzovat si nižší marže dosahované vůči velkým odběratelům disponujícím tržní silou tím, že se pokoušejí prosadit tvrdší podmínky pro menší obchodní partnery, kteří jsou tak diskriminováni.

Soutěžně politické obavy může vzbudit i tendence k posilování tržní pozice silného kupujícího v důsledku působení tohoto mechanismu. Menší kupující, kteří nedisponují vůči prodávajícím významnější vyjednávací silou, mají proto zvýšené náklady na vstupu a promítají je buď do vyšších cen na podřazeném (spotřebitelském) trhu, nebo se jim nedostává prostředků na provoz, investice a inovace a neudrží krok s konkurenty a trh opustí. Nižší marginální náklady kupujícího s větší tržní silou mu umožňují zvýšit objem prodeje zboží za nižší ceny na následném trhu a snižovat tržní podíly konkurentů na tomto trhu.

Jde vlastně o druh jakési plíživé koncentrace na trhu „vlastním vnitřním růstem“, který je však zčásti „parazitický“. Je ovšem sporné, zda by tržně silnější výrobci čekali až na zhoršení svého postavení a neprosazovali pro sebe výhodnější podmínky i bez toho. Tržně slabí výrobci si to nemohou dovolit vůbec.

<sup>253</sup> Srov. Hauptgutachten, op. cit., s. 372 a násl.; OECD, 2008, op. cit., s. 42 a násl.

<sup>254</sup> Stlačení na jednom místě vyvolá pozdvih na jiném místě.

Předpokládá se pravděpodobnější dopad na zvýšení průměrných cen v případě, že se menší odběratelé již dříve museli ve větším rozsahu zříci svých tržních podílů. Obecně<sup>255</sup> se sice tento efekt vodního lůžka pokládá za možný důsledek tržní moci kupujících; který je ale závislý na řadě okolností.

*Uzavírací efekt (foreclosure)* může být důsledkem snahy jednotlivého obchodníka vyloučit zcela nebo částečně prostřednictvím zvláštních dodacích podmínek (třeba exkluzivity) svoje konkurenty nebo nějakého dodavatele. To je ovšem těžší kvůli sortimentu výrobků, je-li zajišťován vícero výrobci poskytujícími náhradní zdroj dodávek.

*Vytlačovací efekt* představuje v podstatě variantu uplatňování bojových (predátorských) cen ze strany dodavatelů (prodávajících). Odběratel, který se pro ni rozhodne, by musel v první fázi nasadit konečné spotřebitelské ceny tak nízko, aby jim jeho konkurenti nedokázali čelit a opustili trh; v druhé fázi by si ztráty utrpěné ve vytlačovací fázi musel minimálně nahradit vyššími cenami. To je velmi drahá a riskantní strategie, která nemusí vyjít v případě, že neexistují výrazné překážky vstupu na trh. V oné druhé „zdražovací“ fázi totiž může tržně silnému odběrateli začít konkurovat bez významného rizika ztráty nový distributor i s poměrně vysokými cenami - stačí, pokud jeho ceny budou o něco nižší, než přemrštěné „kompenzační“ ceny vytlačujícího distributora.

Vytlačovací účinek na předřazeném trhu může mít i taktika predátorských nabídek.<sup>256</sup> Pokud na něm kupující s významnou nákupní silou zvyšuje objem nákupů se záměrem zvýšit tak cenu vstupů pro konkurující nákupčí na tomtéž trhu a snížit tak jejich zisky, může tím konkurenty donutit k opuštění trhu nebo je alespoň marginalizuje a na druhé straně si tím sám posiluje svoji tržní pozici.

Takové jednání je samo o sobě tržně a soutěžně konformní a odpovídá zákonitostem vztahu nabídky a poptávky a jeho vlivu na tvorbu ceny. Závadné by bylo v případě, že by kupující byl monopsonista, resp. dominant na poptávkové straně a jeho jednání by naplnilo skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení. Typicky by se to dalo dovodit v případě, že by se krátkodobé ztráty dominanta na poptávkové straně prokázaly jako faktické investice do budoucích „nadsoutěžních“ zisků očekávaných a ev. i dosažených poté, co predátorské období ekonomicky nevydrželi a trh opustili dominantovi konkurenti.<sup>257</sup>

<sup>255</sup> Cit. Hauptgutachten, op. cit., s. 372.

<sup>256</sup> Materiál OECD, 2008, op. cit., s. 54.

<sup>257</sup> Blíže viz kap. 6 (zneužití dominantního postavení).

*Spirálový efekt* je metaforickým vyjádřením situace, v níž se obchodník s tržní silou snaží vylepšit svoje postavení vůči konkurentům tím, že získává lepší nákupní podmínky než oni. Tento proces může probíhat i v několika etapách. Roste-li poptávková moc s mocí nabídkovou na podřazeném maloobchodním trhu, hovoří se o spirálovém efektu. Dlouhodobě se mohou zvýšit ceny, pokud zbývající soutěžitelé nejsou kvůli sníženému soutěžnímu tlaku nuceni přenechávat podíl na výhodnějších nákupních podmínkách konečným spotřebitelům. Je to ovšem sporná strategie, která může ztroskotat na nově přichozích efektivnějších soutěžitelích a na výhodách z rozsahu (z velikosti - *efficiencies of scale*), které také zlepšují nákupní podmínky.

*Zkreslení (zadržování) investic a inovací:* z dlouhodobého hlediska mohou nízké marže výrobců (omezované poptávkovou mocí obchodníků) snížit investice do inovací a do zdokonalování, zkvalitňování a rozšiřování produkce. Vlastní obchodní značky výrobků používané obchodníky namísto výrobcových obchodních označení navíc zkracují etapu, v níž může výrobce čerpat tzv. inovační rentu. Tyto efekty se sice dají předpokládat, ale jen problematicky zjišťovat a kvantifikovat.<sup>258</sup>

*Snížení kvality* je možno též považovat za jeden z důsledků tržní moci kupujících, ale jen za předpokladu, že cena je hlavním kritériem, které rozhoduje o úspěchu v soutěži. V tom případě může být taktika obchodníka nutícího výrobce ke snížení kvality úspěšná, byť nikoliv dlouhodobě. Důkaz kauzality bude obtížný, bude-li vůbec prakticky proveditelný. Je to navíc velmi riskantní postup, neboť takový obchodník může ztrácet v soutěži se svými konkurenty přízeň zákazníka, který vesměs posuzuje poměr ceny a kvality, a nikoliv samotnou *vyšší* ceny.

Vesměs jsou tyto hypotetické negativní efekty tržní moci kupujících závislé na mnoha vnějších okolnostech, jež se dají zkoumat jen v jednotlivých případech a nelze je presumovat všeobecně, pokud navíc existují i podobně hypotetické pozitivní efekty poptávkové moci. Důkazy o skutečně negativních dopadech vyšší tržní moci kupujících se předložit nepodařilo.<sup>259</sup>

<sup>258</sup> Cit. Hauptgutachten, op. cit., s. 374.

<sup>259</sup> Tamtéž, s. 378.

## 4.5 Sporné důvody pro zvláštní regulaci subdominantní tržní síly na straně poptávky

### 4.5.1 Monopson a oligopson

Sporné je nejenom omezování ochrany před významnou tržní silou oborově (potravinářská velkoobchodní distribuce), ale principiální racionální zdůvodnění postrádá i ochrana jen odběratelů (kupujících) před dodavateli (prodávajícími), pokud ovšem za relevantní argument nepovažujeme, že si úpravu na ochranu dodavatelů pro řetězce prosadila lobby zemědělských prvovýrobců.

Permisivní (liberální) soutěžní politika a z ní vycházející soutěžní právo deklarují vesměs jediný cíl, a to už ani ne vždy zachování soutěže a volných trhů, ale tzv. celkový blahobyt, překládaný neoliberálními zastánci tzv. chicagské školy jako spotřebitelský blahobyt.<sup>260</sup> To v praxi znamená důraz na ekonomickou efektivnost (zejména krátkodobou) v její alokativní podobě.<sup>261</sup>

Pokud by soutěžitel nedosáhl na trhu tržní moci, neměla by jeho snaze o dosažení efektivnosti bránit antitrustová regulace. Když už to tak je a veřejné právo do vztahů mezi partnery zasahuje, obecně akceptovatelný důvod pro odlišné zacházení podle sektorů (velkoobchodní distribuce potravin) a podle chráněné strany (jen odběratel) se sotva najde.

Snaha o snižování nerovnosti ve společnosti a o podporu menších a středních podniků jakožto základny a podhoubí pro fungování soutěžního prostředí je legitimním politickým (hodnotovým) cílem, byť samozřejmě nekonvenuje neoliberálním teorémům a hodnotám. Politické vůli prosazující tyto cíle odpovídají i snahy zapojit do sledování tohoto cíle disponibilní nebo nově konstruované právní nástroje. Podobné regulatorní snahy jsou důsledně vzato ochranou méně efektivních subjektů a jsou v rozporu se základními východisky. Rozhodně neodpovídají

<sup>260</sup> Tuto evropskou koncepci (zřetelně inspirovanou doktrínou a praxí USA) nezastávají však všechny členské státy EU. Německo třeba stále trvá na svobodě soutěže jakožto předmětu ochrany prostřednictvím soutěžního práva (srov. Monopolkommission: Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 384).

<sup>261</sup> Srov. Kingsbury, A. Competition Law and Economic Inequality: Distributional Objectives in New Zealand Competition Law. *ECLR*. 2013, Issue 5, s. 250. Je však nutno přiznat, že dřívější nadšení pro tzv. *more economic approach* z rozhodovací praxe již notně vyprchalo. Srov. např. Bronett, de G. K. Der more economic approach bei der Anwendung des europäischen Kartellverwaltungsrechts und Kartellstrafrechts. *EWV*. 2013, nr. 1-2; Frenz, W. Abschied vom more economic approach. *WRP*. 2013, nr. 4, s. 428 a násl.



„soutěžnímu darwinismu“, jenž zaručuje „přirozený“ vývoj a výběr těch soutěžitelů, kteří jsou zdatnější a efektivnější. Jakkoliv je podobná ochrana politicky legitimní, narušuje a podemílá smysl a účel soutěžního práva; ve svém důsledku škodí konečnému spotřebiteli.

Došel-li již zákonodárce k rozhodnutí systémově (tedy nejen individuálně) chránit slabší stranu nejen v oblasti práva soukromého, ale i práva veřejného, měla by se ochrana vztahovat na toho, kdo je (podle zákonem daných a judikaturou vyložených kritérií) slabší. Oborová příslušnost „postiženého“ nebo jeho pozice v konkrétním vztahu (dodavatel nebo odběratel) sotva spolehlivě indikují jeho status slabšího nebo silnějšího.

Proto by v tomto kontextu měla být pochopitelná snaha, pokud již trváme na regulaci tzv. významné tržní síly, změnit ZVTS tak, že za její zneužití nebude odpovědný pouze odběratel, ale také dodavatel. Slabší smluvní stranou totiž může být i odběratel. Kromě toho by se mělo upustit od zavádějící kasuističnosti a taxativnosti jednotlivých skutkových podstat ve prospěch obecnějších formulací.

#### 4.5.2 Subdominantní tržní síla kupujícího a zájmy spotřebitele

Silná tržní nebo vyjednávací pozice subjektu na straně poptávky se zdá být na první pohled výhodná z hlediska spotřebitelského blahobytu, protože výhodnější podmínky (zejm. nižší ceny) dosažené díky lepšímu mocenskému postavení (ať už na trhu nebo v konkrétním smluvním vztahu) se mohou transformovat v nižší konečné spotřebitelské ceny.<sup>262</sup> Nemusí to ovšem také být pravda a silný odběratel si jen může zvýšit marži. To závisí mj. na intenzitě soutěže na podřazeném trhu (a ne na trhu předřazeném, na němž dosáhl výhodné nákupní ceny a na němž má silnou pozici).

Velká tržní síla, byť ne ve smyslu dominance, může vést k pouhému transferu bohatství od farmářů k silným odběratelům, aniž by spotřebitelé měli z kupní síly odběratelů užitek, což zavádá (při nepružnosti nabídky, jež je u zemědělských komodit častá) důvod k obavám.<sup>263</sup> Monopsonista (ale i oligopsonista) si může dovolit cenově diskriminovat mezi svými dodavateli tak, aby každého udržel

<sup>262</sup> Srov. EUMHG - Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings (EC Horizontal Merger Guidelines), 2004, O.J. (C31), s. 11.

<sup>263</sup> Jak konstatoval třeba kanadský soutěžní úřad ve svých Merger Enforcement Guidelines z r. 2011, cit. podle Stucke, M. E. Looking at the Monopsony in the Mirror. *Emory Law Journal*. 2013, vol. 62, no. 6, s. 1519.

na spodní hranici jeho rentability a maximalizovat tak svůj oligopsonní prospěch, a přitom narušovat soutěž na nadřazeném dodavatelském trhu. Ti efektivnější dodavatelé jsou tak vlastně odběratelem penalizováni.

Navíc se dodavatelé mohou v podmínkách nejistoty vytvářené silným odběratelem zdráhat investovat či inovovat (resp. jim ani na to nezůstávají zdroje), takže z dlouhodobého hlediska jsou poškozeni nejen oni, ale i spotřebitelé. Kupní síla odběratele stlačuje nákupní cenu; nesnižuje přitom celkové množství nakoupeného zboží, ale vede paradoxně k nadprodukcí. Kupní síla se může přenést na podřazený (následný) trh a přerůst tam v dominanci se všemi možnými důsledky.<sup>264</sup>

Dovozuje se přitom,<sup>265</sup> že pro identifikaci monopsonního či silného postavení na straně poptávky je důležitější zjišťovat nejen tržní podíl, ale řadu dalších navzájem propojených faktorů. Silní odběratelé samozřejmě nemusí spotřebitelům jen škodit - vyhraněný poměr mezi cenou a kvalitou, na něž jsou prodávající ekonomicky nuceni přistoupit, se může koneckonců projevit i v nízkých konečných spotřebitelských cenách. Může však také vést k odchodu těch dodavatelských subjektů z trhu, které se nemohou přizpůsobit, a o nichž by se dalo „neoliberálně“ říci, že jsou to oběti spravedlivé konkurence coby procesu tvořivé destrukce, a že jejich odchod z trhu je v pořádku.

Posuzování by však mělo být komplexnější; jednak se může nadřazený trh nebezpečně koncentrovat, a jednak se může koncentrovat i trh poptávkový, z něhož budou odcházet konkurenti tržně silného odběratele, kteří neunesou tlak jím nasažených nízkých velkoobchodních cen. Snížení konkurence na jakémkoliv trhu může být pro spotřebitele z dlouhodobého hlediska nepříznivé.<sup>266</sup>

Škodlivé dopady může mít monopsonie i oligopsonie na spotřebitele i z řady dalších důvodů. Jedním z nich je možný dopad kupní síly na zhoršení kvality zboží.<sup>267</sup>

<sup>264</sup> Srov. Stucke, op. cit., s. 1519 - 1526.

<sup>265</sup> Tamtéž, s. 1533 a násl.

<sup>266</sup> Srov. EUMHG, s. 11, kde se v této souvislosti pojednává o (výše již rozebíraném) tzv. spirálovém efektu. Vzniká tím, že se posiluje tržní pozice kupujícího v důsledku vytlačení jiných kupujících z trhu, jenž se tím koncentruje se všemi z toho plynoucími důsledky. Tamtéž se popisuje jiná teorie tzv. efektu vodního lůžka (*waterbed effect*), podle níž kupní síla sice zajistí některým podnikům nižší ceny nebo lepší podmínky (nákupní objemy a velikost silného kupujícího rostou), ale vede k vyšším velkoobchodním cenám pro slabší kupující, což vyvolá růst cen na následném trhu v neprospěch spotřebitele. Zmíněný dynamický efekt kupní síly spočívá v odrazení od investic do nových výrobků nebo do jejich zdokonalování.

<sup>267</sup> Na tyto efekty upozorňují Ezrachi, A.; Jong, K. Buyer Power, Private Labels and the Welfare Consequences of Quality Erosion. *ECLR*. 2012, Issue 5, s. 257 a násl. Viz též předchozí text této kapitoly.

Monopsonní model předpokládá, že nižší vstupní náklady se nepřenesou do nižších cen pro spotřebitele, čímž vzniká alokativní neefektivnost a snížení blahobytu. Pokud má monopsonista tržní moc na následném trhu a produkce se sníží, zvýší se ke škodě spotřebitelů její cena. Jde-li jen o model odběratele s kupní silou (*bargaining power*), dosahuje se nižších cen pod hrozbou přesunu poptávky jinam. Jednání mezi stranami vede pravděpodobně ke snižování ceny pro každou dodatečnou jednotku nákupu. Jak jsme dovedili výše, výsledek jednání závisí na řadě proměnných, jako jsou např. jiné vnější možnosti (obchodní alternativy) účastníků, náklady na změnu partnera, tržní síla, absolutní a relativní velikost partnera, apod. Mezi hodnotou jiných vnějších disponibilních možností partnerů (obchodních alternativ) a věrohodností přesunu poptávky nebo nabídky je přímá úměra.<sup>268</sup>

Za prospěšné z hlediska efektivnosti a blahobytu se pokládá uplatnění takové kupní síly, která dosud nepřerostla v monopson; tehdy ještě neexistuje tržní moc *stricto sensu* a působí soutěžní prostředí, v němž by už nebyl žádný prostor pro snížení ceny, neboť prodávající by nešel pod marginální náklady. Jinými slovy: jakékoliv úspěšné vyjednávání o slevě z ceny znamená, že na straně prodávajícího existuje stále prostor ke snížení ceny a takto vzniknuvší alokační efektivnost se může přenést na spotřebitele v podobě nižších cen.

Prodávající však také může (pravděpodobněji u neznačkového zboží) snížit kvalitu, aby nízkou cenou vynucenou prodávajícím negeneroval ztrátu při dané výši vlastních nákladů. Zhoršení kvality tak může nastat nepozorovaně, nebo může jít i o výsledek dohody smluvních stran (v neprospěch spotřebitele). Tlak na snížení cen může vyvolat a v praxi také vyvolává tzv. bumerangový efekt:<sup>269</sup> kupní síla sice může napomoci ke zlevnění zboží ve prospěch spotřebitele, ale snížení kvality tento spotřebitelský benefit může zase vyloučit a znehodnotit. Zvláště náchylné k tomuto vývoji jsou potravinářské neznačkové produkty, jejichž kvalita se zjišťuje povětšinou smyslově, na rozdíl od většiny výrobků technických, chemických (a jiných nepotravinářských produktů), jejichž kvalita se dá objektivizovat technickými prostředky.

Subdominantní kupní síla tak eroduje kvalitu výrobků, za něž kupující kvůli jejich podřadné kvalitě zaplatí více, než se domnívají a než si sjednali. Tuto erozi kvality usnadňují soukromá označení (obchodní značky), u nichž není záruka kontroly

<sup>268</sup> Tamtéž, s. 258.

<sup>269</sup> Tamtéž, s. 260-261, včetně konkrétní kasuistiky, která dokazuje, že nejde jen o pouhý teorie.

kvality jako u originálního značkového zboží resp., u nichž sám tržně silný kupující nemá zájem kvalitu řešit. Soukromé obchodní značky (na rozdíl ochranných známek) nenutí kupujícího investovat do získání a udržení spotřebitelských preferencí.<sup>270</sup>

## 4.6 Ekonomická závislost

### 4.6.1 Ekonomická závislost a dominance

Spíše než vyjednávací síla formuje nevyvážený smluvní vztah ekonomická závislost. Má opět (v této oblasti bohužel standardní) nevýhodu ve své pojmové rozvětvenosti a schopnosti podle „potřeby“ téměř libovolně expandovat či se smršťovat. Ekonomická závislost je obsažena i ve zneužití dominantního postavení, kvůli němuž u slabšího ona ekonomická závislost na dominantovi vznikne. V některých případech fatální ekonomické závislosti může být tržní síla zcela podružná. Narušení hospodářské soutěže na trhu a ochrana slabší smluvní strany spolu vůbec nemusejí souviset.

V konkrétním případě nemusí být odběratel ekonomicky závislý ani na partnerovi v dominantním postavení, a v jiném případě může být jiný odběratel ekonomicky závislý i na partnerovi subdominantním. Proto je vhodné „ekonomickou závislost“ zjišťovat a zkoumat. Ať už by „definice“ ekonomické závislosti byla obsažena v zákoně nebo (raději) byla ponechána doktríně, judikatuře a principu legitimního očekávání (podobně jako pojmy „dobrých mravů“ nebo „dobrých mravů soutěže“, „poctivého obchodního styku“, apod.),<sup>271</sup> poskytovala by východisko a jakousi „zálohu“ pro veřejnoprávní vymáhání férovosti v obchodních smlouvách tam, kde by soukromoprávní ochrana nebyla reálně vynutitelná.

<sup>270</sup> Autoři posledně cit. práce uvádějí (s. 260), že pod soukromými obchodními značkami se prodávají ve velkých obchodních řetězcích desetitisíce výrobků, a že rozředění kvality u kteréhokoliv z výrobků, kterého si všimne spotřebitel, může ohrozit všeobecnou hodnotu takového soukromého obchodního symbolu.

<sup>271</sup> A ne jako ve zrušeném slovenském zákoně č. 140/2010 Z.z., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch medzi odberateľom a dodávateľom tovaru, ktorým sú potraviny. Ten obsahoval nebezpečné podrobný výčet „nešvarů“ (který navíc ani nebyl demonstrativní). Ke všemu se ještě mocí zákona činila z etických závazků v obchodních vztazích právní povinnosti - v § 5/2 zákona se stanovilo, že dnem přistoupení účastníka obchodního vztahu k etickému kodexu se etický kodex stává pro tohoto účastníka závazným... Řada z těchto násilných intervencí zůstala zachována i v nové právní úpravě (zákon č. 362/2012 Z.z. o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch, kterých predmetom sú potraviny) a stala se terčem odborné kritiky (srov. např. ČSACH, K. Návrh zákona o neprimeraných podmienkach. bič na reťazce? *Lexforum* [online]. Publikováno dne 4. 11. 2012. Dostupné z: <http://salvia2.gurkol.net/salvia.blok.cgi?clanek=424>).

Dřívější návrhy<sup>272</sup> na užší pojetí geograficky relevantního trhu, které by umožnilo zachytit prostředky antimonopolního práva praktiky velkých řetězců jakožto dominantů na těchto úžejích vymezených relevantních trzích, nebyly rozpracovány. Při aplikaci tzv. „více ekonomického přístupu“ by se přitom bývalo dalo uvažovat i o analogii „kolektivní kvazidominance“ na takto geograficky úžejích vymezených relevantních trzích, ev. i o kumulativním efektu sítě subdominantů.<sup>273</sup> V důsledku nepřijetí tohoto námětu se nesnížil práh tržní moci, na nějž by „dosáhlo“ anti-trustové právo regulací zneužití tržní moci a formální „subdominantů“, byť ještě se značnou tržní mocí, se tak vymknuli působnosti zákona o ochraně hospodářské soutěže. Reakcí byla příprava a vydání zvláštní úpravy zakazující zneužití významné tržní síly.

Obecnější spor, který se vedl v rámci projednávání konkrétních případů zneužití významné tržní síly před ÚOHS, se týkal odpovědi na otázku, zda je koncept významné tržní síly subjektivní (individuální, tzn., zda se ona síla chápe a zkoumá vždy ve vztahu mezi konkrétními partnery), anebo zda jde o pojetí objektivní. Objektivní pojetí, které dnes převládlo,<sup>274</sup> vychází z toho, že významnou tržní silou jedna strana (u nás podle zákona zatím jen odběratel) disponuje na základě zákonem stanovených kritérií, což znamená, že pokud odběratelova tržní síla je typově na základě zákona ohodnocena jako významná, zákon o významné tržní síle se použije na všechny obchodní vztahy mezi tímto odběratelem a všemi jeho dodavateli. Převládá tedy formalistický přístup, který vychází ze zákonné domněnky existence významné tržní síly, aniž nutně odráží ekonomickou realitu v konkrétní situaci. Z ekonomického pohledu tak jde o regulaci s potenciálem deformovat svobodnou soutěž na trhu.

<sup>272</sup> BEJČEK, J. Obchodní řetězce a právní problémy jejich činnosti. *Obchodní právo: časopis pro obchodně právní praxi*. 2000, roč. 9, č. 1, s. 2-13.

<sup>273</sup> Analogicky dřívější úpravě zákazu kartelových dohod u § 6 odst. 2 písm. c, bod 2. ZOHS ve znění zákona č. 340/2004 Sb. (později vypuštěno): vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž se netýká dohod, byť by byly bagatelní, jestliže je souborem těchto dohod omezen přístup na trh soutěžitelům, kteří nejsou účastníky těchto dohod tvořících soubor, a hospodářská soutěž na tomto trhu je podstatně narušena kumulativním účinkem paralelních sítí podobných vertikálních nebo smíšených dohod uzavřených pro distribuci stejného, srovnatelného nebo zaměnitelného zboží. Tento přístup nebyl dosud v naší rozhodovací praxi použit.

<sup>274</sup> Srov. Drbal, A. Z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. *Antitrust*. 2013, č. 4, s. 142; Hanslianová, B.; Pokorná, A. Institut významné tržní síly dle zákona o významné tržní síle. *Informační list ÚOHS*. 2013, č. 2, s. 9 a násled.

#### 4.6.2 Kvalifikovaná subdominance

Podstatou institutu významné tržní síly je právě skutečnost, že odběratel má takové postavení na trhu, v němž obecně pro dodavatele představuje významný distribuční kanál pro dodávku jejich výrobků spotřebitelům, a tohoto postavení by mohl zneužít. Domníváme se, že se dá pro tento objektivizující přístup k významné tržní síle použít přiléhavý termín „kvalifikovaná subdominance“.

Řešením by mohlo být i zakotvení ekonomické závislosti jako konkrétního relativního vztahu *inter partes*, který však není předurčen ani sektorově (potravinářství a zemědělství), ani strukturálně (omezení jen na dodavatele), ba ani stanovitelný absolutními údaji o obratu či relativními údaji o tržním podílu. Ekonomickou závislost (a ani ekonomickou sílu) nelze vyjádřit ani jen procentním podílem na trhu, ani absolutním obratem.

Zahraniční právní úpravy, které stanovují zvláštní pravidla pro nedominantní soutěžitele, vycházejí zpravidla buď z jejich tržní (kupní) síly (což činí i český ZVTS) nebo z tzv. ekonomické závislosti jiných soutěžitelů na nich.<sup>275</sup>

Nespecifická právní úprava, která není zaměřena speciálně na subdominantní soutěžitele, se uplatňuje v Německu - tamní zákon o ochraně soutěže<sup>276</sup> do konceptu dominance kvůli ochraně dodavatelů před obchodními řetězci nezasahuje, ale prohlašuje (formou velmi obecné generální klauzule), že vůči malým a středním soutěžitelům nesmí podniky využívat svoji větší tržní moc k tomu, aby takové soutěžitele nespravedlivě omezovaly.

Z hlediska ekonomického hodnocení se za takové omezování pokládá zejm. situace, kdy se od malého nebo středního soutěžitele požaduje u potravin nižší prodejní cena, než za niž ji podnik dále prodává nebo u jiného zboží a služeb nikoliv jen příležitostně, nebo kdy soutěžitel požaduje od malého a středního soutěžitele, s nímž soutěží na podřazeném trhu, cenu za dodávku zboží nebo služeb, v nichž si konkurují, která je vyšší, než cena, za niž on sám dodávku na takovém trhu nabízí, není-li k tomu objektivní důvod.<sup>277</sup>

<sup>275</sup> Srov. Pokorná, A. Specifické veřejnoprávní regulace odběratelско-dodavatelských vztahů ve státech Evropské unie a zákon o významné tržní síle. *Informační list ÚOHS*. 2013, č. 2, s. 7.

<sup>276</sup> § 20 GWB, novelizované odstavce 3 a 4 s účinností novel od 1. ledna 2013.

<sup>277</sup> Zajímavá je tendence (asi ne dlouhodobá), která se prosadila v Německu od konce r. 2007. Podniky s velkou kupní silou měly od té doby zakázáno v obchodním styku vyžadovat podmínky, které jim bez věcně ospravedlnitelného důvodu zajišťují výhody, nejen od malých a středních podniků, ale od kohokoliv bez ohledu na velikost. I velcí výrobci požívali tedy výhod právní ochrany vůči nositelům kupní síly. Tento přístup německá Monopolní komise kritizovala (viz Hauptgutachten 2010/2011, s. 380), neboť velké podniky jsou na rozdíl od malých a středních s to bránit se samy proti neospravedlnitelným požadavkům.

Obecnost německé úpravy a rozšíření její působnosti z dominantních soutěžitelů na všechny (tedy bez ohledu na jejich velikost) by měla vést podle vůle zákonodárce k ochraně před znevýhodňujícími obchodními podmínkami pro všechny, kteří jsou na soutěžiteli požadujícím takové podmínky závislí.<sup>278</sup> Šlo o reakci na změnu v mocenských poměrech mezi dominantními průmyslovými podniky a vysoce koncentrovaným obchodem, které se měnily již od 80. let minulého století. Kromě obecnosti dosahu ani obecnost formulace přitom nevyvolává v Německu obavy, že by se nespravedlivé smlouvy nedaly ze strany malých a středních podniků napadnout.

Tento obecný přístup v podobě generální klauzule naplňované zejména judikaturou je vhodnější než těžkopádná „pojmoslovná akrobacie“<sup>(279)</sup> nebo nesmyslná kasuistika.<sup>280</sup> Má v sobě ovšem dvousečný prvek rozumnosti, spravedlivého uvážení, přiměřenosti, resp. diskrece. Diskreci od arbitrárnosti odlišuje především předvídatelnost spojená s ustálenou judikaturou prověřenou soudními přezkumy, včetně prověřování ústavněprávní konformity.

## 4.7 Využití a zneužití vyjednávacích pozic a závislosti

### 4.7.1 Ochrana soutěže versus ochrana účastníků trhu

Určitá nerovnost je v tržní ekonomice nutná jako zdroj konkurenčního tlaku, boje o výhodu, střetávání motivace a předpoklad možnosti poměřovat výsledky až na trhu. Odstranění jakékoliv nerovnosti mezi stranami není žádoucí a ani možné; znamenalo by to odstranění hnací síly konkurence a rezignaci

<sup>278</sup> Srov. Ritter, S. Regierungsentwurf zum Gesetz zur Bekämpfung vom Preismisbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels. *WuW*. 2008, Nr. 2, s. 143.

<sup>279</sup> Ve stávajícím ZVTS nebo i v dříve navrhované úpravě významného ekonomického postavení (v návrhu demonstrativních skutkových podstat) se např. rozvíjí rádky sofistickovaná hra s mysteriózními pojmy „nepřiměřený“, „zjevně nepřiměřený“, „zjevně nepřiměřený ve vztahu k hodnotě“, „zjevně nepřiměřený bez objektivního ospravedlnění“...

<sup>280</sup> Jako např. v § 4 slovenského (již zrušeného a jiným zákonem nahrazeného) zákona č. 140/2010 Z.z., který obsahoval tak zjevné ekonomické nelogičnosti, jako je zákaz plateb za využití distribuční sítě odběratele, za umístění zboží na určitém místě v provozovně odběratele, za spotřebitelský a tržní průzkum prováděný odběratelem; dále předepisoval nejvýše třicetidenní lhůtu splatnosti faktury, zakazoval financování propagačních akcí odběratele dodavatelem, provedení vzájemného zápočtu pohledávek z obchodního vztahu bez předchozího písemného souhlasu dodavatele, atp. Nový předpis (zákon č. 362/2012 Z.z.) aspoň některé podmínky poněkud zmírnil a zpřesnil.

na samoregulační možnosti trhu i tam, kde jsou nesporné. Zatímco faktická nerovnost je přirozený stav, fikce rovnosti a korekce nerovnosti pomocí rovnoprávnosti představují stav umělý.

Hranice mezi využitím a zneužitím (čehokoliv, tedy i vyjednávací či tržní síly nebo ekonomické závislosti) je neostrá a v čase pohyblivá, protože záleží především na hodnotovém a morálním soudu (co je ještě „správné“ a „přípustné“ či „spravedlivé“). Tento předěl se může měnit a posouvat nejen následkem účinného tlaku lobbistických skupin na znění právních předpisů, ale i v důsledku „měkkých“ změn společenské atmosféry, modelace veřejného mínění (taktéž neresistentního vůči tlakům zájmových skupin), změn judikatury (podmíněných mj. změnami v osobách soudců vrcholných instancí), dále vlivem hodnotových východisek evropského *soft law*<sup>281</sup>, atp.

V regulovaných oblastech (a obecně tam, kde by negativa přílišné disparity mezi stranami převážila nad jejími výhodami) není možno zrušit nerovnost jako kategorii faktickou (a zčásti i nahodilou), ale je možno zabránit jen jejímu zneužívání. Po právu nelze chtít, aby zajišťovalo stejnou vyjednávací moc nebo dokonce stejnou tržní sílu.<sup>282</sup> Alternativou je umělá „rovnost“ spojená s direktivní ekonomikou nedostatku.<sup>283</sup>

Jak jsme dovodili výše, obchodní transakce mezi rovnými neexistují - jde jen o idealizovanou fikci a nerealistický model. Vyjednávací síla partnerů je vztahová záležitost a liší se případ od případu. Jde o legitimní nástroj konkurenčního boje. Ekonomická závislost jedné strany vztahu na druhé je úplně normální a námitky vznikají zejména v případech, že je trvalá. Odhaduje se spíše intuitivně. Pokusy

<sup>281</sup> Srov. např. Zelenou knihu o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinářského a nepotravinářského zboží (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=-COM:2013:0037:FIN:CS:PDF>), podle níž se za nejběžnější formu nekalých obchodních praktik pokládají nejednoznačné smluvní podmínky, jež umožňují ukládat doplňkové závazky slabším smluvním stranám.

<sup>282</sup> Srov. TREBILCOCK, M. *The limits of freedom of contract*. 1st. Harvard University Press pbk. ed. Cambridge, MA.; London: Harvard University Press, 1993. ISBN 978-067-4534-308, s. 148 a násl. a jinde.

<sup>283</sup> Aní ta se ostatně důsledně neuplatňovala, protože i v reálném socialismu se prosazovaly určité společenské (ekonomické) priority a více práv (silnější postavení) měla ta strana, která ztělesňovala vyšší zájmovou integraci a mohla si např. na slabší straně vynutit kontraktační povinnost (srov. např. § 115 zákona č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník).



pojem legálně vymezit<sup>284</sup> zatím nebyly úspěšné. Snad i proto (kromě vytrvalé snahy lobbistů ze zemědělské prvo a druhovýroby) byl tento pojem opuštěn a namísto něj se zavedl pojem „významné tržní síly“ jakožto *de facto* druhu jakési „dominance menšího významu“. Jeho vymezení objektivizujícími kritérii<sup>285</sup> převzatými z vymezení dominance podle zákona o ochraně hospodářské soutěže a doplněnými o absolutní obratovou hranici (ale vztaženou jen k prodeji vágně naznačených zemědělských a potravinářských produktů) o mnoho více právní jistoty nepřineslo. Navíc<sup>286</sup> ona tržní síla má být relevantní jen v onom nejasně vymezeném sektoru prodeje potravinářských a zemědělských produktů.

<sup>284</sup> Jako vztah soutěžitelů, v jehož rámci vyjednávací pozice jednoho z nich mu umožňuje vstupovat do smluvního vztahu s ekonomicky závislým soutěžitelem za podstatně výhodnějších podmínek, než by tomu bylo bez takové vyjednávací pozice (srov. PETR, M. Právní úprava tzv. ekonomické závislosti. *Právní zpravodaj*. 2007, č. 5, s. 5). Je evidentní, že „definice“ je tautologická a nevymezuje vlastně vůbec nic; nicméně „relační“ charakter tzv. ekonomické závislosti (že záleží konkrétně na tom, mezi kým má existovat) je zřejmý. Slovenský pokus definovat tržní moc absolutními údaji o obratu řetězce (v Zákoně o obchodných reťazcoch č. 358/2003 Z.z.) narazil na odmítavé stanovisko EK kvůli diskriminačnímu vlivu na mezinárodní řetězce a Slovensko muselo svůj zákon upravit. EK vyčítala zákonu omezení hospodářské soutěže zejména, že zákon definoval „ekonomickou sílu“ překročením určitého ročního obratu (tedy podobně jako v českém zákoně č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle), což bylo podle EK diskriminační hlavně vůči velkým obchodním řetězcům a vytvářelo to překážky volnému pohybu zboží a služeb. Po novelizaci se na Slovensku „ekonomická síla“ vymezovala kvalitativně, ale nic neříkajícími slovy jako „pozícia prevádzkovateľa obchodného reťazca vo vzťahu k jej dodávateľovi.“ Srov. Vláda novelizovala zákon o obchodných reťazcoch. *TREND.sk* [online]. Publikováno 3. 5. 2004 [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: <http://ekonomika.etrend.sk/ekonomika-slovensko/vlada-novelizovala-zakon-o-obchodnych-retazcoch.html>. Zákonem č. 172/2008 Z.z., o neprimeraných obchodných podmienkach v obchodných vzťahoch byl zrušen zákon o obchodných reťazcoch z r. 2003. Zákonem č. 140/2010 Z.z. o neprimeraných obchodných podmienkach v obchodných vzťahoch medzi odberateľom a dodávateľom tovaru, ktorým sú potraviny (sektorovost namísto dřívější průřezovosti) byl zrušen zákon č. 172/2008 Z.z. Dne 28. 6. 2011 byl zákon o nepříměřých obchodních podmínkách bez náhrady zrušen s účinností k 1. 8. 2011, a to zákonem č. 207/2011 Z.z. (za mohutných protestů zemědělsko - potravinářské lobby). Nová slovenská politická reprezentace usilovala o jeho znovuzavedení. Srov. Směr-SD avizuje aj znovuzavedenie zákona o obchodných reťazcoch. *Síta.sk*. [online]. Publikováno 3. 1. 2012 [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: viz <http://video.sita.sk/videoservis/smer-sd-avizuje-aj-znovuzavedenie-zakona-o-obchodnych-retazcoch/24836-play.html>. Jde zcela evidentně o politický, tedy zájmový, a nikoliv právní problém. Právní argumenty slouží jen jako nástroj legitimizující či delegitimizující protichůdné hospodářsko-politické skupinové zájmy. Záměr se nakonec na Slovensku politicky prosadil a kodifikoval, byť v poněkud zúžené podobě - srov. zákon č. 362/2012 Z. z., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch, ktorých predmetom sú potraviny.

<sup>285</sup> Která neberou ohled na subjektivní úvahy, neboť „koncepte tržní síly není založena na zkoumání každého jednotlivého smluvního vztahu, k nimž mezi dodavateli a odběrateli dochází, ale na objektivní skutečnosti vyjádřené v zákoně obratem ve výši miliard korun“ (Výsledky šetření odboru kontroly tržní síly, [www.compet.cz](http://www.compet.cz), staženo 12. 3. 2012).

<sup>286</sup> Na rozdíl např. od ustanovení § 20 odst. 2 - 4 německého GWB, který je pojat jako obecný nástroj ochrany malého a středního podnikatelského stavu, a nikoliv jako sektorová (odvětvová) pozitivní diskriminace.

#### 4.7.2 Smluvní svoboda a nerovnost stran

Jeden (liberalisticko-fundamentální) úhel pohledu je ten, že smluvní svoboda umožňuje samozřejmě silnějšímu partnerovi vynutit si výhodnější podmínky pro sebe a pro své odběratele (spotřebitele). Je omezena obecnými soukromoprávními korektivy dobrých mravů, poctivého obchodního styku (obchodní slušnosti) a zákazu zneužití práva. Zákaz zneužití tzv. významné tržní síly umožňuje chránit slabšího (a mnohdy asi i méně způsobilého) soutěžitele a poškodit tak soutěž jako instituci (vyločit její selekční funkci), jakož i spotřebitele, který na nižší způsobilost dodavatele může doplácet zbytečně vyššími cenami. Je obtížné právně, politicky a ekonomicky zdůvodnit, proč právě v sektoru zemědělských a potravinářských dodávek je nutno podchycovat výchylky smluvní rovnováhy (zneužití smluvní síly partnerem, který není dominantem na trhu).

Stát se tak snaží plošně zasahovat do soukromoprávních vztahů mezi obchodními partnery, aniž je to motivováno obavou o funkční soutěž. Tato velmi hrubá kontrola obsahové vyváženosti soukromoprávních smluv nahrazuje paternalistickým zásahem přirozený vývoj, potenciálně může škodit spotřebiteli a diskriminovat ty zdatnější dodavatele řetězců, kteří jsou schopni podílet se na úspěšném konceptu uspokojování potřeb spotřebitelů v nákupních řetězcích a podílet se na nákladech za účast na této možnosti.

Z opačného hlediska je argumentace smluvní svobodou považována za pokryteckou a iluzorní, pokud se používá v podmínkách jakéhosi „faktického“ dominantního postavení jedné smluvní strany, byť toto postavení není dominantní *de iure* (ve smyslu ZOHS). Výzva k tomu, aby se slabší účastníci dožadovali ochrany před soudy, se z tohoto hlediska pokládá za potměšilou, ne-li přímo škodolibou, protože obchodní řetězce by v takovém případě mohly beztrestně změnit dodavatele, a stěžovatelé by tak riskovali nejen dílčí hospodářskou ztrátu, ale mnohdy přímo svůj ekonomický zánik. Fakticky tedy dodavatelé, pokud chtějí i nadále dodávat řetězcům, nemohou jejich zneužívající praktiky odmítnout, a nemají reálnou alternativu, protože takové praktiky uplatňují všechny obchodní řetězce.<sup>287</sup>

<sup>287</sup> Tato argumentace je ovšem poněkud alibistická, protože v případě žaloby na nekalé soutěžní praktiky vedené vůči řetězci kolektivně (sdružením na ochranu soutěžitelů) by se nápravy dosáhnout dalo. Pohodlnější je ovšem mlčet a očekávat, že mlčení resp. pasivita dodavatele v případě žaloby někoho jiného přinese mlčícímu výhodu; tedy „nepálit si prsty“ a „schovat se“ raději ev. až za kýžený zákon, za nějž žádný jednotlivý dodavatel přece „nemůže“.

### 4.7.3 Obchodní řetězce jako *subdominanti sui generis*

Je zřejmé, že panuje společenská shoda na potřebnosti „nějaké“ úpravy,<sup>288</sup> účinně čelící agresivitě obchodních řetězců, podobně jako v řadě jiných států EU (Německo, Francie, Itálie, Španělsko, Portugalsko). Česká platná úprava narazila na dosti všeobecný odpor<sup>289</sup> a setkávají se s ním i současné snahy o její změny.

Principiálně není mezi posuzováním tzv. významné tržní síly<sup>290</sup> a tržní síly<sup>291</sup> metodologický rozdíl jiný, než kvantitativní. „Významná tržní síla“ nedosahuje dominance a dominant nemá ve smyslu platné úpravy „významnou tržní sílu“, byť má tuto sílu vyšší nežli subdominant s nominálně „významnou“ tržní silou.

Tržní síla nezávisí na tom, zda nese přídomek „...kupujícího“ nebo „...prodávajícího“, resp. navíc ještě „oborovou“ či „sektorovou“ kvalifikaci („při prodeji zemědělských produktů“). Soutěžitel s tržní silou nedosahující dominance není s to svým unilaterálním jednáním ohrozit, narušit nebo vyloučit soutěž, a proto je regulace takového chování mimo působnost a mimo účel ZOHS. Soutěžní doktrína ani nepovažuje zneužití „významné tržní síly“ za poškození soutěže. Navíc pouze dominantní soutěžitel má „zvláštní odpovědnost“ jednat takovým způsobem, aby nenarušoval hospodářskou soutěž na trhu. Regulace jednání subjektu, který nedosahuje tržní síly dominanty, je tedy (přinejmenším ze soutěžního hlediska) neodůvodněná.

Role klasicky pojatého antitrustového práva nespočívá v regulaci asymetrických vyjednávacích pozic profesionálních obchodníků a v paternalistické apriorní

<sup>288</sup> Což uznávají i britcí kritici úrovně stávajícího zákona - srov. Pelikán, R. Zákon o významné tržní síle - legislativní „Dada“ směřuje do praxe. *Antitrust*. 2009, nulté číslo, s. 34.

<sup>289</sup> Srov. Luňáková, Z. Zákon proti řetězcům nepomůže. Naopak. *Hospodářské noviny* z 3. 12. 2009, s. 1 (konstatuje se, že zákon o významné tržní síle bude mít úplně opačný efekt - zavádějí se nové tzv. fixní či růstové nezakázané poplatky, řetězce přímo vyřazují menší dodavatele). Táž: *Řetězce drtí dodavatele víc než dříve*, *Hospodářské noviny* ze 7. 4. 2010, s. 17 (nepovolené poplatky jsou nahrazeny jinými, tlak na cenu je vyšší než před zavedením zákona). Mařík, M. Regulace obchodu je totální propadák. *Hospodářské noviny* z 3. 11. 2010, s. 16 (mj. se konstatuje, že prodej ve slevě - za podnákladovou cenu - je legitimním marketingovým nástrojem, který zákon o významné tržní síle nezakazuje: jde o formu výdaje na reklamu, funkčně rovnocennou případu, kdy obchodník použije část z tržby za výrobek prodaný draž na reklamu, aby přilákal zákazníky; nižší cena zboží přímo na regále to splní rovněž). Slovenské peripetie, které zřejmě budou pokračovat, jsou popsány výše.

<sup>290</sup> Viz § 3 ZVTS.

<sup>291</sup> Podle § 10 ZOHS.

ochraně jedné z nich.<sup>292</sup> Otázka dnes však zní už jinak: zda není přece jen přednější změnit rigidní „klasické“ schéma dělby práce mezi zákony<sup>293</sup> či odvětvími tak, aby hlavně sloužily odůvodněným společenským potřebám, nežli trvat na tom, že konkrétní zákon má jaksi vyhrazený „svůj účel“ a že není vhodné jej kontaminovat jinými „cizorodými“ účely, pro jejichž sledování by bylo vhodnější vytvořit zákon jiný.<sup>294</sup> Není až takový problém zákonný účel (třeba právě předmět ochrany) rozšířit či posunout; v případě potřeby na to stačí i doktrína a judikatura.

#### 4.8 Závěrem k ekonomickým hlediskům tzv. významné tržní síly či ekonomické závislosti

Skepse k rozšíření nového druhu arbitrární regulace bez jasných hranic je založena především na tom, že není k dispozici spolehlivá teoretická základna ekonomické závislosti; neví se, kde končí a kde začíná, což vyvolává pochybnosti o jakýchkoliv opatřeních v této oblasti a vede to mj. též k tomu, že se jí regulátoři soutěže snaží vyhnout, seč mohou.<sup>295</sup>

Tzv. významná mocenská asymetrie mezi stranami by měla být předmětem regulace jen v případě, že ohrožuje fungování soutěže jakožto instituce a společenského statku (to je zajištěno v zásadě zákazem zneužití tržní moci a testem podstatného omezení soutěže v rámci posuzování fúzi).

<sup>292</sup> Podobně Scheelings, R.; Wright, J. „Sui generis“? An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union. *Akron Law Review* [online]. 2006, vol. 39, no. 1, s. 207-243 [cit. 23. 11. 2009]. Dostupné z: [http://ssrn.com/abstract\\_id=800886](http://ssrn.com/abstract_id=800886)

<sup>293</sup> Německý GWB úpravu subdominantní, ale významné tržní síly obsahuje a nevyvolává to problémy.

<sup>294</sup> K tomu srov. též BEJČEK, J. Může být účelem zákona samoučel? *Právní rozhledy: časopis pro všechny na právní odvětví*. Praha: C.H. Beck, 2003, roč. 11, č. 11, s. 533-542

<sup>295</sup> Srov. výše Scheelings, R.; Wright, J., op. cit., s. 14, 29. Jako *pars pro toto* může svou jednoznačností a vyhrčeností sloužit odmítnutí takové regulace bulharskou komisí pro ochranu soutěže z 13. 7. 2010 v reakci na Sdělení EK z 28. 10. 2009 o lepším fungování potraviného řetězce. Konstatuje se v něm, že jde o otázky mimo ochranu soutěže, a tedy mimo působnost EK. Koncept významné tržní síly zavedený v řadě států EU se v praxi podle tohoto prohlášení ukázal jako docela neefektivní. I zvláštní zákony o takové regulaci nesou s sebou riziko opačného účinku na malé dodavatele, které by měly chránit - totiž že supermarkety odkloní svoji poptávku do sousedních zemí s mírnější regulací, a že budou preferovat větší dodavatele. Východisko vidí ve zvláštních zákonech o poctivé soutěži, v informačních kampaních a prosazování etického kodexu, jakož i v utváření profesionálních sdružení drobných dodavatelů chránících jejich kolektivní práva a pravidla soutěže (srov. [http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04\\_2010/bg\\_supermarket.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/04_2010/bg_supermarket.pdf)).

Tzv. významná tržní síla není rovna tržní moci ve smyslu ZOHS. Jde jen o jakousi „kvalifikovanou subdominanci.“ Chápat ji v objektivním konceptu jako jakousi „tržní moc v menším“ znamená *de facto* zužování relevantního trhu (aby se mohla dovodit „tržní moc“ na takto zúženě vymezeném trhu), byť se to explicitně nepřiznává. Objektivní koncept významné tržní síly prosazovaný ÚOHS potlačuje či vyřazuje kontextualitu a *de facto* snižuje hranici pro určení tržní síly. Česká právní úprava v podstatě mechanicky přejímá koncepci zneužití tržní moci včetně opatření k nápravě.<sup>296</sup> Umožňuje chránit proti významné tržní síle i silného (ba, i dominantního) dodavatele.

Vyjednávací síla je čistě subjektivní a kontextuální pojem, jenž má smysl jen ve vztahu ke konkrétnímu partnerovi. Je neodůvodněné zakazovat v takových situacích určitá ujednání mezi podnikateli (profesionály) se stejnou mechanickou logikou, s níž se jako *per se* nepřípustné zakazují určitá ujednání ve vztahu mezi obchodníkem a spotřebitelem.<sup>297</sup> Tím se omezují disponibilní možnosti i v neprospěch toho tzv. slabšího, který má být chráněn třeba i proti své vůli a proti svým ekonomickým zájmům.

Jakkoliv kasuistické zákonem zakázané formulace lze přitom obejít a skutečná rovnováha sil se mezi partnery prostě opět nastolí, ovšem jen jinými prostředky a skrytě. Žádný zákon *per se* zákazem určitých formulací nevyřeší nekonečnou pružnost obcházení, která spolehlivě překoná veškeré zákonné výčty. Řešení není v „soudně jistých“ formulacích, ale v náročnějším a nejistějším posouzení všech souvislostí konkrétního případu.

Podstata věci je podobná i u tzv. kodexů správného chování, jejichž přínos je sporný. Buď jsou totiž nezávazné a hrají jen roli právně nevynutitelného „morálního směrníku“, nebo závazné jsou, a pak by ovšem měly být doplněny účinným mechanismem kontroly a donucení. Náklady spojené s dodržováním vnějších pravidel mohou vést ke snaze kodexy obcházet třeba formou vertikální integrace partnerů; navíc mohou zkreslovat ekonomické i jiné podněty smluvních stran a mohou vést ke sjednocování obchodních podmínek, a tím i k oslabování soutěže.<sup>298</sup>

<sup>296</sup> Předpokládá se i zavedení tzv. opatření k nápravě, resp. závazků analogicky k § 11 odst. 3,4 ZOHS.

<sup>297</sup> Srov. nedávný pokus v Zelené knize o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinového a nepotravinového zboží. Dostupné z: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0037:FIN:CS:HTML>

<sup>298</sup> Cit. Hauptgutachten, 2010/2011, op. cit., s. 389.

Požadavek po důkladném posouzení každého jednotlivého případu se týká např. i zákazu vyžadovat po „slabší straně“ cenu, jež je pod pořizovací (nákupní) cenou, za niž zboží pořídil prodejce. Není jednak jasná ani definice pořizovací ceny (méně zdatní obchodníci nakupující draho, by byli zvýhodněni vůči svým nakupujícími „silnějším“ partnerům a přenášeli by tak na ně důsledky své vlastní obchodní neschopnosti), a jednak lze tuto podmínku obejít tak, že se sice formálně naplní, ale sjednají se jiné platby či povinnosti, které vynucenou „ztrátu“ vykompenzují.

Tato oblast by měla být doménou soukromoprávní ochrany (kontroly obsahové správnosti smlouvy). Námitka, že by se projevil tzv. paradox „jezdce a koně“ (z obavy o další pokračování spolupráce se slabší strana nebude dovolávat soukromoprávní ochrany proti nevyváženým smlouvám) nepůsobí věrohodně, neboť zavedením veřejnoprávní ochrany se problém neodstraní.<sup>299</sup>

Jednání o cenách a dalších podmínkách je významným parametrem soutěže mezi podnikateli; veřejnoprávní „záštita“ může působit i demoralizačním opačným efektem a nepřímou motivovat výrobce k tomu, aby se raději spolehli na „vztahově nekonfliktní“ zásah soutěžního úřadu, než aby vyvinuli veškeré úsilí k diferenciaci prodejní politiky a k minimalizaci vztahů závislosti od samého počátku.<sup>300</sup>

Na rozdíl od tržní moci uplatňované vůči soutěžitelům nebo spotřebitelům není poptávková moc či vyjednávací síla pravidelně spojena s negativními dopady na soutěž nebo na spotřebitelský blahobyt, ale naopak může soutěž zintenzivnit a zостřit a přispět k její kreativní destruktivitě.<sup>301</sup> Přitom může zvýhodněné nákupní podmínky ve značném rozsahu přenést na spotřebitele.

Excesy v jednotlivých případech jsou lépe řešitelné soukromoprávní cestou kontroly obsahové správnosti smluv<sup>302</sup> nežli těžkopádnou veřejnoprávní úpravou zneužití tzv. významné tržní síly, resp. ekonomické závislosti, která může v důsledku poškodit soutěžní prostředí i spotřebitele.

Souvisejícím tématem, které však přesahuje téma této publikace, je principiální právně politická otázka formálního kritéria pro zařazení mezi chráněné. Mají to

<sup>299</sup> Podobně jako se neodstraní zavedením programu shovívavosti; zachování anonymity oznamovatele je iluze.

<sup>300</sup> Srov. podobně Hauptgutachten, 2010/2011, op. cit., s. 386.

<sup>301</sup> Pojem zavedený pro charakteristiku konkurence jakožto procesu Josefem Aloisem Schumpeterem.

<sup>302</sup> Pomocí institutů jako nátlak (*duress*), hospodářský tlak (*economic pressure*), adekvátnost protiplnění (*consideration*), neúměrné zkrácení (*laesio enormis*), lichva, obecná ochrana slabšího atp.

být tzv. střední a malí podnikatelé (identifikovaní na základě objektivizovaných kritérií nebo kasuistické komplexní úvahy?), jednotný (obecný) spotřebitel (nebo i v jeho rámci je účelná dělba na zvlášť ohrožené a se stejnými subsumpčními kritérii se potýkající „ještě slabší“ - staré lidi, děti, apod.), nebo se má chránit jen obecně tzv. „slabší strana“?

Kupní síla se totiž nevztahuje jen ke spotřebitelskému blahobytu, resp. přebytku. Týká se též poctivosti a ekonomické svobody. Při zacházení s ní a snahách o regulaci či námitkách proti ní se nevyhneme hodnotovým postojům, které ostatně v civilizovaných zemích jsou součástí právních standardů jak ve veřejném, tak v soukromém právu.<sup>303</sup>

<sup>303</sup> Stucke, op. cit., s. 1562, kde cituje i japonského antitrustového úředníka (Kazuhiko Takeshima), jenž při zdůrazňování role poctivosti prohlásil, že „vylučovat poctivost znamená chránit velké hráče“.





## 5 EKONOMICKÁ ANALÝZA A KVANTITATIVNÍ METODY PŘI POSUZOVÁNÍ SPOJOVÁNÍ SOUTĚŽITELŮ

Kontrola spojování soutěžitelů byla historicky zavedena především jako obrana proti vzniku a posílení monopolů. Postupem času se kontrola fúzí rozšířila a byl nastaven současný standard ochrany, kdy spojení soutěžitelů nesmí vést k zásadnímu narušení účinné hospodářské soutěže či značnému snížení úrovně hospodářské soutěže.<sup>304</sup> Spojováním soutěžitelů dochází obecně ke koncentraci trhů, resp. ke snížení počtu konkurentů na trzích, což může vést k negativnímu dopadu na hospodářskou soutěž způsobujícímu snížení spotřebitelského blahobytu.<sup>305</sup>

Při kontrole spojování soutěžitelů lze rozlišit tři různá hlediska, jež soutěžní úřady v praxi uplatňují postupně. Prvním hlediskem je obrátové kritérium, neboť k substantivnímu posouzení dopadu spojení dochází pouze za předpokladu dosažení určité velikosti obrátů všech spojujících se soutěžitelů. Pokud spojující se podniky nesplňují obrátové kritérium, má se za to, že jsou příliš „malé“ a jejich spojení proto nemůže mít výraznější dopad na fungování hospodářské soutěže na daném trhu.<sup>306</sup> V případě, že spojující se soutěžitelé dosahují stanovené výše obrátů, jsou povinni svůj záměr uskutečnit spojení notifikovat u příslušného soutěžního úřadu, který posoudí potenciální negativní účinky plánovaného spojení. Dnes u nás již nepoužívanou variantou k absolutní výši obrátu je relativní podíl na obrátu dosahovaném na příslušném relevantním trhu; tuto mechanistickou variantu používal prvý polistopadový český ZOHS z r. 1991.<sup>307</sup>

<sup>304</sup> Tyto dva standardy jsou ve svém důsledku velmi podobné, přičemž značné snížení úrovně hospodářské soutěže (significant lessening of competition, SLC) se používá především v USA a zásadní narušení účinné hospodářské soutěže (significant impediment to effective competition, SIEC) se používá v EU, která tento test přijala v EUMCR namísto dřívějšího testu dominance, z důvodu, aby mohla být zachována právní jistota a planost dřívější judikatury.

<sup>305</sup> Přední evropská odborníci na teorii industriálních organizací ve své publikaci týkající se dopadu fúzí na trh uvedli: „*At už si soutěžitelé konkurují cenou či kapacitou, fúze mezi konkurenty zvyšuje tržní sílu spojujících se soutěžitelů i jejich zbývajících konkurentů, čímž vždy vede (za předpokladu, že díky ní nejsou generovány žádné úspory či efektivity) k vyšším cenám a nižší produkci*“. IVALIDI, M.; JULIAN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P.; TIROLE, J. *The Economics of Unilateral Effects* (Nepublikovaná verze). IDEI. 2003. Dostupné z: [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/the\\_economics\\_of\\_unilateral\\_effects\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_unilateral_effects_en.pdf).

<sup>306</sup> Srov. § 13 a 14 ZOHS, čl. 1 EUMCR. a Clayton Act (USA).

<sup>307</sup> Srov. § 8a odst. 1 ZOHS (zák. č. 63/1991 Sb., ve znění zákona č. 495/1992 Sb. a zák. č. 286/1993 Sb.).

Druhý analytický krok při přípravě rozhodnutí o kontrole spojení představuje posouzení dopadu spojení z hlediska struktury trhu, které je založeno na vymezení relevantního trhu, zjištění tržních podílů soutěžitelů na něm působících, zkoumání tržních podmínek a výpočtu míry koncentrace trhu před a po hypotetické realizaci fúze. Tento přístup, který se nazývá „strukturální“, má však své slabiny, a proto se ve specifických a složitějších případech stále častěji přistupuje k pomocnému kroku třetímu - k hodnocení spojení pomocí kvantitativních metod, které slouží k přímému odhadu budoucího možného dopadu uvažovaného spojení. Používání složitějších ekonomických metod v oblasti kontroly spojování, stejně jako v soutěžním právu obecně, je v Evropě trendem posledních let, který se objevuje v souvislosti s tzv. více ekonomickým přístupem. Lze očekávat, že se zvyšováním dostupnosti kvality a kvantity dat, rozvojem ekonomických teorií a obecně vzrůstající podporou ekonomického přístupu ze strany soutěžních úřadů a jeho akceptací soudy, budou tyto metody nabývat stále většího významu, více pronikat do rozhodovací praxe a prakticky doplňovat hodnocení dopadu spojení založené na strukturálním přístupu; nemají však zřejmě potenciál strukturální přístup plně nahradit.

Zajímavou otázkou je vztah mezi strukturálním posuzováním efektu spojení a použitím kvantitativních metod, resp. jejich vzájemná interakce, komplementarita, zastupitelnost a vylučnost.<sup>308</sup> Je třeba pečlivě rozlišovat, kdy je dostatečné použít „pouze“ strukturální přístup a kdy je naopak nutné tento přístup vyloučit či považovat jej pouze za doplňující a zaměřit se na zkoumání přímého dopadu fúze.

Při posuzování dopadu fúze na hospodářskou soutěž se zkoumají tzv. unilaterální a koordinované efekty. Posuzování „unilaterálních“ efektů spočívá v hodnocení možného jednostranného jednání subjektu vzniklého po spojení, které se zkoumá především z pohledu jeho možnosti jednostranně ziskově zvýšit ceny, snížit kvalitu či rozmanitost zboží nebo omezit produkci.

Při sledování „koordinovaných“ efektů se posuzuje pravděpodobnost, s jakou se v důsledku snížení počtu subjektů působících na trhu po realizaci spojení

<sup>308</sup> V praxi je třeba vždy posuzovat, o jaký typ soutěže se na daném trhu jedná a dle toho vybírat nejvhodnější metodu pro posuzování dopadu. Samozřejmě, že rozdílné metody mohou přinášet rozdílné výsledky a může tak docházet ke „konkurenci metod“, kdy může být velmi složité určit, která metoda je ta „správnější“. Na druhou stranu lze samozřejmě předpokládat, že použití různých metod by ve většině případů nemělo vést k odlišným výsledkům, ale naopak potvrzovat vzájemně své závěry. Z praktického hlediska lze bezesporu říci, že čím více metod potvrdí určitý závěr, tím je takový závěr silněji důkazně podpořen.

zvyšuje riziko jejich koordinovaného jednání, které vede rovněž ke zvyšování cen, snižování produkce či variability zboží a služeb, a to bez nutnosti uzavření zakázané dohody ve smyslu § 3 ZOHS či čl. 101 SFEU, tedy prostřednictvím tzv. tacitní koluze.

Tyto efekty a jejich potenciální nebezpečnost pro soutěž závisí ve vysoké míře na typu spojení, ke kterému dochází. Mezi základní typy fúzí patří fúze horizontální, tedy fúze mezi přímými konkurenty na relevantním trhu, fúze vertikální, kdy dochází k fúzi mezi dodavatelem a odběratelem, resp. soutěžiteli působícími na navázaných trzích, a fúze konglomerátní, kdy dochází ke spojení soutěžitelů působících na různých trzích, např. komplementárních. U každého z těchto typů se při přezkumu posuzuje, zda nepovede k unilaterálním či koordinovaným účinkům, které budou představovat značné omezení efektivní hospodářské soutěže na daném trhu a tím povedou k újmě spotřebitelů. Často může docházet k tomu, že jednu fúzi lze podřadit pod více typů. V takovém případě je třeba zkoumat unilaterální a koordinované účinky takovéto fúze s ohledem na všechny typy, které představuje.

Z hlediska dopadu na soutěž jsou jednoznačně nejnebezpečnější fúze horizontální, kdy dochází k přímému snížení počtu soutěžitelů na relevantním trhu, tedy snížení konkurence a vzájemných konkurenčních omezení. Naopak fúze vertikální a konglomerátní budou mít negativní dopad na soutěž jen v relativně výjimečných případech, protože v podstatě implicitně přinášejí efektivitu pro konečného spotřebitele. Ta je představována zejména odstraněním dvojí marginalizace a umožněním efektivnější výroby či přímo nabízením komplementárního zboží v balíčcích, což obvykle značně šetří logistické a další náklady. Je tak zřejmé, že více ekonomický přístup se využije především při posuzování fúzí horizontálních, nicméně v žádném případě není vyloučen ani u fúzí vertikálních či konglomerátních.

V následujícím textu nejprve stručně vysvětlujeme použití strukturálního přístupu k posuzování dopadů spojení, které často slouží jako východisko pro případné další uplatnění kvantitativních metod. Dále se soustředíme na možnost použití ekonomických metod, které přicházejí na řadu v situaci, kdy strukturální přístup z hlediska ekonomické teorie nelze považovat za vhodný a je třeba k němu přistupovat jen jako k velmi obecnému indikátoru možného protisoutěžního efektu fúze. Následně se zaměříme na popis nejznámějších kvantitativních metod, které lze použít pro posouzení dopadu spojení. Rovněž uvádíme odkazy na jejich reálnou

aplikaci především v praxi EK a zmiňujeme také praxi ÚOHS. Konečně se pokoušíme o hodnocení místa a významu těchto pomocných analytických metod ve srovnání s kvalitativním strukturálním přístupem.

## 5.1 Volba metody a charakter soutěže na trhu

Pro dosažení co nejlepšího a nejspolehlivějšího odhadu dopadu spojení je třeba nejprve zohlednit situaci na konkrétním trhu, způsob podnikání spojujících se soutěžitelů a průběh a charakter<sup>309</sup> hospodářské soutěže na něm. Tato kritéria jsou klíčová pro výběr vhodné metody pro posouzení účinků fúze, která bude obecně nejlépe odpovídat tržní realitě a bude tak představovat adekvátní model či indikátor fungování daného trhu. V rámci ekonomické teorie se pracuje především se dvěma modely soutěžní interakce na trhu - *cournotovým* a *bertrandovým*.<sup>310</sup> Cournotův model obecně charakterizuje soutěž na trzích s homogenním zbožím (jako je elektřina, voda, uhlí, ropa atd.), která probíhá především prostřednictvím stanovování množství. Bertrandův model naopak definuje soutěž na trzích s heterogenním zbožím, kde existují různé značky a dochází k častým inovacím (rychloobrátkové zboží, oblečení, auta, bydlení atd.), a na kterém se soutěží prostřednictvím stanovování cen.<sup>311</sup> Specificky se dále při používání ekonometrických metod zohledňuje, zda se jedná o trhy charakteristické tím, že soutěž na nich probíhá především prostřednictvím opakovaných aukcí, a trhy, kde se soutěží především prostřednictvím inovací (hardware, software, mobilní telefony, technika atd.).

Na trzích s homogenním zbožím je možné více spoléhat na strukturální přístup, neboť míra substituce mezi výrobky, jež bývá předmětem zkoumání soutěžních úřadů, teoreticky odpovídá velikosti podílů jednotlivých soutěžitelů na trhu. Na těchto trzích je však důležité brát v úvahu rovněž kapacitní omezení. Použití přímých kvantitativních metod je tak potřebnější a vhodnější na trzích se značně diferencovanými produkty, kde velikost tržních podílů nemusí správně reflektovat skutečnost, jak blízkými substituty jsou jednotlivé produkty, a tím pádem by přílišný důraz na tržní podíly při posuzování dopadu fúze mohl vést k zavádějícím výsledkům.

<sup>309</sup> Na trzích se soutěží různými způsoby, nejčastějšími jsou cena, množství, technologie (míra inovace).

<sup>310</sup> Vedle těchto dvou základních typů lze ještě použít tzv. aukční model, kdy trh je charakterizován opakovaným poptáváním konkrétního zboží/slужby a zadáváním kontraktů na určité období, ve kterém je pak zákazník alokovan (např. svoz odpadů, stavební zakázky atd.).

<sup>311</sup> Blíže např. XAVIER, V. On the efficiency of Bertrand and Cournot equilibria with product differentiation. *Journal of Economic Theory*. 1985, 36. 1. , s. 166-175.

Při používání ekonomických indikátorů a modelů vždy pracujeme pouze s určitým zjednodušením reality, které nedokáže postihnout veškeré aspekty skutečného světa. Na druhé straně je aplikace modelů a kvantitativních technik pro posuzování spojení soutěžitelů nesporně vědecktější než „pouhý“ odhad postavený na základě kvalitativních důkazů a teoretických východisek nepodložených empiricky. Nedokonalost modelů a ekonomických metod však často působí problémy v rovině právní, kdy za klíčovou je nutné považovat spolehlivost dané metody a její všeobecnou akceptaci,<sup>312</sup> aby mohla být použita jako důkaz. V praxi je vedle vhodnosti metody pro konkrétní fúzi vždy třeba rovněž analyzovat, jestli je soutěžní úřad schopen získat nezbytná data k jejímu provedení. Většina složitějších metod, zejména použití simulačních modelů typu AIDS,<sup>313</sup> je totiž velice náročná na kvantitu a kvalitu dat, která zpravidla nejsou v dostatečné míře dostupná.

Přestože v posledních letech probíhá neustálá diskuze nad využitelností ekonomických modelů a více ekonomický přístup je silně prosazován zejména právě v rámci posuzování fúzí, byly složitější ekonometrické modely, jako simulace fúzí, použity relativně zřídka. Důvodem je zřejmě jednak výše zmíněný nedostatek dat, určitá rezervace zejména právníků ke spolehlivosti těchto metod, která činí použitelnost ekonomických analýz jako důkazů v řízení poměrně obtížnou a působí často podstatné problémy. V české praxi je to jednoznačně patrné, neboť ani ÚOHS dosud při posuzování fúzí nevyužil žádný simulační model, ani některý z novějších indikátorů, jako je UPP, GUPPI<sup>314</sup>, či dokonce ani neargumentoval za pomoci numerické kvantifikace míry odklonu.

<sup>312</sup> Zásadním krokem pro prohloubení používání ekonometrických metod v oblasti fúzí je přezkum skutečného vlivu povolení spojení, stanovení závazků, či zamítnutí spojení na blahobyt spotřebitele *ex post*, tedy po uskutečnění fúze. Právě přezkum skutečného vlivu uskutečněné/neuskutečněné fúze na ceny, kvalitu atd., by měl umožnit zpětně hodnotit, zda použité ekonometrické metody pro její povolení/zamítnutí byly správné. Někteří autoři poukazují na značnou absenci takového hodnocení dopadu fúzí a navrhuji např. určitý metodologický mix pro provádění *ex post* hodnocení účinků fúze. Blíže např. BUDZINSKI, O. Impact Evaluation of Merger Control Decisions. *Social Science Research Network* [online]. 2012 [cit. 25. 8. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1963280>.

<sup>313</sup> Tento model obecně vyjadřuje poptávkové funkce tak, jako by byly výsledkem jednání racionálního reprezentativního spotřebitele, které je modelováno prostřednictvím uživatelské funkce. Model definuje minimální výdaj nezbytný při daných cenách k dosažení specifické úrovně užítku. Představen byl v článku DEATON, A.; MUELLBAUER, J. An almost ideal demand system. *The American economic review*. 1980, 70.3, s. 312-326.

<sup>314</sup> Více o těchto metodách viz níže.

## 5.2 Základní strukturální indikátory

### 5.2.1 Tržní podíl

Nepostradatelným krokem prakticky při každém posuzování možných dopadů spojení soutěžitelů je vymezení relevantního trhu, na kterém spojující se podniky působí, a určení velikosti tržních podílů jednotlivých hráčů na tomto trhu.<sup>315</sup> Informace o velikosti tržních podílů spojujících se soutěžitelů slouží jako první indikátor toho, zda bude spojení vyvolávat určitý soutěžní problém či nikoliv, zejména pokud se jedná o horizontální spojení. EK ve EUMHG obecně vychází z toho, že tržní podíl ve výši nad 50 % indikuje existenci dominantního postavení. Avšak i spojení, ze kterého vzejde podnik s nižším tržním podílem než 50 %, může představovat ohrožení hospodářské soutěže při zohlednění dalších podmínek na trhu. Na druhou stranu má EK za to, že pokud by byl společný tržní podíl spojujících se soutěžitelů nižší než 25 % na společném trhu nebo na jeho podstatné části, úroveň koncentrace trhu by byla příliš nízká na to, aby mohla způsobovat významné ohrožení hospodářské soutěže. DOJHMG sice nehovoří ve spojení s tržním podílem o žádných předpokládaných prahových hodnotách, ale využívají jej při zkoumání fúzí zprostředkovaně při výpočtu HHI.<sup>316</sup> Je však nutné si uvědomit, že tržní podíly samy o sobě, bez spojení s dalšími důkazy, nemusí správně reflektovat možné dopady spojení.<sup>317</sup>

### 5.2.2 Herfindahl-Hirschmanův Index (HHI)

V rámci strukturálního přístupu k posuzování fúzí se zkoumá úroveň koncentrace trhu, jako jednoho z významných ukazatelů možných negativních efektů spojení. Předmětem zkoumání je jednak úroveň koncentrace trhu po uskutečnění spojení a dále změna koncentrace trhu v důsledku realizace spojení.<sup>318</sup> Míra koncentrace trhu se počítá pomocí Herfindahl-Hirschmanova indexu (HHI), který je založen na součtu druhých mocnin velikosti tržních podílů všech soutěžitelů působících na daném relevantním trhu.<sup>319</sup> Pokud se velikost HHI přibližuje k nule, vypovídá

<sup>315</sup> Blíže viz kap. 2 (vymezování relevantního trhu).

<sup>316</sup> Blíže viz kap. 5. 2. 2 týkající se výpočtu HHI.

<sup>317</sup> Viz EUMHG, bod 15, který upozorňuje na nutnost brát v úvahu např. dynamiku trhu a inovace.

<sup>318</sup> Horizontal merger guidelines (DOJ, FTC). Dostupné z: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html#5c> (dále též „DOJHMG“).

<sup>319</sup> Vzorec pro výpočet je následující:

$HHI = (\text{tržní podíl soutěžitele A})^2 + (\text{tržní podíl soutěžitele B})^2 + \dots + (\text{tržní podíl soutěžitele n})^2$ , na trhu kde působí „n“ soutěžitelů.

to o tom, že na trhu existuje velké množství malých soutěžitelů. Maximální hodnotou HHI je 10 000, což představuje situaci, kdy je celý relevantní trh kontrolován jedním podnikem.

Podle EUMHG platí, že horizontální spojení pravděpodobně nebude mít negativní účinky na soutěž, pokud je HHI po spojení nižší než 1000. Stejně tak se pravděpodobně nebudou za nežádoucí považovat spojení v případě, že HHI po spojení bude dosahovat hodnoty v rozmezí mezi 1000 a 2000, kdy delta HHI před a po uskutečnění spojení, tj. růst HHI v důsledku spojení, bude menší než 250, případně pokud bude HHI dosahovat hodnot nad 2000, jestliže delta bude pod 150. Taková situace obecně nastává, pokud se soutěžitel s velkým tržním podílem spojuje se soutěžitelem s velmi malým tržním podílem. EK však upozorňuje na skutečnost, že mohou existovat zvláštní okolnosti, které mohou uvedená pravidla vyvrátit, a to např. pokud jedna či více ze spojujících se stran jsou významnými inovátory, jejichž metody se nepromítají do podílů na trhu, nebo pokud má již před spojením jedna ze spojujících se stran vyšší tržní podíl než 50 %.<sup>320</sup>

Přístup EK k hodnotám HHI		
HHI	růst HHI	Posouzení
> 1000		EK pravděpodobně nebude považovat za problematické
1000 - 2000	> 250	EK pravděpodobně nebude považovat za problematické
< 2000	> 150	EK pravděpodobně nebude považovat za problematické

Soutěžní orgány v USA, tj. DOJ a FTC, ve svých pokynech stanovují uvedené prahové hodnoty HHI odlišně. Dle jejich pokynů je za nekoncentrovaný považován trh, na kterém HHI dosahuje hodnot pod 1 500. Na takovém trhu proto pravděpodobně nebude mít spojení soutěžitelů škodlivý efekt na soutěž. Pokud navíc po spojení dojde ke zvýšení HHI pouze o 100 bodů, je nepravděpodobné, že by takové spojení mělo negativní efekt, a že by bylo potřeba provádění nějakých dalších analýz. Na mírně (středně) koncentrovaném trhu, tj. trhu s HHI mezi 1500 a 2500, bude zpravidla větší pozornost z hlediska možných protisoutěžních účinků vyžadovat takové spojení, které vyvolá zvýšení HHI o 100 bodů. Spojení na vysoce koncentrovaném trhu (HHI nad 2 500), jež zvyšuje HHI o 100 až 200 bodů, potenciálně vyvolá významné omezení soutěže. Pokud na takovém trhu dojde ke zvýšení

<sup>320</sup> Viz EUMHG, odst. 19 - 21.

o více než 200 bodů, má se za to, že spojení pravděpodobně zvýší značně tržní sílu nově vzniklé entity. Tato domněnka ovšem může být vyvrácena přesvědčivými důkazy o tom, že zvýšení tržní síly není pravděpodobné.<sup>321</sup>

Přístup DOJ a FTC k hodnotám HHI		
HHI	růst HHI	Posouzení
> 1500		nepravděpodobný negativní účinek na soutěž zpravidla netřeba další analýzy
	> 100	nepravděpodobný negativní účinek na soutěž zpravidla netřeba další analýzy
1500 - 2500	< 100	potenciálně způsobí značný dopad na soutěž, často podmíněno podrobným přezkoumáním
< 2500	100 - 200	potenciálně způsobí značný dopad na soutěž, často podmíněno podrobným přezkoumáním
< 2500	> 200	pravděpodobného zvýšení tržní síly

Pokud je zjištěna vysoká koncentrace trhu, je nutné posuzovat další tržní podmínky k tomu, aby bylo možné odhadnout, jaký bude mít spojení dopad na hospodářskou soutěž. Podstatným faktorem je proto „kontestabilita“ (přístupnost) daného trhu, která je vysoká v případě nízkých bariér vstupu na trh a neexistence žádných utopených nákladů potřebných pro vstup na trh. Snadná přístupnost trhu totiž odrazuje stávající podniky (i s velmi vysokým tržním podílem) pohybující se na tomto trhu zvyšovat ceny. Důležitým faktorem, jenž může omezit schopnost zvýšit ceny po uskutečnění spojení, je také kupní síla odběratelů. Velká kupní síla se projevuje například na trzích, kde probíhají tendry.<sup>322</sup>

### 5.3 Základní nestrukturální indikátory

#### 5.3.1 Cenová korelace, stacionarita

Test cenové korelace spočívá v posuzování vzájemné závislosti cen různých soutěžitelů a jejich vývoj v čase. Korelační analýza se používá rovněž při vymezování relevantního trhu, lze ji však aplikovat také při posuzování dopadů spojení. Pomocí této analýzy se totiž zjišťuje blízkost substituce produktů spojujících se soutěžitelů,

<sup>321</sup> Viz DOJHMG.

<sup>322</sup> NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for Competition Lawyers*. Oxford: Oxford University Press, 2011, 609 s. ISBN 9780199588510, s. 348.



konkrétně se zkoumá, zda korelační koeficienty mezi produkty spojujících se podniků jsou nějakým způsobem diferencované od korelačních koeficientů mezi jednotlivými dvojicemi všech soutěžitelů působících na daném trhu. Obecně platí, že v případě vyšší míry korelace mezi produkty spojujících se soutěžitelů oproti korelaci mezi produkty spojujících se soutěžitelů a dalších konkurentů, lze usuzovat na blízkost soutěže mezi spojujícími se soutěžiteli a z toho vyvozovat potenciální soutěžní problém. Je samozřejmě třeba vnímat potenciální riziko falešné korelace způsobené např. shodností nákladů posuzovaných produktů.<sup>323</sup> Vedle korelace ceny produktů lze zjišťovat také např. korelaci mezi objemy zboží dodávanými na trh jednotlivými soutěžiteli.

Analýza stacionarity zkoumá, zda a jak rychle se relativní cena dvou produktů vrací k určité konstantní hodnotě v průběhu času. Test stacionarity je založen na obdobném principu jako test korelace. Pokud touto analýzou zjistíme, že v dlouhém období jsou produkty spojujících se soutěžitelů vzájemně svázány pevněji než s produkty konkurence, lze usuzovat na vysokou blízkost substituce produktů a potenciální soutěžní problém.

Při zkoumání korelace a stacionarity je však třeba si uvědomit, že tyto analýzy nepřinášejí informace o výsledném efektu fúze, ale slouží pouze jako indikátory toho, zda soutěž mezi produkty spojujících se soutěžitelů je větší (intenzivnější), než jejich soutěž s produkty dalších konkurentů, což naznačuje vyšší riziko soutěžního problému.<sup>324</sup>

Analýza korelace a stacionarity byla použita v rozhodnutích EK ve věcech *Nestlé/Perrier*<sup>325</sup> a *Arsenal/Dsp*<sup>326</sup> pro vymezení relevantních trhů, jako nezbytného kroku pro další posouzení možných dopadů spojení.<sup>327</sup> V české praxi ÚOHS použil analýzu korelace ve svém rozhodnutí, kterým povolil se závazky spojení společností *Agrofert Holding, a. s.* a *Euro Bakeries Holding, a. s.*<sup>328</sup>

<sup>323</sup> Blíže o problematice falešné korelace např. KENNEY, B. C. Beware of spurious selfcorrelations! *Water Resources Research*. 1982, 18.4, s. 1041-1048.

<sup>324</sup> Uvedené cenové analýzy byly použity například v rozhodnutí EK ze dne 27. 6. 2007, věc M.4439, kterým nebylo povoleno spojení společností *Ryanair/Aer Lingus*.

<sup>325</sup> Rozhodnutí EK ze dne 22. 7. 1992, věc M.190, *Nestlé/Perrier*.

<sup>326</sup> Rozhodnutí EK ze dne 9. 1. 2009, věc M.5153, *Arsenal/ Dsp*.

<sup>327</sup> Blíže k této analýze a jejímu využití při vymezování relevantních trhů, viz kap. 2 (vymezování relevantního trhu).

<sup>328</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S472/2011/KS-7043/2012/840/RPI. Blíže bylo popsáno v kap. 2. 4.

### 5.3.2 Analýza kritické ztráty

Analýza kritické ztráty se používá zejména při vymezování relevantního trhu pomocí tzv. SSNIP testu,<sup>329</sup> používaného k přímé realizaci testu hypotetického monopolisty. Obecně pomocí analýzy kritické ztráty zjišťujeme, při jak velké ztrátě objemu prodeje způsobené zvýšením ceny již dojde ke snížení zisku. Předmětem zkoumání je otázka, zda je zvýšení ceny profitabilní, což lze zjistit porovnáním hodnoty kritické ztráty, kterou představuje maximální počet ztracených prodeje, při němž je zvýšení ceny ziskové, se ztrátou skutečnou, tj. se skutečným počtem ztracených prodeje. Pokud je kritická ztráta menší než ztráta skutečná, jež je důsledkem zvýšení ceny, dochází ke snižování zisku, tedy takovéto zvýšení ceny není profitabilní.<sup>330</sup>

Vedle stanovení relevantního trhu lze však analýzu kritické ztráty použít také při posuzování unilaterálního cenového efektu horizontálních fúzí. Základní otázkou v tomto kontextu je, zda by spojující se soutěžitelé byli schopni po uskutečnění spojení ziskově zvýšit cenu o určité procento. Pokud ze srovnání skutečné a kritické ztráty vyplyne, že skutečná ztráta je vyšší než kritická, spojení soutěžitelé by nemohli ziskově zvýšit cenu, což indikuje nepravděpodobnost soutěžního problému.<sup>331</sup>

Příkladem použití této metody je z praxe EK např. posuzování spojení soutěžitelů v rozhodnutí *Intel/McAfee*.<sup>332</sup>

<sup>329</sup> SSNIP test (*small but significant non transitory increase in prices*) obecně zkoumá, zda by skutečnost, že zákazníci přešli k substitutům nebo k jiným dodavatelům v reakci na hypoteticky malé (v rozmezí od 5 % do 10 %), avšak dlouhodobé a nepřenositelné (na další zákazníky) zvýšení ceny výrobků v uvažované oblasti, znamenala, že toto zvýšení cen by bylo neziskové v důsledku ztráty objemu prodeje, resp., že ztráta vzniklá díky nižšímu množství prodeje by převyšovala vyšší zisk generovaný z jednoho prodaného výrobku v důsledku jeho (po zvýšení) vyšší ceny.

<sup>330</sup> Blíže v kap. 1. 3. 2.

<sup>331</sup> <sup>26</sup> Analýzu kritické ztráty používá EK spíše za účelem vymezování relevantních trhů, nežli k samotnému posuzování dopadu fúze. Pro stanovení relevantního trhu byla tato analýza použita např. v rozhodnutí EK ze dne 22. 6. 2009, věc M. 5335, *Lufthansa/Sn Airholding*.

<sup>332</sup> Rozhodnutí EK ze dne 26. 1. 2011, věc M.5984, *Intel/McAfee*. Otázkou, která byla řešena pomocí analýzy kritické ztráty při přezkumu tohoto spojení soutěžitelů, bylo, zda má soutěžitel Intel ekonomický důvod vázat prodej McAfee softwarových řešení antivirového zabezpečení v balíčcích s jeho hardwarem. EK totiž měla obavu, že konkurenční společnosti nabízející antivirové programy by mohly být vyloučeny z trhu vzhledem k velmi silnému postavení soutěžitele Intel na trhu prodeje počítačových čipů a procesorů. Za pomoci metody kritické ztráty bylo posuzováno hypotetické vytvoření balíčků antiviru McAfee a čipů Intel a jejich vliv na distribuční kanál oficiálních výrobců (OEM). Bylo zjištěno, že maximální dosažitelné zvýšení podílu na trhu antivirového software v důsledku prodeje v balíčcích by pro nově vznikající subjekt bylo extrémně nízké (méně než jedno procento). Zkoumaná kritická ztráta byla v tomto případě definována jako výše podílu ztracených prodeje hardware, při které je ztráta zisku vyrovnána díky zisku z prodeje antivirového software v balíčcích. Analýza kritické ztráty ukázala, že ztráta pouhého jednoho procenta zákazníků nakupujících čipy a procesory v důsledku zavedení balíčků by znamenala snížení zisku nově vznikajícího soutěžitele. EK nakonec rozhodla o povolení spojení s přijetím závazků.

V české praxi byla analýza kritické ztráty použita v rozhodnutí, kterým ÚOHS povolil spojení soutěžitelů *Aelia Czech Republic s.r. o / UG Air, a. s.*<sup>333</sup>

### 5.3.3 Míra odklonu

Analýza míry odklonu slouží k přímému měření toho, jak blízké jsou jednotlivé produkty substituty, tedy jak jsou vzájemně zastupitelné.<sup>334</sup> Pokud hovoříme o míře odklonu mezi dvěma produkty, popisujeme množství zákazníků, kteří si vlivem zvýšení ceny produktu A tento produkt nekoupí a upřednostní místo něho produkt B. Míra odklonu se uvádí v procentech.

Zjednodušeně lze míru odklonu charakterizovat jako poměr mezi celkovou ztrátou prodeje produktu A v důsledku zvýšení ceny tohoto produktu a množstvím, které z této celkové ztráty pokryje nákup výrobku B. Představme si modelovou situaci, kdy dojde k tomu, že kvůli zvýšení ceny ztratí prodejce produktu A 100 jednotek prodeje výrobku A a současně je z těchto 100 ztracených jednotek pokryto 45 jednotek nákupem produktu B a 20 nákupem produktu C. V takové situaci lze říci, že míra odklonu mezi produkty A a B je 45 % a mezi A a C 20%. Je zřejmé, že čím je větší míra odklonu mezi výrobky, tím jsou si výrobky bližšími substituty a existuje mezi nimi vyšší míra soutěže. Nutností je vždy správně interpretovat, o jakou míru odklonu se jedná, neboť nemusí platit, že substituce je obousměrná, tedy míry odklonu od výrobku A k výrobku B a od výrobku B k výrobku A se mohou lišit, a to i značně.<sup>335</sup> Díky možnosti asymetrických měř odklonu může nastat situace, kdy výrobek B bude nejbližším substitutem výrobku A, ale nejbližším substitutem výrobku B nebude výrobek A, ale výrobek C. Takovéto zjištění je třeba při analýze fúze zohlednit.

Míra odklonu odpovídá formálně poměru mezi křížovou elasticitou poptávky po výrobcích A a B (tj. jak se změní objem nákupů výrobku B v reakci na změnu ceny výrobku A) ku vlastní elasticitě poptávky výrobku A (tj. jak se změní objem nákupu výrobku A v reakci na změnu ceny výrobku A). K přesnému určení měř odklonu je tedy potřebné odhadnout elasticitu a křížovou elasticitu poptávky, což je v praxi

<sup>333</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 13. 12. 2011, č. j. ÚOHS-S489/2011/KS-19817/2011/840/DVá. Blíže pospáno v kapitole 2. 4. 2.

<sup>334</sup> WERDEN, G. J.; FROEB, L. M.; TSCHANTZ, S. Effects of Merger Efficiencies on Consumers of Differentiated Products. *European Competition Journal*. 2005, vol. 1, no. 245-264.

<sup>335</sup> Typickým příkladem mohou být trhy mobilních a pevných telefonů, kde funguje pouze jedno- směrná substituce.

často značně obtížné. Další možností je provést spotřebitelský průzkum<sup>336</sup> či zkoumat interní dokumenty šetřených soutěžitelů, které se týkají toho, jak reagují jejich zákazníci na změny cen či na zavedení např. nových konkurenčních výrobků.

Rozdíl mezi křížovou elasticitou a mírou odklonu lze popsat tak, že v případě křížové elasticity se měří, kolik procent z celkového množství zákazníků A přejde vlivem zvýšení ceny soutěžitele A k výrobku soutěžitele B, a v případě míry odklonu se posuzuje, jaký podíl ze všech odešlých zákazníků, přešel vlivem zvýšení ceny soutěžitele A k výrobkům soutěžitele B.

Lze shrnout, že v případě fúze soutěžitelů, mezi jejichž posuzovanými produkty existuje vysoká míra odklonu, je větší pravděpodobnost negativního efektu na souěž a potažmo na spotřebitele.

Míru odklonu zkoumala EK např. při posuzování spojení soutěžitelů *T-Mobile Austria/Tele.ring*,<sup>337</sup> působících na trhu nezávislých operátorů mobilních sítí v Rakousku.<sup>338</sup> Dalším příkladem použití měř odklonu v rozhodnutí EK je případ *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*.<sup>339</sup>

<sup>336</sup> Blíže viz např. REYNOLDS, G.; WALTERS, CH. The use of customer surveys for market definition and the competitive assessment of horizontal mergers. *Journal of Competition Law and Economics*. 2008, 4,2, s. 411-431.

<sup>337</sup> Rozhodnutí EK ze dne 26. 4. 2006, věc M.3916, *Mobile Austria / Tele.ring*.

<sup>338</sup> Soutěžitel Tele.ring byl na daném trhu „maverickem“, neboť během posledních tří let před oznámením plánovaného spojení téměř ztrojnásobil svůj obrat. EK měla obavu, že toto spojení povede k vytvoření dvou velkých, zhruba symetrických mobilních operátorů a především k vyloučení soutěžitele Tele.ring, který dosud na trhu působil jako maverick na trhu, které mohlo dle jejího názoru vést k zvyšování cen ze strany nově vzniklého subjektu, tedy k unilaterálním efektům. Zejména se EK zaměřila na velmi vysoké míry odklonu mezi spojujícími se soutěžiteli. Výhodou bylo, že trhy mobilních operátorů jsou specifické tím, že data týkající se přechodu zákazníků mezi operátory jsou zásadně dostupná. EK zkoumala jednak míru odklonu mezi spojujícími se soutěžiteli a rovněž mezi nimi a ostatními soutěžiteli na trhu. Zjistila, že 50-60% všech zákazníků, kteří odešli od svého operátora, přešli k Tele.ring. Současně vyšlo najevo, že z těch zákazníků, kteří odešli konkrétně od T-Mobile a Mobilkomu, přešlo cca 60% právě k Tele.ring. Z toho EK dovodila, že Tele.ring vytváří na zmíněné operátory významný soutěžní tlak. Fúze byla povolena s přijetím závazků.

<sup>339</sup> Rozhodnutí EK ze dne 12. 12. 2012, věc M.6497, *Hutchison 3G Austria / Orange Austria*. Opět se jednalo o rakouský trh mobilních operátorů, na němž mělo v důsledku spojení dojít ke snížení počtu operátorů ze čtyř na tři. Vznikající soutěžitel se měl stát „trojkou“ se zhruba 22 % tržním podílem. Spojující se soutěžitelé měli silné postavení zejména v segmentu soukromých zákazníků a segmentu prodeje datových služeb. To naznačovalo možnou vysokou tržní sílu v těchto oblastech a proto EK právě u nich přistoupila ke zkoumání vzájemných měř odklonu. Výsledky odhalily, že vzájemná substituovatelnost mezi Hutchison 3G Austria a Orange Austria je značně vyšší (mezi 30-40% od Orange Austria k Hutchison 3G Austria a mezi 20-30% od Hutchison 3G Austria k Orange Austria), než by naznačovala hodnota jejich tehdejších tržních podílů. Vzhledem k tomu EK dospěla k závěru, že v těchto segmentech může spojení vést k podstatnému narušení efektivní hospodářské soutěže na daném trhu. Fúze byla také schválena se závazky.

### 5.3.4 Test tlaku na zvyšování cen (UPP)

Test tlaku na zvyšování cen, který byl poprvé navržen v roce 2010,<sup>340</sup> se odklání od strukturálního přístupu, neboť pro jeho výpočet není zapotřebí definovat relevantní trh a určovat tržní podíly spojujících se soutěžitelů. Pomocí UPP testu se posuzuje, jak velká je motivace subjektu vzniklého spojením soutěžitelů ke zvýšení ceny. Jde tedy o to, zda zisk maximalizující soutěžitel bude racionálně zvyšovat cenu svého produktu za předpokladu, že ztráty vzniknuvší v důsledku snížení objemu prodeje tohoto produktu budou převýšeny ziskem plynoucím z toho, že místo koupě jeho produktu zákazníci „přejdou“ k produktu dříve samostatného soutěžitele, s nímž se daný soutěžitel spojil. Tento test je nastaven pro posouzení horizontálních fúzí, lze jej však teoreticky modifikovat i na fúze vertikální.<sup>341</sup>

Tlak na zvýšení ceny závisí především na míře odklonu produktů spojujících se soutěžitelů a na výši jejich marží. Platí, že pokud v daném odvětví existují vysoké míry odklonu mezi produkty (tj. produkty jsou blízkými substituty) a současně vysoké marže, značí to potenciální negativní dopad na soutěž. Vedle tlaku na zvýšení cen UPP test současně zvažuje také efekty vedoucí k úsporám a efektivitě, které budou možné díky uskutečnění fúze a jež v důsledku redukce nákladů představují naopak tlak na snižování cen.

<sup>340</sup> Poprvé by návrh UPP testu publikován v článku FARRELL, J.; SHAPIRO, C. Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition. *The B.E. Journal of Theoretical Economics* [online]. 2010, vol. 10, Issue 1, [cit. 15. 7. 2013]. Dostupné z: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>. Srov. rovněž FARRELL, J.; SHAPIRO, C. UPP and Critical Loss Analysis: Response. *The CPI Antitrust Journal* [online]. 2010, [cit. 15. 7. 2013]. Dostupné z: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/uppcritical.pdf>.

<sup>341</sup> Blíže k této modifikaci nazvané vGUPPI např. MÓRESI, S.; SALOP, S. C. vGUPPI: Scoring Unilateral Pricing Incentives in Vertical Mergers. *Antitrust Law Journal* [online]. 2013, vol. 79, s. 185-214 [15. 11. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2085999>

V rámci UPP testu se porovnává míra odklonu od produktu A k produktu B vynásobená marží produktu B s úsporou variabilních nákladů produktu A generovanou díky spojení soutěžitelů.<sup>342</sup>

UPP test je třeba vnímat v kontextu posuzovaného odvětví, specifik daného trhu a ve vztahu k dalším kvantitativním i kvalitativním důkazům.<sup>343</sup> Přestože původní určení tohoto testu je pro trhy diferencovaného zboží, kde funguje bertrandův model soutěže, někteří autoři uvádí, že tento test lze aplikovat rovněž v případě cournotova modelu soutěže na trzích s homogenním zbožím, kde se místo míry odklonu určené dle množství odkloněného zboží, použije míra odklonu ceny, a rovněž v případě aukčních trhů, kde se použije míra pravděpodobnosti vítězství nabídky.<sup>344</sup> Určitými nedostatky UPP testu je nezohlednění jednak existence „multi-produktových“ firem, dále možných odpovědí stávajících a potenciálních konkurentů a vlivu síťových efektů.

Existuje rovněž zjednodušená variace UPP testu, tzv. GUPPI („*Gross Upward Pricing Pressure*“).<sup>345</sup> Na rozdíl od UPP testu, který určuje čistý tlak na zvýšení ceny, tedy po zahrnutí tlaku na snížení ceny, GUPPI se zabývá pouze tlakem směrem ke zvýšení ceny. Výpočet ukazatele GUPPI je relativně jednoduchý a lze říci, že GUPPI

<sup>342</sup> Např. úspory z rozsahu, synergie při výrobě, sloučení technologií atd.

Test UPP lze znázornit následovně:

$$DR12 * M2 > E1$$

kde DR12 je míra odklonu od produktu A k produktu B, M2 je marže produktu B v Kč a E1 je úspora variabilních nákladů produktu A v Kč.

Jako příklad výpočtu vezmeme situaci, kdy variabilní náklady na produkt A jsou 5 Kč, marže produktu B je 2 Kč, míra odklonu od produktu A k produktu B je 0,5 a úspora nákladů v důsledku spojení je 10%. Pak by platilo, že existuje tlak na zvýšení ceny, neboť 0,5 krát 2 - což představuje tlak na zvýšení ceny - je větší než 5 krát 0,1, tedy tlak na snížení ceny. Předpoklad UPP testu je v tomto případě splněn.

$$0,5 * 2 > 5 * 0,1$$

V dané situaci tedy lze předpokládat, že zisk maximalizující soutěžitel by měl tendenci zvýšit po uskutečnění fúze cenu, protože by tím generoval vyšší zisk než při zachování stejné ceny. UPP test se provádí zásadně obousměrně, tedy vždy se porovnává současně i tlak na zvýšení cen produktu B.

<sup>343</sup> OLDALE, A.; PADILLA, J. EU Merger Assessment of Upward Pricing Pressure: Making Sense of UPP, GUPPI, and the Like. *Journal of European Competition Law & Practice*. 2013, no. 4, s. 375-381.

<sup>344</sup> MORESI, S. The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis. *the antitrustsource* [online]. 2010 [cit. 15. 11. 2013]. Dostupné z: <http://crai.co.uk/uploadedFiles/Publications/the-use-of-UPPIs-in-merger-analysis.pdf>

<sup>345</sup> Blíže např. SHAPIRO, C. The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years. *Social Science Research Network* [online]. 2010 [cit. 15. 11. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1675210>

pro produkt A odpovídá míře odklonu od produktu A k produktu B vynásobené jednak marží produktu B v procentech a dále poměrem cen produktu B a produktu A.<sup>346</sup>

Za zásadní výhodu testu GUPPI oproti UPP testu lze považovat jeho specifický vztah k vymezování relevantního trhu. Pokud je totiž výsledek GUPPI testu vyšší než dvojnásobek použitého kritéria zvýšení cen při aplikaci SSNIP testu, dá se říci, že se jedná o fúzi „do monopolu“. Lze totiž dovodit, že pokud např. zvolíme vyšší kritéria SSNIP testu 10 %, (tj. posuzujeme, jak by zákazníci reagovali na dlouhodobé a nepřenositelné zvýšení ceny o 10 %), platí, že pokud je GUPPI mezi produkty slučujících se společností vyšší než 20% ( $2 \cdot 10\%$ ), tvoří tyto produkty samostatný relevantní trh dle kritérií testu hypotetického monopolisty posuzovaného prostřednictvím SSNIP testu. Z tohoto pohledu lze vnímat GUPPI test, jež je přímo provázán s testem hypotetického monopolisty, jako více intuitivní a praktičtější než UPP test. Někteří autoři navrhuji použít jako práh při posuzování GUPPI právě 20%, při jejichž překročení lze dovozovat, že fúze vede z pohledu 10 % kritéria při hodnocení SSNIP testu k monopolu, resp. že produkty spojujících se soutěžitelů tvoří dle SSNIP testu nastaveného na 10 % samostatný relevantní trh.<sup>347</sup>

Zavedení UPP a GUPPI testů samozřejmě vyvolává otázku možného opuštění strukturálního přístupu. Zatím se však tyto testy považují spíše za doplňky standardní strukturální analýzy, na níž soutěžní úřady standardně stavějí. Testy UPP a GUPPI rozhodně nenahradí komplexnější analýzu blízkosti soutěže, neboť neberou v úvahu zejména potenciální konkurenci a její reakce a nezohledňují ani koordinované efekty fúze. Při jejich aplikaci je navíc třeba pamatovat na to, že existují odvětví, kde je objektivní potřeba vysokých marží z důvodu vysokých fixních nákladů a nízkých variabilních nákladů.<sup>348</sup> Je proto nutné počítat s tím, že v takových odvětvích budou tyto ukazatele vždy vykazovat vyšší hodnoty.

UPP test a GUPPI test použila EK taktéž ve výše zmíněném případě posuzování spojení *Hutchison 3G Austria / Orange Austria*.<sup>349</sup>

<sup>346</sup>  $GUPPI1 = DR12 \cdot m2 \cdot P2/P1$ , kde DR12 je míra odklonu od produktu 1 k produktu 2,  $m^2$  je marže produktu 2 v Kč a P1 a P2 produktů.

<sup>347</sup> MORESI, 2010, op. cit.

<sup>348</sup> Např. IT technika či farmaceutický průmysl.

<sup>349</sup> Tyto testy umožnily odhadnout, do jaké míry by měly spojené podniky důvod zvýšit ceny po uskutečnění spojení. UPP test ukázal, že navrhovaná transakce by zřejmě vyústila ve významný tlak na zvýšení ceny vedoucí k újmě spotřebitelů. Test GUPPI indikoval, že oba spojující se soutěžitelé by měli motivaci ke zvýšení ceny svých produktů v rozmezí od 10 - 20 %.

### 5.3.5 Naturální experiment

Naturální (přírozené) experimenty jsou jedním z nejlepších a nejpohodlnějších způsobů identifikace nejen relevantních trhů, ale také a především potenciálních protisoutěžních dopadů fúzí. Konkrétně si lze představit působení naturálního experimentu následovně. Dejme tomu, že posuzujeme zastupitelnost produktu A vyráběného v ČR a produktu B dováženého z Německa. V důsledku přírodní katastrofy, která zasáhla Německo, se zvýší ceny vstupů pro výrobu produktu B, a proto vzroste i cena produktu B. Předmětem zkoumání pak bude, co se stane s cenou produktu A. Pokud by došlo k jejímu zvýšení (byť cena vstupů pro výrobu produktu A zůstala stejná), bylo by možné usuzovat, že produkty jsou vzájemnými substituty, resp. že působí na stejném relevantním trhu.

Obečně tedy metoda naturálního experimentu vychází z toho, jakým způsobem reagoval v minulosti trh a soutěžitelé na něm působící na určité specifické události či šoky, jako např. výpadky produkce, přírodní katastrofy, vstup nových hráčů na trh, zásadní technologické změny atd. Zkoumá se, jak se v důsledku těchto událostí či šoků vyvíjely ceny, marže, náklady, objemy produkce apod. Sledováním reakcí na změny lze získat velmi cenný obraz o fungování trhů a chování soutěžitelů a spotřebitelů. V tomto ohledu lze za velmi cenné považovat i komplexní analýzy historického vývoje odvětví. Výhodou naturálních experimentů je jejich určitá intuitivnost a rovněž ne tolik vysoká náročnost na data a sofistikované metody, protože dopad šoku lze zkoumat přímo z reálných, v důsledku šoku existujících, dat a není třeba jejich modelování. Je samozřejmě nutné si dát pozor na kauzalitu pozorovaných událostí. Nevýhodou těchto experimentů je, že málokdy lze najít situaci, kdy by došlo pouze k izolované šokové změně a přitom by byly zachovány ostatní zásadní vlivy na trh na stejné úrovni jako před šokem. Navíc je třeba mít na paměti, že reakce na plánovanou fúzi nemusí být nutně stejná, jako reakce na zkoumaný cenový šok. Rovněž je v souvislosti s naturálními experimenty nutno brát do úvahy, že některé trhy se extrémně rychle vyvíjejí díky inovacím a tedy to, co se odehrálo v minulosti, není na posouzení současné situace přiléhavé. Naturální experimenty lze proto považovat za vhodný doplněk k dalším analýzám dopadu spojení, nikoliv za samostatný argument pro konstatování negativních účinků spojení.<sup>350</sup>

<sup>350</sup> Blíže k použití naturálních experimentů při posuzování fúzí viz COATE, M. B. The Use of Natural Experiments in Merger Analysis. *Social Science Research Network* [online]. 2010 [cit. 15. 11. 2013]. Dostupný z: <http://ssrn.com/abstract=1853705>



Naturální experiment byl v rámci posuzování fúzí použit při vymezení relevantního trhu v rozhodnutí EK ve věci fúze soutěžitelů INEOS/Kerling,<sup>351</sup> které bylo zmíněno již v souvislosti s použitím analýzy kritické ztráty při vymezení relevantního trhu.<sup>352</sup>

### 5.3.6 Vyrovnávání pomocí snížení mezních nákladů („CMCR“)

Vedle analýz zaměřených na snahu o zvýšení ceny existuje rovněž metoda vycházející z úvahy, jak velká by musela být efektivita generovaná po uskutečnění fúze, resp. jak velké by muselo být snížení mezních nákladů, aby díky takovému snížení nebylo výhodné po uskutečnění fúze zvyšovat ceny.<sup>353</sup> Tento ukazatel slouží pro posouzení potenciálních unilaterálních účinků fúze. Myšlenkou CMCR je, že snížení nákladů v určité výši přesně vyváží tlak fúze na zvýšení ceny. CMCR lze dobře použít na trzích charakteristických jak bertrandovým, tak cournotovým modelem soutěže. V případě bertrandova modelu soutěže se použijí jako výchozí ukazatele ceny,<sup>354</sup> zatímco v případě cournotova typu soutěže objemy produkce.<sup>355</sup> Výhodou ukazatele CMCR je, že nepotřebuje vytvářet model podmínek na trhu před uskutečněním fúze, ani data týkající se dalších účastníků na trhu.<sup>356</sup>

<sup>351</sup> Rozhodnutí EK ze dne 30. 1. 2008, věc M.4734, *INEOS/Kerling*.

<sup>352</sup> EK využila při posuzování geografického trhu toho, že v nedávné minulosti došlo k neočekávanému výpadku jedné z výrobních továren společnosti INEOS, což podstatně ovlivnilo objem produkce PVC ve Velké Británii (byla snížena asi o 50-60%) na dobu pěti měsíců. Tato událost poskytla možnost pro zkoumání reakce konkurentů soutěžitele INEOS, resp. jejich nabídek a dodávek PVC do Velké Británie v daném období. Předmětem zkoumání bylo, zda Velká Británie představuje jeden samostatný trh nebo jestli je geografický relevantní trh širší. Bylo zjištěno, že v daném období společnost Kerling nebyla schopna pokrýt celý výpadek společnosti Ineos a zákazníci ve Velké Británii hledali jiné zdroje PVC u importérů. Studie ukázala, že více než polovina výpadku nebyla pokryta produkty společnosti Kerling, ale importem. Z toho EK vyvodila závěr, že i jiné společnosti než Kerling jsou schopny dostatečně rychle reagovat na poptávku ve Velké Británii a dodávat tam své výrobky, což naznačuje, že geografický relevantní trh je širší než území Velké Británie.

<sup>353</sup> WERDEN, G. J. A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products. *The Journal of Industrial Economics*. 1996, vol. 44, no. 4, s. 409-41.

<sup>354</sup>  $CMCR = ((m1*d12*d21 + m2*d12*p2/p1) / (1 - d12*d21))$ , kde  $m1, m2$  jsou marže (cena minus krátkodobé mezní náklady),  $p1, p2$  jsou ceny před uskutečněním fúze a  $d12, d21$  jsou míry odklonu počítané jako zvýšení objemu prodeje soutěžitele 1 děleno snížením objemu prodeje soutěžitele 2 a naopak. Vzorec se počítá pro oba soutěžitele analogicky.

<sup>355</sup>  $CMCR = (2*s1*s2) / (e*(s1+s2))$ , kde  $s1, s2$  jsou tržní podíly spojujících se soutěžitelů a  $e$  je elasticita poptávky trhu. V případě cournotova typu soutěže je vidět relativně úzkou vazbu na HHI, jelikož numerátor  $(2*s1*s2)$  lze chápat jako zvýšení hodnoty HHI.

<sup>356</sup> Vstupním předpokladem je pouze model soutěžní interakce (bertrandův/cournotův). Výsledkem CMCR je tedy míra snížení mezních nákladů, při jejímž dosažení je pro soutěžitele vzniklého v důsledku spojení ziskovější nezvyšovat ceny. V případě symetrické situace, kdy ceny, marže i míry odklonu u spojujících se soutěžitelů jsou velmi podobné, lze vzorec CMCR napsat ve zjednodušené podobě takto:  $CMCR = [d / (1 - d)] * [m / (1 - m)]$ , kde  $d$  je míra odklonu a  $m$  je marže. WERDEN, G. J.; FROEB, L. M.; TSCHANZ, S. Effects of Merger Efficiencies on Consumers of Differentiated Products. *European Competition Journal*. 2005, no. 1, s. 245.

## 5.4 Testy pro posouzení efektů fúze - simulační modely fúzí

Účelem simulačních modelů je snaha predikovat vliv posuzovaného spojení na konkrétní parametry, zejména na cenu a množství (objem výroby).<sup>357</sup> Tyto modely vychází z teorie industriálních organizací a jejich nevýhodou je, že jsou zpravidla vysoce náročné na potřebná data. Umožňují však porovnávat pro a protisoutěžní efekty fúze a rovněž je lze použít při posuzování navržených závazků.<sup>358</sup> Pro aplikaci simulačních modelů je klíčová znalost spotřebitelského chování a typu soutěže probíhající na daném trhu. Vedle zkoumání standardních unilaterálních efektů posuzují simulační modely rovněž dopad fúze na změnu cenového chování zbývajících konkurentů. Standardním výchozím předpokladem přitom je, že zvýšení cen soutěžitelem vzniklým fúzí povede ke zvýšení poptávky po výrobcích konkurentů, na což mohou konkurenti reagovat také zvýšením ceny. Pomocí simulačních modelů jsou tedy obecně zkoumány především nekoordinované efekty na ceny v rámci celého relevantního trhu a je hledána nová rovnováha na trhu.

Při používání simulačních modelů je třeba mít na paměti, že se jedná pouze o model, tedy zkrácení reality, která je natolik komplexní a složitá, že její přesný popis modelem by byl příliš složitý a prakticky nepoužitelný, stejně jako by například byla nepraktická mapa v měřítku 1:1. Simulační modely jsou proto vytvářeny vždy s určitými předpoklady, které je nutno správně chápat, aby výsledky modelu byly správně interpretovány a mohly být použity jako relevantní důkazy. Právě z důvodu určité inherentní nepřesnosti modelů je třeba zásadně posuzovat, zda jejich výsledky neodporují platným ekonomickým teoriím, a porovnávat je s dalšími důkazy, jako jsou tržní studie, interní dokumenty a další jednodušší indikátory pro posuzování fúzí.

Základní klasifikaci modelů lze vyjádřit dle toho, jaký typ soutěže mají modely simulovat. Lze tak rozlišovat mezi modely, které se využívají na trzích charakteristických bertrandovým typem soutěže, cournotovým typem soutěže a trzích, kde se soutěží především formou aukcí.<sup>359</sup>

<sup>357</sup> BUDZINSKI, O.; RUHMER, I. Merger Simulation in Competition Policy: A Survey. *Journal of Competition Law and Economics*. 2010, no. 6, s. 277-319.

<sup>358</sup> V mnoho právních systémech soutěžního práva mají spojující se soutěžitelé možnost navrhnout strukturální či behaviorální závazky pro zajištění dostatečně fungující soutěže. Vhodnost a dostatečnost navržených závazků posuzují soutěžní úřady.

<sup>359</sup> Přehled jednotlivých modelů využívaných v soutěžní analýze je obsažen např. v práci BUDZINSKI; RUHMER, 2010, op. cit.

## 5.4.1 Modely využívané na trzích charakteristických bertrandovým typem soutěže

### 5.4.1.1 Modely založené na regresní analýze

Tyto modely využívají regresní analýzu, kde je křivka poptávky zásadně modelována z údajů o cenách produktů, množství a dalších proměnných. Problematickým aspektem těchto modelů je skutečnost, že na jejich základě je modelována poptávka, jejíž elasticita je konstantní. To však samozřejmě neodpovídá realitě, neboť v drtivé většině případů platí, že se zvyšováním ceny se zvyšuje i elasticita poptávky, jinými slovy zákazníci jsou při zvýšení ceny více citliví na její další zvyšování. V různých úrovních ceny a množství je tedy různá elasticita poptávky, což je velmi důležité právě při posuzování fúzí, protože ty ovlivňují ceny a tím pádem nepřímo i elasticitu poptávky na dotčeném trhu. Na druhé straně nespornou výhodou tohoto typu modelů je jejich relativní jednoduchost a nenáročnost na potřebná data oproti jiným modelům. Přes praktické použití těchto modelů není jejich aplikace v praxi běžná, protože díky výše uvedenému předpokladu konstantní elasticity lze jejich výsledky považovat spíše za hrubý odhad.

Regresní analýza byla provedena v rozhodnutí EK při posuzování fúze *Ryanair/Aer Lingus*,<sup>360</sup> kterým byla fúze těchto letečských společností zakázána.<sup>361</sup>

### 5.4.1.2 Modely diskrétní volby - „logit“, „zabnížděný logit“

Modely diskrétní volby vycházejí z tzv. teorie užitku, tedy myšlenky, že zákazníci si koupí ten produkt, který maximalizuje jejich osobní funkci užitečnosti, resp. je pro ně ve srovnání s jinými produkty nejvíce užitečný. V těchto modelech platí

<sup>360</sup> Rozhodnutí EK ze dne 27. 6. 2007, věc M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*.

<sup>361</sup> EK především zkoumala, jaký bude mít fúze dopad v Irsku, kde by vedla k monopolnímu postavení na 28 ze 46 letečských tras s tím, že i tam, kde obě aerolinky čelily konkurenci, byla jejich společná pozice znatelně silnější než pozice konkurentů. EK použila regresní analýzu pro zjištění soutěžní interakce mezi spojujícími se soutěžiteli. Konkrétně zkoumala, zda a nakolik přítomnost jednoho soutěžitele na určité trase ovlivňuje ceny druhého soutěžitele na této trase a dále jestli na sebe fúzující soutěžitelé vzájemně vytvářejí významnější konkurenční tlak, než je vyvíjen ze strany ostatních konkurentů. Posuzovala také, zda přítomnost aktuálních či potenciálních konkurentů na cílovém letišti u tras začínajících v Dublinu má vliv na ceny spojujících se soutěžitelů a jestli silnější přítomnost jednoho z fúzujících soutěžitelů, měřená dle počtu cestujících a frekvence spojů, má silnější efekt na ceny druhého. EK použila pro toto zkoumání různé regresní techniky, především však regresní analýzu fixních efektů. Ta spočívala v porovnávání cen soutěžitele Aer Lingus před a po vstupu soutěžitele Ryanair na danou trasu, a to postupně na všech trasách, kde společnost Aer Lingus působila. Tímto způsobem regresní analýza umožnila zjistit průměrný vliv přítomnosti soutěžitele Ryanair na ceny letenek soutěžitele Aer Lingus.

předpoklad, že jednotliví zákazníci přisuzují produktu na základě jeho charakteristik, a to jednak pozorovatelných (zejména cena) a dále nepozorovatelných (vlastnosti produktu, věrnost značce), určitou užitečnost a podle té si vybírají z konečného množství alternativ produktů.<sup>362</sup> Dané parametry mohou být odhadnuty za pomoci *logit* či *probit* regresních modelů.<sup>363</sup>

Při použití modelu *logit* je nutné určit tržní podíly a tedy nejprve vymezit relevantní trh. Tento model je založen na předpokladu, že mezi jednotlivými substituty existuje stejná zastupitelnost, resp. mezi produkty A a B je stejná míra substituce jako mezi produkty A a C, B a C atd. To znamená, že v rámci modelu zákazníci reagují na změny ceny proporčně, v závislosti na tržních podílech jednotlivých produktů. Z tohoto pohledu lze říci, že na trzích charakteristických cournotovým typem soutěže, tedy zejména na trzích s homogenními výrobky, jsou výsledky tohoto typu simulačního modelu velmi relevantní. Na druhou stranu však na těchto trzích není použití *logit* modelů zcela smysluplné, neboť zde již samotné tržní podíly představují dobrý indikátor potenciálního negativního efektu fúze.

Problém stejné míry substituce mezi jednotlivými produkty v rámci *logit* modelu je do určité míry vyřešen použitím tzv. *nested-logit* modelu (tzv. „zahnížděného“ *logit* modelu). Tento model rozděluje produkty do určitých skupin (hnízd) a rozlišuje mezi mírou substituce v rámci jednoho hnízda, která je vyšší, a mírou substituce mezi produkty z různých hnízd, která je nižší. V *nested-logit* modelu je reflektováno, že zákazníci s vyšší pravděpodobností přejdou při zvýšení ceny určitého produktu k produktu patřícímu do stejného hnízda. Problém samozřejmě nastává s tím, které produkty zařadit do stejných hnízd, a jaká je míra diferenciací mezi hnízdy. Rovněž pokud je v rámci jednoho hnízda více produktů, platí, že míra substituce mezi nimi je stejná. Významné při použití *nested-logit* modelů je tedy zařazení jednotlivých produktů do hnízd, což zásadně ovlivní výsledky modelu, a pokud je provedeno nesprávně, nesprávné budou rovněž výstupy modelu.<sup>364</sup>

<sup>362</sup> Blíže k použití modelů *logit* v oblasti soutěže WERDEN, G. J.; FROEB, L. M. The effects of mergers in differentiated products industries: Logit demand and merger policy. *Journal of Law Economics and Organization*. 1994, no. 10, s. 407-426.

<sup>363</sup> Oproti „klasické“ lineární a nelineární regresi, kdy existuje předpoklad postupného průběžného vývoje závislé proměnné díky změně v proměnných nezávislých, modely diskrétní volby vycházejí z předpokladu, že je vybírána pouze jedna alternativa z určitého konečného množství možností, např. jaký prostředek zvolit pro cestu do práce, jaké si koupit auto atd.

<sup>364</sup> Blíže k *logit* modelům obecně např. NÉVO, A. A Practitioner's Guide to Estimation of Random-Coefficients Logit Models of Demand. *Journal of Economics & Management Strategy*. 2000, 9.4, s. 513-548.

V praxi byl *nested-logit* model použit v rozhodnutí EK *Unilever / Sara Lee Body Care*.<sup>365</sup>

#### 5.4.1.3 Model AIDS („Almost Ideal Demand System“) modely

Modely *AIDS* již svým názvem napovídají, že se jedná o téměř ideální poptávkové systémy. Tyto modely hledají vztah mezi tržním podílem, cenami všech produktů na trhu, objemy prodeje a výdaji skutečně na tomto trhu vynaloženými. Spotřebitelé si v těchto modelech vybírají postupně, po určitých úrovních, ve kterých model pracuje. Jejich zásadním posunem oproti *logit* modelům je skutečnost, že umožňují reflektovat tzv. vnější produkt, tedy situaci, že si zákazník koupí produkty, které jsou mimo model, případně si nekoupí produkty žádné. V této souvislosti vyvstává problém, jak určit tržní podíly v rámci modelu, neboť připuštění eventuality vnějšího zboží či nekoupení zboží znamená, že je model ovlivněn zvenčí a není tak možno vyjít pouze z objemů prodeje dosažených v rámci produktů zahrnutých do modelu. Velikost trhu je třeba odvozovat na základě jiných faktorů, např. agregovaných tržních dat. Tyto modely obecně vyžadují největší množství potřebných dat, která nejsou většinou dostupná, a současně jsou i nejnáročnější na výpočet. Z tohoto důvodu se někteří autoři kloní k tomu, používat v praxi jejich zobecněnou variantu *PCAIDS*.<sup>366</sup> Tato varianta má dle některých autorů výhody relativně malého množství parametrů z *logit* modelů a současně schopnost velmi dobré shody vymodelovaných křivek s reálnými daty z modelů *AIDS*.<sup>367</sup>

<sup>365</sup> Rozhodnutí EK ze dne 17. 11. 2010, věc M.5658, *Unilever / Sara Lee*. Za pomoci tohoto modelu byla modelována poptávka po výrobcích fúzujících soutěžitelů působících v oblasti osobních kosmetických přípravků, především pak v oblasti trhu deodorantů, kde měli oba soutěžitelé velmi silné postavení, zejména díky tomu, že značky jejich výrobků byly mezi spotřebiteli velmi známé a oblíbené. EK postupovala při modelování *nested logit* modelu tak, že vytvořila základní hnízda pro pánské a ostatní (dámské a unisex) deodoranty a dále specifické hnízdo v závislosti na tom, zda byl daný deodorant označen jako citlivý k pokožce. Předpokladem EK tedy bylo, že zákazníci kupující pánský deodorant si při přechodu k jinému deodorantu v důsledku zvýšení ceny pravděpodobně vyberou jiný deodorant opět ze skupiny pánských deodorantů a dále, že pokud zákazníci dříve používali deodorant citlivý k pokožce, je pravděpodobné, že si při změně deodorantu vyberou opět deodorant citlivý k pokožce. Na základě uvedených předpokladů EK odhadla elasticity poptávky a pomocí modelu simulovala, zda a v jaké výši dojde ke zvýšení ceny po uskutečnění fúze. Bylo zjištěno, že pravděpodobně dojde ke zvýšení v rozmezí mezi 2 - 5% v závislosti na tom, o který členský stát se jedná. Fúze byla povolena se závazky.

<sup>366</sup> EPSTEIN, R.; RUBINFELD, D. Merger Simulation: a simplified approach with new applications. *Antitrust Law Journal* [online]. 2001, vol. 68, s. 883/919 [cit. 28. 5. 2013]. Dostupné z: [http://www.royepstein.com/ALJ\\_final\\_proof.pdf](http://www.royepstein.com/ALJ_final_proof.pdf)

<sup>367</sup> Blíže o výhodách a nevýhodách jednotlivých modelů viz diskuze na: <http://www.antitrust.org/mergers/economics/simulation.html>.

V praxi byl model *AIDS* použit např. v rozhodnutí EK ve věci *Friesland Foods/Campina*,<sup>368</sup> kterým bylo povoleno spojení mlékárenských družstev v Nizozemí.<sup>369</sup>

#### 5.4.2 Modely využívané na trzích charakteristických cournotovým typem soutěže

Tento typ modelů, které jsou založeny na nabídce, se používá na trzích, jež jsou charakteristické cournotovým typem soutěže, tedy tam, kde se soutěží především pomocí nabízeného množství. To znamená, že soutěžitelé přizpůsobují množství nabízeného zboží ceně místo toho, aby nabízeli fixní objem. Zároveň samozřejmě platí, že určujícím faktorem při stanovování nabízeného množství je stále maximalizace jejich zisku. Z hlediska ekonomické teorie je cena charakterizována tzv. Nashovým equilibriem (rovnováhou).<sup>370</sup> Díky cournotovu typu soutěže simulace probíhá tak, že soutěžitelé určují svoji strategii prostřednictvím stanovování množství, nikoliv výše cen. Pro dosažení reálnějších výsledků je vhodné nastavit při simulaci případná kapacitní omezení jednotlivých soutěžitelů.

Nezbytnými informacemi pro vytvoření modelu založeného na nabídce obecně jsou počet soutěžitelů působících na dotřeném trhu, nákladová struktura, jejich produkční kapacity a odhad celkové tržní poptávky.

Použití simulačních modelů v případě cournotova typu soutěže je relativně málo časté.<sup>371</sup> Důvodem je jednak předpoklad, že tržní síla i výrobková substituce odpo-

<sup>368</sup> Rozhodnutí EK ze dne 17. 12. 2008, věc M.5046, *Friesland Foods/Campina*.

<sup>369</sup> Tato fúze se dotkla značného množství trhů, neboť spojující se soutěžitelé působili v rámci celého produkčního řetězce. Fúze vyvolala obavy především v oblasti ochucených mléčných nápojů, ale i v dalších oblastech, jako např. zpracování syrového mléka, základních mléčných produktů, měkkého sýra či tvarohu. Při analýze trhu byly vymezeny dva samostatné výrobové trhy ochucených mléčných nápojů, a to zdravotní a ostatní. Toto vymezení bylo provedeno především s ohledem na deskriptivní statistiky, jako identita výrobců, vývoj cen, charakteristiky balení, příchutě atd. Vedle velmi vysokých tržních podílů fúzujících soutěžitelů bylo navíc zjištěno, že jejich produkty jsou blízkými substituty a že v daném odvětví existují bariéry vstupu, které do značné míry vylučují konkurenci ze strany potenciálně vstupujících konkurentů a rovněž neexistuje ani žádná protiváha v podobě kupní síly zákazníků. To vše bylo doplněno modelem *AIDS* poptávky na maloobchodní úrovni, který měl identifikovat vzájemný konkurenční tlak, jež na sebe spojující se soutěžitelé vytvářejí a rovněž tlak ze strany výrobců soukromých značek. Konkrétně měl model odhalit substituční vztahy mezi jednotlivými segmenty ochucených mléčných výrobků. Analýza ukázala, že segmenty čokoládových a ovocných příchutí mléčných výrobků spadají spíše do jednoho relevantního trhu. Fúze byla povolena pod podmínku divestic překrývajících se podnikání v oblasti čerstvých mléčných výrobků, sýra, mléčných nápojů, přičemž současně byl zajištěn přístup k nezpracovanému mléku pro ostatní soutěžitele, jež využijí divestic, aby nedošlo k uzavření trhu.

<sup>370</sup> Nashova rovnováha se uplatňuje v teorii her a představuje takovou situaci, kdy žádný z hráčů nemůže jednostrannou změnou zvolené strategie vylepšit svoji situaci.

<sup>371</sup> Bergeijk, P.; Kloosterhuis, E. *Modelling European Mergers: Theory, Competition Policy and Case Studies*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, 219 s., s. 150-171.

vidá do značné míry tržním podílům, které proto dávají již samy o sobě solidní informaci o potenciální nebezpečnosti fúze. Zkoumání cenových efektů fúze na trhu, kde se soutěží prostřednictvím stanovování množství, navíc není z povahy věci zcela příhodné.

### 5.4.3 Modely využívané na aukčních trzích

Pro simulace fúzí na trzích, kde soutěž probíhá aukčním způsobem, lze rovněž využívat kvantitativního modelování, a to do značné míry podobně jako v případě trhů, kde se soutěží bertrandovým či cournotovým typem soutěže. Aukční trhy jsou charakteristické tím, že výrobky jsou většinou dodávány s nízkou frekvencí a zákazníci specifikují jejich přesné vlastnosti prostřednictvím výběrových řízení, kterých se dodavatelé účastní a v jejichž rámci je nakonec vybrán nejvhodnější dodavatel, s nímž je uzavřena smlouva.<sup>372</sup> Zásadní rozdíl při modelování efektů fúze na takovýchto trzích je v tom, že místo odhadování funkční formy poptávky, nabídky a nákladů se analyzuje rozdělení nákladů soutěžících uchazečů v rámci aukce.<sup>373</sup>

Podoba konkrétního aukčního modelu je ovlivněna především charakterem procesu, kterým je vybírán nejvhodnější uchazeč, předmětem aukce, zda se jedná o aukci veřejnou či aukci prostřednictvím zapečetěných obálek a také typem odvětví.

Aukční modely se dělí na dvě základní kategorie, a to aukci založenou na soukromé hodnotě („*privat value model*“) a aukci založenou na společné hodnotě („*common value model*“). U aukce založené na soukromé hodnotě se vychází z toho, že každý z účastníků přiřazuje dané aukci (zakázce) jinou hodnotu a tyto hodnoty jsou na sobě nezávislé.<sup>374</sup> U aukce založené na společné hodnotě se vychází z toho, že předmět aukce má stejnou hodnotu pro každého, avšak nabízející mají různé informace o pravé hodnotě tohoto předmětu.<sup>375</sup>

Důležitým kritériem při tvorbě modelu je rovněž způsob výběru dodavatele. Podle tohoto kritéria rozeznáváme opět dva typy aukcí, a to aukci prostřednictvím první nabídky („*first-price auctions*“) a aukci druhé nabídky („*second-price auctions*“).

<sup>372</sup> Např. trhy služeb pro veřejný sektor, dodávek software na míru, specifického technického vybavení atd.

<sup>373</sup> Blíže např. GILBERT, R.; WOROCH, G. Merger in a Bidding Market: Quantifying the Unilateral Effects. *University of Berkeley* [online]. 2010 [cit. 25. 8. 2013]. Dostupné z: <http://eml.berkeley.edu/~worocho/merger.pdf>

<sup>374</sup> Příkladem může být aukce obrazu, kdy každý z účastníků konkrétní obraz cení odlišně.

<sup>375</sup> Příkladem může být aukce práv těžby nerostných surovin v určité oblasti, kdy hodnota takovýchto práv je obecně pro všechny účastníky aukce stejná.

Aukce první nabídky probíhá tak, že všichni nabízející současné předají své nabídky, které vzájemně neznají, a z nich je vybrána ta nejvýhodnější, přičemž vítěz zaplatí (či mu bude zaplácena) cenu, kterou ve své nabídce nabídl. Minimální cena, jež je uchazeč schopen nabídnout, je obvykle v modelu nastavena na úroveň výše jeho nákladů spojených s realizací zakázky.<sup>376</sup>

Aukce druhé nabídky pak funguje do značné míry stejně jako aukce první nabídky s tím rozdílem, že předpokladem je, že vítěz platí cenu druhé nejvyšší nabídky a nikoliv svoji vlastní. U tohoto typu aukčního modelu se předpokládá, že účastníci aukcí oceňují předmět aukce na základě dvou nezávislých komponent, a to společné (povědomí o hodnotě aukce) a soukromé (specifický vztah k aukci odvíjející se např. od polohy, volných kapacit atd.).<sup>377</sup>

Při vytváření aukčního modelu se nejprve vychází z charakteristik nabízejícího (dodavatele), na základě kterých se určuje pravděpodobnost, že v aukci zvítězí.<sup>378</sup> Určené pravděpodobnosti vítězství jsou pak použity k vytvoření rozdílů mezi jednotlivými nabídkami a následně je vypočítán cenový efekt fúze na základě změny pravděpodobnosti vítězství fúzí vzniklého soutěžitele, ta se rovná součtu podílů fúzujících soutěžitelů, neboť vznikající soutěžitel by vyhrál každou aukci, kterou by před fúzí vyhrála jedna z fúzujících stran.

Aukční model byl například použit v rozhodnutí Evropské komise ve věci *Syniverse/BSG*<sup>379</sup> či ve věci *Oracle/PeopleSoft*,<sup>380</sup> kde Evropská komise zkoumala, zda by fúze způsobila snížení výběru a zvýšení cen.<sup>381</sup>

<sup>376</sup> Tento typ aukčního modelu se používá na aukcích se soukromou hodnotou předmětu aukce.

<sup>377</sup> Podrobně k aukčním modelům např. DALKIR, S.; LOGAN, J. W.; MASSON, R. T. *Mergers in symmetric and asymmetric noncooperative auction markets: the effects on prices and efficiency. International Journal of Industrial Organization*. 2000, no. 18, s. 383-413.

<sup>378</sup> Podíly na trhu bývají v aukčních modelech využívány jako indikátory pravděpodobnosti vítězství.

<sup>379</sup> Rozhodnutí EK ze dne 4. 12. 2007, věc M. 4662, *Syniverse / BSG*. Jednalo se o fúzi dvou soutěžitelů, kteří poskytovali účetní systémy pro mobilní síťové operátory. Zkoumání prostřednictvím aukčního modelu bylo zaměřeno na posouzení, zda přítomnost soutěžitele Syniverse v konkrétních aukcích ovlivňuje cenu, jež nabízí BSG. Konkrétně bylo v modelu zjišťováno, zda přítomnost Syniverse v aukci je statisticky významnou proměnnou ovlivňující výši nabídkové ceny BSG.

<sup>380</sup> Rozhodnutí EK ze dne 26. 10. 2004, věc M.3216, *Oracle/PeopleSoft*.

<sup>381</sup> Oba soutěžitelé působili v oblasti navrhování, vývoje a distribuce software. Pro posouzení fúze na trhu charakteristickým soutěží prostřednictvím výběrových řízení byl vyvinut aukční model fungující na principu tajných nabídek, kde soutěžitelé znali identitu svých konkurentů, avšak neznali hodnotu, kterou zákazníci přiřazují jednotlivých konkurujícím si výrobkům. Soutěžitelé v modelu určovali nabídky podle dvou kritérií, a to očekávaného zisku a pravděpodobnosti vítězství závisějícího na nabízené ceně. EK do modelu nezahrnula náklady, jelikož většina z nich vznikla již před uskutečněním aukce a také z důvodu, že náklady na distribuci software jsou velmi nízké. Model ukázal, že fúze potenciálně povede ke značnému zvýšení ceny poškozující konečné spotřebitele, kteří budou současně poškozeni i snížením rozsahu výběru produktů. Slabinou tohoto modelu byl předpoklad, že na relevantním trhu existují pouze tři konkurenti, což bylo také úspěšně napádeno ze strany fúzujících soutěžitelů. EK proto nakonec při hodnocení dopadu fúze tímto modelem neargumentovala.



#### 5.4.4 Modelování koordinovaných efektů fúze

Výše popsané simulační modely a techniky jsou charakteristické pro posuzování unilaterálních efektů fúzí. Jelikož v praxi je nezbytné posuzovat fúze nejen z hlediska unilaterálního, ale rovněž z hlediska potenciálních koordinovaných efektů,<sup>382</sup> byly analyzovány techniky a postupy také pro posuzování koordinovaných efektů fúzí.<sup>383</sup> Soutěžní orgány ve vztahu k pravděpodobnosti koordinovaných efektů zkoumají především existenci podmínek, které koordinaci usnadňují. Jedná se zejména o schopnost soutěžitelů dospět ke shodnému jednání, schopnost monitorovat vzájemné dodržování dohody, schopnost potrestat soutěžitele, který by koordinaci nedodržoval a schopnost zabránit vstupu potenciálních nových konkurentů.<sup>384</sup> Obecně lze prostřednictvím simulačních modelů zkoumat, zda po uskutečnění fúze budou existovat takové podmínky, které umožní interní a externí stabilitu koordinace,<sup>385</sup> která by vedla k vyššímu profitu soutěžitelů prostřednictvím koordinovaného jednání.

#### 5.5 Použití ekonomických testů při posuzování fúzí v české praxi

Prosazující se větší důraz na ekonomická hlediska při posuzování spojování soutěžitelů je patrný také v rozhodovací praxi českého soutěžního úřadu. ÚOHS již v několika svých rozhodnutích povolujících spojení soutěžitelů použil ekonomické metody zejména pro stanovení relevantního trhu ale také pro samotné posouzení efektů spojení soutěžitelů. Obsáhle se ÚOHS věnoval možným dopadům spojení v rozhodnutí, kterým schválil, za podmínky splnění stanovených závazků, spojení dvou největších producentů pekařských a cukrářských výrobků v ČR, společností AGROFERT HOLDING, a. s. (dále též „AH“) a EURO BAKERIES HOLDING, a. s. (dále též „EBH“)<sup>386</sup>.

<sup>382</sup> V rozsudku Soudu prvního stupně ze dne 6. 6. 2002. Věc T-342/99. *Airtours* bylo mimo jiné konstatováno, že společná dominance musí být analyzována jako koordinované efekty.

<sup>383</sup> Např. DAVIS, P.; SABBATINI, P. On the Anatomy and Application of Coordinated Effects Theories of Harm in Merger Cases [online]. 2007. Dostupné z: [ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/Macci/SummerInstitute/Papers/SI\\_Davis.pdf](ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/Macci/SummerInstitute/Papers/SI_Davis.pdf)

<sup>384</sup> Blíže např. BAKER, J. B. Merger Simulation in an Administrative Context. *Antitrust Law Journal* [online]. 2011, vol. 77. Dostupný z: <http://ssrn.com/abstract=1790943>

<sup>385</sup> Blíže k problematice simulace koordinovaných efektů fúzí např. DAVIS, P. Coordinated effects merger simulation with linear demands. *Texto de discussão da Comissão Britânica. Mimeo. Disponível em.* [online]. 2006. Dostupné z: [http://www.competitioncommission.org.uk/our\\_role/analysis/coordinated\\_effects\\_merger\\_sim.Pdf](http://www.competitioncommission.org.uk/our_role/analysis/coordinated_effects_merger_sim.Pdf)

<sup>386</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S472/2011/KS-7043/2012/840/RPI.

Ekonomické metody byly použity nejprve pro stanovení relevantních trhů, na kterých si spojující se společnosti konkurují.<sup>387</sup> ÚOHS posuzoval spojení předně pomocí strukturálního přístupu a sledoval podmínky na stanovených relevantních trzích. Při hodnocení struktury trhu podpůrně použil HHI,<sup>388</sup> jako ukazatele změny úrovně koncentrace přímo vyvolané spojením. Na základě této analýzy dospěl k závěru, že v případě relevantního trhu velkoobchodního prodeje čerstvého chleba a chlebových výrobků a relevantního trhu velkoobchodního prodeje čerstvých rohlíků by se po spojení jednalo o koncentrované trhy s rozdílem v hodnotě HHI vysoce převyšujícím hodnotu indikující velmi malý soutěžní dopad spojení na dané relevantní trhy (v případě obou trhů byl rozdíl HHI před a po spojení vyšší než 250 bodů). Uvedené výsledky poukazují na možné negativní efekty spojení na úroveň konkurence na trhu. U ostatních relevantních trhů nezjistil ÚOHS žádný potenciální problém, a proto se dále již zabýval pouze prvními dvěma uvedenými relevantními trhy, u kterých zkoumal další tržní charakteristiky. Na základě posouzení hospodářské a finanční síly spojujících se soutěžitelů a úrovně jejich vertikální integrace ÚOHS zjistil, že spojující se soutěžitelé disponují významnou konkurenční výhodou oproti ostatním konkurentům, což přispívá k posílení obav z podstatného narušení hospodářské soutěže na sledovaných relevantních trzích. V rámci hodnocení existence bariér vstupu na dané trhy ÚOHS konstatoval, že nelze pravděpodobně očekávat dostatečně efektivní vstup nového konkurenta na trh, případně významné rozšiřování kapacit na trhu již působících výrobců pekárenských produktů, které by spojující se soutěžitele odrazovaly např. od zvýšení cen.

Strukturální přístup při posuzování možných dopadů daného spojení tak jednoznačně vedl k závěru, že toto spojení může vyvolat negativní dopady na hospodářskou soutěž na relevantních trzích velkoobchodního prodeje čerstvého chleba a chlebových výrobků a velkoobchodního prodeje čerstvých rohlíků. ÚOHS proto provedl další analýzy založené zejména na zkoumání vývoje cen a vzájemné zastupitelnosti produktů. Dospěl přitom k závěru, že negativní dopad na hospodářskou soutěž by mohly mít potenciální nekoordinované (unilaterální) efekty spojení na horizontální úrovni, jež by se mohly projevit podstatným zvýšením velkoobchodních cen pekárenských produktů, zejména velkoobjemového pečiva, které by se podstatnou měrou promítlo i do konečných cen pro spotřebitele. Pro účely

<sup>387</sup> Za tímto účelem byla využita zejména korelační analýza cen, v rámci níž ÚOHS zkoumal podobnost vývoje cen vybraných produktů. Viz kap. 2 (vymezování relevantního trhu).

<sup>388</sup> Podstata a výpočet Herfindahl-Hirschmanova Indexu je vysvětlen výše v textu.

zhodnocení těchto účinků ÚOHS použil zejména zkoumání cenové korelace vývoje cen chleba a rohlíků společnosti EBH a jejich čtyř konkurentů. Výsledkem analýzy bylo, že cenový vývoj čtyř konkurentů je silně korelovaný a tudíž téměř shodný s vývojem cen společnosti EBH. Dále ÚOHS zdůraznil, že společnosti EBH a AH jsou nejbližšími konkurenty na daných relevantních trzích. Opět se tedy jednalo o argumenty svědčící o pravděpodobném nepříznivém dopadu spojení na sledované relevantní trhy.

Ačkoliv ÚOHS získal poměrně hodně indicií o možném negativním dopadu fúze na hospodářskou soutěž na dvou podrobněji zkoumaných relevantních trzích, přesto nakonec, možná poněkud nelogicky, dospěl k závěru, že dané spojení je namísto schválit se závazky. Je proto třeba si uvědomit, že vedle samotného provedení sofistikovaných ekonomických analýz je podstatná také následná interpretace jejich výsledků.

Podrobnější ekonomické testy použil ÚOHS také v rozhodnutí, kterým bylo povoleno spojení společností Aelia Czech Republic, s. r. o. a UG Air, a. s.<sup>389</sup> zabývajících se maloobchodním prodejem na letištích. Zde se ovšem použité metody, zejména analýza kritické ztráty, v rámci níž byla výše skutečné ztráty zjištěna pomocí spotřebitelského průzkumu, vztahovaly zejména ke stanovení relevantního trhu, nikoliv k samotnému posuzování dopadů spojení na hospodářskou soutěž. Byl zde tedy využit strukturální přístup k posouzení spojení, neboť ÚOHS se přednostně zabýval velikostmi tržních podílů po spojení a také tím, zda bude i po spojení existovat dostatečný konkurenční tlak ze strany ostatních soutěžitelů. Pro kladné zodpovězení poslední uvedené otázky mu posloužil především provedený spotřebitelský průzkum.

## 5.6 Obecný závěr k modelování a jeho použitelnosti v české praxi

Kvantitativní a zejména simulační techniky si v souvislosti s posuzováním spojování soutěžitelů získávají v praxi antitrustu stále větší pozornost. Jejich cílem je dávat odpovědi na relativně jednoduché dobře definované otázky, které zpravidla odpovídají posouzení teorie újmy. Při reálném používání výše popsaných metod je třeba jednak dobře znát jejich předpoklady a principy a také si uvědomovat jejich omezení a míru zobecnění, na kterých stojí. Dále je nezbytné vždy

<sup>389</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 13. 12. 2011, č. j. ÚOHS-S489/2011/KS-19817/2011/840/DVá

velmi pozorně studovat charakteristiky daných trhů a nastavovat simulaci tak, aby předpoklady daného modelu co nejvíce odpovídaly tržní realitě pozorovaného trhu a jeho výsledky se nepříčily ekonomickým teoriím, na nichž je založen. Současně je důležité, aby použité testy a modely byly založeny na dostatečném množství kvalitních dat. To vše je pak třeba zarámovat do koherentní interpretace s kvalitativními důkazy a srozumitelně prezentovat.

Aby bylo možno se na výsledky kvantitativního testování spolehnout bez většího rizika, byla by potřebná jejich ustálenější aplikace v praxi. O té lze hovořit, jen pokud se tyto metody stanou standardní uznávanou součástí argumentace používanou soutěžními orgány či (v rámci správního a soudního přezkumu rozhodnutí soutěžních úřadů) účastníky řízení.

Za poslední období ÚOHS v několika svých rozhodnutích využil některé ze statistických metod (cenová korelace, stacionarita) a indikačních testů (SSNIP test) při posuzování fúzí a rovněž při vymezení relevantních trhů. Přestože se jedná o relativně jednoduché techniky, je třeba jejich použití ÚOHS pozitivně hodnotit a chápat jako zárodek postupného zavádění více ekonomického přístupu do českého soutěžního práva. Použití více sofistikovaných testů či simulačních modelů při posuzování fúzí v rámci České republiky se zatím pozorovat nedá.

Naprostá většina posuzovaných spojení je ze strany ÚOHS povolena či povolena se závazky,<sup>390</sup> takže spojující se soutěžitelé nemají důvod brojit proti správním rozhodnutím před soudy. Přitom je velmi pravděpodobné, že v případě soudních řízení by se někteří ze soutěžitelů v roli žalobců pokusili uplatnit jako argument rovněž kvantitativní techniky, jejichž použití by tak bylo přezkoumáno soudy, což by přineslo užitečný pohled na jejich aplikaci.

Skutečnost, že se kvantitativní techniky v oblasti fúzí nedostávají před soudy a nejsou více využívány i v rámci správního řízení, je zásadně umocněna rovněž tím, že až do nedávna nemohli „neúčastníci řízení“ (tj. subjekty, které nebyli spojujícími se soutěžiteli, ale napadali spojení námitkami) brojit proti rozhodnutí o povolení

<sup>390</sup> Dle výročních zpráv ÚOHS z let 2001-2012 od 1. 7. 2001, kdy nabyl účinnosti ZOHS, ÚOHS posuzoval více než tisíc fúzí. Zakázány byly v tomto období pouze 4 fúze a povoleno pouze pod podmínkou plnění závazků bylo 35 fúzí.

spojení ÚOHS rozkladem, a tedy ani následnou žalobou u správního soudu.<sup>391</sup> Lze říci, že ve vztahu k podaným námitkám, které je ÚOHS povinen řádně vypořádat, rovněž existuje možnost napadnout posuzovanou fúzi i za pomoci kvantitativních technik a simulačních modelů. To, že se tak v praxi neděje, je pravděpodobně způsobeno především vysokou obtížností pro třetí osoby získat dostatek dat.<sup>392</sup> Shromáždění dostatečného množství kvalitních dat je ostatně velmi obtížné i pro ÚOHS.

Z našich pozorování vyplývá, že tíha úkolu zavádění kvantitativních technik, indikátorů škodlivosti spojení a simulačních modelů, tedy obecně více tzv. „více ekonomického přístupu“ k posuzování fúzí, do českého soutěžního práva, leží téměř výhradně na ramenou ÚOHS. Je u něj patrná snaha o používání nejen právní, ale rovněž ekonomické, kvantifikovatelné argumentace. Nicméně právě u přezkumu fúzí lze patrně do budoucna očekávat širší použití výše popsaných metod i v rámci české praxe.

Existují přirozeně i jejich slabé stránky a omezení; ani širší použití kvantitativních metod<sup>393</sup> při posuzování koncentrací neodstraňuje hypotetičnost a jen větší či menší pravděpodobnost závěrů, které tyto metody podporují.<sup>394</sup> Navíc je použití kvantitativních metod extrémně náročné na vstupní data, jejichž sběr a analýza jsou nákladné a vyžadují vesměs i dost času. To je v konfliktu s ekonomickým a manažerským požadavkem rychlého rozhodování v těchto záležitostech spojení soutěžitelů, pro něž proto zákon stanoví velmi krátké lhůty (dokonce s fikcí schválení fúze při jejich nedodržení). Rychlost (a tedy potenciálně nepřesnost či neúplnost) jsou tedy přirozeným průvodcem i těchto kvantitativních metod.

<sup>391</sup> Tuto koncepci nabouralo rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 2. 7. 2013, č. j. 62 Af 55/2011-174, které konstatovalo, že při splnění určitých podmínek může i neúčastník řízení podat řádný rozklad proti rozhodnutí o povolení spojení soutěžitelů a následně tedy i žalobu ve správním soudnictví. V přípravě publikace bylo výše uvedené rozhodnutí pravomocné, nicméně napadeno kasační stížností u Nejvyššího správního soudu.

<sup>392</sup> Na druhé straně s neustále se zrychlujícím technologickým pokrokem jsou spjaty i možnosti rozsáhlejšího a podrobnějšího sběru dat, což by mělo umožnit jejich získání a použití rovněž pro potřeby ekonomických analýz, jak pro soutěžitele, tak pro ÚOHS.

<sup>393</sup> Jejich aktuální, stručné a didaktické shrnutí podávají Kokoris, I.; Shelanski, H. *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2014, 591 s. ISBN 9780199644131, s. 209 - 220.

<sup>394</sup> Blíže srov. Bejček, J. *Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2010, 389 s. ISBN 9788021050679, s. 150 - 363.

Mikroekonomické argumenty se nutně ocitají v konfliktu s výhradami makroekonomickými, zejména s argumentem o snížené kvalitě soutěžního prostředí, ev. o zániku soutěžního prostředí vůbec (fúze do monopolu). Kvalitativní výhrada se však - na rozdíl od číselně vyjádřitelných mikroekonomických dopadů - sotva dá vyjádřit stejnými prostředky.

Ekonomické argumenty vyjádřené exaktními prostředky působí psychologicky poněkud přesvědčivěji než pouhé „měkké“ kvalitativní úvahy. Ekonomické instrumentarium se tak dá využít (avšak i zneužít) jako přesvědčivě vyhlížející argumentace, vůči níž stojí „jen pouhé“ kvalitativní soutěžně politické a soutěžně právní hypotézy. Ekonomická argumentace totiž v určitých případech může zastřít skutečné a nevyřčené protisoutěžní záměry, které jsou kvůli ní jakoby méně viditelné, neboť pozornost se soustředí na průkazné kvantitativní údaje o přínosech fúze, byť mnohdy jednorázových a zčásti též hypotetických. Ekonomická metodologie může tedy někdy vyvolávat i jen zdání exaktnosti; schopnost kvantifikace těžko kvantifikovatelných údajů může být užitečná při hledání odpovědi na přesně formulované úzké otázky, ale může být zavádějící při hledání odpovědi na otázky komplexnější.<sup>395</sup>

Tzv. více ekonomický (kvantifikovaný) přístup k soutěžnímu právu je někdy považován za příliš statický kvůli omezenému časovému horizontu, z něž čerpá údaje.<sup>396</sup> Empirické údaje, na nichž přístup spočívá, vypovídají o realitě jen v závislosti na jejich relevanci a spolehlivosti, a navíc na kreativité a metodické správnosti jejich výkladu. Nemohou nahradit funkční analýzu soutěžní dynamiky trhu, která je možná jen prostřednictvím kvalitativní analýzy rozhodujících faktorů (jako jsou např. podmínky vstupu na trh nebo protiváha síly poptávky).<sup>397</sup>

Přestože považujeme aplikaci ekonomických metod (nejen) v oblasti kontroly spojování soutěžitelů za žádoucí a prospěšnou, zároveň uznáváme, že princip soutěže by neměl být nahrazen principem samoučelného a ryze ekonomického kalkulu. Soutěžní tlak je systémově nezastupitelným nástrojem racionalizace a v pravém

<sup>395</sup> „Ekonomové, stejně jako jiní lidé, měří, co se měřit dá, a mají sklon zapomínat na to, co se měřit nedá, ačkoliv to může být mnohem důležitější, než to, co se měří.“ (Bork, R. H. *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself. Valparaiso University Law Review*. 1978, vol. 13, no. 2, s. 403 - 421.)

<sup>396</sup> Nepomůže např. návodem k tomu, jak otevřít trh při deregulaci síťových odvětví - srov. Kirchner, Ch. *Kartellrecht und/oder Regulierung? WuW*. 2007, nr. 4, s. 327.

<sup>397</sup> Podrobněji srov. Hofer, P.; Williams, M.; Wu, L. *Empirische Methoden in der Europäischen Fusionskontrolle. WuW*. 2005, vol. 2, s. 155 a násl.

slova smyslu ekonomického chování soutěžitelů. Jednorázové snížení nákladů v důsledku jedné fúze tak může být znehodnoceno mnohanásobným nesnížením nákladů, které bylo možné právě proto, že v důsledku koncentrace soutěžitelů odpadl soutěžní tlak.

Ekonomická teorie monopolu je propracována a o škodlivosti monopolu panuje obecná shoda, takže fúze vedoucí k monopolu budou pravidelně zakazovány. Složitější je to u fúzí na oligopolních trzích, které jen zvyšují pravděpodobnost jednostranných a koordinovaných efektů. Jednostranné efekty mohou být odhadnuty a kvantifikovány pomocí ekonomických simulačních modelů, zatímco nekoordinované efekty se dají jen velmi obtížně předvídat a ekonomická teorie v tomto ohledu musí zůstat skromná,<sup>398</sup> protože se střetává s neměřitelnými veličinami. Proto musí být také zdůvodnění negativního stanoviska, opírající se o možné koordinované efekty, založeno na věrohodnějších a hůře napadnutelných argumentech, a může být jen jakýmsi hypotetickým pravděpodobnostním výhledem. Stochastický model není roven důkazu reality jen proto, že používá čísla. Podobně se to dá říci o spolehlivosti prognóz koordinovaných efektů jakožto možného důsledku vzniku nebo posílení kolektivního dominantního postavení následkem fúze.

Právě v oblasti kontroly koncentrací může být implicitní nekritický nárok na poskytnutí spolehlivého obrazu budoucího vývoje prostřednictvím kvantitativních metod, pokud bychom jej na ně kladli, ošidný. Ekonomické pojmy a ukazatele nejsou a ani nemohou být vždy exaktní a podobně jako pojmy právní podléhají výkladům a hodnocení. Pokud se tyto metody zaměřují především na hodnocení vlivu jednání na výsledek (*effect-based approach*), znamená to jistotu až *ex post*, a nikoliv *ex ante*. Budoucí vývoj je možno s jejich pomocí vesměs jen lépe odhadovat, nikoliv s jistotou určovat. Jejich poznávací funkce je tedy nesporná a škodit může jak jejich přeceňování, tak i nedocnění.

Protisoutěžní jednání se striktně vzato napřed musí udát a vyhodnotit, a teprve pak je lze postihnout. Jeho předvídaní na základě ekonomických modelů je nespolehlivé. Navíc je ekonomické hodnocení spojeno s informačním problémem (množství potřebných informací roste s přesností ekonomického modelu nebo simulace, a prodlužuje a prodražuje analytický a rozhodovací proces), a to v rozporu s potřebami podnikatelů, kteří ke svému investičnímu rozhodování potřebují mnohem

<sup>398</sup> Schwalbe, U.; Zimmer, D. *Kartellrecht und Ökonomie*. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2006, s. 398.

rychlejší verdikt o dovolenosti či nedovolenosti fúzí. Důkazní spolehlivost ekonomických argumentů je též velice sporná (nespolehlivé a neúplné jsou informace, nedokonalé jsou i modely samotné) a výsledek leckdy závisí ne na důkazu pravdy, ale na tom, jak dopadne „bitva posudků a expertíz“.<sup>399</sup>

Kombinace kvantitativních abstraktních metod s metodami *ad hoc* rozumného posouzení konkrétní situace znamená menší předvídatelnost rozhodnutí a slabší oprávněnost očekávání podobného rozhodnutí v podobných případech - o míře podobnosti může mít jinou představu účastník, a jinou rozhodující orgán. Kombinace různých kvantitativních metod a navíc s metodami kvalitativního posouzení je nezbytná z hlediska věcného i důkazního, byť je třeba na úkor právní jistoty - té se nejlépe daří při jednoduchých *per se* pravidlech bez ohledu na zvláštnosti konkrétního případu.

Účelem právní regulace antimonopolním právem je však ochrana účinné soutěže, nikoliv snad ochrana právní jistoty účastníků (třeba právě díky metodě *zákazů per se*) a jednoduché předvídatelnosti vypočítatelnosti rozhodnutí, dosahované i za tu cenu, že by rozhodnutí mělo účinnou soutěž poškodit. *Zákazy per se* jsou na místě jen v situacích, kdy dosavadní zkušenost a ekonomická teorie poskytují silnou oporu přesvědčení, že určité kategorie chování jsou škodlivé a poskytují minimální šanci na jakýkoliv přínos - většina fúzí však do této kategorie nespadá.<sup>400</sup>

Posouzení přípustnosti koncentrace pomocí souboru kvantitativních metod je přínosné za předpokladu, že umožní s vysokou mírou pravděpodobnosti odhadnout, v jakém časovém horizontu se úspora nákladů v důsledku fúze promítne do snížení cen a dokáže to srovnat s *dlohodobým* výhledem a důsledkem tlaku konkurence na snížení cenové úrovně při neschválení fúze. Přitom samozřejmě není nutná a ani reálně dosažitelná matematická exaktnost. V případech, kdy to ekonomicko-matematická metoda nedokáže (resp. jen s nízkou mírou pravděpodobnosti), je patrně na místě posoudit důsledky fúze za pomoci pouhé kvalitativní pravděpodobnostní úvahy.

Komplexní ekonometrické modelování, které se rozmohlo při posuzování fúzí v EU, podléhá přirozeně verifikaci své vypovídací schopnosti - před tím, než

<sup>399</sup> Srov. Dreher, M. *Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Kartellrecht. WiW.* 2008, nr. 1, s. 23 a násl.

<sup>400</sup> Srov. Heyer, K. A world of uncertainty: economics and the globalization of antitrust. *Antitrust Law Journal.* 2005, vol. 72, s. 390.



se použije jako argument pro odůvodnění výroku rozhodnutí, by samotné modely měly být otestovány a ověřeny kombinací několika metod. Zatím se v praxi nestalo, že by evropské soudy musely čelit výtkám vůči vhodnosti a spolehlivosti ekonometrických metod použitých při hodnocení fúzí; to je ovšem jen otázka času. Hodnotilo se již dříve kladně, že i EK se neuchyluje k hrubým a rychlým odhadům (např. v případě *Oracle/PeopleSoft*), ale rozhoduje na základě důkladného rozboru alternativních ekonometrických modelů, jimiž ověřuje, zda původní námitky byly dobře zdůvodněny.<sup>401</sup>

Zásadní ambicí proponentů tzv. „více ekonomického přístupu“ je tedy omezit prostor pro uvážení rozhodujících antitrustových orgánů (EK a soudů, jakož i národních antitrustových úřadů) zásadně jen na takové otázky, které se svou povahou vymykají ekonomické objektivizaci a normalizaci do podoby formálních legálních testů. Ekonomický přístup naráží však i tady na možnosti diskrečního až arbitrárního posuzování kvalitativních parametrů typu „převod podstatné části výhod na spotřebitele“, „převaha dosažených či deklarovaných výhod nad nevýhodami plynoucími z omezení soutěže“, apod. Samotné ekonomické výhody („*efficiencies*“) nejsou navíc často o nic kvantifikovatelnější (a tedy „měřitelnější“) než podobně neurčité právní pojmy<sup>402</sup> - i ony závisí na (dobově, hodnotově, zájmově a jinak podmíněných) interpretacích.

K tomu přistupuje jen velmi obtížně „formalizovatelný“ vztah ekonomických cílů a cílů mimoekonomických, jako je společenský blahobyt, udržitelný harmonický rozvoj, kvalita života, ale i (v evropském právu prvořadý) cíl ekonomické konvergence, který nezbytně vyžaduje přijímat suboptimální („neekonomická“) *aktuální* rozhodnutí v zájmu *budoucího* optimálního vývoje nebo stavu.

Je jistě možné usilovat o přístup, který by zvažoval všechny výsledky fúze na základě multidimenzionálního přístupu,<sup>403</sup> resp. judikaturou vyvinutého přístupu vyvažování

<sup>401</sup> Podrobně viz Botteman, Y. Mergers, standard of proof and expert economic evidence. *Journal of Competition Law and Economics*. 2006, 2(1), s. 71 - 100.

<sup>402</sup> Srov. např. přínosy v podobě přístupu k novému *know-how*, zlepšení prodejních podmínek, schopnosti zvýšit inovační aktivitu apod.

<sup>403</sup> Jak navrhují Gifford, D.J.; Kudrle, R. T. Rhetoric and reality in the merger standard of the United States, Canada, and the European Union. *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, s. 463 a násled.

vah (*balancing weights approach*<sup>404</sup>). To však není žádná nová metoda, spíše extenze metody *rule of reason*, opírající se jen o pravděpodobnostní a zčásti spekulativní a účelově předkládané údaje a tvrzení spojujících se subjektů

EUMCR přineslo některé změny práva hmotného, které jsou též výrazem posílení ekonomického přístupu. Zavedlo především novou (v předchozí kapitole komentovanou) definici základního kritéria pro vyslovení zákazu spojení - namísto dřívějšího zákazu povolit spojení proto, že by v jeho důsledku vzniklo nebo bylo posíleno dominantní postavení (test dominance), bylo zavedeno kritérium významné (podstatné) překážky soutěže (test *SIEC*).

Dřívější test dominance stavěl na vzniku nebo posílení dominantního postavení. Fúze, která k tomuto předpokládanému důsledku nevedla, byla povolena bez ohledu na to, že mohla soutěž v důsledku jednostranných nebo koordinačních efektů přesto nepříznivě ovlivnit. Testu dominance se vytýkalo, že vychází z těžko splnitelného předpokladu, že lze ostře oddělit dominanci od subdominance, zatímco test podstatného snížení soutěže umožňuje předvídat, zda by soutěž na daném trhu poklesla v důsledku fúze natolik, že by vzrostly ceny nebo poklesl výstup. Změna substantivního testu uzavřela určitou „mezeru v právu“, která do té doby neumožňovala zakázat fúze, které ani nezaložily, ani neposílily monopolní nebo dominantní postavení, ale které mohly poškodit soutěž v důsledku jednostranných efektů.<sup>405</sup> Kromě toho, že za pomoci testu *SLC* (nebo *SIEC*) lze zakázat i fúzi, která nepovede ke vzniku nebo posílení dominantního postavení, je možno při testu *SLC* nezakázat fúzi ani při nabytí nebo posílení dominantního postavení, mj. pokud by z fúze vyplynuly specifické přínosy (*efficiencies*), jichž by jinak dosaženo nebylo. *SIEC* test je proto jakožto jeden z výrazů tzv. „více ekonomického přístupu“ vhodnějším nástrojem, který umožňuje zachytit i specifická ekonomická hlediska při kontrole fúzí.

<sup>404</sup> Srov. však kritiku expertní skupiny kanadského soutěžního v Philipps, Vineberg, op. cit.

<sup>405</sup> Srov. Ehlermann, C.D.; Völcker, S.B.; Gutermuth, G.A. Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation. *World Competition*. 2005, 28 (2), s. 193 a násl.

---

## 6 POSOUZENÍ ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ POMOCÍ KVANTITATIVNÍCH METOD<sup>406</sup>

### 6.1 Úvodní výklady

Jedním z typů nežádoucího jednání poškozujícího efektivní soutěž na trhu je zneužití silného tržního postavení, resp. v terminologii evropského (i českého) soutěžního práva zneužití dominantního postavení. Tato kapitola pojednává o praktickém používání ekonomických metod a testů při posuzování zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU a § 11 ZOHS a zároveň je srovnává s posuzováním tzv. „protisoutěžní monopolizace“ zakázané částí 2 Shermanova zákona v USA. Kvantitativní techniky jsou v souvislosti s prosazováním se „více ekonomického přístupu“ již víceméně standardně používány v rozhodovací praxi EK a přezkoumávány v rozhodnutích evropských soudů.

#### 6.1.1 Monopol

Pojem dominantní podnik, coby pojem právní, do určité míry odráží ekonomický pojem „monopol“. Monopol je typem nedokonalé konkurence (vedle oligopolu a monopolistické konkurence), která se vyznačuje tím, že subjekty působící na trhu mají určitou kontrolu nad cenou svého výstupu. Mezi základní příčiny vzniku nedokonalé konkurenčních trhů patří úspory z rozsahu a bariéry vstupu do odvětví.<sup>407</sup> Monopol představuje extrémní případ nedokonalé konkurence, kdy na trhu existuje jediný prodávající s úplnou kontrolou nad odvětvím. Monopolista si může určovat teoreticky libovolnou cenu a neexistuje žádné jiné odvětví, které by nabízelo blízké substituty k jeho produktům. Výlučné („čistě“) monopoly jsou v praxi vzácné a monopol je proto třeba považovat spíše za modelovou situaci.

---

<sup>406</sup> Některé části této kapitoly byly použity v diplomových pracích „Spravedlivá monopolní cena“ v naší a zahraniční judikatuře (PrF MUNI) a Ekonomické aspekty zakázaných monopolních praktik (ESF, MUNI) autorky Zuzany Hajné.

<sup>407</sup> HOŘEJŠÍ, B.; SOUKUPOVÁ, J. a kol. *Mikroekonomie*. 5. vyd. Praha: Management Press, 2010, 574 s. ISBN 978-80-7261-218-5, s. 264. Nedokonalá konkurence se tedy na rozdíl od dokonalé konkurence vyznačuje tím, že podniky jsou „cenovými tvůrci“, zatímco v případě dokonalé konkurence, kdy na trhu existuje velký počet podniků se zanedbatelným tržním podílem, které nabízejí homogenní produkt, tyto podniky nedokážou tržní cenu ovlivnit a jsou „cenovým příjemcem“.

Monopoly v pravém slova smyslu mohou vzniknout nejčastěji v důsledku vládní regulace (např. státem regulované poštovní služby či provozovatel pevné telefonní sítě), díky existenci patentu na určitý výrobek, který podniku zajistí monopol nad danou výrobou po určitý časový úsek (např. vynálezce nového léku, který se vzhledem k patentové ochraně stane jediným prodejcem léku, ke kterému neexistují žádné substituty), nebo díky koncesovaným místním službám (např. poskytovatel vody pro domácnosti v určité oblasti).

V některých případech může monopolista získat svou silnou pozici i bez státních zásahů, a to úspěšným působením na trhu. Tento typ monopolu bývá nazýván jako přirozený monopol a vzniká většinou v situaci, kdy je efektivní, aby celý výstup nabízel pouze jeden prodávající. Přirozené monopoly se nacházejí zejména v síťových odvětvích, např. v oblasti místní distribuční sítě elektřiny či plynu.

Jednání monopolisty, byť je jediným či nejsilnějším podnikem na trhu, však není neomezené a je do jisté míry ovlivněno preferencemi spotřebitelů, případně jejich změnami, a také konkurencí ze strany ostatních soutěžitelů vyrábějících substituty. Postavení monopolistů tedy zpravidla není neomezitelné, a to alespoň z dlouhodobého hlediska, jelikož postupem času mohou být překonány bariéry vstupu či jiné překážky, které ostatním podnikům brání prosadit se na trhu. Obecně lze říci, že „v dlouhém období není žádný monopol před útokem konkurentů zcela v bezpečí.“<sup>408</sup>

Mezi pojmové znaky monopolu patří jeho výrobní a alokační neefektivnost. Monopol však často vede i k dalším typům neefektivnosti, jako je „X-neefektivnost“ či „dobývání renty“.

Výrobní neefektivnost monopolu vyplývá z toho, že se monopolista nesnaží minimalizovat své průměrné náklady, a to ani v dlouhém období. Monopol se proto vyznačuje tím, že nabízí menší objem produkce za vyšší cenu ve srovnání s podniky na efektivním dokonale konkurenčním trhu.<sup>409</sup> Při existenci monopolu tedy dochází i k alokační neefektivnosti, kdy je část přebytku spotřebitele přeměněna na zisk

<sup>408</sup> SAMUELSON, P. A. a NORDHAUS, W. D. *Ekonomie*. 18. vyd. Praha: NS Svoboda, 2007, 775 s. ISBN 9788020505903, s. 167 - 168.

<sup>409</sup> Naopak na dokonale konkurenčním trhu firmy vyrábí s minimálními náklady a cena se zde rovná mezním nákladům na produkt.

monopolu a část společenského užítku se zcela ztrácí, čímž vzniká tzv. „ztráta mrtvé váhy“.<sup>410</sup> Výstup monopolu totiž nevychází z předpokladu rovnosti ceny a mezních nákladů, jak je tomu v dokonalé konkurenci.<sup>411</sup>

K dalšímu typu neefektivnosti monopolu může vést „pohodlný život“ (*quite life*) podniku bez snahy generovat co nejvyšší zisk. V této souvislosti je zmiňována tzv. X-neefektivnost<sup>412</sup>, která představuje určitý vnitřní druh neefektivnosti, jež se projevuje například příliš vysokými manažerskými platy, nadbytkem zaměstnanců a podobně. Podnik v monopolním postavení totiž často nic nevede k tomu, aby se snažil minimalizovat své náklady, protože není ohrožen významnými konkurenčními tlaky. X-neefektivnost vede k dalšímu zvyšování cen a snižování výstupu, neboť se vyznačuje vyššími celkovými náklady a zároveň tedy i vyššími mezními náklady. V důsledku toho vzniká dodatečná ztráta mrtvé váhy. To, co by bez přítomnosti X-neefektivnosti byl zisk monopolisty, je nyní ztraceno, a nevzniká tak žádný společenský užitek.

Další ztráta efektivnosti může být nazvána jako cena za úspěch nebo také jako „dobývání renty“. Jde o přesun zdrojů do neproduktivních aktivit. Monopolní pozice je totiž pro soutěžitele velmi atraktivní, a proto podnik, který monopolní pozici již má, se ji snaží bránit, zatímco ostatní podniky se ji naopak snaží atakovat. Bránění existující monopolní pozice probíhá například pomocí vytváření umělých bariér vstupu, politickým lobbingem, diferenciací produktů a podobně. Naopak podniky, které na monopolní pozici útočí, musí vynakládat prostředky na překonání uvedených bariér budovaných monopolním podnikem. Jsou tedy vynakládány dodatečné náklady jednak na udržení monopolní pozice a jednak na snahu ohrožit monopol ze strany ostatních podniků s menší tržní silou. Na druhou stranu, pokud se na hospodářskou soutěž pohlíží jako na soupeření mezi podniky, tedy boj o tržní sílu a maximalizaci zisku, jsou tyto náklady nezbytné pro efektivní fungování hospodářské soutěže. Soutěžní orgány jsou ovšem často podezřelé k tomu, zda monopolní podnik opravdu vynakládá prostředky na běžnou soutěž nebo na predátorské jednání a zničení konkurence.<sup>413</sup>

<sup>410</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 21.

<sup>411</sup> Dokonalá konkurence představuje situaci, kdy na trhu existuje velké množství podniků, které nabízejí homogenní zboží a neodkážou ovlivnit cenu tohoto zboží, jsou tedy tzv. cenovými příjemci (typickým příkladem dokonalé konkurence je trh rohlíků).

<sup>412</sup> Pojem *X-inefficiency* poprvé použil Leibenstein.

<sup>413</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 22 - 23.

### 6.1.2 Pojem dominantní postavení a jeho zneužití

Pro účely regulace jednání monopolního podniku (ať již čistého monopolu nebo monopolu, který čelí určitému stupni konkurence) používá české i evropské soutěžní právo pojem dominantní postavení. Evropské soutěžní právo chápe dominantní postavení jako postavení podniku s takovou tržní silou, jež mu umožňuje jednat do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících i spotřebitelích. Jeho jednání je tím pádem schopné narušit účinnou hospodářskou soutěž na relevantním trhu.<sup>414</sup> Za dominantní podnik je většinou považován takový podnik, který je schopen zvyšovat své ceny nad konkurenční úroveň (tedy nad úroveň ceny, která by se pravděpodobně vytvořila ve více soutěžním prostředí), a přitom nemusí čelit významným tlakům ze strany svých konkurentů.<sup>415</sup> Český ZOHS specifikuje dominantní postavení ve svém § 10, ve kterém navíc rozvádí, jakým způsobem má být zkoumána tržní síla podniku<sup>416</sup>. Zároveň stanovuje vyvrátitelnou domněnku, podle níž se předpokládá, že soutěžitel či soutěžitelé se společnou dominancí, jejichž tržní podíl ve zkoumaném období nepřesáhl 40%, nezaujímají dominantní postavení.<sup>417</sup> Tuto domněnku uvádí v EUADG také EK, která navíc dodává, že i soutěžitele s nižším podílem na trhu může mít dominantní postavení, pokud jeho konkurenti nejsou schopni účinně ovlivnit jeho chování (což může být způsobeno např. kapacitními omezeními těchto konkurentů).<sup>418</sup>

Pojem dominantní postavení je tedy širším pojmem než pojem monopol v ekonomickém smyslu.

Samotná existence dominantního postavení není považována za protisoutěžní ani zakázanou. Evropská judikatura ovšem dovodila, že dominantní podnik má na základě své specifické pozice na trhu tzv. „zvláštní odpovědnost“ jednat takovým způsobem, aby tím nezasahoval do efektivní a nenarušené hospodářské soutěže na trhu.<sup>419</sup> Pokud tedy dominantní podnik svého silného postavení na trhu zneužívá a poškozuje (již tak oslabenou) hospodářskou soutěž a tím také spotřebitele, bude jeho jednání považováno za zneužití dominantního postavení. Pravidla

<sup>414</sup> Viz EUADG, odst. 10.

<sup>415</sup> Tamtéž, odst. 11.

<sup>416</sup> Více viz kap. 3 (posuzování tržní síly).

<sup>417</sup> Viz § 10 odst. 2 a 3 ZOHS.

<sup>418</sup> EUADG, odst. 14.

<sup>419</sup> Viz bod 1 EUADG a např. rozsudek Soudního dvora ze dne 2. 4. 2009. Věc C-202/07 P. *France Télécom SA*.

hospodářské soutěže tak do určité míry omezují svobodu jednání dominantního podniku v hospodářské soutěži, neboť mu zakazují chovat se tak, jak by v případě neexistence dominantního postavení mohl.

Zákaz zneužití dominantního postavení je v obecné podobě obsažen ve čl. 102 SFEU (dříve ve čl. 82 Smlouvy o Evropském společenství), podle kterého platí „s vnitřním trhem je neslučitelné, a proto zakázané, pokud to může ovlivnit obchod mezi členskými státy, aby jeden nebo více podniků zneužívaly dominantního postavení na vnitřním trhu nebo jeho podstatné části“. Dále čl. 102 obsahuje demonstrativní výčet skutkových podstat, které jsou považovány za zneužití dominantního postavení. Jedná se o následující praktiky: 1) přímé nebo nepřímé vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen; 2) omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů; 3) uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži; 4) podmiňování uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisejí. Obdobně také český ZOHS v § 11 zakazuje zneužívání dominantního postavení na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů. Odstavec 2 tohoto ustanovení konkrétně uvádí, jaké praktiky jsou zpravidla považovány za zakázané. Oproti čl. 102 SFEU přitom navíc zahrnuje také další protisoutěžní praktiky, a to dlouhodobé nabízení a prodej zboží za nepřiměřeně nízké ceny, které má nebo může mít za následek narušení hospodářské soutěže; a odmítnutí poskytnout jiným soutěžitelům za přiměřenou úhradu přístup k vlastním přenosovým sítím nebo obdobným rozvodným a jiným infrastrukturním zařízením. Nicméně v obou případech, tedy jak u čl. 102 SFEU tak u § 11 ZOHS, jde o demonstrativní výčet a ve skutečnosti obě právní úpravy zakazují *de facto* stejná jednání dominantních podniků podrobněji definovaná v evropské judikатурní praxi. Zneužití dominantního postavení podle českého ZOHS je vykládáno eurokonformně a při jeho posuzování je tak běžně aplikována i evropská rozhodovací praxe.

V teorii i praxi se rozlišují dva typy protisoutěžních praktik spojených se zneužíváním dominantního postavení - vylučovací, jejichž cílem je vyloučit ostatní konkurenty z trhu a na jejich úkor posílit (či alespoň udržet) své dominantní postavení (např. účtování nepřiměřeně nízkých/„predátorských“ cen, odmítnutí dodávek či protisoutěžní stlačení marží), a vykořisťovatelské, tedy takové, jejichž hlavním cílem je poškození spotřebitelů či odběratelů (např. účtování nepřiměřeně

vysokých cen). V poslední době je kladen důraz zejména na škodlivost vylučovacích praktik dominantního postavení, jež jsou také v centru pozornosti EK, která klade důraz na jejich posuzování „více ekonomickým přístupem“. Naproti tomu vykořisťovatelské (*exploitative*) praktiky je možno chápat spíše jako důsledek ekonomického úspěchu dominantního podniku a soutěže jako takové, a proto je jejich napravení ponecháváno spíše na volném tržním mechanismu. Tento přístup je vlastní spíše praxi USA, která například za protisoutěžní nepovažuje požadování nepřiměřeně vysokých monopolních cen, neboť ty naopak chápe jako odměnu za úspěch. Rovněž EK se v současnosti orientuje zejména na postihování vylučovacích praktik, které považuje za více nebezpečné. Za tímto účelem vydala Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele (2009/C 45/02) (EUADG), ve kterých shrnuje základní pravidla pro hodnocení jednotlivých vylučovacích praktik dominantních soutěžitelů.

Prosazovaný více ekonomický přístup, který se objevuje v dokumentech vydávaných EK týkajících se zneužití dominantního postavení již od roku 2005<sup>420</sup>, se vyznačuje zejména tím, že se zaměřuje více na efekt jednotlivých praktik dominantních podniků (*effect-based approach*), raději než na formu jednání, jak bylo poměrně běžné v dřívější judikatorní praxi<sup>421</sup>. Projevuje se tak snaha potlačit *per se* zákazy a zkoumat daná jednání dle konkrétních okolností případu. Důraz je kladen na zvažování, zda opravdu daným jednáním dochází ke zneužití a jestli tedy negativní efekty jednání nemohou být převáženy pozitivním dopadem na spotřebitele v dlouhodobějším hledisku, který by přispěl ke zvýšení efektivity. Ve středu zájmu stojí spíše ochrana spotřebitele a soutěže jako takové, nežli obrana slabších a neefektivních soutěžitelů.

Právní úprava v USA postihující praktiky dominantních podniků je v porovnání s evropskou úpravou poněkud odlišná. Část 2 Shermanova zákona (1890) považuje za zakázané jednání *monopolizaci, pokus o monopolizaci nebo spojení či spiknutí s jinou osobou nebo osobami vedoucí k monopolizaci zasahující obchod mezi více členskými státy nebo s cizími státy*. Toto ustanovení tedy zahrnuje tři delikty: „monopolizaci“, „pokus o monopolizaci“ a „spiknutí za účelem monopolizace“. Pojem „monopolizace“

<sup>420</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005), Report by the EAGCP „An economic approach to Article 82 (2005).

<sup>421</sup> Formální přístup byl použit např. v rozsudku Soudního dvora ze dne 13. 2. 1979, Věc C-85/76. *Hoffmann-La Roche*, nebo v rozsudku Soudního dvora ze dne 9. 11. 1983. Věc 322/81. *Michelin*.



Nejvyšší soud USA definoval v případě *Grinnell* z roku 1966<sup>422</sup> jako delikt skládající se ze dvou částí: zaprvé držení monopolní moci na relevantním trhu a za druhé úmyslného získání nebo udržování této moci, které není spojeno s růstem podniku v důsledku jeho ekonomických úspěchů. Vedle toho pokus o monopolizaci vyžaduje jednak prokázání, že se podnik dopustil predátorského či protisoutěžního jednání, úmysl monopolizovat a významnou pravděpodobnost získání monopolní síly.<sup>423</sup>

Část 2 Shermanova zákona tak zakazuje vylučovací nebo predátorská jednání, jež v sobě zahrnují jak nezákonné získání monopolní pozice, tak protiprávní udržování takové pozice. Nevztahuje se však na jednání vykořisťovatelská, neboť americká praxe vychází z principu, že ten, kdo díky svému úspěchu získal dominantní postavení legálním způsobem, má právo z tohoto postavení těžit a jeho využívání prostřednictvím vykořisťujících praktik může být naopak soutěži prospěšné, neboť povede k přilákání nových konkurentů.<sup>424</sup> Protisoutěžní jednání dominantních podniků může být v režimu federálního práva USA postíženo také podle zákona o Federální obchodní komisi („Federal Trade Commission Act“, dále též „zákon o FTC“), který stručně zakazuje uplatňování neférových a podvodných metod v obchodování nebo postihující obchodování.<sup>425</sup> V případě cenové diskriminace se dominantní podnik může dopustit také porušení Robinson-Patmanova zákona (1936).

### 6.1.3 Základní pohled na posuzování zneužití dominantního postavení.

Podle ustálené praxe se vždy zásadně nejprve vymezuje relevantní trh, na kterém se sledovaný podnik pohybuje. Právě zjištění výrobového a geografického relevantního trhu<sup>426</sup> je v praxi stále klíčové pro odpověď na základní otázku, zda má sledovaný podnik opravdu dominantní postavení, které může svým jednáním zneužít. Hodnocení existence dominantního postavení souvisí s posuzováním tržní síly podniku, která bývá standardně odvozována od velikosti jeho tržního podílu, při současném zohlednění konkrétních podmínek na trhu. Dalšími ukazateli může

<sup>422</sup> *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

<sup>423</sup> *Single Firm Conduct: Monopolization Defined* [online]. Federal Trade Commission [cit. 2009-10-11]. Dostupné z: <http://www.ftc.gov>, viz rozsudek *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 456 (1993).

<sup>424</sup> Významnou roli v konkrétních případech hrají bariery vstupu na posuzovaných trzích.

<sup>425</sup> Více o části 5 zákona o FTC viz např. <http://www.federalreserve.gov/boarddocs/supmanual/cch/ftca.pdf>

<sup>426</sup> Blíže viz kap. 2 (vymezování relevantního trhu).

být také posouzení dopadu rozšíření činnosti současných konkurentů či vstupu potenciálních konkurentů na trh a pozice zákazníků dominantního podniku, včetně jejich vyjednávací síly vůči sledovanému podniku (v této souvislosti je zmiňována „vyrovnávací kupní síla“).<sup>427</sup>

Pokud se zjistí existence dominantní pozice zkoumaného podniku na příslušném relevantním trhu, přistupují soutěžní orgány k analýze jeho konkrétního jednání a posuzují, zda se dopustil zneužití svého dominantního postavení. Uvedený postup zkoumání dominantního postavení založený na odvozování tržní síly především z tržního podílu podniku, jenž v současné evropské praxi jednoznačně dominuje, vychází z tzv. strukturálního posouzení tržní síly. V současné době se však (byť zatím spíše ojediněle) strukturální přístup stává i terčem kritiky ze strany některých odborníků, kteří zpochybňují jeho efektivnost a navrhují přístup založený na přímém určení tržní síly, jenž nutnost vymezení relevantního trhu popírá. Tento přístup je ovšem v současnosti spíše teoretický a v praxi okrajový.<sup>428</sup>

Dospěje-li soutěžní úřad k závěru o existenci dominantního postavení podniku, musí dále zkoumat, zda jeho jednání představuje zneužití tohoto postavení. Samotný pojem zneužití není v ZOHS ani v SFEU definován. Proto se koncepce zneužití dovozuje především z evropské judikatury. Za zneužití se považuje jednání, které pravděpodobně povede k porušení hospodářské soutěže na daném relevantním trhu.<sup>429</sup>

Český ZOHS navíc oproti čl. 102 SFEU obsahuje podmínku újmy jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů (konkrétně § 11 odst. 1 ZOHS zakazuje „*zneužití dominantního postavení na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů*“). Újmu způsobenou ostatním soutěžitelům lze vyložit jako jejich poškození vyplývající z narušení hospodářské soutěže, kvůli kterému se nemohou patřičně zapojit do soutěžního procesu a dojde tak ke zhoršení jejich postavení na daném trhu. Pokud jde o újmu způsobenou spotřebitelům, tu je nutno chápat široce jako ohrožení spotřebitelských

<sup>427</sup> Více viz kap. 3 (stanovení tržní síly).

<sup>428</sup> Viz KAPLOW, 2010, op. cit.

<sup>429</sup> V souvislosti s definicí zneužití dominantního postavení bývá nejčastěji uváděn rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 2. 1979, Věc C-85/76. *Hoffmann-La Roche*, který uvádí, že zneužití dominantního postavení představuje „*způsobu chování podniku v dominantním postavení, jejichž podstatou je ovlivnění struktury trhu, v němž je na základě přítomnosti dominantního podniku stupeň soutěže oslaben, a jejichž cílem je vytvoření překážek rozvoje soutěže na tomto trhu za použití prostředků, které se liší od těch, které řídí normální soutěž výrobků a služeb mezi soutěžiteli*“ (cit. podle MUNKOVÁ, J.; KINDL, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, 681 s. ISBN 9788074001734, s. 114).

zájmů na uspokojování jejich potřeb. Za spotřebitele přitom nelze považovat pouze konečné zákazníky, nýbrž všechny přímé nebo nepřímé uživatele dotčeného výrobku, včetně výrobců polotovarů, distributorů a také konečných spotřebitelů přímého produktu a produktů poskytovaných výrobcí polotovarů.<sup>430</sup>

Pojetí obsahu „poškození hospodářské soutěže“ se v evropské praxi vyvíjelo. Před počátkem prosazování ekonomického přístupu byla některá jednání dominantních podniků zakazována z formálních důvodů (*per se*); negativní dopad na soutěž se spíše předpokládal, než aby se zkoumal skutečný účinek jednání na trh.<sup>431</sup>

Značnou nevýhodou tohoto přístupu bylo, že jako zakázané mohly být posouzeny i praktiky, u kterých ve skutečnosti převažovaly pozitivní účinky na soutěž na daném relevantním trhu. Dominantní podniky tak mohly být odrazovány od jednání, které mohlo ve svém důsledku vést k vyšší efektivnosti. Více než na efektivitu a účinnou hospodářskou soutěž se tak evropské soutěžní právo zaměřovalo na ochranu ostatních (byť i slabších) konkurentů a na blahobyt spotřebitelů spíše v krátkodobějším měřítku. Proto se „více ekonomický přístup“ zaměřil na konkrétní dopady jednání dominantních podniků na trh a na pečlivější zkoumání konkrétních okolností případu.

Podle současné evropské doktríny se za protisoutěžní považuje takové jednání, které poškodí soutěž, nikoliv které poškodí jednotlivé slabší soutěžitele na daném trhu. Tuto zásadu potvrdil Soudní dvůr ve své nedávné judikatuře, kde uvedl, že „každý účinek vyloučení nutně neznamená narušení hospodářské soutěže.. ..Hospodářská soutěž na základě výkonnosti může z povahy věci vést k tomu, že soutěžitelé, kteří jsou méně výkonní, a tedy pro spotřebitele méně zajímaví z hlediska ceny, výběru, kvality nebo inovací, zmizí z trhu nebo se dostanou na jeho okraj“.<sup>432</sup> Je tak nutné rozlišovat mezi soutěži prospěšným vyloučením neefektivních konkurentů z trhu a naopak škodlivým vyloučením, které představuje porušení hospodářské soutěže.

V EUADG dává EK návod pro hodnocení možné protisoutěžní povahy vylučovacích praktik dominantních podniků a doporučuje posuzovat, zda v daném případě došlo k protisoutěžnímu vyloučení z trhu (*anticompetitive foreclosure*) a jestli zde neexistují důvody pro objektivní ospravedlnění (*objective justification*) sledovaného jednání.

<sup>430</sup> MUNKOVÁ; KINDL, 2009, op. cit., s. 117.

<sup>431</sup> Viz např. přístup k tzv. věrnostním rabatům, k jejichž zákazu postačovalo pouze naplnění formy této praktiky a nebylo již nutné se dále zabývat jejími skutečnými dopady na soutěž a spotřebitele (viz níže kap. týkající se jednotlivých skutkových podstat zneužití dominantního postavení).

<sup>432</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 27. 3. 2012. Věc C-209/10. *Post Danmark*, odst. 22.

Nejprve je tedy nutné posoudit, zda mohlo dojít, případně již došlo k „protisoutěžnímu uzavření trhu“, tedy takovému uzavření trhu ostatním konkurentům (ať stávajícím či potenciálním), které má negativní dopad na spotřebitele, a to zejména ve formě vyšší cenové úrovně, nižší kvality či menšího výběru oproti stavu nenarušené hospodářské soutěže na daném trhu.<sup>433</sup> EK tak shledá porušení čl. 102 SFEU tehdy, pokud na základě přesvědčivých důkazů (kvalitativních i kvantitativních) jednání dominantního podniku pravděpodobně povede k uzavření trhu narušujícím hospodářskou soutěž.

EK posuzuje následující faktory:

1. postavení dominantního podniku: čím je toto postavení silnější, tím je více pravděpodobné, že zneužívající jednání podniku povede k protisoutěžnímu uzavření trhu;
2. podmínky na daném relevantním trhu (zejména úspory z rozsahu a sortimentu);
3. postavení konkurentů dominantního podniku na relevantním trhu;
4. postavení zákazníků dominantního podniku nebo dodavatelů vstupů;
5. rozsah údajného zneužívajícího jednání;
6. případné důkazy o skutečném uzavření trhu;
7. přímé důkazy o případné strategii k vyloučení ostatních soutěžitelů.<sup>434</sup>

EK při posuzování možného zneužívajícího jednání taktéž prověřuje případné tvrzení dominantního podniku, že toto jednání bylo objektivně ospravedlnitelné. V takovém případě musí dominantní podnik prokázat, že jeho chování bylo buď objektivně nutné, nebo vedlo k podstatně vyšší efektivnosti, která převažovala nad případnými protisoutěžními účinky na spotřebitele.<sup>435</sup> Objektivní nutnost a přiměřenost jednání se neposuzuje ve vztahu k dominantnímu podniku, ale hodnotí se faktory stojící mimo tento podnik. Důvodem tak může být např. zdraví nebo bezpečnost produktů. Ospravedlnit jednání vyšší efektivností může dominantní podnik prokázat tím, že splnění následující podmínky:

1. v důsledku jeho jednání se docílí vyšší efektivnosti (tj. např. technické zlepšení produktu nebo snížení nákladů na výrobu či distribuci);

<sup>433</sup> Viz EUADG, odst. 19.

<sup>434</sup> Viz EUADG, odst. 20.

<sup>435</sup> Viz tamtéž, odst. 28.

2. neexistují žádné alternativy, jež by zajistily stejnou efektivnost a přitom by méně narušily hospodářskou soutěž;
3. vyšší efektivnost převáží nad negativními důsledky pro hospodářskou soutěž a prospěch spotřebitelů na ovlivněných trzích; a
4. jednání nevyklučuje hospodářskou soutěž tím, že by odstranilo všechny existující zdroje skutečné nebo potenciální hospodářské soutěže či jejich většinu.<sup>436</sup>

Vzhledem k tomu, že podnik má „zvláštní odpovědnost“ jednat na trhu tak, aby nebyla poškozena již tak (z důvodu jeho přítomnosti) slabá hospodářská soutěž, nemůže své jednání odůvodnit například tím, že ostatní podniky se podobného jednání běžně dopouštějí a nejsou za to nijak postihováni.

Po několika letech posuzování zneužití dominantního postavení ze strany EK ve světle „více ekonomického přístupu“ lze konstatovat, že se snaha o „odformalizování“ a o zaměření na skutečný efekt potenciálně škodlivých zneužívajících praktik již projevuje nejen v *soft law* EK týkajících se postihování jednání podle čl. 102 SFEU, ale také v její rozhodovací praxi a rovněž v judikatuře evropských soudů. Ne ve všech případech jsou však principy „více ekonomického přístupu“ uplatňovány zcela důsledně.<sup>437</sup> Ne všechny metody a ekonomické testy prosazované v rámci ekonomického přístupu jsou bez výhrad akceptovány a jejich vhodnost je tak někdy zpochybňována. Zřejmě hlavním důvodem zpochybňování používání ekonomických kritérií a zkoumání konkrétních okolností případu je právní „nejistota“ dominantních podniků, neboť pro dominantní podniky může být poměrně komplikované přesně odhadnout, jaké jejich jednání bude již považováno za zakázané.

## 6.2 Základní ekonomické testy používané pro posouzení zneužití dominantního postavení

Jak již bylo výše uvedeno, v současné době jsou předmětem zájmu EK zejména vylučovací formy zneužití dominantního postavení, které jsou považovány za obzvláště škodlivé pro hospodářskou soutěž a konečného spotřebitele. K nim se vztahují EUADG a různé diskusní materiály EK<sup>438</sup>, které podrobně popisují, jak se má při

<sup>436</sup> Viz tamtéž, odst. 20 - 30.

<sup>437</sup> Viz např. níže rozebraný Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. 4. 2012. Věc C-549/10 P. *Tomra Systems*.

<sup>438</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005), Report by the EAGCP „An economic approach to Article 82“ (2005).

posuzování daných praktik postupovat a co se má zkoumat. Proto je tato kapitola zaměřena zejména na vylučovací skutkové podstaty zneužití dominantního postavení, na něž se ekonomický přístup EK soustředí a kde jsou používány kvantitativní metody. Přístup k vykořisťovatelským praktikám je naopak zmíněn podstatně stručněji, neboť se od jejich vymáhání spíše upouští a EK i ÚOHS je v poslední době zkoumají spíše jen okrajově.

Při posuzování existence vylučovacích forem zneužití dominantního postavení se v evropské i americké rozhodovací praxi i doktríně objevuje několik obecných ekonomických testů poskytujících základní myšlenková východiska pro indikaci toho, zda určité jednání dominantního podniku narušuje hospodářskou soutěž a způsobuje tak protisoutěžní uzavření trhu. Tyto testy jsou pak pro konkrétní zneužívající praktiky používány v různých pro ně charakteristických modifikacích. Jedná se zejména o následující testy:

- test spotřebitelského blahobytu, resp. v teorii USA test „vyvažování efektů“ a případně test „disproporcionality“;
- test žádného ekonomického smyslu;
- test obětování zisku; a
- test stejně efektivního soutěžitele.

### 6.2.1 Test spotřebitelského blahobytu

V rámci testu spotřebitelského blahobytu se zkoumá odpověď na klíčovou otázku soutěžní politiky vůbec, tedy zda byla sledovaným jednáním způsobena újma spotřebitelům. Proto pokud se mluví o újmě způsobené soutěží, která se považuje za předpoklad protisoutěžního jednání, je třeba hodnotit také skutečné nebo potenciální snížení blahobytu spotřebitelů.

Pomocí testu spotřebitelského blahobytu tedy posuzujeme, zda převažují pozitivní nebo negativní dopady, které má jednání dominantního podniku na spotřebitele.<sup>439</sup> Test spotřebitelského blahobytu je založen na tom, že cílem hospodářské soutěže je ochrana před zvýšením spotřebitelských cen, snížením výstupu a zhoršením kvality v důsledku uplatňování tržní síly dominantního podniku.<sup>440</sup> Tento

<sup>439</sup> What is Competition on the Merits? *OECD* [online]. Policy Brief June 2006, 2006 [cit. 2011-05-03]. Dostupné z: <http://www.oecd.org/dataoecd/10/27/37082099.pdf>

<sup>440</sup> CSERES, K. J. The Controversies of the Consumer Welfare Standard. *The Competition Law Review* [online]. 2007, vol. 3, no. 2, s. 121-173 [cit. 25. 5. 2014]. Dostupné z: <http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue2Art1Cseres.pdf>

test bývá chápán spíše jako určitý vůdčí princip uplatňující se i v konkrétnějších testech pro posouzení zneužití dominantního postavení. Některé další testy tak lze do určité míry vnímat jako praktickou implementaci testu spotřebitelského blahobytu.<sup>441</sup>

Test spotřebitelského blahobytu se odráží také v EUADG, které uvádějí, že EK se v rámci postihování jednání podle čl. 102 zaměří na taková jednání, která poškozují spotřebitele nejvíce. Cílem hospodářské soutěže je totiž zajištění toho, aby trhy fungovaly řádně a spotřebitelé měly prospěch z efektivity a produktivity, které z účinné hospodářské soutěže mezi podniky vyplývají.<sup>442</sup> Důraz na spotřebitelský blahobyt se mimo jiné projevuje i v aktuální snaze EK více prosadit soukromoprávní vymáhání soutěžního práva, v rámci kterého by právě spotřebitelé, kteří nesou nežádoucí účinky protisoutěžního jednání podniků, mohli být účinně odškodněni.<sup>443</sup>

V pokynech DOJ (Competition and Monopoly. Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act. U.S. Department of Justice. 2008, dále též „USSFC“) je v podstatě jako obdoba testu spotřebitelského blahobytu uveden test „vyvažování efektu“, jehož cílem je zjistit dopad zkoumané praktiky na spotřebitele, resp. čistý efekt praktiky na spotřebitelský blahobyt. Konkrétně se hodnotí, zda určité jednání snižuje soutěž, aniž by zároveň vytvořilo dostatečné zlepšení výkonu, jež by plně kompenzovalo potenciální negativní důsledky na cenách a tím předcházelo poškození spotřebitelů. Test je tak založen na kvantifikaci a vyvažování pro a protisoutěžního efektu daného jednání.

USSFC upozorňují také na slabé stránky testu spotřebitelského blahobytu, mezi které patří zejména jeho obtížná „administrativnost“, spočívající mimo jiné v omezené schopnosti jednak ekonomů správně odhadnout čistý efekt daného jednání na spotřebitelský blahobyt a jednak soudců (resp. v americkém prostředí poroty) zhodnotit takové důkazy. Tento test dále může vést k upřednostnění krátkodobých efektů na spotřebitele a nezohlednění skutečností, že z hlediska dlouhodobého může být krátkodobě negativní jednání pro spotřebitele třeba i prospěšné.<sup>444</sup>

<sup>441</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s. 185.

<sup>442</sup> Viz EUADG, odst. 5.

<sup>443</sup> HUTCHINGS, M.; WHELAN, P. Consumer interest in competition law cases. *Consumer Policy Review* [online]. 2006, vol. 16, no. 5, s. 182 - 188 [cit. 25. 3. 2014]. Dostupné z: [http://www.biicl.org/files/1592\\_the\\_consumer\\_interest\\_in\\_competition\\_law\\_\(final\).pdf](http://www.biicl.org/files/1592_the_consumer_interest_in_competition_law_(final).pdf)

<sup>444</sup> USSFC.

Vedle testu „posouzení účinku“ uvádí DOJ jako možný také „test disproportionality“, podle kterého se jednání, jež má potenciálně jak prosoutěžní tak protisoutěžní účinky, pokládá za protisoutěžní, pokud jeho možné protisoutěžní účinky podstatně převažují možné prosoutěžní výhody. Za zakázané by se tak nepovažovalo jednání, které by sice mělo protisoutěžní účinek, nicméně ten by nebyl výrazně silnější než účinek pozitivní (prosoutěžní). Nebylo by však nutné prokázat, že prosoutěžní účinky převažují nad negativními protisoutěžními dopady, jak je tomu v případě testu spotřebitelského blahobytu. Posuzování jednání podle testu disproportionality by tedy nemělo odrazovat od efektivního prosoutěžního jednání, neboť zakazuje pouze jednání výrazně poškozující soutěž a spotřebitelský blahobyt. Může být ovšem složité posoudit, jaký je z hlediska souladu se zákonem dostatečný poměr mezi výrazně prosoutěžním účinkem a protisoutěžním účinkem menším, ale také významným.<sup>445</sup>

### 6.2.2 Test obětování zisku

Test obětování zisku je jedním ze základních testů používaných zejména při posuzování cenových zneužití dominantního postavení. Vychází z předpokladu, že protisoutěžní vyloučení z trhu spočívá v ochotě dominantního podniku utrpět krátkodobé ztráty a nabízet nízké ceny s úmyslem vytlačit konkurenty z trhu (resp. odradit potenciální konkurenty od vstupu na trh), s vidinou budoucích zisků plynoucích z vyšších cen, které si podnik bude moci účtovat po eliminaci soutěže na trhu.<sup>446</sup> Základní myšlenkou tohoto testu je, že podnik by se racionálně nepouštěl do ztrátového jednání, kdyby neočekával, že mu budoucí zisky plynoucí z vyloučení konkurence vynahradí obětované ztráty a posílí jeho postavení.<sup>447</sup> Tento test vznikl na základě posuzování predátorských (podnákladových) cen dominantních podniků, které jsou založeny na dočasném obětování zisku (čistých výnosů) s očekáváním vyšších budoucích zisků.<sup>448</sup>

Výhodou testu obětování zisku je jeho jednoduchost a lepší uchopitelnost ve srovnání s testem spotřebitelského blahobytu, neboť vychází pouze z finanční situace dominantního podniku, nikoliv z celkového efektu jednání na spotřebitele. Tento test však nemusí vždy spolehlivě rozlišit protisoutěžní „obětování“ od prosoutěžních

<sup>445</sup> Tamtéž.

<sup>446</sup> Srov. FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 389.

<sup>447</sup> O'DONOGHUE; PADILLA, 2006, op. cit., s. 185.

<sup>448</sup> Viz níže, kap. predátorské jednání.



investic (resp. situace, kdy je dominantní podnik ve ztrátě v důsledku toho, že vynaložil náklady např. na vývoj lepšího výrobku apod.), a může tak odsoudit i zcela prosoutěžní jednání. Použití testu obětování dále nebude účelné v případech, kdy dominantní podnik v rámci svých praktik nevynakládá žádné náklady, resp. neobtětuje zisky, jak je tomu např. u praktiky „vázání“.<sup>449</sup>

### 6.2.3 Test absence ekonomického smyslu

S testem obětování zisku úzce souvisí test „absence ekonomického smyslu“ (*no economic sense*), v rámci kterého se zkoumá, jestli má jednání dominantního podniku nějaký ekonomický smysl (například v případě nízkých cen investice do vývoje, zvýšení efektivnosti, atd.) nebo je jeho jediným cílem poškodit soutěž a posílit tak své postavení na trhu.<sup>450</sup> Test může být aplikován ofenzivně, tedy pomocí argumentu, že jednání je vylučovací, protože postrádá ekonomický smysl, nebo defenzivně, tj. podloženým tvrzením, že jednání by nemělo být odsouzeno jako protisoutěžní, protože naopak ekonomický smysl má.<sup>451</sup>

Logika tohoto testu je úzce spjata s institutem „objektivního ospravedlnění“ jednání dominantního podniku, podle něhož není jednání protisoutěžní, pokud jej lze nějak objektivně ekonomicky zdůvodnit (viz výše) a jeho výsledný efekt na spotřebitelský blahobyt není negativní. Určitou nevýhodou tohoto testu je, že nereflextuje skutečnost, že ne každé škodlivé vylučovací jednání musí být nutně iracionální, že tedy jediným jeho účelem nemusí být poškození ostatních soutěžitelů (resp. jejich vyloučení). Aplikace tohoto testu tak nemusí zachytit všechna protisoutěžní jednání, zejména ta, která mohou být nějakým způsobem odůvodněna.<sup>452</sup>

### 6.2.4 Test stejně efektivního soutěžitele

Test stejně efektivního soutěžitele je založen na předpokladu, že jednání dominantního podniku je protisoutěžní tehdy, pokud pravděpodobně dokáže vyloučit soutěžitele, jež jsou v porovnání se stávajícím dominantním podnikem (*incumbent*) stejně, případně více efektivní, tedy mají na stejném relevantním trhu stejné nebo nižší náklady. Naopak vyloučení, (resp. nepřezítí na trhu) méně efektivních soutěžitelů je principem a smyslem hospodářské soutěže.

<sup>449</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 389.

<sup>450</sup> O'DONOGHUE; PADILLA, 2006, op. cit., s. 186-187.

<sup>451</sup> What is Competition on the Merits? *OECD* [online]. Policy Brief June 2006, 2006 [cit. 2011-05-03]. Dostupné z: <http://www.oecd.org/dataoecd/10/27/37082099.pdf>

<sup>452</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 389.

V rámci tohoto testu se porovnává cena zboží či služeb nabízených dominantním podnikem s jeho vlastními náklady na nabízený produkt či službu. Pokud cena není dostatečná k pokrytí nákladů, má se za to, že praktika je protisoutěžní, neboť ani soutěžitel se stejnými náklady by nebyl schopen cenám dominanta konkurovat. Výhodou tohoto testu je bezesporu právní jistota, neboť dominantní podnik si sám může poměřením svých cen a nákladů posoudit, zda je jeho cenová politika v souladu s pravidly hospodářské soutěže či nikoliv, a přizpůsobit tomu svoje jednání.

V evropské praxi použil test stejně efektivního soutěžitele poprvé ESD (nyní Soudní dvůr) v rozhodnutí AKZO<sup>453</sup>, které se zabývalo protisoutěžní povahou predátorských cen. Jeho použití potvrdilo i několika nedávných rozsudcích Tribunálu a Soudního dvora, které rozebereme v rámci jednotlivých typů zneužití dominantního postavení. Dále jej EK popisuje v EUADG jako hlavní myšlenku pro posuzování cenových forem vylučovacího zneužití dominantního postavení.

EK v EUADG sice na jednu stranu použití testu stejně efektivního soutěžitele prozazuje, na druhou stranu však uvádí, že v určitých případech lze poskytnout ochranu i méně efektivním účastníkům trhu<sup>454</sup>. To ovšem nedává právní jistotu dominantním podnikům, které pak nemají šanci rozumně odhadnout možnou protisoutěžní povahu svého jednání. Podle našeho názoru však v určitých případech může být takový přístup namístě. Zejména je vhodný u soutěžitelů nově vstupujících na trh, kteří si teprve své postavení budují, a nemuselo by být správné umožnit dominantnímu podniku, aby tyto budoucí konkurenty hned v jejich začátcích vytěsnil z trhu, např. použitím predátorských cen. Tito soutěžitelé sice ještě nedosahují tak vysoké efektivity (např. ve formě vysokých úspor z rozsahu) jako dominantní podnik a je tak nepravděpodobné, že by mohli mít nižší nebo stejné náklady, je však možné, že v průběhu času svoji efektivitu zvýší, třeba i na úroveň dominanta.

V teorii se hovoří o „ještě ne tak efektivním soutěžiteli“ (*not yet as efficient*). Je ovšem těžké rozlišit takovéto soutěžitele od soutěžitelů, jež jsou a budou méně efektivní, a které není účelné ve smyslu práva hospodářské soutěže chránit před vyloučením

<sup>453</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. 7. 1991. Věc C-62/86. *AKZO Chemie BV*, odst. 72.

<sup>454</sup> Viz odst. 24 EUADG: „Komise však uznává, že v určitých situacích může rovněž méně výkonný soutěžitel vyníjet tlak, který je nutno vzít v úvahu při posuzování, zda konkrétní chování založené na ceně vede ke uzavření trhu narušujícímu hospodářskou soutěž. Komise bude na tento tlak pohlížet dynamicky vzhledem k tomu, že při neexistenci zneužívajícího jednání může takovýto soutěžitel mít prospěch z výhod souvisejících s poptávkou, jako jsou síťové účinky a získané zkušenosti, což povede ke zvýšení jeho efektivnosti.“

z trhu. Tento problém se může projevit např. na trzích, kde probíhá liberalizace, přičemž zde dosud působí podnik, který měl státní monopol a je pravděpodobné, že nově vstupující soutěžitelé budou dosahovat stejných výhod plynoucích z rozsahu výroby a bude se tak zvyšovat jejich efektivnost (výkonnost) v průběhu času. V tomto případě se pak používá (zejména v případě posuzování stlačování marží) test „hypoteticky přiměřeně efektivního soutěžitele“,<sup>455</sup> který porovnává cenu dominantního podniku s náklady onoho přiměřeně výkonného soutěžitele.

Takový přístup připouští i EK v EUADG, podle nichž v případech, kdy nejsou k dispozici informace o nákladech dominantního podniku, může EK pro provedení cenově nákladového testu použít informace o nákladech jiných soutěžitelů, případně jiná porovnatelná spolehlivá data.<sup>456</sup> Na druhou stranu se tento test (založený na závěru o zneužití dominantního postavení v důsledku uplatňování ceny pod úrovní nákladů jiného soutěžitele) dá zpochybnit; neakceptoval jej Tribunál ve věci *Deutsche Telekom*.<sup>457</sup> Problémem je zejména porušení principu právní jistoty dominantního podniku, který (použijí-li se cizí náklady jako proměnná v testu) nemůže odhadnout, jakou cenu může účtovat<sup>458</sup>. Přesto tento test, resp. možnost porovnávání ceny dominantního podniku s náklady ostatních soutěžitelů - pro určité specifické případy posuzování praktiky stlačování marží - aproboval Soudní dvůr ve věci *TeliaSonera*.<sup>459</sup> Jde zejména o situace, kdy nelze strukturu nákladů dominantního podniku z objektivních důvodů přesně identifikovat nebo pokud služba poskytnutá soutěžitelům spočívá v pouhém provozu infrastruktury, jejíž výrobní náklady již byly odepsány a dominantní podnik tak pro přístup k této infrastruktuře již nemusí vynakládat, na rozdíl od svých konkurentů, žádné náklady. Tento přístup lze odůvodnit také konkrétními soutěžními podmínkami na trhu, kdy např. výše nákladů dominantního podniku přesně závisí na situaci konkurenční výhody, v níž se dominantní podnik nachází díky svému dominantnímu postavení.<sup>460</sup>

<sup>455</sup> Viz dále u posuzování praktiky *margin squeeze*.

<sup>456</sup> Viz EUADG, odst. 25.

<sup>457</sup> Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 10. 4. 2008. Věc T-271/03. *Deutsche Telekom*.

<sup>458</sup> V tomto rozsudku v odst. 192 Tribunál konkrétně uvedl: „Pokud by totiž legalita cenových praktik dominantním podnikem závisela na zvláštní situaci soutěžících podniků, zejména v rámci struktury jejich nákladů, což jsou údaje, které dominantní podnik obecně nezná, nemohl by tento dominantní podnik ani sám posoudit legalitu vlastního chování.“

<sup>459</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. 2. 2011. Věc T-52/09. *TeliaSonera* (dále též „rozsudek *TeliaSonera*“).

<sup>460</sup> Tamtéž, odst. 45.

Naproti tomu v USA se ochrana slabších soutěžitelů neuznává jako důvod k zásahu do hospodářské soutěže ze strany státu, resp. soutěžního úřadu. USSFC například v souvislosti s posuzováním predátorské cenové praktiky uvádí, že monopolnímu podniku by nemělo být zakázáno nabízet nízké ceny na základě předpokladu, že by tím mohli být poškozeni jeho konkurenti, kteří by se v budoucnu mohli stát stejně efektivními, byť doposud takové výkonnosti nedosahují. Takový závěr by bylo třeba považovat za spekulaci a navíc by zbytečně ohrozil blahobyť spotřebitelů.<sup>461</sup>

Pokud se vrátíme k hodnocení testu stejně efektivního soutěžitele, jeho jistým nedostatkem je také nezohlednění skutečnosti, že dominantní podnik nemusí být vždy efektivní, naopak někdy může žít „klidným životem“ (ve smyslu doktríny *quiet life*<sup>462</sup>), tedy bez snahy vyrábět s co nejnižšími náklady.<sup>463</sup> Může se pak stát, že z trhu nebudou vyloučeni stejně „neefektivní“ soutěžitelé.

Ačkoliv EK ve svých EUADG doporučuje použití testu stejně efektivního soutěžitele pouze na cenové vylučovací praktiky, někteří autoři<sup>464</sup> zmiňují možnost jeho použití, byť s většími obtížemi, i na necenové praktiky; k tomu však již EK žádný návod neposkytuje.

### 6.2.5 Shrnutí základních ekonomických testů

Výše uvedené testy většinou nelze aplikovat izolovaně, a proto se v praxi používají spíše komplementárně. Lze říci, že test absence ekonomického smyslu a test spotřebitelského blahobytu (resp. test disproportionality) představují obecné ekonomické ideje, které se zpravidla použijí při každém posuzování možného zneužití dominantního postavení. Ve všech případech zkoumání vylučovacích praktik bychom se totiž měli ptát, zda má jednání nějaký ekonomický smysl, tedy jestli necílí pouze na vyloučení konkurence, a dále zda jsou v důsledku posuzovaného jednání poškozeni spotřebitelé. Test stejně efektivního soutěžitele lze naproti tomu chápat jako konkrétnější test, který odpovídá na otázku, jestli by stejně výkonní soutěžitelé byli

<sup>461</sup> USSFC.

<sup>462</sup> Viz výše kap. 6.1.1.

<sup>463</sup> Z ekonomické teorie naopak vyplývá, že monopolní podniky nedosahují výrobní efektivnosti, tedy nevyrábějí ani v dlouhodobém hledisku s minimálními průměrnými náklady (na rozdíl od podniků působících na trhu dokonalé konkurence).

<sup>464</sup> Viz např. MANDORFF, M.; SAHL, J. The Role of the 'Equally Efficient Competitor' in the Assessment of Abuse of Dominance. *Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics* [online]. 2013, no. 1, s. 1-18 [cit. 25. 5. 2014]. Dostupné z: [http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/WorkingPaper/working\\_paper\\_2013-1.pdf](http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/WorkingPaper/working_paper_2013-1.pdf)

schopni konkurovat posuzovaným praktikám dominantního podniku, resp. zda by při stejném soutěžním jednání mohli ziskově působit na trhu. Tento test se nepoužívá jako pouhá úvaha, ale zahrnuje různé konkrétnější ekonomické testy - zejména cenově-nákladový test či posuzování ziskovosti dominantního podniku. Těmto konkrétnějším testům se věnuje následující kapitola.

### 6.3 Posuzované ekonomické kategorie pro hodnocení vylučovacích praktik

Současná evropská soutěžní politika se zaměřuje zejména na postihování vylučovacích praktik dominantních podniků. Proto se i všechny materiály EK týkající se „více ekonomického přístupu“ a jeho použití při posuzování zneužití dominantního postavení věnují právě vylučovacím praktikám. Kvantitativní metody se použijí zejména v případě cenových vylučovacích praktik, u kterých EK (a postupně ve své rozhodovací praxi také evropské soudy) prosazují aplikaci testu stejně efektivního soutěžitele, jež je založen na zkoumání nákladů dominantního podniku a jejich porovnávání s cenou tohoto podniku.

Na základě cenově-nákladového testu je možno poměrně jednoduše zjistit, zda dominantní podnik nabízí své ceny pod úrovní nákladů a jestli je v dané době ztrátový. Pokud jsou náklady vyšší než cena dominantního podniku, vyvozuje se, že stejně efektivní soutěžitel by na tomto trhu nemohl být ziskový. Na rozdíl od dominantního podniku by si totiž utrpěné ztráty zřejmě nemohl vynahradiť např. vysokými zisky dosaženými po ukončení protisoutěžní strategie, případně výnosy z jiných trhů. Náklady jsou tedy podstatnou kategorií, zkoumanou prakticky ve všech případech cenových vylučovacích praktik. Vedle posuzování „podnákladovosti cen“ je v některých případech zkoumána také ziskovost dominantního podniku, v rámci které se v podstatě posuzuje ekonomická (i)racionalnost jednání podniku. Uvedené kategorie jsou rozebrány v následujících podkapitolách.

#### 6.3.1 Náklady

V praxi může být poměrně problematické zvolit vhodný typ nákladů pro provedení cenově-nákladové analýzy jednání dominantního podniku. Důležité je zohlednit specifika daného relevantního trhu a nabízeného produktu a také to, jestli má

podnik vysoké fixní náklady (FC) a zda musel vynaložit značné utopené náklady<sup>465</sup>. Nejčastěji bývají pro provádění cenově-nákladových testů používány mezní náklady (MC), průměrné variabilní náklady (AVC), průměrné vyhnutelné náklady (AAC), dlouhodobé průměrné vyhnutelné náklady (LRAIC) či průměrné celkové náklady (ATC).<sup>466</sup> Většinou se udávají průměrné hodnoty nákladů, tedy velikost nákladů na jednotku výstupu.

*FC/AFC* („fixní / průměrné fixní náklady“) jsou takové náklady, které musí podnik vynaložit vždy, bez ohledu na velikost objemu výroby. Jinými slovy jde o náklady, jejichž objem se s rostoucím objemem výroby nezvyšuje. Příkladem mohou být o náklady na pronájem budov, osvětlení, výrobní linku atd.

*AVC* („průměrné variabilní náklady“) jsou „proměnlivé náklady“, tedy náklady, jejichž objem se mění v souvislosti s množstvím vyrobeného výstupu na jednu jednotku výstupu. Jde například o náklady na práci, materiál či energii. V cenově nákladových testech jsou AVC používány v krátkodobém časovém hledisku, kdy jsou fixní náklady považovány za konstantní. Tento typ nákladů nám tedy udává velikost průměrných nákladů (v krátkodobém hledisku) na jednotku v rámci celého objemu produkce podniku a nezaměřuje se tak pouze na přírůstkový výstup, který je postižen údajným vylučovacím jednáním.<sup>467</sup> AVC se tradičně využívají pro posouzení protisoutěžní povahy predátorských cen. Za tímto účelem byly jako nákladový standard navrženy americkými profesory Areedou a Turnerem (viz níže Areeda-Turnerův test) a použil je takto ve své rozhodovací praxi již několikrát Soudní dvůr [např. v rozsudku ve věci AKZO (C-62/86) či France Telecom (C-202/07 P)].

Rozlišení fixních a variabilních nákladů nemusí být vždy snadné. Může být například obtížné stanovit, pod jaké náklady podřadit náklady na reklamu. Ekonomická teorie navíc říká, že z dlouhodobého hlediska jsou všechny náklady variabilní, jelikož v delším časovém období je i vybavení, na které byly vynaloženy fixní náklady, potřeba renovovat či nahradit novým.<sup>468</sup>

<sup>465</sup> Viz výše.

<sup>466</sup> HILDEBRAND, D. *The role of economic analysis in the EC competition rules*. 2nd ed. New York: Kluwer Law International, c2002, xi, 472 s. ISBN 90-411-1706-7.

<sup>467</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s. 191 - 192.

<sup>468</sup> STRYSZOWSKA, M. Equally efficient competitor test. *Microeconomix* [online]. 2013 [cit. 2014-03-20]. Dostupné z: [http://www.microeconomix.eu/sites/default/files/131001\\_microeconomix\\_-\\_equally\\_efficient\\_competitor\\_test.pdf](http://www.microeconomix.eu/sites/default/files/131001_microeconomix_-_equally_efficient_competitor_test.pdf)

*ATC* („průměrné celkové náklady“) představují součet *AFC* a *AVC* (v krátkodobém hledisku). Obecně se má za to, že pokud ceny dominantního podniku přesahují *ATC*, nedopouští se protisoutěžního jednání, neboť neznemožňuje stejně efektivním soutěžitelům generovat při stejné ceně zisk<sup>469</sup>. Určitou nevýhodou *ATC* jako ukazatele „férovosti“ ceny je však skutečnost, že dominantní podnik může disponovat pozitivními síťovými efekty a dosahovat značných úspor z rozsahu, které nejsou ostatní soutěžitelé schopni v současné době replikovat, avšak je pravděpodobné, že časem takových úspor také dosáhnou a budou tak stejně efektivní jako dominantní podnik. Zde je pak na zvážení soutěžního úřadu, zda není vhodné aplikovat myšlenku testu „hypoteticky přiměřeně efektivního soutěžitele“ namísto testu stejně efektivního soutěžitele. Problém ostatně může nastat i tehdy, pokud je třeba v rámci dané praxe posuzovat náklady pouze na určitý podíl nabízené produkce a nikoliv náklady na celkový výstup. Takový postup se uplatňuje např. u praxe věrnostních rabatů, kdy se posuzují náklady na kontestabilní část nabízeného objemu zboží (viz níže). Potom se může stát, že průměrné celkové náklady jsou sice nižší než nabízená cena, ovšem průměrné náklady na tuto část poptávky cenu převyšují.<sup>470</sup>

*MC* („mezní/marginální náklady“) - jedná se o přírůstek celkových nákladů vyvolaný zvětšením výstupu o jednotku. Do mezních nákladů nejsou zahrnuty fixní náklady, neboť ty se v krátkodobém hledisku nemění. Mezní náklady (v krátkém časovém období) tak představují vztah mezi změnou variabilních nákladů a změnou výstupu.<sup>471</sup> Nevýhodou použití mezních nákladů pro cenově nákladový test je, že pro posouzení zneužívající praxe je potřeba posoudit náklady na celou část potenciálně „zneužívaně“ produkce (tj. jestli tuto část produkce nabízí dominantní podnik se ztrátou), a pouhé srovnání ceny s náklady na dodatečnou (tedy poslední) jednotku tak nemusí být vypovídající.<sup>472</sup>

*AAC* („průměrné eliminovatelné náklady“) - jedná se o náklady, kterým by bylo možno zamezit tím, že by se určitý výstup sledovaného produktu nevyrobil. *AAC* budou často totožné jako *AVC*, ovšem na rozdíl od *AVC* zohledňují také případné

<sup>469</sup> Např. v cenově-nákladovém testu pro posouzení predátorských cen se má za to, že cena převyšující *ATC* se pohybuje v určitém „bezpečném přístavu“ a nemůže být shledána protisoutěžní.

<sup>470</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s.196. Více viz níže kap. týkající se věrnostních rabatů.

<sup>471</sup> SOUKUPOVÁ, op. cit, s. 210.

<sup>472</sup> Viz USSFC.

zapuštěné náklady, které musel podnik vynaložit s případným zvýšením kapacity, aby mohl produkovat dodatečný výstup.<sup>473</sup> AAC tedy zahrnují vedle AVC také určité přírůstkové fixní náklady, kterými jsou např. náklady na rozšíření kapacity nutné k provedení strategie predátorských cen.<sup>474</sup> AAC jako nákladový standard byly použity například v rozhodnutí EK ve věci *Intel*<sup>475</sup>.

*LRAIC* („dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady“) je možné definovat jako průměr všech nákladů (tedy variabilních i fixních), které podniku vzniknou v důsledku produkce určitého objemu zboží, většinou jde o část produkce spojenou s údajným protisoutěžním jednáním. Oproti AAC zahrnuje *LRAIC* všechny fixní náklady vynaložené na daný produkt, tedy i náklady investované před provedením vylučovací strategie, například náklady na reklamu, které by už nemohly být vyloučeny (a nespádají tak do AAC).<sup>476</sup> Volba mezi AAC a *LRAIC* pro aplikaci testu stejně efektivního soutěžitele závisí také na tom, jak budeme definovat „stejně efektivního soutěžitele“. Pokud jde o podnik, který je schopen soupeřit s dominantním podnikem v krátkodobém hledisku, budou relevantními náklady pro posuzování AAC. Naproti tomu, pokud budeme za stejně efektivního považovat soutěžitele, který dokáže čelit konkurenci za strany dominantního podniku v dlouhodobém období (tj. v období více než jeden rok), budeme jako rozhodné zkoumat *LRAIC*.<sup>477</sup> Dále je třeba upozornit na to, že *LRAIC* někdy mohou být zaměňovány s *ATC*. Hlavním rozdílem mezi těmito dvěma druhy nákladů je, že *ATC* zahrnuje současné i minulé náklady, zatímco *LRAIC* jsou spíše výhledové a mohou tak reflektovat jakékoliv očekávané změny v nákladech. *LRAIC* jsou zpravidla totožné jako *ATC*, pokud posuzovaný podnik vyrábí pouze jeden produkt. Jestliže ovšem dominantní podnik vyrábí více produktů, mohou být *LRAIC* nižší než *ATC*, neboť v sobě nezahrnují náklady, jež jsou společné všem vyráběným produktům.<sup>478</sup>

<sup>473</sup> Viz EUADG, bod 64.

<sup>474</sup> STRYSZOWSKA, op. cit.

<sup>475</sup> Rozhodnutí EK ze dne 13. 5. 2009, věc COMP/37.990, Intel; Rozsudek Tribunálu ze dne 12. 6. 2014, Věc T-286/09. *Intel*.

<sup>476</sup> Viz EUADG, bod 26.

<sup>477</sup> STRYSZOWSKA, op. cit.

<sup>478</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s. 194.



### 6.3.2 Ziskovost

Pro posouzení naplnění kritérií testu stejně efektivního soutěžitele je, vedle poměrování nákladů s cenou, možné použít také tzv. analýzu ziskovosti, která je obecně použitelná při posuzování podnákladových cen (tj. zejména predátorského jednání či stlačování marže). Cílem analýzy ziskovosti je zjistit, zda byl dominantní podnik ziskový z dlouhodobého hlediska, tedy zda obětování zisků je pouze krátkodobé a nepovede tak ke skutečným ztrátám. V rámci uvedené analýzy zkoumáme rozložení (alokaci) nákladů v čase.

Je tedy třeba zodpovědět otázku, jaké jsou náklady v průběhu tvrzeného období, kdy jsou účtovány podnákladové ceny. Za podnákladovou cenu například nelze považovat ztráty, které má společnost v roce, kdy provedla investice, které se mají podniku vrátit v následujících obdobích. Ziskovost podniku tedy nelze hodnotit pouze na základě srovnání cen a nákladů, ale je třeba vzít v úvahu dlouhodobější období, přičemž některé náklady se mohou amortizovat i několik let. Problém při posuzování ziskovosti může nastat v tom, že často může být složité odlišit budoucí zisky vzniklé na základě normální soutěže od zisků dosažených díky úspěšné predátorské strategii. Zkoumání ziskovosti může být zkomplikováno také v důsledku používání různých účetních přístupů.<sup>479</sup>

Analýza ziskovosti byla aplikována a podrobně popsána v rozhodnutí EK ve věci *Wanadoo España v. Telefónica*<sup>480</sup>, které EK uložila pokutu za zneužití dominantního postavení ve formě stlačení marží. Ziskovost zkoumala dvěma způsoby: jednak „metodou jednotlivých období“ (*period by period*) a dále „metodou diskontovaných peněžních toků“ (*discounted cash flow, DCF*). Výběr jedné z uvedených metod záleží na konkrétních okolnostech případu. Metoda jednotlivých období se hodí na rozvinutý stabilní trh, na kterém je měření ziskovosti rok za rokem poměrně stabilní. Metoda diskontovaných peněžních toků je zase vhodnější pro rozvíjející se trh, kde jsou předpokládány vysoké počáteční investice, které budou nahrazeny budoucími zisky. Tato metoda proto akceptuje, že ceny podniku jsou v prvotní fázi podnákladové, avšak z hlediska celého sledovaného období musí být podnik ziskový.<sup>481</sup> Obě

<sup>479</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s. 197.

<sup>480</sup> Rozhodnutí EK ze dne 4. 7. 2007, věc COMP/38.784, *Wanadoo España vs. Telefónica* (dále též „rozhodnutí EK ve věci *Telefónica*“).

<sup>481</sup> *Oxera* [online]. 2009 [cit. 2011-04-20]. Independent regulator and competition authority. Dostupné za: [http://www.oxera.com/cmsDocuments/Agenda\\_November%2009/Margin%20squeeze.pdf](http://www.oxera.com/cmsDocuments/Agenda_November%2009/Margin%20squeeze.pdf)

metody analýzy ziskovosti však vedly k závěru, že se Telefónica dopustila vylučovacího jednání,<sup>482</sup> neboť posuzované ceny pro ni nebyly ziskové, zatímco její celkové aktivity generovaly zisk.<sup>483</sup>

## 6.4 Predátorské ceny (podnákladové ceny)

Jednou ze základních cenových vylučovacích skutkových podstat zneužití dominantního postavení podle čl. 102 SFEU<sup>484</sup> i dle části 2 Shermanova zákona je nabízení nepřiměřeně nízkých/podnákladových cen, které jsou označovány jako „predátorské ceny“. Samotné snížení cen i na velmi nízkou úroveň samozřejmě nemusí být protisoutěžní, naopak jde o velmi častou praxi podniků například při vyprodávání zásob, reklamních akcích či zavádění nového produktu na trh. Takové nízké ceny většinou nepoškozují spotřebitele, naopak jsou pro ně prospěšné.

Ve skutečnosti však může být velmi problematické odlišit od sebe pro-soutěžní nízké ceny a predátorské ceny, v jejichž důsledku dochází k vyloučení či eliminaci ostatních soutěžitelů z trhu, kteří nejsou schopni nízkých cenám dominantního podniku konkurovat, a v dlouhodobém hledisku k poškození spotřebitelů. Je proto důležité nastavit soutěžní politiku tak, aby na jednu stranu neodrazovala od nabízení nízkých cen a na stranu druhou postihovala ceny, jež jsou součástí protisoutěžní predátorské strategie. Právě pomocí provedení citlivé ekonomické analýzy by se mělo tohoto efektu dosáhnout.

Predátorské cenové jednání lze definovat jako úmyslnou krátkodobou akceptaci ztrát dominantního podniku na určitém trhu za účelem vyloučení konkrétních soutěžitelů a s vidinou toho, že utrpěné ztráty budou v dlouhodobém časovém horizontu nahrazeny zisky plynoucími z vysokých cen účtovaných po vyloučení konkurence z trhu. Z této definice lze dovodit dvě fáze predátorského jednání:

1. dominantní podnik sníží ceny tak, aby byli jeho konkurenti nuceni opustit trh,
2. následně (ve chvíli, kdy již nemusí čelit konkurenci) zvýší své ceny nad úroveň ceny před predátorským jednáním, aby tak získal větší zisky a nahradil si ztráty z období nízkých cen.<sup>485</sup>

<sup>482</sup> Rozhodnutí Rozhodnutí EK ve věci *Telefónica*.

<sup>483</sup> Tamtéž, odst. 691.

<sup>484</sup> Čl. 102 SFEU predátorské ceny přímo zakazuje v písm. a) přímé nebo nepřímé vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek.

<sup>485</sup> Více viz např. BISHOP, S.; WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 3. ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. 793 s. ISBN 9780421931909, s. 301.

Dominantní podnik může predátorskou strategii provádět buď plošně, nebo ji může namířit pouze vůči určitým svým zákazníkům s tím, že si ztráty utrpěné v důsledku těchto nízkých cen nahradí nabytými zisky díky vysokým cenám účtovaným jiným zákazníkům. V takovém případě se hovoří o tzv. „selektivním snížení ceny“<sup>486</sup>, které je též určitou formou cenové diskriminace.

Záměrem nabízení nízkých cen může být vedle úsilí vyloučit ostatní soutěžitele z trhu také snaha odradit potenciální soutěžitele od vstupu na daný relevantní trh. Nabízením nízkých cen totiž dominantní podnik může zkreslit představu o ziskovosti daného odvětví, čímž také odradí možné zájemce od vstupu na tento trh. V některých případech také může být pro dominantní podnik výhodné získat pověst agresivně jednajícího podniku, se kterým potenciální konkurenti nechtějí přijít do styku, neboť si jsou téměř jisti svým neúspěchem.<sup>487</sup> Dalším důvodem provádění predátorské strategie může být snaha o eliminaci konkurentů, kteří jsou závislí na vnějším financování. Přizpůsobení se podnákladovým cenám dominantanta totiž tyto podniky může přivést do ztráty, jež by mohla ohrozit jejich přístup k financování.<sup>488</sup>

V této podkapitole nastiňujeme jednotlivé ekonomické metody používané v evropské praxi pro prokázání existence zneužití dominantního postavení ve formě nabízení predátorských cen. Nejprve vysvětlujeme cenově-nákladový test a jeho vývoj v rozhodovací praxi EK a evropských soudů. Dále probíráme nutnost prokazovat možnosti nahrazení utrpěných ztrát z prvního období predace. Na závěr se popisuje postup, který pro posouzení predátorských cen navrhuje EK v EUADG.

#### **6.4.1 Cenově-nákladový test pro posouzení predátorských cen a jeho judikатурní vývoj**

Základní metodou pro posuzování možné protisoutěžní povahy podnákladových cen je cenově-nákladový test, v rámci kterého se zkoumá, zda cena produktu či služby dominantního podniku pokryje náklady vynaložené na výrobu produktu či zajištění služby. Podstatnou a mnohdy klíčovou otázkou při provádění cenově-nákladového testu je, jaké náklady dominantního podniku použít jako vhodné měřítko, které bude co nejspolehlivěji vypovídat o tom, zda byl dominantní podnik při nabízení nízkých cen ztrátový. Názory na vhodnost různých nákladových

<sup>486</sup> EUADG, odst. 72.

<sup>487</sup> EUADG, odst. 68.

<sup>488</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 397.

standardů se v evropské judikatuře postupně vyvíjely. Poměrně jednoznačná pravidla pro posouzení možné predátorské strategie stanovil Soudní dvůr ve svém rozsudku z roku 1991 ve věci *AKZO*<sup>489</sup>, která zní následovně:

1) Ceny, které nepokryjí průměrné variabilní náklady (AVC) na dané zboží či službu, automaticky znamenají zneužití dominantního postavení a jsou *per se* zakázány. Protisoutěžní záměr soutěžitele se v případě účtování cen pod úrovní AVC předpokládá.

2) Ceny pod úrovní průměrných celkových nákladů (ATC) a nad úrovní AVC jsou pokládány za zneužití dominantního postavení za předpokladu, že jsou součástí plánu eliminovat jiného soutěžitele z trhu.<sup>490</sup>

Tato pravidla, jež se vžila jako „AKZO pravidla“ jsou určitou modifikací Areeda Turnerova testu, který se pro posouzení predátorských strategií používá v USA.<sup>491</sup> Bylo tak nastaveno jasné *per se* pravidlo, podle kterého ceny pod úrovní AVC vždy znamenají porušení hospodářské soutěže, na druhou stranu úroveň cen nad ATC představuje „bezpečný přístav“, v rámci kterého je nelze jako protisoutěžní postihnout. V případě, že se ceny pohybují mezi AVC a ATC, zneužití dominantního postavení je prokázáno tehdy, pokud existují i další důkazy o predátorské strategii. Jako důkazy mohou sloužit např. dokumenty obsahující plán vylučovací strategie.

Významným případem pro vývoj přístupu k podnákladovým cenám je rozhodnutí EK ve věci *Deutsche Post*<sup>492</sup>, byť zde nakonec EK uložila pokutu za praktiku věrnostních rabatů, nikoliv za samotné predátorské ceny. EK zde místo zkoumání AVC jako rozhodujícího cenového standardu v předchozí judikatuře použila jako nákladové měřítko *přírůstkové náklady*. Ve svém rozhodnutí přitom shledala, že společnost Deutsche Post zneužila své dominantní postavení na dopisním trhu tím, že své zisky z tohoto trhu využila k nahrazení ztrát z období nabízení velmi nízkých (predátorských) cen na trhu s balíčky, na kterém čelila konkurenci. Deutsche Post se tak dopouštěla křížového financování, tj. díky vysokým ziskům na dopisním trhu si mohla dovolit aplikovat predátorskou praktiku na trhu s balíčky. Test přírůstkových nákladů zde byl definován tak, že cena každé služby poskytované

<sup>489</sup> Viz níže.

<sup>490</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. 7. 1991. Věc C-62/86. *AKZO Chemie BV*.

<sup>491</sup> Viz níže.

<sup>492</sup> Rozhodnutí EK ze dne 21. 10. 2002, věc COMP/C-1/36.915. *Deutsche Post AG*.

dominantním soutěžitelem, který může těžit prospěch ze své silné pozice v otevřené soutěži, musí pokrýt alespoň průměrné přírůstkové náklady na službu na soutěži otevřenému trhu.

V pozdějším rozsudku ve věci *France Télécom*<sup>493</sup> z roku 2009 Soudní dvůr potvrdil použití AKZO pravidel a vycházel opět z nákladového měřítká průměrných variabilních nákladů (AVC) a průměrných celkových nákladů (ATC). Skutkově se jednalo o zneužití dominantního postavení společnosti Wanadoo Interactive SA (WIN), která byla součástí skupiny France Télécom poskytující služby v oblasti přístupu k internetu včetně ADSL na francouzském trhu přístupu k vysokorychlostnímu internetu. Soudní dvůr potvrdil názor Tribunálu i EK podle kterého společnost WIN zneužila své postavení tím, že účtovala za poskytování služeb přístupu k vysokorychlostnímu internetu pro bytové stanice ve Francii takové ceny, které nebyly v určitém období schopné pokrýt AVC na tuto službu a v dalším sledovaném období ani ATC. Současně bylo prokázáno, že v tomto období bylo účtování nízkých cen součástí plánu ovládnout trh s vysokorychlostním připojením k internetu v klíčové fázi jeho rozvoje.<sup>494</sup>

Ačkoliv se čekalo, že se Soudní dvůr odkloní od spíše formalistického přístupu a mechanické aplikace pravidel stanovených v případě AKZO, nakonec se tak nestalo a tato pravidla byla opět potvrzena.<sup>495</sup> Soudní dvůr vysvětlil, že ceny pod úrovní AVC nemohou mít žádné ekonomické opodstatnění, a proto je třeba předpokládat, že jejich jediným cílem je vyloučení ostatních soutěžitelů z trhu. Jednání WIN nemohlo být zdůvodněno ani jejím právem přizpůsobit své ceny ostatním konkurentům. I když dominantní podnik má právo chránit své vlastní obchodní zájmy, jsou-li ohroženy, a je nutno mu v přiměřeném rozsahu přiznat možnost jednat, jak uzná za vhodné za účelem ochrany těchto zájmů, nemůže podle Soudního dvora takové jednání být povoleno, pokud představuje zneužití dominantního postavení. Plyne z toho, že dominantní podnik nemůže nabízet své zboží či služby za ceny nižší než jsou AVC na tyto zboží či služby ani v případě, pokud takové ceny

<sup>493</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 2. 4. 2009. Věc C-202/07 P. *France Télécom SA*.

<sup>494</sup> Rozhodnutí EK ze dne 16. 7. 2003, věc COMP/38.2033, *France Télécom*

<sup>495</sup> Více ekonomický postup nabízel generální advokát Mazák, který ve svém stanovisku doporučil vrátit věc Soudu prvního stupně k dalšímu řízení z důvodů doplnění skutkového posouzení.

nabízí i jiný konkurent, jemuž se chce dominantní podnik přizpůsobit.<sup>496</sup> Určitým nedostatkem tohoto rozhodnutí může být, že se nezkoumala možnost objektivního ospravedlnění predátorské praktiky, která by mohla být pro konečný výsledek podstatná.

Použitím cenově-nákladového testu v souvislosti s aplikací testu stejně efektivního soutěžitele se Soudní dvůr zabýval také ve věci *Post Danmark* z roku 2012, ve kterém rozhodoval o předběžné otázce dánského Nejvyššího soudu.<sup>497</sup> Tento případ se týkal predátorské ceny v klasické podobě, ale selektivního snížení cen, resp. cenové diskriminace.<sup>498</sup> Soudní dvůr v této souvislosti poznamenal, že cenová diskriminace sama o sobě nepředstavuje zneužití dominantního postavení.<sup>499</sup> Jako základní myšlenku pro posuzování porušení čl. 102 SFEU touto cenovou praktikou zdůraznil test stejně efektivního soutěžitele. Konkrétně zmínil, že pokud podnik v dominantním postavení stanoví své ceny na úrovni, která pokrývá podstatnou část nákladů na uvedení dotčeného výrobku na trh nebo na poskytnutí dotčené služby (tj. výše průměrných přírůstkových nákladů), bude stejně efektivní soutěžitel schopen těmito cenám konkurovat, aniž by se vystavoval dlouhodobě neudržitelným ztrátám. Ceny pokrývající průměrné přírůstkové náklady (byť jsou nižší

<sup>496</sup> Byly tak stanoveny limity pro možnost dominantních podniků uplatnit obranu spočívající v přizpůsobení se ostatním soutěžitelům („meeting competition defence“). V této souvislosti autoři poznamenávají, že obdobně ani v praxi USA není „meeting competition defence“ považována za dostatečnou obranu proti aplikaci predátorské ceny, tj. ceny nedosahující úrovně průměrných vyhnutelných nákladů (viz USSFC).

<sup>497</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 27. 3. 2012. Věc C-209/10. *Post Danmark* (dále též „rozsudek ve věci *Post Danmark*“).

<sup>498</sup> Skutkový stav případu byl takový, že společnosti *Post Danmark* a *Forbruger-Kontakt* byly dvěma největšími subjekty působícími na dánském trhu distribuce neadresných zásilek, jako jsou např. různá reklamní sdělení, telefonní seznamy atd. Společnost *Post Danmark* měla zároveň monopol na distribuci (resp. výlučné právo distribuce) adresných dopisů a balíků do určitého váhového limitu. Pro tento účel disponovala sítí pokrývající celé území Dánska, kterou využívala také pro distribuci neadresných zásilek. Od roku 2004 uzavřela společnost *Post Danmark* smlouvy s významnými zákazníky společnosti *Forbruger-Kontakt* (jednalo se o některé maloobchodní řetězce) o distribuci jejich neadresných zásilek. *Post Danmark* pak selektivně snížila své ceny takovým způsobem, že bývalým zákazníkům společnosti *Forbruger-Kontakt* nabízela nižší ceny než svým stávajícím zákazníkům, aniž by tyto cenové rozdíly byla schopna vysvětlit rozdíly v nákladech. V rámci předběžné otázky zde Soudní dvůr řešil, zda selektivní snížení ceny ze strany poštovního podniku - společnosti *Post Danmark* na úroveň nižší než jsou její průměrné celkové náklady (ATC) a zároveň vyšší než jsou její průměrné přírůstkové náklady, představují vylučovací formu zneužití dominantního postavení, přestože zároveň nebylo prokázáno, že by *Post Danmark* takto stanovila ceny za účelem vyloučení svého konkurenta - společnosti *Forbruger-Kontakt*.

<sup>499</sup> Rozsudek ve věci *Post Danmark*, odst. 30.

než ATC) proto nelze považovat bez dalšího za zneužití dominantního postavení. Dánský soud proto měl dále na základě konkrétních skutkových okolností zkoumat, zda existují nějaké indicie, že tato cenová politika vedla k pravděpodobnému nebo skutečnému vyloučení druhého konkurenta a v důsledku k tomu k poškození spotřebitelů.<sup>500</sup>

Dánský Nejvyšší soud poté ve svém rozsudku následoval závěry Soudního dvora a dospěl k závěru, že ke zneužití dominantního postavení nedošlo. Opustil tak původní závěr dánského soutěžního úřadu, který považoval diskriminační jednání společnosti Post Danmark za *per se* protisoutěžní. Naopak soutěžním orgánem zavázal, aby postupoval ve světle testu stejně efektivního soutěžitele.<sup>501</sup>

Podle našeho názoru je rozsudek Soudního dvora ve věci Post Danmark výrazným posunem k *effect based* přístupu, tedy zkoumání pravděpodobného či skutečného efektu jednání na soutěž. Jde také o potvrzení postupu k podnákladovým cenám stanoveného v EUADG.

#### 6.4.2 Prokázání náhrady ztrát

Vedle aplikace cenově-nákladového testu byla v evropské judikatuře řešena také otázka, zda je pro konstatování zneužití dominantního postavení v podobě predátorských cen podstatné zkoumat také možnost dominantního podniku nahradit si své ztráty (*recoupment*) z období první fáze predátorského jednání, kdy nabízel svým odběratelům podnákladové ceny. Již z definice predátorského jednání totiž vyplývá, že dominantní podnik si utržené krátkodobé ztráty bude moci nahradit dlouhodobými zisky. Panuje také shoda na tom, že nabízení predátorských cen je pro dominantní podnik v podstatě investicí v podobě obětování zisků v krátkém období do posílení tržní pozice z dlouhodobého hlediska.<sup>502</sup>

Argumentem pro nutnost prokazování možnosti náhrady ztrát je skutečnost, že v případě, že by si dominantní podnik nebyl schopen své ztráty nahradit, by nemusela v důsledku jeho jednání vzniknout újma spotřebitelům, protože ti by naopak z nízkých cen profitovali. Naproti tomu jako protiargument lze uvést, že soutěžitelé zpravidla jednají racionálně a těžko by prodávali za cenu, která

<sup>500</sup> Tamtéž, odst. 44.

<sup>501</sup> Více viz *The Supreme Court of Denmark* [online]. 2013 [cit. 2014-08-13]. Dostupné z: <http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemeddelelser/Pages/PostDanmarkhadnotabuseditsdominantposition.aspx>

<sup>502</sup> BISHOP; WALKER, 2010, op. cit., s. 308

je pro ně ztrátová bez toho, aby předpokládali, že budou mít v budoucnu šanci si utrpěné ztráty vynahradit. Možnost nahrazení ztrát se navíc z důvodu obtížného předvídaní budoucí situace na trhu velmi těžko prokazuje.<sup>503</sup>

V evropské rozhodovací praxi se ustálil názor, že možnost prokázat náhradu ztrát dominantního podniku není třeba prokazovat a lze ji tedy spíše předpokládat. Soudní dvůr se této otázce věnoval v rozsudku *Tetra Pak II*<sup>504</sup>, kde uvedl, že na základě okolností daného případu není nutné požadovat prokázání existence reálné šance náhrady ztrát utrpěných v první fázi predátorského jednání.<sup>505</sup> Tento závěr potvrdil také ve výše uvedeném rozsudku *France Télécom*, ve kterém uvedl, že ani prokázání nemožnosti pokrytí ztrát by nepostačovalo ke konstatování, že jednání dominantního podniku nebylo protisoutěžní. K posílení dominantního postavení a poškození spotřebitelů totiž může dojít nejen na základě následného zvýšení cen dominantního podniku, ale také v důsledku toho, že trh opustí jeden nebo více soutěžitelů a bude tak omezen výběr výrobků pro spotřebitele.<sup>506</sup>

Také z EUADG vyplývá, že prokázání náhrady ztrát není ke konstatování existence predátorské praktiky vyžadováno. EK zde uvádí, že k poškození spotřebitelů v důsledku predátorské praktiky dojde tehdy, pokud bude pravděpodobné, že dominantní podnik bude moci profitovat z utrpěné oběti, resp. že se po provedení jeho predátorské strategie zvýší jeho tržní síla. Nevyžaduje důkaz o celkových ziscích (resp. tedy o možnosti nahrazení si ztrát), ale postačí prokázání posouzením pravděpodobnosti, že jednání dominantního podniku vede k uzavření trhu a zvažování dalších podmínek na trhu, jako například bariéry vstupu či možnosti opětovného vstupu na trh.<sup>507</sup>

Na rozdíl od evropské praxe, která nutnost prokázání náhrady ztrát (*recoupment*) nevyžaduje, v USA se vyžaduje prokázat pravděpodobnost nahrazení ztrát, má-li

<sup>503</sup> O'DONOGHUE; PADILLA, 2006, op. cit., s. 255.

<sup>504</sup> Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 6. 10. 1994. Věc T-83/91. *Tetra Pak International S.A.*

<sup>505</sup> O'DONOGHUE; PADILLA, 2006, op. cit., s. 256.

<sup>506</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 2. 4. 2009. Věc C-202/07 P. *France Télécom SA*. Odlisný názor vyjádřil ve svém stanovisku generální advokát, který upozornil na to, že závěr z případu *Tetra Pak* by neměl být zobecnován, protože nevyžadování prokázání *recoupmentu* zde bylo založeno na konkrétních okolnostech případu, které byly specifické tím, že společnost *Tetra Pak* měla tzv. superdominantní postavení. Podle generálního advokáta ze samotné existence dominantního postavení nelze vyvozovat, že podnik bude zároveň schopen v budoucnu pokrýt své ztráty z období nabízení nízkých cen. Pokud by se navíc neprokázala jeho možnost nahradit si své ztráty, mohlo by být jeho jednání kvalifikováno jen jako běžná účast v hospodářské soutěži.

<sup>507</sup> EUADG, odst. 70, 71.



se vůbec konstatovat existence predátorské praktiky.<sup>508</sup> Tento požadavek zřejmě vychází z větší opatrnosti, aby nebyly jako protisoutěžní shledány nízké ceny dominantního podniku, ze kterých ve skutečnosti mohou profitovat spotřebitelé.

### 6.4.3 Test stanovený v EUADG

Pro posouzení možné predátorské praktiky lze dále vycházet z postupu, který EK stanovuje v EUADG. Tento postup zahrnuje tři kroky:

1. *Prokázání existence oběti, kterou dominantní podnik v důsledku uplatnění své praktiky utrpěl.*

Při posuzování možného predátorského jednání je dle EK nejprve nutno zkoumat, zda dominantní podnik utrpěl obět'. „Obětí“ se rozumí ztráty, jež si dominantní podnik způsobil účtováním nižší ceny nebo zvýšením svého výstupu a zároveň těmto ztrátám bylo možné zabránit (tím, že by neuplatňoval predátorskou cenovou praktiku). Pro identifikaci oběti, doporučuje EK zkoumat průměrné eliminovatelné (vyhnutelné) náklady (AAC) dominantního podniku.

Pokud tedy budou ceny dominantního podniku nižší než AAC u celého jeho výstupu nebo jeho části, která je dotčena predátorskou strategií, má se zato, že těmito cenami nemůže pokrýt náklady, jimž by bylo možné zamezit tím, že by se tento výstup nevyrobil. Takové ceny jsou proto podle EK ve většině případů jednoznačnou známkou oběti. AAC jsou podle EK vhodnější než AVC (byť v některých případech budou AVC a AAC totožné), neboť AAC v sobě vedle AVC navíc zahrnují také případné utopené náklady (*sunk costs*), jež by bylo třeba vynaložit na produkci výstupu postiženého predátorskou strategií.<sup>509</sup>

Existence oběti však může být zjištěna i v případech, kdy jsou ceny dominantního podniku nad úrovní AAC. Lze ji prokázat například tím, že dominantní podnik v důsledku predátorské strategie dosáhl v krátkodobém hledisku nižších čistých výnosů, než které by mu pravděpodobně vznikly v případě jiného (hospodářsky racionálního) chování. V některých případech mohou o existenci oběti svědčit přímé důkazy prokazující predátorskou strategii, např. interní dokumenty obsahující podrobný plán obětování zisků s cílem vyloučit konkurenty a podobně.<sup>510</sup>

<sup>508</sup> Viz oddíl 6. 6. 4.

<sup>509</sup> EUADG, odst. 64.

<sup>510</sup> Tamtéž, odst. 65, 66.

2. *Posouzení, zda došlo k protisoutěžnímu uzavření trhu.*

Druhým krokem analýzy je posouzení, zda v důsledku nabízení nízkých cen došlo k uzavření trhu narušujícím hospodářskou soutěž a tím pádem k poškození spotřebitelů. Pro zodpovězení této otázky doporučuje EK použít test stejně efektivního soutěžitele, a tedy posoudit, jestli by stejně výkonní soutěžitelé mohli za dané ceny ziskově působit na trhu. Za účelem tohoto posouzení uvádí EK jako vhodný nákladový standard dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady (LRAIC). Pokud cena dominantního podniku nedosahuje jeho LRAIC na daný produkt či službu, má se za to, že ani stejně efektivní soutěžitel by takové ceně nebyl schopen konkurovat.<sup>511</sup>

EK tedy v EUADG zvolila jiný nákladový standard, než který vyplýval z předchozí rozhodovací praxe, jež doporučovala zvážit, zda jsou ceny dominantního podniku pod úrovní ATC (viz výše AKZO pravidla). V tomto ohledu je možno konstatovat, že na rozdíl od soudů je EK méně přísná, neboť LRAIC mohou být nižší než ATC.<sup>512</sup> Může tak nastat situace, kdy EK nepostihne jako predátorské určité ceny (např. které jsou sice vyšší než LRAIC, avšak nižší než ATC), které by dosavadní judikatura jakou zakázané pravděpodobně postihla, pokud by existoval důkaz, že nabízení nízkých cen je součástí plánu dominanta eliminovat konkurenci z trhu.

Pro konstatování protisoutěžního uzavření trhu není nutné prokazovat, že konkurenti dominantního podniku skutečně opustili tento trh. Strategie dominantního podniku totiž může spočívat i v tom, že zabraňuje svým konkurentům, aby mu skutečně konkurovali, a nutí je následovat jeho cenu, aniž by je zcela z trhu vyloučil. Jak bylo dále zmíněno výše, podle EK není podstatné zjišťovat celkovou ziskovost dominantního podniku, a tedy, zda si může nebo mohl nahradit ztráty

3. *Zhodnocení případné efektivnosti posuzovaného jednání.*

Třetím krokem analýzy predátorských cen je posouzení možné efektivnosti vzniklé v důsledku jednání dominantního podniku. Jinými slovy se posuzuje, zda mohly být protisoutěžní účinky predátorského jednání vyváženy pro-soutěžními účinky, které by měly pozitivní dopad na spotřebitele. EK nicméně v EUADG uvádí, že není pravděpodobné, že by predátorské ceny mohly vést k vyšší efektivnosti, případné objektivní ospravedlnění by bylo

<sup>511</sup> Tamtéž, odst. 67.

<sup>512</sup> Viz oddíl 6. 3. 1.

možné např. tehdy, pokud by dominantní podnik prokázal, že díky takové praxi dosahuje úspor z rozsahu nebo vyšší efektivity v souvislosti s rozšířením trhu.<sup>513</sup>

#### 6.4.4 Ekonomické posouzení predátorského jednání v praxi USA

Obdobně jako v evropském prostředí se i v USA predátorské ceny podniků s velkou tržní silou považují za typ protisoutěžního jednání, které postihuje část 2 Shermanova zákona. Existence predátorských cen se posuzuje pomocí testu přijatého v rozsudku Nejvyššího soudu USA ve věci *Brooke Group*<sup>514</sup> z roku 1993, který se skládá ze dvou kroků:

1. Nejprve se posoudí, zda jsou ceny pod úrovní „přiměřené“ míry nákladů.
2. Pokud ano, zkoumá se, zda je zde vysoká pravděpodobnost nahrazení ztráty (*recoupment*) z období predace, jakmile jeho soupeři opustí trh.

Při posuzování predátorských cen americká praxe vychází z tzv. Areeda-Turnerova testu<sup>515</sup>, který je založen na zkoumání AVC, jako vhodného typu přírůstkových nákladů. Podle tohoto testu platí, že ceny pod úrovní AVC jsou považovány za predátorské, zatímco ceny vyšší než AVC jsou legální.<sup>516</sup> Soudy v praxi použily různé variace tohoto testu a stále není zcela vyjasněná otázka, jaký typ nákladů je pro posouzení predátorských cen vhodný. V USSFC jsou jako možné zmíněny mezní náklady (MC), průměrné variabilní náklady (AVC), dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady (LRAIC) nebo průměrné vyhnutelné náklady (AAC). Za nejvhodnější jsou ovšem považovány AAC, neboť se vztahující pouze produkci výstupu zasaženého predátorskou strategií (na rozdíl od MC, které představují náklady na poslední jednotku výstupu, AVC, jež se vztahují k celému výstupu, tj. i části před provedením predátorské strategie, a LRAIC, které navíc zahrnují fixní náklady vynaložené ještě před provedením predátorské strategie) a vypovídají tak o tom, zda měl podnik v době nabízení predátorských cen negativní *cash-flow*. Pokud tedy například při příchodu nového soutěžitele dominantní podnik rozšíří

<sup>513</sup> Bod 74 EUADG.

<sup>514</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ze dne 21. 6. 1993, věc *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 223 (1993). (dále též „rozsudek ve věci *Brooke Group*“).

<sup>515</sup> Tento test byl definován ve slavném článku profesorů Areedy a Turnera z roku 1975, dostupném z: <http://www.contrib.andrew.cmu.edu/~kryukov/Predation/areeda75.pdf>

<sup>516</sup> LESLIE, C. R. Predatory Pricing and Recoupment. *Columbia Law Review* [online]. 2013, no. 7 [cit. 2014-03-10]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2363725>

svoji výroku o 500 jednotek, díky jejichž prodeji se mu podaří tohoto konkurenta vytlačit, AAC budou představovat náklady vynaložené na těchto 500 dodatečných jednotek, neboli na dodatečné přírůstkové prodeje. DOJ tedy v USSFC uvádí, že v případě cen pod úrovní AAC by stejně efektivní soutěžitel byl nucen opustit trh, což by svědčilo o protisoutěžní povaze uvedené praktiky.<sup>517</sup>

Druhý požadavek (prokázání náhrady utrpěné ztráty) souvisí se soutěžně politickým postojem nezasahovat do soutěžního jednání, dokud nejsou poškozeni spotřebitelé. Otázka nahrazení ztrát v cenového predátorství byla řešena v rozsudku ve věci *Matsushita*<sup>518</sup> z roku 1986, kde Nejvyšší soud USA uvedl, že schopnost v budoucnu si nahradit utrpěné ztráty nelze vyvozovat z pouhého monopolního postavení podniku.<sup>519</sup> O tomto problému se Nejvyšší soud USA zmiňoval také ve výše uvedeném rozsudku *Brooke Group*, ve kterém poznamenal, že pro identifikaci predátorských cen musí existovat vysoká pravděpodobnost, že si podnik nahradí své ztráty vzniklé v důsledku účtování nízkých cen. Pouhá újma způsobená ostatním soutěžitelům není dostatečným důkazem toho, že byla narušena hospodářská soutěž.<sup>520</sup>

#### 6.4.5 Česká praxe

Česká rozhodovací praxe s posuzováním predátorských cen příliš velké zkušenosti nemá. Zřejmě nejvýznamnější a také nejkontroverznější je rozhodnutí ÚOHS ve věci *Student agency*.<sup>521</sup> ÚOHS v něm dospěl k závěru, že Student agency - v reakci na to, že konkurenční dopravce (společnost ASIANA, spol., s. r. o.) začal poskytovat služby veřejné linkové osobní autobusové dopravy na lince z Prahy do Brna a zpět - stanovil nepřiměřeně nízké ceny jízdenek na této trase (50 Kč v období 2. 10. 2007 - 1. 1. 2008 a 95 Kč v období od 2. 1. do 1. 3. 2008).

Analýza ÚOHS byla postavena jednak na myšlence stejně efektivního soutěžitele a dále na cenově-nákladovém testu vycházejícím z „AKZO pravidel“. Při posuzování cenové politiky společnosti Student agency ÚOHS srovnával průměrnou (efektivní) cenu jízdenek společnosti Student agency s jejími průměrnými náklady

<sup>517</sup> USSFC.

<sup>518</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ze dne 26. 3. 1986, no. 83-2004, *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*

<sup>519</sup> LESLIE, op. cit.

<sup>520</sup> Viz rozsudek ve věci *Brooke Group*.

<sup>521</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 3. 11. 2010, č. j. ÚOHS-S162/2008/DP-4490/2010/820/DBr, rozhodnutí ÚOHS ze dne 18. 2. 2011, č. j. R169/2010/HS-2676/2011/310-PGA.

na jednoho přepravovaného cestujícího. Jako interval pro posouzení výsledků hospodaření zvolil měsíční interval, neboť vzhledem ke změnám výše a rozsahu uplatňovaných cen společností Student agency v průběhu sledovaného období to nejlépe vypovídalo o důsledcích jejího jednání.

ÚOHS konstatoval, že společnost Student agency v období od října 2007 do února 2008 účtovala cenu (nejdříve 50 Kč a později 95 Kč) za jednosměrnou kreditovou jízdenku, která nepokrývala celkové náklady připadající na jedno průměrně obsazené sedadlo a v případě ceny 50 Kč nedosahovala ani úrovně průměrných variabilních nákladů. Cenu 50 Kč tedy ÚOHS považoval za protisoutěžní bez dalšího a u ceny 95 Kč navíc jako důkaz pro prokázání predátorské praktiky posloužila interní emailová komunikace ve společnosti Student agency svědčící o jednoznačném záměru vytlačit společnost Asiana z trhu.

Rozhodnutí ÚOHS zrušil Krajský soud v Brně<sup>522</sup> kvůli nedostatečně zdůvodněnému vymezení relevantního trhu, který podle ÚOHS představoval trh osobní autobusové přepravy na lince z Prahy do Brna a zpět. Krajský soud v Brně nicméně souhlasil s úvahami ÚOHS týkajícími se samotného posouzení protisoutěžní povahy jednání společnosti Student agency ve formě predátorských cen a potvrdil tak, že v případě správně vymezeného relevantního trhu by se o predátorskou praxi společnosti Student agency skutečně jednalo. Tento rozsudek byl zrušen Nejvyšším správním soudem<sup>523</sup> s tím, že krajský soud nesprávně zhodnotil dostatečnost podkladů pro vymezení relevantního trhu; samotné otázky posouzení predátorské praktiky se však Nejvyšší správní soud nevěnoval.

Krajský soud se v dalším řízení<sup>524</sup> opětovně ztotožnil se závěrem ÚOHS, pokud jde o kvalifikaci jednání společnosti Student agency jakožto predátorské praktiky, která byla posouzena v souladu s rozhodovací praxí Soudního dvora. Potvrdil také, že analýza nákladů jednoznačně vypovídala o podnákladovosti cen jízdenek společnosti Student agency. Za ryze účelové označil její tvrzení, že do kalkulace celkových příjmů měly být zahrnuty také příjmy z reklamy na autobusech obsluhujících linku Praha-Brno a zpět, které ÚOHS kvalifikoval jako spoje konkurující spojům společnosti Asiana. Tento argument totiž společnost Student agency uplatnila až poté,

<sup>522</sup> Viz rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 9. 11. 2012, č. j. 62Af 27/2011 - 409. Více viz výše kap. 2.

<sup>523</sup> Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2013, č. j. 2 Afs 82/2012 - 134.

<sup>524</sup> Viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 9. 2014, č. 62 Af 27/2011 - 554.

kdy jí ÚOHS sdělil výsledek své analýzy svědčící v její neprospěch. Navíc bylo zřejmé, že společnost Student agency běžně podíl z reklamy na pokrytí nákladů příslušné linky nekalkuluje. Záměr vyloučit soutěžitele dále jednoznačně vyplynul z e-mailové komunikace společnosti Student agency, která prokazovala snahu vytlačit společnost Asiana z trhu. Krajský soud nesouhlasil se společností Student agency ani v tom, že by její jednání mělo charakter obrany před postupem konkurentů (tzv. *meeting competition defence*).

## 6.5 Odmítnutí dodávek

Formou zneužití dominantního postavení je za určitých okolností také odmítnutí dodávek, resp. v širším pojetí odmítnutí dominantního podniku jednat se svými konkurenty působícími buď na stejném trhu, na kterém se pohybuje i dominantní podnik, nebo na trhu navazujícím (maloobchodním), na nějž dodává svůj určitý výstup. Ačkoliv je i u dominantního podniku obecně předpokládáno, že si může vybrat své obchodní partnery, v některých případech je tato svoboda omezena v zájmu ochrany hospodářské soutěže, což souvisí se zmiňovanou zvláštní odpovědností dominantního podniku vyvarovat se jednání, které poškozují hospodářskou soutěž. Uplatnění čl. 102 SFEU tak může vést i k uložení povinnosti dominantnímu podniku zajišťovat dodávky svým odběratelům, kteří jsou zpravidla také jeho konkurenty.

K protisoutěžnímu jednání spočívajícímu v odmítnutí dodávek zpravidla dochází za situace, kdy je dominantní podnik vertikálně integrovaným soutěžitelem, má dominantní postavení na předřazeném (velkoobchodním) trhu a nabízí určité vstupy na následný (maloobchodní) trh, na kterém taktéž sám působí. Pod pojem odmítnutí dodávek lze zařadit celou škálu praktik.<sup>525</sup> Může se jednat o odmítnutí dodávat klíčový vstup produktů či služeb na maloobchodním trhu, odmítnutí udělit přístup k základním důvěrným informacím, odmítnutí poskytnout licenci k právu duševního vlastnictví či odmítnutí udělit přístup k základním zařízením nebo sítím (k tzv. „*essential facility*“).

Tyto praktiky mohou mít podobu nejen přímého odmítnutí dodávek, ale rovněž nabízení těchto dodávek na základě nepřiměřených a neekonomických podmínek

<sup>525</sup> Viz EUGDP, odst. 75 - 79.

(jedná se o tzv. „konstruktivní“ odmítnutí dodávek). Příkladem takového jednání je např. praktika tzv. stlačování marží, která je níže podrobněji rozebrána v rámci samostatné kapitoly.

Všem těmto typům jednání je společné to, že předmět odmítnutí je podstatný pro účast v soutěži na následném či komplementárním trhu, na němž dominantní podnik také působí, avšak na rozdíl od předřazeného trhu (kde má dominantní postavení) zde musí čelit konkurenci ze strany ostatních soutěžitelů. Potenciální protisoutěžní efekt této praxe může spočívat v použití dominance na předřazeném trhu pro získání, rozšíření či udržení tržní síly na podřazeném trhu. Zároveň toto jednání často povede k ochraně či posílení silné pozice dominantního podniku na předřazeném trhu.<sup>526</sup>

I u této praxe, která je ve své čisté formě jednáním necenovým, někteří autoři nabízejí možnost aplikovat při jejich posouzení test stejně efektivního soutěžitele. Pomocí tohoto testu by bylo možné zkoumat, zda by odmítnutí dodávky potenciálně mohlo vyloučit stejně efektivního soutěžitele z navazujícího trhu. Předmětem posuzování by mohla být jednak možnost duplikace vstupu a dále posuzování splnění podmínky nezbytnosti vstupu.<sup>527</sup>

V případě odmítnutí dodávek se však v praxi uplatňují spíše *per se* pravidla a případně kvalitativní úvahy, nikoli ekonomické testy, které jsou více využitelné v oblasti cenových zneužití dominantního postavení. Například v případě odmítnutí poskytnutí přístupu k základním zařízením se v judikатурní praxi vyvinula tzv. doktrína *essential facility*, která stanovuje podmínky, při jejichž splnění je odmítnutí přístupu považováno za protisoutěžní. Tato doktrína vznikla v USA<sup>528</sup> a byla převzata také do evropské rozhodovací praxe.<sup>529</sup> Ustálená judikatura existuje také pro identifi-

<sup>526</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 463-4.

<sup>527</sup> MANDORFF; SAHL, 2013, op. cit.

<sup>528</sup> Konkrétně byla poprvé definována v rozsudku Nejvyššího soudu USA ze dne 22. 4. 1912, věc 224 U.S. 383 (1912), *United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis*, a následně konkretizována v rozsudku Nejvyššího soudu USA ze dne 17. 6. 1994, věc 93-356. *MCI Communications Corp. v. AT & T*.

<sup>529</sup> V rozsudku Soudního dvora ve věci *Oscar Bronner* byla stanovena pravidla, na základě kterých je dominantní podnik povinen umožnit soupeřům přístup k podstatným zařízením takto: 1) zařízení musí být kontrolována dominantním soutěžitelem, 2) ostatní soutěžitelé (konkurenti dominantního podniku či soutěžitelé na podřazeném trhu) nemají reálnou možnost či schopnost reprodukovat určitá podstatná zařízení, respektive vytvořit vhodný substitut k tomuto zařízení, 3) přístup k tomuto zařízení je nezbytný pro účast na soutěži na daném relevantním trhu, 4) poskytnutí přístupu k zařízení dominantním podnikem musí být reálně uskutečnitelné (viz Rozsudek Soudního dvora ze dne 26. 11. 1998. Věc C-7/97. *Oscar Bronner*).

kaci protisoutěžní povahy odmítnutí poskytnout licenci. Z rozhodovací praxe vyplývá, že odmítnutí poskytnout licenci samo o sobě nemůže být shledáno jako protisoutěžní; o zneužití dominantního postavení se jedná pouze ve výjimečných situacích.<sup>530</sup>

### 6.5.1 Postup doporučený v EUADG

EK v EUADG stanovuje tři podmínky, za jejichž splnění bude odmítnutí dodávek považovat za nebezpečné pro hospodářskou soutěž:

1. *Odmítnutí se týká výrobku či služby, které jsou objektivně nutné pro účinnou soutěž na navazujícím trhu.* To znamená, že bez přístupu k tomuto vstupu by se žádný konkurent na navazujícím trhu nemohl udržet ani by na něj nemohl vstoupit. Zároveň platí, že neexistuje žádná náhrada vstupu poskytovaného dominantním podnikem, která by umožňovala konkurentům alespoň v dlouhodobém hledisku čelit nepříznivým důsledkům odmítnutí.
2. *Odmítnutí pravděpodobně povede k vyloučení účinné hospodářské soutěže na navazujícím trhu.* Tato pravděpodobnost se zvyšuje se silnější pozicí dominantního podniku na navazujícím trhu.<sup>531</sup> Podmínka vyloučení „účinné“ hospodářské soutěže na navazujícím trhu vychází z rozsudku Microsoft I, ve kterém Tribunál uvedl, že pro konstatování protisoutěžního jednání není třeba prokazovat vyloučení veškeré hospodářské soutěže na trhu.

Jako důkaz protisoutěžního charakteru praktiky odmítnutí dodávek postačí doložit riziko vyloučení veškeré účinné hospodářské soutěže. Skutečnost, že někteří okrajoví soutěžitelé ještě zůstali na trhu, však neodůvodňuje závěr, že účinná hospodářská soutěž zůstala zachována.<sup>532</sup> Účinnou hospodářskou soutěží je proto třeba rozumět takovou situaci, kdy na trhu působí podniky, které jsou schopné vyvíjet na dominantního soutěžitele určitý tlak

<sup>530</sup> Viz Rozsudek Soudního dvora ze dne 6. 4. 1995. Spojené věci C-241/91, C-242/91. *Radio Telefis Eireann (RTE) a Independent Television Publications Ltd (ITP)* (dále též rozsudek „Magil“). Soudní dvůr zde definoval tři podmínky pro prokázání zneužití dominantního postavení vlastníka práva k duševnímu vlastnictví: 1) musí být prokázáno, že podnik, který od dominanta žádá licenci, zamýšlí vyrábět nové zboží nebo služby, které nejsou nabízeny dominantním podnikem, a po kterých existuje potencionální poptávka; 2) odmítnutí poskytnutí licence není nijak objektivně zdůvodněno; 3) je prokázáno vyloučení soutěže na relevantním trhu. Z tohoto rozhodnutí vycházela i další rozhodovací praxe evropských soudů, např. rozsudek Soudního dvora ze dne 29. 4. 2004. Věc C-418/01. *IMS Health*; či Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 17. 9. 2007. Věc T-201/04. *Microsoft I* (dále též „rozsudek *Microsoft I*“).

<sup>531</sup> EUADG, odst. 75 - 80.

<sup>532</sup> Rozsudek *Microsoft I*, odst. 563.



a do určité míry mohou ovlivnit jeho chování. Účinná soutěž tedy nebude probíhat tam, kde působí na trhu vedle dominantního podniku jen velmi malí soutěžitelé, jejichž jednání nemůže dominantní podnik nijak ovlivnit.

3. *Odmítnutí pravděpodobně povede ke poškození spotřebitelů.* EK tedy bude považovat praktiku odmítnutí dodávek za protisoutěžní v případě, pokud nepříznivé důsledky vyplývající z odmítnutí dodávek převáží v průběhu času negativní důsledky plynoucí z uložení povinnosti zajišťovat dodávky. K poškození spotřebitelů může dojít např. tehdy, pokud soutěžitelé, jimž dominantní podnik odmítl dodávat vstupy, nemohou na trhu uvést inovativní výrobky nebo služby, či pokud je pravděpodobné, že budou potlačeny následné inovace. Negativním důsledkem je tedy potlačení investic a vývoje na navazujícím trhu.

EK rozlišuje při posuzování odmítnutí dodávek dvě situace. Jednak případ, kdy dominantní podnik odmítne poskytnout vstup, který již dodává na trh dlouhodobě, respektive přeruší předchozí dodávky, a dále situaci, kdy dojde k odmítnutí zboží nebo služeb, které podnik doposud nikomu nedodával (v tomto případě jde o odmítnutí dodávek *de novo*). Ačkoliv EK uvádí, že k vyloučení soutěže na navazujícím trhu mohou vést oba případy odmítnutí dodávek, zároveň poznamenává, že více pravděpodobné je porušení čl. 102 v případě přerušení dodávek.<sup>533</sup>

Stejně jako v případě ostatních protisoutěžních praktik i zde EK připouští možnost dominantního podniku své jednání ekonomicky zdůvodnit. V jeho prospěch může svědčit např. argument, že odmítnutí dodávky je nezbytné pro uskutečnění přiměřené návratnosti investic, jež je důležitá pro rozvoj jeho podnikatelských aktivit spojených s nabízením vstupu pro působení na maloobchodním trhu, čímž vytváří pobídky pro další investice v budoucnu. Pádnou obranou může být také tvrzení, že povinnost dodávat bude mít negativní vliv na jeho vlastní inovace.<sup>534</sup>

### 6.5.2 Přístup USA

V praxi USA se spíše než o praktice „odmítnutí dodávek“ hovoří o „odmítnutí jednat s konkurenty“. Na jednu stranu je uznáváno, že podniky mají svobodu v tom, koho si zvolí jako své obchodní partnery, případně komu budou dodávat své zboží

<sup>533</sup> EUADG, odst. 84.

<sup>534</sup> EUADG, odst. 89.

či poskytovat licence.<sup>535</sup> Nicméně i v USA soudy judikovaly, že za určitých okolností po podnicích může být požadováno, aby jednaly se svými konkurenty. Jako protisoutěžní může být posouzeno jednostranné nepodmíněné odmítnutí dominanta jednat se svými konkurenty.

Postih takového odmítnutí jednat s konkurenty na jednu stranu může být prospěšný pro spotřebitele, neboť tím zpravidla získají větší výběr a vyšší kvalitu díky tomu, že existuje více substitučního zboží. Na druhé straně však může v dlouhodobějším horizontu odrazovat od inovací. Podniky totiž nemusí být tolik stimulovány k inovacím a vývoji, pokud jsou ohroženy tím, že se budou muset dělit o klíčový vstup, který nabízejí, se svými konkurenty. Postih odmítacích praktik tak může poškozovat spotřebitele. Problémem také je, že při postihování těchto praktik by soutěžní úřad nebo soud musely určit, za jakých podmínek a při jaké úrovni cen mají být jednání, resp. dodávky uskutečňovány. Potom by se však stavěly do role určitých regulátorů, kteří musí monitorovat obchodní jednání. Vzhledem k těmto rizikům se praktika spočívající v odmítnutí jednat se svými konkurenty nepovažuje za prioritu při prosazování soutěžního práva (resp. části 2 Shermanova zákona).<sup>536</sup>

Pro případné posouzení protisoutěžní povahy odmítnutí jednat s konkurenty DOJ doporučuje použití různých obecnějších testů, například test vyvažování pro a proti- soutěžních účinků této praktiky. Použít lze také metodu, podle které by monopolista musel jednat se svými konkurenty za předpokladu určité „chráněné prahové hodnoty zisku“, tedy za cenu, která by mu kompenzovala jeho ztráty monopolního zisku od spotřebitelů, jež přešli od monopolisty k jeho protivníkovi. Aplikovat se může také obecný test ekonomického smyslu, kdy bude posuzováno, jestli má odmítnutí nějaký ekonomický smysl nebo je jeho účelem pouze vyloučení nebo oslabení soutěže.<sup>537</sup>

Pokud jde o použití doktríny *essential facilities* (jejíž vhodnost doposud rozhodovací praxe v EU nevyvrátila), v praxi USA se již nepovažuje za nejvhodnější prostředek k posouzení otázky, zda jednostranné nepodmíněné odmítnutí jednat s konkurenty poškozují hospodářskou soutěž. Tato doktrína totiž nepožaduje prokázání újmy

<sup>535</sup> Viz rozsudek 1919 *Colgate, Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*,

<sup>536</sup> USSFC, s. 119, 123.

<sup>537</sup> USSFC, s. 126.

soutěži, ale spíše ostatním soutěžitelům; dále nevyžaduje, aby případné udělení přístupu podstatně zlepšilo soutěž; a ani výslovně neumožňuje uvážení případného obchodního ospravedlnění této praktiky.<sup>538</sup>

Známým případem, ve kterém bylo odmítnutí jednat s konkurenty postiženo jako protisoutěžní, je věc *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*<sup>539</sup> Odmítnutí jednat s konkurenty spočívalo v tom, že společnost provozující tři ze čtyř horských areálů v Aspenu odmítla pokračovat ve spolupráci s firmou vlastnící čtvrtý lyžařský areál, spočívající v nabízení skipasů, které bylo možné používat ve všech čtyřech areálech. Tato společnost tak odmítla prodávat svému konkurentovi všechny jízdenky na vleky, a to i za maloobchodní ceny, a odmítla také přijmout maloobchodní kupóny pro svůj areál vydané konkurentem, byť by na tom vydělala. Soud dospěl k závěru, že zde nebyl žádný logický obchodní důvod pro toto odmítnutí.

Naproti tomu v případě *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*<sup>540</sup> soud protisoutěžní odmítnutí jednat s konkurenty neshledal. Zde se jednalo o situaci, kdy společnost Verizon odmítla sdílet svou lokální telefonní síť se svými konkurenty, což po ní ovšem bylo vyžadováno zákonem. Soud uvedl, že odmítnutí sdílet telefonní síť zde nebylo protisoutěžní. Vynucení sdílení sítě by vyžadovalo, aby soud působil jako centrální plánovač, který bude schopen určit přesnou cenu, množství a další podmínky spolupráce. Donucování ke spolupráci mezi soutěžiteli navíc může vyvolat ještě závažnější porušení soutěžního práva, totiž koluzi. Proto se zde soud přiklonil k tomu, že podnik má právo si vybrat, s kým bude obchodovat. Zároveň však zdůraznil, že toto právo není neomezené.

## 6.6 Stlačování marže

Určitou formou odmítnutí dodávek je cenová praktika označovaná jako stlačování marže, resp. zmenšování rozpětí mezi velkoobchodní a maloobchodní cenou dominantního podniku. Z povahy věci se praktiky stlačení marže může dopustit vertikálně integrovaný dominantní podnik, tedy takový, který působí jak

<sup>538</sup> USSFC, s. 129.

<sup>539</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ze dne 19. 6. 1985, ve věci 472 U.S. 585 (1985). *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*.

<sup>540</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ze dne 13. 1. 2004, ve věci 540 U.S. 398 (2004). *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*.

na velkoobchodním trhu (jako dodavatel vstupů nezbytných na maloobchodním/ navazujícím trhu), tak na trhu maloobchodním, kde však nemusí nutně disponovat dominantním postavením.

Zneužití dominantního postavení spočívá v tom, že si dominantní podnik za výrobek na předcházejícím trhu účtuje cenu, která v porovnání s cenou na navazujícím trhu neumožňuje ani stejně efektivnímu soutěžiteli trvale se ziskem obchodovat na navazujícím trhu.<sup>541</sup> Již definice této praktiky tak vychází z myšlenky testu stejně efektivního soutěžitele, protože sleduje, zda by podnik se stejnými náklady na maloobchodním trhu, který musí hradit vstupy dodávané dominantním podnikem z velkoobchodního trhu, mohl při účtování stejně nízkých maloobchodních cen na tomto trhu ziskově působit. Není přitom podstatné, jestli maloobchodní a velkoobchodní ceny samy o sobě mají protisoutěžní povahu (ceny na velkoobchodním trhu podobu excesivních cen a ceny na maloobchodním trhu podobu cen podnákladových/predátorských).

Zákaz stlačování marží může však mít i nežádoucí účinky. Možným negativním efektem je odrazování podniků od jejich vertikálního členění. Tato struktura je však v některých případech ekonomicky efektivnější, než kdyby na maloobchodním a velkoobchodním trhu působily dvě samostatné společnosti, neboť eliminuje dvojí marži. Samostatné společnosti totiž obě účtují určitou marži, zatímco vertikálně integrovaný podnik může vyloučit nebo snížit marži na následném trhu a zajistit nižší ceny pro spotřebitele a úspory v nákladech produkce nebo zvýšení kvality. Vertikálně integrovaný podnik tak může nabízet nižší maloobchodní ceny a větší výstup než dvě oddělené společnosti. V souvislosti s těmito úvahami tedy panuje určitá obava, že zákaz stlačování marží by paradoxně mohl vést ke zvýšení cen pro spotřebitele a ke snížení užítku.<sup>542</sup>

Pro posouzení protisoutěžní povahy stlačení marže se používají dva základní testy, a to test stejně efektivního soutěžitele a test přiměřeně efektivního soutěžitele. V rozhodovací praxi EK i v následném soudním přezkumu se jednoznačně dává přednost testu stejně efektivního soutěžitele, není však vyloučena ani možnost použití druhého z uvedených testů.

<sup>541</sup> Viz EUADG, odst. 80.

<sup>542</sup> United States. In *OECD Policy Roundtables: Margin squeeze* [online]. 2010 [cit. 2011-04-10]. Dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/30/17/46048803.pdf>>. s. 242-252.

V rámci testu stejně efektivního soutěžitele se sledují náklady dominantního podniku na maloobchodním trhu a zkoumá se situace, kdy by stejné náklady měl jiný soutěžitel na tomto trhu. Protisoutěžní povaha stlačené marže se dovozuje, pokud jsou náklady dominantního podniku na maloobchodním trhu vyšší než jeho marže, tj. rozdíl mezi maloobchodní a velkoobchodní cenou (maloobchodní cena minus velkoobchodní cena < náklady dominantního podniku na maloobchodním trhu).

V EUADG EK doporučuje, aby jako nákladové měřítko byly v tomto případě použity průměrné dlouhodobé přírůstkové náklady (LRAIC) dominantního podniku, resp. jeho divize, působící na navazujícím trhu.<sup>543</sup>

Vedle testu stejně efektivního soutěžitele je možné použít test přiměřeně efektivního soutěžitele (operátora), jehož základní myšlenka je založena na tom, že marže mezi cenou účtovanou konkurentům na navazujícím trhu za přístup a cenou, kterou provozovatel sítě účtuje na navazujícím trhu, nestačí k tomu, aby umožnila přiměřeně výkonnému poskytovateli služeb na navazujícím trhu získat „normální“ zisk. Marže dominantního podniku na maloobchodním trhu (resp. rozdíl mezi maloobchodní a velkoobchodní cenou) se tedy poměruje s náklady skutečných nebo případně hypotetických soutěžitelů působících na tomtéž maloobchodním trhu, kteří jsou považováni za přiměřeně efektivní. Cílem je posoudit, zda by přiměřeně efektivní soutěžitel mohl na daném trhu působit bez toho, aby utrpěl ztráty.<sup>544</sup>

Test přiměřeně efektivního soutěžitele je doporučován zejména pro nedávno liberalizované síťové trhy, jako je např. odvětví telekomunikací, neboť zajišťuje rovné příležitosti pro všechny hráče na trhu. Dominantní podnik totiž může mít na maloobchodním trhu nižší náklady díky výrazným úsporám z rozsahu, kterých ještě nemohl stejně efektivní soutěžitel na tomto trhu dosáhnout. Použití testu přiměřeně efektivního soutěžitele potom podporuje vstupy takových soutěžitelů, kteří nejsou dosud tolik efektivní jako dominantní podnik.

<sup>543</sup> Viz EUADG, odst. 80. Protisoutěžní jednání by se pak konstatovalo, pokud by nastalo:

$$M^D = P^r - P^{aces} \text{ kde } M^D < LRAIC^D,$$

$M^D$  je marže, kterou by dominantní podnik získal na maloobchodním trhu

$P^r$  je maloobchodní cena účtovaná dominantním podnikem zákazníkům na maloobchodním trhu

$P^{aces}$  je velkoobchodní cena dominantního podniku za produkty, které představují nezbytné vstupy pro podnikání na maloobchodním trhu

$LRAIC^D$  jsou LRAIC dominantního podniku na maloobchodním trhu.

<sup>544</sup> Nerovnice by v tomto případě vypadala následovně:

$$M^D = P^r - P^{aces} \text{ kde } M^D < LRAIC^{PES},$$

$LRAIC^{PES}$  jsou LRAIC přiměřeně efektivního soutěžitele

Podstatným problémem tohoto testu je ale to, že nemusí být jednoduché stanovit, jak efektivní má být přiměřeně efektivní soutěžitel.<sup>545</sup> Naopak kladem tohoto testu oproti testu stejně efektivního soutěžitele je zajisté skutečnost, že dokáže lépe zohlednit případné výhody ostatních soutěžitelů oproti dominantnímu podniku. Test přiměřeně efektivního soutěžitele je tak více výhodný pro tyto ostatní soutěžitele, zatímco test stejně efektivního soutěžitele je výhodnější pro samotný dominantní podnik, případně i pro spotřebitele, pokud mohou profitovat na nízkých cenách nabízených dominantním podnikem.<sup>546</sup>

Z hlediska blahobytu spotřebitelů však může být z dlouhodobého hlediska výhodnější použití testu přiměřeně efektivního soutěžitele, neboť v dlouhodobějším horizontu se konkurenti mohou např. díky úsporám z rozsahu dostat na stejně nízké ceny jako dominantní podnik. Nevýhodou je naopak nutnost poměřování nákladů dominantního podniku s ostatními soutěžiteli, což je jednak náročné na získání spolehlivých dat a dále to vede k určité právní nejistotě, neboť dominantní podnik sám nemůže odhadnout, zda jeho cenová politika bude shledána jako protisoutěžní.

Test přiměřeně efektivního operátora připouští EK také např. ve svém sdělení o použití pravidel hospodářské soutěže na dohody o přístupu v odvětví telekomunikací. Zde uvádí, že „*za určitých okolností je možné stlačování cen prokázat také tím, že marže mezi cenou účtovanou konkurentům na navazujícím trhu (včetně vlastních navazujících operací dominantní společnosti, pokud existují) za přístup a cenou, kterou provozovatel sítě účtuje na navazujícím trhu, nestačí k tomu, aby umožnila dostatečně výkonnému poskytovateli služeb na navazujícím trhu získat normální zisk (pokud může dominantní společnost prokázat, že její navazující operace jsou mimořádně výkonné)*“.<sup>547</sup> K prevenci této praktiky EK doporučuje vedení odděleného účetnictví pro různé oblasti podnikání. EK také může v případě potřeby podnik požádat, aby jí jeho ověřené oddělené účty předložil.<sup>548</sup>

Test přiměřeně efektivního operátora aplikoval například britský nezávislý regulátor a soutěžní orgán v oblasti komunikačního průmyslu (OFCOM) či Irská komise pro regulaci v oblasti telekomunikací (ComReg). Maloobchodní náklady

<sup>545</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s. 244.

<sup>546</sup> Šamánek, J.; Brouček, M. Aplikace doktríny stlačování marží Soudním dvorem EU: případ Deutsche Telekom. *Antitrust*. 2011, č. 2, s. 50 - 57.

<sup>547</sup> Sdělení Komise o použití pravidel hospodářské soutěže na dohody o přístupu v odvětví telekomunikací (98/C 265/02).

<sup>548</sup> Sdělení Komise o použití pravidel hospodářské soutěže na dohody o přístupu v odvětví telekomunikací (1998 Úřední věstník C 265, 22/08/1998 S. 0002 - 0028), čl. 117-119.

sledovaných podniků zde byly odhadnuty podle plně alokovaných nákladů (*FAC - fully allocated cost*).<sup>549</sup> FAC představují účetní metodu pro rozdělení všech nákladů mezi různé produkty a služby daného podniku, v důsledku čehož mohou FAC zahrnovat i náklady, které přímo nesouvisejí s danými produkty či službami.<sup>550</sup>

### 6.6.1 Vývoj v používání ekonomických testů v evropské praxi

Základní pravidla pro posouzení protisoutěžní povahy praktiky stlačování marží byla v evropské rozhodovací praxi popsána v případě *Deutsche Telekom*<sup>551</sup> z roku 2010, kde byla aprobována aplikace testu stejně efektivního soutěžitele. Soudní dvůr zde potvrdil postup EK, jež zkoumala podstatu zneužití pouze na základě nákladů společnosti Deutsche Telekom, bez ohledu na to, jaká byla situace jednotlivých ostatních soutěžitelů.<sup>552</sup> Soud také ve svém rozhodnutí uvedl, že pro prokázání zneužití dominance prostřednictvím stlačování marží, není třeba demonstrovat, že cena na maloobchodním trhu byla sama o sobě zneužívající. Podle soudu bylo dostatečné prokázat pouze nespravedlivý rozdíl mezi cenami velkoobchodními a maloobchodními.<sup>553</sup> Protisoutěžní stlačení marže zde bylo definováno jako situace, kdy je „rozdíl mezi maloobchodními cenami dominantního podniku a jeho cenami na předřazeném trhu buď negativní, nebo nepostačuje k pokrytí specifických nákladů dominantního operátora na poskytování jeho služeb na navazujícím trhu“.

Za specifické náklady dominantanta na podřazeném trhu se považovaly náklady, jež vznikly dominantnímu podniku v důsledku působení na tomto trhu. EK a následně i soudy dospěly k závěru, že ani sama společnost Deutsche Telekom by nebyla schopna nabízet své služby na maloobchodním trhu jinak než se ztrátou, pokud by byla povinna platit cenu za přístup k mezitímním službám. Proto ani ostatní soutěžitelé, kteří by byli stejně efektivní jako dominantní podnik, by nemohli ziskově působit na trhu při tak nízkých cenách, které nabízela společnost Deutsche Telekom.<sup>554</sup>

<sup>549</sup> *Oxera* [online]. 2009 [cit. 2011-04-20]. Independent regulator and competition authority. Dostupné z: <[http://www.oxera.com/cmsDocuments/Agenda\\_November%2009/Margin%20squeeze.pdf](http://www.oxera.com/cmsDocuments/Agenda_November%2009/Margin%20squeeze.pdf)>

<sup>550</sup> *Glossary* [online]. 2010 [cit. 2011-05-22]. Fully Allocated Cost (FAC). Dostupné z: <[http://www.regulationbodyofknowledge.org/glossary/define/Fully%20allocated%20cost%20\(FAC\)/>](http://www.regulationbodyofknowledge.org/glossary/define/Fully%20allocated%20cost%20(FAC)/>)>

<sup>551</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 10. 2010. Věc C-280/08 P. *Deutsche Telekom*.

<sup>552</sup> Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 10. 4. 2008. Věc T-271/03. *Deutsche Telekom*.

<sup>553</sup> Tamtéž, odst. 167.

<sup>554</sup> Tamtéž, odst. 187.

Hlediska použita v případě Deutsche Telecom se později projevila také v pozdějším rozhodnutí EK ve věci *Wanadoo España v. Telefónica*<sup>555</sup>, které následně bylo potvrzeno Tribunálem i Soudním dvorem EU.<sup>556</sup> Telefónica měla dominantní postavení na trhu s vysokorychlostním přístupem k internetu, a to na regionální i národní úrovni. Zároveň byla jediným španělským telekomunikačním operátorem s celonárodní pevnou telefonní sítí. Jedinou možností pro ostatní operátory, kteří chtěli poskytovat maloobchodní vysokorychlostní služby, bylo uzavřít smlouvu s Telefónicou o poskytnutí služeb z předřazeného trhu.

Podle EK se Telefónica dopustila vylučovacího jednání na španělském trhu přístupu k vysokorychlostnímu internetu, které trvalo 5 let (od roku 2001 do roku 2006). Zneužití dominantního postavení mělo spočívat v tom, že marže mezi maloobchodními cenami Telefónicy a cenami pro vysokorychlostní přístup na národní i regionální úrovni účtované soutěžitelům na navazujícím trhu byly nedostatečné k tomu, aby pokryly náklady, které vznikly operátorovi, stejně efektivnímu jako Telefónica, na poskytování maloobchodního vysokorychlostního přístupu.

V rozhodnutí ve věci Telefónica použila EK k posouzení možné protisoutěžní povahy stlačení marží následující ekonomická kritéria: (i) posouzení efektivnosti soutěžitele na základě nákladů dominantního podniku na maloobchodním trhu, (ii) vhodný nákladový standard (LRAIC), (iii) provedení analýzy ziskovosti a (iv) úroveň agregace a (v) reprodukovatelnost maloobchodních cen (maloobchodní ceny Telefónicy musí být replikovatelné stejně efektivním soutěžitelem). Za vhodné nákladové měřítko pro provedení cenově nákladového testu považovala EK v případě Telefónica dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady (LRAIC). Jejich použití je v síťových odvětvích vhodné proto, že nákladová struktura těchto odvětví je význačná vysokými fixními náklady v porovnání s jinými odvětvími, které LRAIC reflektují.<sup>557</sup>

EK na základě provedení cenově - nákladového testu v případě Telefónica uvedla, že pokud příjmy spojené s aktivitou na maloobchodním trhu poklesnou pod LRAIC na tomto trhu, racionální podnik maximalizující zisk, alespoň tak efektivní jako Telefónica, nemůže mít ekonomický zájem na dlouhodobějším působení

<sup>555</sup> Rozhodnutí EK ve věci *Telefónica*, op. cit.

<sup>556</sup> Rozsudek Tribunálu ze dne 29. 3. 2012. Věc T-336/07. *Telefónica de España*, rozsudek Soudního dvora ze dne 10. 7. 2014. Věc C-295/12 P. *Telefónica*.

<sup>557</sup> EUADG, odst. 26.



na maloobchodním trhu.<sup>558</sup> Při posuzování stlačení marží EK dále zkoumala, zda by mohl dominantní podnik ziskově působit na maloobchodním trhu, i pokud by jeho maloobchodní divize musela platit cenu za vstupy z velkoobchodního trhu, které sám účtuje svým konkurentům.

Analýza ziskovosti<sup>559</sup> vedla k závěru, že se Telefónica dopustila vylučovacího jednání.<sup>560</sup> Služby na následném trhu totiž pro Telefónicu nebyly ziskové, zatímco její celkové aktivity generovaly zisk.<sup>561</sup>

V případě Telefónica (stejně jako např. v případě Deutsche Telecom), byl proveden test stlačení marží na základě agregovaného přístupu, tedy na základě mixu služeb nabízených dominantním podnikem na maloobchodní úrovni. Účelem bylo zjistit, zda stejně efektivní soutěžitel je alespoň schopen ziskově reprodukovat produktový vzor dominantního podniku. Tento přístup je pro posuzovaný dominantní podnik příznivý, jelikož mu umožňuje s maximální flexibilitou rozptýlit své náklady, které jsou společné všem jejím maloobchodním produktům. EK dospěla k závěru, že ceny maloobchodních produktů Telefónicy nebyly reprodukovatelné, a to ani na národní ani na mezinárodní úrovni.<sup>562</sup> Uvedené závěry EK potvrdily ve svých rozsudcích také Tribunál a Soudní dvůr.

Test stejně efektivního soutěžitele byl dále pro posuzování stlačování marží podrobněji rozveden v rozhodnutí Soudního dvora o předběžné otázce švédského soudu ve věci *TeliaSonera*<sup>563</sup>. Skutkově se zde jednalo o to, že společnost TeliaSonera, jako historický švédský operátor pevné telefonní sítě, dříve držitel výlučných práv, vlastnila účastnické vedení, jež spojuje jednotlivé domácnosti ve Švédsku s nejbližší místní telekomunikační ústřednou. Společnost TeliaSonera tak nabízela ostatním operátorům přístup k účastnickému vedení, tedy vstupní produkt pro ADSL spojení, jenž umožňoval operátorům poskytovat jejich služby širokopásmového připojení přímo koncovým uživatelům. Vedle toho TeliaSonera sama poskytovala služby širokopásmového připojení přímo koncovým uživatelům.

Soudní dvůr zde konstatoval, že klíčové pro zjištění protisoutěžní povahy je porovnání velkoobchodní a maloobchodní ceny sledovaného dominantního podniku.

<sup>558</sup> Rozhodnutí EK ve věci *Telefónica*, odst. 316 - 324.

<sup>559</sup> Viz výše oddíl 6. 3. 2.

<sup>560</sup> Rozhodnutí EK ve věci *Telefónica*.

<sup>561</sup> Tamtéž, odst. 691.

<sup>562</sup> Tamtéž, odst. 386 - 388.

<sup>563</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. 2. 2011. Věc T-52/09. *TeliaSonera*.

Podstatné je tedy zjistit, jaká je marže dominantního podniku na maloobchodním trhu, a zda by tato marže umožnila stejně efektivním soutěžitelům ziskově působit na maloobchodním trhu a konkurovat dominantnímu podniku. Protisoutěžní povaha stlačování marží by se v daném případě prokázala, jen pokud by byla marže (tj. maloobchodní cena za služby poskytované koncovým uživatelům minus velkoobchodní cena za vstupní produkty ADSL) záporná, neboť by neumožňovala stejně výkonnému soutěžiteli, jako je společnost TeliaSonera, účastnit se na soutěži o poskytování uvedených služeb koncovým uživatelům. V takovém případě by totiž soutěžitelé, přestože by byli stejně efektivní jako TeliaSonera, avšak z důvodu své menší finanční schopnosti nemohli odolávat soutěži, jež vůči nim byla uplatňována, mohli na maloobchodním trhu působit pouze se ztrátou nebo s uměle sníženou mírou ziskovosti.<sup>564</sup>

Soudní dvůr dále upozornil, že pokud by dominantní podnik nebyl schopen nabízet své maloobchodní služby jinak než se ztrátou, znamenalo by to, že soutěžitelé, kteří by na základě jeho jednání mohli být vyloučeni z trhu, nelze považovat za méně výkonné než podnik v dominantním postavení, a že tedy dochází k narušení hospodářské soutěže, jež může vést k vyloučení těchto soutěžitelů z trhu. Pokud by však výše marže zůstala kladná, bylo by třeba pro konstatování zneužití dominance prokázat, že stlačení marže z nějakých důvodů - např. snížení ziskovosti - může přinejmenším ztížit dotčeným operátorům výkon jejich činnosti na maloobchodním trhu.<sup>565</sup>

Soudní dvůr dále dodal, že pro věc není rozhodné zkoumat skutečnost, zda si případné ztráty může či nemůže dominantní podnik nahradit. Tuto skutečnost proto není povinen nijak prokazovat.<sup>566</sup> Tento názor koresponduje s přístupem k nutnosti nahrazení ztrát v oblasti predátorských cen, kde evropská judikatura taktéž dovodila, že pro prokázání zneužívající praktiky není nutné zjišťovat možnost nahrazení ztrát z období provádění predátorské strategie dominantním podnikem.

Lze tedy shrnout, že EK i evropské soudy prozatím upřednostňují pro účely posouzení protisoutěžní povahy stlačování marží test stejně efektivního soutěžitele, a to zejména kvůli právní jistotě dominantního podniku. Dominantní podnik

<sup>564</sup> Viz Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. 2. 2011. Věc T-52/09. *TeliaSonera*, odst. 32, 40.

<sup>565</sup> Tamtéž, odst. 73 - 74.

<sup>566</sup> Tamtéž, odst. 101 - 102.

si totiž je sám schopen posoudit, jaké jeho jednání bude shledáno protizákonným, protože sám zná své ceny a náklady.<sup>567</sup> Ve prospěch tohoto testu svědčí také idea, že soutěžní právo nemá chránit méně efektivní soutěžitele před vyloučením z trhu. Ochrana pouze stejně efektivních soutěžitelů, jako je sám dominantní podnik, může být však dosti diskutabilní. V některých případech je totiž těžko představitelné, že by na trhu působili soutěžitelé, jež by mohli mít stejně nízké náklady jako dominant, který požívá značné výhody úspor z rozsahu či sortimentu, historické výhody a podobně. Na druhou stranu mohou existovat i trhy, kde je opravdu efektivní, aby určité zboží či službu poskytovaly pouze monopolní podniky, neboť není účelné ani efektivní, aby na trhu začali působit i menší soutěžitelé.

### 6.6.2 Praxe USA

Z dosavadní rozhodovací praxe USA vyplývá, že stlačení marží samo o sobě nezakládá odpovědnost za porušení antitrustového práva. Tuto praktiku ani DOJ neuvádí v USSFC jako možnou formu protisoutěžní monopolizace. Nejvyšší soud USA v rozhodnutí ve věci *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine (linkLine)*<sup>568</sup> z roku 2009 uvedl, že stlačení marží nepředstavuje porušení Shermanova zákona, pokud sledovaný podnik nemá povinnost jednat se soutěžiteli na následném trhu. Vysoké velkoobchodní ceny by nebyly za protisoutěžní považovány ani v případě, že by ani dominantní podnik nemohl být na maloobchodním trhu ziskový, kdyby kupoval vstupy za tak vysoké ceny, jaké sám účtoval podnikům na podřazeném trhu.<sup>569</sup>

V současnosti je v praxi USA uznáváno, že není třeba, aby stlačení marží existovalo jako samostatná doktrína, protože protisoutěžní efekty této praktiky mohou být vyloučeny v rámci jiných zakázaných monopolních praktik, konkrétně pomocí odmítnutí dodávek a predátorských cen. Pokud by tedy obě ceny - velkoobchodní a maloobchodní - byly v souladu s právem na sobě nezávislé, není zde podle Nejvyššího soudu USA žádný důvod pro vznik odpovědnosti za porušení antitrustového práva; nestačí důvod, že je velkoobchodní cena vertikálně integrovaného podniku vyšší nebo rovna jeho maloobchodní ceně.<sup>570</sup>

<sup>567</sup> Tamtéž, odst. 43 - 44.

<sup>568</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ze dne 25. 2. 2009. *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine*. Věc 555 U.S. (2009).

<sup>569</sup> United States. In *OECD Policy Roundtables: Margin squeeze* [online]. 2010 [cit. 2011-04-10]. Dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/30/17/46048803.pdf>>. s. 242-252.

<sup>570</sup> HEIMLER, A. Is a margin squeeze an antitrust or a regulatory violation? *Journal of Competition Law & Economics*. 2010, no. 6, s. 879-888.

## 6.7 Výhradní odběr

Praktika spočívající ve výhradním odběru zboží od dominantního podniku spadá pod širší okruh jednání nazývaný jako „výhradní dohody“. Prostřednictvím výhradních dohod dominantní podnik brání svým konkurentům na témže trhu prodávat své výrobky a snaží se určitými prostředky získat věrnost zákazníků pro sebe. V důsledku toho může dojít k protisoutěžnímu uzavření trhu, pokud se dominantnímu podniku podaří připoutat k sobě i potenciální zákazníky svých konkurentů. Toto jednání může dominantní podnik realizovat buď prostřednictvím výhradního odběru, nebo nabízením rabatů, které budou rozebřány níže v rámci samostatné kapitoly.<sup>571</sup>

Praktika spočívající v povinnosti výhradního odběru představuje situaci, kdy se dominantní podnik dohodne se svými zákazníky, že budou na konkrétním trhu nakupovat výhradně nebo ve velkém rozsahu pouze u dominantního podniku. Zákazník má zájem přistoupit na dohodu o výhradním odběru za předpokladu, že je odškodněn za snížení soutěže z důvodu exkluzivity. Tyto dohody mohou být shledány jako protisoutěžní v případě, kdy je pravděpodobné, že nepřinesou prospěch spotřebitelům jako celku.<sup>572</sup> Vedle porušení čl. 102 SFEU mohou dohody o výhradním odběru naplnit také znaky zakázané dohody ve smyslu čl. 101 SFEU ve formě tzv. vertikální dohody.

Porušení čl. 102 SFEU může nastat, pokud povinnosti zákazníků spočívající ve výhradním odběru od dominantního podniku brání vstupu nebo rozšíření činnosti konkurentů. EK uvádí následující faktory, jejichž existence nasvědčuje protisoutěžnímu uzavření trhu:

1. při absenci výhradního odběru by konkurenti, kteří v době sjednání povinnosti nejsou na trhu přítomni nebo nemohou soutěžit o celou poptávku jednotlivého zákazníka, vyvíjeli konkurenční tlak;
2. povinnost výhradního odběru trvá dlouhodobě;
3. pokud je dominantní podnik nepostradatelným obchodním partnerem pro všechny zákazníky nebo jejich většinu, postačí k riziku uzavření trhu i krátkodobé trvání povinnosti výhradního odběru,
4. změna dodavatele je ztížena dobou trvání povinnosti výhradního odběru.<sup>573</sup>

<sup>571</sup> EUADG, odst. 32.

<sup>572</sup> Tamtéž, odst. 36.

<sup>573</sup> EUADG, bod 36.

Protisoutěžní účinek výhradních odběrů závisí také na velikost tržní síly dodavatele (dominantního podniku) a významu zákazníků (distributorů) ve vztahu k dalším prodejním kanálům. To se projevilo rozhodnutí ve věci *Unilever*<sup>574</sup> z roku 2006 v EU týkajícím se irského trhu zmrzliny. Skutkově se zde jednalo o to, že společnost, jež byla hlavním výrobcem zmrzlinářských výrobků v Irsku (zejména zmrzlin určených k okamžité spotřebě balených po jednom kuse) poskytovala svým odběratelům zadarmo nebo za nízké nájemné mrazící pulty, ovšem za předpokladu, že budou užívány výhradně k uchovávání jejích zmrzlin. Toto jednání bylo posouzeno jednak jako zakázaná vertikální dohoda ve smyslu čl. 101 SFEU a také jako zneužití dominantního postavení. Sledovaná společnost totiž měla podíl na trhu 80% a okolo 40% jejím odběratelům byla v důsledku plnění výhradní dohody znemožněna spolupráce s konkurenty dominantního podniku.

### 6.7.1 Praxe USA

DOJ v USSFC popisuje praktiku výhradního odběru (resp. výhradního jednání *exclusive dealing*) jako dohodu, ve které se jedna společnost zaváže obchodně jednat výhradně s druhou společností nebo od ní odebírat velký podíl své poptávky. Tato praktika může porušit část 1 i 2 Shermanova zákona, může tedy obdobně jako v evropské praxi představovat dohodu narušující soutěž i protizákonnou monopolizaci.

Významným případem týkajícím se výhradního jednání je rozsudek odvolacího soudu ve věci *Microsoft*<sup>575</sup>, která uzavřela několik výhradních dohod s výrobcí originálního vybavení, poskytovateli internetového připojení, prodejci nezávislého software a společností Apple. Podle soudu tyto dohody porušovaly část 2 Shermanova zákona proto, že blokovaly konkurenty Microsoftu v distribuci, která byla nákladově efektivní. Soud uvedl, že pro prokázání porušení soutěžního práva je třeba jednak posoudit, zda výhradní dohoda pravděpodobně přispěje k udržování monopolní síly, a dále zda konkurenti dominantního podniku mající zájem používat postižené distribuční kanály představují riziko ohrožení monopolní pozice společnosti Microsoft.

<sup>574</sup> Usnesení Soudního dvora ze dne 28. 9. 2006. Věc C-552/03. *Unilever Bestfoods*.

<sup>575</sup> Rozsudek United States Court of Appeals for the District of Columbia. Věc *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 64 (D.C. Cir. 2001)

V rozhodnutí ve věci *Dentsply*<sup>576</sup> z roku 2005 se za porušení části 2 Shermanova zákona prohlásilo jednání společnosti vyrábějící umělé zuby, která odmítla dodávat těm distributorům, kteří používali umělé zuby od jiných výrobců. Toto jednání totiž vedlo k udržování monopolní moci společnosti Dentsply. I když zde ve skutečnosti nebyly uzavřeny žádné dlouhodobé dohody mezi výrobcem a jeho distributory, velký tržní podíl společnosti Dentsply (okolo 80%) a jeho jednání vylučující ostatní výrobce zde ve skutečnosti působilo tak, že dohody byly stejně účinné jako případné písemné dlouhodobé dohody. Protiprávnost výhradních dohod proto nezávisí vždy na jejich dlouhodobosti, byť protisoutěžní účinek krátkodobých dohod je většinou méně pravděpodobný.

Protisoutěžní účinek výhradních dohod závisí také na velikosti podílu zákazníků či distributorů, se kterými v důsledku dohody nemohou konkurenti monopolního podniku obchodovat. V praxi byla definována domněnka, že pokud dohoda uzavírá méně než 30 % zákazníků nebo distributorů, není protizákonná. Na druhou stranu, ani pokud se jedná o větší podíl, nelze považovat dohodu automaticky za zakázanou.<sup>577</sup>

## 6.8 Věrnostní rabaty

Věrnostní rabaty představují slevu či rabat poskytnutý zákazníkům za jejich určité dřívější nákupní jednání. Kupující jsou tak odměněni za to, že zůstávají ve svých koupích věrni svému dodavateli. Zákazníkovi může být přiznána sleva (rabat), např. pokud jeho nákupy za určité období překročí stanovenou prahovou hodnotu a rabat je pak poskytnut na všechny nákupy (retroaktivní rabaty) nebo pouze na nákupy překračující stanovené množství (přírůstkové rabaty). Rabaty jsou na jednu stranu běžnou praktikou obchodníků (tedy i podniků s dominantním postavením), jejímž cílem je přilákat více zákazníků a přinášet jim prospěch v podobě nižších cen. Na druhou stranu však nabízení věrnostních rabatů může vést k uzavření trhu, které je pravděpodobné tehdy, pokud nejsou konkurenti

<sup>576</sup> Rozsudek United States Court of Appeals, Third Circuit. Věc *United States v Dentsply International, Inc.* 399 F 3d 181 (3d Cir. 2005).

<sup>577</sup> USSFC, s. 141.

dominantního podniku schopni za stejných podmínek soutěžit o celou poptávku jednotlivého zákazníka. Na rozdíl od predátorského jednání nemusí protisoutěžní nabízení věrnostních rabatů pro dominantní podnik nutně znamenat obět'.<sup>578</sup>

### 6.8.1 Test stanovený v EUADG

EK v EUADG posuzuje protisoutěžní povahu věrnostních rabatů pomocí testu stejně efektivního soutěžitele, na základě kterého prověřuje, zda může systém rabatů zamezit rozšíření nebo vstupu stejně efektivních soutěžitelů tím, že jim ztěžuje uspokojení části požadavků jednotlivých zákazníků. Konkrétně EK doporučuje pro zjištění možné protisoutěžní povahy rabatů zkoumat náklady dominanta ve srovnání s jeho cenou, kterou nabízí po odečtení rabatu. Jedná se o tzv. efektivní cenu, tedy cenu, kterou by konkurent musel nabídnout, aby odškodnil zákazníka za ztrátu rabatů nabízených dominantním podnikem, pokud by měl zákazník část své poptávky přenést ke konkurentovi. Efektivní cena tedy představuje rozdíl mezi cenou dominanta před poskytnutím rabatu a slevou poskytnutou dominantním podnikem ve formě rabatu. Efektivní cena se vypočítává pro „příslušné rozpětí“, tedy pro takové množství poptávky, které by byl zákazník ochoten přesunout od dominantního podniku ke konkurentovi.

Výpočet efektivní ceny závisí jednak na konkrétních okolnostech případu a také na tom, zda se jedná o přírůstkové či retroaktivní věrnostní rabaty. V případě přírůstkových rabatů se za příslušné rozpětí považují obvykle posuzované přírůstkové náklady. U retroaktivních rabatů je podstatné posoudit, s jakou částí své poptávky mohou zákazníci reálně přejít od dominantního podniku k jeho konkurenci. Jedná se o tzv. „kontestabilní“ (spornou) část poptávky. Na druhou stranu „nekontestabilní“ podíl představuje množství poptávky, které bude bez ohledu na další skutečnosti vždy nabízeno dominantním podnikem.

Skutečnost, že část poptávky je kontestabilní a část nekontestabilní může být dána např. tím, že produkce dominantního podniku patří k povinným zásobám a zákazníci ji tak musejí odebírat bez ohledu na svůj zájem, případně tím, že kapacitní omezení ostatních soutěžitelů jsou taková, že část poptávky může uspokojit pouze dominantní soutěžitel. Dominantní podnik může těžit ze svého nekontestabilního podílu poptávky, který může využít jako pákový efekt pro snížení ceny

<sup>578</sup> EUADG, odst. 37-45.

kontestabilní části poptávky. Pokud je pravděpodobné, že zákazníci jsou schopni a ochotni poměrně rychle přejít k potenciálnímu konkurentovi, bude kontestabilní část poptávky, tj. „příslušné rozpětí“, poměrně velké.<sup>579</sup>

Jako vhodné nákladové měřítko se doporučují buďto dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady (LRAIC), nebo průměrné přírůstkové náklady (AAC), které jsou oproti LRAIC nižší o fixní náklady vynaložené v minulosti. Pokud by se cena snížená o rabat pohybovala pod úrovní AAC, je zde velká pravděpodobnost, že v důsledku rabatu bude poškozena soutěž na relevantním trhu. Pokud se bude efektivní cena pohybovat v rozmezí nad AAC a pod LRAIC, neměly by být rabaty automaticky odsouzeny jako protisoutěžní, ale měly by se zkoumat další aspekty jednání dominantního podniku a podmínky na trhu, které by mohly napovědět, jestli mohou nabízené rabaty vést k uzavření trhu.

Zejména je důležité posoudit, jestli mají ostatní soutěžitelé k dispozici nějaké „protistrategie“, díky kterým by dominantnímu podniku a jeho rabatovému schématu mohli konkurovat. Takovým protiopatřením bude zejména možnost využít část nekontestabilní poptávky po svém zboží (mají-li nějakou) ke snížení ceny pro příslušné rozpětí. Dále může mít význam posouzení, jestli se rabatový systém uplatňuje s individualizovanou prahovou hodnotou (tj. přizpůsobenou konkrétním zákazníkům), nebo s prahovou hodnotou standardizovanou (tj. stanovenou na stejné úrovni pro všechny zákazníky). Negativní důsledky se předpokládají spíše u individualizované prahové hodnoty, neboť ta odráží konkrétní potřeby zákazníků a maximálně tak zvyšuje věrnost zákazníků. V případě standardizované prahové hodnoty bude účinek rabatu záležet na tom, pro kolik zákazníků bude tato hodnota optimální.<sup>580</sup>

Nastíněná pravidla lze vysvětlit na následujícím příkladu. Společnost x poptává 100 kusů produktů, které dodává dominantní podnik. Katalogová cena, tj. cena před slevou, dominantního podniku je 8 Kč a cena po slevě představuje 6 Kč. Nekontestabilní část poptávky po produktech, tedy taková část, kterou společnost x odebere za všech okolností od dominantního podniku, je 60%. Zbývajících 40 % poptávky tedy může být uspokojeno konkurentem dominantního podniku, např. společností y. Otázkou pak je, jakou cenu by musela společnost y nabízet, aby společnost x vynahradila ztrátu rabatu a byla tak schopná konkurovat

<sup>579</sup> EUADG, odst. 37-45.

<sup>580</sup> EUADG, odst. 41-44.



dominantnímu podniku. Je tedy třeba vypočítat efektivní cenu a zjistit, zda by ji mohla společnost y, pokud by byla stejně efektivní jako sám dominantní podnik, nabízet.<sup>581</sup>

Aby mohla společnost y konkurovat dominantnímu podniku, musela by nabízet cenu 3 Kč. Je však dále otázkou, jestli je taková cena schopna pokrýt náklady, které má sám dominantní podnik (a tedy i stejně efektivní soutěžitel). Dejme tomu, že v tomto případě průměrné vyhnutelné náklady (AAC) dominantního podniku jsou 2 Kč a dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady (LRAIC) představují 4 Kč. Vzhledem k tomu, že cena je vyšší než AAC, nelze rabaty automaticky prohlásit za protisoutěžní. Jelikož však cena nedosahuje úrovně LRAIC, bude třeba dále posuzovat, zda existují další skutečnosti nasvědčující o uzavření trhu stejně efektivním soutěžitelům. Těmito skutečnostmi zejména bude nemožnost obrany ostatních soutěžitelů proti praktice dominantního podniku. V této situaci by pak bylo třeba učinit závěr, že stejně efektivní soutěžitelé budou vyloučeni z relevantního trhu a nabízení rabatů je v rozporu s čl. 102 SFEU.

### 6.8.2 Vývoj posuzování věrnostních rabatů v evropské rozhodovací praxi

V předchozí rozhodovací praxi se pro konstatování zneužití dominantního postavení v této souvislosti používalo pravidlo *per se*.<sup>582</sup> Například z rozhodnutí Soudního dvora ve věci *Hoffmann-La Roche*<sup>583</sup> vyplynulo, že pokud dominantní podnik zavazuje nakupující určitými povinnostmi nebo slibů s cílem získat veškerou jejich poptávku, zneužívá tím své dominantní postavení. Totéž mělo platit, pokud dominantní podnik nabízí kupujícím systém věrnostních rabatů, v rámci kterého je poskytnuta sleva těm kupujícím, kteří splní určité požadavky stanovené dominantním podnikem.<sup>584</sup>

Soudní dvůr dokonce dospěl v jiném případě k tomu, že takové jednání je protisoutěžní i v případě, kdy věrnostní rabaty vznikly na žádost zákazníka.<sup>585</sup> Tento

<sup>581</sup> Efektivní cenu můžeme vypočítat následujícím postupem:

Efektivní cena = [cena po slevě - (cena před slevou x nekontestabilní podíl poptávky)] / kontestabilní podíl poptávky

Tj. efektivní cena = [6 - (8 x 0,6)] / 0,4 = 3

<sup>582</sup> Tamtéž.

<sup>583</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 2. 1979, Věc C-85/76. *Hoffmann-La Roche*.

<sup>584</sup> Cit. podle ROTH, P.; ROSE, V. *Bellamy & Child European community law of competition*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. 1679 s. ISBN 978-0-19-928651-5, s. 973.

<sup>585</sup> Cit. podle ROTH; ROSE, 2008, op. cit., s. 973, rozsudek Soudního dvora ze dne 27. 4. 1994. Věc C-393/92. *Almelo*.

závěr byl potvrzen také například rozsudku ve věci *Michelin I*.<sup>586</sup>, ve kterém dominantní společnost nabízela svým odběratelům bonusy, pokud jejich roční nákupy dosáhly vyšší úrovně než nákupy za předchozí rok. Tato cenová politika byla shledána v rozporu s čl. 82 Smlouvy o ES, protože jejím jediným důvodem bylo získání věrnosti odběratelů.<sup>587</sup>

Stěžejní v této oblasti je rozsudek ve věci *Michelin II*<sup>588</sup> týkající se množstevních a věrnostních rabatů. Soud prvního stupně (Tribunál) v něm přinesl velkou změnu do posuzování rabatů, přestože formalistický přístup využívající pravidlo *per se* zůstal zachován. Jako hlavní závěr v tomto rozhodnutí soud uvedl, že rabaty nabízené monopolním podnikem jsou v rozporu s čl. 82 Smlouvy o ES, pokud nejsou ekonomicky ospravedlněny (např. velkými úsporami z rozsahu, které by byly přeneseny na spotřebitele). Soud přitom nerozlišoval, o jaký typ rabatů by se mělo jednat, důležité pouze bylo, aby rabaty navodily pocit věrnosti kupujících k dominantnímu podniku. Tento závěr v podstatě znamenal konec rozdělení rabatů na povolené množstevní a zakázané věrnostní rabaty. Skutečné protisoutěžní dopady na trh a přístup orientovaný na efekt jednání se zde však nezkoumaly. Věrnostními rabaty se dále Soudní dvůr zabýval v poměrně nedávném rozsudku ve věci *Tomra*<sup>589</sup>. EK ve svém rozhodnutí<sup>590</sup> z roku 2006 dospěla k závěru, že společnost Tomra zneužila své dominantní postavení tím, že zavedla vylučovací strategii na německém, rakouském, nizozemském, norském a švédském trhu automatických přístrojů pro výkup nápojových obalů, a to prostřednictvím výhradních dohod, individualizovaných množstevních slev a režimů individualizovaných retroaktivních slev (věrnostních rabatů). Věc se dostala až k Soudnímu dvoru, který v souvislosti s posouzením věrnostních rabatů uvedl, že pro konstatování porušení čl. 102 SFEU postačí prokázat, že zneužívající jednání podniku v dominantním postavení směřuje k omezení hospodářské soutěže.

Podle Soudního dvora podnik zneužívá své dominantní postavení, pokud „*uplatňuje, aniž by svým zákazníkům stanovoval formální povinnost - at' již na základě dohod uzavřených*

<sup>586</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 9. 11. 1983. Věc 322/81. *Michelin*.

<sup>587</sup> Cit. podle GERADIN, D.; PETIT, N. Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a caseby. *The Global Competition Law Centre Working Papers Series* [online]. 2005, no. 7 [cit. 20. 5. 2013]. Dostupné z: [https://www.coleurope.eu/system/files\\_force/research-paper/gclc\\_wp\\_07-05.pdf?download=1](https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/gclc_wp_07-05.pdf?download=1)

<sup>588</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 30. 9. 2003. Věc T-203/01. *Michelin II*.

<sup>589</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. 4. 2012. Věc C-549/10 P. *Tomra Systems*.

<sup>590</sup> Rozhodnutí EK ze dne 29. 3. 2006, věc COMP/E-1/38-113, *Prokent-Tomra*.

s těmito zákazníky, nebo jednostranně - režim věrnostních slev, tzn. slev vázaných na podmínku, že zákazník, nezávisle na objemu nákupu, jenž může být značný nebo minimální, pokrývá své potřeby výlučně nebo z významné části u podniku v dominantním postavení<sup>591</sup>. Tento závěr ostatně vyplývá z rozsudku *Hoffman-La Roche*.<sup>591</sup>

Pro posouzení protisoutěžní povahy věrnostních slev je tak podle Soudního dvora rozhodné, zda tato praktika může bránit tomu, aby se zákazníci dominantního podniku zásobovali u konkurenčních výrobců. Soud nepřisvědčil názoru stěžovatelů, že je pro kvalifikování protisoutěžní povahy věrnostních slev nutno prokázat účtování „záporných“ cen, tedy porovnat náklady a ceny dominantního podniku.<sup>592</sup> V případě *Tomra* tedy, ač Soudní dvůr uvedl, že protisoutěžní praktiku je třeba zkoumat v celkovém ekonomickém kontextu, nebyl test stejně efektivního soutěžitele uplatněn, naopak byl potvrzen zákaz věrnostních rabatů *per se*. Takový postup lze označit za zcela v rozporu s principem více ekonomického přístupu k soutěžnímu právu, resp. obecně s cílem ochrany hospodářské soutěže, jímž má v konečném důsledku být vždy spotřebitelský blahobyt. Tímto postupem se můžeme dostat do situace, kdy budeme postihovat ekonomicky racionální a efektivní jednání dominantního podniku a chránit v podstatě neefektivní soutěžitele s vyššími ACC než dominantní podnik.

Prvním případem v oblasti zneužití dominantního postavení prostřednictvím rabatů, ve kterém EK použila ekonomický přístup a aplikovala test stejně efektivního soutěžitele, je rozhodnutí ve věci *Intel*<sup>593</sup> z roku 2009. Ačkoliv bylo řízení v této věci zahájeno ještě před vydáním EUADG, EK již do svého rozhodnutí zahrнула vedle právního posouzení také rozsáhlou ekonomickou analýzu založenou na testu stejně efektivního soutěžitele.

EK tehdy rozhodla, že společnost Intel zneužila své dominantní postavení tím, že nabízela výrobcům počítačů skryté rabaty, díky kterým tito výrobci nakupovali téměř všechny součástky - čipy x86 CPU - od Intelu. Intel poskytl výrobcům počítačů přímou platbu za to, že ukončí nebo odloží nabízení produktů prodávaných jeho konkurenty a obsahujících čipy x86 CPU. EK ve svém rozhodnutí uzavřela, že rabatový systém včetně přímých plateb od Intelu jeho odběratelům měl dopad

<sup>591</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 2. 1979. Věc C-85/76. *Hoffmann-La Roche*.

<sup>592</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. 4. 2012. Věc C-549/10 P. *Tomra Systems*, odst. 70 až 74.

<sup>593</sup> Rozhodnutí EK ze dne 13. 5. 2009, věc COMP/37.990, *Intel*.

na věrnost klíčových výrobců. Toto jednání Intelu omezilo schopnost jeho konkurentů účastnit se soutěže na trhu čipů x86 CPU. V důsledku toho se snížila možnost výběru pro spotřebitele a investiční ochota ostatních soutěžitelů.

V tomto případě bylo též třeba zohlednit, že Intel vyrábí klíčovou technologii pro počítače, a je tedy dominantním podnikem na trhu důležitého segmentu počítačových technologií. Jeho jednání ovlivnilo velké množství spotřebitelů na celém světě, a proto se tento případ dostal jak před EK, tak před americkou FTC. EK v rámci svého ekonomického posouzení zjišťovala, jakou cenu by museli stejně efektivní soutěžitelé jako Intel nabízet, aby nahradili výrobcům počítačů ztrátu rabatu poskytovaného společností Intel. Pro EK byla rozhodující zjištění následujících okolností:

1. velikost kontestabilního podílu poptávky zákazníků,
2. relevantní časové období (tj. období, ve kterém se zákazníci rozhodnou, zda změni svého dodavatele) - EK ho určila jako období nejvýše jednoho roku, neboť průmyslové praktiky související s nyní zkoumaným produktem, tedy smlouvy a rabaty jsou většinou maximálně na období jednoho roku, častěji jsou kratší,
3. relevantní měřítko životaschopných nákladů, kterým byly průměrné přírůstkové (vyhnutelné) náklady (AAC) jako porovnávací měřítko pro posouzení vylučovacího efektu rabatových schémat Intelu.<sup>594</sup>

EK poměřovala efektivní cenu (tedy cenu po odečtení rabatu) s průměrnými vyhnutelnými náklady (AAC) vynaloženými Intelem. Výsledkem analýzy bylo, že stejně výkonní soutěžitelé jako Intel nebyli schopni konkurovat jeho ceně po slevách, protože takto nízké ceny by nepokrývaly ani AAC samotného Intelu. Nabízený rabat totiž umožňoval Intelu používat „nekontestabilní“ podíl poptávky každého zákazníka jako „vyvažovací páku“ pro snížení ceny „kontestabilní“ část poptávky. Závěry tohoto rozhodnutí EK v otázce existence protisoutěžního jednání společnosti Intel potvrdil ve svém nedávném rozsudku také Tribunal.<sup>595</sup> Ten ovšem své posouzení založil pouze na právní analýze, a nikoliv na ekonomickém posouzení a zkoumání protisoutěžního uzavření trhu stejně efektivním soutěžitelům. Ač tedy rozhodnutí Tribunalu bývalo mohlo být přelomovým rozsudkem, který by

<sup>594</sup> Viz tamtéž.

<sup>595</sup> Rozsudek Tribunalu ze dne 12. 6. 2014. Věc T 286/09. *Intel* (dále jen „rozsudek Tribunalu ve věci *Intel*“).

potvrdil použití ekonomické analýzy a zejména testu stejně efektivního soutěžitele pro posuzování zneužití dominantního postavení ve formě věrnostních rabatů, Tribunál vyšel (ke zklamání mnohých) z ustálené judikatury a poukázal na nadbytečnost ekonomických úvah. Ve svém rozsudku připomněl rozhodnutí ve věci *Hoffman La Roche*, podle kterého jsou v případě absence objektivního ospravedlnění věrnostní rabaty považovány za zakázané *per se*. Stejně tak odkázal na rozsudek Soudního dvora ve věci *Tomra*, podle něhož postačuje jako důkaz protisoutěžní povahy rabatů existence věrnostního mechanismu. Není tedy nutné se zabývat protisoutěžním dopadem rabatů - použití testu stejně efektivního soutěžitele je vlastně irelevantní. Tribunál poukázal také na skutečnost, že na danou věc se nemohly použít EUADG, neboť byly přijaty až po zahájení řízení EK ve věci Intel a není tak namístě podle nich postupovat.<sup>596</sup>

Rozhodnutí Tribunálu ve věci Intel tak opět (po rozhodnutí Soudního dvora ve věci Tomra) potlačuje více ekonomický přístup k posuzování protisoutěžní praktiky exkluzivních rabatů a zneužití dominantního postavení vůbec. Lze jen vyčkat, zda se v budoucích rozsudcích tento *per se* přístup udrží či jestli bude překonán s využitím postupů podle EUADG.

### 6.8.3 Praxe USA

Přístup USA k praktikám spočívajícím v nabízení věrnostních rabatů je oproti evropské praxi značně odlišný, protože zatímco EK a evropské soudy ji považují za protisoutěžní (dříve dokonce *per se*), v praxi USA se naopak chápou primárně jako prosoutěžní a efektivní (např. pokud výrobce diferencuje ceny z důvodu soutěžního boje o specifické zákazníky, nebo se díky ní snaží podpořit určitého distributora či výrobek zejména při prvotním zavádění nových výrobků, prodejních strategií či propagaci nové značky). V USSFC je uvedeno, že věrnostní rabaty budou shledány jako protisoutěžní tehdy, pokud bude výsledná cena všech prodávaných jednotek nižší než určité vhodné měřítko nákladů, a pokud je zde pravděpodobnost, že si dominantní podnik nahradí své ztráty (*recoupment*).

<sup>596</sup> Viz rozsudek Tribunálu ve věci *Intel*, odst. 140-166. Více ke komentáři tohoto rozsudku ve vztahu k více ekonomickému přístupu viz např. WILS, W. P. J. The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance. *World Competition: Law and Economics Review* [online]. 2014, vol. 37, no. 4. [cit. 15. 10. 2014]. Dostupný z: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2498407](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407).

Je otázkou proč tento argument Tribunál vůbec vznesl, neboť EUADG by pro něj vůbec neměly být jakkoliv relevantní, protože nejsou právním aktem, kterým je Tribunál vázán.

V některých případech však lze prokázat protisoutěžní povahu této praktiky i tehdy, pokud je cena nad úrovní tohoto nákladového měřítka. V USSFC se nabízejí dva možné přístupy k posouzení protisoutěžní povahy věrnostních slev. Jednak jde o obecnou „predátorskou analýzu“, podle které jsou podmíněné slevy prosoutěžní v případě, kdy cena za výrobek po odečtení všech slev převyšuje MC nebo AVC (uplatní se tedy Areeda-Turner test používaný k posouzení predátorského jednání). Podle některých odborníků však tato analýza nezohledňuje skutečnost, zda v důsledku této praktiky dochází k uzavření relevantního trhu. Na druhou stranu je však tato možnost výhodná v poměrně jednoduché aplikovatelnosti a také zajišťuje právní jistotu dominantního podniku, který zná své náklady a může si tak sám vyhodnotit případný protisoutěžní charakter nabízených slev. Výhodou také je, že neodrazuje od prosoutěžního nabízení nízkých cen. Z těchto důvodů je tato varianta posouzení věrnostních slev více preferovaná.

Druhou navrhovanou možností, která je ale spíše okrajová, je analýza uzavření trhu. Jde v podstatě o obdobu přístupu popsaného v EUADG. Podle této analýzy mohou být věrnostní rabaty protisoutěžní tehdy, pokud jsou spotřebitelé nuceni nakupovat určité procento jejich poptávky od dominantního podniku (nekontestabilní část poptávky) a dominantní přitom strukturuje své slevy takovým způsobem, aby zákazníkům přiměl ke koupi celé nebo téměř celé poptávky nad rámec tohoto nekontestabilního procenta. Vždy však nemusí být jasné, jak velký podíl poptávky by měl být považován za nekontestabilní. Jako možnost USSFC uvádí, že si lze vypočítat, jaké procento výrobků nabízí dominantní podnik s „negativní“ cenou (tedy cenou nižší než vhodný nákladový standard, tj. výrobky za které platí zákazník celkově méně, pokud jeho nákupy zahrnují dodatečné množství výrobků k tomu, aby dosáhl slevy), a dále to, s jakou nabídkou by musel přijít nový soutěžitel, aby si za nabízené ceny pokryl své náklady. V případě volby této druhé analýzy věrnostních slev by bylo třeba prokázat, že nabízené slevy uzavřely podstatnou část trhu a poškodily tak hospodářskou soutěž.<sup>597</sup>

Vzhledem k tomu, že obecný přístup k nabízení věrnostních slev v USA a EU je odlišný, existuje také několik případů, které byly v EU a USA rozhodnuty rozdílně. Jedná se např. o případ společnosti *British Airways*<sup>598</sup>, ve kterém Soudní dvůr EU potvrdil, že věrnostní rabaty nabízené touto společností porušily soutěžní

<sup>597</sup> USSFC.

<sup>598</sup> Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 15. 3. 2007, Věc C-95/04. *British Airways*.

právo, neboť jejich předmětem i efektem bylo odměnit zákazníky za jejich věrnost. Jednalo se tak o formální přístup k této praktice. Naproti tomu americký odvolací soud shledal ceny společnosti British Airways prosoutěžní z důvodu, že odměnění zákazníků za jejich loajalitu podporuje soutěž jako takovou.<sup>599</sup>

Stejně jako v Evropě, i v USA byl v souvislosti s nabízením věrnostních rabatů taktéž řešen případ Intel.<sup>600</sup> Řízení v USA skončilo, na rozdíl od řízení vedeného EK, narovnáním, v rámci kterého přijala společnost Intel závazek přestat nabízet podmíněné slevy výrobcům počítačů výměnou za jejich loajalitu a neznevýhodňovat ty výrobce, kteří by obchodovali s produktem CPU nevyrobeným Intelem. FTC však ve svém rozhodnutí přímo nemluví o rabatech jako typu protisoutěžní praktiky, ale nazývá jednání Intelu neférovou soutěžní praktikou, která je zakázána částí 5 zákona o FTC. Neférové jednání Intelu podle FTC vedlo ke zpomalení vývoje na relevantním trhu a k uzavření tohoto trhu.

## 6.9 Vázaný a spojený prodej - „vázání“ a „balíčkování“

Praktika „vázání“ spočívá v tom, že zákazníci, kteří kupují jeden výrobek (výrobek A - vázající výrobek), jsou nuceni od dominantního podniku koupit také jiný výrobek (výrobek B - „vázaný“). Produkt B je přitom možné koupit i samostatně. Jako příklad lze uvést například operační systém a přehrávač či šampon a kondicionér. Vázaný prodej se může uskutečnit buď na technickém (vázající výrobek funguje pouze s vázaným výrobkem) nebo smluvním základě (zákazník se zaváže koupit vázající výrobek pouze dohromady s vázaným produktem).<sup>601</sup> Praktika spojeného prodeje „balíčkování“ znamená, že je produkt A a produkt B prodáván společně, přičemž cena za balíček je výhodnější, než součet individuálních cen produktů A a B.

Balíčkování lze rozdělit na dva typy. Prvním je tzv. čisté balíčkování (tj. „spojený prodej“), kdy jsou výrobky A a B prodávány společně v pevně stanoveném poměru a nelze je koupit samostatně. Jedná se většinou o komplementární produkty, tedy

<sup>599</sup> Cit. podle ZENGER, H. Loyalty Rebates and the Competitive process. *Journal of Competition Law and Economics* [online]. 2012, vol. 8, no. 4, s. 717-768 [cit. 23. 11. 2012]. Dostupné z: <http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhs023>

<sup>600</sup> Rozhodnutí FTC No. 9341 - Intel.

<sup>601</sup> Tato praktika je v podstatě vyjádřena v čl. 102 písm. d), podle kterého může zneužití dominantního postavení spočívat v *podmiňování kontraktace tím, že druhá strana přijme další plnění, která ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisí.*

např. o automobil a pneumatiky. Druhým typem je „smíšené balíčkování“ („rabat za více výrobků“), které spočívá v tom, že výrobek A i výrobek B je sice možno koupit samostatně, nicméně nižší ceny získá zákazník tehdy, pokud je koupí v balíčku.<sup>602</sup> Příkladem je např. mobilní telefon a smlouva s operátorem.

Prodávání produktů v balíčku, případně jejich vázání je běžnou praktikou mnoha společností, která často vede k větším úsporám na straně podniků i zákazníků, zajištění kvality či uspoření transakčních nákladů zákazníků. Na druhé straně tato praktika může mít i protisoutěžní efekt. Ten se může projevit buď tak, že podnik s dominantní pozicí na jednom z trhů využije svoji tržní pozici na vázajícím trhu k posílení svého postavení na trhu s vázaným produktem. Protisoutěžní jednání může mít též podobu udržování dominantní pozice na vázajícím trhu pomocí odstrašení nových vstupů vytvářením bariér vstupu na tento trh.

Balíčkování může být posouzeno také jako neférová cenová praktika. Podnik totiž může účtovat poměrně vysokou cenu pro zákazníka, který má velký zájem pouze o jeden z produktů a naopak nemá příliš zájem o druhý produkt, zatímco zachovává prodeje pro zákazníky, kteří mají o tento produkt větší zájem tím, že jim nabízí při koupi balíčku slevu. Jedná se tak v podstatě o cenovou diskriminaci.<sup>603</sup>

### 6.9.1 Analýza popsaná v EUADG

EK v EUADG upozorňuje, že vázání i balíčkování jsou běžné postupy, které mají zákazníkům poskytnout lepší výrobky a za výhodnější nabídky. Tyto praktiky je ovšem třeba považovat za protisoutěžní, pokud podnik, který má dominantní postavení na jednom nebo více dotčených trzích uzavře trh pro ostatní výrobky (substituty), které jsou nabízené na „vázaném“ trhu, případně nepřímo poškodí soutěž i na vázajícím trhu. EK v EUADG uvádí dvě podmínky, za kterých považuje uvedenou praktiku za protisoutěžní, a to

1. vázací a vázané produkty jsou odlišnými produkty,
2. vázaný prodej pravděpodobně povede k protisoutěžnímu uzavření trhu.<sup>604</sup>

Při definici tohoto testu vycházela EK ze stávající evropské judikatury týkající se protisoutěžního vázání, zejména ze dvou rozhodnutí ve věci Microsoft, nejprve z roku 2008, ve kterém se jednalo o vázaný prodej operačního systému Windows

<sup>602</sup> EUADG, bod. 48.

<sup>603</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s. 251.

<sup>604</sup> EUADG, bod. 47 - 50.



s přehrávačem Windows Media Player (případ *Microsoft I*)<sup>605</sup>. V roce 2009 rozhodla EK podruhé, a to o vázání, v rámci kterého Microsoft vázal prodej operačního systému Windows, tentokrát s internetovým prohlížečem Internet Explorer (případ *Microsoft II*).<sup>606</sup>

První podmínka, tedy existence dvou odlišných výrobků A a B, se posuzuje na základě poptávky spotřebitelů po těchto dvou výrobcích. Výrobky se považují za odlišné, pokud by v případě neexistence vázání či balíčkování podstatný počet zákazníků pořídil výrobek A, aniž by u stejného dodavatele koupil i produkt B, a byla by tak možná nezávislá výroba obou výrobků.<sup>607</sup>

V rozsudku *Microsoft I*. Tribunál konstatoval, že je třeba zjistit, zda by komplementární produkty nemohly být samostatnými produkty.<sup>608</sup> V rozsudku ve věci *Microsoft I* také Tribunál uvedl, že zde musí existovat „nucení“ spotřebitelů kupovat oba výrobky dohromady ze strany dominantního podniku. V opačném případě by totiž mohli spotřebitelé přejít se svojí poptávkou po produktu B ke konkurentům dominantního podniku. Donucení se děje buď prostřednictvím uzavření smlouvy, technické spolupráce výrobků A a B, či odmítnutím dodávky produktu A bez produktu B.<sup>609</sup>

Splnění druhé podmínky, tedy skutečného nebo pravděpodobného protisoutěžního uzavření trhu, nasvědčují následující skutečnosti:

1. produkty jsou vázány či prodávány v balíčku trvale, např. v podobě technického vázání;
2. více produktů je vázáno či spojeno dohromady a pro ostatní konkurenty je složité některý z nich reprodukovat;
3. vázání působí výrazné nevýhody pro soutěžitele nabízející pouze jeden produkt, neboť zákazníci jsou nuceni produkty kupovat v balíčku;
4. vázání je využito k předcházení částečného nahrazování mezi vázaným a vázajícím produktem;
5. vázání je využito k obcházení regulovaného cenového stropu, protože pokud jsou ceny na vázacím trhu regulované, zvýšení cen na vázaném trhu může podniku nahradit ztrátu výnosů způsobenou regulací na vázajícím trhu;

<sup>605</sup> Rozhodnutí EK ze dne 27. 2. 2008, věc COMP/C-3/37.792, *Microsoft I*. Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 17. 9. 2007. Věc T-201/04. *Microsoft I*.

<sup>606</sup> Rozhodnutí EK ze dne 16. 12. 2009, věc COMP/C-3-39.530, *Microsoft II*.

<sup>607</sup> EUADG, bod 51.

<sup>608</sup> Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 17. 9. 2007. Věc T-201/04. *Microsoft I*, odst. 921.

<sup>609</sup> Cit podle FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 445.

6. snížení počtu alternativních dodavatelů vázaného produktu, pokud je vázaný výrobek důležitým komplementárním produktem k vázajícímu produktu.<sup>610</sup>

Vázání či balíčkování není zakázáno *per se* a může mít za určitých okolností objektivní ospravedlnění; proto je vždy nutné zkoumat také možné pozitivní efekty tohoto jednání. Zákazníci mohou získat prospěch z úspor ve výrobě nebo distribuci, případně také díky snížení svých transakčních nákladů či z toho, že produkty mohou být ve spojení lépe uvedeny na trh. Případné zvýšení efektivnosti může vyplývat také z výroby nebo pořízení velkého množství vázaného produktu.<sup>611</sup>

Výhodou spojení prodeje produktů je třeba zachování *goodwill*, zajištění kvality a souladu s bezpečnostními požadavky. Vázání produktů totiž zabraňuje uživatelům vázajícího produktu používat nevhodné komplementární - vázané produkty, které by mohly snížit kvalitu a bezpečnost používání vázajícího produktu. V rozsudku ve věci *Hilti*<sup>612</sup> nicméně Soud prvního stupně potvrdil názor EK, že dominantní podnik není oprávněn zabraňovat svým zákazníkům kupovat komplementy k vázajícím produktům od jiných dodavatelů, byť by důvodem byl zájem na obecné bezpečnosti.<sup>613</sup>

### 6.9.2 Balíčkování

Použití ekonomických metod EK zmiňuje v souvislosti s posuzováním smíšeného balíčkování, pro jehož posouzení navrhuje použít test stejně efektivního soutěžitele. Smíšené balíčkování může podle EK narušit soutěž na vázaném nebo vázajícím trhu tehdy, pokud je sleva natolik velká, že stejně výkonní soutěžitelé nabízející pouze některé výrobky (resp. jejich substituty) zahrnuté do balíčku nemohou soutěžit se zlevněnými výrobky prodávanými společně. Za ideální metodu pro posouzení této praktiky považuje EK ověření, zda přírůstkové výnosy pokrývají přírůstkové náklady na každý výrobek, jež je součástí spojeného prodeje dominantního podniku.

Vzhledem k tomu, že zjištění přírůstkových výnosů je v praxi velmi složité, používá EK jako vhodný ukazatel „přírůstkovou cenu“. Test stejně efektivního soutěžitele tedy EK definuje takto: Pokud je přírůstková cena dominantního podniku za každý

<sup>610</sup> EUADG, bod 52 - 58.

<sup>611</sup> EUADG, odst. 62.

<sup>612</sup> Rozsudek Soudu prvního stupně (druhého senátu) ze dne 12. prosince 1991. Hilti AG proti Komisi Evropských společenství. Věc T-30/89. In: *Sbírka rozhodnutí*. 1991, s. II-01439.

<sup>613</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 452.

jeho výrobek, jež je nabízen ve společném prodeji, vyšší než LRAIC dominantního podniku, které plynou ze zahrnutí tohoto výrobku do společného prodeje, tato praktika pravděpodobně nebude protisoutěžní, neboť stejně efektivní soutěžitel pouze s jediným výrobkem by měl být v zásadě schopen tomuto spojenému prodeji ziskově konkurovat.<sup>614</sup>

Aplikaci testu stejně efektivního soutěžitele lze ukázat na následujícím praktickém příkladu. Dominantní podnik prodává produkt A a B. Produkt A prodává samostatně za 10 Kč, náklady na jeho výrobu činí 5 Kč. Vedle toho produkt B nabízí za 20 Kč, zatímco náklady na jeho výrobu představují 10 Kč. Balíček obou produktů nabízí dominantní podnik za 16 Kč. Jiný soutěžitel (konkurent dominantního podniku) prodává pouze produkt B. Takový soutěžitel by mohl účinně konkurovat dominantnímu podniku za předpokladu, kdy by prodával produkt B za cenu 6 Kč. Pak by totiž spotřebiteli vyšlo stejně výhodně koupit celý balíček od dominantního podniku (za cenu 16 Kč) jako koupě produktu A od dominantanta a produktu B od jeho konkurenta (tj. produkt A za 10 Kč a produkt B za 6 Kč, dohromady taktéž za 16 Kč). Cena za produkt B, kterou by byl schopen jiný soutěžitel dominantnímu podniku konkurovat, tedy představuje 6 Kč, což je však méně, než jsou náklady dominantního podniku, resp. stejně efektivního soutěžitele, na tento produkt (náklady představují 10 Kč). V takovém případě by proto bylo nutno konstatovat, že ani stejně efektivní soutěžitel by nemohl dominantnímu podniku ziskově konkurovat, a proto je třeba prodej v balíčcích považovat za zneužití dominantního postavení.<sup>615</sup>

### 6.9.3 Analýza vázání a balíčkování v USA

V praxi USA může být vázání a balíčkování posouzeno jednak jako porušení části 2 Shermanova zákona (tedy podobně jako v Evropě), dále jako porušení části 1 téhož zákona, která zakazuje dohody omezující soutěž a dále jako praktika, jež je v rozporu s částí 3 Claytonova zákona, která považuje za protizákonné exkluzivní dohody, jež mohou podstatně narušit soutěž a dále také jako porušení části 5 zákona o FTC zakazující neférové soutěžní praktiky. USSFC nicméně uvádí pro posouzení protisoutěžní povahy tohoto jednání obdobná východiska, jaká uvádí EK v EUADG. Negativní efekt balíčkování a vázání se též spatřuje v možnosti monopolizace

<sup>614</sup> EUADG, čl. 47 - 60.

<sup>615</sup> Viz STRYSZOWSKA, op. cit.

vázaného trhu, udržování či zvyšování stávajícího monopolního postavení na vázaném trhu či cenové diskriminaci. Samotná cenová diskriminace ovšem není protisoutěžní ve smyslu části 2 Shermanova zákona.

V případě *Microsoft*<sup>616</sup>, ve kterém byl svázán jeho internetový prohlížeč s operačním systémem, se podle amerického soudu nutně nemuselo jednat o nedovolenou junktimaci. Ten uvedl, že namísto *per se* analýzy je třeba zde použít *rule of reason*. USSFC uvádí, že by bylo zavádějící považovat vázání produktu za *per se* ilegální, neboť může přinést výhody pro spotřebitele. Za protisoutěžní může být praktika vázání považována v případě, kdy nezpůsobuje žádné prosoutěžní výhody, případně tehdy, pokud jsou tyto prosoutěžní výhody převáženy újmou způsobenou soutěží.<sup>617</sup>

## 6.10 Cenová diskriminace

Jednou z forem zneužití dominantního postavení je cenová diskriminace, tedy stanovení různých cen za stejné výrobky, aniž by k tomu vedly nákladové důvody.<sup>618</sup> Cenová diskriminace může mít formu explicitní, kdy jsou různým odběratelům nabízeny různé ceny například na bázi jejich věku či jiných charakteristik. Například může jít o snížené ceny pro děti či důchodce. Dále může mít cenová diskriminace implicitní formu, kdy je sice všem zákazníkům formálně předložena stejná škála možností, ale ve skutečnosti je zřejmé, že různí zákazníci si vyberou různé možnosti, v důsledku čehož pak budou platit různé ceny. Příkladem může být nabídka množstevních slev za situace, kdy si prodávající zamýšlí získat přízeň větších odběratelů.<sup>619</sup>

K úspěšné cenové diskriminaci je zpravidla zapotřebí splnit současně následující podmínky:

1. silná pozice dominantního podniku,
2. jeho schopnost rozdělit zákazníky podle ochoty platit za jednotku, tedy podle cenové elasticity jejich poptávky (diskriminace je účinnější, pokud má dominantní podnik spolehlivé informace o svých zákaznících);

<sup>616</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)

<sup>617</sup> USSFC.

<sup>618</sup> ROTH, P.; ROSE, V. *Bellamy & Child European community law of competition*, s. 963.

<sup>619</sup> Zpráva o ekonomickém přístupu k čl. 82, s. 30-31.

3. schopnost dominantního podniku zabránit „přeprodávání“ produktů mezi kupujícími (diskriminace by nebyla účinná, pokud by zákazníci platili nižší ceny „pře-prodáváli“ zboží zákazníkům, jímž jsou účtovány vyšší ceny).<sup>620</sup>

Podle schopnosti podniku naplnit uvedené podmínky lze cenovou diskriminaci rozdělit na diskriminaci I., II. a III. stupně.

Cenová diskriminace I. stupně spočívá v tom, že podnik účtuje každému svému zákazníkovi maximální cenu, za kterou je ochoten koupit jednotku produkce. V takovém případě by se dominantnímu podniku podařilo získat celý přebytek spotřebitele.<sup>621</sup> Jedná se však pouze o modelovou situaci, protože pro účinné provedení diskriminace I. stupně by podnik musel zvlášť vyjednávat s každým zákazníkem o ceně a i tak by bylo nepravděpodobné, že by mu zákazníci byli ochotni sdělit maximální cenu, kterou jsou schopni akceptovat.<sup>622</sup>

Diskriminace II. stupně pak spočívá ve stanovení různě vysokých cen za různá kumulovaná množství zboží. Jde tedy o cenovou diskriminaci závislou na množství zboží, které zákazník odebere. Tímto typem diskriminace se podniku podaří získat pouze část spotřebitelského přebytku.

Diskriminace II. stupně většinou probíhá formou nabízení množstevních slev či vytváření určitých balíčků služeb, prodávaných za výhodnější cenu, než v případě koupě jednotlivých produktů zvlášť. Cenová diskriminace III. stupně představuje situaci, kdy podnik rozděluje své zákazníky na dvě nebo více skupin, z nichž každá má svou vlastní poptávkovou křivku. Tato forma diskriminace je v praxi nejčastěji používaná. Kritériem pro rozdělení spotřebitelů do skupin je většinou rozdílná cenová elasticita jejich poptávky po daném produktu. Skupině spotřebitelů s vyšší elasticitou poptávky stanoví dominantní podnik nižší ceny a spotřebitelům s nízkou elasticitou poptávky naopak ceny vyšší.<sup>623</sup>

Cenová diskriminace se často neprojevuje v čisté formě, ale spíše jako součást jiných protisoutěžních praktik.

Obecně lze cenovou diskriminaci rozdělit na dva typy, a to cenovou diskriminaci, která vede k uzavření trhu a je tak vylučovací praktikou a dále diskriminaci, jejímž důsledkem je snížení spotřebitelského blahobytu prostřednictvím získání co největší části spotřebitelského přebytku, tj. vykořisťovatelskou praktikou.

<sup>620</sup> GERADIN; PETIT, 2005, op. cit.

<sup>621</sup> SOUKUPOVÁ, J. et al. *Mikroekonomie*. s. 295-297.

<sup>622</sup> O'DONOGHUE; PADILLA, 2006, op. cit., s. 557.

<sup>623</sup> SOUKUPOVÁ, J. et al. *Mikroekonomie*, s. 296-297.

Cenovou diskriminaci jako vylučovací praktiku je dále ještě možno dělit podle toho, na jakém trhu dojde k vyloučení soutěžitelů, resp. eliminaci hospodářské soutěže. Jednak může být poškozena soutěž na trhu, kde působí dominantní podnik. Do této kategorie můžeme zařadit například věrnostní rabaty nebo vázání či balíčkování, případně stlačování marží. Druhým typem je cenová diskriminace, v rámci níž dominantní podnik poškozuje soutěž na podřazeném trhu, jde tedy o diskriminaci ve vertikálních vztazích. Příkladem je uzavírání výhradních smluv s účastníky na podřazeném trhu.<sup>624</sup>

Cenová diskriminace ve vykořisťovatelské podobě se může projevit jako nabízení nepřiměřeně vysokých (excesivních) cen určité kategorii zákazníků. Některé typy cenové diskriminace nelze zařadit ani mezi vylučovací ani mezi vykořisťovatelské formy zneužití. Jde jednak o „geografickou cenovou diskriminaci“, kdy dominantní podnik diskriminuje na základě území, na kterém své produkty nebo služby nabízí.<sup>625</sup> Obdobnou formou je diskriminace na základě národnosti.

Relativně samostatným typem je cenová diskriminace, na základě které dochází k deformaci trhu. Tento typ diskriminace vychází přímo z definice uvedené v čl. 102 písm. c) SFEU, podle kterého je zneužitím dominantního postavení „*uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži*“.<sup>626</sup> Pro prokázání této formy cenové diskriminace by tedy měly být naplněny tři podmínky:

- totožné transakce,
- odlišné podmínky a
- soutěžní znevýhodnění.

Jde však o formu zneužití, která nevyžaduje vyloučení konkurentů z relevantního trhu. Protisoutěžní efekt tak není spatřován v uzavření trhu a v posílení či udržení dominantní pozice, nýbrž v poškození soutěžních procesů na navazujícím trhu.<sup>627</sup> O tento typ diskriminace se jednalo např. v případě *Aéroports de Paris*.<sup>628</sup>

<sup>624</sup> GERADIN; PETTI, 2005, op. cit.

<sup>625</sup> Např. Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 2. 1978. Věc 27/76. *United Brands*, ve kterém byla cena banánů stanovena odlišně na území různých států, aniž by tyto odlišnosti zdůvodňovaly nákladové rozdíly.

<sup>626</sup> Čl. 102 písm. c) SFEU. Stejně ustanovení obsahuje i český zákon o ochraně hospodářské soutěže ve svém § 11, odst. 1 písm. c).

<sup>627</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 525.

<sup>628</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 24. 10. 2002, věc C-82/01 P, *Aéroports de Paris*.

Vzhledem k prosazování více ekonomické přístupu a orientaci na efekt jednání, více než na jeho formu, v poslední době značně klesá počet případů, kdy by byly dominantní podniky stíhány z důvodu vykořisťovatelské cenové diskriminace či diskriminace, v jejímž důsledku dochází k distorzi trhu.

Evropská praxe se tak zaměřuje zejména na vylučovací formu cenové diskriminace, která se nejčastěji projevuje ve formě predátorských cen, rabatů nebo stlačování marží.<sup>629</sup> Samotná praktika cenové diskriminace ostatně ani není zmíněna v EUADG a nelze ji tak považovat za prioritu při vymáhání evropského soutěžního práva. Ani v USSFC není cenová diskriminace, coby ohrožení soutěžního práva, samostatně zmíněna; je pouze uvedena jako jeden z negativních důsledků praktiky vázání.

### 6.11 Vykořisťovatelské cenové praktiky - „excesivní ceny“

Vykořisťovatelské praktiky (tedy takové, které nevedou k protisoutěžnímu uzavření trhu, ale k poškození zákazníků dominantního podniku) v současné době nestojí v popředí zájmu EU a dlouhodobě se nepovažují za prioritu ani v případě soutěžních institucí v USA (v praxi USA nejsou tyto praktiky v podstatě nijak postihovány, pokud v jejich důsledku nedochází k poškození soutěže). Společné těmto praktikám jsou jejich obtížná uchopitelnost a malá ochota k jejich postihu. Často se zde jedná o posouzení výše monopolní ceny, což ale je otázkou spíše pro cenového regulátora, nežli pro soutěžní úřad. V následující kapitole proto jen stručně popisujeme testy pro posouzení nejznámější vykořisťovatelské praktiky, jíž jsou „excesivní ceny“.

Excesivní ceny jsou nespravedlivě vysoké (přemrštěné) ceny, v rámci nichž si dominantní podnik zajišťuje vyšší zisky, než jaké by mohl získat ve více soutěžním prostředí. Jako excesivní je tak chápána cena, která je bezdůvodně vyšší než ta, jež by se vytvořila za normálních soutěžních podmínek. V mnoha případech z praxe excesivní cena souvisí s cenovou diskriminací ze strany monopolisty, který často účtuje vůči různým skupinám svých zákazníků rozdílné ceny.<sup>630</sup>

<sup>629</sup> FAULL; NIKPAY, 2007, op. cit., s. 538.

<sup>630</sup> FURSE, M. Excessive prices, unfair prices and economic value: The Law of excessive pricing under Article 82 EC and The Chapter II Prohibition. *European Competition Journal*. 2008, no. 1, s. 59-83.

I v evropském prostředí je postih nepřiměřeně vysokých cen dominantních podniků značně diskutabilní a v některých případech se chápe spíše jako nežádoucí z hlediska zdravého fungování hospodářské soutěže. Zákaz vysokých cen totiž může dominantní podniky odradit od inovací a investic, které jsou samozřejmě posléze pokrývány vyššími cenami.

Je také velmi obtížné stanovit hranici, od které je už cena natolik vysoká, že narušuje hospodářskou soutěž. Je třeba přitom rozlišovat mezi cenou, která je vysoká oprávněně či „spravedlivě“, a cenou, jež je výsledkem zneužití silné monopolní pozice. Významným argumentem ve prospěch liberálnějšího přístupu k excesivním cenám je fakt, že regulace vysokých cen se často jeví jako nadbytečná, protože vysoké ceny podněcují nové soutěžitele ke vstupu na trh, čímž jsou pak dominantní podniky nuceny své ceny snížit na konkurenční úroveň.<sup>631</sup>

Náprava vysokých monopolních cen prostřednictvím samotného tržního mechanismu je možná na takových trzích, kde neexistují vysoké bariéry vstupu; lze dokonce říci, že na trzích, kde existují významné bariéry vstupu, ani není možné, aby soutěžitel mohl mít dominantní postavení, neboť jeho možnost chovat se nezávisle, resp. jeho tržní síla, jsou omezeny kvůli trvalé hrozbě potenciální konkurence. Pokud jsou naopak bariéry vstupu významné, vysoké ceny nemohou způsobit příliv nových konkurentů, kteří byli nalákáni velkými zisky, a bude tak zpravidla vhodnější excesivní cenu regulovat pomocí pravidel hospodářské soutěže.

Existují však také názory<sup>632</sup> ve prospěch regulace excesivních cen, podle nichž vysoké ceny nemají bez ohledu na existenci či neexistenci bariér vstupu samy o sobě schopnost přilákat nové soutěžitele na trh; naopak mohou od nových vstupů do daného odvětví odradit. Potenciální soutěžitele při rozhodování o vstupu nezajímá přemrštěná cena před jejich vstupem, nýbrž cena, kterou bude monopolista účtovat po jejich vstupu; až tehdy bude totiž muset reagovat na vzniklou konkurenci. Při prvních náznacích vstupu nových konkurentů většinou dominant ihned zareaguje snížením ceny na úroveň, která už nemusí být pro nové soutěžitele únosná. Je možné, že si dokonce bude účtovat cenu podnákladovou („predátorskou“), aby se mu podařilo své nové rivaly z trhu zase vypudit.

<sup>631</sup> Tamtéž.

<sup>632</sup> Prezentovaný např. v článku EZRACHI, A.; GILO, D. Are Excessive Prices Really Self-Correcting? *Journal of Competition Law and Economics* [online]. 2008 [cit 25. 6. 2009]. Dostupný z: <http://ssrn.com/abstract=1237802>



Potenciální soutěžitelé proto musí vzít v úvahu, zda jim nižší „postvstupní“ cena dřívějšího monopolisty, které budou muset konkurovat, pokryje náklady, jež museli vynaložit na vstup na trh. Při neexistenci jiných bariér vstupu se tak vytváří bariéra v podobě strachu z příliš nízké „postvstupní“ ceny. Na druhé straně v případě, kdy by dominant po vstupu konkurence snížil ceny pod příslušné náklady, jednalo by se o predátorskou zneužívající praktiku, resp. o uzavírání trhu.

### 6.11.1 Posuzování excesivní ceny v evropské judikatuře

Testem pro posouzení protisoutěžní povahy excesivních cen je většinou cenově nákladový test. V některých případech posuzoval Soudní dvůr protisoutěžní povahu vysokých cen pomocí srovnání ceny dominantního podniku a ekonomické hodnoty nabízené služby. Za excesivní pak shledával takové ceny, jež byly výrazně nepoměrně vyšší oproti ekonomické hodnotě poskytovaného produktu či služby.<sup>633</sup>

Tento test byl aplikován také v případě *United Brands*,<sup>634</sup> ve kterém ESD konstatoval, že zneužívající dominantní praktikou v podobě excesivní ceny je taková cena, jež nemá rozumný vztah k ekonomické hodnotě nabízeného zboží či služby. Definoval přitom test pro posouzení excesivní ceny spočívající ve dvou krocích:

1. nejprve se posoudí, zda je marže dominantního podniku, tedy rozdíl mezi cenou zboží či služby na jedné straně a skutečně vynaloženými náklady produkce na straně druhé, excesivní.
2. Pokud ano, zjišťuje se, jestli je cena „nespravedlivá“ sama o sobě nebo ve srovnání s cenami konkurentů.

Pojmem „ekonomická hodnota“ zboží či služby ve vztahu k jejich ceně se podrobněji zabývala EK v rozhodnutí *Port Helsingborg*,<sup>635</sup> kde posuzovala výši přístavních poplatků ve švédském přístavu Helsingborg, jež byly vyšší ve srovnání s ostatními přístavy. EK dospěla k tomu, že poplatky v přístavu Helsingborg sice byly nepřiměřeně vysoké oproti vynaloženým nákladům, to však ještě samo o sobě neznamená existenci zneužití dominantního postavení. To se zjistí až na základě druhého kroku testu, tedy podle srovnání ceny s vhodnou prahovou hodnotou („*benchmark*“) nebo po posouzení excesivnosti ceny samy o sobě. Srovnávání poplatků v různých přístavech EK zavrhl, protože by z důvodu specifických podmínek a rozdílné

<sup>633</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 11. 1975, věc 26/75 *General Motors Continental NV*, Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. 11. 1986. Věc 226/84. *British Leyland*.

<sup>634</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 2. 1978, Věc 27/76. *United Brands*.

<sup>635</sup> Rozhodnutí EK ze dne 23. 7. 2004, věc COMP/A.36.570/D3, *Sundbusserne v. Port of Helsingborg*.

nákladové struktury v jednotlivých přístavech, nebyla tato komparace účelná. Přistoupila proto k posuzování, zda je cena excesivní „sama o sobě“, přičemž vycházela z „ekonomické hodnoty“ poskytovaných služeb. EK uvedla, že srovnání ceny produktu s jeho ekonomickou hodnotou je věrohodnější než její komparace s vynaloženými náklady, které mohou být v některých případech minimální.

Problémem testu založeného pouze na zohlednění nákladů včetně určité oprávněné marže by byla jednak náročná identifikace toho, jaké náklady byly na dané zboží či službu skutečně vynaloženy; a za druhé je zde zohledňováno pouze hledisko dominanty, tedy strany nabídky. Naproti tomu v rámci ekonomické hodnoty je zohledněna nejen nabídková strana, ale bere se v úvahu také strana poptávky. Komise proto zdůraznila význam faktorů nesouvisejících s náklady, které reflektují stranu poptávky, a jež jsou nezbytné při stanovení ekonomické hodnoty zboží či služby. „Nenákladovým“ faktorem v tomto případě byla vyšší hodnota přístavu Helsingborg způsobená zejména jeho jedinečným strategickým umístěním. Jeho výjimečná a pro uživatele atraktivní poloha sice neopodstatňovala vyšší náklady na poskytované služby než v jiných přístavech, ale zvyšovala ekonomickou hodnotu poskytovaných služeb. Je třeba vzít v úvahu, že kupující jsou ochotni si připlatit za určité zboží či službu, které pro ně má nějaká specifika, jež tvoří daný produkt či službu hodnotnější v porovnání s konkurencí.<sup>636</sup> Navíc zde bylo třeba vzít v úvahu také vysoké utopené náklady<sup>637</sup>, které musely být vynaloženy na vytvoření infrastruktury.

### 6.11.2 Přístup a judikatura USA

Soutěžní úřady v USA se regulace vysoké monopolní ceny zříkají a odmítají se stavět do role cenového regulátora a uměle zasahovat do procesů na trhu. Soutěžní praxe USA tedy vysoké monopolní ceny samy o sobě nezakazuje, pokud je nedoprovázejí další protisoutěžní jednání dominanty. Limitování monopolních cen státní institucí se chápe jako nepřiměřený státní zásah do ekonomiky. Vysoké monopolní zisky se spíše považují za soutěži prospěšné a působící jako určité indikátory ziskovosti odvětví.

<sup>636</sup> Více viz FURSE, 2008, op. cit.

<sup>637</sup> Utopené náklady (anglicky sunk costs) jsou náklady, které už byly v minulosti vynaloženy a nejsou ovlivněny zvažovaným rozhodnutím, podnik je nese bez ohledu na to, pro jakou možnost se rozhodne.

Problematika excesivních cen byla rozebrána v rozhodnutí odvolacího soudu *Berkey Photo, Inc v. Eastman Kodak co.* z roku 1980. Soud zde uznal, že účtování excesivní ceny sice je použitím monopolní síly, to však samo o sobě není protisoutěžní. Soutěžitelé totiž jsou nuceni soutěžit a je nespravedlivé je potrestat ve chvíli, kdy se jim podaří uspět. Ochrana soutěže proto nemůže sloužit k ochraně slabších a méně efektivních soutěžitelů před tvrdostmi soutěžního prostředí. Pokud tedy není excesivními cenami narušena soutěž, není na místě zakazovat monopolistovi takovou cenu, díky které maximalizuje svůj zisk.<sup>638</sup> Dále soud upozornil na to, že mírný prospěch ze zásahu soutěžního orgánu by zde byl převážen náklady vynaloženými na tento zásah.

V rozhodnutí *Verizon v Trinko* z roku 2004 Nejvyšší soud USA konstatoval, že pouhá monopolní pozice a vysoké ceny jako její doprovodný jev nejsou protisoutěžní, naopak jsou důležitým elementem pro fungování volného tržního systému. Příležitost účtovat si vysoké ceny, alespoň po krátké období, totiž povzbuzuje podnikavost soutěžitele a podněcuje k podstupování rizik souvisejících s inovacemi a ekonomickým růstem. Pokud soutěžitel nabyl svou monopolní pozici pomocí úspěšného podnikatelského snažení, díky kterému se stal nejlepším v dané oblasti, neměl by být soutěžním orgánem nucen své výhody sdílet se svými konkurenty. To by mohlo působit negativně na monopolistovu snahu o další inovace, případně by mohl být vytvořen prostor pro uzavření koluzivní dohody mezi soutěžiteli. Na druhou stranu soud upozornil, že právo monopolisty na svobodnou rozvahu při vyjednávání s druhou stranou není neomezené, protože odmítnutí kooperace s ostatními soutěžiteli může mít v některých případech protisoutěžní účinek.<sup>639</sup>

## 6.12 Závěr

Podstatnou a často klíčovou součástí analýzy možného zneužití dominantního postavení je vymezení relevantního trhu, na kterém se sledovaný podnik pohybuje, a tedy ověření toho, jestli disponuje dominantním postavením.

Vedle toho je nutné vzít v úvahu konkrétní podmínky daného trhu - existenci bariér vstupu, stádium vývoje trhu a podobně, a dále také reflektovat tržní sílu podniku.

<sup>638</sup> Rozhodnutí United States Court of Appeals for the Second Circuit ze dne 25. 6. 1979 sp. zn. 78-7445, 78-7448.

<sup>639</sup> Rozhodnutí Supreme Court of the United States ze dne 13. 1. 2004, no. 02—682.

Na tomto podkladě pak přichází řada na konkrétní test dané zneužívající praktiky. Postup pro posuzování jednotlivých praktik je stanoven rozhodovací praxí EK a evropských soudů a v *soft law* EK.

Vzhledem k tomu, že v poslední době EK zaměřuje svoji pozornost na vylučovací praktiky dominantních podniků, které jsou považovány za nejvíce poškozující soutěž, vydala v roce 2008 EUADG, ve kterých je podrobně popsán jednak obecný test pro posouzení protisoutěžního uzavření trhu a dále konkrétní testy pro zhodnocení jednotlivých praktik. Ústřední myšlenkou pro posuzování cenových zneužití dominantního postavení je test stejně efektivního soutěžitele, založený na srovnávání nákladů dominantního podniku s jeho cenou. Tento přístup lze z ekonomického pohledu považovat za správný, neboť reflektuje reálný dopad jednání na dotčených trzích na konečného spotřebitele a jeho blahobyt, což je v souladu s cílem soutěžního práva.

Obecně lze říci, že ekonomické postupy se dostávají nejen do rozhodovací praxe EK, ale také evropských soudů, byť v případě některých praktik zneužití dominantního postavení (zejména v případě věrnostních rabatů) stále přetrvává spíše *per se* přístup.

## 7 EKONOMICKÝ PŘÍSTUP K POSUZOVÁNÍ ZAKÁZANÝCH DOHOD

### 7.1 Základní dělení zakázaných dohod a jejich nebezpečnost z hlediska antitrustu

Kontrola spolupráce, resp. dohod soutěžitelů je, vedle dohledu nad jejich spojováním a zneužíváním jejich dominantního postavení, třetím pilířem soutěžního práva. Pojem „dohoda“ představuje legislativní zkratku pro tři formy spolupráce mezi soutěžiteli<sup>640</sup>, a to dohody<sup>641</sup>, rozhodnutí sdružení soutěžitelů<sup>642</sup> a jejich jednání ve vzájemné shodě<sup>643</sup>. Nejčastěji jsou uzavírány dohody bilaterální, avšak nezřídka se jedná rovněž o spolupráci mezi více soutěžiteli, tedy o dohodu vícestrannou. Spolupráce probíhá v nejrůznějších formách a může se týkat nejrůznějších aspektů podnikání jednotlivých soutěžitelů. Obecně má spolupráce mezi soutěžiteli vést k ekonomickým úsporám, snižování nákladů, vzniku nových technologií, výrobků, rychlejšímu tempu inovací, lepším službám a snižování podnikatelského rizika, což ve svém důsledku směřuje ke zvyšování spotřebitelského blahobytu. Přesto spolupráce mezi soutěžiteli může za určitých podmínek vést i k efektům negativním pro spotřebitele a jejich blahobyt, zejména v důsledku snížení funkčnosti hospodářské soutěže. Mezi takové negativní efekty patří především snížené možnosti vstupu na trh, zvyšování cen, snižování objemu produkce či zpomalování inovací. Nelehkým úkolem soutěžních úřadů v tomto ohledu je posuzovat specificky, případ od případu, jednotlivé dohody mezi soutěžiteli a poměřovat jejich pozitivní a negativní dopady na hospodářskou soutěž a blahobyt spotřebitelů.

<sup>640</sup> Viz § 3 odst. 1 ZOHS a čl. 101 odst. 1 SFEU.

<sup>641</sup> Jedná se o klasickou dohodu mezi soutěžiteli, např. ve formě písemné smlouvy. Je však třeba zdůraznit, že pro kvalifikaci dohody soutěžitelů není předepsána žádná forma a obecně takováto dohoda není smlouvou v soukromoprávním smyslu, tedy není právně vymahatelná.

<sup>642</sup> ÚOHS shledal jako nezákonné rozhodnutí sdružení soutěžitelů např. katalog vydaný Českou lékařskou komorou, který obsahoval ceny služeb hrazených přímo nemocným v rámci ambulantní péče (viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 17. 2. 2003, č. j. R 3/2002).

<sup>643</sup> Jedná se o určitou koordinaci mezi podniky, která sice nedospívá k uzavření dohody, ale vědomě nahrazuje rizika hospodářské soutěže praktickou spoluprací mezi soutěžiteli (viz EUHG, odst. 60). Může jít například o výměnu některých z obchodního hlediska citlivých informací, které napomohou ke sladění dalšího jednání konkurentů na daném trhu.

I ve vztahu k posuzování zakázaných dohod mezi soutěžiteli je nutné opětovně zdůraznit zásadní roli vymezování relevantních trhů pro praxi antitrustu.<sup>644</sup> Ve vztahu k posuzování dohod mezi soutěžiteli je v systému unijního práva vymezování relevantních trhů nezastupitelné zejména s ohledem na využívání tzv. blokových výjimek EK, ve kterých jsou stanoveny určité prahové tržní podíly, při jejichž nepřekročení a splnění dalších podmínek, není dohoda pokládána za škodlivou pro hospodářskou soutěž (a v důsledku toho ani pro blahobyt spotřebitele). Je zřejmé, že bez vymezení relevantního trhu není možné určit tržní podíl dotčených soutěžitelů a tedy ani případně aplikovat blokovou výjimku. Na vymezení relevantního trhu však závisí i další otázky spojené s analýzou určité dohody, např. zda budou členové dohody považováni za konkurenty či nikoliv, jestli se jedná o dohodu horizontální či vertikální; podstatná může být také informace o velikosti trhu, jeho významu, atd.

Z hlediska ekonomického je důležité, že dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.<sup>645</sup> Platí tedy domněnka, že tam, kde strany dohody nemají dostatečnou tržní sílu, jejich dohoda nemůže z povahy věci negativně ovlivnit hospodářskou soutěž a blahobyt spotřebitelů.

## 7.2 Členění dohod - dohody horizontální a vertikální, cílové a efektové, kartely

Dohody mezi soutěžiteli se v rámci antitrustu člení jednak na horizontální a vertikální a dále na cílové a efektové. Za horizontální je považována dohoda uzavřená mezi konkurenty (tedy soutěžiteli nabízejícími zboží či služby, které jsou vzájemnými substituty), a to jak aktuálními, tak potenciálními. Za typickou horizontální dohodu lze považovat např. dohodu mezi dvěma obchodními řetězci. Naproti tomu vertikální dohodou je dohoda mezi soutěžiteli působícími na trzích, jež na sebe navazují, resp. jsou předřazené, či podřazené. Příkladem vertikální dohody je dohoda mezi obchodním řetězcem a jeho dodavatelem.

<sup>644</sup> Blíže viz kap. 2 (vymezování relevantního trhu).

<sup>645</sup> Jedná se o tzv. pravidlo „De minimis“ v rámci praxe EK i ÚOHS. To se však nevztahuje na dohody, které mají za cíl narušení hospodářské soutěže.

Blíže na: Revision of the *De Minimis* Notice (antitrust). *European Commission Competition* [online]. Dostupný z: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_de\\_minimis\\_notice/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_de_minimis_notice/index_en.html)

Z hlediska ohrožení hospodářské soutěže jsou mnohem nebezpečnější dohody horizontální, neboť mohou způsobit snižování konkurenčního boje mezi přímými konkurenty, což může vést ke zvyšování cen, snižování produkce či zpomalování tempa inovací. Naproti tomu dohody vertikální z hlediska negativního efektu na hospodářskou soutěž nejsou zdaleka tak nebezpečné. Přesto mohou negativně ovlivňovat hospodářskou soutěž zejména tím, že v jejich důsledku může dojít k uzavření dotčených trhů (obou nebo jednoho z nich), případně se může snižovat úroveň soutěže v rámci značky (*intra brand competition*).<sup>646</sup>

I v případě, že je dohodou omezena, či zcela vyloučena soutěž uvnitř značky, avšak existuje silná „meziznačková“ (*inter brand*) soutěž, není pravděpodobné, že by tato dohoda v konečném efektu mohla mít negativní dopad na blahobyt spotřebitelů. Je tak zřejmé, že k tomu, aby mohla být soutěž negativně ovlivněna, je nutné, aby soutěžitelé, či alespoň jeden z nich disponoval značnou tržní silou. Dohody mohou být rovněž smíšené, kdy např. vertikálně integrovaný soutěžitel uzavře dohodu s podnikem, který působí pouze na jednom z trhů, na němž se nachází vertikálně integrovaný soutěžitel. Takovéto dohody se při zkoumání ze strany soutěžních orgánů zásadně považují za dohody horizontální a stejně tak je tomu i u dohod, u kterých není zřejmé, zda se jedná o dohodu horizontální či vertikální.<sup>647</sup>

Vedle členění na horizontální a vertikální lze dále členit dohody na cílové a efektové.<sup>648</sup> O dohody efektové se jedná v případě, kdy dohoda mezi soutěžiteli může přinášet jak pozitivní, tak negativní efekt na hospodářskou soutěž, resp. na blahobyt spotřebitele, a je úkolem soutěžních úřadů eventuálně prokazovat, jaký je skutečný či potenciální efekt předmětné dohody. Jedná se většinou o takový typ dohod, resp. spolupráce, kdy je evidentní, že díky dohodě dojde ke zvýšení efektivity či inovacím, tedy pozitivnímu výsledku pro společenský blahobyt, zároveň však tato dohoda vede k určitému omezení vzájemné soutěže mezi stranami této dohody. Pak je třeba zvažovat, zda převáží pozitivní efekt vznikající díky spolupráci v rámci dohody, nebo efekt negativní spočívající v omezení míry vzájemného konkurenčního boje. Jako příklady efektové dohody lze uvést dohodu o výzkumu a vývoji

<sup>646</sup> *Intra brand* soutěž představuje soutěž v rámci jedné značky, oproti tomu *inter brand* soutěž je soutěž mezi jednotlivými značkami.

<sup>647</sup> Srovnej § 5 odst. 3 ZOHS.

<sup>648</sup> Pro praxi USA je typické členění na dohody zakázané *per se*, tedy ve všech případech bez ohledu na jejich skutečný dopad na soutěž a dohody posuzované dle *rule of reason*, tedy dohody posuzované z hlediska jejich skutečného (alespoň potenciálního) dopadu.

mezi konkurenty, dohodu o společném nákupu, dohodu o selektivní distribuci, dohodu licenční, dohodu standardizační atd.

Cílové dohody představují ujednání mezi soutěžiteli, která jsou obvykle automaticky považována za protisoutěžní, neboť v zásadě nemohou přinášet žádné pozitivní efekty pro konečného spotřebitele a jediným jejich cílem tak může být narušení hospodářské soutěže. Tyto dohody jsou označovány jako *hard-core* zakázané dohody či kartelové dohody, kterými jsou např. dohody mezi konkurenty týkající se vzájemné koordinace cen nabízeného zboží.

Nejnovější judikatura Soudního dvora naznačuje, že zkoumání skutečného dopadu (tedy svým způsobem ekonomické posuzování účinků) bude zřejmě do budoucna hrát významnější roli i u dohod, které se dříve poměrně často považovaly za zakázané jen kvůli protisoutěžnímu cíli pouze proto, že se týkaly cen, rozdělení trhu či omezování výroby (přestože sloužily především k jiným účelům, např. k zabránění *free ridingu* nově vstoupivších společností). V rozhodnutí týkajícím se vydávání bankovních karet v rámci platebního systému ve Francii<sup>649</sup> totiž Soudní dvůr zrušil předchozí rozhodnutí Tribunálu a kvalifikoval rozhodnutí sdružení soutěžitelů (bank) o zavedení mechanismu, který v sobě sice obsahoval prvky týkající se omezení vydávání bankovních karet (tedy omezování produkce) jako dohodu, která nemá ze své podstaty za cíl narušit soutěž. Hlavním cílem tohoto mechanismu totiž dle Soudního dvora bylo podnítit získávání nových obchodníků bankami do systému platebních karet, a nikoliv omezovat hospodářskou soutěž. Toto rozhodnutí by mohlo být přelomové, neboť mění dosavadní extenzivní přístup k posuzování dohod směřujících k omezení soutěže na přístup spíše restriktivní. Rozšiřuje se tak oblast, ve které bude nutné používat ekonomický přístup, resp. hodnotit reálné dopady určitých jednání namísto pouze hypotetického protisoutěžního cíle.

### 7.3 Právní úprava zakázaných dohod

V ZOHS jsou zakázané dohody mezi soutěžiteli definovány v § 3 odst. 1, který uvádí, že: „*dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále též „dohody“), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad*

<sup>649</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. 9. 2014. Věc C-67/13. *Groupment des cartes bancaires*



*pro ochranu hospodářské soutěže nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.*“ Současně pak dle § 3 odst. 4 ZOHS platí, že dohody, které přispějí ke zlepšení výroby nebo distribuce zboží nebo k podpoře technického či hospodářského rozvoje a vyhrazení spotřebitelům přiměřený podíl na výhodách z toho plynoucích, neuloží soutěžitelům omezení, která nejsou nezbytná k dosažení cílů podle písmene a), a neumožní soutěžitelům vyloučit hospodářskou soutěž na podstatné části trhu zboží, jehož dodávka nebo nákup je předmětem dohody, nejsou zakázané. Důvodem je právě skutečnost, že efekt dohod při splnění podmínek stanovených v § 3 odst. 4 ZOHS je pro spotřebitele natolik pozitivní, že převáží negativní efekt způsobený omezením hospodářské soutěže. Dále pak ZOHS v § 4 výslovně uvádí, že za zakázané není možné rovněž považovat dohody splňující podmínky tzv. blokových výjimek EK.

V SFEU je úprava zakázaných dohod obsažena v článku 101 odst. 1, který uvádí: „*S vnitřním trhem jsou neslučitelné, a proto zakázané, veškeré dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž účelem nebo důsledkem je vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na vnitřním trhu...*“ Podobně jako ZOHS<sup>650</sup> i SFEU obsahuje pravidlo, při jehož splnění není daná dohoda soutěžitelů považována za narušující hospodářskou soutěž. To je obsaženo v článku 101 odst. 3, ze kterého vyplývá, že článek 101 odst. 1 je neúčinný pro dohody, které přispívají ke zlepšení výroby nebo distribuce výrobků anebo k podpoře technického či hospodářského pokroku, přičemž vyhrazení spotřebitelům přiměřený podíl na výhodách z toho vyplývajících, a které neukládají příslušným podnikům omezení, jež nejsou k dosažení těchto cílů nezbytná a neumožňují těmto podnikům vyloučit hospodářskou soutěž ve vztahu k podstatné části výrobků tímto dotčených.

Principy článku 101 odst. 3 se v předpisech EU projevují především v tzv. blokových výjimkách ze zákazu dohod mezi soutěžiteli. Tyto výjimky slouží jako základní vodítko pro soutěžitele, aby si mohli udělat představu, jaká jednání jsou z hlediska ochrany hospodářské soutěže dovolená a která ne. Obecně je principem veškerých těchto výjimek, že jednání soutěžitelů, kteří nemají velkou tržní sílu, nemohou narušit hospodářskou soutěž. To se v blokových výjimkách projevuje tak, že dohody mezi soutěžiteli, kteří nedosahují výše tržních podílů stanovených

<sup>650</sup> ZOHS vychází právě ze zásad stanovených v SFEU.

pro danou dohodu v příslušné blokové výjimce, jsou vyňaty z působnosti článku 101 odst. 1 SFEU, resp. se předpokládá, že nemohou narušit hospodářskou soutěž a vést v konečném důsledku ke spotřebitelské újmě. Blokové výjimky jsou v právu hospodářské soutěže v EU zakotveny ve formě nařízení, která mají přímý účinek a jsou tak přímo aplikovatelná ve členských státech, a to jak pro jednání s unijním rozměrem, resp. dopadající na obchod mezi členskými státy, tak pro jednání, která tento rozměr nemají.<sup>651</sup>

Blokové výjimky lze nejobecněji členit na generální a sektorové. Generální blokové výjimky se dále člení podle typu dohody na výjimky týkající se horizontálních dohod<sup>652</sup> a výjimky vztahující se k vertikálním dohodám<sup>653</sup>. Dále mezi generální blokové výjimky spadají výjimky zahrnující dohody o převodu technologií.<sup>654</sup> Sektorové blokové výjimky se člení podle určitých sektorů, u nichž se předpokládá potřeba vyšší regulace, neboť panuje obava, že ponechání nezávislého tržního mechanismu, jehož hybatelem je hospodářská soutěž, by nevedlo k optimálním výsledkům, resp. že by se kvůli tomu nedosáhlo maximalizace spotřebitelského blahobytu. Sektorové blokové výjimky se týkají oblasti zemědělství,<sup>655</sup> pojištění,<sup>656</sup> motorových vozidel,<sup>657</sup> poštovních služeb,<sup>658</sup> letecké dopravy,<sup>659</sup> námořní dopravy,<sup>660</sup>

<sup>651</sup> Srovnej § 4 odst. 1 ZOHS.

<sup>652</sup> Nařízení Rady (EHS) č. 2821/71 ze dne 20. prosince 1971 o použití čl. 85 odst. 3 Smlouvy na kategorie dohod, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě.

<sup>653</sup> Nařízení Komise (EU) č. 330/2010, o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě.

<sup>654</sup> Nařízení Komise (ES) č. 772/2004 ze dne 7. dubna 2004 o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na určité kategorie dohod o převodu technologií.

<sup>655</sup> Nařízení Rady (ES) č. 1184/2006 ze dne 24. července 2006, o použití určitých pravidel hospodářské soutěže na produkci zemědělských produktů a obchod s nimi.

<sup>656</sup> Nařízení Komise (EU) č. 267/2010 ze dne 24. března 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na určité kategorie dohod, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě v odvětví pojišťovnictví.

<sup>657</sup> Nařízení Komise (EU) č. 461/2010 ze dne 27. května 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě v odvětví motorových vozidel

<sup>658</sup> Sdělení Komise o použití pravidel hospodářské soutěže na poštovní odvětví a o posouzení některých opatření státu týkajících se poštovních služeb (98/C 39/02).

<sup>659</sup> Nařízení Rady (ES) č. 487/2009 ze dne 25. května 2009 o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na některé kategorie dohod a jednání ve vzájemné shodě v odvětví letecké dopravy.

<sup>660</sup> Nařízení Rady (ES) č. 246/2009 ze dne 26. února 2009 o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na určité kategorie dohod, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě mezi společnostmi liniové dopravy (konsorcií). Nařízení Komise (ES) č. 906/2009 ze dne 28. září 2009 o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na určité kategorie dohod, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě mezi společnostmi liniové dopravy (konsorcií).

železniční a silniční přepravy a vnitrozemských dopravních cest,<sup>661</sup> dopravní infrastruktury<sup>662</sup> a elektronických komunikací.<sup>663</sup>

Z hlediska ekonomického přístupu k soutěžnímu právu je hodnocení dohod mezi soutěžiteli splňujících podmínky stanovené blokovými výjimkami z hlediska hospodářské soutěže jakožto bezproblémových samozřejmě značně zjednodušující a nemusí odpovídat skutečnému dopadu daných dohod. Tržní síla soutěžitelů je totiž pro potřeby uplatnění blokových výjimek zjišťována pouze na základě tržních podílů na příslušných relevantních trzích, tedy nepřímo a staticky. Blokované výjimky však pro takto zjednodušeně pojaté poměry plní funkci bezpečného přístavu a předvídatelné a právně jisté konkretizace neurčitých zákonných podmínek vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž (čl. 101 odst. 3 SFEU, § 3 odst. 4 ZOHS).

Vedle tržního podílu soutěžitelů v podstatě veškerá právní úprava blokovaných výjimek shodně omezuje možnost jejich aplikace v případech, kdy dohody mezi soutěžiteli obsahují tzv. tvrdá omezení hospodářské soutěže, neboť se předpokládá, že takové dohody nemohou mít žádný pozitivní přínos.

Na druhé straně je velmi nepravděpodobné, že by soutěžitel s malým tržním podílem mohl disponovat velkou tržní silou a proto lze předpokládat, že v naprosté většině případů dohoda splňující podmínky stanovené příslušnou blokovou výjimkou nebude mít negativní efekt na soutěž a blahobyt spotřebitelů. Navíc blokované výjimky z praktického hlediska přinášejí značné odlehčení pro soutěžní orgány, které mohou na jejich základě považovat automaticky mnoho dohod z pohledu hospodářské soutěže za bezproblémové. Tyto výjimky poskytují právní jistotu pro soutěžitele, kteří díky nim vědí, že při splnění kritérií tržních podílů dle příslušné blokované výjimky a vyloučení zakázaných tvrdých omezení jim nehrozí postih ze strany soutěžních orgánů. V tomto ohledu může být klíčové vymezení trhu, kdy široce vymezený relevantní trh bude znamenat splnění kritérií stanovených příslušnou blokovou výjimkou a naopak úzce vymezený relevantní trh nikoliv.

<sup>661</sup> Nařízení Rady (ES) č. 169/2009 ze dne 26. února 2009 o uplatňování pravidel hospodářské soutěže v dopravě po železnici, silnici a vnitrozemských vodních cestách.

<sup>662</sup> Clarification of the Commission recommendations on the application of the competition rules to new transport infrastructure projects (OJ C 298/5, 30. 9. 1997).

<sup>663</sup> Směrnice Komise 2002/77/ES ze dne 16. září 2002 o hospodářské soutěži na trzích sítí a služeb elektronických komunikací.

V těchto případech je z pohledu soutěžitelů pragmatictější a jistější vycházet z újeji vymezeného relevantního trhu, neboť nemohou mít jistotu, jakým způsobem bude relevantní trh stanoven ze strany soutěžních orgánů.

V právní úpravě USA dohody mezi soutěžiteli reguluje část 1 Shermanova zákona, podle které je každá dohoda, spojení ve formě zakázané dohody, nebo spiknutí, jež porušují obchod mezi několika členskými státy, nebo s cizími zeměmi, považována za zakázanou.<sup>664</sup> FTC může postihovat zakázané dohody podle zákona o FTC, který ji opravňuje k předcházení neférových metod soutěže a neférových nebo podvodných jednání nebo praktik v obchodu nebo postihující obchod. Postup pro hodnocení dohod mezi soutěžiteli je obsažen v „Antitrustových pokynech ke spolupráci mezi soutěžiteli“<sup>665</sup> vydaných FTC a DOJ v roce 2000, které uvádějí, že při posuzování zakázaných dohod Nejvyšší soud USA používá dva typy analýzy - *per se* a *rule of reason* (pravidlo rozumné úvahy v konkrétním případě).

Za *per se* zakázané se v USA, obdobně jako v Evropě, považují takové dohody, které velmi pravděpodobně poškodí soutěž a nebudou přinášet žádný výrazný pro-soutěžní účinek, a proto se automaticky zakazují jako takové. Mezi takové dohody se řadí dohody o fixaci cen nebo výstupů, sdílení nebo rozdělení trhu o rozdělení zákazníků, dodavatelů, území apod. U takových dohod se proto neposuzuje v konkrétním případě jejich tvrzený obchodní účel, porušení soutěžního práva nebo celkový vliv na soutěž.

Dohody, které nejsou považovány za *per se* zakázané, se posuzují dle pravidla *rule of reason*, na základě něhož se zkoumá celkový efekt dohody na spolupráce soutěžitelů na hospodářskou soutěž. Analýza *rule of reason* se zaměřuje na stav soutěže při existenci dohody a srovnává jej se stavem bez působení dotčené dohody. Základní otázkou potom je, zda posuzovaná dohoda pravděpodobně poškodí soutěž tím, že dojde ke zvýšení schopnosti nebo motivace ziskově zvýšit cenu nebo snížit výstup, kvalitu, služby nebo inovace oproti stavu, který by tu byl v případě neexistence dohody.

<sup>664</sup> Viz část 1 Shermanova zákona. Dostupný z: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>

<sup>665</sup> Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors. Dostupné z: [http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf](http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf)

## 7.4 Kartelové dohody

Za kartelové dohody se pokládají dohody mezi soutěžiteli, jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže. ZOHS, čl. 101 SFEU ani nařízení č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002, o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy, pojem kartelové dohody nedefinují. Lze jej však vymezit jako takové ujednání mezi konkurenty, které alespoň potenciálně snižuje, omezuje nebo vylučuje úroveň vzájemné soutěže mezi soutěžiteli, a současně nepřináší žádnou výhodu pro spotřebitele.

Za kartely se standardně považuje spolupráce mezi soutěžiteli, jež zahrnuje ujednání týkající se stanovení (fixace) cen, rozdělování trhů, omezování produkce a inovací a tzv. *bid rigging*.<sup>666</sup> Kartelové dohody jsou obecně považovány za nejzávažnější typ dohod z hlediska možného porušení soutěžního práva a jsou proto považovány za zakázané *per se*, což znamená, že není nutné zvažovat jejich možné pro a protisoutěžní účinky. Není proto třeba posuzovat efekt (a to ani potenciální) takovéto dohody na hospodářskou soutěž a spotřebitelský blahobyt.

O tom, že by kartely nemohly mít nikdy žádný pozitivní přínos pro soutěž, je možné teoreticky polemizovat. Například na trhu, kde by existovalo díky velkým úsporám z rozsahu pouze malé množství soutěžitelů a malá různorodost výrobků, lze předpokládat, že vyšší ceny způsobené uzavřením cenového kartelu by přilákaly další soutěžitele na tento trh a zajistily by větší výběr výrobků pro spotřebitele, což by ve svém důsledku mohlo vyvážit jejich újmu vzniklou vyššími cenami.

Rozhodující pro zkoumání skutečného negativního účinku kartelových dohod by měla být tržní síla jejich účastníků. Například kartel stanovující ceny a uzavřený mezi několika soutěžiteli s nízkou tržní silou na vysoce konkurenčním trhu nemůže velmi pravděpodobně vést v dlouhodobějším horizontu ke spotřebitelské újmě, neboť spotřebitelé mají na takovémto trhu možnost jednoduše přejít ke konkurenčním výrobkům. Kartel uzavřený na takovémto trhu, resp. pokus o jeho uzavření a plnění, je tak v podstatě od svého počátku odsouzen k nezdaru. Tyto hypotetické možnosti se ovšem při praktické aplikaci soutěžního práva v oblasti kartelů neberou v úvahu.<sup>667</sup>

<sup>666</sup> Jako *bid rigging* se označují zakázané dohody mezi uchazeči o zakázku směřující k ovlivnění jejího výsledku. Často mají společně charakter dohod o cenách a rozdělení trhu.

<sup>667</sup> Mohly by však vést k uplatnění tzv. prioritizace.

V rozhodnutích o cílových (kartelových) zakázaných dohodách se zásadně nezkoumá jejich skutečný účinek. To znamená, že i kdyby se zjistilo, že kartel nevedl vůbec k újmě pro soutěž a pro spotřebitele, stejně by byl ze strany soutěžních orgánů zakázán a potrestán. Kartelové dohody se zásadně vnímají z pohledu soutěžních orgánů tak, že v naprosté většině případů vždy vedou, pokud ne přímo k újmě na hospodářské soutěži či na spotřebitelském blahobytu, tak alespoň k určité škodě konkrétních odběratelů<sup>668</sup> a nepřináší nikomu (samozřejmě kromě účastníků kartelové dohody) prospěch.

Lze proto souhlasit se současnou praxí, ve které jsou z preventivních důvodů kartely (cílové zakázané dohody) postihovány automaticky, bez hlubšího zkoumání jejich reálného efektu na hospodářskou soutěž a konečné spotřebitele. Posuzování skutečných dopadů konkrétní kartelové dohody a míry obohacení jejich účastníků na jejím základě je nicméně velmi důležité při zvažování výše ukládané pokuty.<sup>669</sup>

#### 7.4.1 Ekonomicko-teoretické předpoklady uzavření kartelu

Předpoklady pro úspěšné uzavření a realizaci kartelu se do značné míry shodují s kritérii, která se analyzují při posuzování koordinovaných efektů fúze, resp. s kritérii umožňujícími tacitní koluzi.<sup>670</sup> V tomto ohledu je možné zkoumat, zda na daném trhu existují podmínky, které nasvědčují možné existenci zakázané dohody, a tedy existuje motivace k uzavření kartelu.

Situaci lze přiblížit za pomoci teorie her, konkrétně prostřednictvím tzv. věžňova dilematu. Představme si situaci, kdy dva soutěžitelé na trhu (A a B) budou uvažovat o uzavření kartelu. Oba mají možnost prodávat za vysoké či nízké ceny. Pokud oba zvolí vysoké ceny, což odpovídá situaci při uzavření kartelu, bude jejich zisk 100.

<sup>668</sup> Existuje značné množství teoretické literatury naznačující, že kartely mají potenciál vést k signifikantnímu předražování. Např. LEVENSTEIN, M. C.; SUSLOW, V. Y. What determines cartel success? *Journal of Economic Literature*. 2006, 44(1), s. 43-95, nebo CONNOR, J. M., HELMERS, C. G. Statistics on modern private international cartels. *The American Antitrust Institute AAI Working Paper*. 1990-2005, 07-01.

<sup>669</sup> Viz Zásady postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění.

<sup>670</sup> Vysvětlení pojmu „tacitní koluze“ obsahuje kap. 5 (spojování soutěžitelů). Tacitní koluze je pro soutěžní úřady velkým problémem, neboť je velmi těžké ji odlišit od soutěžního chování a prokázat ji. Navíc není příliš jasné, jaký typ nápravy by měly soutěžní úřady uložit v případě, když prokážou tacitní koluzi, neboť při nuceném snížení ceny by se stavěly do role cenového regulátora a uložení strukturálních závazků v jiných případech než u fúzí je velmi problematické. Blíže k tacitní koluzi viz např. IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P.; TIROLE, J. The economics of tacit collusion. *IDEI Working Paper*. 2003.

V případě, že oba zvolí nízké ceny, což odpovídá soutěžnímu chování, dosáhnou zisku ve výši 20. Pokud však jeden zvolí vysokou cenu a druhý nízkou cenu, soutěžitel s vysokou cenou neprodá žádné výrobky a jeho zisk bude 0. Naproti tomu ten, který zvolí nízkou cenu, prodá více výrobků a jeho zisk i přes nízkou cenu bude 250. Tato situace je znázorněna na následujícím obrázku:

		Soutěžitel B	
		Vysoká cena	Nízká cena
Soutěžitel A	Vysoká cena	kartel 100,100	250, 0
	Nízká cena	0,250	soutěž 20,20

Z tohoto obrázku vyplývá, že uzavření kartelu a účtování vysokých cen je pro soutěžitele výhodnější, resp. ziskovější, než vzájemná soutěž (srov. kvadrant označený kartel s kvadrantem označeným soutěž). Nicméně, každý z nich se nastavením vysokých cen vystavuje riziku, že druhý soutěžitel nastaví své ceny nízkou, což vede k tomu, že soutěžitel s vysokými cenami nemá žádný zisk a naopak soutěžitel s nízkými cenami bude mít zisk vyšší, než kdyby oba účtovali vysoké ceny.

Je tedy zřejmé, že stejně jako existuje motivace pro soutěžitele koordinovat své jednání a prodávat za vysoké ceny, existuje současně ve výše popsaném příkladu značná motivace k podvádění partnera kartelové dohody, resp. k nedodržování kartelu, v důsledku čehož by soutěžitel, který by místo dohodnutých vysokých cen účtoval ceny nízké, získal veškerý zisk na daném trhu.

Lze dovodit, že soutěžitel, který usiluje o maximalizaci zisku, by v případě, že by se jednalo pouze o jednorázovou záležitost, vždy nutně volil variantu nízké ceny. Proto je možné dojít k závěru, že v takovém případě není tacitní koluze možná a je extrémně nepravděpodobné, že by soutěžitelé mohli úspěšně uzavřít a udržet kartel. Pokud se ovšem „hra“ opakuje a nastavený scénář platí pro delší časové období, je naopak tacitní koluze možná, neboť soutěžitelé vědí, že v případě, kdy oba budou účtovat vysoké ceny, bude jejich zisk vyšší než v případě, kdy oba budou

nabízet nízké ceny. Současně vědí, že pokud jeden z nich v určitém opakování toho druhého podvede a bude účtovat nízké ceny, v následujícím opakování na to druhý může zareagovat a ceny rovněž snížit, čímž se rovnováha na trhu dostane na soutěžní úroveň.<sup>671</sup>

Na tomto základě lze definovat určité předpoklady, které předurčují reálnou možnost úspěšného uzavření kartelu.<sup>672</sup> Těmito předpoklady jsou jednak schopnost soutěžitelů na daném trhu zvýšit ceny a dále jejich možnost dosáhnout dohody. Schopnost členů kartelu zvýšit ceny a tím dosáhnout vyššího zisku závisí především na bariérách vstupu na trh a bariérách expanze, tedy na tom, na kolik je aktuální či potenciální konkurence (neúčastníci kartelu) schopná způsobit, že zvýšení cen členy kartelu nepovede k jejich vyššímu zisku.

Naproti tomu schopnost členů kartelu dosáhnout dohody je ovlivněna tím, nakolik jsou schopni si mezi sebou rozdělit zisky z kartelu plynoucí. Tato skutečnost je závislá především na charakteru odvětví a struktuře trhu. Dohoda soutěžitelů snadněji vzniká na trzích s homogenním zbožím, které jsou relativně stabilní z hlediska velikosti poptávky, kde existuje malé množství obdobně velkých soutěžitelů s obdobnou nákladovou strukturou (oligopol), a kde neexistuje významný vliv inovací. Při těchto úvahách je dobré si uvědomit, že samotné uzavření kartelu, ač je standardně postihováno ze strany soutěžních orgánů, ještě neznamená jeho reálný efekt na hospodářskou soutěž a spotřebitelský blahobyt. Ten může reálně nastat až od okamžiku plnění kartelu.

Při zkoumání trhů náchylných k uzavření kartelu je třeba věnovat se vedle podmínek vhodných k uzavření kartelu také předpokladům pro jeho udržení (stabilitu). Ta je ovlivněna především následujícími faktory:

1. skutečností, nakolik je pro účastníky kartelu výhodné nedodržovat podmínky kartelové dohody (to většinou závisí na výši marží a cenové elasticitě poptávky na trhu, na kterém je kartel uzavřen a na existenci volných kapacit soutěžitelů);
2. pravděpodobností, že podvádění jednoho člena zjistí ostatní účastníci kartelu (což závisí především na transparentnosti cen na trhu, počtu soutěžitelů

<sup>671</sup> Blíže k problematice vězňova dilematu viz např. WILEY Jr. S. a kol. Reciprocal altruism as a felony: Antitrust and the prisoner's dilemma. *Ethology and Sociobiology*. 1988, 9.2, s. 241-257.

<sup>672</sup> Srovnej např. LEVENSTEIN, M. C.; SUSLOW, V. Y., op. cit.



- v odvětví či počtu členů kartelu) - vzhledem k tomu, že nedodržování kartelové dohody je lehce odhalitelné na trhu s velmi transparentními cenami, lze dovodit, že kartely spíše vznikají právě na cenově transparentních trzích;
3. schopností ostatních členů kartelu potrestat nedodržování podmínek kartelu. Trestání podvádějícího člena kartelu však může být relativně problematické, neboť ostatní strany dohody často nejsou schopny sankcionovat podvádějícího člena bez toho, aby samy utrpěly ztráty. Možnou sankcí může být například cenová válka prostřednictvím snížení cen, což by ovšem v podstatě vedlo k návratu k soutěžní rovnováze a snížení zisků členů dohody, tedy k popření smyslu kartelu. V případě kartelu spočívajícího v dělení trhu, mohou ostatní členové kartelu potrestat podvádějící stranu tím, že budou dodávat do jí kontrolovaného území, přičemž ve vztahu k ostatním územím budou nadále cítit kartelovou dohodu. Za situace, kdy musí soutěžitelé mezi sebou v určité míře spolupracovat, mohou potrestat podvádějícího člena tím, že s ním přestanou spolupracovat;
  4. pravděpodobností, že kartel bude odhalen a potrestán ze strany soutěžních orgánů, případně orgánů činných v trestním řízení. Samozřejmě platí, že čím vyšší je riziko odhalení a čím vyšší a přísnější hrozí za jeho uzavření sankce, tím je motivace k uzavření a stabilita kartelu nižší. Jako specifický nástroj pro destabilizaci kartelu slouží tzv. programy shovívavosti (*leniency*), které fungují na principu, že člen dohody, který existenci kartelu oznámí soutěžnímu úřadu a bude s ním spolupracovat při jeho vyšetřování, bude ušetřen uložením pokuty nebo mu bude pokuta výrazně snížena.<sup>673</sup>

Vedle zmíněných atributů, které vyplývají zejména ze struktury trhu a typu zboží či služeb, je možné rovněž zkoumat, zda existenci kartelu nasvědčuje vývoj behaviorálních atributů jako je vztah a vývoj cen, tržních podílů, importů a nákladů. Na základě nich je možné rovněž zkoumat a usuzovat na potenciální existenci

<sup>673</sup> Viz Leniency program ÚOHS, dostupný z: <https://www.uohs.cz/cs/legislativa/hospodarska-soutez.html>. Blíže o vlivu leniency programů na stabilitu kartelů např. AUBERTI, C.; REY, P.; KOOVACIC, W. E. The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels. *International Journal of Industrial Organization*. 2006, 24(6), s. 1241-1266.

Matematicky lze vyjádřit motivaci soutěžitele i k uzavření kartelu vyjádřit takto:

$$\prod_i^K + \delta \sum_i^K - cA_i \geq \prod_i^P + \delta \sum_i^S$$

Přičemž  $\prod_i^K$  je aktuální zisk z kartelu,  $\delta$  je casový diskontní faktor,  $\Sigma$  je součet budoucích zisků z kartelu,  $cA_i$  je pravděpodobnost detekce ze strany soutěžního orgánu vynásobená odhadovanou výší sankce,  $\prod_i^P$  je aktuální zisk z podvádění kartelu a  $\Sigma^S$  je součet budoucích zisků v případě návratu k soutěžní rovnováze díky podvádění kartelu. Blíže k interpretaci této rovnice BISHOP; WALKER, 2010, op. cit., s. 183.

kartelu. Té nasvědčují zejména následující skutečnosti: nízká variace cen jednotlivých soutěžitelů; zvýšení katalogových cen a současně nízká variace (rozptyl) cen mezi různými zákazníky; postupné skokové zvyšování cen, které následuje po jejich prudkém snížení; skutečnost, že při zvyšování cen dochází ke snižování importů; to že ceny jsou silně pozitivně korelované; to že vedle podobných cen jsou zaváděny i stejné ceny dalších doprovodných služeb (doprava, poplatky za manipulaci, nájem souvisejících produktů atd.); skutečnost, že vývoj cen neodpovídá vývoji nákladů; vysoká stabilita tržních podílů či vývoje objemu dodávek jednotlivých soutěžitelů v rámci celkového množství dodávek.<sup>674</sup>

#### 7.4.2 Kvantitativní techniky a jejich použití v oblasti kartelových dohod

Praktické použití kvantitativních technik při prokazování a vyšetřování kartelů lze rozčlenit do tří oblastí.

Tou první je možnost identifikovat potenciálně koluzivní jednání na daném trhu a odhalovat tak možnou existenci zakázané spolupráce mezi soutěžiteli. K tomu jsou nápomocny zejména pravidla teorie her, jež byla velmi stručně popsána výše.

Druhou oblastí je posílení důkazní pozice a snazší nesení důkazního břemene soutěžních orgánů. Kvalitativní důkazy jsou podepírány i důkazy kvantitativními, jež mohou umožnit lépe a přesvědčivěji prokázat existenci kartelu. Vzhledem k možnosti existence tacitní koluze je ovšem v podstatě nemožné použít ekonomické studie a modely nasvědčující existenci kartelu samostatně jako dostatečné důkazy pro prokázání kartelu, tedy koluze explicitní.

Je např. možné poukazovat za pomoci kvantitativních důkazů na ekonomicky iracionální jednání soutěžitelů v určitých situacích, kdy takové jednání neodpovídá tomu, jak by se v nich choval racionální, zisk maximalizující soutěžitel. To se může podařit zjistit např. v situaci, kdy lze pozorovat rozdílný vývoj cen produktů v určitých oblastech, který je vyšší, než jsou očekávané transportní náklady.<sup>675</sup> Toto

<sup>674</sup> Podrobněji k jednotlivým ukazatelům jakožto znakům nasvědčujícím existenci kartelu např. HARRINGTON, J. Behavioral screening and the detection of cartels. *European competition law Antal*. 2006, s. 51-69.

<sup>675</sup> Praktickým příkladem, kdy ekonomické modely ukazovaly na existenci kartelu, je studie týkající se dodávek mléka do škol v Ohio, kdy bylo zjištěno, že prodejci mléka, kteří byli účastníky kartelu, nabízeli dodávky mléka do vzdálenějších škol za nižší cenu, což lze považovat za iracionální, neboť takové jednání je v přímém rozporu s nezbytně vzrůstajícími dopravními náklady. Oproti tomu ceny soutěžitelů, kteří nebyli účastníky kartelu, rostly se vzrůstající vzdáleností škol, do kterých podávali nabídku. Blíže PORTER, R. H.; ZONA, J. D. Ohio school milk markets: an analysis of bidding. *Rand Journal of Economics*. 1997, vol. 30, no. 2, s. 263-288.

zjištění by sice s nejvyšší pravděpodobností samo o sobě nemohlo úspěšně prokázat kartelové jednání, nicméně by se bezesporu jednalo o podpurný argument ve prospěch existence kartelu použitelný jako důkaz.

Další použitelnou technikou může být zjišťování změny formování cen. Tu lze uplatnit zejména v případech, kdy se soutěžní úřad domnívá, případně má kvalitativní důkazy o tom, že k určitému datu došlo k uzavření kartelu. Potom totiž lze vytvořit model vývoje cen před tímto datem a zkoumat, zda tento model odpovídá i datům po domnělém uzavření kartelu. Takto lze rovněž porovnávat např. variabilitu cen či tržních podílů, kdy lze dle ekonomické teorie předpokládat, že v případě uzavření kartelu bude variabilita v obou těchto oblastech velmi nízká.

Třetí oblastí možného použití kvantitativních metod je *odhadování skutečného dopadu kartelu na ceny*. Dopad kartelu na spotřebitele v podobě určitého zvýšení cen není pro účely veřejnoprávního postihu zpravidla zjišťován (jde o delikt „ohrožovací“, a proto postačuje prokázat pouze potenciální porušení hospodářské soutěže), nicméně klíčové je to pro soukromoprávní vymáhání porušení soutěžního práva, které se na půdě EU v poslední době prosazuje.<sup>676</sup> Z tohoto důvodu lze očekávat vzrůstající tlak na vytváření a využívání kvantitativních technik pro kalkulaci škody způsobené kartely.

Z hlediska využití ekonometrie je v tomto směru možné aplikovat tzv. srovnávací (*counterfactual*) přístup, který je využitelný tehdy, pokud jsou k dispozici informace o formování cen v delším časovém období, v rámci kterého došlo k uzavření kartelu. Při existenci dostatečných výše zmíněných dat tedy lze vytvořit ekonometrický model vývoje cen založený a vycházející především z vývoje cen před uzavřením kartelu a teoreticky rovněž po jeho skončení a na jeho základě odhadnout vývoj cen v období trvání kartelu, ke kterému by došlo za předpokladu, kdy by kartel nebyl uzavřen. Tento pravděpodobný vývoj cen v případě neuzavření kartelu je pak srovnáván s reálnými cenami účtovanými v průběhu trvání kartelu.<sup>677</sup> Ze získaného rozdílu lze odhadovat konkrétní škody, které kartel způsobil. V tomto ohledu je důležité, jak se budou stavět soudy k tzv. *passing-on-defense*, tedy tvrzení, že žalobci

<sup>676</sup> Viz návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o pravidlech týkajících se žalob na náhradu škody podle národního práva způsobené porušením soutěžního práva členských států EU. Dostupné z: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2014-0089+002-002+DOC+PDF+V0//EN>

<sup>677</sup> Blíže FRIEDERISZICK, H. W.; ROLLER, L. H. Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: Insights from German cartel cases. *Journal of Competition Law and Economics*. 2010, 6(3), s. 595-618.

o náhradu škody žádnou škodu vlivem kartelu neutrpěli, protože zvýšené ceny díky kartelu byli schopni přenést na své další zákazníky či přímo na konečné spotřebitele.<sup>678</sup>

Lze tedy shrnout, že kvantitativní metody se v oblasti kartelů v praxi soutěžního práva ze strany soutěžních úřadů používají především k jejich detekci a jako podpůrné důkazy při jejich dokazování a podpůrně mohou být využity rovněž při stanovování výše sankce<sup>679</sup> za uzavření kartelové dohody. Dále jsou kvantitativní metody v oblasti kartelových dohod také využívány soukromoprávními subjekty za účelem soukromoprávního vymáhání újmy kartely způsobené.

Ekonomické teorie a předpoklady týkající kartelů mohou být dobře využitelné při tzv. místních šetřeních<sup>680</sup> soutěžních úřadů, a to jako dostatečné ospravedlnění důvodného podezření<sup>681</sup> tak, aby důkazy při nich získané nebyly považovány za získané nezákonně v rámci nezákonného zásahu, resp. v rámci tzv. *fishing expedition*<sup>682</sup>, která je právně nepřipustná.

### 7.4.3 Specifické možnosti detekce bid-riggingu pomocí kvantitativních technik

*Bid rigging* je specifickou formou kartelové dohody, která se týká koordinace účasti ve veřejných soutěžích, nejčastěji ve veřejných zakázkách. Tento typ zakázaných dohod umožňuje specifické použití určitých technik pro jejich odhalování a prokazování. Důvodem je, že veřejné zakázky probíhají na tzv. aukčních trzích,<sup>683</sup> na nichž obvykle dochází k opakované interakci mezi jednotlivými soutěžiteli (hráči z hlediska teorie her). Může se tedy relativně pohodlně zkoumat, nakolik je jejich strategie v souladu s tím, jak by se choval racionálně uvažující (zisk maximalizující) soutěžitel.<sup>684</sup>

<sup>678</sup> Blíže VERBOVEN, F. Cartel Damages Claims and the Passing on Defense. *The Journal of Industrial Economics*. 2009, vol. 57, no. 3, s. 457-491.

<sup>679</sup> Blíže CONNOR, J. M.; LANDE, R. H. How High Do Cartels Raise Prices-Implications for Optimal Cartel Fines. *Tul. L. Rev.* 2005, 80, 513.

<sup>680</sup> Viz § 21f ZOHS.

<sup>681</sup> V rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 9. 2011, čj. 5 Aps 4/2011 - 326 je uvedeno, že: „Podmínkou pro zahájení správního řízení o takovém (pozn. autorů: správním) deliktu rozhodně není jistota správního orgánu o tom, že byl tento delikt spáchán, ale pouze důvodné podezření...“

<sup>682</sup> Jedná se o situaci, kdy by soutěžní úřad provedl inspekci u soutěžitele bez dostatečného důvodu, což by v konečném důsledku znamenalo, že důkazy na takovéto inspekci zajištěné, bez ohledu na jejich faktickou kvalitu, by byly získány v rozporu s právem na spravedlivý proces, tudíž nezákonně a nebyly by v konkrétním řízení použitelné.

<sup>683</sup> Blíže viz kapitolu o fúzí.

<sup>684</sup> Tento přístup lze samozřejmě považovat za obecně přínosný, a pokud má soutěžní úřad dostatek dat, je vždy možné pokusit se zkoumat racionalitu jednání soutěžitele ve vztahu k maximalizaci jeho zisku s ohledem na existenci možné protisoutěžní dohody.

V případě veřejných zakázek je navíc v praxi pro soutěžní úřady obvykle relativně snadné získat přístup k značnému množství potřebných dat, neboť zadavatelé zakázek mají obvykle povinnost uchovávat jednotlivé nabídky a rovněž zveřejňovat určité informace o zakázkách na specializovaných portálech. Specifičnost situace je navíc dána tím, že veřejné zakázky jsou ovládány pravidlem „vítěz bere vše“ a dochází tak k soutěži o trh (nikoliv k soutěži na trhu), protože uchazeč získá celou zakázku pro sebe a ostatní z ní nemají žádný zisk.

Dochází proto nezbytně k tomu, že pro možné fungování kartelu v této oblasti je nutné, aby mezi jeho účastníky existovala určitá forma protiplnění, protože jinak by kartel typu *bid rigging* u jediné zakázky postrádal pro ty, kteří by na základě dohody nevyhráli, jakýkoliv smysl. Často má tato kompenzace formu rotace: jednotliví členové kartelu se podle dohodnutého schématu střídají v tom, kdo kterou zakázku vyhraje, nebo si dohodnutou prohru kompenzují prostřednictvím subdodávek. Právě tato schémata je možné pomocí určitých statistických a ekonometrických metod vyhledat a prozkoumat a na jejich základě odhalovat a do značné míry i prokazovat existenci kartelové dohody typu *bid rigging*.<sup>685</sup>

Dalším důležitým faktorem je, že kartelisté v oblasti *bid riggingu* často spolupracují při vypracovávání nabídek, a proto lze v jejich nabídkách nacházet určité společné prvky, které rovněž nasvědčují existenci kartelové dohody. Na výše uvedených principech existuje např. v Jižní Koreji automatický systém pro detekci *bid riggingu* nazývaný BRIAS, který je napojen na elektronickou databázi veřejných zakázek, v níž za pomoci určitých algoritmů detekuje potenciální zakázky vykazující podezřelé znaky a vyvolávající podezření na *bid rigging*.<sup>686</sup>

Ekonomické metody umožňující odhalit manipulaci zakázkami jsou samozřejmě jen jedním z rejstříků nástrojů proti této zhoubné protisoutěžní praxi. Samotná podstata *bid riggingu* vyžaduje z hlediska soutěžní politiky důsledné uplatňování *per*

<sup>685</sup> Blíže k detekci *bid riggingu* např. PORTER, R.; ZONA, D. Detection of bid rigging in procurement auctions. *Journal of Political Economy*. 1993, vol. 101, no. 3, s. 518-538; HENDRICKS, K.; MCAFEE, R.; WILLIAMS, M. Auctions and Bid Rigging. *mcafee.cc* [online]. 2013 [cit 15. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.vita.mcafee.cc/PDF/Bidrigging.pdf>; nebo BALLESTEROS-PÉREZ, P.; GÓNZÁLEZ-CRUZ, C.; CAÑAVATE-GRIMAL, A.; PELLICER, E. Detecting abnormal and collusive bids in capped tendering. *Automation in Construction*. 2013, č. 31, s. 215-229. Dostupné z: <http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0926580512002312>

<sup>686</sup> KAPOOR, P. Public Procurement and Auction Sales: A Study of Bid rigging and Collusion in Tenders. In: *Competition Commission of India* [online]. 2011 [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: [http://cci.gov.in/index.php?option=com\\_resrep & task=cstudies & submit1=GO & title=%E0 & radio1=&limit=10 & limitstart=130](http://cci.gov.in/index.php?option=com_resrep & task=cstudies & submit1=GO & title=%E0 & radio1=&limit=10 & limitstart=130)

se zákazu dohody o manipulaci se zakázkami. Jakákoliv výjimka by jen posílila již tak nebezpečnou racionalizaci protiprávního jednání uchazečů i zadavatelů a zvýšila by patrně latenci takových dohod.

Korupce u zadavatelů ve spojení s *bid riggingem* na straně uchazečů o veřejnou zakázku je velmi nebezpečným příkladem obtížně odhalitelného zájmového komplotu, který připravuje veřejné rozpočty snad až o desítky procent a navíc rozkládá základní mravní hodnoty ve společnosti. Podstata *bid riggingu*, jeho technické formy a projevy, jakož i a jeho doktrinální typologizace jsou dobře známy. Existují návody a metodiky o symptomech manipulace nabídkami a o způsobech, jak proti ní postupovat.

Podobně jako kriminalistické příručky mohou sloužit coby učební pomůcka pro zločince, mohou být návody k identifikaci *bid riggingu* stejně dobře použity i jako příručka pro manipulátory, které metodicky a didakticky názorně upozorňují, na co si zejména mají dát pozor, aby nevzbudili podezření. Pomocí těchto metodik mohou ostatně i pracovníci veřejné správy cíleně „kultivovat“ se sebou sprážené manipulátory s veřejnými zakázkami tak, aby neupadli v podezření jak ti, tak i oni.

S manipulací nabídek je to podobné jako s korupcí. Všichni vědí, že existuje, a že není vůbec výjimečná, pokud není přímo masově rozšířená. Někdy se dokonce tvrdí, že na ní stojí společnost, či aspoň určité oblasti společenského života či některá odvětví; nikdo ji ale samozřejmě neprovozuje a každý ji verbálně navenek módně (politicky korektně) odsuzuje. Řada lidí i podniků ji však zcela běžně využívá a kalkuluje s ní jakožto s běžným sociálně ekonomickým stimulem. Latence je v této oblasti pravděpodobně vysoká; mezi již tak velmi latentními tvrdými kartely je právě manipulace s nabídkami asi ten nejskrytější případ. Případy odhaleného a potrestaného *bid riggingu* jsou nečetné, a to jak na evropské úrovni, tak u národních soutěžních úřadů (a nebude to proto, že by k nim málokdy docházelo).

Zájmová koalice všech zúčastněných je velmi pevná, důkazní obtížnost (mj. kvůli vysvětlitelnosti chování účastníků jinými okolnostmi než manipulací nabídek) je extrémně vysoká, možnost odhalení je naopak extrémně nízká, poměr mezi pravděpodobností odhalení a vyšší očekávaného zvýhodnění účastníků manipulace je neobyčejně lákavý a při (pravděpodobně nikoliv neobvyklé) kombinaci *bid riggingu* s korupcí na straně zadavatele jde přímo o těžko postižitelné zločinné spolčení. Preventivní a odstrašující účinek exemplárního postihu v jednotlivém

případě, který se podařilo odhalit, nebude valný; spolčenci v kartelu si dobře dokážou spočítat pravděpodobnost odhalení a postihu a učinit ekonomicky racionální rizikové rozhodnutí (jiné hodnotové aspekty, zejm. morální, tu nehrají roli).

Rozhodující bude důsledná a vytrvalá práce a změna společenské atmosféry, tlak na rozbíjení u zájmových koalic mezi uchazeči i mezi uchazeči a zadavateli a na vnitřní veřejné i soukromé mechanismy zužování prostoru pro rozvoj korupce a *bid riggingu*. Detekční metody používané k odhalování kartelů jsou samozřejmě jen jednou ze složek využívaných při vyvíjení tohoto účinného tlaku.

Právo je metodou společenského řízení podle odchylek, která je schopna zachytit nejzávažnější protispoločenské jevy v několika procentech případů. Je-li „nepatřičnost“ rozšířena masově (což právě u *bid riggingu* všichni tušíme), právo samotné na ni již nestačí a stačit nemůže; porušitelé hrají s právem v takových situacích jakousi „*soft verzi*“ ruské rulety.

Nepopiratelný význam má tedy nejen státní a externí hrozba kriminalizací a ekonomickými sankcemi, ale i kultivace vnitřních pravidel chování a jejich vynucování v mezilidských vztazích. Nejrůznější etické kodexy a programy *Compliance* mohou mít nezanedbatelný doplňkový účinek k právním sankcím.

## 7.5 Horizontální „nekartelové“ dohody

Horizontální „nekartelové“ dohody jsou dohody, které jsou uzavřeny mezi soutěžiteli (skutečnými nebo potenciálními) nabízejícími produkty, jež jsou vzájemnými substituty. Jedná se tedy o dohody mezi podniky působícími na stejném relevantním trhu, které na rozdíl od kartelů neobsahují „tvrdá“ ustanovení (ujednání o ceně, rozdělení trhu či omezení množství) a nejde proto o dohody cílově zakázané. Potenciální protisoutěžní dopad nekartelových horizontálních dohod je tak třeba zkoumat na základě analýzy možných pro- a protisoutěžních dopadů konkrétní dohody na hospodářskou soutěž a na spotřebitele. Oproti kartelům vedou ostatní horizontální dohody velmi často k výrazným ekonomickým přínosům, např. k úspoře nákladů, zvýšení investic, k synergické kombinaci know-how či k urychlení inovací. Příkladem takových horizontálních dohod jsou například joint-ventures, dohody o výzkumu a vývoji, dohody o výrobě, o nákupu či marketingu.

Na evropské úrovni je přístup k horizontálním dohodám upraven v EUHG<sup>687</sup>. Tyto pokyny reflektují „více ekonomický přístup“ a jsou postaveny na zkoumání skutečných účinků dohody na trh a poměrování pro- a protisoutěžních dopadů. EK zde doporučuje zkoumání ekonomických kritérií, jako je např. tržní síla stran dohody, typ soutěže a obecně podmínky na konkrétním relevantním trhu. Dále nalezneme pravidla pro posuzování specifických typů horizontálních dohod v nařízeních EK upravujících aplikaci blokových výjimek.

EUHG upravují následující typy spolupráce mezi soutěžiteli a nastiňují postup pro její hodnocení, zejména pro zvažování jejich pro a protisoutěžních dopadů.

*Výměna informací mezi soutěžitel<sup>688</sup>*: Obecně může k výměně informací docházet přímo mezi soutěžiteli (např. pokud si telefonní operátoři vzájemně vyměňují informace o svých chystaných nabídkách tarifů) nebo i nepřímo prostřednictvím určitého společného orgánu nebo třetí strany (např. pokud tyto údaje o podmínkách plánovaných tarifů telefonní operátoři poskytnou určitému třetímu subjektu, který bude tato data zpracovávat).

Výměna informací může být buď hlavní ekonomickou funkcí dohody, nebo ji lze včlenit do jiného druhu dohody o horizontální spolupráci (např. v rámci dohody o výrobě si členové dohody mohou sdělovat i určité informace o nákladech). Co se týče účinků výměny informací mezi soutěžiteli, na jednu stranu ji lze považovat za prosoutěžní, neboť může řešit např. problém asymetrických informací či vést k větší efektivnosti díky vzájemnému srovnávání osvědčených postupů. Na druhou stranu ovšem může umožnit zjištění tržní strategie konkurentů, případně může být vedena snahou stanovit cenu či množství zboží. Výměna informací často probíhá prostřednictvím jednání ve vzájemné shodě: v důsledku vzájemných kontaktů se nezávislé soutěžní jednání soutěžitelů nahradí jejich praktickou kooperací.<sup>689</sup>

*Dohody o výzkumu a vývoji*: Tyto dohody zahrnují zejména ujednání o společném výzkumu a vývoji výrobků či o společném využití výsledků výzkumu a vývoje.

<sup>687</sup> Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci (2011/C 11/01).

<sup>688</sup> Za tuto formu spolupráce je považován společně koordinovaný postup soutěžitelů, kterému předcházejí přímé nebo nepřímé vzájemné kontakty mezi těmito soutěžiteli, v jejichž důsledku je jejich nezávislé soutěžní jednání nahrazeno praktickou kooperací s cílem preventivně odstranit pochybnosti o budoucím chování konkurentů. Srov. s rozhodnutím Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 2. 2005, č. j. 2 A 18/2002 - 58.

<sup>689</sup> Více viz EUHG, odst. 55 - 110.



Účinky těchto dohod jsou ve většině případů pozitivní, neboť zvyšují efektivnost díky spojování doplňujících se odborností a aktiv, vývoji zdokonalených nebo nových výrobků, jejich rychlejšímu uvedení na trh, snížení nákladů členů dohody atd.

Negativním dopadem těchto dohod, který se ovšem vyskytuje spíše ojediněle, může být omezení či zpomalení investic a inovací, což může mít za následek produkci méně výrobků nebo výrobků horší kvality, které se dostávají na trh později než v případě neexistence dohody. Dohoda může také výrazně snížit soutěž mezi jejími členy případně zvýšit pravděpodobnost vzájemné koordinace mezi stranami, jež se může projevit zvýšením cen. Pokud má jedna ze stran dohody velkou tržní sílu, může též dojít k uzavření trhu pro ostatní soutěžitele. V případě, že společný podíl členů dohody na relevantním trhu nepřesáhne 25%, lze aplikovat blokovou výjimku podle nařízení o blokových výjimkách vztahující se na dohody o výzkumu a vývoji. Pravděpodobněji mohou mít negativní dopad na hospodářskou soutěž dohody poskytující rozsáhlejší spolupráci zahrnující různé fáze využívání výsledků, jako jsou např. dohody o udělování licencí, o výrobě nebo o uvádění výrobků na trh.<sup>690</sup> Dohody o udělení licence mohou spadat pod blokovou výjimku o převodu technologií,<sup>691</sup> podle které je pro konkurenční soutěžitele presumováno, že v případě společného podílu členů dohody nepřesahujícího 20 % na trhu,<sup>692</sup> nemá tato dohoda protisoutěžní dopady.

*Dohody o výrobě:* Pokud se v rámci těchto dohod přímo slaďuje úroveň objemu výroby a jakosti či cena, za kterou společně kontrolovaný podnik prodává výrobky, či jiné parametry podstatné z hlediska hospodářské soutěže, může dojít k přímému omezení soutěže. Negativní dopad může dohoda o výrobě vyvolat též v podobě koordinace soutěžního chování členů dohody jako dodavatelů nebo omezení soutěže ostatním soutěžitelům působícím např. na navazujícím trhu závislém na vstupu z trhu, kde se uskutečňuje dohoda o výrobě.<sup>693</sup> Pokud společný podíl soutěžitelů zúčastněných na dohodě nepřesáhne 20 %, lze uplatnit blokovou výjimku dle nařízení o blokové výjimce pro specializaci.<sup>694</sup>

<sup>690</sup> Tamtéž, odst. 111- 149.

<sup>691</sup> Viz Nařízení Komise (ES) č. 316/2014 ze dne 21. března 2014, o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy na určité kategorie dohod o převodu technologií.

<sup>692</sup> U dohod o převodu technologií mezi nekonkurujícími si soutěžiteli je pro možnost aplikace blokové výjimky stanoven práh maximálně 30 % tržního podílu na příslušných relevantních trzích.

<sup>693</sup> Více viz EUHG, odst. 150 - 193.

<sup>694</sup> Nařízení Komise (EU) č. 1218/2010, o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na některé kategorie specializačních dohod.

*Dohody o nákupu:* Cílem dohody o společném nákupu je obvykle vytvoření společné síly kupujícího, jež může přinést snížení cen nebo kvalitnější výrobky či služby pro spotřebitele. Tyto dohody však mohou vést také k negativním dopadům na soutěž tím, že dojde ke zvýšení cen, omezení objemu výrobků či služeb nebo k rozdělení trhů či vyloučení jiných možných kupujících. Pokud společný podíl členů dohody nepřesahuje 15 % na relevantním trhu, je nepravděpodobné, že by mohlo dojít k narušení hospodářské soutěže.<sup>695</sup>

*Dohody o obchodním využití:* Tyto dohody zahrnují spolupráci mezi soutěžiteli při prodeji, distribuci nebo propagaci jejich výrobků. Příkladem může být dohoda, v rámci které se jinak nezávislí provozovatelé prádelen dohodnou na vytvoření společné marketingové organizace pro prodej svých služeb určité skupině zákazníků. K omezení hospodářské soutěže může dojít zejména tehdy, pokud dohody povedou ke stanovení cen, omezení výroby, rozdělení trhů či výměně strategických informací souvisejících s dohodou o obchodním využití. V případě společného tržního podílu nedosahujícího 15 % na relevantním trhu pravděpodobně budou naplněny podmínky pro aplikaci výjimky ve smyslu § 101 odst. 3 SFEU.<sup>696</sup>

*Standardizační dohody:* Cílem těchto dohod je stanovit technické a jakostní požadavky na určité stávající nebo budoucí výrobky, výrobní postupy či metody. Jinými slovy se jedná o dohody, v rámci kterých se určují průmyslové standardy.<sup>697</sup> Tyto dohody mají většinou výrazné prosoutěžní účinky, neboť většinou podporují rozvoj nových zdokonalených výrobků nebo trhů a zajišťují kompatibilitu a interoperabilitu výrobků. Účast na stanovení standardů se nechápe jako narušení hospodářské soutěže, pokud je tento proces transparentní, otevřený všem soutěžitelům na daném trhu, pokud neukládá povinnost dodržovat tyto standardy a je součástí širší dohody o zajištění kompatibility produktů.

Procesy ve veřejných orgánech zabývajících se standardizací musí tedy fungovat na nediskriminačním, otevřeném a transparentním základě. Volba určitých standardů a vyřazení jiných musí být zdůvodněná a přezkoumatelná. Při nesplnění

<sup>695</sup> Více viz EUHG, odst. 194 - 224.

<sup>696</sup> Tamtéž, odst. 225 - 256.

<sup>697</sup> Příkladem takové dohody je např. dohoda mezi členy standardizační organizace působící v oblasti telekomunikačních technologií o přijetí standardu pro určité technologie pro smartphony.

uvedených podmínek může dojít ke škodlivým účinkům na trh, a to v důsledku omezení cenové soutěže, uzavření trhu pro inovativní technologie, či vyloučení určitých soutěžitelů tím, že jim bude znemožněn přístup ke standardu.<sup>698</sup>

### 7.5.1 Posuzování horizontálních dohod, použití ekonomických metod

V EUHG EK uvádí, že posouzení dohody podle čl. 101 SFEU by mělo probíhat ve dvou krocích. Prvním krokem je zvážení otázky, zda dohoda, jež může ovlivnit obchod mezi členskými státy, má za cíl narušení hospodářské soutěže nebo má skutečné či potenciální omezující účinky na hospodářskou soutěž. Pokud ano, je na řadě druhý krok, v rámci kterého se posuzuje, zda dohoda splňuje podmínky pro aplikaci blokové výjimky ve smyslu § 101 odst. 3 SFEU. Je tak nutné zvažovat pro- a proti-soutěžní efekty dohody. Omezující účinky (jak potenciální tak skutečné) lze shledat tehdy, pokud má dohoda skutečný či pravděpodobný nepříznivý dopad nejméně na jeden parametr hospodářské soutěže, jako je cena, objem výroby, jakost či rozmanitost výrobků nebo inovace. Omezující účinky dohody jsou pravděpodobné zejména tehdy, pokud v důsledku dohody budou strany schopny zvýšit své ceny, snížit objem výroby, jakost či rozmanitost výrobku nebo inovaci. Pokud dospějeme k závěru, že negativní dopady dohody převažují nad těmi prosoutěžními, je třeba tuto dohodu posoudit jako neplatnou ve smyslu čl. 101 odst. 1 SFEU.<sup>699</sup>

Případná ekonomická analýza horizontálních dohod má určité společné prvky s analýzou horizontálního spojování soutěžitelů, protože obě tyto formy spolupráce mohou mít totožné nebo značně podobné dopady na hospodářskou soutěž, pouze s tou výjimkou, že v prvním případě se jedná o samostatné podniky a v druhém případě dochází ke spojení soutěžitelů do jedné entity.<sup>700</sup>

Horizontální dohody ve formě plně funkčních *joint-ventures* (tj. *joint-ventures* na trvalé bázi se zachovanými kompletními funkcemi samostatné ekonomické jednotky) se dokonce přímo posuzují podle nařízení o kontrole spojování podniků.<sup>701</sup> Nicméně i v případě horizontálních dohod posuzovaných pouze podle čl. 101 lze použít obdobné ekonomické metody, jež jsou stanoveny v nařízení o spojování soutěžitelů, a to například tehdy, pokud EK posuzuje možný dopad nového

<sup>698</sup> EUHG, odst. 257 - 335.

<sup>699</sup> Tamtéž, odst. 20 - 28.

<sup>700</sup> Tamtéž, odst. 21.

<sup>701</sup> Viz Nařízení o kontrole spojování podniků, čl. 3 odst. 4.

joint-venture na hospodářskou soutěž.<sup>702</sup> Proto lze odkázat na ekonomické metody rozebrané v kapitole věnující se posuzování horizontálních spojování soutěžitelů.

Základní ekonomickou analýzou, kterou lze v případě horizontálních dohod (a stejně také u posuzování spojení a porušení čl. 102 SFEU použít) je již výše zmiňovaná „srovnávací analýza“ (*counterfactual analysis*), která je založena na porovnání stavu v případě existence dohody a stavu při absenci dohody. Její použití při posouzení dopadů horizontální dohody na trh zmínil Soudní dvůr v rozsudku ve věci *Société Technique Minière* z roku 1966<sup>703</sup>.

Srovnávací analýzu lze pro posouzení možného porušení čl. 101 aplikovat dvěma způsoby. Jednak se jedná o *ex ante* srovnání, v rámci kterého si soutěžitelé sami mohou posoudit, zda je bezpečné uzavřít určitou dohodu (toto srovnání se běžně používá při kontrole koncentrací). Strany si tak musí zvážit, zda by podobného zvýšení efektivnosti, kterou jim má zaručit uzavření dohody, mohly dosáhnout i bez této dohody. Dále může být provedeno *ex post* srovnání, jež provádí při své analýze soutěžní úřady. To bývá ovšem zpravidla značně obtížné, neboť jde vždy o určitou spekulaci, jak by mohla situace vypadat v případě absence dohody. Provedení *ex post* srovnání může být založeno jednak na srovnání určitých dat (např. ceny, objemů atd.) v době neovlivněné dohodou nebo na trhu, kde není uzavřena dohoda. Soutěžní orgán tak může např. srovnat výši cen po uzavření dohody a výši cen na srovnatelných produktových či geografických trzích nezasazených dohodou. Druhou možností je sestavení ekonomického modelu simulujícího pravděpodobnou tržní situaci v případě neexistence dohody.<sup>704</sup>

## 7.6 Vertikální dohody

Vertikální dohody představují dohody či jednání ve vzájemné shodě soutěžitelů, kteří působí na různých úrovních trhu, resp. na vzájemně navazujících (tedy odlišných) trzích. Jedná se tak o dohody mezi dodavateli či výrobcí určitého zboží a distributory působícími na následných trzích či prodejci pro konečné spotřebitele.

<sup>702</sup> BISHOP; WALKER, 2010, op. cit., s. 212.

<sup>703</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 30. 6. 1966. Věc 56/65. *Société La Technique Minière v. Maschinenbau Ulm*.

<sup>704</sup> GERADIN, D. The Counterfactual Method in EU Competition Law. *Covington & Burling and Tilburg University, GCLC Conference* [online]. 2011 [cit. 20. 6. 2014]. Dostupné z: [https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/7th\\_conference/6.%20D.%20Geradin%20-%20The%20Counterfactual%20Method%20in%20EU%20Competition%20Law.pdf](https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/7th_conference/6.%20D.%20Geradin%20-%20The%20Counterfactual%20Method%20in%20EU%20Competition%20Law.pdf)

Na rozdíl od horizontálních dohod se vertikální dohody netýkají konkurenčního zboží či služeb, ale naopak fungují komplementárně a poskytují přidanou hodnotu, ať už ve formě zpracování surového výrobku, jeho distribuce či zakomponování do výrobku jiného v rámci výrobního řetězce.<sup>705</sup>

Vertikální dohody jsou z hlediska ekonomické teorie (a rovněž v reálné praxi soutěžních úřadů) považovány za méně škodlivé nežli dohody horizontální, které narušují soutěž přímo mezi podniky působícími na stejném relevantním trhu - konkurenty. Na rozdíl od horizontálních dohod vedou dohody vertikální zpravidla k větší ekonomické efektivnosti, a tedy zprostředkovaně i k možnému zvýšení spotřebitelského blahobytu. Obavy z ohrožení hospodářské soutěže v případě vertikálních omezení vznikají pouze tehdy, není-li hospodářská soutěž na jedné či více úrovních obchodování dostatečná, tedy v případě, kdy na jedné ze stran či na obou stranách existuje určitý stupeň mocenského postavení na trhu, resp. tržní síly.<sup>706</sup>

Pokud vertikální dohody obsahují některé z tvrdých omezení, tj. určení ceny, rozdělení trhu nebo omezení množství produkce, jsou často optikou soutěžních úřadů stejně jako horizontální dohody *per se* zakázány jako automaticky poškozující hospodářskou soutěž. Z ekonomického hlediska však takové dohody mohou být racionálně odůvodněny a nemusí proto nutně vést k poškození soutěže a spotřebitelů. V rámci ekonomického přístupu by měly být posuzovány zásadně z hlediska jejich reálného efektu na soutěž a konečné spotřebitele, nikoliv *per se*, a to ani v případě existence tvrdých omezení.

Vertikální dohody mohou, stejně jako dohody horizontální, spadat pod zákaz čl. 101 SFEU, resp. § 3 ZOHS. Podrobný návod pro posuzování tohoto typu dohod obsahují EUVG<sup>707</sup>, které stanovují pravidla pro hodnocení vertikálních dohod podle čl. 101 SFEU. EUVG kladou důraz na potřebu zvažování pozitivních a negativních dopadů vertikálních dohod na soutěž a poměrně podrobně vyjmenovávají možná ekonomická zdůvodnění těchto dohod a jejich případné pozitivní i negativní účinky na hospodářskou soutěž. V souladu s více ekonomickým přístupem jsou tedy EUVG založeny výrazně na *effect-based* přístupu, který by měl zajistit efektivnější a smysluplnější ochranu soutěžního prostředí.

<sup>705</sup> Příkladem vertikální dohody může být např. ujednání mezi výrobcem voňavek a provozovatelem parfumerie, v němž se provozovatel parfumerie zaváže např. k tomu, že bude odebírat parfémů pouze od tohoto výrobce a bude dodržovat určité jím stanovené minimální ceny parfémů.

<sup>706</sup> EUVG, odst. 8.

<sup>707</sup> Pokyny k vertikálním omezením (2010/C 130/01).

Na vertikální dohody se stejně jako na dohody mezi vzájemnými konkurenty vztahuje pravidlo *de minimis*, které stanovuje, že vertikální dohody (tj. dohody mezi „nesoutěžiteli“) neomezují výrazně hospodářskou soutěž, pokud podíl na trhu každé ze smluvních stran nepřekračuje 15% na kterémkoliv z relevantních trhů ovlivněných touto dohodou.<sup>708</sup> EUVG však uvádějí, že ani dohody, na nichž participují podniky s tržním podílem nad touto prahovou hodnotou, nemusejí mít výrazný dopad na obchod mezi členskými státy ani na hospodářskou soutěž. Je však nutné tyto dohody zkoumat z hlediska právních a hospodářských souvislostí. Na druhou stranu i v případě, kdy účastníci dohody nepřesahují prahovou hodnotu 15% a jejich dohoda obsahuje „tvrdé omezení“, je možné, že bude potřeba čl. 101 SFEU uplatnit, pokud dohoda bude mít negativní účinky na obchod mezi členskými státy a hospodářskou soutěž. V takovém případě je třeba posuzovat negativní a pozitivní dopady takové dohody.<sup>709</sup> Pokud podíl každé ze zúčastněných stran vertikální dohody na relevantním trhu nepřesáhne 30 %, lze na tyto dohody aplikovat blokovou výjimku, a to za předpokladu, že neobsahují závažná omezení hospodářské soutěže ani vyloučená omezení hospodářské soutěže.<sup>710</sup>

EUVG rozeznávají pouze několik základních druhů vertikálních dohod. Vertikální dohody se však v praxi často vyskytují v různých modifikacích nebo dochází ke spojení více typových vertikálních ujednání do jedné vertikální dohody. Mezi nejznámější a v praxi nejčastěji se vyskytující vertikální omezení patří následující typy vertikálních dohod:

- *Nákup jedné značky*: V ujednání o nákupu jedné značky se kupující zavazuje, že bude odebírat pouze od jediného dodavatele. Negativním dopadem této dohody může být uzavření trhu konkurenčním dodavatelům a potlačení *inter-brand* soutěže.<sup>711</sup>

<sup>708</sup> Oznámení Komise o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské Unie (*de minimis*) C(2014)/4136 odst. 8, písm. b). Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, čl. 10.

<sup>709</sup> EUVG, odst. 9 a 10.

<sup>710</sup> Viz čl. 4 a 5 Nařízení Komise (EU) č. 330/2010, o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě.

<sup>711</sup> *Inter-brand* soutěží se rozumí soutěž mezi značkami v horizontálním smyslu (např. pokud si konkurují auta značky Škoda s auty značky Hyundai), zatímco *intra-brand* soutěží se rozumí soutěž v rámci jedné značky. (např. pokud si konkurují dva distributoři vozů Škoda při prodeji aut značky Škoda).

- *Výhradní distribuce*: Dohoda o výhradní distribuci je dohodou, v níž se dodavatel zavazuje dodávat zboží či služby pouze jedinému distributorovi, který je bude na určitém území dále prodávat. Tato dohoda může vést k rozdělení trhu a k omezení *intra-brand* soutěže, což může ve svém důsledku představovat cenovou diskriminaci.<sup>712</sup>
- *Výhradní přidělování zákazníků*: Dohoda o výhradním přidělování zákazníků je obdobou výhradní distribuce se stejnými možnými negativními účinky, jež spočívá v tom, že dodavatel prodává své výrobky pouze jednomu distributorovi, který je následně nabízí pouze určité skupině zákazníků.<sup>713</sup>
- *Selektivní distribuce*: Jde opět o obdobu dohody o výhradní distribuci s tím rozdílem, že kritériem pro selekci je povaha výrobku, nikoliv území, na kterém mohou distributoři zboží dále prodávat. Omezení dalšího prodeje se přitom týká veškerých prodejců neautorizovaným distributorům. Selektivní distribuce se téměř vždy používá při distribuci značkových výrobků.<sup>714</sup>
- *Franšíza*: Jedná se o dohodu vztahující se k licenci na práva k duševnímu vlastnictví, jež se vztahují zejména na obchodní známky nebo značky a know-how pro využívání či distribuci zboží nebo služeb.<sup>715</sup>
- *Výhradní dodávka*: V rámci tohoto typu vertikální dohody se dodavatel zavazuje prodávat pouze jednomu kupujícímu. Negativní dopady této dohody se mohou projevit uzavřením trhu ostatním distributorům.<sup>716</sup>
- *Platby předem za přístup*: Tyto dohody stanovují poplatky, které dodavatelé platí distributorům na počátku určitého období, aby získali přístup k jejich distribuční síti a uhradili jimi poskytované služby. Protisoutěžním účinkem těchto dohod může být uzavření trhu ostatním dodavatelům, pokud motivují dodavatele k tomu, aby své výrobky prodávali pouze prostřednictvím jednoho distributora nebo omezeného počtu distributorů.<sup>717</sup>

<sup>712</sup> Viz EUVG, odst. 152.

<sup>713</sup> Viz tamtéž, odst. 168 a násl.

<sup>714</sup> Viz tamtéž, odst. 174 a násl.

<sup>715</sup> Vertikální dohodou ve formě franšizy se zabýval Tribunál v rozsudku ve věci *Pronuptia de Paris* z roku 1986, ve kterém konstatoval, že ustanovení franšizové smlouvy o distribuci zboží, jež jsou jednoznačně nezbytná pro fungování franšizy, nepředstavují porušení hospodářské soutěže. Konkrétně se jednalo o ustanovení, které zabraňovalo, aby z know-how a podpory poskytnutých poskytovatelem franšizy mohli profitovat i ostatní soutěžitelé, a ustanovení obsahující kontrolu nezbytnou pro udržení identity a reputace poskytovatele franšizy. Na druhou stranu jako protisoutěžní bylo shledáno omezení zákazníků či lokalit.

<sup>716</sup> Viz EUVG, odst. 192 - 202.

<sup>717</sup> Viz tamtéž, odst. 203 - 208.

- *Dohody o správě určité kategorie*: Jedná se o ujednání, jimiž v rámci dohody o distribuci pověří distributor dodavatele marketingem určité kategorie výrobků (*category management*), a to zpravidla nejen výrobků tohoto dodavatele ale i jeho konkurentů. Touto dohodou tak např. distributor pověří určitého dodavatele provedením reklamy na výrobky nabízené tímto distributorem. Možným negativním efektem této dohody je narušení či uzavření soutěže mezi dodavateli v případě, že má pověřený distributor takový vliv, že může znemožnit distribuci konkurenčních výrobků.<sup>718</sup>
- *Vázané obchody (tzv. junktimy)*: Jde o dohody zavazující spotřebitele, kteří si zakoupí jeden výrobek, odebrat také další (odlišný) výrobek od stejného či jiného stanoveného dodavatele.<sup>719</sup> Jde tak o určitou obdobu praktiky představující zneužití dominantní postavení - tzv. vázání nebo balíčkování.
- *Určování (omezení) cen pro další prodej resale price maintenance, často uváděné pod zkratkou „RPM“*: Jedná se o ujednání, v rámci kterých dodavatelé stanovují ceny, resp. určitá cenová rozmezí, za které mají následně distributoři prodávat zboží.<sup>720</sup> Tyto dohody jsou jako jedno z kontroverzních témat soutěžního práva a ekonomie rozebrány v samostatné podkapitole níže.

Vertikální dohody můžeme dále členit také z hlediska toho, zda jde o spolupráci iniciovanou ze strany dodavatele, tj. subjektu působícího na předřazeném trhu, nebo distributora, resp. kupujícího. Obecně se totiž předpokládá, že vertikální dohody jsou zpravidla uzavírány na popud dodavatele, který si tak diktuje podmínky obchodování s podnikem na podřazeném trhu.

Tento náhled vychází z pojetí vertikální dohody jako vztahu „principála a agenta“, kdy výrobce na předřazeném trhu požaduje po svém smluvním partnerovi - kupujícím - na následném trhu určité závazky, jež omezují jednání kupujícího a potenciálně ohrožují soutěž na trhu, kde kupující působí. Z tohoto pojetí ostatně vychází i EUVG. V praxi se však mohou vyskytovat i vertikální dohody motivované kupujícím. Zejména se jedná o situace, kdy kupující má natolik silnou kupní sílu (příp. „vyjednávací sílu“, často se může jednat i o situaci monopsonu), že je schopný si vyjednat nebo uložit dodavatelé určitá omezení nebo obchodní podmínky týkající se dodavatelových služeb či zboží. Příkladem takových vertikálních dohod mohou být podmíněné koupě, požadavky na dodatečné platby (např. platba za vystavení zboží v regálu), doložka nejlepšího zákazníka apod.

<sup>718</sup> Viz tamtéž, odst. 209 - 2013.

<sup>719</sup> Viz tamtéž, odst. 214 - 222.

<sup>720</sup> Viz EUVG, odst. 223-229.



Tyto dohody mohou mít negativní efekt na soutěž jak mezi dodavateli na předřazeném trhu tak mezi kupujícími na následném trhu. Na druhou stranu mohou mít i významné prosoutěžní přínosy, proto je třeba vždy posuzovat konkrétní dopady té které dohody.<sup>721</sup> V českém prostředí se můžeme setkat s vertikálními dohodami motivovanými ze strany nakupujících např. v případě velkých supermarketů, které jsou schopny si stanovovat určité nákupní podmínky vůči svým malým dodavatelům.<sup>722</sup>

V poslední době je také poměrně velká pozornost zaměřena na vertikální dohody uzavírané na vícestranných platformách, které zprostředkovávají vzájemný vztah mezi dvěma a více zákazníky (jedná se např. o různé platební systémy, sociální sítě či nákupní portály). Vertikální dohody uzavírané těmito platformami v podobě např. různých exkluzivních odběrů, podmíněných slev a podobně mohou mít také specifické pro- i protisoutěžní účinky.<sup>723</sup>

### 7.6.1 Možné ekonomické zdůvodnění vertikálních dohod

Obecně se přijímá názor, že vertikální dohody jsou z hlediska soutěžního mnohem méně škodlivé než dohody horizontální. Je to dáno tím, že činnosti podniků ve vertikálním vztahu jsou vzájemně komplementární, a proto má každá strana této dohody zájem na tom, aby druhá strana snižovala ceny, čímž dojde ke zvýšení poptávky po zboží obou stran a zároveň ke zvýšení spotřebitelského blahobytu. Naopak pokud jedna ze stran využije svou tržní sílu a například zvýší své ceny, zpravidla tím klesne i poptávka po zboží druhé strany. Vertikální dohody proto mají zabránit tomu, aby některá ze stran zneužívala své tržní moci na úkor druhé strany.<sup>724</sup>

Pro pochopení ekonomického pohledu na vertikální dohody je třeba nejprve nastínit důvody, které podniky vedou k uzavření takové dohody. Motivací je totiž

<sup>721</sup> The Pros and Cons of Vertical Restraints. *Konkurrensverket: Swedish Competition Authority* [online]. 2008 [cit. 8. 6. 2014] Dostupné z: [http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros & Cons/rap\\_pros\\_and\\_cons\\_vertical\\_restraints.pdf](http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros%20&%20Cons/rap_pros_and_cons_vertical_restraints.pdf)

<sup>722</sup> Více viz např. ORGONÍK, M. *Právní a ekonomické aspekty vertikálních kartelů* [online]. Brno, 2009 [cit. 5. 7. 2014]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Ekonomicko-správní fakulta. Dostupné z: [http://is.muni.cz/th/76395/esf\\_m/DP\\_Orgonik.pdf](http://is.muni.cz/th/76395/esf_m/DP_Orgonik.pdf).

<sup>723</sup> Více viz např. EVANS, D. Economics of vertical restraints for multi-sided platforms. *University of Chicago Institute for Law & Economics* [online]. 2013, č. 626 [cit. 5. 7. 2014]. Dostupné z: <http://www.law.uchicago.edu/files/file/626-de-vertical.pdf>

<sup>724</sup> ROSE, V.; BALLEY, D. *European Union Law of Competition*. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, 1431 s. ISBN 978-0-19-966014-8, s. 414.

většinou dosažení větší ekonomické efektivity zúčastněných stran, jež ve svém důsledku vede také k většímu prospěchu pro spotřebitele. EUVG věnují poměrně hodně pozornosti<sup>725</sup> možným typům ospravedlnění vertikálních dohod a současně uvádí, že tento výčet není vyčerpávající.<sup>726</sup> Na druhou stranu je nutno zvažovat možné negativní efekty, které mohou z vertikálních dohod plynout a jež je nutné v každém konkrétním případě porovnávat s pozitivními účinky dohody. Obecně platí, že pokud je dohoda dostatečně ekonomicky zdůvodněna a je prokázáno, že její pozitivní efekt na soutěž převládá nad omezujícím účinkem, bude třeba ji považovat za povolenou ve smyslu čl. 101 odst. 3 SFEU.

V souvislosti s ekonomickým opodstatněním vertikálních dohod se nejčastěji uvádějí níže uvedené důvody uzavírání těchto dohod,<sup>727</sup> které vedou ke zvýšení efektivity zúčastněných stran. Některé ekonomické motivy mohou být sice naplněny pomocí vertikální cenové fixace (*resale price maintenance* - RPM), ale nikoliv nezbytně. I bez potenciálních protisoutěžních rizik RPM jich lze dosáhnout volbou jiného typu (obsahu) vertikálního vztahu.

1. *Řešení problému dvojí marginalizace:*

Nejčastěji uváděným druhem ekonomického zdůvodnění vertikálních dohod je eliminace problému dvojí (či vícenásobné) marže. Tento problém spočívá v tom, že na cestě od výrobce po konečného spotřebitele prochází produkt přes řadu zprostředkovatelů, z nichž každý usiluje o dosažení zisku prostřednictvím účtování marže.<sup>728</sup> Výsledkem je proto vysoká cena pro poslední článek této cesty - konečného spotřebitele. Tato situace je ovšem nevýhodná pro všechny zúčastněné strany. Konečný spotřebitel musí platit vyšší cenu, než je ochoten, a koupí si tak pravděpodobně méně zboží než v případě nižší ceny. Poslední zprostředkovatel proto kvůli této vysoké ceně prodá menší množství produktů a z toho důvodu také odebere menší množství vstupních produktů od předchozího zprostředkovatele. Takto to postupuje až k původnímu výrobcu.

<sup>725</sup> Viz EUVG, odst. 128 - 229.

<sup>726</sup> Pozitivní efekty vertikálních dohod jsou uvedeny v odst. 107 EUVG.

<sup>727</sup> Srov. komplexnější pojednání BEJČEK, J. K důvodnosti automatického zákazu vertikální cenové fixace. *Právník - Teoretický časopis pro otázky státu a práva*. 2008, roč. 2008, č. 5, s. 825 - 854. Uvádějí se tam komparativně i ekonomické a soutěžní nevýhody vertikální cenové fixace včetně teoretické a empirické verifikace její škodlivosti.

<sup>728</sup> Tento problém (dvojí/vícenásobné marginalizace) poprvé zmínil francouzský ekonom Antoine Augustin Cournot v roce 1838.

Problém dvojité/vícenásobné marže lze vyřešit jednak uzavřením dohody mezi podniky na navazujících trzích nebo vertikální integrací těchto podniků v jeden subjekt. V rámci vertikální dohody se podniky většinou domluví na tom, že produkt bude nabízen konečnému spotřebiteli za určitou cenu (tj. uzavřou dohodu o určení ceny pro další prodej), případně si sjednají, že distributor od dodavatele odebere alespoň určité minimální množství produktu odpovídající výstupu jedné marže.<sup>729</sup>

## 2. Řešení problému parazitování (černého pasažéra)

Ekonomickým důvodem vertikálních dohod může být také odstranění problému „parazitování“ či „černého pasažéra“, který spočívá v tom, že jeden distributor může těžit z propagace jiného distributora. Výhradní distribuce nebo podobná restriktivní opatření mohou takovému parazitování zabránit. Formou nepřímého parazitování je i případ, kdy spotřebitel nebo i podnikatel ověřuje vlastnosti výrobku u dodavatele, který do toho vkládá prostředky, jež se samozřejmě musí promítnout do vyšší ceny, a kupec potom totožný výrobek koupí u prodejce, který tyto informační a marketingové služby neprovádí, a je o to levnější, protože prostě „jen“ prodává. Typické je to v oblasti internetových nákupů<sup>730</sup>.

Typické jsou situace, že dodavatel vynaloží určité investice na podporu prodeje v obchodě, do kterého dodává (např. investice do reklamy tohoto obchodu), což však může přilákat konkurenční dodavatele, kteří budou chtít do tohoto propagovaného obchodu taktéž dodávat své zboží a profitovat tak z jeho propagace, aniž by na ni sami vynaložili náklady. Vyřešit tuto situaci proto může dohoda, v rámci níž dodavatel zaváže obchod, do kterého investoval, aby neprodával konkurenční produkty. Jedná se tak v podstatě o dohody obsahující ustanovení o „výhradním prodeji“ či „nákupu jediné značky“.

<sup>729</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s. 312-314.

<sup>730</sup> Podobnému parazitování může zabránit omezení typu zakazu soutěžit - není tedy z tohoto důvodu nezbytně nutné předem distributorům „kompenzovat“ hypotetické škody z možného parazitování vertikální cenovou fixací. Parazitování mezi kupujícími se projevuje pouze v předprodejních službách, nikoli ve službách poskytovaných po zakoupení výrobku. Výrobek musí být obvykle relativně nový a technicky složitý, jinak zákazník na základě předchozích nákupů přesně ví, co chce. Výrobek také musí být poměrně drahý, aby se zákazník obtěžoval jít do jednoho obchodu pro informace, a do jiného šel výrobek koupit. Pro dodavatele nemusí být praktické, aby všem kupujícím smluvně ukládal přesné požadavky na předprodejní služby. Koneckonců nelze brát možnost svobodné spotřebitelské volby těm spotřebitelům, kteří upřednostňují nízkou cenu před komplexními předprodejními službami. Parazitování mezi dodavateli je také omezeno na určité situace: jedná se zejména o případy, kdy se propagační činnost soustředí na prostory kupujícího a je obecná, nikoli zaměřená na značku.

### 3. Řešení problému finanční podpory

Tento problém vzniká za situace, kdy kupující nebo dodavatelé provedou určité investice ve prospěch svého zákazníka (např. speciální školení či zařízení)<sup>731</sup>. I zde může dojít k určité formě parazitování, pokud by zákazník (adresát investice) následně odebíral od jiného dodavatele, který investici neprovedl.<sup>732</sup>

Především musí být investice vázána na určitý vztah<sup>733</sup>. Za druhé to musí být dlouhodobá investice, kterou nelze získat zpět v krátké době. A za třetí se musí jednat o investici asymetrickou, tj. jedna smluvní strana investuje více než druhá. Pokud jsou tyto podmínky splněny, existuje obvykle dobrý důvod pro použití vertikálního omezení po dobu, než je investice amortizována. Příslušné vertikální omezení by svým typem odpovídalo zákazu soutěžit nebo množstevní povinnosti, pokud by investoval dodavatel, a v případě, že by investoval kupující, by se jednalo o výhradní distribuci, o výhradně přidělené zákazníky nebo o výhradní dodávku.

Jako příklad lze uvést dohodu mezi nízkonákladovými aerolinkami a menším letištěm, v níž se letiště zaváže zrenovovat svůj provoz a vynaložit určité investice do vývoje a zvětšení letiště, zatímco aerolinky se zavážou, že nebudou jezdit na jiné blízké letiště, a že zde budou provozovat určitý minimální počet letů tak, aby se letišti jeho investice vyplatily. Bez takové dohody by se totiž letiště zřejmě do renovace nepustilo, neboť by nemělo záruku, že jej budou nějaké aerolinky využívat. Realizace této dohody navíc vede ke zvýšení blahobytu spotřebitelů, neboť ti získají nové možnosti letů s nízkonákladovými aerolinkami. Řešením uvedeného problému může být například dohoda o určení cen pro další prodej.

<sup>731</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s. 314 - 319.

<sup>732</sup> Například výrobce součástek, který musí vyrábět nové stroje, aby uspokojil konkrétní požadavek jednoho ze svých zákazníků. Investor nebude investovat nezbytné prostředky, dokud nedojde k určité dohodě o dodávkách.

<sup>733</sup> Investice ze strany dodavatele je považována za vázanou na určitý vztah, pokud ji po skončení smlouvy dodavatel nemůže využít k zásobování jiných zákazníků a pokud může být prodána jen s výraznou ztrátou. Investice ze strany kupujícího je považována za vázanou na určitý vztah, pokud ji po skončení smlouvy kupující nemůže využít k nákupu a/nebo užívání výrobků dodaných jinými dodavateli a pokud může být prodána jen s výraznou ztrátou. Investice je tedy vázaná na určitý vztah například proto, že může být využita jen k výrobě určité části typické pro danou značku nebo ke skladování určité značky, a nelze ji využít k vytvoření zisku například z výroby nebo dalšího prodeje alternativního zboží.

#### 4. *Dosažení úspor z rozsahu v distribuci*

Má-li výrobce využít úspor z rozsahu, a snížit tak maloobchodní cenu, může usilovat o omezení dalšího prodeje svých výrobků na určitý počet distributorů. Příkladem může být např. dodavatel, který bude využívat úspor z rozsahu ve své distribuci tím, že bude dodávat pouze jednomu distributorovi nebo omezenému počtu distributorů. Dodávky do roztržité distribuční sítě mohou být provozně velmi nákladné. Pro tyto účely lze využít výhradní distribuci, množstevní omezení v podobě minimálního požadovaného nákupu či selektivní distribuci s požadavkem výhradního nákupu.<sup>734</sup> Pravděpodobně by nebylo vhodné použít dohodu o RPM jako kompenzaci za to, že se vůbec určitému odběrateli zboží dodává, a že jen proto může zůstat zařazen v síti, která by jinak byla z důvodů úspor z rozsahu distribuce nutně užší.

#### 5. *Kompenzace nedokonalostí kapitálového trhu*

Je možné, že běžní kapitáloví investoři nejsou vždy s to poskytnout kapitál optimálním způsobem, protože mají nedokonalé informace o kvalitách dlužníka nebo úvěr není dostatečně zajištěn. Kupující nebo dodavatel může mít lepší informace, a může tedy prostřednictvím výhradního smluvního vztahu získat zvláštní zajištění svých investic. Pokud poskytuje půjčku dodavatel kupujícímu, může být kupujícímu stanoven zákaz soutěžit nebo uložena množstevní povinnost. Pokud kupující poskytuje úvěr dodavateli, může být dodavateli stanovena omezení v podobě výhradní dodávky nebo množstevní povinnosti.

#### 6. *Snaha o zvýšení prodeje, vytvoření image značky, apod.*

Vertikální omezení soutěže mohou pomoci zvýšit prodej, pomáhají vytvářet image značky a zvyšovat přitažlivost výrobku pro konečného spotřebitele tím, že distributory nutí dodržovat určitou míru jednotnosti, kompatibility, a též určité normy kvality. Takto motivovány jsou například a typicky systémy selektivní distribuce nebo *franchisingu*.

#### 7. *Uspadnění otevření nových trhů nebo vstupu na nové trhy*

Jako příklad lze uvést dodavatele, který zamýšlí vstoupit na nový trh, což ovšem může být drahé pro distributora, který musí vynaložit určité investice do reklamy apod., proto potřebuje od dodavatele určitou záruku, že například bude moci účtovat vyšší cenu, aby si nahradil své investice, případně, že bude výhradním distributorem na novém trhu.

<sup>734</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s. 318-319.

#### 8. Usnadnění vyjednávání mezi dodavateli a distributory

Mezi další možné ekonomické ospravedlnění vertikálních dohod může patřit jednoduše také to, že tyto dohody usnadňují vyjednávání mezi dodavateli a distributory, čímž může být např. odstraněno riziko, že silnější podnik bude při vyjednávání podmínek požadovat nepřiměřené podmínky v důsledku své větší tržní síly.

Při rozboru uvedených ekonomických zdůvodnění bude podstatné posuzovat, zda byla omezení sjednaná ve vertikální dohodě nezbytná pro odstranění některého z výše uvedených problémů, nebo zda už byla učiněna nad rámec nutného a pouze způsobují omezení či poškození soutěže. Je tedy třeba vzít v úvahu, že vertikální dohody budou zpravidla zvyšovat stávající efektivnost zúčastněných soutěžitelů a přinesou často též lepší podmínky pro spotřebitele.

#### 7.6.2 Zákaz vertikálních dohod, jejich protisoutěžní účinky

Zákazy vertikálních dohod by měly být spíše výjimečné. Pro posouzení možného protisoutěžního dopadu vertikálních dohod je vhodné srovnat stav při existenci dohody se stavem, který by tu byl v případě absence vertikální dohody (tj. provést srovnávací analýzu rozebranou výše). Pokud by situace byla v takovém případě méně příznivá, musíme dospět k závěru, že dohoda neměla negativní dopad na soutěž.<sup>735</sup>

EUVG obecně uvádějí čtyři základní negativní efekty vertikálních dohod na hospodářskou soutěž. Prvním je protisoutěžní uzavření trhu, které znesnadňuje potenciálním soutěžitelům vstoupit na tento trh, případně znemožňuje rozšíření činnosti stávajícím soutěžitelům. Druhým možným negativním efektem je oslabení hospodářské soutěže mezi dodavatelem a konkurenčními podniky a/nebo usnadnění nekalých praktik mezi těmito dodavateli, tedy omezení *inter-brand* soutěže, tj. soutěže mezi značkami. Za třetí může dojít k oslabení hospodářské soutěže mezi kupujícími a podniky, které mu konkurují, a/nebo usnadnění koluze mezi těmito konkurenty, které vedou naopak k omezení *inter-brand* soutěže, tj. soutěže v rámci jedné značky, pokud jde o soutěž distributorů na základě značky či výrobku

<sup>735</sup> NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit., s. 322.

stejného dodavatele. Posledním uváděným negativním dopadem je vytvoření překážek integrace trhu, spočívajících zejména v omezování možností spotřebitelů nakupovat zboží či služby v kterémkoliv členském státě, který si zvolí.<sup>736</sup>

Pro posuzování možných protisoutěžních dopadů vertikálních dohod EK v EUVG doporučuje vzít nejprve v úvahu velikost tržních podílů zúčastněných soutěžitelů. Pokud nebude možné pro velikost tržního podílu aplikovat blokovou výjimku, je namísto dále zkoumat podmínky na trhu, jako jsou bariéry vstupu na trh (pokud nejsou významné, bude poškození soutěže méně pravděpodobné), vyspělost trhu, obchodní úroveň a podobně. Důležité je také zkoumat povahu dohody, tržní sílu a postavení jejích účastníků a také konkurenčních podniků a odběratelů smluvních výrobků na trhu. Podstatným ekonomickým kritériem je úroveň mezi-značkové (*inter-brand*) soutěže na dotčených trzích. Pokud totiž dochází k intenzivní mezi-značkové soutěži a existuje tak silný konkurenční tlak na dotčených trzích, případné vyloučení soutěže uvnitř značky (*intra-brand*), typické pro působení vertikální dohody, nebude mít ve svém důsledku dopad na konečného spotřebitele.

Při hodnocení vertikálních dohod je také důležité vzít v potaz, že podstata některých jednání je více méně totožná s praktikami zneužití dominantního postavení sankcionovaného čl. 102 SFEU, kterého se mohou dopouštět zpravidla vertikálně integrované podniky, které se pohybují jak na předřazených tak na následných trzích (jako např. výhradní dodávky či vázané obchody). Proto by se zde nabízela otázka, zda se mají dopady těchto praktik na dotčené relevantní trhy posuzovat taktéž prostřednictvím zkoumání možného „protisoutěžního uzavření trhu“, tedy vyloučení v dohodě nezúčastněných podniků z trhu. Z EUVG lze nicméně dovodit, že čl. 102 SFEU může být na vertikální dohody aplikován paralelně s čl. 101 SFEU<sup>737</sup>.

### 7.6.3 Dohody o určování cen pro další prodej („RPM“)

Dohody o určování cen pro další prodej jsou typem vertikálních dohod, které obsahují ujednání o přímém či nepřímém stanovení ceny pro další prodej. Jde o dohodu mezi dodavatelem a distributorem, ve které se distributor zaváže k tomu, že bude nakoupené zboží prodávat dalším prodejcům či konečným zákazníkům za určité ceny, případně, že se bude pohybovat v dohodnutém cenovém rozmezí. Na základě

<sup>736</sup> EUVG, odst. 100.

<sup>737</sup> Tamtéž, odst. 1.

dohod o RPM může být buď fixně stanovena konkrétní přeprodejní cena, nebo maximální či minimální cena, popřípadě může dodavatel pouze doporučit prodejní cenu. Tyto dohody jsou v rámci EU i ČR v posledních letech poměrně kontroverzním tématem a teoretický přístup k těmto vertikálním dohodám se značně rozchází, byť se v rozhodovací praxi zatím převážně setrvává u zásadně negativního hodnocení RPM (tj. jako dohod *per se* zakázaných).

Zpravidla povolené jsou jednak dohody, které stanovují pouze doporučenou cenu pro další prodej, bez toho, aby tato cena byla dodavatelem jakkoliv vymáhána, a dále dohody určující maximální prodejní cenu.<sup>738</sup> Tyto dohody mají většinou spíše pozitivní efekt na soutěž. Určení maximální či doporučené prodejní ceny jednak zabraňuje předražování výrobků pro konečné spotřebitele a také účinně slouží k eliminaci problému dvojí marginalizace. Negativní dopad by měly tehdy, pokud by doporučené či maximální ceny většina prodejců dodržovala, případně by tyto ceny oslabily hospodářskou soutěž a usnadnily vznik nežádoucích praktik mezi dodavateli. Podstatným faktorem je také tržní síla dodavatele, neboť platí, že čím silnější je postavení dodavatele na předraženém trhu, tím se stupňuje riziko, že maximální či doporučená cena povede k vytvoření v podstatě jednotné cenové hladiny.<sup>739</sup>

Podle současného evropského přístupu představuje určování cen pro další prodej „tvrdé“ omezení hospodářské soutěže, pokud jde o dohodu či jednání ve vzájemné shodě, jejímž přímým či nepřímým předmětem je stanovení fixní minimální ceny pro další prodej nebo fixní či minimální cenové hladiny, kterou musí kupující dodržet.<sup>740</sup> Takové dohody by tedy měly být zakázány *per se*, bez možnosti jakéhokoliv ekonomického ospravedlnění či uplatnění blokové výjimky.<sup>741</sup> *Per se* přístup k dohodám o RPM je ovšem poměrně častým terčem kritiky, neboť z hlediska ekonomického přístupu by se i zde měly zkoumat konkrétní účinky dohody na hospodářskou soutěž a zvažovat její možné ekonomické přínosy.<sup>742</sup>

<sup>738</sup> Dohody o určování cen pro další prodej. *Informační list ÚOHS* č. 2/2009. Viz např. rozsudek Soudního dvora ze dne 3. 9. 2009, Věc C-506/07, *Lubricantes y Carburantes Galáticos*, ve kterém Soudní dvůr potvrdil, že ujednání, které ukládá pouze doporučenou nebo maximální cenu pro další prodej by mělo spadat pod blokovou výjimku, pokud je prodejcům na maloobchodním trhu reálně umožněno stanovit si cenu, za kterou budou na tomto trhu zboží nabízet.

<sup>739</sup> EUVG, odst. 227 - 229.

<sup>740</sup> Tamtéž, odst. 223.

<sup>741</sup> Viz čl. 4 (a) nařízení EK č. 330/2010.

<sup>742</sup> Ve prospěch ekonomického přístupu a posuzování konkrétních účinků dohody argumentoval např. KINDL, J.: *Vertikální fixace cen - nepotřebujeme ještěřáby!* Antitrust. 2014, č. 1, s. 4-10.



Byť dohody o RPM snižují soutěž v rámci jedné značky, mohou naopak posílit soutěž mezi značkami. Prosoutěžní může být podle EK dohoda o RPM tehdy, pokud určuje cenu pouze pro krátké časové období, kdy jsou nové produkty zaváděny na trh nebo pokud z krátkodobé akce spočívající v nabízení nízkých cen budou profitovat spotřebitelé. Na druhou stranu mezi negativní dopady patří např. to, že mohou usnadňovat praktiky, pomocí kterých může být udržena koluze na předřazeném či následném trhu. Prostřednictvím dohody o RPM může být nežádoucím způsobem udržován monopolní zisk podniku působícího na předřazeném trhu. Dohoda o RPM může sloužit i jako ulehčení soutěže na následném trhu či jako odstrašení od vstupů na tento trh. Negativním důsledkem je také oslabení soutěže v případě existence propletených sítí dohod o RPM.<sup>743</sup>

Ačkoliv z ustálené rozhodovací praxe zatím jednoznačně vyplývá, že dohody o RPM mají být zakázány *per se*, v EUVG lze nalézt určitý prostor k možnému ospravedlnění uzavření takové dohody. Členové dohody o určení cen pro další prodej obsahující tvrdé omezení se totiž mohou bránit argumentem účinků dohody podle § 101 odst. 3 SFEU. Je tak na podnikcích, aby unesly břemeno tvrzení a doložily, že pozitivní účinky jejich dohody vyplývají právě ze začlenění stanovení cen pro další prodej do této dohody a prokázaly tak splnění podmínek v § 101 odst. 3 SFEU. EK pak musí zkoumat, zda má přesto dohoda skutečně negativní dopady na soutěž a spotřebitele, a na základě toho posoudit, jestli jsou podmínky uplatnění výjimky podle čl. 101 odst. 3 SFEU naplněny.<sup>744</sup>

Zásadní diskusi ohledně přístupu k dohodám o RPM, a to i v evropském prostředí, vyvolal přelomový rozsudek Nejvyššího soudu USA z roku 2007 ve věci *Leegin*,<sup>745</sup> který prolomil dosavadní *per se* přístup a prosadil posuzování těchto dohod podle *rule of reason*. Předchozí judikatura USA vycházela z rozsudku ve věci *Dr. Miles Medical Co*<sup>746</sup> z roku 1911, v němž Nejvyšší soud USA uvedl, že samotným účelem dohod o RPM je omezení soutěže a stanovování cen. Z tohoto pravidla existovaly v podstatě pouze dvě výjimky. Jednak jednostranné oznámení cen, tj. případy

<sup>743</sup> Viz BENNETT, M.; FLETCHER, A.; GIOVANNETTI, E.; STALLIBRASS, D. Resale price maintenance: Explaining the controversy, and small steps towards a more nuanced policy. *Munich Personal RePEc Archive* [online]. 2010, paper no. 21121 [cit. 8. 7. 2014]. Dostupné z: [http://mpr.ub.uni-muenchen.de/21121/1/MPRA\\_paper\\_21121.pdf](http://mpr.ub.uni-muenchen.de/21121/1/MPRA_paper_21121.pdf)

<sup>744</sup> EUVG, odst. 223.

<sup>745</sup> *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., DBA Kay's Closet...Kay's Shoes*. 551 US 877; 127 S Ct 2705 (2007).

<sup>746</sup> *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

kdy se nejedná o dohodu o ceně, ale pouze o jednostranné konstatování ceny<sup>747</sup>, a dále stanovení minimální přepravecké ceny, pokud se jednalo o zboží dodávané zásilkou.<sup>748</sup>

V rozsudku *Leegin* však Nejvyšší soud USA dosavadní judikaturu prolomil a zcela tak proměnil náhled na dohody o RPM. Konkrétně posuzoval dohodu mezi společností Leegin - návrhářem a výrobcem dámských kožených doplňků - a maloobchodními prodejci těchto výrobků o určení cen pro další prodej, přičemž se přelomově zabýval také možným ekonomickým ospravedlněním této dohody. Dospěl přitom k závěru, že určitá marže zaručená maloobchodním prodejcům jim umožňovala poskytovat zákazníkům vysoce kvalitní služby. Pokud by jim naopak bylo umožněno účtovat nižší ceny, mohlo by to vést k poškození image a pověsti značky.<sup>749</sup>

Ačkoliv uvedený judikaturní obrat proběhl v USA, vyvolal vlnu kritiky *per se* přístupu k dohodám o RPM také v Evropě, kde ovšem doposud k zásadní změně nahlížení na tuto problematiku nedošlo. Nicméně i Soudní dvůr již ve své judikatuře (rozsudek ve věci *CEPSA*<sup>750</sup> z roku 2008 a ve věci *Pedro IV Servicios*<sup>751</sup> z roku 2009) uvedl, že dohody o stanovení ceny pro další prodej porušují čl. 101 SFEU (rozhodnutí ještě hovoří o čl. 81 Smlouvy o ES), pokud jsou splněny všechny ostatní podmínky pro použití tohoto článku, a tedy, že cílem nebo účinkem této dohody je citelné omezení hospodářské soutěže na společném trhu, a že tato dohoda může ovlivnit obchod mezi členskými státy. Z toho by bylo možné dovodit, že dohody o RPM by neměly být chápány automaticky jako zakázané, ale je třeba se v konkrétních případech zabývat naplněním podmínek zákazu, případně opodstatnění použití blokové výjimky podle čl. 101 odst. 3 SFEU.<sup>752</sup>

Na druhou stranu ve prospěch *per se* zákazu dohody o RPM někteří autoři<sup>753</sup> argumentují tím, že dohody o RPM ve skutečnosti zpravidla nemohou být ekonomicky ospravedlněny, neboť nejsou nejlepším či jediným možným řešením výše uvedených situací opodstatňujících uzavření vertikální dohody (viz kap. 7. 6. 1).

<sup>747</sup> United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919)

<sup>748</sup> United States v. General Electric Co., 272 U.S. 476 (1926)

<sup>749</sup> Cit. podle NIELS; JENKINS; KAVANAGH, 2011, op. cit.

<sup>750</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. 9. 2008. Věc C-279/06. *CEPSA*.

<sup>751</sup> Rozsudek Soudního dvora ze dne 2. 4. 2009. Věc C-260/07. *Pedro IV Servicios*.

<sup>752</sup> Viz KINDL, J. Vertikální fixace cen - nepotřebujeme jestřáby!. *Antitrust*, 2014, č. 1.

<sup>753</sup> Viz BEJČEK, J. K důvodnosti automatického zákazu vertikální cenové fixace. *Právník - Teoretický časopis pro otázky státu a práva*, 2008, roč. 2008, č. 5, s. 825 - 854.

Dohoda o RPM se například často uvádí jako prostředek pro zavedení značky či udržení kvality a image zboží. S tím lze ovšem v některých případech polemizovat. Zvýšení spotřebitelského blahobytu tím, že zákazník má k dispozici např. předprodejní servis, určité podmínky vlastního prodeje, ev. i jistý standard po něm, je jistě přínosem. Může však být ukvapené se domnívat, že jde o důsledek vyšších prodejních marží RPM<sup>754</sup>. Takový vliv vyšší marže není jistě namíště dopředu zcela vyloučit, ale nelze předpokládat, že nastane pravidelně. Výrobce může mít k dispozici i mnohem spolehlivější nástroje, jak dosáhnout téhož i bez zvýšení distributorovy marže, která v důsledku škodí konečnému spotřebiteli. Tomu bere i možnost vyhnout se takto kalkulované ceně v případě, že preferuje jen levnější zboží, byť se neprodává s přídatnými službami a v úrovni, o niž spotřebitel nestojí. Jde o jakýsi druh vázání (*junktimace, bundlingu*), která je mimochodem zakázána jako forma zneužití dominantního postavení v čl. 102 SFEU. Je zřejmé, že RPM a kvalita zboží, resp. dodatečné služby s jeho prodejem spojené, jsou vlastnosti od sebe lehce oddělitelné - není tedy věcný důvod k jejich rádooby „nutnému“ spojování.

Z právě uvedeného hlediska se rozlišují spotřebitelé „marginální“ a „inframarginální“.<sup>755</sup> Marginálními zákazníky jsou ti, jejichž nákupní rozhodnutí závisí především na ceně (jsou citliví na jakoukoliv změnu ceny). Budou ochotni koupit zboží podléhající RPM jen v případě, že jeho hodnota (podle jejich hodnocení), zvýšená o předprodejní služby, přesáhne cenu. Inframarginální zákazníci jsou relativně nezávislí na změnách cen a hodnota zboží je pro ně důležitější než jeho aktuální cena. Ti jsou ochotni zaplatit za zboží vyšší cenu bez ohledu na jakékoliv dodatečné služby s prodejem spojené. Nepotřebují tedy předprodejní služby, stejně dotčené zboží koupí i bez nich. Pro hodnocení celkového dopadu RPM na celkový blahobyt spotřebitelů (ať už jakkoliv, ale nutně podle stejných kritérií zjišťovaný) by bylo třeba vědět, zda celkový pokles blahobytu inframarginálních zákazníků (nucených kupovat za vyšší cenu něco, co vlastně nechťejí a nepotřebují) bude vyrovnán ziskem pro marginální zákazníky (zboží koupili jen proto, že je pro ně hodnota výrobku a služeb s prodejem spojených vyšší, než cena, kterou prodávajícímu zaplatí).

<sup>754</sup> Např. Bork, 1978, op. cit.

<sup>755</sup> Srov. Kneepkens, M. Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach. *ECLR*. 2007, no. 12, s. 658 - 659.

RPM je jistě jednou z možností, jak zvýšit kvalitu prodeje (resp. vyjádřeno přesněji: jak na to vytvořit zdroje). Zdůvodňovat minimální prodejní ceny na dalším stupni tím, že výhodu jimi dosaženou bude distributor používat právě k zajištění jednotnosti a kvality značky, je tedy neadekvátní. Za prvé - RPM sama o sobě neposkytuje žádnou záruku právě takového účelového určení dodatečných finančních prostředků, a za druhé - tohoto účelu lze dosáhnout selektivně (a s menšími riziky pro soutěž a pro blaho spotřebitele) pomocí jiných druhů vertikálních omezení<sup>756</sup>.

Dohody o RPM pravděpodobně nejsou nejlepším řešením ani problému dosažení úspor z rozsahu v distribuci. Někdy se tvrdí,<sup>757</sup> že použití RPM k řešení uvedeného problému vede ke zvýšení poptávky po výrobcích, což umožňuje výrobcům, aby pomocí vyšších marží zajištěných stanovením RPM udržel na trhu i méně efektivní

<sup>756</sup> Některá zdůvodnění prosoutěžních dopadů RPM tím, že zlepšují pověst značky, jsou na prvý pohled docela přesvědčivá, ale při podrobnějším zkoumání neobstojí. Tak se např. ve sporu o to, zda může být obuvnické společnosti *Nine West* v USA povolena praktika RPM, tvrdilo, že spotřebitelé si spojují kvalitu obuvi s určitou (vyšší) cenovou úrovní. Pokud by maloobchodníci prodávali zboží této značky za extrémně nízké (téměř velkoobchodní) ceny, spotřebitelé by mohli nepřímou součástí, že výrobky *Nine West* jsou méně kvalitní nebo méně žádané, což by mohlo poškodit integritu značky a obecně i soutěžní postavení *Nine West* (srov. BRUNELL, R. M.: dopis předsedkyni FTC, týkající se žádosti *Nine West Footwear Corp.* o obnovení řízení o nařízení FTC, 5. 12. 2007, staženo z [www.antitrustinstitute.org](http://www.antitrustinstitute.org)). Existuje (asi docela úzký) segment tzv. „snobské spotřeby“, jehož účastníci akceptují za záruku původu a kvality zboží i velmi vysoké („snobské“) ceny (druh inframarginálních zákazníků). Efekt „snobské spotřeby“ je založen na tom, že čím více spotřebitelů má určitý statek, tím méně ho chtějí ostatní - klesá individuální poptávka v důsledku růstu nakupovaného množství ostatními spotřebiteli. Domníváme se však, že zájem zákazníků z tohoto poněkud okrajového segmentu na vysoké ceně, jakožto atributu kvality značkového zboží, si může jeho výrobce zajistit tak, že bude toto zboží distributorům prodávat za tak vysoké velkoobchodní ceny, které distributory donutí k „dostatečně vysoké“ ceně pro spotřebitele (současně však distributory „zbaví“ marginálních „nesnobských“ zákazníků). Individuální poptávka u snobské spotřeby klesá s růstem počtu spotřebitelů. Zvýšení poptávky, dosažené snížením ceny je doprovázeno snížením „exkluzivity“ zboží. Snížení ceny „snobského zboží“ vyvolá pravděpodobně zvýšení poptávky u marginálních zákazníků, ale sníží ji u inframarginálních. Celkový dopad pro výrobce a distributora závisí na poměru velikosti těchto zákaznických skupin. Nelze asi obecně říci, že zájem „snobské“ skupiny spotřebitelů na vysoké ceně je nadřazen zájmu širší skupiny spotřebitelů na nízké ceně za kvalitní produkt. RPM vede zpravidla ke zbytečnému zvýšení spotřebitelských cen pro všechny a omezuje soutěž uvnitř značky, a tím (v důsledku poklesu cenové soutěže na trhu) i soutěže mezi značkami. Akční slevy by výrobce distributorům (ani v mnou navrhovaném způsobu ovlivnění konečné ceny vysokou cenou velkoobchodní) zakázat nemohl. Vyloučení těchto slev je ostatně v řadě případů neekonomické a protisoutěžní. Jde o období stanovení distribuční marže či maximální výše slevy, které brání distributorovi rozdělit se se zákazníkem o marži, a představuje tvrdé restriktivní opatření, zásadně nepodléhající blokové výjimce ze zákazu (arg.: čl. 47 a 48 - per analogiam - Pokynů EK k vertikálním omezením, 2000/C 291/01).

<sup>757</sup> Gould, J.R.; Preston, L.E. Resale Price Maintenance and Retail Outlets. *32 Economica*. 1965, s. 302, cit. podle poslední uvedeného pramene, s. 659.

distributory, resp. umožnil i méně efektivním, aby na trh vstoupili - roste tak počet distributorů na trhu. Je ovšem namísto otázka, k čemu je spotřebiteli tento vyšší počet distributorů, pokud jej všichni díky vyšším maržím připravují o jeho peníze stanovením ceny nad soutěžní úroveň (nenarušenou v důsledku RPM). Prospívá snad takový stav soutěžnímu prostředí, když se trh zdánlivě jeví jako soutěžní (větší počet soutěžitelů, trh je méně koncentrovaný), ale v hlavním soutěžním parametru - ceně - soutěž neprobíhá? Obě odpovědi budou patrně v neprospěch RPM.<sup>758</sup> Pokud není spolehlivě zjištělné ani to, zda jsou (teoreticky či empiricky) pravděpodobnější kladné či záporné dopady většího počtu prodejen na soutěž a blahobyt spotřebitelů nemusí taková situace sloužit jako opodstatnění dohod o RPM.<sup>759</sup>

Některé teorie<sup>760</sup> předpokládají, že pomocí RPM mohou výrobci motivovat distributory, aby na skladě drželi více zboží. To může být efektivní u výrobků, které mohou mít omezenou trvanlivost nebo „regálovou životnost“ (sezónní sportovní potřeby, módní zboží), a poptávka po nich je nejistá. Přínosy jsou ovšem na straně výrobce - není vůbec jisté, zda vyšší spotřebitelské ceny v důsledku RPM přinesou nějaký užitek spotřebitelům. Možná jimi spotřebitelé jen „zaplatí“ rizikovější chování distributorů, kteří z vyšších marží (umožněných pomocí vyšších spotřebitelských cen) mohou krýt ztráty z neprodaných vyšších zásob nebo ze slev, pomocí nichž se nakonec nadbytečného zboží přece jen zbaví. Čistý dopad na společenský blahobyt se dá sotva předem odhadnout, proto zde za jediné řešení nemusí být automaticky považována dohoda o RPM.

Tvrzení o RPM jakožto nástroji ke zvyšování blahobytu spotřebitelů se pokládá za příliš obecné a nedoložené - jde o případ speciální, a nikoliv běžný za normálních

<sup>758</sup> Kneepkens, op. cit., s. 660.

<sup>759</sup> Výjimky samozřejmě existují - v posledně cit. práci se uvádí, že v Nizozemsku byla povinná RPM zavedena zákonem u knih, a to mj. právě se zdůvodněním, aby vzrostl počet knihkupectví. To je ovšem argument kulturně politický, který nemá co do činění s argumenty ekonomické efektivnosti. Z hlediska blaha spotřebitele je docela sporné, zda ti, kteří by si knihy koupili i při menším počtu prodejen (nebo dokonce bez nich - prostřednictvím zásilkových a Internetových obchodů) ocení, že si mohou koupit tytéž knihy draž jen proto, aby se nabýzely ve větším počtu (bez RPM jinak ztrátových) knihkupectví (třeba i těm, kteří si je ani přesto nekoupí). Otázka tedy zní, zda je v souladu se spotřebitelským blahobytem, když spotřebitele stát nutí financovat jeho kulturní politiku a státní „kulturně inženýrské“ záměry, upřednostňující fyzickou dostupnost knih před dostupností cenovou.

<sup>760</sup> Srov. Deneckere, R.; Marvel, H.P.; Peck, J. Demand, Certainty, Inventories, and Resale Price Maintenance. *Quarterly Journal of Economics*. 1996, 111, s. 885, cit. podle Kneepkens, tamtéž.

podmínek. Navíc se nerozlišuje situace, kdy RPM iniciují výrobci (kde je opodstatněnost pravděpodobnější) od případu, kdy ji iniciují maloobchodníci (tam by měla být automaticky zakázána s možností výjimky)<sup>761</sup>.

Teorie o tom, že předprodejní služby zamezují parazitování a podporují soutěž mezi značkami (*inter-brand competition*), byla známa již v době, kdy i Kongres USA zvažoval zavedení automatického zákazu RPM, a přesto se neprosadila a byla odmítnuta. Není navíc jasné, jak často a v jakém rozsahu se problém parazitování vyskytuje<sup>762</sup>. Tvzení, že dohody o cenách zpravidla vedou ke zvýšení efektivity odbytu výrobků,<sup>763</sup> je empiricky sotva doložitelné, a navíc - i kdyby to byla pravda - to snad není ta nejdůležitější okolnost. Na otázku, jak se RPM projevuje v blahobytu spotřebitelů (ev. v celkovém společenském blahobytu) a na úrovni konkurenčnosti v odvětví, to neodpovídá.

Lze tedy shrnout, že názory na postihování RPM se v teorii i praxi velmi rozcházejí. Je otázkou, zda v průběhu času zvítězí více ekonomický přístup založený na posuzování skutečných dopadů dohody v kontextu konkrétních okolností případu nebo zda přetrvá spíše formální *per se* přístup.

#### 7.6.3.1 Dohody o určování cen pro další prodej v české praxi

Český ÚOHS považoval postihování dohod o RPM před několika lety za svoji krátkodobou prioritu, o čemž svědčí i Infolist ÚOHS vydaný v roce 2009 věnovaný právě dohodám o RPM<sup>764</sup>. Z tohoto období také existuje poměrně velké množství rozhodnutí, kdy ÚOHS uložil vysoké pokuty za uzavření dohod o určení cen pro další prodej, které shledal jako *per se* zakázané.<sup>765</sup> V současné době patrně již na postihování těchto dohod prvořadá pozornost upřena není.

<sup>761</sup> Srov. Comanor, W. S.; Scherer, F.M. Brief for the Supreme Court of the United States supporting neither Party, in case Leegin Creative Leather Products, Inc., v. PSK, Inc. *Counsel Press* [online]. 2007, no. 06-480, s. 2. Dostupné z: [www.antitrustinstitute.org](http://www.antitrustinstitute.org)

<sup>762</sup> Problém byl vyvolán zejména vznikem internetového obchodování. Ukazuje se však, že růst internetového obchodování vedl naopak k vyšší efektivitě maloobchodních trhů a zvýšil prodej v „kamenných obchodech“ - srov. Brunell; Foer, op. cit., s. 19.

<sup>763</sup> Tak Klein/Murphy: *Journal of Law and Economics*. 1988, 31, s. 295, cit. podle Kasten, op. cit., s. 1002.

<sup>764</sup> Viz Dohody o určování cen pro další prodej. *Informační list ÚOHS* č. 2/2009.

<sup>765</sup> Např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 28. 1. 2011, č. j. ÚOHS-R84/2009/HS-1260/2011/310/KPo, ve věci HUSKY CZ, které bylo potvrzeno také správními soudy, rozhodnutí ÚOHS ze dne 10. 9. 2009, č. j. ÚOHS-R-130/2008/01-9358/2009/310/JNo, ve věci DELLUX CZ, které bylo potvrzeno Krajským soudem v Brně.

Poslední rozhodnutí ÚOHS v této oblasti ve věci CANDY,<sup>766</sup> týkající se krmiv pro psy a kočky, je však z ekonomického pohledu sotva odůvodnitelné, protože nebere v úvahu zcela zanedbatelné dopady posuzované dohody na dotčený trh. Společnost CANDY na tomto trhu totiž dle zjištění ÚOHS dosahovala podílu pouze kolem cca 4 % a zároveň musela čelit silné *inter-brand* soutěži. Za těchto podmínek je přitom v podstatě nemožné, aby dohoda o RPM společnosti CANDY s jejími distributory mohla jakkoliv negativně ovlivnit soutěž a poškodit konečné spotřebitele. Toto rozhodnutí svědčí o setrvačném lpení ÚOHS na dřívější formální rozhodovací praxi, která mu umožňuje bez ohledu na tržní podíl, resp. tržní sílu soutěžitelů trestat dohody o RPM bez ohledu na skutečný dopad této dohody na trh.

Přitom by bylo možné použít i klauzuli *de minimis* podle § 3 odst. 1 in fine ZOHS, neboť dopad takové dohody na hospodářskou soutěž je zcela zanedbatelný. Argument, že dohody spadající mezi tzv. tvrdé kartely, nelze v žádném považovat za dohody *de minimis*, je ryze formální a nemá ekonomické odůvodnění; spíše je motivován psychologickou obavou o možné překročení zakázané hranice a z rozvolnění přísného přístupu k tvrdým kartelům.

Z hlediska rozhodovací praxe je tento přístup samozřejmě pohodlnější a také předvídatelnější. Nicméně nejen ekonomická podstata, ale i pseudoprávní zakotvení nemožnosti aplikace zákonem stanovené „generální klauzule“ kartelů *de minimis* vzbuzují pochybnosti. ÚOHS totiž vydal vlastní<sup>767</sup> oznámení o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný a které v podstatě kopíruje obsah analogického oznámení EK. Kopíruje se v něm i rozlišení různého stupně soutěžní nebezpečnosti kartelů horizontálních a vertikálních. Souvisí to s převahou názorů, že vertikální dohody jsou z hlediska soutěže méně nebezpečné, nežli dohody horizontální, resp. že vertikální dohody přinášejí často prospěch spotřebitelům. Zvýšení prahu nepřijatelnosti dohod je i opatřením na podporu spolupráce drobných a středních podnikatelů vytvářejících „podhoubí“ konkurence.

Zákon dnes po zrušení § 6 ZOHS ovšem neformuluje původní absolutní (*per se*) zákaz, který platil i při nepřekročení uvedených podílů účastníků dohody na relevantním trhu pro dohody, které (přímo nebo nepřímo) určují ceny, rozdělují trh

<sup>766</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 25. 2. 2013, č. j. ÚOHS-S461/2011/KD-3367/2013/820/LSo.

<sup>767</sup> Nedatované a nečíslované; k dispozici na: <https://www.uohs.cz/cs/legislativa/hospodarska-soutez.html>

nebo nákupní zdroje a pro vertikální dohody, které (přímo nebo nepřímo) určují kupujícímu cenu pro další prodej zboží nebo poskytují kupujícímu pro tento další prodej úplnou územní ochranu, tedy pro tzv. tvrdé kartely.<sup>768</sup> Tento zákaz „tvrdých kartelů“ bez ohledu na podíl jejich účastníků na trhu byl přenesen do pouhého metodického dokumentu (oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, bod IV./13), což může být z hlediska právní jistoty a principů právního státu překvapivý krok zpět.

### 7.7 Zhodnocení a perspektivy ekonomických metod v oblasti zakázaných dohod

Při posuzování zakázaných dohod ve smyslu čl. 101 SFEU a § 3 odst. 1 ZOHS není používání ekonomických metod prakticky nijak zvlášť rozšířeno. V oblasti kartelů se s určitými ekonomickými hledisky lze setkat pouze jako s podpůrnými argumenty pomáhajícími prokázat existenci kartelu případně míru závažnosti porušení antitrustových pravidel. Ekonomické úvahy se uplatní zejména u horizontálních nekartelových dohod a u dohod vertikálních, jejichž hodnocení je založeno na zkoumání možných pro a protisoutěžních dopadů na trh a jejich ekonomickém zdůvodnění. Zřejmě nejčastější metodou je v této oblasti srovnání stavu na jedné straně v případě existence dohody a na druhé straně při absenci dohody. Jde však spíše o určitý odhad, který nemusí být příliš spolehlivý, neboť na ceny či jiné zkoumané atributy mohou mít vliv i jiné okolnosti nežli pouze uzavření dohody.

Negativně lze hodnotit současný přístup k dohodám o RPM, které jsou v české praxi coby dohody určující ceny zpravidla *per se* postihovány. Tyto dohody mohou být podle našeho názoru ekonomicky odůvodněny a ve svém důsledku nemusí znamenat újmu nejen pro spotřebitele, ale jejich dopad na hospodářskou soutěž je mnohdy naprosto marginální. Mělo by proto být samozřejmé, aby se soutěžní úřad zabýval také konkrétními dopady dohody na soutěž. Rigidní „černobílý“ přístup přitom není nejen soutěžně politicky, ale ani právně nutný.

Podle § 21 odst. 2 ZOHS (který upravuje tzv. prioritizaci) totiž ÚOHS může po předběžném prošetření věci podle § 20 odst. 1 písm. a) řízení z moci úřední nezahájit, není-li na jeho vedení veřejný zájem s ohledem na nízkou míru škodlivého

<sup>768</sup> Srov. § 6 odst. 2 ZOHS před novelou provedenou zákonem č. 155/2009 Sb.



účinku jednání na hospodářskou soutěž; přihlédne přitom zejména k povaze jednání a způsobu jeho provedení, významu dotčeného trhu a počtu dotčených spotřebitelů. Některé dohody o RPM by v dnešní době mohly tímto testem projít.

Pokud jde o spor, zda zakázat vertikální cenovou fixaci *per se*, a nebo ji podrobit posuzování v každém jednotlivém případě na základě pravidla *rule of reason*, pravděpodobně všechny argumenty „pro“ a „proti“ již byly vyčteny, a potřebný (účelový) závěr či doporučení by se mohly podle aktuální potřeby dovodit jejich pouhým vhodným výběrem, řazením a hodnocením.

Je známa skutečnost, že soutěžní právo je ze značné části půdou pro víru, hodnotovou předpojatost, pověry a předsudky (v čemž se ovšem od ostatních oblastí práva tak moc neliší). Výhoda i nebezpečí soutěžního práva jsou v tom, že může (resp. mělo by) tyto předsudky a pověry sdílet, nebo je vyvracet ruku v ruce s ekonomikou.

Ekonomické argumenty hodnotící vhodnost či nevhodnost určitých pravidel soutěže mají ovšem velmi často také jen teoretické (a někdy i ideologické) pozadí a minimální nebo žádnou empirickou základnu. Často jsou též ovlivněny zájmově. V těchto rysech se od argumentů právnických také mnoho neliší. Volba samotného kritéria, podle něhož přiřkneme větší či menší váhu tomu či onomu názoru či pojetí, bývá v obou případech arbitrární.

Koneckonců v případě rozhodování Nejvyššího soudu USA o automatickém (*per se*) zákazu RPM nebo o jeho posouzení jen na základě *rule of reason* se rozhodlo většinou jediného hlasu a „vládnoucí pravda“ tak byla odhlasována, pokud „skutečná pravda“ nemohla být nalezena exaktnějšími právními nebo ekonomickými argumenty. Důležité je uvědomit si, že tzv. automatický (*per se*) zákaz vertikální cenové fixace nevylučuje uplatnění zákonné výjimky podle čl. 101 odst. 3 SFEU, resp. podle § 3 odst. 4 ZOHS s důkazním břemenem na soutěžitelích.

Návrhy na nahrazení automatického zákazu s možností výjimek pravidlem *rule of reason* (a při realizaci možnosti použít pravidlo *de minimis*) jsou soutěžně politicky riskantní a ekonomicky nepřesvědčivě zdůvodněné; ekonomické argumenty se totiž dobře uplatní při zdůvodnění výjimky, resp. při zdůvodnění bagatelnosti jinak zakázané dohody.

Konstrukce vyvratitelné domněnky nezákonnosti vertikální cenové fixace (s důkazním břemenem opaku na straně účastníků této fixace) je ve své podstatě jen variací

automatického zákazu, a ve spojení s čl. 101 odst. 3 SFEU (resp. § 3 odst. 4 ZOHS) je jen „vlamováním se do otevřených dveří“, nakolik i tzv. „automatický“ zákaz není vlastně až tak automatický; je vlastně pouze *de facto* (doktrínou i rozhodovací praxí potvrzenou) domněnkou zásadní (*sic!*), tedy jen podpůrně předpokládané nezákonnosti, vyvratitelnou důkazem okolností podle čl. 101 odst. 3 SFEU, resp. podle § 3 odst. 4 ZOHS.

---

## SUMMARY

This publication summarizes economic methods developed in the antitrust law theory and used by competition authorities for the proper regulation of competition. The main purpose of this book is to provide a complex understanding of how the economic approach and particularly the use of quantitative tests influence the assessment of competition cases and to explore which methods are the most appropriate in specific areas of competition law. In addition to a brief explanation of various economic tests and methods, the book summarizes their strengths and weaknesses, mentions their application by competition authorities and examines the general acceptance of economic evidence in the court review. Due to the academic and professional background of the authors and the plurality of their opinions, the book is supposed to introduce various perspectives on the “economization” of competition law, instead of providing a black and white glorification or criticism of the economic approach. Although the publication focuses mainly on the EU and Czech competition law practice, it also mentions the US experience with the economic methods in antitrust law.

The book consists of seven parts. The first chapter provides an introduction to the “economization” of competition law and describes the growing importance of quantitative methods in antitrust analysis connected with the “more economic approach” massively promoted in the EU competition law in the past decade. The following three parts concern the relevant market definition and the market power assessment, which are crucial issues in almost all antitrust cases. Special attention is paid to the Czech regulation of the market power in the agricultural and food industry that is the subject of significant criticism in the Czech Republic. A substantial part of the book is focused on economic methods and their application and importance in three essential areas of competition law – the merger regulation, the abuse of a dominant position and the assessment of cooperation among competitors. Concerning the aforementioned areas of competition law, the legal background and leading principles for their assessment are outlined and various economic methods for their examination are mentioned. The goal of the book is to provide most of the references to the relevant cases from the EU, Czech

and U. S. practice, in which the particular economic methods and tests were applied by competition offices or courts. For a better understanding of the most important methods, practical examples of their application are shown in model situations.

Although the description of economic methods is not exhaustive, it is sufficient to understand basic quantitative techniques, as well as the benefits and pitfalls of their application in practice. For a deeper understanding of particular aspects of various tests and methods, the book contains a rich appendix with references to resources containing more detailed information.

To our best knowledge, this publication is the first complex summary of economic methods in competition law providing an essential explanation of these methods and the assessment of their use in EU, Czech and U.S. competition law practice. It addresses readers who are already slightly familiar with competition law.

We believe this publication will help not only competition law practitioners with their work but will be useful also for academic researchers dealing with competition law and economy.

---

## LITERATURA A DALŠÍ POUŽITÉ ZDROJE

- AMELIO, A.; DONATH, D. Market definition in recent EC merger investigation: The role of empirical analysis. *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*. [online]. 2009, no. 3 [cit. 29. 3. 2013]. Dostupné z: [http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/merger\\_investigations.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/merger_investigations.pdf)
- APELBAUM, B. Obama Defends Financial Overhaul. *The Washington Post*. [online] Publikováno 18. 6. 2009, s. 1. Dostupné z: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/06/17/AR2009061701834.html>
- AREEDA, P.; TURNER, D.F. *Antitrust Law*. 2003.
- ARON, D. J.; BURNSTEIN, D. E. Regulatory Policy and the Reverse Cellophane Fallacy. *Journal of Competition Law and Economics* [online]. 2010, vol. 6, no. 4, s. 973-994 [cit. 28. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1171292>
- ARTL, J. Kointegrace v jednorovnicových modelech. *Politická ekonomie*. 1997, č. 45, s. 733-746.
- AUBERT, C.; REY, P.; KOOVACIC, W. E. The impact of leniency and whistleblowing programs on cartels. *International Journal of Industrial Organization*. 2006, 24(6), s. 1241-1266.
- BAKER, J. B. Merger Simulation in an Administrative Context. *Antitrust Law Journal* [online]. 2011, vol. 77. Dostupný z: <http://ssrn.com/abstract=1790943>
- BALLESTEROS-PÉREZ, P.; GONZÁLEZ-CRUZ, C.; CAÑAVATE-GRIMAL, A.; PELLICER, E. Detecting abnormal and collusive bids in capped tendering. *Automation in Construction*. 2013, č. 31, s. 215-229. Dostupné z: <http://linking-hub.elsevier.com/retrieve/pii/S0926580512002312>
- BASEDOW, J. Konsumentenwohlfahrt und Effizienz - Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik? *WuW*. 2007, nr. 7-8, s. 712.
- BEJČEK, J. Cílové konflikty v soutěžním právu. *Právník*. 2007, roč. 146, č. 6, s. 663-689.
- BEJČEK, J. K důvodnosti automatického zákazu vertikální cenové fixace. *Právník - Teoretický časopis pro otázky státu a práva*. 2008, roč. 2008, č. 5, s. 825 - 854.
- BEJČEK, J. Může být účelem zákona samoučel? *Právní rozhledy: časopis pro všechna právní odvětví*. Praha: C.H. Beck, 2003, roč. 11, č. 11, s. 533-542.

- BEJČEK, J. Obchodní řetězce a právní problémy jejich činnosti. *Obchodní právo: časopis pro obchodně právní praxi*. 2000, roč. 9, č. 1, s. 2-13.
- BEJČEK, J. Princip rovnosti a ochrana slabšího. *Právní fórum: český právnícký měsíčník*. 2004, roč. 1, č. 4, s. 129-132.
- BEJČEK, J. *Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, 389 s. ISBN 9788021050679.
- BEHRENS, P. *Abschied vom more economic approach?* in BECHTOLD/JICKELI/ROHE (Hrsg): *Recht, Ordnung und Wettbewerb* (Festschrift für W. Möschel). Baden-Baden: Nomos, 2011, 1341 s. ISBN 9783832945688.
- BENNETT, M.; FLETCHER, A.; GIOVANNETTI, E.; STALLIBRASS, D. Resale price maintenance: Explaining the controversy, and small steps towards a more nuanced policy. *Munich Personal RePEc Archive* [online]. 2010, paper no. 21121 [cit. 8. 7. 2014]. Dostupné z: [http://mp.ra.ub.uni-muenchen.de/21121/1/MPRA\\_paper\\_21121.pdf](http://mp.ra.ub.uni-muenchen.de/21121/1/MPRA_paper_21121.pdf)
- BERGEIJK, P.; KLOOSTERHUIS, E. *Modelling European Mergers: Theory, Competition Policy and Case Studies*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, 219 s.
- BISHOP, S.M.; WALKER, M. *The Economics of EC Competition - Concepts, Application and Measurement*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2002, 634 s. ISBN 042183000X.
- BISHOP, S.; WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 3. ed. London: Sweet & Maxwell, 2010. 793 s. ISBN 9780421931909.
- BLAIR, R. D.; SOKOL, D. D. Welfare Standards in US and EU Antitrust Enforcement. *Fordham Law Review*. 2013, vol. 102, s. 81 - 145.
- BORK, R. H. The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself. *Valparaiso University Law Review*. 1978, vol. 13, no. 2, s. 403 - 421.
- BOTTEMAN, Y. Mergers, standard of proof and expert economic evidence. *Journal of Competition Law and Economics*. 2006, 2(1), s. 71 - 100.
- BROUČEK, M. Analýza kritické ztráty a vymezení relevantního trhu. *Antitrust*. 2012. č. 1, s. 2-6.
- BRONETT, de G. K. Der more economic approach bei der Anwendung des europäischen Kartellverwaltungsrechts und Kartellstrafrechts. *EWS*. 2013, nr. 1-2

- BUDZINSKI, O. Impact Evaluation of Merger Control Decisions. *Social Science Research Network* [online]. 2012 [cit. 25. 8. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1963280>.
- BUDZINSKI, O.; RUHMER, I. Merger Simulation in Competition Policy: A Survey. *Journal of Competition Law and Economics*. 2010, no. 6, s. 277-319.
- BURTIS, M. M.; NEHER, D. V. Correlation and Regression analysis in Antitrust Class Certification. *Antitrust Law Journal*. 2010, vol. 77, s. 495-532.
- BYDLINSKI, F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien/New York: Springer Verlag, 1996, 777 s. ISBN 9783704664389.
- CARTWRIGHT, P. A.; KAMERSCHEN D. R.; HUANG, M. Price correlation and granger causality tests for market definition. *Review of Industrial Organization*. 1989, vol. 4, no. 2, s. 79-98.
- COATE, M. B.; FISCHER, J. H. A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition. *Potomac Papers in Law and Economics* [online]. 2007, vol. 6, no. 1 [cit. 28. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=940667>
- COATE, M. B. The Use of Natural Experiments in Merger Analysis. *Social Science Research Network* [online]. 2010 [cit. 15. 11. 2013]. Dostupný z: <http://ssrn.com/abstract=1853705>
- COE, P. J.; KRAUSE, D. An Analysis of Price-Based Tests of Antitrust Market Delineation. *Social Science Research Network* [online]. 2008 [cit. 1. 4. 2013]. Dostupné z: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1318125](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1318125)
- COLLEY, L. From „Defence“ to „Attack“? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers. *E.C.L.R.* 2004, vol. 6, s. 342 - 349.
- COMANOR, W. S.; SCHERER, F.M. Brief for the Supreme Court of the United States supporting neither Party, in case Leegin Creative Leather Products, Inc., v. PSK, Inc. *Counsel Press* [online]. 2007, no. 06-480, s. 2. Dostupné z: [www.antitrustinstitute.org](http://www.antitrustinstitute.org).
- CONNOR, J. M.; LANDE, R. H. How High Do Cartels Raise Prices-Implications for Optimal Cartel Fines. *Tul. L. Rev.* 2005, 80, 513.
- CONNOR, J. M.; HELMERS, C. G. Statistics on modern private international cartels. *The American Antitrust Institute AAI Working Paper*. 1990-2005, 07-01.
- CSACH, K. Návrh zákona o neprimeraných podmienkach. bič na reťazce? *Lexforum* [online]. Publikováno dne 4. 11. 2012. Dostupné z: <http://salvia2.gurkol.net/salvia.blok.cgi?clanek=424>

- CSERES, K. J. The Controversies of the Consumer Welfare Standard. *The Competition Law Review* [online]. 2007, vol. 3, no. 2, s. 121-173 [cit. 25. 5. 2014]. Dostupné z: <http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue2Art1Cseres.pdf>
- CUCINOTTA, A.; PARDOLESI, R.; BERGH, R. *Post-Chicago developments in anti-trust law*. Northampton, MA: Edward Elgar, 2002, 337 s. ISBN 18-437-6001-0.
- DALKIR, S.; LOGAN, J. W.; MASSON, R. T. Mergers in symmetric and asymmetric noncooperative auction markets: the effects on prices and efficiency. *International Journal of Industrial Organization*. 2000, no. 18, s. 383-413.
- DAVIS, P. Coordinated effects merger simulation with linear demands. Texto de discussão da Competition Commission Britânica. Mimeo. Disponível em. [online]. 2006. Dostupné z: [http://www.biicl.org/files/2757\\_peter\\_davis\\_-\\_coordinated\\_effects\\_merger\\_simulation\\_with\\_linear\\_demands.pdf](http://www.biicl.org/files/2757_peter_davis_-_coordinated_effects_merger_simulation_with_linear_demands.pdf)
- DAVIS, P. J.; GARCÉS, E. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2010, 580 s. ISBN 9780691142579.
- DAVIS, P.; SABBATINI, P. On the Anatomy and Application of Coordinated Effects Theories of Harm in Merger Cases [online]. 2007. Dostupné z: [ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/Macci/SummerInstitute/Papers/SI\\_Davis.pdf](ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/Macci/SummerInstitute/Papers/SI_Davis.pdf)
- DEATON, A.; MUELLBAUER, J. An almost ideal demand system. *The American economic review*. 1980, 70.3, s. 312-326.
- DE BRONETTI, G. K. Der „More Economic Approach“ bei der Anwendung des Kartellrechts. *EWS*. 2013, Heft 1-2, s. 1 a násl.
- DRBAL, A. Z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. *Antitrust*. 2013, č. 4, s. 142;
- DREHER, M. Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Kartellrecht. *WiW*. 2008, nr. 1, s. 23 a násl.
- EASTERBROOK, F. H. Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks. *76 Geo.L.J.* 1987, s. 305.
- EHLERMANN, C.D.; VÖLCKER, S.B.; GUTERMUTH, G.A. Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation. *World Competition*. 2005, 28 (2), s. 193 a násl.
- EHLERMANN, C.D. The Contribution of the EC Competition Policy to the Single Market. *CMLR*. 1992, s. 257.



- ELIÁŠ, K. In: BEJČEK, J.; ELIÁŠ, K.; RABAN, P. a kol. *Kurs obchodního práva*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2003, 551 s. ISBN 8071797464.
- EPSTEIN, R.; RUBINFELD, D. Merger Simulation: a simplified approach with new applications. *Antitrust Law Journal* [online]. 2001, vol. 68, s. 883/919 [cit. 28. 5. 2013]. Dostupné z: [http://www.royepstein.com/ALJ\\_final\\_proof.pdf](http://www.royepstein.com/ALJ_final_proof.pdf)
- EVANS, D. Economics of vertical restraints for multi-sided platforms. *University of Chicago Institute for Law & Economics* [online]. 2013, no. 626 [cit. 5. 7. 2014]. Dostupné z: <http://www.law.uchicago.edu/files/file/626-de-vertical.pdf>
- EVENSTEIN, M. C.; SUSLOW, V. Y. What determines cartel success? *Journal of Economic Literature*. 2006, 44(1), s. 43-95.
- EZRACHI, A.; GILO, D. Are Excessive Prices Really Self-Correcting? *Journal of Competition Law and Economics* [online]. 2008 [cit. 25. 6. 2009]. Dostupný z: <http://ssrn.com/abstract=1237802>
- EZRACHI, A.; JONG, K. Buyer Power, Private Labels and the Welfare Consequences of Quality Erosion. *ECLR*. 2012, Issue 5, s. 257 a násl.
- FARRELL, J.; SHAPIRO, C. Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition. *The B.E. Journal of Theoretical Economics* [online]. 2010, vol. 10, Issue 1, [cit. 15. 7. 2013]. Dostupné z: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/alternative.pdf>
- FARRELL, J.; SHAPIRO, C. UPP and Critical Loss Analysis: Response. *The CPI Antitrust Journal* [online]. 2010, [cit. 15. 7. 2013]. Dostupné z: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/uppcritical.pdf>.
- FAULL, J.; NIKPAY, A. *The EC law of competition*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, 1844 s. ISBN 9780199269297.
- FILISTRUCCHI, L. A SSNIP Test for Two-Sided Markets: The Case of Media. *NET Institute* [online]. 2008, Working Paper no. 08-34 [cit. 20. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1287442>
- FISHER, F. M. Economic analysis and bright-line tests. *Journal of Competition Law and Economics*. 2007, 4(1), s. 129 a násl.
- FLEISCHER, H.; ZIMMER, D. Effizienzorientierung im Handels- und Wirtschaftsrecht, in FLEISCHER, H. - ZIMMER, D. (Hrsg.): *Effizienzen als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, (Beiheft ZHR), 2008, s. 22.

- FOER, A. Preserving Competition After the Banking Meltdown. *Global Competition Policy* (American Antitrust Institute). 2008, Release 1, 2008, s. 3 - 5.
- FORNI, M. Using stationarity tests in antitrust market definition. *American Law and Economics Review*. 2004, vol. 6, no. 2, s. 441
- FOX, E.M.; SULLIVAN, L.A. Antitrust - Retrospective and Prospective: Where Are We Coming from? Where Are We Going? *62 N.Y.U.L. Rev.* 1987, s. 936-945.
- FRENZ, W. Abschied vom more economic approach. *WRP*. 2013, no. 4, s. 428 a násl.
- FRIEDERISZICK, H. W.; ROLLER, L. H. Quantification of harm in damages actions for antitrust infringements: Insights from German cartel cases. *Journal of Competition Law and Economics*. 2010, 6(3), s. 595-618.
- FURSE, M. Excessive prices, unfair prices and economic value: The Law of excessive pricing under Article 82 EC and The Chapter II Prohibition. *European Competition Journal*. 2008, no. 1, s. 59-83.
- GERADIN, D.; PETTI, N. Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a caseby. *The Global Competition Law Centre Working Papers Series* [online]. 2005, no. 7 [cit. 20. 5. 2013]. Dostupné z: [https://www.coleurope.eu/system/files\\_force/research-paper/gclc\\_wp\\_07-05.pdf?download=1](https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/gclc_wp_07-05.pdf?download=1)
- GERADIN, D. The Counterfactual Method in EU Competition Law. *Covington & Burling and Tilburg University, GCLC Conference* [online]. 2011 [cit. 20. 6. 2014]. Dostupné z: [https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/7th\\_conference/6.%20D.%20Geradin%20-%20The%20Counterfactual%20Method%20in%20EU%20Competition%20Law.pdf](https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/7th_conference/6.%20D.%20Geradin%20-%20The%20Counterfactual%20Method%20in%20EU%20Competition%20Law.pdf)
- GERBER, J. D. Law and Competition in Twentieth Century Europe (Protecting Prometheus). *Oxford University Press*. 2003, s. 418 a násl.
- GHIDINI, G. A Tale of Two Cultures? Some Comments on the Role of Efficiencies on the Two Sides of the Atlantic. *IIC*. 2004, vol. 35, no. 5.
- GIFFORD, D. J.; KUDRLE, R. T. Rhetoric and reality in the merger standard of the United States, Canada, and the European Union. *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, s. 454 a násl.
- GILBERT, R.; WOROCH, G. Merger in a Bidding Market: Quantifying the Unilateral Effects. *University of Berkeley* [online]. 2010 [cit. 25. 8. 2013]. Dostupné z: <http://eml.berkeley.edu/~worocho/merger.pdf>

- GIOCOLI, N. Competition versus property rights: American antitrust law, the Freiburg School, and the early years of European competition policy. *Journal of Competition Law and Economics*. [online]. 2009 [cit. 26. 8. 2013]. Dostupné z: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=987788](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=987788)
- GRANGER, C. WJ. Testing for causality: a personal viewpoint. *Journal of Economic Dynamics and control*. 1980, vol. 2, s. 329-352.
- GREANEY, T. L. Not for import: why the EU should not adopt the American efficiency defence for analyzing mergers and joint ventures. *Saint Louis University Law Journal*. 2000, vol. 44, no. 3, s. 884.
- HÁJKOVÁ, K. Předsednictví končí úspěchem. *Hospodářské noviny* z 16. 6. 2009, s. 8.
- HALDRUP, N.; MOLLGAARD, P.; NIELSEN, C. K. Sequential Versus Simultaneous Market Delineation: The Relevant Antitrust Market for Salmon. *Journal of Competition Law and Economics* [online]. 2008, vol. 4, no. 3, s. 893-913 [cit. 28. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1277778> nebo <http://dx.doi.org/nhn020>
- HANSLIANOVÁ, B.; POKORNÁ, A. Institut významné tržní síly dle zákona o významné tržní síle. *Informační list ÚOHS*. 2013, č. 2.
- HARRINGTON, J. Behavioral screening and the detection of cartels. *European competition law Antal*. 2006, s. 51-69.
- HARRIS, B. C.; SIMONS, J. J. Focusing Market Definition: How Much Substitution is Necessary? *Research in Law and Economics*. 1989, vol. 12, s. 207-226.
- HEIMLER, A. Is a margin squeeze an antitrust or a regulatory violation? *Journal of Competition Law & Economics*. 2010, no. 6, s. 879-888.
- HENDRICKS, K.; MCAFEE, R.; WILLIAMS, M. Auctions and Bid Rigging. *mcafee.cc* [online]. 2013 [cit. 15. 6. 2014]. Dostupné z: <http://www.vita.mcafee.cc/PDF/Bidrigging.pdf>
- HENDRICKS, K.; MCAFEE, R. P.; WILLIAMS, M.A. Evaluating the Likely Competitive Effects of Horizontal and Vertical Mergers: A New Approach. *Antitrust Report*. 2002, vol. 2.
- HEYER, K. A world of uncertainty: economics and the globalization of antitrust. *Antitrust Law Journal*. 2005, vol. 72, s. 390.
- HILDEBRAND, D. *The role of economic analysis in the EC competition rules*. 2nd ed. New York: Kluwer Law International, c2002, xi, 472 s. ISBN 90-411-1706-7.

- HILDERBRAND, D. Using Conjoint Analysis for Market Definition: Application of Modern Market Research Tools to Implement the Hypothetical Monopolist Test. *World Competition, Law and economics review*. 2006, vol. 29 s. 315 - 336.
- HOFER, P.; WILLIAMS, M.; WU, L. Empirische Methoden in der Europäischen Fusionskontrolle. *WuW*. 2005, vol. 2.
- HOŘEJŠÍ, B.; SOUKUPOVÁ, J. a kol. *Mikroekonomie*. 5. vyd. Praha: Management Press, 2010, 574 s. ISBN 978-80-7261-218-5.
- HURDÍK, J. *Institucionální pilíře vývoje soukromého práva v dynamice vývoje společnosti*. Praha: C.H. Beck, 2007, 119 s. ISBN 9788071793793.
- HURDÍK, J. *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, 168 s. ISBN 8021020016.
- HÜSCHEL RATH, K. Critical Loss Analysis in Market Definition and Merger Control. *Social Science Research Network* [online]. 2009 [cit. 1. 4. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1547085> nebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1547085>.
- HUTCHINGS, M.; WHELAN, P. Consumer interest in competition law cases. *Consumer Policy Review* [online]. 2006, vol. 16, no. 5, s. 182 - 188 [cit. 25. 3. 2014]. Dostupné z: [http://www.biicl.org/files/1592\\_the\\_consumer\\_interest\\_in\\_competition\\_law\\_\(final\).pdf](http://www.biicl.org/files/1592_the_consumer_interest_in_competition_law_(final).pdf)
- ILZKOVITZ, F.; MEIKLEJOHN, R. *European merger control: do we need an efficiency defence?* Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006, 326 s. ISBN 1845424913.
- IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P.; TIROLE, J. The economics of tacit collusion. *IDEI Working Paper*. 2003.
- IVALDI, M.; JULIAN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P.; TIROLE, J. The Economics of Unilateral Effects (Nepublikovaná verze). *IDEI*. 2003. Dostupné z: <http://europa.eu.int/comm/>
- KAPLOW, L. Why (Ever) Define Markets? *Harvard Law Review* [online]. 2010, no. 124, s. 437-517 [cit. 17. 5. 2013]. Dostupné z: [http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol\\_12402kaplow.pdf](http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol_12402kaplow.pdf)
- KAPLOW, L. Market definition alchemy. *Harvard John M. Olin Center for Law, Economics, and Business* [online]. 2013, vol. 5, Discussion Paper no. 746, s. 1-26 [cit. 20. 11. 2013]. Dostupné z: [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Kaplow746.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow746.pdf).

- KAPOOR, P. Public Procurement and Auction Sales: A Study of Bid rigging and Collusion in Tenders. In: *Competition Commission of India* [online]. 2011 [cit. 2014-07-29]. Dostupné z: [http://cci.gov.in/index.php?option=com\\_resrep&task=cstudies&submit1=GO & title=%E0&radio1=&limit=10&limit start=130](http://cci.gov.in/index.php?option=com_resrep&task=cstudies&submit1=GO & title=%E0&radio1=&limit=10&limit start=130)
- KATSOULACOS, Y.; KONSTANTAKOPOULOU, I.; METSIU, E.; SIONAS, G. E. Price comovement-tests in market definition: do they have a useful role: (or, are nuts an chips in the same relevant market?). *Cresse, 7th competition and regulation conference* [online]. 2012 [cit. 29. 3. 2013]. Dostupné z: <http://www.cresse.info/uploadfiles/Price%20comovement-tests%20in%20market%20definition.pdf>
- KENNEY, B. C. Beware of spurious selfcorrelations! *Water Resources Research*. 1982, 18.4, s. 1041-1048.
- KERBER, W. Should competition law promote efficiency? Nepublikovaný příspěvek na druhé konferenci ASCOLA, Paříž, 8. 9. 2006.
- KINGSBURY, A. Competition Law and Economic Inequality: Distributional Objectives in New Zealand Competition Law. *ECLR*. 2013, Issue 5, s. 250.
- KINDL, J. Pojem narušení hospodářské soutěže - obecná východiska a konkrétní aplikace. *Právní rozhledy*. 2005, č. 10, s. 343 a násl.
- KINDL, J. Vertikální fixace cen - nepotřebujeme jestřáby! *Antitrust*. 2014, č. 1, s. 4-10.
- KIRCHNER, CH. Kartellrecht und/oder Regulierung? *WuW*. 2007, nr. 4, s. 327.
- KNEEPKENS, M. Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach. *ECLR*. 2007, no. 12, s. 658 - 659.
- KOKORIS, I.; SHELANSKI, H. *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2014, 591 s. ISBN 9780199644131.
- KORAH, V. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. 7th ed. Oxford: Hart publishing, 2000, s. 404, ISBN 1841131407.
- LEONI, B. *Právo a svoboda*. Praha: Liberální institut, 2006, 363 s. ISBN 9788086389509.
- LESLIE, C. R. Predatory Pricing and Recoupment. *Columbia Law Review* [online]. 2013, no. 7 [cit. 2014-03-10]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2363725>
- LUŇÁKOVÁ, Z. Zákon proti řetězcům nepomůže. Naopak. *Hospodářské noviny* z 3. 12. 2009, s. 1

- MANDORFF, M.; SAHL, J. The Role of the ‘Equally Efficient Competitor’ in the Assessment of Abuse of Dominance. *Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics* [online]. 2013, no. 1, s. 1-18 [cit. 25. 5. 2014]. Dostupné z: [http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/WorkingPaper/working\\_paper\\_2013-1.pdf](http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/WorkingPaper/working_paper_2013-1.pdf)
- MAŘÍK, M. Regulace obchodu je totální propadák. *Hospodářské noviny* z 3. 11. 2010, s. 16
- MAYER, CH. Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA. Nomos Verlag. *Baden Baden*. 2005, s. 35 a násl.
- MCAFFEE, R. P; MIALON, H. M., Williams, M. “What is a Barrier to Entry?” *American Economic Review*. 2004, vol. 94, no. 2, s. 461-465.
- MONTI, G. Article 81 and Public Policy. *C.M.L.R.* 2002, s. 1057-1063.
- MORESI, X.S.; SALOP, C.S.; WOODBURY R. J. Implementing the Hypothetical Monopolist SSNIP Test With Multi-Product Firms. *Social Science Research Network* [online]. 2008 [cit. 29. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1087536>
- MORESI, S. The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis. *the antitrustsource* [online]. 2010 [cit. 15. 11. 2013]. Dostupné z: <http://crai.co.uk/uploadedFiles/Publications/the-use-of-UPPIs-in-merger-analysis.pdf>
- MORESI, S.; SALOP, S. C. vGUPPI: Scoring Unilateral Pricing Incentives in Vertical Mergers. *Antitrust Law Journal* [online]. 2013, vol. 79, s. 185-214 [15. 11. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2085999>
- MUNKOVÁ, J.; KINDL, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, 681 s. ISBN 9788074001734.
- NIEBERDING, J. F. The Role of Price Tests in Market Definition. *HMG Review Project - Comment* [online]. Project No. P092900 [cit. 18. 2. 2013]. Dostupné z: <http://www.ftc.gov/os/comments/horizontalmergerguides/545095-00013.pdf>
- NIELS, G.; JENKINS, H.; KAVANAGH, J. *Economics for Competition Lawyers*. Oxford: Oxford University Press, 2011, 609 s. ISBN 9780199588510.
- NERUDA, R.; BOUČEK, M. Působení a role antimonopolních institucí v období ekonomické krize z hlediska soutěžního práva. *Infolist ÚOHS*. 2009, č. 3, s. 9.
- NEVO, A. A Practitioner’s Guide to Estimation of Random Coefficients Logit Models of Demand. *Journal of Economics & Management Strategy*. 2000, 9.4, s. 513-548.

- O'DONOGHUE, R.; PADILLA, A. *The law and economics of article 82 EC*. 1. ed. Oxford: Hart publishing, 2006, 782 s. ISBN 184113502X.
- OLDALE, A.; PADILLA, J. EU Merger Assessment of Upward Pricing Pressure: Making Sense of UPP, GUPPI, and the Like. *Journal of European Competition Law & Practice*. 2013, no. 4, s. 375-381.
- ORGONÍK, M. Právní a ekonomické aspekty vertikálních kartelů [online]. Brno, 2009 [cit. 5. 7. 2014]. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Ekonomicko-správní fakulta. Dostupné z: [http://is.muni.cz/th/76395/esf\\_m/DP\\_Orgonik.pdf](http://is.muni.cz/th/76395/esf_m/DP_Orgonik.pdf).
- PELIKÁN, R. Zákon o významné tržní síle - legislativní „Dada“ směřuje do praxe. *Antitrust*. 2009, nulté číslo, s. 34.
- PERA, A. Changing Views on Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law. *European Competition Journal*. 2008, vol. 4, no. 1, s. 143.
- PETR, M. Právní úprava tzv. ekonomické závislosti. *Právní zpravodaj*. 2007, č. 5, s. 5
- POKORNÁ, A. Specifické veřejnoprávní regulace odběratelsko-dodavatelských vztahů ve státech Evropské unie a zákon o významné tržní síle. *Informační list ÚOHS*. 2013, č. 2, s. 7.
- POPPER, K. *Otevřená společnost*. Praha: Oikumené, 1994, s. 200.
- PORTER, R.; ZONA, D. Detection of bid rigging in procurement auctions. *Journal of Political Economy*. 1993, vol. 101, no. 3, s. 518-538.
- PORTER, R. H.; ZONA, J. D. Ohio school milk markets: an analysis of bidding. *Rand Journal of Economics*. 1997, vol. 30, no. 2, s. 263-288.
- REYNOLDS, G.; WALTERS, CH. The use of customer surveys for market definition and the competitive assessment of horizontal mergers. *Journal of Competition Law and Economics*. 2008, 4.2, s. 411-431.
- RITTER, S. Regierungsentwurf zum Gesetz zur Bekämpfung vom Preismisbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels. WuW. 2008, nr. 2, s. 143.
- ROSE, V.; BALLEY, D. *European Union Law of Competition*. 7th ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, 1431 s. ISBN 978-0-19-966014-8.
- ROTH, P.; ROSE, V. *Bellamy & Child European community law of competition*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. 1679 s. ISBN 978-0-19-928651-5.

- RUBIN, J.L. Cointegration and Antitrust A Primer. Economics Committee Newsletter [online]. 2004, vol. 4, no. 1 [cit. 15. 3. 2013]. Dostupné z: <http://www.antitrustinstitute.org/files/308.pdf>
- SABBATINI, P. The Cellophane and Merger Guidelines Fallacies Again. *Social Science Research Network* [online]. 2001 [cit. 28. 3. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=271113> nebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.271113>
- SAMUELSON, P. A. a NORDHAUS, W. D. *Ekonomie*. 18. vyd. Praha: NS Svoboda, 2007, 775 s. ISBN 9788020505903.
- SCHÄFER, H. B.; OTT, C. *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*. Berlin: Springer Verlag, 2000, 654 s. ISBN 3-540-669-08-6.
- SCHEELINGS, R.; WRIGHT, J. „Sui generis“? An Antitrust Analysis of Buyer Power in the United States and European Union. *Akron Law Review* [online]. 2006, vol. 39, no. 1, s. 207-243 [cit. 23. 11. 2009]. Dostupné z: [http://ssrn.com/abstract\\_id=800886](http://ssrn.com/abstract_id=800886)
- SCHLOSSBERG, R. S. (ed.) *Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*. 2. ed. Chicago: Section of antitrust law, 2004, 869 s. ISBN 1590313739.
- SCHWALBE, U.; ZIMMER, D. *Kartellrecht und Ökonomie*. Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, 2006, s. 398.
- SHAPIRO, C. The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years. *Social Science Research Network* [online]. 2010 [cit. 15. 11. 2013]. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1675210>
- SHARMA, K. SSNIP Test: A Useful Tool, Not a Panacea. *Competition Law Report* [online]. 2011 [cit. 28. 3. 2013] Dostupné z: <http://www.cci.gov.in/images/media/presentations/SSNIPTestKKSharma260711.pdf>
- STRYSZOWSKA, M. Equally efficient competitor test. *Microeconomix* [online]. 2013 [cit. 2014-03-20]. Dostupné z: [http://www.microeconomix.eu/sites/default/files/131001\\_microeconomix\\_-\\_equally\\_efficient\\_competitor\\_test.pdf](http://www.microeconomix.eu/sites/default/files/131001_microeconomix_-_equally_efficient_competitor_test.pdf)
- STUCKE, M. E. Looking at the Monopsony in the Mirror. *Emory Law Journal*. 2013, vol. 62, no. 6, s. 1519.
- ŠAMÁNEK, J.; BROUČEK, M. Aplikace doktríny stlačování marží Soudním dvorem EU: případ Deutsche Telekom. *Antitrust*. 2011, č. 2, s. 50 - 57.
- ŠILHÁN, J. Objektivní ospravedlnění v právu proti zneužití dominantního postavení. In *Dny práva - 2008 - Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 1186-1203.



- TREBILCOCK, M. *The limits of freedom of contract*. 1st. Harvard University Press pbk. ed. Cambridge, MA.; London: Harvard University Press, 1993. ISBN 978-067-4534-308
- VERBOVEN, F. Cartel Damages Claims and the Passing on Defense. *The Journal of Industrial Economics*. 2009, vol. 57, no. 3, s. 457-491.
- WEITBRECHT, A. From Freiburg to Chicago and beyond: the first 50 years of European competition law. *ECLR*. 2008, vol. 2, s. 85.
- WERDEN, G. J. Demand Elasticities in Antitrust Analysis. *Antitrust Journal*. 1998, vol. 43, s. 363-414.
- WERDEN, G. J. A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products. *The Journal of Industrial Economics*. 1996, vol. 44, no. 4, s. 409-41.
- WERDEN, G. J.; FROEB, L. M. The effects of mergers in differentiated products industries: Logit demand and merger policy. *Journal of Law Economics and Organization*. 1994, no. 10, s. 407 - 426.
- WERDEN, G. J.; FROEB, L. M.; TSCHANTZ, S. Effects of Merger Efficiencies on Consumers of Differentiated Products. *European Competition Journal*. 2005, vol. 1, no. 245-264.
- WERDEN, G. J. Why (Ever) Define Markets? An Answer to Professor Kaplow. *Social Science Research Network* [online]. Publikováno 13. 2. 2012 [cit. 17. 5. 2013]. Dostupné z: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2004655](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2004655)
- WHISH, R. *Competition Law*. 5th ed., London/Edinburgh: 2003.
- WILEY Jr. S. a kol. Reciprocal altruism as a felony: Antitrust and the prisoner's dilemma. *Ethology and Sociobiology*. 1988, 9.2, s. 241-257.
- WILS, W. P. J. The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance. *World Competition: Law and Economics Review* [online]. 2014, vol. 37, no. 4. [cit. 15. 10. 2014]. Dostupný z: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2498407](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407)
- XAVIER, V. On the efficiency of Bertrand and Cournot equilibria with product differentiation. *Journal of Economic Theory*. 1985, 36. 1. , s. 166-175.
- ZENGER, H. Loyalty Rebates and the Competitive process. *Journal of Competition Law and Economics* [online]. 2012, vol. 8, no. 4, s. 717-768 [cit. 23. 11. 2012]. Dostupné z: <http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhs023>

ZOULÍK, F. Soukromoprávní ochrana slabší smluvní strany. *Právní rozhledy*. 2002, roč. 10, č. 3, s. 109.

ZVÁRA, K. *Regresní analýza*. Praha: Academia, 1989, 245 s. ISBN 80-200-0125-5.

### **DALŠÍ PRAMENY:**

Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors.

BRUNELL, R. M.: dopis předsedkyni FTC, týkající se žádosti Nine West Footwear Corp. o obnovení řízení o nařízení FTC, 5. 12. 2007, staženo z [www.antitrust-institute.org](http://www.antitrust-institute.org).

Clarification of the Commission recommendations on the application of the competition rules to new transport infrastructure projects (OJ C 298/5, 30. 9. 1997).

Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services.

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005), Report by the EAGCP „An economic approach to Article 82 (2005).

Dohody o určování cen pro další prodej. Informační list ÚOHS č. 2/2009.

Fresh Del Monte Pineapples Antitrust Litig., No. 04-md-1628 (RMB)(MHD), 2009 WL 3241401, at \*7 n.9 (S.D.N.Y. Sept. 30, 2009).

Glossary [online]. 2010 [cit. 2011-05-22]. Fully Allocated Cost (FAC). Dostupné z: [http://www.regulationbodyofknowledge.org/glossary/define/Fully%20allocated%20cost%20\(FAC\)/>](http://www.regulationbodyofknowledge.org/glossary/define/Fully%20allocated%20cost%20(FAC)/>)

Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings (EC Horizontal Merger Guidelines), 2004, O.J. (C31), s. 11

Hauptgutachten 2010/2011, No XIX, Monopolkommission: Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Nomos Verlag, Baden -Baden 2012, s. 369 a násl.

Horizontal Merger Guidelines (Federal Trade Commission and U. S. Department of Justice, 2010).

[http://mpr.aub.uni-muenchen.de/21121/1/MPRA\\_paper\\_21121.pdf](http://mpr.aub.uni-muenchen.de/21121/1/MPRA_paper_21121.pdf)

Leniency program ÚOHS

- Monopolkommission: Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 384
- Nařízení Komise (ES) č. 316/2014 ze dne 21. března 2014, o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy na určité kategorie dohod o převodu technologií.
- Nařízení Komise (ES) č. 772/2004 ze dne 7. dubna 2004 o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na určité kategorie dohod o převodu technologií.
- Nařízení Komise (ES) č. 906/2009 ze dne 28. září 2009 o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na určité kategorie dohod, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě mezi společnostmi liniové dopravy (konsorcií).
- Nařízení Komise (EU) č. 1218/2010, o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na některé kategorie specializačních dohod.
- Nařízení Komise (EU) č. 267/2010 ze dne 24. března 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na určité kategorie dohod, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě v odvětví pojišťovnictví.
- Nařízení Komise (EU) č. 330/2010, o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě.
- Nařízení Komise (EU) č. 330/2010, o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě.
- Nařízení Komise (EU) č. 461/2010 ze dne 27. května 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě v odvětví motorových vozidel
- Nařízení Rady (EHS) č. 2821/71 ze dne 20. prosince 1971 o použití čl. 85 odst. 3 Smlouvy na kategorie dohod, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě.
- Nařízení Rady (ES) č. 1184/2006 ze dne 24. července 2006, o použití určitých pravidel hospodářské soutěže na produkci zemědělských produktů a obchod s nimi.
- Nařízení Rady (ES) č. 169/2009 ze dne 26. února 2009 o uplatňování pravidel hospodářské soutěže v dopravě po železnici, silnici a vnitrozemských vodních cestách.
- Nařízení Rady (ES) č. 246/2009 ze dne 26. února 2009 o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na určité kategorie dohod, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě mezi společnostmi liniové dopravy (konsorcií).
- Nařízení Rady (ES) č. 487/2009 ze dne 25. května 2009 o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na některé kategorie dohod a jednání ve vzájemné shodě v odvětví letecké dopravy.

- Nařízení Komise (ES) č. 2790/1999 ze dne 22. prosince 1999 o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě (Text s významem pro EHP).
- Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady o pravidlech týkajících se žalob na náhradu škody podle národního práva způsobené porušením soutěžního práva členských států EU.
- Oxera [online]. 2009 [cit. 2011-04-20]. Independent regulator and competition authority. Dostupné z: <[http://www.oxera.com/cmsDocuments/Agenda\\_November%2009/Margin%20squeeze.pdf](http://www.oxera.com/cmsDocuments/Agenda_November%2009/Margin%20squeeze.pdf)>.
- Oxera [online]. 2009 [cit. 2011-04-20]. Independent regulator and competition authority. Dostupné z: [http://www.oxera.com/cmsDocuments/Agenda\\_November%2009/Margin%20squeeze.pdf](http://www.oxera.com/cmsDocuments/Agenda_November%2009/Margin%20squeeze.pdf)
- Oznámení Komise o dohodách menšího významu, které výrazně neomezuji hospodářskou soutěž podle čl. 81 odst. 1 smlouvy o založení Evropského společenství (de minimis), (2001/C 368/07) Úřední věstník C 368, 22/12/2001 S. 0013 - 0015.
- Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný.
- Pokyny Komise k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci (2011/C 11/01)
- Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), Úřední věstník C 031, 05/02/2004 S. 0005 - 0018.
- Policy Roundtables. Monoposony and Buyer Power. OECD, DAF/COMP 38 [online]. 2008, s. 9 [cit. 21. 4. 2013]. Dostupné z: <http://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>
- Předseda Global Economics Group David S. Evans. Dostupné z: <http://www.youtube.com/watch?v=5VE6FaCILaU>
- Revision of the De Minimis Notice (antitrust). European Commission. Competition Roundtable on Market definition. Note by the Delegation of the United States. OECD [online]. 2012 [cit. 21. 3. 2013]. Dostupné z: [http://www.ftc.gov/bc/international/docs/062012Market%20definition\\_U.S.pdf](http://www.ftc.gov/bc/international/docs/062012Market%20definition_U.S.pdf)
- Sdělení Komise 2009 C 045 - Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při posuzování článku 82 Smlouvy o ES

- Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03), Úřední věstník C 372, 09/12/1997 S. 0005 - 0013.
- Sdělení Komise o použití pravidel hospodářské soutěže na dohody o přístupu v odvětví telekomunikací (98/C 265/02).
- Sdělení Komise o použití pravidel hospodářské soutěže na dohody o přístupu v odvětví telekomunikací (1998 Úřední věstník C 265, 22/08/1998 S. 0002 - 0028), čl. 117-119.
- Sdělení Komise o použití pravidel hospodářské soutěže na poštovní odvětví a o posouzení některých opatření státu týkajících se poštovních služeb (98/C 39/02).
- Sherman Act.
- Single Firm Conduct: Monopolization Defined. Federal Trade Commission.
- Směrnice Komise 2002/77/ES ze dne 16. září 2002 o hospodářské soutěži na trzích sítí a služeb elektronických komunikací.
- Směr-SD avizuje aj znovuzavedení zákona o obchodných reťazcoch. Sita.sk. [online]. Publikováno 3. 1. 2012.
- The Pros and Cons of Vertical Restraints. Konkurrensverket: Swedish Competition Authority [online]. 2008 [cit. 8. 6. 2014] Dostupné z: [http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros & Cons/rap\\_pros\\_and\\_cons\\_vertical\\_restraints.pdf](http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros%20&%20Cons/rap_pros_and_cons_vertical_restraints.pdf)
- The Supreme Court of Denmark [online]. 2013 [cit. 2014-08-13]. Dostupné z: <http://www.supremecourt.dk/supremecourt/nyheder/pressemeddelelser/Pages/PostDanmarkhadnotabuseditsdominantposition.aspx>
- United States. In OECD Policy Roundtables: Margin squeeze [online]. 2010 [cit. 2011-04-10]. Dostupné z: <http://www.oecd.org/dataoecd/30/17/46048803.pdf>. s. 242-252.
- US DOJ Merger Guidelines (1982).
- Vláda novelizovala zákon o obchodných reťazcoch. TREND.sk [online]. Publikováno 3. 5. 2004 [cit. 23. 3. 2012]. Dostupné z: <http://ekonomika.etrend.sk/ekonomika-slovensko/vlada-novelizovala-zakon-o-obchodnych-retazcoch.html>.
- Výroční zprávy ÚOHS z let 2001-2012 od 1. 7. 2001, kdy nabyli účinnosti ZOHS, Významná tržní síla. Informační list ÚOHS č. 2013, č. 2, str. 21.

What is Competition on the Merits? OECD [online]. Policy Brief June 2006. Dostupné z: <http://www.oecd.org/dataoecd/10/27/37082099.pdf>

XXII. zpráva o soutěžní politice z r. 1992, str. 18, bod 3, in MAYER, op. cit., s. 42. XXXII. Report on Competition Policy, European Commission, 2002, s. 12.

Zákon č. 140/2010 Z.z., o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch medzi odberateľom a dodávateľom tovaru, ktorým sú potraviny.

Zákon č. 172/2008 Z.z., o neprimeraných obchodných podmienkach v obchodných vzťahoch

Zákon č. 207/2011 Z.z. o zrušení zákona č. 140/2010 Z. z. o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch medzi odberateľom a dodávateľom tovaru, ktorým sú potraviny

Zákon č. 362/2012 Z.z. o neprimeraných podmienkach v obchodných vzťahoch, ktorých predmetom sú potraviny

Zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití

Zákon č. 89/2012 Sb., Občanský zákoník

Zákon o obchodných reťazcoch č. 358/2003 Z.z.

Zásady postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění.

Zelená kniha o nekalých obchodních praktikách mezi podniky v Evropě v dodavatelském řetězci v oblasti potravinářského a nepotravinářského zboží (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=->

## SEZNAM ROZHODNUTÍ:

### Rozhodnutí ÚOHS

- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 17. 2. 2003, č. j. R 3/2002
- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 10. 9. 2009, č. j. UOHS-R-130/2008/01-9358/2009/310/JNo
- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 21. 10. 2010, č. j. R146/2013/TS-20430/320/RJa
- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 3. 11. 2010, č. j. ÚOHS-S162/2008/DP-4490/2010/820/DBr

- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 28. 1. 2011, č. j. ÚOHS-R84/2009/HS-1260/2011/310/KPo
- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 18. 2. 2011, č. j. R169/2010/HS-2676/2011/310-PGA
- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 22. 8. 2011, č. j. S167/2010-13046/2011/460
- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 25. 10. 2011, č. j. ÚOHS-S178/2011/KS-16953/2011/840/RPI
- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 13. 12. 2011, č. j. ÚOHS-S489/2011/KS-19817/2011/840/DVá
- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S472/2011/KS-7043/2012/840/RPI
- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 25. 2. 2013, č. j. ÚOHS-S461/2011/KD-3367/2013/820/LSo
- Rozhodnutí ÚOHS ze dne 24. 4. 2013, č. j. S160/2010-7578/2013/460/APo

### Rozhodnutí soudů ČR

- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 2. 2005, č. j. 2 A 18/2002 - 58
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 9. 2011, č. j. 5 Aps 4/2011 - 326
- Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 9. 11. 2012, č. j. 62Af 27/2011 - 409
- Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 2. 7. 2013, č. j. 62 Af 55/2011-174
- Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 9. 2014, č. j. 62 Af 27/2011 - 554
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2013, č. j. 2 Afs 82/2012 - 134

### Rozhodnutí Evropské Komise

- Rozhodnutí EK ze dne 22. 7. 1992, věc IV/M.190, *Nestlé/Perrier*
- Rozhodnutí EK ze dne 21. 10. 2002, věc COMP/C-1/36.915. *Deutsche Post AG*
- Rozhodnutí EK ze dne 16. 7. 2003, věc COMP/38.2033, *France Télécom*
- Rozhodnutí EK ze dne 23. 7. 2004, věc COMP/A.36.570/D3, *Sundbusserne v. Port of Helsingborg*
- Rozhodnutí EK ze dne 26. 10. 2004, věc M.3216, *Oracle/PeopleSoft*
- Rozhodnutí EK ze dne 13. 7. 2005, věc COMP/M.3625, *Blackstone/Acetex*

- Rozhodnutí EK ze dne 29. 3. 2006, věc COMP/E-1/38-113, *Prokent-Tomra*
- Rozhodnutí EK ze dne 26. 4. 2006, věc M.3916, *Mobile Austria / Tele.ring*
- Rozhodnutí EK ze dne 27. 6. 2007, věc M.4439, *Ryanair/ Aer Lingus*
- Rozhodnutí EK ze dne 4. 7. 2007, věc COMP/38.784, *Wanadoo España vs. Telefónica*
- Rozhodnutí EK ze dne 4. 12. 2007, věc M. 4662, *Syniverse / BSG*
- Rozhodnutí EK ze dne 4. 6. 2008, věc COMP/M. 4513, *Arjomiggins/M-real Zanders Reflex*
- Rozhodnutí EK ze dne 30. 1. 2008, věc M.4734, *INEOS/Kerling*
- Rozhodnutí EK ze dne 27. 2. 2008, věc COMP/C-3/37.792, *Microsoft I*
- Rozhodnutí EK ze dne 17. 12. 2008, věc M.5046, *Friesland Foods / Campina*
- Rozhodnutí EK ze dne 9. 1. 2009, věc M.5153, *Arsenal/ Dsp*
- Rozhodnutí EK ze dne 9. 1. 2009, věc M.5153, *ARSENAL/DSP*
- Rozhodnutí EK ze dne 13. 5. 2009, věc COMP/37.990, *Intel*
- Rozhodnutí EK ze dne 22. 6. 2009, věc M.5335, *Luftbansa/SN Airholding*
- Rozhodnutí EK ze dne 16. 12. 2009, věc COMP/C-3-39.530, *Microsoft II*
- Rozhodnutí EK ze dne 17. 11. 2010, věc M.5658, *Unilever/ Sarah Lee*
- Rozhodnutí EK ze dne 26. 1. 2011, věc M.5984, *Intel/McAfee*
- Rozhodnutí EK ze dne 12. 12. 2012, věc M.6497, *Hutchison 3G Austria / Orange Austria*

### Rozhodnutí evropských soudů

- Rozsudek Soudního dvora ze dne 30. 6. 1966. Věc 56/65, *Société La Technique Minière v. Maschinenbau Ulm.*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 11. 1975. Věc 26/75. *General Motors.*  
Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 2. 1978. Věc 27/76. *United Brands*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 2. 1979. Věc C-85/76. *Hoffmann-La Roche*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 9. 11. 1983. Věc 322/81. *Michelin.*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. 11. 1986. Věc 226/84. *British Leyland.*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. 7. 1991. Věc C-62/86. *AKZO Chemie BV*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 27. 4. 1994. Věc C-393/92. *Almelo*
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 6. 10. 1994. Věc T-83/91. *Tetra Pak International SA*



- Rozsudek Soudního dvora ze dne 6. 4. 1995. Spojené věci C-241/91, C-242/91. *Radio Telefís Eireann (RTE) a Independent Television Publications Ltd (ITP)*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 26. 11. 1998. Věc C-7/97. *Oscar Bronner*
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 6. 6. 2002. Věc T-342/99. *Airtours*
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 22. 10. 2002. Věc T-310/01. *Schneider Electric*
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 25. 10. 2002. Věc T-5/02. *Tetra Laval*.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 24. 10. 2002, Věc C-82/01 P. *Aéroports de Paris*
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 30. 9. 2003. Věc T-203/01. *Michelin II*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 29. 4. 2004. Věc C-418/01. *IMS Health*
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 27. 9. 2006. Věc T-168/01. *GlaxoSmithKline Services*
- Usnesení Soudního dvora ze dne 28. 9. 2006. Věc C-552/03. *Unilever Bestfoods*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 15. 3. 2007, Věc C-95/04. *British Airways*
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 17. 9. 2007. Věc T-201/04. *Microsoft I*
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 10. 4. 2008. Věc T-271/03. *Deutsche Telekom*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. 9. 2008. Věc C-279/06. *CEPSA*
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 7. 5. 2009. Věc T-151/05. *NBHV*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 2. 4. 2009, Věc C-260/07. *Pedro IV Servicios*.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 2. 4. 2009. Věc C-202/07 P. *France Télécom SA*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 3. 9. 2009, Věc C-506/07. *Lubricantes y Carburantes Galacios*
- Rozsudek Tribunálu ze dne 6. 7. 2010, Věci T-342/07, *Ryanair a Aer Lingus*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 10. 2010. Věc C-280/08 P. *Deutsche Telekom*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 17. 2. 2011. Věc T-52/09. *TeliaSonera*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 27. 3. 2012. Věc C-209/10. *Post Danmark*
- Rozsudek Tribunálu ze dne 29. 3. 2012. Věc T-336/07. *Telefónica de España*

- Rozsudek Soudního dvora ze dne 19. 4. 2012. Věc C-549/10 P. *Tomra Systems*
- Rozsudek Tribunálu ze dne 12. 6. 2014. Věc T 286/09. *Intel*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 10. 7. 2014. Věc C-295/12 P. *Telefónica*
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 11. 9. 2014. Věc C-67/13. *Groupment des cartes bancaires*

### Ostatní rozhodnutí

- Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).
- United States v. Terminal Railroad Ass'n of St. Louis, věc 224 U.S. 383 (1912)
- United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919)
- United States v. General Electric Co., 272 U.S. 476 (1926)
- Rozsudek 1919 Colgate, Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP,
- United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956)
- United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1966).
- Rozhodnutí United States Court of Appeals for the Second Circuit ze dne 25. 6. 1979 sp. zn. 78-7445, 78-7448.
- Rozsudek Nejvyššího soudu USA ze dne 19. 6. 1985, ve věci 472 U.S. 585 (1985). *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*.
- *Ball Memorial Hospital Inc. v. Mutual Hospital Ins.*, 784 F.2d 1325, 1336, (7th Cir, 1986).
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ze dne 26. 3. 1986, no. 83-2004, *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*
- *United States v. Archer-Daniels-Midland*, U. S. Court of Appeal, 866 F.2d 242 (1988)
- *United States v. Baker Hughes, Inc.*, 908 F.2d 981, 992 (DC Cir. 1990)
- *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447, 456 (1993)
- Rozsudek Nejvyššího soudu USA ze dne 21. 6. 1993, věc *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 223 (1993)
- *Allen-Myland, Inc. v. IBM Corporation*, 33 F.3d 194, 209 (3rd Cir. 1994)
- UNITED STATES v. EASTMAN KODAK CO, No. 1364, Docket 94-6190., August 04, 1995 - US 2nd Circuit
- Rozsudek Nejvyššího soudu USA ze dne 17. 6. 1994, věc 93-356. *MCI Communications Corp. v. AT & T*
- *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 64 (D.C. Cir. 2001)

- Rozsudek United States Court of Appeals for the District of Columbia. Věc United States v. Microsoft
- Rozhodnutí Supreme Court of the United States ze dne 13. 1. 2004, no. 02—682.
- Rozsudek United States Court of Appeals, Third Circuit. Věc United States v. Destply International, Inc. 399 F 3d 181 (3d Cir. 2005).
- Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., DBA Kay's Kloset... Kay's Shoes. 551 US 877; 127 S Ct 2705 (2007).
- FTC v. Whole Foods Market a Wild Oats Market. 502 F. Supp 2d 1, District Court for the District of Columbia (16. 8. 2007)
- FTC v. Whole Foods Market a Wild Oats Market. 533 F.3d 869 (D.C. Cir. 2008)
- Kaiser Found. v. Abbott Labs., No. CV 02-2443-JFW (FMOx), 2009 WL 3877513, at \*9 (C.D. Cal. Oct. 8, 2009),
- Rozsudek Nejvyššího soudu USA ze dne 13. 1. 2004, ve věci 540 U.S. 398 (2004). Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.
- Rozsudek Nejvyššího soudu USA ze dne 25. 2. 2009. Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine. Věc 555 U.S. (2009).
- United States. In OECD Policy Roundtables: Margin squeeze [online]. 2010 [cit. 2011-04-10]. Dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/30/17/46048803.pdf>>. s. 242-252.
- Rozhodnutí FTC No. 9341 - Intel.
- Rozhodnutí OFT Nutreco Holding NV / Hydro Seafood GSP Limited

## **Vědecká redakce MU**

prof. PhDr. Ladislav Rabušic, CSc.; Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.  
Mgr. Michaela Hanousková; doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.  
doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.; Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.  
prof. PhDr. Petr Macek, CSc.; PhDr. Alena Mizerová  
doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.; doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.  
Mgr. David Povolný; Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.  
prof. RNDr. David Trunec, CSc.; prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.  
prof. PhDr. Marie Vítková, CSc.; Mgr. Iva Zlatušková  
doc. Mgr. Martin Zvonář, Ph.D.

## **EKONOMICKÉ METODY V SOUTĚŽNÍM PRÁVU**

**Mgr. Ing. Kamil Nejezchleb, Ing. Mgr. Zuzana Hajná,**  
**prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.**

Vydala Masarykova univerzita v Brně roku 2014  
Spisy Právnické fakulty MU č. 504 (řada teoretická, Edice Scientia)

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, V. Kratochvíl,  
N. Rozehnalová, P. Mrkývka, J. Hurdík, R. Polčák, J. Šabata

Tisk: Point CZ, s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno  
1. vydání, 2014

ISBN 978-80-210-7701-0