

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

IURIDICA

No 366

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY

MASARYKOVY UNIVERZITY

řada teoretická

Svazek 366

**SOUTĚŽNÍ POLITIKA A FÚZE
V EVROPSKÉM KONTEXTU**

Josef Bejček

Masarykova univerzita

Brno, 2010

Recenzenti: Doc. JUDr. Ján Husár, CSc., m.prof.

Doc. JUDr. Martin Janků, CSc.

Monografické dílo vzniklo s podporou stejnojmenného grantu GA ČR č. 407/03/0425 a je publikováno jako výsledek dílčího řešení výzkumného záměru Právnické fakulty Masarykovy univerzity č. 0086 „Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004“, ident. kód MSM 0021622405.

© Josef Bejček, 2010

© Masarykova univerzita, 2010

ISBN 978-80-210-5067-9

OBSAH

SEZNAM ZKRATEK.....	11
ÚVODEM.....	12
1. SOUTĚŽNÍ POLITIKA A CÍLOVÉ KONFLIKTY V SOUTĚŽNÍM PRÁVU	14
1.1. Soutěžní politika	16
1.2. Účel právní regulace soutěže	19
1.3. Katalog cílů a cílové konflikty.....	20
1.3.1. <i>Blahobyt</i>	23
1.3.2. <i>Ochrana spotřebitele</i>	24
1.3.3. <i>Ochrana malých a středních podniků</i>	25
1.3.4. <i>Ochrana specifických skupin výrobců</i>	25
1.3.5. <i>Podpora integrace trhu</i>	27
1.3.6. <i>Ekonomická svoboda</i>	27
1.3.7. <i>Boj s inflací</i>	28
1.3.8. <i>Poctivost a spravedlnost, ekvita, individuální ochrana soutěžitelů</i>	28
1.3.9. <i>Sociální důvody</i>	29
1.3.10. <i>Politické důvody</i>	30
1.3.11. <i>Ochrana životního prostředí</i>	30
1.3.12. <i>Strategické důvody sektorové průmyslové a obchodní politiky</i>	32
1.3.13. <i>Zdravotně politické a hygienické důvody</i>	33
1.3.14. <i>Aspekty energetické, dopravní a jiné infrastrukturní politiky</i>	33
1.3.15. <i>Úspora nákladů</i>	34
1.3.16. <i>Podpora technického rozvoje</i>	35
1.3.17. <i>Podpora mezinárodní konkurenceschopnosti domácích soutěžitelů</i>	37
1.3.18. <i>Kulturně politické důvody</i>	38
1.4. Hypotéza	39
2. KONTROLA KONCENTRACE JAKO SOUČÁST SOUTĚŽNÍ POLITIKY	45
2.1. Pojmoslovné otázky	48

2.2. Soutěžně politické aspekty fúzí	49
2.3. Vliv fúzí na soutěž	52
2.4. Motivace fúzí	54
2.4.1. Hledisko nabyvatelů	54
2.4.2. Hledisko získávaných účastníků.....	57
2.4.3. Důvody proti fúzím	58
2.5. Koncentrace a funkčně blízké formy kooperace	59
2.6. Koncentrace na oligopolních trzích	63
3. FORMY SPOJENÍ	70
3.1. Spojení v širším a užším smyslu	70
3.2. Pozitivní vymezení	70
3.3. Negativní vymezení	72
3.4. Exkurs o fúzích a ochraně investorů	73
3.4.1. Některé všeobecné otázky nabídek převzetí	75
3.4.2. Ochrana investorů na straně cílové společnosti (ochrana investic akcionářů)	79
3.4.3. Ochrana investorů na straně navrhovatele.....	83
3.4.4. Souhrn.....	85
4. POJEM KONTROLY	88
4.1. Fúze a získání možnosti kontroly	88
4.2. Ovlivňování a kontrola soutěžitele	91
4.3. Ovládání a kontrola.....	93
4.4. Zobecnění	97
5. SUBSTANTIVNÍ TEST	103
5.1. Nové kritérium slučitelnosti fúze se společným trhem	105
5.2. „Šedá zóna“ mezi právem a ekonomikou	112
6. EKONOMICKÁ ANALÝZA A „MORE ECONOMIC APPROACH“ ..	115
6.1. „Automatický“ versus „rozumný zákaz“ a „normativní“ versus „ekonomický“ přístup	120
6.2. Etapa „více ekonomického přístupu“ (<i>more economic approach</i>) v evropském soutěžním právu	124

6.3. Co je „ekonomické“?	125
6.4. „Více ekonomického přístupu“ při posuzování dohod omezujících soutěž	129
6.5. Zneužití dominantního postavení.....	133
6.5.1. <i>Cenová diskriminace</i>	135
6.5.2. <i>Ekonomický a soutěžně politický problém rabatů</i>	138
6.5.3. <i>Aktuální ekonomický pohled na cenové i jiné vylučovací praktiky</i>	142
6.6. Kontrola koncentrace	147
6.7. Horizontální fúze v. vertikální a konglomerátní fúze	154
6.8. Diskusní poznámky a shrnutí k ekonomickým metodám v soutěžním právu	158
7. PŘÍNOSY FÚZÍ (EFFICIENCES)	166
7.1. Ekonomické přínosy a různé varianty „blahobytu“ (užitku) coby hodnotícího kritéria.....	166
7.2. Normativní kritéria soutěžního práva z ekonomického hlediska	169
7.3. Standardy ekonomického hodnocení	171
7.4. Jednotný přístup k posuzování fúzí a podíl spotřebitele na výhodách plynoucích z fúze	172
7.5. Možnosti posuzování přínosů fúzí („ <i>efficiencies</i> “) v praxi	176
7.6. Standardy blahobytu jako „nadkritérium“ hodnocení v soutěžním právu	179
8. MIMOSOUTĚŽNÍ HLEDISKA POSUZOVÁNÍ FÚZÍ.....	184
8.1. Regulace a deregulace v ekonomice	186
8.2. Odvětvové regulace a soutěž	188
8.3. Kdy je regulace opodstatněná na úkor tržní autoregulace?.....	190
8.4. Soutěž jako předmět regulace a současně nástroj autoregulace	192
9. FÚZE A VYSPĚLÉ TECHNOLOGIE	193
9.1. Ochrana práv k nehmotným statkům a ochrana soutěže.	193
9.2. Technologicky vyspělá odvětví a právo.....	195
9.3. Nehmotné statky a vlastnictví k věcem.....	197
9.4. Soutěžní specifika technologicky vyspělých odvětví	198

9.4.1. Technické problémy.....	198
9.4.2. Rychlost proměn trhu.....	198
9.4.3. Nutnost spolupráce mezi rivaly.....	199
9.4.4. Překážky vstupu na trh.....	199
9.4.5. Důsledky pro cenu a pro výstup.....	199
9.4.6. Síťové efekty.....	199
9.5. Některé nebezpečné druhy zneužití práv k duševnímu vlastnictví	201
9.5.1. Protisoutěžní koncentrace	202
9.5.2. Zneužití standardizace	210
9.5.3. Podvodné nabytí práv	211
9.5.4. Udržování monopolní moci v technologicky vyspělých odvětví....	212
9.5.5. Sdružené licencování a podmínky poplatků za licence	213
9.5.6. Zpětné poskytnutí práv.....	213
9.5.7. Zneužití síťových efektů	214
9.6. Stanoviska ke vztahu soutěžního práva k vyspělým technologiím	216
10. GLOBALIZACE A „NÁRODNÍ ŠAMPIONI“	220
10.1. Globalizace, liberalizace a hospodářská soutěž.....	220
10.2. Národní chráněnci jako hybatelé a cíle spojování?	225
11. VÝVOJ V POSUZOVÁNÍ FÚZÍ V EVROPĚ A V ŠIRŠÍM KONTEXTU	231
11.1. Současný kontext.....	231
11.2. Nad aktuální úpravou regulace fúzí v Evropě	236
12. ANALÝZA VÝVOJE KONTROLY FÚZÍ V ROZHODOVÁNÍ ÚOHS A DÍLČÍ KOMPARACE S EVROPSKOU PRAXÍ.....	241
12.1. Rozhodovací činnost Úřadu v letech 2002 až 2003.....	242
12.2. Nejvýznamnější případy do r. 2004.....	249
12.2.1. KMV/Poděbradka	249
12.2.2. Südzucker/SLS.....	252
12.2.3. ČEZ/ REAS (5 regionálních distribučních společností).....	254
12.2.4. Zentiva/S.L.Pharma	260
12.2.5. MAKRO/SPAR/METSPA	263
12.3. Některé vnější faktory ovlivňující rozhodování o fúzích po r. 2004 ...	265
12.3.1. Vstup České republiky do Evropské unie	265

12.3.2. <i>Změny legislativního rámce v ČR v roce 2004 a později</i>	270
12.3.2.1. Zpřesnění definic jednotlivých typů spojení soutěžitelů	272
12.3.2.2. Zpřesnění konstrukce notifikačních kritérií.....	272
12.3.2.3. Zvýšení prahových hodnot notifikačních kritérií	273
12.3.2.4. Zpřesnění pravidel výpočtu obratu spojujících se soutěžitelů	274
12.3.2.5. Zrušení lhůty pro podání návrhu na povolení spojení	274
12.3.2.6. Zpřesnění vztahu řádné notifikace k zahájení správního řízení a běhu lhůt pro rozhodnutí.....	275
12.3.2.7. Zrušení možnosti ukládat podmínky povolení spojení	276
12.3.2.8. Stanovení lhůt pro podání návrhu závazků ve prospěch zachování soutěže.....	277
12.3.2.9. Obligatorní prodloužení lhůt pro vydání rozhodnutí	277
12.3.3. <i>Pozdější novelizace ZOHS</i>	279
12.3.4. <i>Faktické změny s dopadem na soutěžní politiku</i>	285
12.4. Vývoj komunitárního práva kontroly koncentrací.....	287
12.5. Kvantitativní analýza rozhodovací činnosti	290
12.5.1. <i>Hypotéza vlivu vnějších faktorů na počet řízení</i>	291
12.5.2. <i>Hypotéza vlivu přechodného ustanovení čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb.</i>	295
12.5.3. <i>Další významné kvantitativní údaje</i>	297
12.6. Kvalitativní analýza rozhodovací činnosti	300
12.6.1. <i>Hypotéza vlivu vnějších faktorů na kvalitativní stránku rozhodovací činnosti</i>	300
12.6.2. <i>Analýza vybraných rozhodnutí Úřadu od r. 2004</i>	301
12.6.3. <i>Ověření hypotézy</i>	325
12.7. Závěry	328

13. NĚKTERÉ PROBLÉMY FAKTICKÉ PŮSOBNOSTI ÚOHS A JEHO VLIVU NA TRŽNÍ KONCENTRACE..... 330

13.1. Dřívější hypotetická možnost úniku spojujících se soutěžitelů před kontrolou ze strany ÚOHS.	330
13.2. Co znamenalo nepovolit spojení a nepodat návrh	332
13.3. Několik zčásti realizovaných námětů	334

13.4. Peripetie právního nástupnictví	335
13.4.1. Argumenty ve prospěch procesního nástupnictví.....	337
13.4.2. Argumenty proti procesnímu nástupnictví	338
13.4.3. Odpovědnost sukcesora za protisoutěžní jednání v evropském právu	340
13.4.4. Komentář a doporučení	345
14. ZÁVĚR.....	352
14.1. Shrnutí	352
14.2. Některé aktuální právně relevantní výzvy hospodářské krize v oblasti antitrustu	353
14.2.1. Krize regulace v krizi?	353
14.2.2. Soutěžní politika jako „nadregulátor“ regulace.....	356
14.2.3. Hypertrofie ekonomizace	358
14.2.4. Nestabilní systém sladování trvale se měnících zájmů	362
SUMMARY	365
SEZNAM LITERATURY	370

SEZNAM ZKRATEK

ČKA	– Česká konsolidační agentura
ČR	– Česká republika
ČTÚ	– Český telekomunikační úřad
DM	– Diskusní materiál Evropské komise k aplikaci čl. 82 SES na vylučovací zneužití
ECN	– Evropská soutěžní síť
EK	– Evropská komise
ES	– Evropská společenství
ESD	– Evropský soudní dvůr
EU	– Evropská unie
FNM	– Fond národního majetku
ObčZ	– Občanský zákoník
ObchZ	– Obchodní zákoník
SES	– Smlouva o založení Evropského společenství
SPI	– Soud první instance
ÚOHS	– Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
ZEK	– Zákon o elektronických komunikacích
ZOHS	– Zákon o ochraně hospodářské soutěže

ÚVODEM

Soutěžně politický postoj ke koncentraci podniků významně ovlivňuje soutěžní prostředí. Tzv. strukturální přístup k soutěžní politice předpokládá, že je třeba věnovat hlavní pozornost udržení takové struktury trhu, která povede prostřednictvím autoregulace k funkční soutěži. Ve spojení s kontrolou chování na trhu (regulační přístup) by to mělo zajistit zachování základních charakteristik potřebných k fungování soutěžního a nezdeformovaného trhu.

Současný stav poznání v ČR se sice v obecné poloze těmito východisky řídí; chybí však zpětná vazba, která by konfrontovala teoretická východiska soutěžní politiky s jejím praktickým prováděním. Naše soutěžní politika v přístupu ke spojování podniků postrádá teoretickou verifikaci, stejně jako teoretická východiska postrádají systematickou konfrontaci s praxí soutěžní politiky a ověření, zda se natolik nezměnily ekonomické, informační, technologické aj. podmínky, z nichž původní teorie vycházely, že by se v těchto nových podmínkách měly změnit i tyto teorie.

Je sporné, zda si celosvětové globalizační tendence v ekonomice nevyžadují jiné (globální) přístupy k soutěžní politice i v oblasti fúzí, a v jakém poměru jsou faktické tendence k nadnárodní (celosvětové) regulaci či spíše k rezignaci na ovlivnění struktury trhu. I při zachování formálně soutěžně vhodné struktury trhu se soutěž nezřídka deformuje činností tzv. strategických aliancí, které jsou uzavírány mezi formálně samostatnými soutěžiteli, takže strukturální soutěžní politika v těchto případech funkčně selhává.

Evropská společenství regulují slučování podniků Nařízením Rady 139/2004. To však zachycuje fúze celospolečenstevního (komunitárního) rozsahu. Přitom v některých zemích se preventivní kontrola spojování podniků s menším rozsahem vůbec neprovádí nebo je velmi liberální a soutěžní politika se redukuje na regulační přístup kontroly chování na trhu *ex post*. Patrně vítězí pragmatická orientace na posilování konkurenceschopnosti domácích soutěžitelů na širším nadnárodním trhu, které se obětuje existenci tzv. zdravého soutěžního prostředí na trhu tuzemském. Nebyla dosud přitom spolehlivě zjištěna závislost mezi konkurenceschopností národní ekonomiky na mezinárodních trzích a kvalitou soutěžního prostředí v národním rámci.

Chci se zamyslet mj. nad otázkou, zda lpění na tzv. soutěžní struktuře trhu se nestává (nebo již není) spíše jen soutěžně teoretickou zástěrkou státních zásahů hodících se leckomu čas od času i z jiných než doktrinních důvodů, a zda vývoj

koncentrace ekonomiky nepokročil třeba již do takové míry, že by to vyžadovalo i změnu onoho strukturálního přístupu k fúzím.

Práce se vyjadřuje k širším teoretickým východiskům současné soutěžní politiky a k některým jejím tendencím; důraz na problémy posuzování fúzí je jen jednou z možných voleb a bylo by mu (a jeho hloubce a úplnosti) samozřejmě možno leccos vytknout.

Knihou není systematickým pojednáním o právní úpravě fúzí. Nevyhýbá se soutěžně politickým úvahám obecným, a na fúze se zaměřuje jen více než na jiné oblasti soutěžní politiky. Nemá ani ambice učebnice, ani komentáře. Je jen souborem úvah o některých širších souvislostech soutěžní politiky a koncentračních trendů v současnosti a o úloze práva v nich, který si neklade vyšší cíle, než pouze přispět do diskuse o některých dílčích výzvách dneška pro kontroverzní regulativní subodvětví antitrustu.

Některé náměty a úvahy v práci podané se v mezidobí promítly do právní úpravy a ovlivnily i interpretační praxi správní i soudní. Část dílčích témat práce byla průběžně publikována a oponována v odborném tisku. Za inspirativní spolupráci vděčím kontaktům s řadou pracovníků ÚOHS, zejména pak se stávajícím místopředsedou JUDr. Robertem Nerudou, Ph.D., jenž se ještě jako doktorand výrazně zapojil do výzkumného projektu a vydatně přispěl k jeho řešení.¹

¹ Celá analytická kapitola 12. vznikla především jeho zásluhou.

1. SOUTĚŽNÍ POLITIKA A CÍLOVÉ KONFLIKTY V SOUTĚŽNÍM PRÁVU

Protimonopolní zákonodárství se v myšlenkově – axiomatické soustavě neoliberalismu označuje za jednu z hlavních překážek účinné soutěže², která neomezuje monopoly, ale vytrvale a nevypočitatelně obtěžuje efektivně fungující podnikatele. Tendence k monopolizaci se neuznává jako objektivní hospodářský jev ekonomiky ponechané sobě samotné, ale jen jako výsledek antiliberální hospodářské politiky.³

Činnosti spojené s potíráním monopolů se pokládají za – možná sice dobře myšlené, ale neobratné – zasahování do činnosti trhu, které je *na překážku* konkurenci. Myšlenka, že vláda může navrhnout politiku, která vytvoří nebo zaručí konkurenci, a že by konkurence bez této politiky zdegenerovala do úplného nebo částečného monopolu, se pokládá za pochybnou a prohlašuje se, že pro zajištění dynamické podoby konkurence na trhu není nutná žádná zvláštní legislativa a její vynucování (kromě zcela mimořádných situací, kdy někdo vlastní nějaký jedinečný a nezastupitelný zdroj k výrobě důležitého spotřebního zboží); jedinou činností vlády k zajištění dynamické konkurence má být právě jen odstranění všech takových vládou vytvořených překážek konkurence.⁴

Protimonopolní zákony se pokládají za formu regulace, která snižuje efektivnost ekonomiky a za formu víry⁵, která je ovšem v pravém důsledku legislativním zakotvením zvláštních zájmů vybraných subjektů na úkor všech ostatních; zvýhodněné skupiny se přirozeně mají bránit zrušení této legislativy a občané a spotřebitelé jsou málo motivováni ke spojení proti protimonopolnímu molochu. Protimonopolní politika se považuje za druh odvětvové politiky a formu státního plánování,⁶ k jejímuž zrušení nebudou mít vůli ani přívrženci tzv. chicagské školy, neboť i ti jsou v zajetí omylu „troufalého zdání znalosti“.⁷

Při úvahách o soutěžní politice a střetu s jinými zájmy státu nutně narazíme na axiologickou a pojmoslovnou potíž.

² Tak ROTHBARD, M. N.: *Ekonomie státních zásahů*, Liberální institut, Praha 2001, str. 146 a násl.

³ MISES, L.: *Liberalismus*, Liberální institut, Praha 1998, str. 81.

⁴ Srov. KIRZNER, I.: *Jak fungují trhy*, Liberální institut, Praha 1998, str. 71–72.

⁵ Tak ARMENTANO, D. T.: *Proč odstranit protimonopolní zákonodárství*, Liberální institut, Praha 2000, str. 37, 39.

⁶ ARMENTANO, D. T.: cit. práce, str. 43.

⁷ ARMENTANO, D. T.: cit. práce, str. 115.

Má (a má vůbec mít) demokratický stát v tržní ekonomice nějaké jiné cíle, nežli dbát na nenarušování tržního mechanismu kýmkoliv (včetně sebou samotným), protože optima se dosahuje decentralizovaným tržním mechanismem?

I kdyby stát konsistentně nějaké tzv. celospolečenské cíle vyhlašoval, nejde spíše o cíle zájmových skupin, jejichž zájmy jsou jen vysloveny a prosazovány státními orgány a přitom mohou fungování soutěže ohrozit? Vláda, která formuluje cíle své vládní politiky, není homogenní monolit; i v ní se hlasuje a výsledek se prohlásí za zájem státu, který ovšem přece není identický s rozložením názorů a stanovisek v jedné konkrétní a přechodné vládě. Existují přece systémové zájmy přesahující funkční období mnoha vlád i parlamentů. Nevíme vlastně ani, co jsou to zájmy společnosti ani státu.⁸ Nejde pod rouškou tzv. zájmů či cílů státu nejednou jen o artikulaci skupinových zájmů silných hráčů, schopných ovlivnit setrvávání politiků u moci, kteří v souladu s teorií „veřejné volby“ prosazují spíše zájmy svoje a svých „loutkařů“ v pozadí?

Mají tedy státní (vládní) zásahy být omezeny jen na případy kompenzace tzv. tržních selhání⁹ (selhání konkurence, existence veřejných statků, externality, neúplné trhy, nedostatečné informace, nezaměstnanost), nebo mohou sledovat i specifické odvětvové cíle? Smí demokratický stát napravovat rozhodnutí jednotlivců, kteří se i přes dokonalé informace rozhodují tzv. v rozporu se svými zájmy a omezovat třeba škodlivou spotřebu a podporovat spotřebu prospěšných statků (ale tím nutně narušovat soutěž na trhu obou těchto statků a ev. i na trzích souvisejících)?

Přes naléhavost těchto otázek si je nedovoluji zodpovědět. Odpověď na ně totiž nemůže být správná nebo nesprávná, ale jen souladná či nesouladná s tím či oním hodnotovým východiskem.¹⁰ Hodnotové východisko koreluje s politickým směrem, který je právě u moci, a který může i té části společnosti, která jej ve volbách nepodpořila, vnutit svoji verzi „zájmů státu“.

I přes zakotvení do právních předpisů se výkyvy hodnotové orientace projevují v jejich interpretaci, která je někdy funkčně srovnatelná s novelizací předpisů. I nezávislí státní úředníci a nezávislí soudci jsou nositeli hodnotových představ, odborných názorů i předpojatostí, a mohou posouvat faktický význam právních norem.

⁸ STIGLITZ, J. E.: *Ekonomie veřejného sektoru*, Grada Publishing, Praha 1997, str. 207.

⁹ Srov. STIGLITZ, J. E. v cit. práci, str. 102 a násl.

¹⁰ Kdesi jsem zaslechl poznámku, že antitrust je věcí mentality. Zatímco v USA se bojů udělat chybu při intervenci, v Evropě se spíš bojí chyby neintervenovat.

Jedna jizlivá moudrost praví, že konzervavec je liberál, kterého včera přepadli.¹¹ To je markantní právě u norem soutěžního práva, které jsou charakteristické neurčitými a zákonem nedefinovanými (a většinou též zákonem nedefinovatelnými) pojmy, umožňujícími značnou restrikcí i expanzí v rámci správního i soudního uvážení.

Jakýsi druh velmi virulentní interpretační „infekce“ panuje v rámci EU. I v případech, které nemají komunitární význam, se národní soutěžní úřady a soudy inspirují interpretacemi pojmů a akceptují judičiální definice a doktríny a přenášejí je do svého rozhodování. Je jasné, že soudní rozhodnutí nepředstavují a nenahrazují soutěžní politiku, ale že na druhé straně mohou rozhodování soutěžních úřadů výrazně ovlivňovat a že nepřímou mohou vést i ke změnám v soutěžní politice i v soutěžním právu¹².

1.1. SOUTĚŽNÍ POLITIKA

Soutěžní politika – už proto, že je to právě *politika* – spočívá ve vážení různých zájmů a v jejich optimalizaci. Soutěžní politika nemůže být vedena pod heslem „soutěž nade vše“ („*fiat competitio, pereat mundus*“) právě proto, že jako druh politiky musí zájem na ochraně soutěže poměřovat s jinými hodnotami a zájmy, jejichž závažnost a pořadí jsou výslednicí tvorby *politické* vůle. Soutěž jako dynamický proces není sama sobě účelem a cílem, ale je jen vysoce postaveným a plošně působícím nástrojem k dosahování jiných společensko-politických a společensko-ekonomických cílů¹³.

¹¹ Abych použil jen příklad z diplomatiky „bezpečné vzdálenosti“ a nezatěžoval dohady, jestli to myslím jen obecně, nebo snad i nějak konkrétně a aktuálně, poukážu na výrazný rozdíl v přístupu k soutěžní politice (zejm. v přístupu k fúzím) v USA v době vlády presidenta Reagana a za jeho nástupce Clintona. „Reagonomika“ znamenala příklon k devíze „jeli velikost efektivní, převládne“; vliv „chicagské školy“ v letech Clintonovy vlády poněkud zeslábl. Srov. SAMUELSON, P. A. – NORDHAUS, W. D.: *Ekonomie*, Svoboda, Praha 1991, str. 623–624.

¹² A to v obou směrech: soudní výklady a doktríny se jednak mohou stát součástí psaného práva (to je třeba příklad „evropské infekce“ judikatury ESD do naší legislativy, kam byla začleněna koncepce „*essential facilities*“ nebo zákonné vymezení pojmu „tržní moci“, vzniknuvší na pozadí kasuistiky ESD); není ovšem vyloučen ani pokus koalice odpůrců soutěže, která bude prosazovat výjimečné zákonné úpravy, jež zúží nebo úplně odeberou prostor soudnímu dotváření zákona.

¹³ Příkladem je „služebnost“ pravidel hospodářské soutěže stanovených ve SES ve prospěch vytvoření a fungování vnitřního trhu.

Nástrojem soutěžní politiky, tedy „nástrojem nástroje“ je především právo. To má své výhody (zejm. relativní stálost, abstraktně formulovaná pravidla, pevně stanovené postupy vynucování stanovených pravidel se všeobecnou působností) i nevýhody (zejm. rigidnost a neschopnost pružně reagovat na aktuální výjimečné situace; nutnost doplňovat abstraktní pravidla a neurčité pojmy výkladem a judikaturou, což může vést k pouze imaginární právní jistotě; velký rozsah správního a soudního uvážení, nevylučující možnou arbitrárnost při posuzování skutkového a právního stavu).

Soutěžní politika je součástí hospodářské politiky, tedy součástí zasahování státu do ekonomických procesů, čili – jinými slovy – součástí státní regulace ekonomiky. Krajním a veskrze jen hypotetickým případem soutěžní „politiky-nepolitiky“, která se nedá označit za druh regulace, je jen tzv. resignační (čili žádná) soutěžní politika (nezasahování státu do tzv. volné hry tržních sil, které však nelze spatřit v žádné tržně orientované ekonomice dneška).

Hospodářská politika se vesměs projevuje v podobě dílčích a selektivních sektorových zásahů do určitých odvětví se zcela konkrétním, odvětvově omezeným a právě aktuálním cílem (typu např. „podpora malých živnostníků“, „obrana dodavatelů obchodních řetězců“, nebo „podpora vývozu či restrikce dovozu konkrétního zboží pro ochranu lepších domácích výrobců“, apod.). Hovoří se též o průmyslové politice, která má zpravidla ochrannou nebo subvenční podobu. Vystává tu však velké nebezpečí „kvalitní dlažby z dobrých úmyslů, pokládané na cestě do pekla narušené nebo zničené soutěže“.

Soutěžní politika není na rozdíl od konkrétní odvětvové (průmyslové) politiky zaměřena na konkrétní adresné ovlivňování určitých odvětví nebo dokonce jednotlivých podniků, ale na vytvoření, udržení a ochranu soutěžního prostředí, které *plošně* ovlivňuje všechny účastníky soutěže, přičemž umožňuje rozvoj těch efektivnějších a vytlačuje z trhu ty neefektivní. Soutěžní politika má ochrannou funkci a zaměřuje se na proces a na strukturální předpoklady soutěže, zatímco různé průmyslové (sektorové, odvětvové) politiky míří na konkrétní výsledky na trhu a nejenže je chrání, ale i intervencionisticky vytváří a koriguje¹⁴.

Výsledky na trhu nejsou předmětem úpravy; jsou výsledkem (funkcí) soutěžního prostředí. Soutěžní politika (tedy politika ve prospěch soutěže) je ve vztahu ke konkrétním soutěžitelům neutrální, protože nepodporuje a nechrání žádného určitého soutěžitele, ale jen soutěž jako dynamický proces, v jehož rámci konkrétní soutěžitelé obstojí nebo ne. Soutěž je mj. též nástrojem destrukce, ale destrukce

¹⁴ Srov. MISCHÉ, H.: *Nicht-wettbewerbliche Faktoren in der europäischen Fusionskontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2002, str. 42.

tvořivé, která odstraněním méně zdatných subjektů vytváří šance a prostor pro nově příchozí soutěžitele nebo pro rozvoj zdatnějších zbylých konkurentů.

Sektorové (odvětvové, průmyslové) politiky jsou popřením tohoto „přirozeného běhu věcí“ (soutěžního řádu) a mají snad opodstatnění jen ve zcela výjimečných případech a jako dočasné řešení, které by zejména nemělo vést k nevratným strukturálním změnám.

Heslo, že „dobrá soutěžní politika je tou nejlepší průmyslovou politikou“¹⁵ nelze vykládat tak, že se v praxi můžeme průmyslovým (sektorovým) politikám vyhnout, a že by nejlepší průmyslovou politikou byla žádná průmyslová politika. Směs cílů, které praktičtí politici a zejména ekonomové sledují, a jejichž konflikty musí řešit, je tak rozsáhlá a vnitřně rozporná, že se v praxi určitým ústupkům ze soutěžních maxim nelze vyhnout.

Ideologizující a fundamentalistické brojení a paušalizace ve smyslu „svaté války“ soutěžní politiky proti průmyslovým (sektorovým) politikám jsou nesmyslné a vzdálené realitě. Mnohem více jí odpovídá postoj „tolik soutěže, kolik je jen možné“. Idea hospodářské svobody potlačením hospodářské soutěže sice vždy utrpí, ale ani ona není žádným „božským principem“, z něhož by se – ani pod tlakem nutnosti vyřešit konkrétní a urgentní ekonomické i mimoekonomické problémy – za žádných okolností nesmělo ustoupit. V některých případech je totiž průmyslová politika státu užitečná a svět se tak úplně ideálu hospodářské soutěže nepřizpůsobuje¹⁶.

Lze ještě cynicky dodat, že soutěžní politika je politikou, a proto i ona musí být jako druh politiky z podstaty věci čas od času nutně oportunní. Oportunismus však může být jen výjimkou, a nikoliv zásadou. Z posledního vývoje evropského soutěžního práva (směrem k „ekonomizaci“ hodnocení soutěžního chování a soutěžních struktur), sledovaného s jistým „fázovým posunem“ i právem českým, vyplývá však určité nebezpečí, že odvětvové konkrétní a aktuální (byť třeba krátkodobé) ekonomické přínosy, které lze poměrně dobře vyčíslit, a které se mohou dočasně projevit jako příznivé i vůči spotřebitelům, mohou potlačit dřívější důraz na obecnější a dlouhodobější racionalitu podpory soutěže, jejíž výhody leží spíše v budoucnosti a nedají se tak lehce kvantifikovat jako konkrétní krátkodobější odvětvové přínosy.

¹⁵ Srov. BÖGE, U.: vystoupení v rámci pódiové diskuse na kolokviu k 30. výročí vzniku německé Monopolní komise, in: *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Monopolkommission, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005, str. 90.

¹⁶ Srov. WEIZSÄCKER, C. CH. in: *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Monopolkommission, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005, str. 95.

1.2. ÚČEL PRÁVNÍ REGULACE SOUTĚŽE

Otázka cílů soutěžního práva je předmětem čilé diskuse, která je podle mého soudu vedena pod silným hodnotovým apriorismem. V USA jednoznačně převládlo stanovisko tzv. chicagské školy, že jediným cílem kartelového práva je ekonomická efektivnost vedoucí ke zvýšení spotřebitelského blahobytu. Nejde jen o hlasitost či četnost projevů zastánců této školy, ale především o stabilní trend praktického rozhodování antitrustových orgánů a soudů. Konstatuje se, že kartelové právo je identické s mikroekonomií¹⁷, a že se dokonce stalo odvětvím ekonomiky¹⁸. Za prvořadý princip kartelového práva se tam v současné rozhodovací praxi pokládá podpora ekonomické efektivnosti a blahobytu spotřebitelů.¹⁹ Terminologicky není v této otázce jednota. Též se tvrdí²⁰, že v USA se sleduje cíl tzv. přínosu (či „zisku“) pro spotřebitele (*consumer surplus*), což je přírůstek (*excess*) hodnoty, kterou spotřebitel dostane nad to, co zaplatí, i když soudci, úředníci a právníci tuto politiku popisují jako politiku založenou na sledování efektivnosti.

Důraz na blahobyt spotřebitele, který se zvýší třeba právě konkrétním opatřením odvětvové politiky, zní sice pěkně, ale může být dvousečný. Tento sporný účinek dočasného či trvalého suspendování soutěže v zájmu spotřebitelů se dá nejlépe charakterizovat klasickým výrokem, že právě soutěž je tím nejlepším přítelem spotřebitele.

Protivníci chicagské školy, kteří se snažili o uznání i jiných cílů kartelového práva nežli jen o bilanci zisků a ztrát na ekonomické efektivnosti (jako např. cíle zabránit přesunu majetku od spotřebitelů k výrobcům, nebo o zábranu akumulace ekonomické moci, o ochranu svobody rozhodování menších podniků apod.), však byli – jak se zdá – v diskusi potlačeni, a zejména jim nedává za pravdu judikatura²¹.

¹⁷ 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, str. 936, 945.

¹⁸ EASTERBROOK, F. H.: *Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks*, 76 Geo. L.J, 1987, str. 305.

¹⁹ Srov. SCHLOSSBERG, R. S. (ed.): *Mergers and Acquisitions*, ABA, Chicago, 2nd Ed., 2004, str. 379; AREEDA, P. – TURNER, D. F.: *Antitrust Law*, 2003, str. 1102.

²⁰ 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*, Vol. 72, 2005, str. 424.

²¹ Blíže viz MAYER, CH.: *Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA*, Nomos Verlag, Baden Baden 2005, str. 35 nsf. Reakce na aktuální krizové jevy může ovšem vyvolat kyvadlový pohyb zpět.

Cíle evropského kartelového (soutěžního) práva jsou ovšem základními právními dokumenty EU, teorií, rozhodováním Evropské komise i soudní judikaturou pojímány mnohem plastičtěji. Řadí se mezi ně vytvoření a fungování společného trhu, který má ústřední roli²². Podpora blahobytu spotřebitelů zvyšováním ekonomické efektivity však mezi tyto cíle patří též.²³

Za předpoklad efektivity se vždy pokládalo zachování svobodné soutěže a otevřených trhů, aby výrobci byli pod neustálým tlakem konkurence a byli motivováni ke zlepšování kvality, k inovacím, k rozumným cenám. Soutěž se tradičně pokládala za nezastupitelný anonymní kontrolní a řídicí mechanismus. Dá se tedy konstatovat, že cílem kartelového práva je prostřednictvím zachování svobodné soutěže zachovat *nástroj* k dosažení cíle ekonomického blahobytu (*economic welfare*), který zahrnuje i blahobyt spotřebitelů. Z tohoto hlediska je zlehčování této motivace²⁴ poněkud ukvapené a argumentačně ne dosti podložené.²⁵

1.3. KATALOG CÍLŮ A CÍLOVÉ KONFLIKTY

Nejobecnějším cílem kartelově právních předpisů je posílení a zachování tržní ekonomiky prostřednictvím právních mechanismů k zajištění svobody soutěže a k omezení nadměrné hospodářské moci tam, kde tato moc ohrožuje účinnost soutěže (tedy naplňování jejích tzv. funkcí). Tyto předpisy nemohou stanovit, jaká

²² Srov. např. MONTI, G.: *Article 81 and Public Policy*, C.M.L.R. 2002, str. 1057, 1063; WHISH, R.: *Competition Law*, 5th Ed., London/Edinburgh 2003, str. 21; EHLERMANN, C.-D.: *The Contribution of the EC Competition Policy to the Single Market*, C.M.L.R. 1992, str. 257.

²³ Srov. XXII. zprávu o soutěžní politice z r. 1992, str. 18, bod 3, in MAYER, CH., op. cit., str. 42. XXXII. Report on Competition Policy, European Commission, 2002, str. 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.“

²⁴ KINDL, J.: *Pojem narušení hospodářské soutěže – obecná východiska a konkrétní aplikace*, Právní rozhledy 2005, č. 10, str. 343 nsł.

²⁵ Reprezentativní analýza ekonomického hodnocení fúzí (srov. European Economy No 5/2001 – *The efficiency defence and the European system of merger control, Reports and Studies*, European Commission, DG IV, Brussels European Economy 5/2001, str. 54) dokonce konstatuje, 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.

konkrétní soutěž nebo jaký konkrétní podnik má být chráněn nebo podporován, ale mohou chránit a podporovat hospodářskou soutěž obecně, jako společenský fenomén a jako společenskou hodnotu, tvořící základ ekonomického systému tržně orientované společnosti.

Kartelové právo může obsahovat jen takové normy, které by umožňovaly společenské působení soutěže jakožto „procesu odhalování a objeovávání“.²⁶ Musí jít tedy o pravidla velmi obecná a abstraktní, univerzálně použitelná na všechny subjekty stejně (výjimkám se ovšem ze zřejmých důvodů nelze úplně vyhnout). Tato pravidla si nemohou klást žádné speciální konkrétní cíle ve vztahu ke konkrétnímu jednání a musejí být určitá a jejich aplikace musí být podmíněna objektivně zjistitelnými okolnostmi.

Právní regulace ochrany soutěže je zaměřena především právě na ochranu této společenské hodnoty a neměla by být využívána instrumentálně k prosazování arbitrárních aktuálních hospodářsko-politických záměrů nižšího řádu (neboť takovým záměrem prvního řádu by mělo být právě zachování a rozvíjení soutěžního prostředí). Cílem (účelem) práva na ochranu hospodářské soutěže je tedy vytváření zábran proti omezování soutěže.

Omezování soutěže bez možnosti právního postihu a reparace totiž zvyšuje jistotu omezovatele o dosažení jeho ekonomických cílů na úkor ostatních soutěžitelů, ale i na úkor funkčnosti ekonomického řádu, založeného na svobodné soutěži. Právo hospodářské soutěže chrání svobodnou hospodářskou činnost primárně právě tím, že zakazuje omezování soutěže, a tak působí proti vzniku škodlivé tržní moci, omezující účinnost soutěže coby samoregulačního a samokontrolního principu.

Omezení svobody soutěže musí mít vždy co do činění se společenskými hodnotovými soudy – ty se v zákonech nemohou promítnout jinak, než normativně.²⁷ V soutěžním právu se výrazně střetává soukromoprávní zájem se zájmem veřejno-

²⁶ Termín „Entdeckungsverfahren“ používal F. A. Hayek.

²⁷ Zákon zkrátka určí, které způsoby chování podle zkušeností nebo převládající teoretické hypotézy představují takové nebezpečí pro hospodářskou soutěž, že se proti nim musí postupovat způsobem, který stanoví též zákon. Protikartelové předpisy si většinou ponechávají výhradu individuálního přístupu a nemohou (už jen vzhledem k chatrnosti a teoretické nejednoznačnosti soutěžně teoretických hypotéz na nichž jsou založeny) svázat příslušné státní orgány jednoznačnými kvantitativními normativy bez možnosti kvalitativní korekce v jednotlivém odůvodněném případě. Taková výjimka musí být zákonem předvídaná za splnění určitých předpokladů (princip určitosti a právní jistoty) a její uplatňování by mělo být ověřeno na vysoké úrovni, umožňující zvážit celospolečenské dopady, ale i dopady do soukromoprávní oblasti.

právním – tam, kde má veřejný zájem (na ochraně soutěže jako principu společenské organizace ekonomiky) převážit nad individuálním zájmem soukromým, dochází nutně k hodnotovému konfliktu²⁸, který v právním státě nemůže být vyřešen bez dostatečné opory v právu.

Kromě prvořadého účelu institucionální ochrany hospodářské soutěže (tam, kde to není v rozporu se zájmem ekonomického blahobytu) je tedy dalším odvozeným obecným účelem norem soutěžního práva zvýšit právní jistotu soutěžitelů přesným vymezením oblastí s ohraničenou svobodou a stanovit též rozsah a formy takových omezení. Jde tedy též o omezení diskreční pravomoci státních orgánů v zájmu hodnoty (svobodné hospodářské soutěže), jejíž potlačení *ad hoc* se může zdát i státní moci výhodné, ale které je z dlouhodobého hlediska pravděpodobně škodlivé veřejnému zájmu. Tím se chrání zprostředkovaně i individuální zájmy soutěžitelů a spotřebitelů. Funkční propojení s převážně soukromoprávními normami na ochranu poctivé soutěže je tu zřejmé.

Cíl ochrany účinné soutěže se však v praxi střetává s řadou konkrétnějších cílů mimosoutěžní povahy, které jsou podloženy různými důvody, a jejichž sledováním se někdy zdůvodňuje nutnost specifické sektorové (odvětvové) regulace nebo alespoň výjimky ze soutěžních pravidel. Některá omezení soutěže nemusí být totiž na úkor ekonomického blahobytu, ale naopak jej mohou zvýšit.²⁹

Zpravidla se uvádějí³⁰ tyto cíle regulace:

²⁸ Nejčastěji jde o konflikt typu „svoboda soutěže versus smluvní svoboda“ nebo „svoboda soutěže versus svoboda ekonomického sdružování“.

²⁹ Tak např. některé dohody mezi výrobcem a distributorem, které omezují soutěž mezi distributory, mohou zvyšovat ekonomický blahobyt. Jsou proto také za určitých podmínek vyňaty ze zákazu dohod omezujících soutěž (srov. nařízení 2790/1999). Týká se to mj. i dalších blokově vyňatých skupin dohod omezujících soutěž z jejich zákazu.

³⁰ Srov. např. SCHMIDT, I.: *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 7. A., Lucius et Lucius, Stuttgart 2001, str. 81 a násl., 113–114; MOTTA, M.: *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, str. 17 a násl.; KORAH, V.: *An Introductory Guide to EC Competition Law*, Hart Publishing, Oxford 2004, str. 12 a násl.; BASEDOW, J.: *Mehr Freiheit wagen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, str. 5 a násl.; WHISH, R.: *Competition Law*, Lexis Nexis, Suffolk 2003, str. 231 a násl.; TICHÝ, L.: *Veřejné podniky v Evropě a v České republice*, UK, Praha 2000, str. 9 a násl.; MISCHE, H.: *Nicht-wettbewerbliche Faktoren in der europäischen Fusionskontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2002, str. 38 a násl.; BERRINGER, CH.: *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, C. H. Beck, München 2004, str. 229 a násl.

1.3.1. BLAHOBYT (CELKOVÝ, SPOTŘEBITELSKÝ, VÝROBCŮ, EV. JEJICH KOMBINACE)

Z pohledu amerických specialistů sleduje EU soutěžní politiku založenou spíše na podpoře obchodní rivality, a nikoliv spotřebitelské nadhodnoty či přínosu (*surplus*)³¹ a prosazující i distributivní hodnoty, které mohou převážit 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.

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.³² Tyto cíle jsou dnes buď obsoletní, nebo sekundární; primární je zvyšování efektivnosti a blahobytu spotřebitelů.³³ Problém navýsost hodnotové (tedy prakticky politické) povahy ovšem je, zda jde jen o blahobyty současné, nebo i budoucí.³⁴

³¹ Tak GIFFORD/KUDRLE: *Rhetoric and reality in the merger standard of the United States, Canada, and the European Union*, *Antitrust Law Journal*, 2005, Vol. 72, str. 454.

³² Jak však bylo trefně poznamenáno (KORAH, V.: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th Ed., Oxford 2000, str. 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.

³³ Srov. např. formulaci podmínek vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž podle čl. 81 odst. 3 SES. V trochu jiné souvislosti čl. 27 Guidelines on the application of Art. 81 of the EC Treaty to Technology Transfer Agreements, OJ 2004 C101/2. zdůrazňuje (ovšem v nezávazných *guidelines* – JB), že jak právo k duševnímu vlastnictví, tak právo soutěžní mají tytéž základní cíle zvyšování společenského blahobytu (což není nutně totéž, co spotřebitelský blahobyt – JB) a efektivní alokace zdrojů. Jak vidno, alokační efektivnost je něco jiného než společenský blahobyt, jinak by se neuváděla zvlášť.

³⁴ Libertariáni např. nevidí sebemenší důvod, proč by se spotřeba současníků měla omezovat ve prospěch budoucích generací. Tak ROTHBARD, M. N. v cit. práci, na str. 153 sugestivně hřmí o tom, že neví, proč by měla být budoucí generace tak cenná, že by měla přinutit současnou generaci nést větší břímě, a že neexistuje žádný racionální důvod pro penalizování spotřeby v jedné z přítomností a pro upřednostňování spotřeby v jedné z budoucích přítomností. Sdílím postoj M. MOTTY (v cit. práci na str. 19), který naopak jednoznačně deklaruje, že na budoucím blahobytu záleží stejně tak jako na současném. V obou případech argumenty nejsou vyřčeny (resp. i tak by nic nevážily, neboť by jen skrývaly *apriorní* hodnotové postoje). Argument je v takových případech nahrazen samotným postojem; jeden

1.3.2. OCHRANA SPOTŘEBITELE (ZEJM. KVŮLI JEHO ASYMETRICKÉ INFORMOVANOSTI)

Jde o typicky veřejnoprávní regulaci v zákonech o ochraně spotřebitele, kompenzující faktické slabší postavení spotřebitele³⁵ vůči podnikateli, ale i o soukromoprávní úpravy rozmístěné v různých předpisech³⁶. Speciální úprava může být v řadě případů jako dostatečně účinná zastoupena přísnou úpravou poučovací a informační povinnosti podnikatele ve vztahu ke spotřebiteli. Antitrustové předpisy a jejich prosazovatele v praxi – protimonopolní úřady a soudy – lze chápat i jako prostředníky ochrany spotřebitele, neboť chrání soutěž – tohoto „nejlepšího přítele spotřebitele“. Cílový „konflikt“ má v důsledku spíš povahu komplementarity nebo rozdílu v prioritě, nežli skutečného antagonistického střetu cílů.

Antimonopolní úřady by ovšem neměly jako hlavní kritérium rozhodování brát „blahobyť spotřebitelů“ nejen proto, že jsou určeny v první řadě k ochraně soutěže, ale i z důvodů věcných³⁷: spotřebitelský blahobyť nebere v úvahu zisky firem, na nichž se spotřebitelé (jako akcionáři, nebo v podobě účasti na penzijních a investičních fondech) také podílejí; maximalizace spotřebitelského prospěchu by důsledně vzato znamenala spotřebitelské ceny na úrovni marginálních nákladů, což by dlouhodobě vedlo k zániku firem nebo k nutnosti je podporovat; jejich nízké zisky by vedly ke ztrátě motivace k investicím, k inovacím, k zavádění nových produktů. Takže by se dnešní zvýhodnění spotřebitelů nakonec projevilo jako jejich poškození v budoucnosti.

účastník „diskuse“ považuje druhého za egoistu, druhý tím prvním zase pohrdá jako sebestožujícím se idealistou (ne-li přímo hlupákem). O důvodech těchto postojů nechci spekulovat, ale mám za to, že tento typ konfliktu byl a bude v lidské společnosti přítomen vždy. Problematika egoismu a solidarity se přitom projevuje i v mezigeneračním pohledu.

³⁵ Srov. též BEJČEK, J.: *Princip rovnosti a ochrana slabšího*, Právní fórum 2004, č. 4, str. 129 a násl.

³⁶ Srov. např. úpravu spotřebitelských smluv v § 52 a násl. ObčZ, úpravu zvláštních podmínek v obchodních vztazích s nepodnikatelským subjektem podle § 262 odst. 4 ObchZ, úpravu nekalé soutěže v § 44 a násl. ObchZ...

³⁷ Viz MOTTA, M.: cit. práce, str. 21.

1.3.3. OCHRANA MALÝCH A STŘEDNÍCH PODNIKŮ...

(jakožto „podhoubí“ budoucí konkurenceschopnosti nebo prostě jako „té slabší strany“³⁸) je velmi sporná a snad i poněkud populistická. Je motivována jednak snahou nedopustit, aby velcí hráči uzavřeli trh, ale i skupinovým zájmem velké skupiny podnikatelů. Je sporné, zda např. pomáhat malým a středním dodavatelům hypermarketů i tehdy, dokážou-li spotřebitelům poskytnout srovnatelné služby laciněji, ale jsou nuceny prodávat spotřebitelům draž, a nebo zda je vhodnější ponechat ochranu slabšího v doméně práva soukromého.

Právně politické zdůvodnění této pomoci je ve snaze vyrovnat faktickou ekonomickou a finanční sílu větších soupeřů. To je však v rozporu s alokační funkcí soutěže – zdroje jsou uměle alokovány u subjektů, které by jinak o ně přišly, a to navíc při zvýšení konečných cen pro spotřebitele (méně efektivní subjekt prodává draž).

Názory, že malé a střední podniky jsou dynamičtější, že mají pravděpodobněji motivace k inovacím a že snáze vyvážejí pracovní místa, jsou spíše proklamací, nežli empiricky ověřenou skutečností.³⁹

1.3.4. OCHRANA SPECIFICKÝCH SKUPIN VÝROBCŮ...

může probíhat zejména pod pláštíkem pružně formulovaných antidumpingových zákonů, umožňujících snadno dokázat, že zahraniční konkurenti dodávají za podnákladové ceny (zatímco oni třeba mohou být prostě efektivnější).

„Partikulární soutěžní právo“ ve formě úplné nebo částečné soutěžně právní imunity se však může dostat do zákonů i ve vztahu k tuzemským účastníkům trhu, vymezeným oborově (v odvětvích podléhajících zvláštní regulaci), funkčně (veřejné podniky zabezpečující služby obecného významu) nebo ekonomickým rozsahem (např. obratem na relevantním trhu).

Nejzávažnější bylo systémové totální vynětí soutěžitelů z působnosti soutěžních předpisů. Ani náš ZOHS se bohužel – přesto, že této tendenci po léta odolával – nakonec na čas neubráníl. Ustanovení § 1 odst. 8 ZOHS⁴⁰ bylo nesystémové

³⁸ Blíže srov. BEJČEK, J.: *Obchodní řetězce a právní problémy jejich činnosti*, Obchodní právo 2000, č. 1, str. 2 a násl.

³⁹ Viz MOTTA, M. v cit. práci, str. 22.

⁴⁰ Jež podle zákona 484/2004 Sb. vyjímalo z působnosti zákona jednání soutěžitelů v oblasti výroby zemědělských produktů a obchodu s nimi, pokud jednali v souladu s právem Evrop-

a z hlediska cílů veřejnoprávního zákona o ochraně hospodářské soutěže protisměrné. Jednání v oblasti výroby zemědělských produktů a obchodu s nimi je z působnosti ZOHS vyňato obecně, tedy nejen pro oblast kartelových dohod – znamená to, že by se na uvedená jednání neměl vztahovat ani zákaz zneužití dominantního postavení a ani úprava povolování spojení soutěžitelů. Nesmyslnost takového výkladu je očividná, ač by byl v souladu s textem předpisu⁴¹. Jak se již dříve dovozovalo⁴², buď jde v oblasti jednání v oblasti zemědělských produktů a obchodů s nimi o působnost práva Evropských společenství a pak se neaplikuje právo tuzemské, nebo jde o aplikaci práva tuzemského, a pak se nemá odkazovat na soulad s právem evropským. Ztotožňuji se se závěrem, že k vynětí z působnosti ZOHS na základě § 1 odst. 8 nemůže vůbec dojít.

Ustanovení § 6 odst. 1 ZOHS vyjímalo zase ze zákazu dohod omezujících soutěž určité dohody, na něž se však již podle § 1 odst. 8 ZOHS zákon vůbec nevztahuje. Pravidlo o omezeních soutěže, na která se vynětí nevztahují (§ 6 odst. 2 ZOHS), by se uplatnilo i u dohod podle § 6 odst. 1 písm. c). ZOHS. Tyto dvě úpravy byly projevem zájmu sektorového, a nikoliv zájmu na ochraně hospodářské soutěže a neměly se podle mého názoru v zákoně nikdy objevit. Později byly ostatně správně zrušeny.

Další zmatečnou úpravu vnesla do ZOHS novela zákonem č. 361/2005 Sb. V § 1 odst. 9 se ocitla úprava, která omezuje působnost ZOHS na jednání soutěžitelů, které je porušením povinnosti stanovené zákonem o elektronických komunikacích (ZEK) nebo rozhodnutím vydaným na jeho základě. Dovozovalo se,⁴³ že i toto ustanovení omezilo působnost ZOHS nezdůvodněně a v rozporu s komunitárním právem. Regulace vstupu na trh, kterou provádí v oblasti telekomunikací Český telekomunikační úřad (ČTÚ), nemůže zastoupit ochranu soutěže zajišťovanou ÚOHS. Předmět ochrany je v obou zákonech odlišný: ČTÚ posuzuje porušení jím uložené povinnosti a případně je sankcionuje; ÚOHS posuzuje narušení hospodářské soutěže a (v případech podezření na zneužití dominantního

ských společenství. Bylo po masivní kritice ze strany odborné veřejnosti odstraněno zákonem 155/2009 Sb.

⁴¹ Odkaz v poznámce pod čarou na nařízení č. 26 o použití některých pravidel hospodářské soutěže na produkci zemědělských výrobků a obchod s nimi sice navozuje omezení jen na dohody omezující soutěž, ale poznámka pod čarou – jak známo – nemá normativní závaznost.

⁴² RAUS, D.: *Nad další (tentokrát problematickou) novelou zákona o ochraně hospodářské soutěže*, Právní zpravodaj 2004, č. 10, str. 6.

⁴³ Srov. PETR, M.: *K uplatnění soutěžního práva v oblasti telekomunikací*, Právní rozhledy 2006, č. 3, str. 107 a násl.

postavení) též újmu soutěžitelům a spotřebitelům. Koncept významné tržní síly, z něhož vychází ZEK, je odlišný od konceptu dominantního postavení, jak je definován zákonem a upřesněn tuzemskou i evropskou judikaturou. Subjekt vyňatý z působnosti ÚOHS mohl zneužít svoje dominantní postavení, za což jej ovšem ČTÚ nemohl postihovat podle ZOHS. Právní úprava byla nesrozumitelná a přes její zúžený dopad jen na tuzemské vztahy (u vztahů s komunitárním prvkem se nemohla použít) byla v souladu s naléháním odborné veřejnosti vypuštěna.⁴⁴

Myslím, že naši zákonodárci ve výše komentovaných případech nectili zásadu minimalizace intervence (a že šli „s dělem na komára“). I když samozřejmě je nutno uznat, že existují i jiné cíle, nežli jen ekonomická efektivnost, nestojí v těchto případech za to, aby byl trvale narušen tak vzácný autoregulační anonymní optimalizační nástroj, jakým je hospodářská soutěž. Namísto toho, aby se použila opatření hospodářské politiky (např. daňová), přistoupilo se k nezodpovědnému a nepromyšlenému pokusu ochromit působení soutěže v celých sektorech.

1.3.5. PODPORA INTEGRACE TRHU...

je cílem politickým, vyjádřeným na úrovni SES, tedy základního právního pilíře EU. Soutěžní politika je ve vztahu k tomuto cíli v postavení služebního nástroje. Soutěžní hlediska ustupují, nevedla-li by jejich aplikace k integraci, ale k oslabení společného trhu. Orgány EU považují vytvoření jednotného trhu za klíčový úkol a nezřídka zakazují taková jednání, která by zakázána nebyla, kdyby se pustil ze zřetele cíl vytvoření společného trhu. V konfrontaci partikulárních zájmů jednotlivých firem a širšího problému sjednocování trhu panuje tendence preferovat právě integraci trhu.⁴⁵

1.3.6. EKONOMICKÁ SVOBODA...

představuje v praxi funkci udržení otevřených trhů. Tento cíl nemusí být nutně v souladu s ekonomickou efektivností. Požadavek je svou povahou politický a je dnes asi méně důležitý než v minulosti. Jde o to, aby byla každému otevřena možnost vstoupit na trh, a to jako součást jeho politických svobod. I když se to samozřejmě nemusí každému úspěšně podařit, měl by mít tuto reálnou šanci každý.⁴⁶

⁴⁴ Tamtéž, str. 111.

⁴⁵ Srov. WHISH, R.: *Competition Law*, cit. výše, str. 21, 51.

⁴⁶ Tak KORAH, V., cit. práce, str. 13.

K odstranění tzv. paradoxu svobody (neregulovaná svoboda vede ke svému popření) je třeba jiného paradoxu: omezit svobodu, aby nebyla svoboda ohrožena. Protimonopolní úřady vlastně omezují potenciálně svobodu *každého* podnikatele v zájmu ochrany svobody *všech* podnikatelů. Tato svoboda je však omezována i jinými, než státně intervencionistickými faktory, zejm. normativními a sociálními mechanismy. Funkce těchto regulátorů je vyjádřena i tvrzením, že „přísahy by nezavazovaly a smlouvy neplatily⁴⁷, kdyby smluvní partneři neměli společný základ: zvyklost, jež se stala neporušitelným rituálem...vše, co člověk na tradici ctí a pokládá za svaté, nepředstavuje absolutní etickou hodnotu, nýbrž je svaté pouze uvnitř hranic určité kultury... nevysmívejme se tedy onomu živočišnému otroctví zvyku v člověku, který svůj zvyk povýšil na rituál a lpí na něm...existuje jen málo lepších věcí!“⁴⁸

1.3.7. BOJ S INFLACÍ...

byl údajně uváděn jako jeden z důvodů kontroly nad kartely v Německu⁴⁹. Je ovšem pochybné, jestli soutěžní právo si může vůbec klást takový cíl, který je evidentně mimosoutěžní. Kartelizace i vykořisťovatelské (jakož i zabraňovací) zneužití dominantního postavení mohou vést k vyšším cenám a ke snižování hodnoty měny; je ale asi ukvapené dovodit, že jejich vyloučení tedy vede k poklesu cen a k posílení měny. Jednorázovost onoho aktu problematizuje tento domnělý makroekonomický dopad. Trvalý růst cen vede ostatně k současnému a přitom nezávislému zvyšování cen i bez koluze a nebylo by rozumné omezovat v takové situaci trvalého růstu cen vstupů zvyšování cen u jejich odběratelů.⁵⁰

1.3.8. POCTIVOST A SPRAVEDLNOST, EKVITA, INDIVIDUÁLNÍ OCHRANA SOUTĚŽITELŮ

Cílový konflikt mezi individuální ochranou (zajištění svobody jednání a rozhodování účastníka trhu) a mezi institucionální ochranou (ve smyslu ochrany soutěže jakožto anonymního řídicího a kontrolního mechanismu) není většinou vnímán příliš antagonisticky, protože se většinou uznává funkční propojenost individuální

⁴⁷ Mimoprávní ovlivnění zásady *pacta sunt servanda* (pozn. JB).

⁴⁸ Srov. LORENZ, K.: *Takzvané zlo*, Mladá Fronta, Praha 1992, str. 78. Blíže viz BEJČEK, J.: *Existenční ochrana konkurence*, MU Brno 1996, str. 74 a násl.

⁴⁹ Jak uvádí M. MOTTA v cit. práci na str. 24.

⁵⁰ Tamtéž.

a institucionální ochrany soutěže a jednotný ochranný účel se jen projevuje ve dvou aspektech. Typické je to u zabraňovacího nebo u vykořisťovatelského zneužití tržní moci, nebo u bojkotových kartelů, či u dohod o rozdělení trhu, jejichž zákazy chrání jak soutěžitele, tak i soutěž. S podstatou svobodné soutěže je samozřejmě spojena možnost schopnějšího zvítězit nad horším, a tím jej třeba vyřadit z trhu. Je-li však mezi účastníky výrazná disproporce v tržní moci, může být určité jednání – za jiných podmínek nezávadné – zneužito i k omezení soutěže.

Při velké tržní moci zneužitele principů volné soutěže však už nejde pouze o soukromoprávní záležitost vůči jednotlivému partnerovi, ale o vztah k řadě partnerů (při monopolizaci dokonce vůči všem partnerům), takže se tím ohrožuje nejen soukromý zájem každého z nich, ale samotná existence soutěže jako takové. Proto příslušné normy i v oblasti práva kartelového mají dvojedinou funkci: zajišťovat ochranu zájmu tržně slabšího partnera a ochranu obecného zájmu na existenci a funkčnosti hospodářské soutěže, a to bez ohledu na eventuální „státní zájem“.⁵¹ Jde přitom o *ex ante* ochranu stejných podmínek, a nikoliv o záruku *ex post* stejných výsledků. Normální trh funguje bez ohledu na jakoukoli soutěžní politiku tak, že ti, kteří více investují a více inovují, nebo prostě mají víc štěstí, jsou úspěšnější a dosahují vyšších zisků.⁵²

1.3.9. SOCIÁLNÍ DŮVODY, ZEJMÉNA OCHRANA TRHU PRÁCE

Ochrana trhu práce nemůže být standardním samostatným důvodem pro vyloučení ochrany soutěže (nepřihlížíme-li k výjimkám umožněným po přechodnou dobu po přijetí nových členských zemí do EU). Nicméně jako podpůrný argument se občas používá. Příkladem může být povolení společného podniku VW/Ford,⁵³ jako individuální výjimky ze zákazu dohod omezujících soutěž. Kromě jiných předpokladů pro udělení výjimky se v rozhodnutí zdůrazňovalo, že jde o nejvýznamnější přímou zahraniční investici v Portugalsku, která vytvoří postupně až 15.000 pracovních příležitostí a přitáhne další vyvolané investice, přispěje k harmonickému rozvoji hospodářství uvnitř ES a zmenší rozdíly mezi jednotlivými regiony, čímž přispěje k základnímu cíli SES.

⁵¹ F. A. HAYEK konstatuje, že monopol pod dohledem vlády má vždycky tendenci stát se monopolem pod ochranou vlády (*Právo, zákonodárství a svoboda*, Academia, Praha 1991, 3. díl, str. 71). Na jiném místě (str. 78) se dokonce ptá, zda by byl monopol vůbec kdy jaký problém, kdyby se vláda pouze zdržovala toho, aby monopoly zvýhodňovala

⁵² Srov. MOTTA, M., cit. práce, str. 26.

⁵³ Rozhodnutí Komise IV/33814 z 23. prosince 1992, OJ 1993/20.

V praxi českého ÚOHS se k faktoru zaměstnanosti též v minulosti při posuzování fúzí též přihlíželo⁵⁴.

V případech tolerance k restriktivním dohodám, motivované (povýtce jen krátkodobými) sociálními ohledy, jde o kontroverzní postup, při němž může být „lék“ horší než „samotná choroba“, a to zejména v dlouhodobé perspektivě. Záchrana neefektivního subjektu na trhu formou „krizových kartelů“ umožňuje přežít neúspěšným na úkor efektivních, kteří by tak jako tak přežili, což ovšem vede k poruchám v alokativní efektivnosti.

1.3.10. POLITICKÉ DŮVODY, VČETNĚ ZÁRUK POLITICKÉ SVOBODY...

hrály významnější roli v historii nežli dnes. Zejména koncentrace moci ekonomické vyvolávala obavy nejen z ohrožení hospodářské soutěže, ale i z koncentrace moci politické; ekonomická dekoncentrace (demonopolizace) se chápala jako předpoklad rozptýlení (decentralizace) politické moci a ekonomický předpoklad demokracie.

Poněkud anachronicky dnes působí občas se vyskytující národovecké snahy nepřipustit koncentraci „rodinného stříbra“ do rukou cizinců (byť by to třeba přineslo i jeho efektivnější využití a přínos národní ekonomice). Aktuální politický aspekt může však mít posuzování fúzí v oblasti médií, při němž se hlídá nejen soutěž, ale i pluralita tisku, resp. médií, jakožto strukturální opora názorové plurality v demokratické společnosti.

1.3.11. OCHRANA ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ...

je též důvodem ke smířování s náročnými požadavky ochrany soutěže, které by v opačném případě mohly vést ke škodám na životním prostředí, jež „vadí“ stejně nebo i více než škody na prostředí soutěžním. Ochrana životního prostředí (tedy nejen jako estetické hodnoty, ale nepřímou i zdraví lidí) se dá nesporně považovat za součást spotřebitelského blahobytu, která se přitom vzpírá čistě ekonomické kalkulaci nákladů a výnosů, neboť zdravé životní prostředí je do vysoké míry autonomní hodnotou (má pro lidi význam samo o sobě, nezřídkem bez ohledu na finanční náklady). Jde přitom o hodnotu z kategorie dlouhodobých cílů, kde se investice do jejího získávání a udržení mohou zhodnotit třeba až za života příštích

⁵⁴ Podle průzkumu mého diplomanta M. Hrabovského z r. 2006 se jen v období 1999–2001 (za působnosti zákona č. 63/1991 Sb.) toto kritérium použilo ve více než 35 % případů posuzování fúzí. Po přijetí zákona č. 143/2001 Sb. nebyl tento argument již zaznamenán.

generací. Obdobně lze sotva označit újmy způsobené na životním prostředí pod vlivem krátkodobých čistě „ekonomických“ kalkulů příštím generacím za „přínos“ jen proto, že jej krátkodobě využije generace stávající na úkor generací příštích.

Obecná snaha o uspokojení maxima potřeb spotřebitelů na co nejvyšší kvalitativní úrovni a při minimálních cenách může být pro životní prostředí zničující (tlakem na zdroje, problémy s odpadem, atd.). Proto nemůže být námitka, když hodnota soutěže v některých případech ustoupí hodnotě ochrany životního prostředí. Tak se např. Komise rozhodla přistupovat smířlivěji k dohodám omezujícím soutěž, v nichž se konkurenti zavazovali likvidovat použité baterie ekologicky šetrným způsobem.⁵⁵ V roce 2000 udělila Komise výjimku ze zákazu dohod pro případy, kdy se konkurenti dohodnou na plánu snižovat spotřebu elektřiny u spotřebičů zapnutých v pohotovostním režimu.⁵⁶ Byla též akceptována dohoda mezi výrobcí praček o zastavení výroby energeticky nejneúspornějších praček;⁵⁷ dohoda o omezení produkce je sice typem kartelové dohody, nicméně Komise dovodila, že z hlediska ekologického je společenským přínosem, jehož by jinak nebylo dosaženo. Bez dohody by se soutěžitelé nevzdali segmentu, v němž si konkurovali (přičemž právě energeticky nejnáročnější pračky byly nejlevnější a představovaly tedy tržně úspěšný sortiment), a spotřebitelé by nadále nebrali v úvahu všechny externality spojené s jejich nákupním rozhodnutím.

Je též problém⁵⁸, patří-li přírodní zdroje „všem“ (tzv. „tragédie obecní“). Monopolista ovládající takové zdroje lépe internalizuje náklady svého chování vůči zdroji. Monopol je samozřejmě protipól soutěže, ale dá se prostředky soutěžního práva (alespoň teoreticky a alespoň ex post) kontrolovat jeho chování tak, aby svého monopolního postavení nezneužíval na újmu ostatních soutěžitelů nebo spotřebitelů.

Podobně je internalizace nákladů na znečištění prostředí řešitelná formou fúze v případě, že jeden podnikatel na horním toku řeky znečišťuje zdroj podnikateli na spodním toku. Fúze vlastně funkčně slouží jako určitá alternativa regulace veřejnoprávními předpisy na ochranu životního prostředí a/nebo soukromoprávních sporů o náhradu škody. Tvrdošijná politika zaměřená předpoklatě jen na „per se“ pluralizaci konkurentů sice pomáhá soutěži, ale může škodit životnímu prostředí

⁵⁵ Arge Bat, ZVEI and HDE, OJ 1998, C 172/12.

⁵⁶ CECEd, OJ 2000, L 187/47.

⁵⁷ Podle MOTTA, M., cit. práce, str. 28.

⁵⁸ Podle PERROT, A.: „*Appropriation of the Legal System by Economic Concepts. Should Conflicting Goals Be Considered?*“, 2nd ASCOLA Conference, Paris, 8. 12. 2006, nepublikovaný rukopis.

(a tedy vlastně poškozovat i spotřebitele, jehož blahobytu koneckonců soutěžní prostředí má sloužit).

Tam, kde trh neexistuje, může soutěžní politika napomoci jeho vytvoření. Fungující trh samozřejmě neznamena automatickou újmu životnímu prostředí (odhlédneme-li od fundamentalistického ekologického směru, který považuje moderní lidskou civilizaci za hrozbu životnímu prostředí, která by měla být odstraněna, aby toto životní prostředí – ale bez lidí, takže bez významu pro člověka – zůstalo zachováno). Samotný vztah k ochraně životního prostředí je na druhé straně nástrojem konkurenčního boje, využívá se marketingově a v reklamních kampaních⁵⁹ a je parametrem spotřebitelských preferencí, takže nezdídko (spolu)rozhoduje o úspěchu či neúspěchu na trhu.

Orgány na ochranu hospodářské soutěže tedy mají jen málo ověřitelných, spolehlivých a kvantifikovatelných podkladů k rozhodování orientovanému jinak, než na krátkodobější spotřebitelské cíle. Soutěžní politika je spíše „krátkozraká“ a dovede spočítat bezprostřední ekonomické dopady určitého chování nebo změny struktury trhu. Horší je to s odhadem dlouhodobých dopadů změn životního prostředí, které jen velmi nepřesně mohou odhadovat ekologové, a ekonomové jen stěží (jestli vůbec). Problém jakékoliv (nejen tedy soutěžněpolitické nebo ekologické) dlouhodobější prognózy je obecnější a naráží na metodologickou obtíž zvanou „*ceteris paribus*“⁶⁰. S časovým rozpětím prognózy roste neurčitost a zpochybnitelnost výchozích předpokladů a pravděpodobnost, že se vyskytnou vlivy, které nepředpokládáme, a že naopak přestanou působit „samozřejmě“ okolnosti, z nichž vycházíme dnes.

1.3.12. STRATEGICKÉ DŮVODY SEKTOROVÉ PRŮMYSLOVÉ A OBCHODNÍ POLITIKY...

(např. potravinová, surovinová, energetická, vojenská bezpečnost) mohou stát v pozadí výjimek z konzistentního soutěžně politického přístupu. Může jít též o protekcionismus, tedy o ochranu určitých skupin domácích výrobců či obchodníků před výkonnější konkurencí ze zahraničí. Antidumpingové zákony přitom k tomuto účelu sloužit nemají, neboť jsou určeny k zábraně prodeji pod náklady.

⁵⁹ Srov. např. šetrnost pracích prášků k životnímu prostředí jako reklamní argument, či rozvoj produkce biopotravin, které – přes vysokou cenu – získávají na oblibě nejen kvůli kvalitě produktu samotného, ale i ze sympatie spotřebitelů ke „zdravému“ způsobu výroby, šetřícímu životnímu prostředí.

⁶⁰ Předpoklad jinak stejných okolností.

1.3.13. ZDRAVOTNĚ POLITICKÉ A HYGIENICKÉ DŮVODY

Může jít třeba o restriktivní regulaci reklamy na zdraví škodlivé výrobky, omezení reklamy na farmaceutické výrobky, zákazy kouření nebo požívání alkoholických nápojů v určitých prostorách nebo obdobích, zvěrolékařské a rostlinolékařské dočasné zákazy dovozu, apod. Pokud jsou tato opatření plošné povahy, nenarušují vnitrooborovou soutěž, ale přinášejí změnu do mezioborové soutěže (mohou snižovat ziskovost podnikání v určitých oborech a způsobovat přesuny poptávky do jiných oblastí).

1.3.14. ASPEKTY ENERGETICKÉ, DOPRAVNÍ A JINÉ INFRASTRUKTURNÍ POLITIKY

Tento cílový konflikt se zčásti překrývá s poskytováním tzv. „služeb obecného hospodářského významu“. ⁶¹ V situaci, kdy by aplikace ZOHS znemožnila poskytování těchto služeb, k nimž byly příslušné subjekty zřízeny, je cílový konflikt – na rozdíl od jiných cílových konfliktů – jednoznačně vyřešen. Ze zákona má zabezpečování oněch služeb přednost před ochranou soutěže. ⁶²

Tradiční argument o „přirozenosti“ celkového monopolu v síťových odvětvích je tu však zavádějící, neboť je oprávněný, jen pokud jde o strukturální monopol; soutěž v síťovém odvětví může být přesto vytvořena a regulatorně vynucena či podpořena i ve stávající infrastruktuře – tedy aniž by se nutně musela infrastruktura znásobovat. Nepostačí asi jen ex post uplatňovaná soutěžněprávní doktrína „podstatných zařízení – *essential facilities*“ ⁶³; ex ante regulace infrastrukturních monopolů by byla účinnější ⁶⁴.

⁶¹ Srov. funkčně podmíněnou výjimku z osobní působnosti ZOHS v jeho § 1 odst. 3.

⁶² Jde o tzv. „veřejné podniky“ ve smyslu čl. 86 odst. 2 SES. Výsada imunity před soutěžním právem se týká jen zabezpečování služeb obecného hospodářského významu. V případě Corbeau (ECJ, C – 330-91, 1993) byl dotčen monopol belgické státní pošty na doručování dopisů. Soukromá poštovní služba sbírala poštu od odesílatelů v jejich prostorách, což nespádalo do aktivit belgické národní poštovní společnosti. Zákaz této činnosti, vyslovený belgickou národní poštovní společností, byl soudem prohlášen za zneužití dominantního postavení státní pošty, neboť šlo o činnost, kterou národní společnost sama neprováděla a nešlo o službu obecného hospodářského významu.

⁶³ V evropském i v českém právu tato doktrína již zdomácněla – srov. § 11 odst. 1, písm. f) ZOHS.

⁶⁴ Zejména pokud by byla doplněna institucionálně nadodvětvovým regulačním úřadem se zárukou rotace úředníků, znesnadňující jejich nadměrnou zájmovou identifikaci s regula-

1.3.15. ÚSPORA NÁKLADŮ

Úsporou nákladů se argumentuje zejména při spojování soutěžitelů. Existuje řada studií, které dokazují, že fúze nejsou žádnou rychlou a jednoduchou cestou ke zvýšení úspěchu v podnikání⁶⁵. Existuje vysoká pravděpodobnost neúspěchu a v důsledku toho velká finanční rizika. Nicméně jsou přínosy fúzí z hlediska zvýšené efektivity spojujících se subjektů přinejmenším u jejich části nesporné. Tyto přínosy mohou být širší a mohou být předávány i spotřebitelům a společnosti. Nemusí mít jen podobu ekonomicky přesně měřitelného zvýšení celkové hodnoty (*total value*) majetku společnosti (tzv. „*economic efficiencies*“, kam se tradičně řadí výrobní, alokační a dynamická – inovativní efektivity), ale může jít o různé úspory fixních nákladů (např. daňových), o úspory v oblasti řízení, i o různé těžko měřitelné synergické efekty (jako např. šíření nových technologických informací, zvyšování kvalitativního standardu služeb a pohodlí spotřebitelů, spotřebitelské bezpečnosti apod.).⁶⁶

Na straně pozitiv fúze⁶⁷ stojí tedy tradičně dosahování úspor z rozsahu⁶⁸ (*economies of scale*) a z měřítka⁶⁹ (*economies of scope*), tzv. úspory z učení⁷⁰ (*learning*

nými odvětvími, jak to navrhla německá Monopolní komise již ve svém hlavním stanovisku za r. 2000/2001 – srov. BASEDOW, J., v cit. práci na str. 18.

⁶⁵ Tak např. reprezentativní studie Dennise C. Muellera z r. 2003, zahrnující téměř 15.000 fúzí na celém světě, konstatuje, že téměř 60% fúzí vedlo k výraznému (cca 8%) růstu zisku, ale v průběhu 5 let též ke snížení obrátu. V posledních 15 letech se celosvětově 55,8% fúzí hodnotí jako fúze snižující blahobyť; až 30% velkých fúzí je důsledkem nikoliv globalizace, ale syndromu „velkých očí“ a „*empire building-policy*“ – srov. SCHMIDT, I.: cit. práce, str. 107 a násl. S odkazem na ratingovou agenturu Moody konstatuje též S. A. JANSEN (*Mergers & Acquisitions*, Gabler Verlag, Wiesbaden, 2001, předmluva), že fúze jsou životu nebezpečné, a že v letech 1999–2001 bylo 60% fúzí hodnoceno negativně. V cit. práci *European Economy* 5/2001 se na str. 62 konstatuje, že fúze mají v průměru jen skromný dopad na ziskovost spojujících se firem, a že velká část fúzí ziskovost snižuje. Hodně fúzí vede k tržní moci a k vnitřní neefektivnosti, eliminující jakýkoliv nárůst zisku. Ztráty byly způsobeny též tím, že konkurenti v odpověď na fúzi zvyšovali výrobu. Jen některé fúze vedly k přínosům.

⁶⁶ K tomu srov., např. SCHLOSSBERG, R. S. (ed.): *Mergers and Acquisitions*, ABA, Chicago 2004, str. 175 nsl.

⁶⁷ Srov. *European Economy* No 5/2001 (The efficiency defence and the European system of merger control), Reports and Studies, European Commission, DG IV, Brussels, str. 8 nsl., 42 nsl.

⁶⁸ Krátkodobé úspory z rozsahu jsou umožněny zejména vyloučením (před fúzí vícenásobně vynakládaných) fixních nákladů a racionalizací. Dlouhodobé úspory z rozsahu vznikají

economies), zvyšování technologického pokroku⁷¹ (*innovative efficiencies*), vzrůst vyjednávací síly spojených subjektů⁷² (*purchasing economies*) a zvýšení efektivnosti řízení⁷³.

V oblasti kontroly koncentrací se spojení konkurentů často povoluje jen za předpokladu, že podstatná část přínosů získaných v důsledku spojení bude přenesena na spotřebitele. Tento argument tradičně nepřichází v úvahu u fúzí do monopolu, neboť se předpokládá, že monopolista nebude mít žádný motiv k transferu výhod na spotřebitele. Ani tento předpoklad však nepovažují za nezvratný všichni autoři.⁷⁴

1.3.16. PODPORA TECHNICKÉHO ROZVOJE

Velmi kontroverzní je problém vztahu mezi absolutní velikostí podniku a technickým pokrokem, a mezi relativní koncentrací podniků, resp. tržní strukturou a technickým pokrokem. Celá řada autorů (počínaje Josefem Schumpeterem)

v důsledku fúzí zejména tak, že dříve samostatné investice subjektů do fyzického kapitálu se poté spojují a integrují, což vede k jejich lepší návratnosti.

⁶⁹ Úspory z měřítka vznikají, jsou-li výrobní náklady při společné výrobě různých výrobků nižší, nežli součet nákladů při jejich výrobě oddělené (zejm. proto, že se využije nějakého společného vstupu).

⁷⁰ Úsporný efekt učení se projevuje ve snížení jednotkových nákladů měřených na celkovém výstupu v důsledku nahromaděných zkušeností. Roli tu hraje zejména vzájemné učení se v důsledku výměny zkušeností mezi subjekty dříve soutěžícími (tzv. *spill-over effect*).

⁷¹ Zvýšení technologického pokroku může přinést spolupráce mezi dříve soutěžícími subjekty a širší internalizace přínosů z výzkumu a vývoje. Zvláště výrazné je to při fúzí subjektů disponujících patenty, které se dají komplementárně využít k technologicky pokročilejšímu výstupu.

⁷² Tzv. „úspory nákupní“ vznikají v důsledku vyšší vyjednávací síly fúzovaného subjektu, která mu umožňuje získávat množstevní slevy a usnadňuje mu též přístup k úvěrům a podmínky úvěrování, což se projeví v nižších kapitálových nákladech.

⁷³ Zvýšená účinnost řízení je druhem úspor z učení (subjekty používají techniky a metody, které jsou lepší, resp. vyvinou kombinované postupy).

⁷⁴ Tak se např. tvrdí, že tzv. doktrína transferu výhod na spotřebitele je blud, a že i firmy s tržní silou mají významný motiv k tomu, aby snižovaly ceny, klesají-li jejich náklady, a že tento motiv je údajně tím silnější, čím je vyšší tržní síla firmy (takže monopolista by měl být nejsilněji motivován ke snížení ceny – pozn. JB). Srov. YDE, P. – VITE, M.: *Merger Efficiencies: The „Passing-On“ Fallacy*, Antitrust, Summer 2006, Vol. 20, Nr. 3, str. 59 nsl. Věrohodnost teoretického dovozování této údajné motivace má však zásadního a houževnatého nepřítele, jímž je letitá empirie s chováním monopolů vůči spotřebitelům.

zastává tezi, že koncentrační proces je nezbytný a žádoucí v zájmu dosažení úspor z objemu výroby a technického pokroku⁷⁵.

Průznivci těchto názorů odmítají jakoukoliv kontrolu fúzí a považují ji za škodlivou a protivící se objektivní tendenci ke koncentraci, vyvolávané tlakem technického pokroku. Tím se ovšem dostávají do rozporu se zastánci empiricky ověřeného názoru, že koncentrace vede ke snížení počtu soutěžitelů, ke zvětšení tržní moci a ke zhoršení soutěžního prostředí a k ohrožení realizace funkcí hospodářské soutěže.

Empirie též učí, že sice některé finančně nákladné inovace (např. v oblasti biotechnologií či farmaceutického průmyslu) vznikly v důsledku synergických efektů při spolupráci dřívějších konkurentů, jindy by však spojení konkurentů nadějně vývojové tendence zablokovalo ve prospěch jednoho komerčního řešení pohodlně prosazeného po odstranění vzájemné konkurence.⁷⁶ Na druhé straně se nedá popřít, že podstatné inovace nezřídka nevznikly u velkých, ale u velmi malých či středních soutěžitelů; inovativní podhoubí bývá též uváděno intuitivně (tedy bez přesvědčivé empirické opory) mezi důvody podpory právě těchto malých a středních soutěžitelů.

Fúze ovšem mohou vést k získání dominantního postavení na relevantním trhu, které může být zneužito, nebo k podstatnému omezení soutěže. Tržní síla vzniknuvší spojením soutěžitelů a založená na vlastnictví některého z práv duševního vlastnictví může být využita protisoutěžně bez ohledu na to, zda samotná ochrana tvůrce funguje dobře. V tom případě jsou práva duševního vlastnictví jen zvláštním nástrojem obecného zneužití tržní síly.⁷⁷

⁷⁵ Tzv. *neoschumpeterovská hypotéza I* vychází z předpokladu, že *absolutní* velikost podniku podněcuje technický pokrok, *neoschumpeterovská hypotéza II* spojuje tento důsledek s *relativní* koncentrací podniků, resp. s tržní strukturou a s tržní mocí, která má podporovat sklon k inovacím.

⁷⁶ Tak se např. v případě řešeném před US FTC nepovolilo spojení dvou farmaceutických gigantů (Ciba-Geigy/Sandoz), kteří vlastnili patenty, umožňující paralelně vyvíjet potenciálně konkurenční lék. K fúzi nedošlo právě proto, že by tuto možnost zhatila spojila by dvě alternativní cesty do jednoho „úzkého hrdla“. Srov. BAER, W. J.: *Antitrust Enforcement and High-Technology Markets*, ABA, San Francisco, 12. 11. 1998, dostupné na www.ftc.gov/speeches/otherspat6.htm, str. 5.

⁷⁷ Příliš silná ochrana individuálních výkonů je nástroj zpomalující obecný pokrok, a příliš slabá ochrana je zárukou, že motivace k inovacím přinejmenším silně poklesne; můžeme možná parafrázovat, že příliš silná ochrana před spojováním soutěžitelů může snižovat obecný blahobyt a poškodit spotřebitele (ekonomika přijde o hospodářské výhody koncentrace) a příliš slabá ochrana před koncentracemi může vést k monopolizaci, a tím v důsledku též ke snížení obecného blahobytu a k újmě spotřebitelů.

Obecně (čili bez ohledu na to, zda se jedná o tradiční nebo technologicky vyspělé odvětví) se tedy jedná o binární rozhodování mezi dvěma zly: zakázat spojení soutěžitelů navzdory jeho možnosti zvýšit efektivitu, nebo je povolit i přes možné ohrožení soutěže v budoucnu. Jde o tradiční konflikt cílů: co převáží – efektivita nebo soutěž? Zavádění jednotných standardů (standardizace) může sice zvýšit efektivitu a užitek pro spotřebitele, ale může vést k obdobným následkům jako spojování podniků (snížení či vyloučení soutěže)⁷⁸.

Empirické výzkumy skutečně ukazují na pozitivní souvislost mezi velikostí podniku a intenzitou inovací, resp. i mezi tržní mocí a technickým pokrokem, ale jen po určité hranici velikosti, po jejímž dosažení inovace stagnují nebo klesají.⁷⁹ Výzkumy též prokázaly, že izolované zkoumání absolutní velikosti podniků je úzké, a že inovační aktivitu lze komplexněji objasnit až při současném zkoumání dalších znaků struktury trhu, jako např. stupeň koncentrace, diferenciací výrobků apod. Rovněž se neprokázalo, že by existoval nějaký cílový konflikt mezi udržováním účinné soutěže a usilováním o vysoký stupeň technického pokroku.⁸⁰ Metodologickým problémem může být též sporná kauzalita mezi velikostí podniku a inovační aktivitou (co je vlastně způsobeno čím).

1.3.17. PODPORA MEZINÁRODNÍ KONKURENCESCHOPNOSTI DOMÁCÍCH SOUTĚŽITELŮ

Jde o jeden z nejčastějších a politicky nejkontroverznějších cílových konfliktů vůbec, a to mezi udržováním účinné soutěže a mezinárodní konkurenceschopností. V praxi bývá častá výtky, že lpění na dodržování vnitrostátního soutěžního prostředí diskriminuje domácí podniky v soutěži se zahraničními konkurenty, kteří se koncentrují za shovívavého přihlížení tamních antimonopolních orgánů a zvyšují tím svoji tržní moc. Rovněž tady se ukazuje,⁸¹ že nelze oprávněně vycházet ze všeobecně pozitivní souvislosti mezi velikostí podniku a mezinárodní konkurence-

⁷⁸ Viz HEINEMANN, A.: *Antitrust Law and Internet*, in DREXL, J. (ed.): *The Future of Transnational Antitrust*, Staempfli, Bern 2003, str. 131 a násl.

⁷⁹ Srov. SCHMIDT, I.: cit. práce, str. 107, 109.

⁸⁰ Z toho např. pro praktickou hospodářskou politiku prováděnou pomocí právní kontroly fúzí vyplývá, že odkaz na zlepšení technického pokroku není sám o sobě důvodem pro kladné rozhodnutí o fúzi.

⁸¹ SCHMIDT, I.: cit. práce, str. 114.

schopností.⁸² Ta závisí na mnoha dalších faktorech, takže velikost podniku sama o sobě je jen jedním z řady rozhodujících činitelů.

Taktika připouštět narušování soutěže u domácích šampionů a nechat je díky tomu vyrůst do velikosti a významu, umožňujících úspěšný konkurenční boj v globální aréně (zejména vůči konkurentům ze zemí, v nichž se ochrana soutěže striktně uplatňuje), je velmi ošidná. Kdyby se měla stát normou, vedlo by to k podstatnému zkreslení soutěže jako samořídícího mechanismu a k diskriminaci nepreferovaných.⁸³ Alespoň v rámci evropského hospodářského prostoru je tato taktika sankcionovatelná, protože narušení hospodářské soutěže na národním trhu, byť jen jednoho státu, se považuje za indikátor komunitárního dopadu takového jednání; ex post kontrola systémem vymáhání evropského soutěžního práva by v takových případech měla zjednat nápravu.

Národní šampioni jsou jistě potřební a užiteční, ale jen vyrostou-li v soutěži, a nikoliv v jakémsi protekcionistickém „skleníku“. Místní soutěž je velmi důležitá i v globálních odvětvích a přináší mimořádné podněty k růstu produktivity a je pro podnikatele mimořádně významná a sotva nahraditelná. Za hlavní přínosy místní soutěže se pokládají⁸⁴ jednak podněty a informační přínosy (společnosti vystavené domácí soutěži jsou lépe připraveny na soutěž se zahraničními soupeři) a též pozitivní externality (typu specializovaných společenství – *poolů*, výměny znalostí a vědomostí, specializovaných informací od dodavatelů apod.).

1.3.18. KULTURNĚ POLITICKÉ DŮVODY

Konkurenční cíle vůči ochraně konkurence mohou mít i podobu různých ústupků na podporu národní kultury, národnostních menšin a jiných politicky akceptovaných projevů pozitivní diskriminace. Tak se např. připouští fixace cen knih v jazykově homogenních přeshraničních oblastech.⁸⁵ Jindy mohou být fúze

⁸² To potvrzuje i praxe tzv. ministerských fúzí v SRN. Spojení podniků, při němž by byla narušena soutěž, ale toto možné narušení bylo ospravedlňováno zlepšením v mezinárodní soutěži, nebylo schvalováno ani zakazováno všeobecně.

⁸³ Uplatňování pravidel ochrany soutěže jako nástroje diskriminace je vskutku paradoxní. Poctivější by bylo neuplatňovat žádná pravidla tohoto druhu. Ostatně málokterá země či soutěžitel by byli tak hloupí, aby na takovou diskriminaci nereagovali (srov. MÖSCHEL, W.: vystoupení v pódiové diskusi, in: *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Monopolkommission, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005, str. 99).

⁸⁴ Srov. PORTER, M. E.: *Competition and Antitrust: Toward a Productivity-Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures*, The Antitrust Bulletin, Winter 2001, 929–930.

⁸⁵ Srov. rezoluci Rady ES OJ 1999/C42/02.

v oblasti médií (nezávadné nebo méně závadné ze soutěžního hlediska) posuzovány jako hrozba pluralitě tisku, a tedy zásadní politické svobodě, na níž mj. spočívá demokratický společenský vývoj.

1.4. HYPOTÉZA

Výše uvedený soubor cílů představuje z větší části cíle mimosoutěžní, z nichž některé však mohou z dlouhodobého hlediska ovlivnit pozitivně soutěžní prostředí⁸⁶, a jiné mu škodí⁸⁷; některé mohou být i soutěžně neutrální. Jde též o katalog sestavený na základě různých kritérií s různým stupněm obecnosti – některé mimosoutěžní cíle se navzájem mezi sebou i vícenásobně prolínají⁸⁸. V konkrétní situaci může být jeden mimosoutěžní cíl zneužit jako záminka pro narušení soutěžního cíle.⁸⁹

⁸⁶ Tak např. nediskriminační podpora výzkumu a vývoje či časově omezená podpora menších firem jako podhoubí budoucí vážné konkurence větším soutěžitelům...

⁸⁷ Např. jednostranná orientace na krátkodobý prospěch spotřebitelů by mohla vést k rezignaci na boj s predátorskými cenami, které by – v důsledku odchodu konkurentů, kteří tento cenový tlak nevydrželi a opustili trh – nakonec spotřebitele poškodily právě proto, že vedly ke koncentraci trhu a ke snížení intenzity soutěže, která umožní dřívějším cenovým vůdcům umofňovat ve vyšších spotřebitelských cenách dřívější ztráty utrpěné v průběhu cenového boje.

⁸⁸ Tak např. spotřebitelský blahobyt, ochrana spotřebitele, ochrana životního prostředí, zdravotně politické důvody...

⁸⁹ Ilustrativní je případ Cassis de Dijon (ESD, 20. 2. 1979). Německé spolkové úřady s dovoláním na ochranu spotřebitele a na zájmy veřejného zdraví nepovolily prodej francouzského ovocného likéru v Německu proto, že (v souladu s údaji na etiketě výrobku) obsahoval pouze 15–20% alkoholu, zatímco podle německých norem musel ovocný likér mít nejméně 25% alkoholu. Francouzský žalobce se dovolával svobody pohybu zboží. ESD dovedl mj., že německé opatření o minimálním obsahu alkoholu v likéru má stejný účinek jako zákaz dovozu mezi členskými státy ES. Odůvodněné by takové opatření bylo v případě naléhavých potřeb ochrany veřejného zdraví či potřeb daňové kontroly nebo ochrany spotřebitele. Ochráně spotřebitele ovšem dostatečně sloužilo označení obsahu alkoholu na etiketě a ochrana zdraví nebyla též jako argument přijata, neboť v téže době se na německém trhu prodávaly nápoje s vyšším i nižším obsahem alkoholu než v likéru francouzském. Mimosoutěžní cíle ochrany spotřebitele a veřejného zdraví, jakož i ochrany německých výrobců před nekalou konkurencí z Francie byly zneužity jako nástroj pro vytvoření překážky volného pohybu zboží, tedy předpokladu funkční soutěže na integrovaném evropském trhu. J. BASEDOW (*Regulierung und Wettbewerb in marktwirtschaftlichen Ordnungen*, Rechtspolitisches Forum 14, Institut für Rechtspolitik, Trier 2003, str. 14) poukazuje na politický důsledek tohoto rozhodnutí ESD: pokud se prodej likéru na německém trhu, nedosahujícího

Cílové konflikty mohou být řešeny podle návodu a hypotéz některé ze soutěžních teorií a nebo též intuitivně a empiricky, spoléháním na vlastní krátkodobou zkušenost a úsudek příslušného úředníka. Posléze uvedený přístup nebude zpravidla příliš konzistentní a patrně neprospěje soutěži více (spíš méně), než by prospělo ponechání soutěže sobě samotné bez jakýchkoliv zásahů.

Nástrojem hospodářské (v tom i soutěžní) politiky je i právo. Těžko si lze představit, jak by empiricko-intuitivní zásahy probíhaly v souladu s právem (jakou bezbřehou a tudíž neúčinnou formou rozhodovacího procesu by právo bylo), a k čemu by vlastně právo při takové metodě soutěžní politiky vůbec bylo dobré. Právní nejistota na všech stranách a možnost arbitrární libovůle státních orgánů a intenzivního prosazování skupinových zájmů by byly nasnadě⁹⁰.

Regulace určitých odvětví či činností státem nelze přitom paušálně považovat za případy, kdy je proti vůli svobodomyšlných regulovaných subjektů vnučována vůle státní. V některých případech je naopak tato regulace vítána, zájmové skupiny ji iniciují a za její přijetí lobují, neboť ta kýmž regulace je z pohledu dotčených odvětví funkčním substitutem kartelizace, a to bez rizika střetu se zákonem; ba, někdy může dokonce co do odvětvové efektivnosti kartelizaci předčít.⁹¹ Zákon se dá považovat za druh „vykrytalizované“ předpojatosti společnosti, pomocí níž lze dávat i jen dílčím zájmům právě podobu zákona. Je tedy zřejmé, že ony obecnější cíle, za jejichž závojem se regulace prosazuje, mohou být podstatně zkráceny soukromými zájmy prosazovatelů regulace, kteří si tak pod věrohodnou záminkou veřejného zájmu „přihřejí svoji soukromou polívčičku“.

Prostřednictvím soutěžní politiky jsou vyslovovány společenské hodnotové soudy o tom, co soutěži škodí, a čeho se účastníci trhu nebo i jiné subjekty nemají dopouštět. Tyto hodnotové soudy pak dostávají formu vesměs zákazových právních norem. Soutěžní teorie buď zkoumají (nebo popírají) vztahy mezi strukturou trhu, chováním na něm a hospodářskými výsledky na trhu a pokoušejí se tyto

předepsaného podílu alkoholu, povolil francouzskému prodeji, těžko se mohl nadále zakazovat prodeji německému. Prosazování svobody pohybu zboží tak působilo jako podnět k deregulaci pro národní soutěžní politiku.

⁹⁰ Srov. např. velkorysý hodnocení tržní struktury Komisí v případě Mannesmann-Vallourec/Ilva (IV/M.315, O.J. 1994, L 102). 70% tržní podíl dosažený spojujícími se firmami nebyl uznán za dominantní postavení kvůli potenciální konkurenci japonských výrobců; relevance tohoto argumentu byla ovšem materiálně nedoložitelná – srov. IMMENGA, U.: *Conflicts between Competition Policy and Industrial Policy*, in: ZÄCH, R. (ed.): *Towards WTO Competition Rules*, Staempfli Publishers Ltd., Berne 1999, str. 349.

⁹¹ Srov. BASEDOW, J., v cit. práci, na str. 6.

vztahy objasnit. Volba právních nástrojů k prosazení žádoucích cílů soutěžní politiky je už více či méně optimalizační problém.⁹²

Zájem na udržení funkční soutěže se nejen teoreticky může, ale přirozeně musí střetnout i s jinými, mimoekonomickými cíli (např. se zdravotními aspekty, s ochranou životního prostředí, s energetickou politikou, zajištěním obranyschopnosti, řešením nezaměstnanosti apod.) Hodnocení takových zájmových konfliktů předpokládá navýsost politické rozhodnutí o převaze té či oné hodnoty v daném případě, a soutěžní politika pro ně nemůže dát žádné paušalizované, jednotné a jednoduché návody.

Všeobecně se dá říci, že cílové konflikty mezi účinnou soutěží a jinými cíly by měly být v podstatě jen výjimečnou záležitostí. Soutěžní politika a soutěžní právo mají nástroje, jak takové výjimky umožnit v případě, že bude společensko-politicky ohodnocena některá z konkurenčních hodnot výše než hodnota funkční soutěže. Je však třeba si uvědomit, že omezením soutěže se vždy vyřazuje působení anonymního řídicího a kontrolního mechanismu, který nutí k transferu maxima výhod na poptávkovou stranu tržního vztahu.⁹³

Pro většinu klasických cílových konfliktů lze tedy za pomoci teorie a empirických výzkumů poskytnout soutěžní politice vodítko.

Jsou však některá soutěžní selhání, u nichž se dá stěžít cokoliv reálného doporučit, a která spíše svádějí buď k postoji vyjádřitelnému jako *laissez - faire*,⁹⁴ nebo k řešením, která nejsou soutěžně-politicky konzistentní a určitým způsobem narušují jednotný soutěžní řád. Zejména jde o oblasti ekonomiky, které jsou z různých důvodů (např. pro nemožnost interiorizace externalit, jako třeba u ochrany životního prostředí) vyňaty z působení soutěžního mechanismu. Pokud je jejich rozsah nepatrný a jde skutečně o výjimky, soutěžní řád se vážně nenaruší.

Dále jde o problém pevných a zablokovaných tržních struktur, využívajících výhod velikosti a spojení a tendujících k tzv. přirozeným monopolům a zvyšujícím hranici pro vstup na trh. V takových případech působení soutěže selhává a je nezbytné přijmout výjimečnou regulaci, typicky formou deregulace síťových odvětví. Existuje však řada příkladů, jak dřívější monopolisté dokážou i po tzv. formální deregulaci sužovat či dokonce odradit nově příchozí (např. vytvářením

⁹² Srov. KIRCHNER, CH.: *Wettbewerbstheoretische Ansätze bei Ronald Coase*, Wirtschaft und Wettbewerb 1992, Nr. 7 u. 8, str. 585

⁹³ Podobně SCHMIDT, I., v cit. práci na str. 114.

⁹⁴ K tomuto tématu srov. BARTLING, H.: *Schlußfolgerungen aus Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie für die Wettbewerbspolitik*, Wirtschaft und Wettbewerb 1993, 1, str. 16 a násl.

nabídky balíčků služeb, které znemožňují spotřebitelům přechod k novému konkurentovi, nebo vytlačováním (marginalizací) nových soutěžitelů prostřednictvím odlišných obchodních podmínek vytvářených dřívějším monopolistou pro subjekty s ním propojené na rozdíl od soutěžitelů samostatných, což vede k přesměrování poptávky právě jen na subjekty s bývalým monopolistou propojené.

Jakýkoliv zásah státu do ekonomiky může vyvolávat u přívrženců teorie volné soutěže výhrady a nedůvěru vůči státu kvůli možnému zneužití moci⁹⁵ a doporučení soutěžní politiky proti omezování soutěže závisí navíc na tom, jestli je vhodným způsobem proveditelné (to opět vyžaduje politický konsensus a vhodný právní rámec). Regulace je namístě tam, kde trh neexistuje nebo selhává, sama však může vést k omezení eventuální konkurence. Na druhé straně může státní regulace naopak přispět k vytvoření nebo ke zlepšení soutěžního prostředí. Někteří autoři dokonce tvrdí, že soutěž jako obecný regulační princip by měla ustoupit v případech, kdy existuje regulace specifická, která je v situaci nedokonalého trhu lepším nástrojem než soutěž k ukáznění hráčů na trhu a k dosažení společenských cílů.⁹⁶

V této souvislosti se hovoří o vhodnosti zásahů státu do tržní struktury. Se základy protisoutěžního chování lze vystačit jen potud, je-li toto chování příčinou ohrožování nebo narušování soutěže. Tento přístup soutěžní politiky bude používáním sice účinného léku, ale na úplně jinou nemoc v případě, že trh je *strukturně* založen na oligopolu a panují tam vysoké bariéry vstupu. Protisoutěžní chování účastníků trhu je pro ně účelné a pokud se tak chovají, jednají racionálně. V takovém případě může být jedinou kauzálně účinnou intervencí zásah do struktury trhu.

Výše jsem konstatoval banální skutečnost, že soutěžní politika je jen politika. Kromě toho, že již pojmově musí být oportunní, musí samozřejmě být (též pojmově) vystavena i lobbistickým tlakům. Hospodářská soutěž se jakožto zájmový konflikt odehrává v širokém morálním, společenském a vládním kontextu, v němž je právní úpravě přisuzována jen určitá omezená role.

Politická moc konkurentů (přímá či zprostředkovaná) je koneckonců účinnějším nástrojem k ovlivnění soutěžního prostředí než tržní moc, neboť je předřazena tvorbě právního prostředí pro rozvoj a ochranu konkurence.

⁹⁵ Odmítání státní regulace jde někdy až tak daleko, že se dokonce získání trvalé kontroly nad veškerou nabídkou nějakého zdroje hodnotí „jako výraz vynalézavého podnikatelství“ (srov. KIRZNER, J. M.: *Wettbewerb und Unternehmertum*, Tübingen 1978, str. 69, 168).

⁹⁶ Srov. GAL, M. – FAIBISH, I.: *Six principles for limiting government-facilitated restraints on competition*, CMLR 2007, 44, str. 100.

I přes jakkoliv upravený právní rámec ochrany konkurence se mohou prosazovat politickou cestou protisoutěžní tlaky. Vláda může být nejen prosazovatelem „průmyslové organizace“, ale i hlavním prostředkem, kterého korporace používají k formování a udržování koncentrace ekonomiky a k utváření oligopolů a monopolů.⁹⁷ Ekonomické subjekty mohou díky použití politických prostředků dosahovat různých efektů, které jsou přisuzovány koncentraci ekonomické moci. Politická intervenční moc je naopak často zdrojem moci ekonomické a tyto dvě moci mohou (ale nutně nemusí) korelovat.⁹⁸ Někteří soutěžitelé mohou dosáhnout i bez tržní dominance a za malých nákladů na politickou ochranu zablokování nebo omezení vstupů, a tím zamezit přístupu dalších konkurentů na trh.

Součástí soutěžní politiky v širším smyslu není tedy jen vylepšování soutěžních zákonů, ale i postupy proti možnostem a pokusům ekonomických subjektů o získání intervenční moci politické (financování politických stran, zákony o střetu zájmů⁹⁹, kontrolní systém ve společnosti včetně práva sdělovacích prostředků na informace apod.). Jakákoliv opatření, omezující potenciálně nebo fakticky získání politické moci ekonomickými subjekty, mohou být nejméně srovnatelná s normativními nástroji soutěžního práva. Politická moc může být jinak využita k vychýlení neutrality samořídícího a samokontrolního působení hospodářské soutěže ve prospěch jednoho účastníka (nebo jejich skupiny) proti druhým (např. podporou velkého podnikání proti malému, ale i malého proti velkému).¹⁰⁰

Svět je složitější, než aby umožňoval pouhé dvě alternativy: bezuzdnou konkurenci nebo všeobecnou podporu pravidel. Z hlediska právního vědomí se ovšem těžko prosazují veřejnoprávně odůvodnitelné hodnoty, sloužící všem, na úkor egoisticky pojímaných soukromoprávních hodnot, sloužících jednotlivému subjektu (to je ostatně problém altruismu nebo solidarismu obecně). To vytváří limit účinnosti soutěžního práva a zvyšuje transakční náklady potřebné k jeho realizaci.

⁹⁷ Srov. ETZIONI, A.: *Morální dimenze ekonomiky*, Victoria Publishing, Praha 1995, str. 185. Zde se rovněž zcela neidealisticky konstatuje, že z hlediska stupně koncentrace je americká ekonomika velmi konkurenceschopná, ale z hlediska použitelnosti politických prostředků k prosazení ekonomických zájmů jednotlivých konkurentů vypadá situace podstatně jinak.

⁹⁸ Tamtéž, str. 188.

⁹⁹ Např. italský antimonopolní úřad má podle informací p. Napolitana, stážisty na ÚOHS, pravomoc i v této oblasti.

¹⁰⁰ ETZIONI uvádí (cit. práce, str. 185), že jednou z neefektivnějších cest pro získání tzv. neúměrných zisků je nikoliv zvyšování cen nad marginální náklady, ale požadování tržních cen a získání vlády k získání jednoho nebo více vstupních faktorů při nákladech podstatně nižších, než musí vynaložit konkurenti. Řada příkladů tohoto postupu, použitého v české privatizaci, se přímo vnučuje.

Sdílím stanovisko, že tou nejlepší „průmyslovou politikou“ je právě soutěžní politika.¹⁰¹ Zdravý růst firem v prostředí chráněném před soutěží a zdeformovaném podporami nebo vynětími z antimonopolních zákonů je nepravděpodobný. Tyto zákony upravují širší instrumentárium vlivu státu na soutěž (úpravu dohod omezujících soutěž, zákaz zneužití dominance na trhu; někteří autoři do této oblasti zařazují i právo regulace státních podpor). Předmětem této knihy je však v první řadě dílčí analýza koncentrace ekonomických subjektů především z hlediska soutěžní politiky. Proto se jen okrajově zabývám dalšími aspekty soutěžní politiky, které se přímo netýkají problematiky koncentrace.

¹⁰¹ Shodně MOTTA, M., cit. práce, str. 29.

2. KONTROLA KONCENTRACE JAKO SOUČÁST SOUTĚŽNÍ POLITIKY

Fúze a akvizice jsou stále častějším jevem a jejich finanční objemy dosahují astronomických čísel.¹⁰² Překvapivě nevýhodně se však u fúzí vyvíjí hodnota podílu na obchodních společnostech, jakož i jejich zisk a obrat. Tvrdí se, že téměř 90% fúzí nepřinese úspěch. Čím „světovějšími“ se společnosti po převzetí stávají, tím je to pro ně komplikovanější.¹⁰³

Role práva je při ochraně ekonomických zájmů akcionářů jen rámcová a omezuje se zejména na ochranu před zneužitím majority či minority ve společnosti, na ochranu před nepřátelským převzetím, před dopady informační asymetrie (vliv na *insider trading*), trestněprávní ochranu apod. Veřejné soutěžní právo do procesu koncentrace zasahuje z úplně jiného pohledu, a sice především v zájmu udržení soutěžní struktury na relevantních trzích. Ekonomické a jiné dopady spojení na spojující se subjekty, resp. na soutěžitele nejsou úplně opomíjeny¹⁰⁴, ale vesměs se považují za podpůrné a druhotné ve srovnání s kritériem udržení funkcí svobodného trhu. Antimonopolní úřady tedy neochrání zájemce před ekonomicky neefektivním či riskantním spojením; to jim nebudou rozmlouvat a klidně je schválí, nejsou-li nebezpečná soutěži, ale jenom účastníkům spojení; naopak by nemělo projít takové spojení, které by z hlediska spojujících se subjektů bylo ekonomicky i velmi efektivní, ale které by podstatným způsobem narušilo nebo ohrozilo hospodářskou soutěž. Zkoumání efektivnosti a jednotlivých přínosů spojení by stavělo (a leckdy i staví) antimonopolní úřady do situace ekonomických prognostiků, jíž by

¹⁰² Z celosvětového pohledu se daří akvizicím nejlépe za posledních pět, během nichž objem převzetí vzrostl na zhruba dva bilióny dolarů. Srov. SOMMER, U.: *Po fúzi firem akcionáři mnohdy zaplácou*, Handelsblatt, cit. podle Hospodářských novin z 3. 6. 2006, str. 19.

¹⁰³ SOMMER, ibid. Před několika lety bylo hodnocení úspěšnosti fúzí příznivější, byť i tak docela dramatické. Psalo se o tom, že je mimořádně alarmující, že zhruba polovina všech těchto transakcí nepřinese účastníkům žádoucí přírůstek hodnoty – srov. PICOT, G.: *Wirtschaftliche Aspekte der Durchführung von Mergers & Acquisitions, insbesondere der Gestaltung des Transaktionsvertrages*, in PICOT, G. (Hrsg.): *Mergers & Acquisitions: Planung, Durchführung*, Schäffer-Poeschel, Stuttgart 2000, str. 10. Jinde se na základě mezinárodní srovnávací studie konstatuje, že v posledních 15 letech většina fúzí vedla ke snižování blahobytu („wohlfahrtsmindernd“ – srov. SCHMIDT, I.: *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 8. Aufl., Lucius & Lucius, Stuttgart 2005, str. V).

¹⁰⁴ Srov. zejm. kap. 7. a 8.

nebyly vystaveny, kdyby se zabývaly čistě strukturálními otázkami.¹⁰⁵ Úkolem soutěžní politiky v oblasti fúzí určitě nemůže být zkoumání takových otázek, jako je třeba ochrana práv menšinových akcionářů, ohrožení věřitelů nebo dosahování neoprávněných zisků určitých funkcionářů společností kvůli privilegovaným informacím.

Soutěžní politika v oblasti dohledu nad koncentrací na příslušných relevantních trzích (a v důsledku nad konkurenceschopností celé národní či nadnárodní ekonomiky) má tedy zcela jiné cíle, než které zpravidla sledují (a pohříchu spíše zřídka dosahují) zúčastněné spojující se společnosti.

Oddělování oné „většiny prosoutěžních fúzí“ od několika fúzí vytvářejících či posilujících tržní sílu a omezujících soutěž¹⁰⁶ by se mělo posoudit především z hlediska dopadu na soutěžní prostředí, a nikoliv z hlediska průzkumu všech možných ekonomických přínosů, které spojení může mít. Ekonomické přínosy (*efficiencies*) mohou být využity při zvažování *celkové* bilance ekonomických přínosů a soutěžních ztrát.

Soutěžní politika státu nebo nadstátního útvaru je z hlediska rozhodování spojujících se subjektů jen jedním z externích faktorů ovlivňujících jeho průběh a výsledek; rozhodně může soutěžní politika poněkud ochladit „fusionitidu“ nebo chorobnou fúzovou euforii zájemců o spojení v případě, že by bylo ohroženo soutěžní prostředí. Nicméně je v celosvětovém měřítku patrná značná benevolence antimonopolních úřadů k žádostem o schválení fúzí, která může být motivována i nesnadným dokazováním o budoucím neurčitým nepříznivém vývoji soutěžního prostředí v konfrontaci s dnešními – okamžitými a konkrétními hmatatelnými ekonomickými – výhodami fúze.

Vypadá to, že se asi přece jen prosazuje tzv. Aikenovo pravidlo pro řešení krizí: tedy že by se mělo zkrátka vyhlásit „vítězství“ a odejít.¹⁰⁷ Podle některých názorů se sice antimonopolním úřadům zčásti daří zamezit některým škodlivým fúzím, ale

¹⁰⁵ Ironicky se komentuje situace, kdy Evropská komise zadává znalecký posudek z oboru národního hospodářství, který má vysvětlit, jak by mohl být odstraněn informační předstih podniků před Komisí v otázce hodnocení efektivnosti fúzí – srov. MESTMÄCKER, E. J.: *Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik*, in: Monopollkommission: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Nomos, Baden-Baden 2005, str. 31.

¹⁰⁶ Jak situaci velmi optimisticky hodnotí KOLASKY, W.: *What is competition?*, speech on October 28, 2002, dostupné na www.usdoj.gov/atr/public/speeches, str. 3.

¹⁰⁷ Podle BROCK, J. W.: *Antitrust, the „relevant market“ and the Vietnamization of American merger Policy* (The Antitrust Bulletin, Winter 2001, str. 735) jde o pojmenování návrhu vermontského senátora George Aikena prosazovaného v 60. letech 20. století jako „výchozí disk“ z vietnamské války.

na širším bojišti proti ekonomické koncentraci a tržní moci vyhlásily „vítězství“ a opustily bojiště. Připomínají tak člověka posedlého vteřinovou ručičkou na hodinkách, který pečlivě počítá vteřiny, ale není s to říci, kolik je hodin.¹⁰⁸

Démonizace koncentrace může škodit stejně jako její zlehčování. Fúze nejsou a nemohou být zakázány automaticky, ale jen tehdy, jsou-li nerozumné; co se samozřejmě může měnit a mění, je obsah oné rozumnosti a její kritéria (testy). Jinak je koncentrace samozřejmě také druhem soutěžní aktivity, tak jako jiné soutěžní metody.¹⁰⁹ V poslední době se v souvislosti s modernizací evropského soutěžního práva stále častěji vyslovuje obava, zda se – pokud jde o tržní strukturu – nepřiklání praxe spíše ke konkrétním definovaným cílům, namísto aby sledovala pouze rámcové podmínky tržní struktury.¹¹⁰

Klasické pojetí S-C-P (*structure – conduct – performance*), tedy struktura – chování – výkon, předpokládající, že struktura trhu ovlivňuje chování účastníků na něm, a tedy i jejich výkon, se nepovažuje za dostatečně reprezentativní poznávací nástroj. Zejména nezahrnuje exogenní determinanty typu ekonomických, institucionálních a technických změn. Příkladem může být Internet, který současně představuje změnu struktury (vede k novým vstupům na trh), změnu chování (vede k růstu konkurence) i změnu výkonu (těží z nových výzev za současného vynaložení investičních nákladů nebo i při akceptaci nevýhod v souvislosti s tvrdší soutěží).¹¹¹ Chování samozřejmě není možné vysvětlit jen samotnou strukturou trhu. Vztahy mezi prvky klasického schématu S-C-P jsou mnohem složitější¹¹². Cílový konflikt mezi zachováním současné úrovně soutěže a výhodami, které slibuje předpokládaná fúze, se dá řešit různými způsoby, jejichž volba je ovlivněna apriorním soutěžně teoretickým přístupem. Nemusí jít tedy jen o klasický koncept účinné soutěže (určité struktury trhu odpovídá určité chování a z něj plynoucí tržní

¹⁰⁸ BROCK, J. W., *ibid.*, str. 795.

¹⁰⁹ Srov. DEMSETZ, H.: *Antitrust: Concepts Reasoning, and the US Experience*, Institute of Economic Research, Malmö 1994, s. 16.

¹¹⁰ Srov. ZIMMER, D.: *Ende gut, alles gut? – Bemerkung zur 7. GWB-Novelle*, WuW 2004, Nr. 7–8, str. 715.

¹¹¹ Srov. BIKKER, J.: *Competition and efficiency in a unified European banking market*, Edward Elgar Publishing, Ltd., Cheltenham 2004, str. 15.

¹¹² Tak se např. v Bikkerově práci (*ibid.*, str. 16) uvádí, že čím účinněji banky snižují ceny na úkor vlastního zisku, tím více posilují svoje soutěžní pozice a získávají větší tržní podíly, čímž ovlivňují tržní strukturu. Jde tedy podle mého názoru o situaci, kdy nikoliv struktura ovlivňuje chování, ale kdy chování ovlivňuje strukturu, aniž by nutně chování směřovalo ke změně struktury, jak je tomu v případě fúze.

výkon) nebo koncept svobody soutěže (odmítající jednoduchá pravidla s vědomím, že výsledky na trhu závisí na příliš mnoha okolnostech).

Zásadně odlišná je koncepce zdůrazňující různá (alokativní, výrobní, dynamická) hlediska efektivnosti (*efficiencies*), sloužící k podpoře základního cíle – spotřebitelského blahobytu. Pod aktuálními politickými tlaky se navíc nezřídka prosazují různé konkrétní odvětvové politiky, nedůvěřující procesu soutěže, které pokládají tržní strukturu, výsledky na trhu a mezinárodní konkurenceschopnost za tak důležité, že je nelze prostě „přenechat“ vlivu soutěžní autoregulace, a je nutno je ovlivňovat subvencemi a protekcionismem¹¹³.

2.1. POJMOSLOVNÉ OTÁZKY

Koncentrace se dá chápat buď jako proces (dynamicky) nebo jako stav (staticky). Pokud přijmeme většinové stanovisko, že vysoká míra koncentrace (tedy její stav) ohrožuje hospodářskou soutěž zejména uzavřením trhů a vyřazením možnosti svobodného chování na trhu,¹¹⁴ musíme akceptovat i dohled nad postupným či skokovým vývojem (zhoršováním nebo zlepšováním) tohoto stavu, tedy nad procesem koncentrace, a to jen proto, že u dohledu nad koncentrací jde o kontrolu *ex ante*, a nikoliv o kontrolu *ex post*. Rozhodující (nebo alespoň velmi důležitý) pro existenci soutěže a její intenzitu je však samozřejmě stav (*stupeň*) koncentrace, po jehož zvýšení nad určitou kritickou hranici jsou jen omezené možnosti, jak jej *ex post* zvrátit.

Koncentrace se zvykově označuje jako fúze, resp. jako fúze a akvizice¹¹⁵. Jednotná terminologická pravidla neexistují a úzus není ustálený. Je proto potřebné vždy určitý pojem vnímat v jeho kontextu. Fúze je v užším slova smyslu názvem jen pro sloučení nebo splynutí obchodních společností¹¹⁶; jako *pars pro toto* se však tento pojem používá i pro spojení soutěžitelů v širším smyslu, zejména v německé odborné literatuře. Je totiž přes svoji nepřesnost nositelem menšího počtu významů nežli pojem „koncentrace“.

¹¹³ HEINEKE, T.: *Entlastungsgründe in der europäischen und US-amerikanischen Zusammenschlusskontrolle*, Nomos, Baden-Baden 2004, str. 58–63.

¹¹⁴ Srov. v přehledné podobě SCHMIDT, I.: *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 8. Aufl., Lucius & Lucius, Stuttgart 2005, str. 137 nsl., nebo HEINEKE, T.: op. cit., str. 27 nsl.

¹¹⁵ V odborné literatuře zdomácněla zkratka „M&A“ (od *Mergers and Acquisitions*).

¹¹⁶ Srov. § 69 odst. 3 ObchZ.

V anglosaské jazykové oblasti se hovoří duálně o *mergers* (fúzí) a o *acquisitions*, a toto označení již zmezinárodnělo. Přitom je konvenčním dělitkem právní subjektivita zúčastněných osob; zůstane-li beze změn, jde o akvizici (tedy o převzetí, získání, koupi...), zatímco při fúzi (splynutí) vzniká nový právní subjekt, a předchozí subjekty zanikají.¹¹⁷ Je zřejmé, že bez kontextu by mohlo dojít i tady k omylu, protože např. právě české obchodní právo pod pojem „fúze“ zařazuje i sloučení, při němž právní subjektivita „základní“ společnosti zůstává zachována a zaniká jen subjektivita společnosti, která se se společností „základní“ spojuje. České soutěžní právo hovoří o „spojování soutěžitelů“¹¹⁸, a to v širokém významu „M&A“.

V této práci se pojem „fúze“ používá právě v onom širokém významu „M&A“, a neomezuje se tedy na úzké vymezení ObchZ. Pokládám tento pojem za akceptovatelný i za akceptovaný v praxi; dvouslovný pojem „spojení soutěžitelů“ je těžkopádnější, a lze mu také vyčítat nepřesnost a víceznačnost. Skutečnost, že jde o fúzi ve smyslu sloučení nebo splynutí, je buď zřejmá z kontextu, nebo se na ni dá zvlášť upozornit.¹¹⁹

2.2. SOUTĚŽNĚ POLITICKÉ ASPEKTY FÚZÍ

Klasická literatura z oboru¹²⁰ uvádí čtyři základní směry soutěžní politiky, které jsou buď v čisté nebo kombinované podobě praktikovány.¹²¹ Jde o přístup *laissez-faire* (resignační), strukturální, regulační a vlastnický. Právě strukturální přístup preferuje udržení soutěžních struktur kontrolou fúzí a dekoncentracemi, ev. i zákazem určitých zabraňovacích a koordinačních praktik, což činí nadbytečnou *ex post* kontrolu zneužití ke korekcím tržního chování a tržního výsledku. Jakkoliv je udržení soutěžních struktur zásadní, bude nezbytné v případech, na něž nedo-

¹¹⁷ Srov. JANSEN, S. A.: *Mergers & Acquisitions*, 4. A., Gabler, Wiesbaden 2001, str. 44. Podobně Heineke, T.: op. cit., ibid.

¹¹⁸ Srov. § 12 nsl. ZOHS.

¹¹⁹ Ostatně i *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings (2004/C 31/03)* v poznámce 5 deklarují, že pojem fúze (*merger*) se v nich zásadně používá jako synonymum pojmu „koncentrace“ a že pokrývá všechny koncentrační transakce, jako jsou fúze (v užším smyslu), akvizice, převzetí a určité typy společných podniků (*joint ventures*).

¹²⁰ Srov. SCHMIDT, I.: op. cit., str. 159 nsl., tam cit. SHEPHERD, W. G.: *Public Policies Toward Business*, 8. Ed., Homewood, III, 1991, str. 7 nsl.

¹²¹ Komentář viz BEJČEK, J.: *Existenční ochrana konkurence*, MU, Brno 1996, str. 66 nsl.

sáhnou strukturální opatření, zachovat kontrolu chování a tržních výsledků. Stále platí konstatování, že „i tam, kde se přísně vynucují opatření vůči protisoutěžním spojením podniků a proti monopolizaci, má stále místo systém kontroly chování.“¹²² Kombinaci strukturálního a regulačního přístupu odůvodňují i některé novější a stále více propracovávané formy kooperace se strukturálními nebo obdobnými dopady na soutěž (tzv. strategické aliance a nejrůznější externí kooperační sítě se soutěžně problematickými důsledky).

Fúze ovlivňují soutěžní strukturu především tím, že snižují počet hospodářských jednotek, které si v ekonomice konkurují a snižují tak soutěžní tlak. Nezávislost aktérů na trhu je ohrožována tendencemi k monopolizaci; navíc již stádium oligopolizace může mít i bez vzniku monopolu nepříznivé důsledky pro soutěž, neboť jednak usnadňuje koordinaci mezi zbylými účastníky soutěže na trhu (koordinací efekty) a jednak umožňuje zbylým účastníkům postupovat na trhu bez ohledu na odpadnutí konkurenci jednostranně tak, jak by – v případě, že by konkurenti v důsledku fúze z trhu nezmizeli – postupovat nemohli (např. mohou zvýšit cenu). Tento postup vyvolává nápodobu ostatními soutěžiteli, takže se na méně konkurenčním trhu např. mohou zvednout ceny i bez cenové koordinace (cenového kartelu) mezi soutěžiteli (hovoříme o jednostranných efektech fúze).

Základní společensko-politickou funkcí kontroly fúzí je udržet volné trhy a předcházet vzniku tržní moci. Soutěž zůstává podle slov F. Böhma stále tím nejgeniálnějším a nejvelkolepějším nástrojem v dějinách ke zbavení moci. Kontrola fúzí není samozřejmě akceptovatelná v té podobě, v níž by bránila účelné restrukturalizaci, a v níž by překážela trvalému a dlouhodobému zvyšování efektivity a blahobytu spotřebitelů. Krátkodobý okamžitý efekt pro spotřebitele se může v dlouhodobé perspektivě obrátit proti němu v důsledku absence konkurence na trhu.

Kontrola koncentrací v praxi evropských zemí i ve světě (zejména v USA) je dnes v zásadě velmi liberální a nebrání vytvářet větší celky schopné konkurence na otevřených mezinárodních trzích. Tato kontrola je zaměřena na excesy a tržně nebezpečné změny struktury. Tak od zavedení kontroly koncentrací na úrovni EU v r. 1990 nebylo do r. 2005 schváleno jen 18 oznámených fúzí,¹²³ což je 0,75%. V roce 2007 dosáhl počet případů spojení oznámených Komisi dosáhl rekordní

¹²² OECD: *Market Power and the Law. A Study of the Restrictive Business Practice Laws of OECD Member Countries and the EEC and ECSC Dealing with Market Power*, Paris 1970, str. 196, cit. podle I. Schmidta.

¹²³ Údaj převzat z LOWE, P., HELD, A.: *Modernisation and beyond: the role of competition policy in driving economic growth*, European Competition Journal, March 2005, str. 46.

výše 402 (v roce 2006 to bylo 356). Jen deset rozhodnutí bylo přijato do druhé fáze; v ní pět spojení bylo schváleno bez podmínek, čtyři s podmínkami. Jen jedno spojení (Aer Lyngus/Ryanair) bylo zakázáno (tj. 0,25%).¹²⁴

Dá se tedy ona nejdůležitější (neboť strukturální, regulující obtížně vratné nebo nevratné změny) součást soutěžní politiky označit současně za marginální z hlediska četnosti zásahů? Tento závěr by byl povrchní, neboť samotná existence hrozby neschválení fúze samozřejmě vede strany k takovému chování s dopadem na strukturu trhu, které anticipuje potíže se schválením fúze antimonopolním úřadem – jde o nepřímý regulativní (preventivní) účinek, jehož dopad se ovšem sotva dá měřit či kvantifikovat.

Z hlediska soutěžně politického mohou být kontroverzní některé tradiční námitky proti kontrole fúzí, zejména námitka rozporu s ústavní zásadou ochrany vlastnických práv (která má být údajně porušena státními zásahy v rámci kontroly fúzí do jejich svobodného výkonu), resp. námitka privilegia koncentrace (vycházející z ekonomické argumentace, že právě vlastníci výrobních prostředků, a nikoliv stát, jsou schopni rozhodnout nejlépe o tom, jak svoje prostředky využít co nejeфекtivněji)¹²⁵. V rozhodovací praxi tyto námitky za oprávněné pokládány nejsou – je tomu tak zejména proto, že právní úprava tato práva vlastníků nevylučuje, jen je omezuje tím, že je konfrontuje s jinými právy uznanými hodnotami (vždyť i vysoká tržní moc vzniknuvší v důsledku fúze by mohla být využívána způsobem, omezujícím svobodný výkon vlastnických práv jiných subjektů).

Teoreticky jsou možné dva zásadní přístupy – totální rezignace na kontrolu fúzí, a nějaký stupeň jejich regulace. Prvý z nich se v žádné rozvinuté zemi s protimonopolním zákonodárstvím neaplikuje. Přistoupí-li se tedy k právní regulaci fúzí, je nutno rozhodnout, zda se budou kontrolovat všechna spojení (což nemá ani ekonomické odůvodnění), nebo se zvolí a právně vymezí určitá hranice možného státního zásahu (nikoliv automatického zákazu). Volba samotného kritéria schválení fúze (ev. podmíněného uložením určitých kompenzačních povinností účastníků fúze nebo přijetím jimi navržených závazků) či jejího zamítnutí je dalším krokem. Hovoříme o substantivním testu, podle něhož je schvalující orgán povinen postupovat při hodnocení (ne)připustnosti fúze.

Zvláštní postavení zaujaly v poslední době politicky motivované argumenty o internacionalizaci obchodu, která má údajně zpochybňovat národní (či dokonce

¹²⁴ Srov. Zpráva Komise o politice hospodářské soutěže, Brusel, 16. června 2008 – KOM (2008) 386. body 15, 16.

¹²⁵ Srov. SCHULTE, J. (Hrsg.): *Handbuch Fusionskontrolle*, Luchterhand, München, 2005, str. 18.

„evropský“) rozměr posuzování fúzí, který je nezřídka označován za anachronický. Internacionalizace obchodu samozřejmě předpokládá i mezinárodní spojování konkurentů na horizontální úrovni, i spojování subjektů působících na navazujících trzích (vertikální fúze). převládá stanovisko, že od dopadu na vnitřní trhy národních ekonomik nebo i na trh evropský však nelze odhlédnout. Když se to „hodí“, jsou naopak nadnárodní fúze blokovány (a to i vládami některých velkých evropských zemí) v zájmu ochrany tzv. „národních šampionů“.

O naznačených otázkách pojednává tato publikace podrobněji zejm. v kapitolách o substantivním testu a o globalizaci a „národních šampionech“.

2.3. VLIV FÚZÍ NA SOUTĚŽ

Základním dopadem fúze z hlediska ochrany soutěže je pokles počtu konkurujících si subjektů na příslušném relevantním trhu. V jeho důsledku klesá především cenová soutěž na trhu. U horizontálních fúzí (mezi účastníky na stejné úrovni trhu) se vyřazuje dřívější soutěž na trhu mezi jejími účastníky. Vztahy, jež dříve probíhaly na trhu směrem k samostatným soutěžitelům, kteří mezi sebou soutěžili o druhou (nabídkovou či poptávkovou) stranu trhu, jsou z trhu po fúzi staženy a nahrazeny vztahy vůči jedinému subjektu; to platí i opačně: po fúzi jen jeden subjekt namísto předchozích dvou nebo více subjektů samostatných vystupuje v soutěži o nabídku či poptávku na druhé straně trhu. Zvyšuje se tak nebezpečí vzniku tržní dominance nebo dokonce monopolizace; vysoká tržní moc umožňuje jednostranné zvyšování ceny a zvyšuje pravděpodobnost a dostupnost zneužití tržní moci. Pokles počtu účastníků soutěže na trhu usnadňuje cenovou i jinou koordinaci mezi zbylými účastníky na trhu, což opět zvyšuje nároky na kontrolu jejich chování *ex post*, tedy chování, které by bylo méně pravděpodobné při zachování soutěžní struktury. Kromě toho jsou po fúzi pravděpodobnější i snahy takto vzniknuvšího tržně silnějšího subjektu vytlačovat pomocí „dravých cen“ zbylé účastníky soutěže z trhu. Naopak není pro soutěž nebezpečná tzv. ozdravná či záchranná horizontální fúze, která vede k záchraně majetku takového hospodářsky krachujícího subjektu, který by bez ní trh stejně opustil a umožnil tak stejně vyšší koncentraci na onom trhu.¹²⁶

Vertikální fúze jsou z hlediska dopadu na soutěž spornější než fúze horizontální. Mohou totiž vést k vytvoření lepšího přístupu spojujících se subjektů k odbytovým a zásobovacím možnostem, otevírají jim trhy, k nimž před tím při-

¹²⁶ Srov. HEINEKE, T.: op. cit., str. 28.

stup neměly. Její účastníci tak mohou vstoupit do soutěže na jiných trzích; vyšší tržní síla na jednom trhu se však může přenášet i na trh předřazený a nebo na trh podřazený,¹²⁷ což ovšem může soutěž na oněch trzích poškodit. Chování na trhu, resp. na více trzích (včetně eventuálního zneužití tržní moci) podléhá samozřejmě doзору, který je ovšem nutně výběrový a nepůsobí na rozdíl od soutěžní struktury trhu samočinně. Působí tedy vůči menším soutěžitelům určitý odstrašovací potenciál silnějšího subjektu. Úspora části transakčních nákladů účastníků po fúzi nemusí být ani zčásti přenesena na spotřebitele, zejména, má-li nově vzniknuvší subjekt silné tržní postavení, v němž ho jeho konkurenti k takovému sdílení úspor se spotřebiteli nemohou donutit. Sporné je i to, zda vyšší tržní síla spojených subjektů vytváří vyšší překážky vstupu na trh pro potenciální konkurenty.

Podobně rozporné je i hodnocení fúzí konglomerátních, při nichž se spojují účastníci, kteří před tím vystupovali na trzích navzájem nezávislých. Hlavní výhrada jejich odpůrců spočívá v tom, že vzniknuvší subjekt nabude větší finanční sílu, kterou může využívat v boji s konkurenty, jež tak může dostat pod větší soutěžní tlak a vytlačovat je ev. prostřednictvím vyšší finanční síly (umožňující např. křížové financování) z trhu.¹²⁸ I konglomerátní fúze mohou do jisté míry odstrašovat konkurenty od nového vstupu na trh nebo od agresivnějších metod soutěžního boje, které by nemusely v konfrontaci s finančně silnějším konglomerátně spojeným subjektem vydržet.¹²⁹

Soutěžněpolitická kontroverznost v hodnocení zejména vertikálních a konglomerátních fúzí má svoji paralelu i v kontroverzních právních principech, které se tu střetávají. Vzhledem k tomu, že se mj. rozhoduje o způsobu využití vlastnického práva spojujících se subjektů, je namísto nejvyšší opatrnosti a měly by být stanoveny rozumně vysoké prahy zásahu, tedy takové parametry ekonomické síly a nebezpečí pro soutěž, které obstojí jako zdůvodnění redukce smluvní svobody spojujících se stran a zásahu do jejich vlastnických práv. Pro fúze tedy platí tzv. koncentrační privilegium¹³⁰, které uznává, že vlastníci výrobních prostředků by měli sami rozhodnout, jak je co nejučelněji a nejproduktivněji využijí.

Další vznášenou výhradou je argument o anachronismu kontroly fúzí v období internacionalizace a globalizace ekonomiky, které silně problematizuje vhodnost

¹²⁷ Hovoří se o tzv. pákovém efektu (*leverage effect*).

¹²⁸ Používá se pojem „teorie hluboké kapsy“ (*deep pocket theory*) – srov. HOVENKAMP, H.: *Federal Antitrust Policy*, 2nd Ed., St. Paul 1999, str. 556.

¹²⁹ Podrobněji k soutěžně politickému hodnocení konglomerátních fúzí srov. SCHMIDT, I.: op. cit., str. 144 nsl.

¹³⁰ SCHULTE, J. L. (Hrsg.): *Handbuch Fusionskontrolle*, Luchterhand, München 2005, str. 18.

měřítka národní ekonomiky pro posuzování přípustnosti fúzí. Navíc se uznává, že řada fúzí může přinést ekonomické výhody jejím účastníkům i spotřebitelům, ale nad to mohou některé fúze mít i účinky ve prospěch posílení soutěže. Proto se hranice ekonomického rozsahu fúze, opravňující státní zásah do procesu koncentrace kladou poměrně vysoko, a posuzování fúzí je spojeno s důkladnou ekonomickou analýzou dopadů spojení. V konfliktu totiž stojí veřejný zájem na ochraně soutěžního prostředí a soukromý zájem účastníků fúze na optimalizaci využití svého vlastnictví a na dosažení ekonomických přínosů, jichž by bez fúze nedosáhli, a o něž jsou s to se podělit i s konečnými spotřebiteli. Právě proto neexistuje žádný všeobecný zákaz fúzí a spojení je zakázáno vesměs až z toho důvodu, že trh při určité míře koncentrace není s to donutit dominanta, aby část výhod získaných fúzí (úspor) přenesl na spotřebitele.¹³¹ V úvahu je nutné vzít i skutečnost, že v jednotlivých oblastech existují určité minimální hranice, teprve při jejichž dosažení může být výroba efektivní.¹³²

Obtížnější, investičně náročnější a zdlouhavější vnitřní růst má přitom na soutěžní prostředí řadu dopadů srovnatelných s účinky růstu externího, dosaženého prostřednictvím fúze, aniž ovšem proti němu lze zdůvodněně zasáhnout strukturálními prostředky. Odpůrci regulace fúzí mohou tedy namítat, že má být ponechána stranám volnost v rozhodování o eventuálních fúzích a o volbě mezi interním a externím růstem, a že se má stát ev. zajímat až o *ex post* kontrolu chování na trhu bez ohledu na jeho strukturu.

2.4. MOTIVACE FÚZÍ

2.4.1. HLEDISKO NABYVATELŮ

Motivem fúzí jsou především deklarované či předpokládané mikroekonomické výhody spojujících se soutěžitelů,¹³³ resp. subjektů, které spolu ani dříve nesoutěžily (u vertikálních či konglomerálních fúzí). Ty se dají strukturovat podle toho,

¹³¹ MESTMÄCKER, E. J.: *Die Interdependenz ...*, op. cit., str. 31.

¹³² Jde o tzv. *MES (minimum efficient scale)*, srov. JANSEN, S. A.: op. cit., str. 73.

¹³³ Ačkoliv existuje řada empirických údajů (na některé z nich se odkazuje i v této knize), dokazujících, že většina fúzí k vyšší efektivnosti nevede. Potvrzují to i autoři reprezentativní monografie SCHULTE A KOL.: op. cit., str. 18.

jakými cestami se spojující subjekty těchto výhod chtějí dobrat. Rozlišují se¹³⁴ motivy

- strategické
- finanční
- osobní

Strategické motivy zahrnují především snahu o dosažení synergických efektů v důsledku fúze. Tyto efekty mohou být jak kvantitativní, tak kvalitativní.

Kvantitativní jsou především úspory z měřítka¹³⁵ (které se projevují jako snížení fixních nákladů vynaložených na větší rozsah produkce, díky čemuž nimž klesají dlouhodobě náklady vynaložené na jednotku produkce) a úspory z rozsahu (neboli ze spojení aktivit),¹³⁶ které mohou být docíleny díky soustředění a použití vstupních faktorů na produkci širšího sortimentu. Stažení určitých operací z trhu jejich přesměrováním dovnitř fúzovaného subjektu vede k odstranění řady tzv. transakčních nákladů (věcných, informačních, spojených s vyjednáváním a s přijímáním různých externích obchodních rozhodnutí – to se týká zejména fúzí vertikálních).¹³⁷ Zvýšení tržní moci podnikatele v důsledku fúze zvyšuje překážky vstupu na trh pro potenciální konkurenty, což zase umožňuje (přinejmenším krátkodobě) ziskovější (cenově agresivnější) chování podnikatele, aniž by to lákalo ke vstupu na trh potenciální konkurenty. Je jasné, že existuje přímá úměra (byť možná nikoliv lineární) mezi počtem aktivních subjektů na straně nabídky a závislostí jednotlivého nabízejícího na chování jiných nabízejících.¹³⁸ Oligopolizace jako důsledek koncentrace usnadňuje cenovou koordinaci bez nutnosti uzavírat cenové

¹³⁴ Přebírám typologii a její vysvětlení z WIRTZ, B. W.: *Mergers & Acquisitions Management*, Gabler, Wiesbaden 2003, str. 58 nsl.

¹³⁵ Tzv. *economies of scale*.

¹³⁶ Tzv. *economies of scope*.

¹³⁷ Srov. DENZEL, U.: *Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA*, Nomos, Baden-Baden 2004, str. 41.

¹³⁸ Srov. LINDER, B.: *Kollektive Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle*, Nomos, Baden-Baden 2005, str. 46. V této souvislosti je poněkud alibistické tvrdit, že „existuje-li konkurence, žádný ekonomický problém z tržní síly nevyplývá“ (srov. LIPKA, D. A KOL.: *Soutěžní politika*, Liberální institut, Praha 2005, str. 80). Ona tržní síla totiž vždy konkurenci snižuje a někdy dokonce vylučuje, takže z ní zásadně ekonomický problém vyplývá. Apodiktické tvrzení, že „...nemůže být z hlediska konkurence problémem ani žádná fúze (tamtéž, str. 36), pokud není problémem ani jednání ve shodě, ani dominantní postavení“, je svou přímočarostí až odzbrojující, ale nikoliv přesvědčivé. Jednání ve shodě a dominantní postavení totiž problémem z hlediska konkurence nepochybně jsou.

kartely, což též může zvyšovat zisk.¹³⁹ Cenové vůdcovství tržně silného subjektu zvyšuje pravděpodobnost paralelního chování. Někdy jsou fúze vedeny až samoučelnou snahou o zvyšování velikosti podniku a s předpokladem či očekáváním, že rentabilita kapitálu roste s vyšší tržní podíl.¹⁴⁰

Kvalitativní strategické efekty zahrnují např. časové úspory – při soustředění spojených aktivit v čase lze produkty a služby nabídnout rychleji nežli při jednotlivé aktivitě. Patří sem i zvýšení kvality produktu, dosažitelné právě v důsledku spojení aktivit účastníků fúze (byť třeba se stejnými či vyššími náklady a ve stejném či delším čase, pokud se vyšší kvalita setká s poptávkou a umožní požadovat na trhu vyšší cenu).

Mezi strategické motivy se řadí i tržní synergie (zvýšení tržní moci nebo rozšíření trhu, spojené s dodatečnými zisky) a snížení rizika na trhu prostřednictvím diverzifikace produkce, a tím menší závislosti celkových ekonomických výsledků koncentrovaného subjektu na jednom oboru či produktu. Jde o aplikaci „rizikového portfolia“ a optimalizaci dlouhodobého rozložení a zvládnání podnikatelského rizika. Za strategickou motivaci lze označit i snahu o zvýšení mezinárodní konkurenceschopnosti v důsledku spojení ve srovnání s se stavem před koncentrací. Hodnocení tohoto faktoru je sporné teoreticky i empiricky. Na jedné straně se dá tvrdit, že restrikce fúzí uvnitř státu znemožňují podnikatelům adekvátně se rozvinout v mezinárodním měřítku. Na straně druhé je stanovisko, že samotný soutěžní tlak na domácím trhu (v důsledku prosoutěžní struktury) vede společnosti ke konkurenceschopnosti i v mezinárodním měřítku, neboť je nutí ke zvyšování a zefektivňování výkonu. Konstatuje se, že podniky, které nesoutěží doma, zřídka uspějí v zahraničí.

Finanční motivy fúzí jsou krátkodobější a jednostranněji orientované než motivy strategické. Jde především o krátko- a střednědobé úvahy o zvýšení zisku nebo snížení daňové zátěže, založené na vývoji kapitálového trhu nebo daňového prostředí. Typická je „daňová optimalizace“ účetními přesuny v rámci koncernu v těch případech, kdy se umožňuje zdanění na úrovni celého koncernu. Fúze může usnadnit přístup na kapitálový trh, neboť může posílit disponibilní finanční zdroje, zvýšit kredibilitu podnikatele, a tím mj. atraktivnost jeho akcií.

Personální motivy se zdánlivě vymykají mikroekonomickému prospěchu a mají spíše psychologický charakter; nicméně k němu v důsledku stejně nepřímě směřují. Mezi tyto motivy se počítá především hypotéza „velkých očí“: manažeři se

¹³⁹ HEINEKE, T.: op. cit., str. 32.

¹⁴⁰ Jde o tzv. *Building-Empire-Strategy*.

občas přeceňují a ve snaze být ještě většími skupují bez důkladných ekonomických kalkulací konkurenty. Jde jim přitom o moc, prestiž a očekávání lepší odměny.

Tzv. manažerialistická hypotéza¹⁴¹ vychází z toho, že prestiž a pocit moci, které manažeři mají ve svém zaměstnání, závisejí nikoliv na ziskovosti jimi řízené společnosti, ale na její velikosti a na jejím růstu. Fúze k tomuto vnitřnímu uspokojení může přispět velmi účinně, neboť znamená mimořádně rychlý a skokový růst. Empiricky tato hypotéza potvrzena není, manažeři jsou odměňováni za ekonomické výsledky (ziskovost), a nikoliv za ukazatele velikosti společnosti. Variantou této hypotézy je tvrzení, že manažeři usilují o rozšíření zdrojů a o co nejefektivnější realokaci přebytečných prostředků, které získali v nově nabytém podniku,¹⁴² a to především jejich využitím na kapitálovém trhu. Motivem fúze může tedy být snaha manažerů o rychlé získání disponibilních finančních prostředků.

Ekonomická literatura uvádí mezi personálními motivy nabyvatelů i tzv. diversifikační hypotézu.¹⁴³ Její podstatou je zjištění, že manažeři nemohou diversifikovat svůj lidský kapitál ve stejné míře, v níž diversifikují svoje akciové portfolio, ale jsou osobně angažováni především nebo jediné v jediném – pro ně majetkově nejcennějším – podniku. Proto jsou jejich příjmy z ostatních podniků závislé na schopnostech a výkonu jiných zaměstnavatelů. To má vést manažery k zájmu o maximální diverzifikaci s cílem zmírnit zejména riziko úpadku. Fúze motivované především osobními pohnutkami nemusí vést k prospěchu všech akcionářů, který může být naopak zájmu manažerů obětován.

2.4.2. HLEDISKO ZÍSKÁVANÝCH ÚČASTNÍKŮ

Z tohoto pohledu se rozlišují motivy vlastnické a motivy podnikatelské. Vlastnickými motivy (typicky k prodeji podniku) mohou být:

- finanční nouze prodávajícího (zejména starší vlastníci nemají chuť a motivaci a ani dostatek perspektivy k dlouhodobějším reinvesticím prostředků a tak se od podnikání oddělují definitivním prodejem podniku, často za nízkou cenu)
- výhodnější alternativa investice vlastních prostředků, nežli jejich vázání ve stávajícím podniku

¹⁴¹ WIRTZ, B. W.: op. cit., str. 70.

¹⁴² Hovoří se o tzv. *Free-Cash-Flow* hypotéze.

¹⁴³ WIRTZ, B. W., op. cit., str. 71.

- profesionální vzestup (podnik je prodán silnějším se záměrem získat ve větším podniku významnější pracovní pozici)
- aktuální potřeba likvidity, resp. získání vložených a rozmnoužených finančních prostředků poté, co společnost s rizikovým kapitálem splnila úkol
- radikální vyřešení sporů mezi společníky (které mohou vzniknout například po vstupu nových společníků coby dědiců obchodních podílů dřívějších společníků);
- úprava nástupnictví (zejména u malých a středních rodinných podniků se prodejem řeší situace, kdy manažeři a vlastníci v jedné osobě opouštějí kvůli věku pozice, ale vlastní potomci nechťej nebo nemohou v podnikání pokračovat).

Podnikatelské motivy k prodeji jsou typicky tyto:

- nedostatek prostředků na růstové investice (prodej podniku finančně silnému investorovi může např. zajistit finance na nové technologie)
- odstranění zadluženosti (které může zajistit další přežití podniku)
- snížení kapitálových nákladů, ev. získání daňových výhod (pomocí fúze s kupujícím registrovaným na burze cenných papírů získá na ni přístup prodávající neregistrovaný na burze cenných papírů; z výhodnějších finančních podmínek může mít užitek i prodávající. Vhodná fúze podhodnoceného účastníka registrovaného na burze cenných papírů je výhodná pro oba partnery fúze)
- potřeba soustředění na klíčové oblasti (nedostatečná velikost)
- nová strategická podnikatelská orientace
- odchod mimořádně důležitého partnera (zejména v odvětvích High-Tech, kde podnikatelský úspěch mimořádně závisí na schopnostech personálu).

2.4.3. DŮVODY PROTI FÚZÍM

Přirozeným doplňkem výhod fúzí jsou některé nevýhody. Úporná snaha o úspory z rozsahu a měřítka se může zvrtnout v až přepjaté (a ve svých důsledcích nevhodné) měřítko.¹⁴⁴ Neúměrná velikost podnikatelského subjektu může vést k jeho obtížné kontrolovatelnosti a k růstu administrativních nákladů, k frikcím v důsledku střetu různých podnikatelských kultur (při přeshraničních fúzích).

¹⁴⁴ Hovoří se o „*X-inefficiency*“ nebo o tzv. „*diseconomies of scale*“, srov. SCHMIDT, I.: op. cit., str. 96 nsł.

Manažerské vedení (namísto vlastnického) může též snižovat efektivnost. Snížení nebo vyloučení soutěžního tlaku v důsledku fúze může zbavit nový subjekt účinného motivu ke snižování nákladovosti. Diversifikace produkce v zájmu dosažení úspor z rozsahu (*economies of scope*) se může negativně projevit v nákladech, zejména v důsledku byrokratizace řízení a pokud navazující výrobní fáze vyžadují různě optimální výrobní kapacity¹⁴⁵. Nepotvrdily se ani teze zvané „neoschumpetrovské“¹⁴⁶, že by existovala přímá úměra mezi velikostí podniku a jeho inovační schopností (téze I), resp. že ekonomická moc je výhodou pro technický pokrok (teze II). Mimořádné zisky po koncentraci sice umožňují tento druh investic, ale snížený soutěžní tlak je zase nepodporuje. Empirie potvrzuje, že tržní moc je pro inovační schopnosti podniku vhodná jen do určité prahové hranice, která leží v každém odvětví jinde. Volá se proto někdy poněkud paradoxně po hypotetické kombinaci monopolu a soutěže, která by byla pro inovace nejvhodnější. Dosavadní výzkumy nepotvrdily ani to, že by existoval mezi strukturou trhu a technickým pokrokem cílový konflikt (tedy „buď jedno nebo druhé“, resp. „kolik jednoho se obětuje ve prospěch druhého“), ani to, že by se v každé jednotlivém případě takový cílový konflikt dal spolehlivě vyloučit. Nebyl potvrzen ani cílový konflikt mezi strukturou trhu a vytvořením nebo zajištěním pracovních míst.¹⁴⁷

Fúze zkrátka nejsou podle empirických údajů nějakou rychlejší a jednodušší cestou k většímu podnikatelskému úspěchu.¹⁴⁸

2.5. KONCENTRACE A FUNKČNĚ BLÍZKÉ FORMY KOOPERACE

V rámci teorie řízení podniků i v rámci právní teorie se již delší dobu diskutuje o fenoménu tzv. strategických aliancí, jakožto o nové formě kooperační soutěžní strategie. Při zachování právní samostatnosti a hospodářské nezávislosti dochází k (i mezinárodní) výměně know-how a informací, ke společnému výzkumu a vývoji, k vypracování společných technologických standardů, ke společné výrobě a marketingu, ke společným distribučním službám, ke stanovování společných standardů, dokonce i k zakládání společných kooperativních podniků apod., takže může dojít i bez vynaložení kapitálu (a bez formální fúze) ke společnému uskuteč-

¹⁴⁵ SCHMIDT, I.: tamtéž, str. 101 a násl, Heineke: op. cit., str. 38.

¹⁴⁶ SCHMIDT, I.: ibid, str. 111 nsl.

¹⁴⁷ Podobně HEINEKE s odkazy na výzkumné zprávy v cit. práci na str. 48, 57.

¹⁴⁸ SCHMIDT, I.: op. cit., str. 107.

ňování strategických cílů. Nebezpečí soukromoprávního protekcionismu a kvazi-kartelizace mezinárodního obchodu je evidentní.¹⁴⁹ Zejména u propojené sítě takových aliancí se proto dovozuje, že je nutné (vzhledem ke koordinaci soutěžního chování, k možnosti zkrácení soutěže, rozdělení trhů a k jistému znehybnění struktury trhu) posouzení podle čl. 81 SES s uvážením výjimky ze zákazu dohod omezujících soutěž v jednotlivém případě.¹⁵⁰

Pojem strategické aliance není právě jednoznačný a původně se spojoval s multinacionálními společnostmi a s jejich snahou o dlouhodobé posílení nebo zajištění soutěžních pozic.¹⁵¹ Motivace jejich zakládání se v mnohém blíží motivaci fúzí. Někdy jsou tyto aliance předstupněm budoucí fúze a předcházejí jí jakoby „na zkoušku“. Nemusejí totiž být jen čistě kooperační povahy, ale mohou se zakládat i na činnosti společného podniku (joint-venture), která k této „zkoušce“ poskytuje vhodné podmínky. Uvádějí se zejména¹⁵² tyto různorodé motivy:

- přístup k technologiím
- nedostatek lidských a finančních zdrojů
- zkrácení cyklu výzkum – vývoj – výroba
- urychlení (usnadnění) přístupu na trh
- minimalizace riziky u výzkumně vývojových projektů
- přesun nákladových položek k variabilním nákladům

¹⁴⁹ Srov. např. NĚMEC, P.: *Strategií jsou strategická spojení*, Hospodářské noviny z 4. 12. 1997, str. 30, kde se konkurenti svěřují, že „je lepší mít po boku spolupracující firmu než konkurenta“ (šlo o spolupráci na třetích trzích). Je zřejmé, že šlo o hledisko těchto dvou spolupracujících „konkurentů“, a nikoliv o hledisko dlouhodobého prospěchu pro spotřebitele na onom třetím trhu. V článku NĚMEC, P.: *Strategická spojení mohou prokázat cestu*, Hospodářské noviny z 24. 9. 1998, str. 2, se konstatuje, že jedna česká a jedna německá společnost se dohodly o společném postupu, a to i na třetích trzích, v oblasti vývoje, konstrukce a výroby strojů pro povrchovou těžbu nerostných surovin. V úvahu přicházely i možnosti „koupit“ toho druhého, což by při zažitých pravidlech konkurenčního boje mohlo vést k zániku slabšího, který by zakrnil na pouhého dodavatele méně atraktivních, na vstupy vysoce náročných částí. Tato varianta byla zamítnuta a bylo rozhodnuto „spojit síly v celé šíři“.

¹⁵⁰ Srov. např. EBENROTH, C. T. – SCHICK, M.: *Vertikale strategische Allianzen und Allianznetzwerke im Europäischen Recht*, EWS 1994, č. 7, str. 217 nsl. GÖTZ, G.: *Strategische Allianzen: Die Beurteilung einer modernen Form der Unternehmenskooperation nach deutschem und europäischen Kartellrecht*, Nomos, Baden-Baden 1996. Za dnešního právního stavu by ovšem nešlo o výjimku individuální, ale o výjimku zákonnou nebo tzv. blokovou.

¹⁵¹ Srov. BACKHAUS, K. – PILTZ, K.: *Strategische Allianzen – eine neue Form kooperativen Wettbewerbs?* Zeitung für betriebswirtschaftliche Forschung, Sonderheft 1990, Nr. 27, str. 2.

¹⁵² Podle JANSEN, op. cit., str. 133.

- úspory z měřítka výroby (*economies of scale*)
- úspory z přenosu zkušeností, vzájemné učení
- lepší využití a řízení kapacit
- využití výhod globalizace i přítomnosti na místě
- změna chování na straně poptávky
- zablokování konkurentů, snížení soutěže
- obcházení překážek obchodu
- test pro budoucí fúzi, možný předstupeň nepřátelského převzetí
- prolínání technologií, vytváření standardů.

Strategické aliance a fúze jsou z určitého hlediska alternativami konkurenčního chování, které vsadilo na spolupráci místo boje. Výhod fúze lze jimi dosáhnout také, aniž jsou ovšem doprovázeny praktickou nevratností a (s tím spojenou) rizikovostí fúze a ztrátou korporátní identity. Nevýhody fúze ze soutěžního hlediska může ovšem strategická aliance způsobit rovněž, aniž by ovšem podléhala doзору a regulaci, které jsou vyhrazeny fúzím – tak např. mohou v důsledku uzavření strategické aliance vzniknout stejně škodlivé bariéry vstupu na trh jako v případě fúzí.

Spolupráce v rámci strategických aliancí má velmi blízko fúzím, ačkoliv se odehrává kooperativními (a nikoliv strukturálními) mechanismy. Aliance navenek působí i bez formálního statutu jako jediný organizačně-podnikatelský (nikoliv právní) subjekt. Hovoří se běžně o tom, že soutěž je se spoluprací kompatibilní a razí se dokonce nový pojem, který má tuto dvojjedinnost vyjádřit, tzv. *co-opetition*.¹⁵³

Kooperační síť je mnohem flexibilnější a prochází jen rozhodnutím svých účastníků, nepodléhá posuzování regulátora *ex ante* jako v případě fúze. Důvodem k zásahu *ex post* může být až chování účastníků aliance v rozporu se zákazem dohod omezujících soutěž, resp. v souvislosti se zákazem zneužití dominantního postavení, pokud by partneři v alianci měli tzv. kolektivní dominanci.

U zákazu dohod je navíc pravděpodobné využití obrany, že jde o dohodu, která spadá pod zákonné výjimky dohod omezujících soutěž, přinese-li strategická aliance *kumulativně* zlepšení výroby nebo distribuce nebo podporu technického či hospodářského pokroku s přiměřeným podílem spotřebitelů na výhodách z toho

¹⁵³ Jako složenina ze slov *cooperation* a *competition*. Srov. NALEBUFF, G. – BRANDERBURGUER, A.: *La Co-opétition*, Paris, Village Mondial, 1996 – cit. podle Leitáo, M. M. – Abrunhosa, A.: *Cooperative networking: bridging the cooperation – concentration gap*, ASCOLA Meeting, Firenze, 12. 11. 2004, nepublik. rukopis.

plynoucích, pokud přitom nedojde k omezením, která k dosažení těchto cílů nejsou nezbytná a nebude-li možné vyloučit aliancí soutěž ve vztahu k podstatné části výrobků tím dotčených.¹⁵⁴

Bude samozřejmě záležet na situaci v konkrétním případě, zda se aliance nachází spíše v rovině, kdy soutěž převažuje nad spoluprací, nebo v rovině opačné, či někde uprostřed mezi těmito polohami, a zda tedy využívá více metod tržní autoregulace nebo využívá prvků hierarchické struktury. Právo kontroly vertikálních dohod (ev. i právo proti zneužití dominantního postavení) a kontrola spojování tak do sebe mohou volně přecházet a nelze apriorně prohlásit, zda jde u strategické aliance o formu „soukromohospodářského protekcionismu“ či o „globální koordinaci zájmů velkých koncernů“¹⁵⁵ (to zejména u horizontálních aliancí) nebo o přijatelnou kooperaci s převládajícími kladnými národohospodářskými dopady. Hovoří se někdy metaforicky o hybridní či obojetné formě chování, která je obtížně zachytitelná nástroji kartelového práva, protože se nachází někde mezi fúzemi a koordinací soutěžního chování.¹⁵⁶

Prosoutěžní aliance je třeba připustit, protisoutěžní nikoliv.¹⁵⁷ Podobně jako u posuzování fúzí se zde budou střetávat různé zájmy, které bude nutno vyvažovat. Hrozí tu též nebezpečí kumulativního efektu sítí podobných aliancí, z nichž každá jednotlivě by nemusela být soutěžně problematická (podobně jako je tomu u sítí jednotlivých bagatelních kartelů). S velikostí a hospodářsko politickým vlivem účastníků aliance poroste i politizace jejího posuzování (paralela k fúzím je zřejmá) a tendence ke „specifické-mu“ odvětvovému přístupu.

To ovšem ohrožuje respekt k soutěži jako hlavnímu kritériu posuzování a může to dokonce vést k zatlačení soutěžní politiky ve prospěch jednostranně orientované sektorové hospodářské politiky (a nikoliv systémově – prosoutěžně orientované politiky ochrany soutěže).¹⁵⁸ Podobně jako u posuzování fúzí hrozí prosazování takových kritérií hodnocení aliancí, která jsou pro soutěžní podstatu irelevantní (souběh podnikatelských a státních systémových zájmů). Podobně jako u fúzí bude i u posuzování strategických aliancí velikost partnerů prvotním důvodem pro podrobnější zkoumání, ev. i pro vyslovení výhrad či omezení jejich činnosti. Konečně právně ekonomické hodnocení soutěžního dopadu by mělo být příkazem

¹⁵⁴ Srov. čl. 81 SES a obsahově shodné ustanovení § 3 odst. 4 českého ZOHS.

¹⁵⁵ Slova dlouholetého předsedy německého Bundeskartellamt, cit. podle Jansen: op. cit., str. 143.

¹⁵⁶ JANSEN, *ibid.*, str. 143.

¹⁵⁷ Tak GÖTZ, op. cit., str. 42.

¹⁵⁸ Srov. GÖTZ, op. cit., str. 214 nsl.

i u strategických aliancí bez ohledu na atraktivní a módní označení kooperace konkurentů zánovným pojmovým hávem, který nemůže být obranou ani omluvou pro eventuální závažné protisoutěžní dopady strategických aliancí.

2.6. KONCENTRACE NA OLIGOPOLNÍCH TRŽÍCH

Koncentrovanější trhy, které mohou přerůst až ve stav označovaný jako oligopol (málo soutěžitelů na nabídkové straně trhu) či oligopson (málo soutěžitelů na straně poptávkové), nejsou vůči dalším koncentračním tlakům imunní; pokračující koncentrace je z hlediska soutěžního v takových případech o to problematičtější a její přípustnost ještě spornější. Přitom právě oligopol se pokládá za nejčastěji se vyskytující tržní strukturu¹⁵⁹, takže i zamýšlené fúze se právě této struktury nejčastěji dotýkají. Soutěžní politika v ekonomicky rozvinutých státech má ve svém jádru – v kontrole struktury trhu – obzvláště obtížný úkol kontrolovat trhy oligopolní.

Oligopol (ať už v podobě či intenzitě širší nebo užší) vždy znamená snadno přehledný počet účastníků na trhu, jejichž chování vůči obě navzájem je na sobě závislé mnohem více než v polypolu. Jednoznačné kvantitativní hranice a kritéria pro určení oligopolního stavu trhu nelze vzhledem k množství rozhodujících faktorů stanovit. V odborné literatuře se nejčastěji píše o orientačním počtu dvou až pěti účastníků, resp. čtyř účastníků.¹⁶⁰

Na oligopolních tržích může panovat oligopolní smír, pokud se konkurenti zřikají soutěžního boje výměnou za koluzi, která neohrožuje jejich existenci a přináší výhody všem oligopolistům. Oligopolisté mezi sebou ovšem mohou vést i korektní konkurenční boj, který je ovšem vysilující a s nejistými vyhlídkami. V důsledku úspěchu v tomto boji může dojít interním růstem (který nepodléhá kontrole) k dalšímu zvýšení stupně koncentrace na příslušném trhu, což dále zvyšuje pravděpodobnost koluze mezi zbylými účastníky. Koluze může být nahrazena též externím růstem (spojením účastníků na trhu), a tedy dalším posílením dominance jednoho subjektu, dokonce až do stádia monopolu. To je samozřejmě selhání strukturální soutěžní politiky – ochrana hospodářské soutěže se pak musí redukovat pouze na kontrolu chování tržně silných subjektů.

¹⁵⁹ GIRSCH, B.: *Fusionskontrolle in konzentrierten Märkten*, Berliner Wissenschaftsverlag, Wien-Graz 2002, str. 11, 18.

¹⁶⁰ V Girschově cit. práci na str. 19 se odkazuje i na pravidlo „six are many – four are few“.

Koluzivní jednání uvnitř oligopolu je tajným srozuměním, jež je ovlivněno řadou faktorů. Mez nimi se uvádějí¹⁶¹ zejména:

- počet a tržní podíly jiných prodejců¹⁶². Přitom se odmítá snaha určit počet prodejců, mezi nimiž ještě je (nebo naopak už není) koluze možná, absolutními čísly. Je však zřejmé, že s poklesem počtu účastníků oligopolu klesá možnost utajit „podvádění“ a nerespektování koluze kýmkoliv z nich. Navíc jsou u úzkých monopolů základní parametry jednotlivých prodávajících (ceny, používané technologie, prodané objemy, zdroje zásobování i odbytové cesty) velmi transparentní. Význam má poměr velikosti jednotlivých oligopolistů navzájem. Velké rozdíly v ní znamenají odlišné zájmy i různou nákladovou strukturu, a tím i nižší pravděpodobnost vzniku i trvání koluze.
- Podmínky poptávky. U hromadných transakcí s anonymními kupujícími je utajení transakčních podmínek (a tím i porušení eventuální koluze) nemožné (srov. např. obchody se spotřebním zbožím s obrovským počtem anonymních transakcí). Naopak u ojedinelých transakcí (např. typu rozsáhlé a unikátní stavební či technologické smlouvy o díle) je pravděpodobnost koluze malá, protože podmínky jsou s těži srovnatelné. Možnost utajení jednotlivých obchodních podmínek zvyšuje nejen nízký počet transakcí, ale i účastníků na poptávkové straně.
- Institucionální vazby typu zájmového sdružení či oborového svazu výrobců koluzi usnadňují. Je to důsledek personálního propojení výrobců a svazů, spojeného s rozšířením informačních kanálů o důležitých soutěžních parametrech (ceny, množství, kapacity apod.) – transparentnost trhu se tím zvyšuje. Informační překážky koluze odstraňuje též vzájemná účast v rozhodujících a kontrolních či poradních orgánech výrobců a svazů.
- Elasticita poptávky na trhu jako celku zobrazuje míru, v níž na poptávkové straně existuje substituce z hlediska teritoriálního (jinde se dá koupit stejné zboží) i z pohledu předmětového (na tomtéž území lze koupit funkčně i cenově vyhovující jiný výrobek). Elasticita poptávky indikuje tedy intenzitu konkurenčních vztahů s dodavateli na (teritoriálně i věcně) sousedních trzích. S růstem této intenzity klesá pravděpodobnost koluze, neboť ta by vedla (např. při koluzivním zvýšení cen) k odlivu poptávky na ony sousední poptávkově elastické trhy; malá elasticita poptávky pravděpodobnost koluze zvyšuje.

¹⁶¹ Podle GIRSCH, B.: op. cit., str. 32 nsł.

¹⁶² ...Či kupujících analogicky u oligopsonu, jakožto „poptávkového monopolu“. Analogie samozřejmě platí pro oligopson i u dalších faktorů.

- Elasticita individuální poptávky a stejnorodost (homogenita) výrobků neovlivňují jednoznačně možnost koluze, na rozdíl od poptávky trhu. Individuální poptávková elasticita jednotlivého podniku vyjadřuje vztahy mezi konkurenty na jednom relevantním trhu. Mezi zaměnitelností výrobků a elasticitou individuální poptávky je přímá úměra. Tato snadná zaměnitelnost ovšem předpokládá stejnorodost výrobků (tedy nízkou výrobovou diferenciaci) a též transparentnost trhu (poptávající se musí snadno o substitučním produktu dozvědět, aby mohl transakci se substitutem provést). Homogenita výrobků je předpokladem koluze, různorodé produkty totiž umožňují různé ceny i další prodejní podmínky.
- Nevratné investice (označované též někdy jako „zapuštěné náklady“, *sunk costs*) ovlivňují jako součást nákladů možnosti koluze. Předpokládá se, že budou v určité době amortizovány (čím vyšší ony náklady jsou, tím delší doba je k tomu potřebná), což vede k nepružnosti nabídky, která se nemůže snadno přizpůsobovat poptávce, ale musí stávající poptávku uspokojit v zásadě těmi výrobky a technologiemi, do nichž byly nevratné investice vloženy – jinak by totiž investice byly ztraceny bez očekávaného užítku, právě kvůli němuž byly vynaloženy. Pokud podnik vloží investice do pořízení nadbytečných výrobních kapacit, má motivaci k vystoupení z koluze, která mu třeba blokuje zvýšení vlastního prodeje za vlastní (nižší) ceny než jsou ceny koluzivní. To by ovšem předpokládalo dlouhodobější perspektivu mimořádného zisku, protože z krátkodobé zisky by zapuštěné investice nedokázaly uměřit. S ohledem na toto riziko bude asi převládat tendence ke koluzi.
- Transparentnost trhu je zásadním kritériem při posuzování sklonu oligopolistů na trhu ke koluzivním postupům. Bez přístupu k řadě informací o cenách konkurentů, o odbytových kapacitách, poptávce, nákladech atp., není oligopolistické paralelní chování vůbec možné. Transparentnost trhu je důležitá i z hlediska trvání koluze, neboť umožňuje odhalit eventuální porušení koluze (*cheating*). Bez transparentnosti trhu je koluze možná jen jako důsledek explicitní kartelové dohody, ale nikoliv jako důsledek paralelismu. Koluze není tedy na trzích s nízkou transparentností dlouhodoběji udržitelná.
- Změny poptávky a technologický pokrok mohou výrazně ovlivnit rozhodování oligopolistů. Pokles poptávky působí proti koluzi, neboť nadbytečné kapacity nejsou kvůli onomu poklesu využity a zvyšují tak náklady výrobce, který se pokusí o zvýšení odbytu snížením ceny výrobků a o zvýšení zisku (snížení nákladů) vyšší úrovní obratu při nižších prodejních cenách.

Trhy zažívající pokles koluzi nepřejí, každý oligopolista se snaží zachránit především sám sebe, čemuž nejlépe slouží přizpůsobení ceny změněným podmínkám na trhu. Technologický pokrok slibuje změny v tržních podílech, v kvalitě výroby a v celkové efektivnosti činnosti ve prospěch toho, kdo jej zachytí a využije – oproti tomu nebude konservační koluze dostatečně motivující. S rychlostí a hloubkou změn v nabídce a poptávce na trhu obecně klesá sklon ke koluzi na příslušném trhu.

- Možnost spojení s jinými relevantními trhy ovlivňuje též možnost koluze. Vystupují-li podnikatelé na různých věcně relevantních trzích (protože mají diverzifikované výrobní portfólio), neposuzují se již tyto trhy (tzv. *multimarkets*) jako izolované. Na agresivní cenovou politiku na jednom trhu může totiž konkurent reagovat protiopatřením na jiném trhu. Toto propojení různých trhů přes tytéž výrobce udržuje cenovou úroveň a nedovoluje její ohrožení bojem o ceny. Kontakty podniků na různých trzích koluzi obecně napomáhají.

Fúze v oligopolních odvětvích (trzích) vytvářejí strukturální bariéru vstupu potenciálních konkurentů na trh, neboť zhoršují pro každého eventuálního zájemce o vstup podmínky nákladové (fúzovaný subjekt má úspory z měřítka, investoval již do tzv. zapuštěných nákladů), poptávkové (má informační a marketinkový předstih, ev. i stálejší zákaznický kmen...). Větší finanční síla a kapacitní možnosti po spojení silnějšího subjektu mu umožňují odrazovat zájemce o vstup nadbytečnou výrobní kapacitou, možnostmi cenového podbízení, produktové diferenciaci, většími schopnostmi vertikální integrace apod.

Problémy implicitní koluze v oligopolu pomáhá řešit kontrola fúzí způsobem *ex ante*, pokud se oligopolisté rozhodnou spojit. Redukce malého počtu soutěžících v oligopolu na jejich ještě menší počet v důsledku fúze mění ovšem strukturálně soutěžní prostředí, a to, že dříve tajně dosažená koordinace chování konkurentů je nahrazena explicitním chováním nyní již v rámci jednoho spojeného subjektu, není z hlediska ochrany soutěže žádnou útechou.

V oligopolním prostředí se funkční soutěži nedaří. Proto byla již v evropském nařízení o kontrole koncentrací podniků č. 4064/1989 možnost vytvoření nebo posílení dominantního postavení (které má v praxi často velmi blízko k oligopolu) uvedena jak důvod k nepovolení fúze. Nařízení č. 139/2004 s tímtež předmětem substantivní test změnilo (rozšířilo). Fúze nebude povolena, pokud by v jejím dů-

sledku došlo k podstatnému narušení účinné soutěže na společném trhu, zejména vytvořením nebo posílením dominantního postavení.¹⁶³

Kontrola fúzí slouží tedy i jako nástroj kontroly oligopolního ovládnutí trhu.¹⁶⁴ Přes přirozenou tendenci posuzovat i strukturu oligopolního trhu především podle kvantitativních ukazatelů (především podle velikostí tržních podílů a jejich symetrie či asymetrie), je nutno hodnotit i ukazatele kvalitativní, jako např. strukturu nákladů a investiční politiku. Tímto přístupem se vyznačují Návody Komise EU k hodnocení horizontálních fúzí.¹⁶⁵ Vymezují totiž nejen (kvantitativně) orientační hranice podílu na trhu a přírůstku tohoto podílu v důsledku fúze¹⁶⁶, ale uvádějí i kvalitativní měřítko pro hodnocení fúzí.

Fúze může snížit soutěž i mezi soutěžiteli na fúzi nezúčastněnými v důsledku nekoordinovaných dopadů – snížení soutěžního tlaku a zvýšení cen silnějším fúzujícím subjektem umožní i nezúčastněným zvýšit ceny. To se může stát i na oligopolních trzích, na nichž bude malá pravděpodobnost koordinace mezi oligopolisty.¹⁶⁷ Mezi takové kvalitativní faktory patří např. dřívější výrazně konkurenční vztah mezi nyní se spojujícími soutěžiteli, možnost účastníků fúze zabránit rozvoji konkurentů nebo eliminovat důležitý konkurenční faktor, jakým je třeba inovace (třeba při spojení mezi dvěma významnými inovačně zdatnými konkurenty).

Tzv. koordinované dopady fúze¹⁶⁸ mohou negativně ovlivnit soutěž zejména a právě na koncentrovaných trzích, neboť na nich fúze mohou zvýšit pravděpodobnost koordinovaného chování redukováním počtu konkurentů, a to i bez výslovných dohod nebo sladěných praktik. Již jen samotné snížení počtu soutěžitelů na trhu se považuje za okolnost usnadňující koordinaci jejich chování. Takové chování je fúzí usnadněno a může mít kvůli ní i trvalejší charakter. Nejpravděpodobnější je zvyšování cen nad soutěžní úroveň, omezování výroby, rozdělování trhu. Právě na oligopolních trzích bývají splněny předpoklady, za nichž je všeobecné srozumění o podmínkách koordinace snadné:¹⁶⁹

- dostatečná schopnost koordinujících se subjektů sledovat, zda se podmínky koordinace dodržují,

¹⁶³ Srov. čl. 2 odst. 2 Nařízení rady č. 139/2004 z 29. 1. 2004, OJ L 24 (the EC Merger Regulation).

¹⁶⁴ GIRSCH, op. cit., str. 147.

¹⁶⁵ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ 2004/C 21/03, z 5. února 2004.

¹⁶⁶ Guidelines, část III.

¹⁶⁷ Guidelines, bod 25.

¹⁶⁸ Guidelines, bod 39 nsl.

¹⁶⁹ Guidelines, bod 41.

- existence věrohodného odstrašujícího mechanismu, který může být aktivován při porušení podmínek některým z účastníků
- reakce vnějších osob (současných a potenciálních konkurentů nezúčastněných na koordinaci, jakož i spotřebitelů) není s to ohrozit očekávané výsledky koordinace.

Transparentnost oligopolního trhu (daná nepřímou úměrou k počtu účastníků soutěže na tomto trhu) umožňuje sledovat chování konkurentů a spolehlivě zjišťovat odchylky od koordinovaných podmínek, a tím též zvyšovat věrohodnost a účinnost odvetných opatření proti narušitelům, a to nikoliv nutně přijatých na tomtéž trhu (*multimarkets*).

V tzv. síťových odvětvích mají fúze zvláštní charakter. Jde o odvětví (*network industries*), jež charakterizuje komplexní propojení jejich účastníků, které je předpokladem funkčnosti, resp. efektivnosti systému (představa vzájemně izolovaných provozovatelů dílčích telekomunikačních sítí bez možnosti jejich vzájemného propojení může být přesvědčivým příkladem nesmyslnosti ev. požadavků na oddělení subjektů).

V síťových odvětvích se projevují síťové efekty: hodnota výrobku nebo služby závisí přímo úměrně na počtu uživatelů výrobku nebo služby. O přímou vazbu jde v případech, kdy hodnota výrobku je předurčena počtem účastníků sítě – např. u faxových přístrojů. Je možná též nepřímá korelace – tam, kde se výrobek stane dominantním a kde výrobci komplementárních výrobků (např. podnikatelé vyvíjející aplikační software píšou programy pro dominantní platformu) v podstatné míře investují své zdroje způsobem, který je použitelný jen s dominantním systémem. Na jedné straně je taková síť účinná a občas i nezbytná – na druhé straně může však zvýšit pravděpodobnost, že jeden subjekt po dosažení „kritického množství“ ovládne trh nebo si udrží tržní moc po značnou dobu.

Kvůli těmto a dalším rozdílům se občas tvrdí, že benevolence k tržně silným soutěžitelům a k využívání jejich tržní moci by měla být nutnou cenou za inovativní ekonomiku. Obrovské zisky a výnosy inovátorů se podle těchto názorů vyplatí.

Síťové efekty nevedou k protisoutěžním výsledkům automaticky – jen je snad činí (podobně jako je tomu u spojení soutěžitelů) pravděpodobnějšími. Širší i hlubší proniknutí do trhu v síťovém odvětví neznamena ještě nebezpečí monopolu a už vůbec ne jeho zabraňovací nebo vykořisťovatelské zneužití¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Konstatuje se naopak, že právě v sektoru mobilní telefonie, charakteristickém rozsáhlými sítěmi, získali později vstoupivší účastníci na trhu významné tržní pozice napříč Evropou.

Velikost sítě a struktura trhu mohou být i ošidné, neboť podléhají velmi dynamickým změnám. Rovněž samotné vymezení zasažených relevantních trhů může být v síťových odvětvích problémem a může spočívat na spekulativně teoretických odhadech vývoje. Jistě není cílem rozhodování o povolení spojení roztržitěná struktura trhu do takové míry, že by se síťové efekty neprojevíly na blahu spotřebitelů (kvalita a dostupnost služeb a výrobků za nízké ceny).¹⁷¹

Popírá se též, že by síťové efekty nutně musely vést k efektu „sněhové koule“ („*success breeds success*“). Přehnaně vysoké ceny nebo neschopnost uspokojit zákazníky mohou vést i k sestupné spirále. Srov. VELJANOVSKI, C.: E. C. *Antitrust in the New Economy*“ *Is the European Commission’s View of the Network Economy Right?*, E.C.L.R. 2001, Nr. 4, str. 116–117.

¹⁷¹ Souvisejícím otázkám se podrobněji věnuje 9. kapitola o fúzích a vyspělých technologiích.

3. FORMY SPOJENÍ

3.1. SPOJENÍ V ŠIRŠÍM A UŽŠÍM SMYSLU

Ekonomická teorie¹⁷² rozlišuje spojení v širším smyslu a v užším smyslu.

Pod spojeními v *širším* smyslu se rozumí různé druhy kooperace, jako jsou kooperace strategické (společné podniky a strategické aliance) a kooperace operativní (různá zájmová společenství, hospodářská sdružení, konsorcia a kartely). Jde o dobrovolnou spolupráci, při níž účastníci zůstávají právně samostatní a v oblastech mimo kooperaci též hospodářsky samostatní.

Spojení v *užším* smyslu, při nichž účastníci ztrácejí svoji hospodářskou (a fakultativně též právní) samostatnost zahrnují akvizice a koncernizace (formou změny v osobě majitele podílu – tzv. *share deal*, nebo v osobě majitele podniku nebo jeho části – tzv. *asset deal*) a fúze (*mergers*) ve formě převzetí či nového založení.

Česká i evropská právní úprava fúzí¹⁷³ se vztahuje na ona spojení v užším smyslu, ale rozšiřuje svoji působnost i na takové formy vlivu jednoho soutěžitele na jiného (rozhodující vliv – kontrola), které v ekonomickém pojetí spojení v užším smyslu zahrnuty nejsou.

3.2. POZITIVNÍ VYMEZENÍ

Koncentracemi podléhajícími posuzování ÚOHS (za předpokladu naplnění hranic zásahu, tedy při překročení zákonem stanovené hranice čistého obratu za uplynulý kalendářní rok¹⁷⁴) jsou následující situace¹⁷⁵, které vytvářejí trvalou strukturální změnu zúčastněných subjektů:

- fúze (sloučení nebo splynutí) dříve na trhu samostatně působících soutěžitelů. Jde o absorpci jednoho konkurenta druhým (sloučení) nebo o vznik (resp. nové založení) jednoho silnějšího subjektu namísto dvou či více slabších (splynutí, amalgamace).

¹⁷² Srov WIRTZ, op. cit., str. 13.

¹⁷³ Srov. § 12 ZOHS, čl. 3, odst. 1 Nař. ES. č. 139/2004 (EMCR).

¹⁷⁴ Srov. § 13 ZOHS.

¹⁷⁵ Patrně nejsystematičtější výklad této problematiky v češtině viz MUNKOVÁ, J. – SVOBODA, P. – KINDL, J.: *Soutěžní právo*, C. H. Beck, Praha 2006, str. 260 a násl.

- Nabytí podniku nebo části podniku (jakožto věci hromadné) jiného soutěžitele. Jde o případ tzv. akvizice (*asset deal*) a z hlediska soutěžně právního posuzování (možnosti vykonávat kontrolu nad jiným soutěžitelem) není rozdíl proti fúzi v užším smyslu důležitý. Význam to má především pro identifikaci subjektu, jehož obrat se bude zjišťovat pro určení hranice zásahu, a pro určení subjektu, který bude povinen spojení oznámit.

Musí se jednat o podnik nebo jeho část, tedy o podstatnou část majetku, jejíž převzetí umožňuje kontrolu chování dřívějšího majitele.¹⁷⁶ Ona „podstatnost“ se musí zkoumat v každém jednotlivém případě kvalitativně¹⁷⁷. Není důležité, zda ona podstatná část majetku (vyjádřená jako „část podniku“) tvoří či netvoří samostatnou organizační složku podniku. Důležité je, zda je této části přiřaditelný příslušný obrat dosahovaný prodejem zboží na relevantním trhu.

Prodej podniku je obvykle spojován se zákazem konkurence a může tak zasahovat i do oblasti dohod omezujících soutěž, není-li místně, časově a předmětově smluvně omezen na ospravedlnitelný rozsah¹⁷⁸.

- Nabytí možnosti přímé nebo nepřímé kontroly jiného soutěžitele podnikatelem nebo nepodnikatelem, který již alespoň jednoho soutěžitele kontroluje. To se může stát typicky nabytím obchodního podílu spojeného s většinou hlasovacích práv. Není vyloučena ani možnost nabytí kontroly i prostřednictvím minoritního podílu¹⁷⁹. Minoritní akcionáři mohou mít právo veta v některých strategických otázkách typu schvalování obchodních a investičních plánů, rozpočtu či závěrky, volby managementu, strategie technologie či vývoje¹⁸⁰ (srov. akcie se zvláštními hlasovacími právy). Absolutně menšinový akcionář může být třeba i největším akcionářem ve

¹⁷⁶ Bylo by např. absurdní nepokládat za spojení takový případ, kdy by jeden ze dvou stejně silných dopravců působících na relevantním trhu koupil od konkurenta všechny jeho provozní prostory (s výjimkou opravárenské dílny) a všechny jeho dopravní prostředky, přičemž by konkurent zůstal právně samostatný, ale působil by nadále jen na trhu oprav příslušných vozidel.

¹⁷⁷ Srov. EBEL/FUNKE: *Fusionskontrolle beim Unternehmenskauf*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2002, str. 74.

¹⁷⁸ Srov. judikát ESD Remia v. Komise, z 11. 7. 1985.

¹⁷⁹ Byl popsán případ, kdy i nabytí podílu ve výši 24,9% se považovalo za nabytí kontroly, protože s ním bylo spojeno i členství v radě, která mohla přijímat důležitá podnikatelská rozhodnutí jen jednomyslně. Srov. *Wirtschaft und Wettbewerb* 2005, Nr. 7–8, str. 810.

¹⁸⁰ Srov. *Commission notice on the concept of concentration under Council Regulation (EEC) No 4064/89 on the control of concentrations between undertakings*, OJ 1998 C 66/2, str. 5–13.

společnosti, pokud jsou ostatní akcie rozptýleny mezi velký počet drobných akcionářů. De facto je takový menšinový akcionář kontroly nad společností schopen. Menšinová akcionáři mohou využít kompenzační právní regulace, zajišťující akciovým minoritám preferenční zacházení, k omezení soutěže mezi nimi a jejich konkurenty¹⁸¹.

- Vznik společné kontroly nad soutěžitelem (společně kontrolovaný podnik, *joint-venture*), který dlouhodobě plní *všechny* funkce samostatné hospodářské jednotky. Pod tím se rozumí způsobilost společného podniku mít zdroje k trvalému výkonu všech funkcí, které na trhu vykonávají ostatní společnosti¹⁸². Není-li splněna podmínka plnohodnotnosti funkcí společného podniku, lze jej posuzovat jako dohodu o spolupráci, která podléhá posouzení podle pravidel o zákazu dohod omezujících soutěž (založí-li např. konkurenti společný odbytový nebo výzkumně vývojový podnik).

Klíčovým kritériem pro posouzení koncentrace (fúze) je možnost nabytí kontroly. Zabývá se jí v následující kapitole. Jen výjimečně (viz níže) se uplatňuje ex post kritérium jiné. Vymezení v Nařízení o fúzích 139/2004 je v zásadě obsahově shodné, přes formulační odlišnosti a samozřejmě přes odlišná obratová kritéria pro dosažení hranice zásahu (komunitární rozměr fúze). Z hlediska soutěžně politického, na něž se v této publikaci zaměřuji především, nepředstavují formy koncentrace zásadní problém, proto se zde o nich zmiňuji jen informativně¹⁸³.

3.3. NEGATIVNÍ VYMEZENÍ

Za spojení soutěžitelů se nepovažuje

- nekoncentrativní společný podnik (společný podnik neplní všechny funkce samostatné jednotky, aniž nutně obsahuje kartelové závadné prvky koordinací).

¹⁸¹ Evropská komise může podmínit schválení fúze požadavkem na stažení zástupců minorit z představenstva – srov. (včetně odkazů na příslušnou judikaturu) RITTER, L. – BRAUN, W.: *European Competition Law*, 3rd Ed., Kluwer Law International, 2004, str. 514.

¹⁸² Podrobněji NERUDA, R.: *Společný podnik jako spojení soutěžitelů z pohledu práva na ochranu hospodářské soutěže*, Právní rozhledy 2004, č. 1, str. 8 nsl.

¹⁸³ Systematicky o nich pojednávají např. RAUS, D. – NERUDA, R.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže, komentář*, 2. vyd., Linde, Praha 2006, nebo MUNKOVÁ, J. – SVOBODA, P. – KINDL, J.: *Soutěžní právo*, C. H. Beck, Praha 2006.

- Kvalifikovaná účast banky v právnické osobě po dobu tzv. záchranné operace (§ 12 odst. 7 ZOHS), a to zásadně po dobu nejvýše jednoho roku.
- Přechodné držení podílů jiného soutěžitele poskytovatelem investičních služeb s cílem dalšího prodeje těchto podílů, a to zásadně nejvýše po dobu jednoho roku. Pokud by šlo o držení podílů jiného soutěžitele v rámci finančních holdingových společností, byť by holdingová společnost vykonávala svůj vliv pouze s cílem maximalizovat hodnotu investice (a nikoliv určovat soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele)¹⁸⁴, není v českém právním režimu vyňata z působnosti regulace spojení soutěžitelů. Jednalo by se tedy zásadně – za splnění ostatních zákonných podmínek – i v takovém případě o spojení. Tato výjimka se uplatní pouze u spojení komunitárního rozměru.¹⁸⁵
- Přechod některých působností statutárních orgánů soutěžitele na osoby vykonávající činnost podle zvláštních předpisů (např. likvidátory a správce konkursní podstaty, nucené a vyrovnací správce...). Aplikace ZOHS v těchto případech by prakticky znemožnila naplnění účelu zvláštních režimů krizového řízení, které sleduje především zájmy konsolidace a zájmy ochrany věřitelů.

3.4. EXKURS O FÚZÍCH A OCHRANĚ INVESTORŮ

Prodej podniku nebo jeho podstatné části, stejně jako prodej obchodního podílu může mít – jakožto forma potenciální koncentrace – dopad nejen na hospodářskou soutěž, ale může ovlivnit i zájmy investorů na straně cílové společnosti, jakož

¹⁸⁴ Hovoří se o tzv. lucemburské klauzuli podle čl. 3 odst. 5 písm. c) ECMR.

¹⁸⁵ Z teoretického hlediska je zajímavé, že tzv. lucemburská klauzule nezakazuje výkon účelově určených hlasovacích práv kontrolující osobou v osobě kontrolované (podobně jako § 12 odst. 7, druhá věta ZOHS u přechodného držení podílů v kontrolovaném soutěžiteli). Tyto situace jakožto non-spojení soutěžitelů apriorně podléhat zákonu nebudou, ale posteriorně (pokud se zjistí, že výkon hlasovacích práv přesáhl účel prodeje podílů, resp. zajištění plné hodnoty investic) se mohou do režimu kontroly koncentrace dostat. Negativní vymezení tohoto typu je tedy jen podmíněným vynětím z regulace. Výkon hlasovacích práv v rozporu s jejich zákonem stanoveným účelovým určením by se tedy měl posuzovat (se všemi z toho plynoucími právními důsledky) jako uskutečnění spojení bez notifikace, resp. bez příslušného schválení, byť *ex ante* taková notifikace nebo schválení potřebné nebyly. Neuplatní se tedy v těchto případech obecná maxima kontroly fúzí, že totiž stačí pouhá možnost kontroly, ale zkoumá se *ex post* fakticita, zda tato možnost kontroly nepřekročila zákonem určené účelové vymezení.

o zájmy investorů na straně zájemce (prodávajícího). Vyváženost ochrany těchto protichůdných zájmů může být motivem pro investiční zájem kupujících i ochotu prodávajících. To už je soutěžně politicky velmi relevantní, neboť právní úprava takto ovlivňuje pohyb kapitálu a úroveň konkurence. Proto je vhodné uvést několik obecnějších poznámek¹⁸⁶ k tomuto problému.

Nákup a prodej podniku obecně podléhá podle českého práva všeobecné ochraně práv akcionářů, stejně jako každá jiná majetkově právní operace společnosti. Investoři (akcionáři) jsou chráněni pouze do té míry, do níž tato operace zvyšuje nebo snižuje jmění společnosti (a tedy hodnotu obchodního podílu každého akcionáře). Jestliže takové nákupy a prodeje podniku neprobíhají v souladu s příslušnými zákonnými požadavky péče řádného hospodáře, pak může investor buď uplatňovat nárok na náhradu škody, nebo prosazovat odpovídající personální změny ve vedení společnosti. To, co se v takových případech mění, je pouze kontrola společnosti nad vlastním jměním, a ne kontrola nad společností samotnou.

Přechodná situace může nastat, jestliže se prodej podniku používá jako zčásti sebepoškozující zbraň proti nepřátelskému převzetí. Tak se může společnost pokusit zbavit se své zvláštní přitažlivosti pro nepřátelské zájemce o své získání tím, že prodá podstatné složky majetku (*crown jewels*), na jejichž nákupu by mohli být potenciální zájemci obzvláště zainteresováni.¹⁸⁷ Takovýto prodej bude zpravidla vázán na odkládací podmínku převzetí (nepodporovaného představenstvem cílové společnosti), takže nabyvatel musí v případě úspěchu své nabídky převzetí počítat s úbytkem majetkových hodnot. To může nabyvatele demotivovat nebo odstrašovat, jestliže se přitom jedná o obzvláště cenné majetkové hodnoty (jako např. nejen některé celé vynikající provozy, ale i nehmotná majetková práva nebo účasti).¹⁸⁸

¹⁸⁶Vycházím z textu svého konferenčního vystoupení – BEJČEK, J.: *Ochrana investorů při převzetí podniku*, in TICHÝ, L. (ed.): *Fúze a akvizice v českém, evropském a německém právu – Mergers and Acquisitions im tschechischen, europäischen und deutschen Recht* (sborník ze stejnojmenného sympózia konaného v Mnichově), Universitas Carolina (sborníky 31) – Juristische Fakultät Ludwig-Maximilians-Universität München, Praha 2007, str. 92–136. Uvádím poznámky obecnějšího charakteru, které snad zůstávají platné i přes dynamické změny v právní úpravě nabídek převzetí, jež v mezidobí nastala.

¹⁸⁷Srov. HLAWATI, E., BIRKNER, A., GRAF, W.: *Abwehrmaßnahmen gegen Hostile Takeovers*, Ecolex 2000, Gesellschaftsrecht, str. 90.

¹⁸⁸Teoreticky myslitelný je dokonce rovněž nákup velice špatného podniku za nevýhodných podmínek pro kupujícího s odkládací podmínkou pro případ převzetí. Zde by se však akcionáři budoucí cílové společnosti chránili sami. Jim v první řadě nejde o to, aby byli ovládnuti konkrétním uchazečem, nýbrž o to, aby co nejlépe zhodnotili své vklady. Akcionáři by sotva souhlasili s odvrácením nepřátelského převzetí za každou cenu a polkli jedovatou pilulku ve formě znatelného snížení hodnoty akcií, jen aby zabránili převzetí. Jestliže půjde více o záj-

Rovněž není vyloučeno, že tzv. mimořádné obchody (včetně nákupu podniku) by mohly být blokovány předstíranými nabídkami převzetí konkurentů.¹⁸⁹

Jinak však jádro problematiky ochrany investora při převzetí podniku spočívá v převzetí (tj. ovládnutí) podniku jako subjektu podnikatelské činnosti, a ne předmětu právních vztahů¹⁹⁰.

3.4.1. NĚKTERÉ VŠEOBECNÉ OTÁZKY NABÍDEK PŘEVZETÍ

Převzetí podniku vlastně znamená přesun kontroly nad podnikem k zájemci (nabyvateli). To se z pohledu akcionářů silně podobá založení nové společnosti. Rozdíl mezi převzetím podniku a nucenou výměnou za zcela nový cenný papír často není tak velký. Rozhodnutí investora, zda svůj obchodní podíl prodá nebo ne, se velmi blíží jeho počátečnímu rozhodnutí, zda vlastně chce do společnosti investovat.¹⁹¹ V první řadě přirozeně nejde o složení akcionářů, nýbrž o co nejefektivnější alokaci kapitálu. Tu lze převzetím rovněž zlepšit. Skutečnost, zda se jedná o tzv. nepřátelské převzetí, nesouvisí se zhodnocením kapitálu, nýbrž pouze se souhlasem představenstva cílové společnosti. V centru právně politických úvah by měl být nikoliv zájem managementu, nýbrž zájem o optimální alokaci kapitálu a jeho zhodnocení. Ani právní úprava nemá být výsledkem lobbistických manévru na objednávku manažera, jejichž účinek spočívá vlastně jen (nebo převážně) ve zpomalení procesu převzetí.

my managementu cílové společnosti než o zájmy akcionářů, pak platí pravidlo, že si akcionáři musí umět vyhledat to správné představenstvo, a ne představenstvo takové akcionáře, kteří jsou mu vhod. Na druhé straně je představenstvo povinno odvracet škody, které by mohly vzniknout podniku, přičemž takové škody se lze obávat v případě, že se podnik dostane do rukou špatných akcionářů – srov. MERTENS, H.-J.: *Förderung von, Schutz vor, Zwang zu Übernahmeangeboten*, AG 1990, č. 6, str. 258.

¹⁸⁹ Tamtéž, str. 259.

¹⁹⁰ Na tomto příkladě můžeme demonstrovat nebezpečnost terminologické pasti, jak již bylo zdůrazněno dříve (srov. TICHÝ, L. – ed.: *Entwicklung des Rechts der Handelsgesellschaften*, Universita Karlova, Praha 2002, str. 8). Česká legislativa tvrdšíjně trvá na slově *podnik*, který se používá pouze pro předmět právních vztahů, aby se odlišila od tzv. socialistické terminologie. Souhlasím s tím, že by mohlo být mnohem jednodušší a smysluplnější, kdyby toto slovo, stejně jako v německém právu, kde nezpůsobuje žádné problémy, mohlo naplnit oba obsahy (právní subjekt i předmět práva). Souvisí to rovněž s terminologickou kompatibilitou českého práva s právem Unie. Podobný problém vlastně existuje již dlouho v českém kartelovém právu, kde se používá specifický termín *soutěžitel*, jen aby bylo možno vyhnout se termínu *podnik*, který je zaveden v celé EU.

¹⁹¹ Srov. CLARK, R. C.: *Firemní právo*, Victoria Publishing, Praha 1992, str. 657.

Z právně politického hlediska se převzetí pokládá zejména za nástroj výměny slabých představenstev cílových společností za lépe hospodařící vedení společnosti za účelem ochrany drobných akcionářů a zvýšení mobility kapitálu.¹⁹² Empirické výzkumy jsou zdrženlivější – ukazují, že vzrůst hodnoty nabyvatelů je takřka nulový a často záporný, zatímco hodnota cílové společnosti roste výrazně. Zdá se, že pro nabyvatele a cílovou společnost společně dochází ke zvýšení hodnoty podmíněnému převzetím.¹⁹³

Jinými slovy řečeno, může dojít k transferu zisku z nabízející společnosti na společnost cílovou. Z toho vyplývá, že ochranu potřebují nejen akcionáři cílové společnosti, ale i společnosti nabízející. Dalším důvodem k ní je mj. možnost vedení společnosti obohatit se na úkor společníků. Ochrana akcionářů na straně nabízející však nesmí bránit soutěži uchazečů o nejvýhodnější nabídku na převzetí. Protože akcionáři jsou v důsledku svých snah o co nejlepší zhodnocení svých kapitálových vkladů přirozeně zcela oportunističtí (tj. flexibilní), musí právní regulace upravující převzetí usilovat zejména o stejný přístup k akcionářům, o možnost – pro akcionáře výhodného – vystoupení¹⁹⁴, a o podporu soutěže mezi uchazeči o převzetí.

Ochranný charakter práva nabídek převzetí (podobně jako práva koncernového¹⁹⁵) je nesporný. Právní úprava nabídek převzetí představuje důsledné pokračování zásadní akceptace faktického koncernu a je součástí ochranných opatření, zejména ve prospěch akcionářů cílové společnosti¹⁹⁶. Hovoří se zde též o možné kombinaci koncernové právní ochrany „*ex post*“ s ochranou „*ex ante*“ na

¹⁹² Srov. SCHMIDT, H., PRIGGE, S.: *Das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz*, Universität Hamburg, Institut für Kapitalverkehr, 2002, str. 2 a násl.

¹⁹³ Tamtéž.

¹⁹⁴ Schmidt a Prigge upozorňují na skutečnost (tamtéž, str. 17), že se drobní akcionáři mohou ocitnout ve „věžňově dilematu“. Aby po převzetí nezůstali drobní akcionáři v nevýhodném minoritním postavení, raději přijmou nabídku na převzetí, kterou by jediný akcionář se stejně velkým počtem akcií odmítl.

¹⁹⁵ K tomu FASTRICH, L. S.: *Verlustausgleich und Haftung in Aktienkonzernrecht*, v cit. práci TICHÝ, L. – ed.: *Entwicklung des Rechts der Handelsgesellschaften*, str. 93 a násl.

¹⁹⁶ Hopt k tomu uvádí: „Investor je jistě chráněn lépe, jestliže se pomocí povinné nabídky může vyhnout rizikům, kterým se koncernové právo může vyhnout až později a jen s velkou nejistotou a nezanedbatelně vynaloženým časem. A právě z tohoto důvodu by povinná nabídka měla být na rozvinutém kapitálovém trhu z funkčního hlediska adekvátnější než koncernové právo.“ Srov. HOPT, K.: *Europäisches und deutsches Übernahmerecht*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 161. Bd. (1997), str. 388.

základě systému povinné nabídky ve fázi vytváření koncernu¹⁹⁷. Souvztažnost obou oblastí lze vyjádřit tak, že¹⁹⁸ „pokud existuje účinný systém právní ochrany ve prospěch minoritních akcionářů, pak má vstupní koncernová kontrola ve formě povinných nabídek potenciálně menší význam.“

Právo upravující převzetí obecně vychází z několika základních principů¹⁹⁹:

- Právo na informace adresátů nabídky (včetně vedení společnosti) má zaručit, že mohou odborně (při plné věcné znalosti situace) rozhodovat o nabídce²⁰⁰.
- Právní postavení majitelů akcií, zaměstnanců, managementu a věřitelů cílové společnosti je ovlivněno tím, zda se jedná o nepřátelské nebo přátelské převzetí.
- Během přípravy a realizace nabídky na převzetí je třeba zabránit zneužití důvěrných informací a nežádoucímu ovlivnění kapitálového trhu (zejména spekulacím s ohledem na průběžné změny kurzu cenných papírů). Z tohoto důvodu je třeba garantovat maximální publicitu a státní kontrolu nebo alespoň samoregulaci nabídky na převzetí.
- Je třeba zajistit, aby cena nabídky byla přiměřená. Adresáti nabídky jsou sotva schopni sami rozhodnout, zda je cena přiměřená a zda je v souladu se zásadou stejného zacházení (rovného přístupu).
- Cílové společnosti a jejímu představenstvu je třeba uložit určité povinnosti. Zejména je třeba zakázat takové jednání, kterým by mohlo dojít ke zmaření

¹⁹⁷ Těž TICHÝ, L., SALAČ, J.: *Das neue tschechische Konzernrecht im Vergleich mit der deutschen Regelung und dem Entwurf der 13. Richtlinie*, v: HOPT, K., JESSEL-HOLST, CH., PISTOR, K. (edit.): *Unternehmensgruppen in mittel- und osteuropäischen Ländern*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, str. 314.

¹⁹⁸ LETZEL, H.-J.: *Das Pflichtangebot nach dem Übernahmekodex – mit Vorausschau auf das Pflichtangebot nach dem ÜBG, NZG 2001*, č. 6, str. 261.

¹⁹⁹ Srov. např. RAISER, T.: *Recht der Kapitalgesellschaften*, 3.A., Verlag Franz Vahlen, München 2001, str. 76 a násl., SERVATIUS, W.: *Die Konzernbildungskontrolle im deutschen Recht*, in TICHÝ, L. – ed.: *Entwicklung des Rechts der Handelsgesellschaften*, str. 146 a násl., DĚDIČ, J.: *Schutz der Aktionäre durch das Übernahmeangebot*, Sammelband IX. Karlsbader Juristentage, Linde, Praha 1999, str. 115 a násl., DĚDIČ, J., BUČKOVÁ, I.: *Právní úprava take-over v České republice*, Právní rozhledy 1999, č. 2.

²⁰⁰ „Informační povinnosti se pokládají za jádro jakéhokoliv práva týkajícího se převzetí – primárně na straně zájemce, sekundárně však též na straně cílové společnosti. Legislativci se v oblasti převzetí nespolehají jen na důvěru v trh, konkurenci a mechanismy dobré pověsti, že budou bránit chybným informacím, a místo toho sází na závazné úpravy obsahu a ručení“ – viz HOPT, K.: *Übernahmen, Geheimhaltung, und Interessenkonflikte: Probleme für Vorstände, Aufsichtsräte und Banken*, ZGR 2002, č. 3, str. 352.

nabídky na převzetí nebo kterým by mohlo dojít k poškození navrhovatelů po ukončení převzetí. Dále se vyžaduje odůvodněné stanovisko představenstva cílové společnosti k nabídce z hlediska společnosti, akcionářů, věřitelů a zaměstnanců. Řídící a správní orgány cílové společnosti musí při svém postupu zohledňovat veškeré zájmy společnosti, včetně zaměstnanců.

- Je třeba zajistit ochranu zbylých minoritních akcionářů v cílové společnosti po převzetí. K tomu slouží např. odpovídající koncernově právní ustanovení o právech a o postavení minoritních akcionářů²⁰¹.
- Je třeba zajistit soutěž nabídek, aby bylo možno vytvořit ty nejlepší podmínky pro cílovou společnost a pro co nejširší možnosti alokace kapitálu.
- Procesní pravidla pro nabídku převzetí musí být rychlá a efektivní, aby se zabránilo nežádoucím zásahům do cílové společnosti, kapitálového trhu a činnosti investorů. Cílová společnost nesmí být příliš dlouho destabilizována a zatěžována nabídkou na převzetí.
- Ke všem majitelům podílových papírů cílové společnosti, kteří jsou ve stejných vztazích, je třeba přistupovat stejně (zejména při tvorbě ceny).

Považuji za užitečné rozlišovat ochranu investora na nabízející straně a ochranu investora na straně cílové společnosti. V právní úpravě se mj. jedná o zvládnutí střetu zájmů investora na straně navrhovatele se zájmy investora cílové společnosti. K tomu přistupuje rovněž dodatečné napětí mezi principem stejného přístupu k akcionářům a jeho „proděravěním“ zásadou ochrany minoritních akcionářů.

Obvyklý důraz kladený na ochranu investora (akcionáře) cílové společnosti může někdy zastírat okolnost, že rovněž investoři (akcionáři) nabízející společnosti mohou být ohroženi a poškozeni neodůvodněnou touhou vlastního managementu po převzetí. Ochrana investorů na této straně a na této úrovni se děje převážně formou odpovědnosti a ručení představenstva a dozorčí rady²⁰². Příliš vysoké trans-

²⁰¹ Je však diskutabilní, zda lze minoritního akcionáře po nevyužití nabídky na převzetí ještě považovat za nějak obzvláště hodného ochrany. Podnikl přece vědomě vstup do faktického koncernu se všemi s tím souvisejícími riziky a odmítl vystoupení ze společnosti s prémiovou cenou (srov. SERVATIUS, W.: cit. práce, str. 148). Již dříve bylo ostatně zdůrazňováno, že „představu učinit z veřejného převzetí povinnost, aby se podpořilo odstranění minorit, protože je obtížné je chránit proti většině, nelze vlastně sprovodit ze světa jen jako výplod byrokratického myšlení“ (srov. MERTENS, H.-J.: op. cit., str. 257). Garantovaná možnost vystoupení s prémiovými podmínkami je pravděpodobně tou nejlepší ochranou potenciálních minoritních akcionářů.

²⁰² Blíže viz BEJČEK, J.: *Principy odpovědnosti statutárních a dozorčích orgánů kapitálových společností*, Právní rozhledy 2007, č. 16.

akční náklady a nízké zisky z akviziční činnosti nabízející společnosti lze řešit obchodně-strategickými rozhodnutími společnosti. Záleží na úvaze nabízející společnosti, zda se raději stane společností cílovou²⁰³.

Přirozeně i navrhovatele můžeme vidět jako „institucionálního“ investora a můžeme brát v potaz jeho ochranu při převzetí podniku, aniž bychom brali v úvahu postavení jeho vlastních akcionářů.

Ve všech případech se jedná o ochranu investora, a nikoliv o ochranu jednatelů nebo představenstva. Zejména u nepřátelského převzetí často dochází k příkrému střetu zájmů cílové společnosti a jejích jednatelů. Jedná se přece o ohrožení jejich vedoucích pozic a s nimi spojených požitků. Nepřátelskému útoku lze přece jen zabránit „velkorysou“ angažovaností cílové společnosti ve prospěch důležitých vůdců útočníka.²⁰⁴ Zhodnocení akcií cílové společnosti, ačkoli by to bylo velice pravděpodobné, není pak v této konstelaci příliš motivující. Jednatelé mohou též naopak investovat prostředky cílové společnosti jako „úplatek“ jednatelům budoucího navrhovatele, aby si vynutili převzetí – za podmínky pro ně osobně výhodných, pro společnost však škodlivých. I na straně navrhovatele může dojít ke střetu zájmů vedení a společnosti. Úplatní manažeři uchazeče by mohli zachraňovat i takovou cílovou společnost, která znamená jistou ztrátu nabízející společnosti (avšak osobní zisk pro její manažery).

3.4.2. OCHRANA INVESTORŮ NA STRANĚ CÍLOVÉ SPOLEČNOSTI (OCHRANA INVESTIC AKCIONÁŘŮ)...

předpokládá dodržení několika základních požadavků. Jde o:

– Časové omezení nejistoty

Každá zamýšlená změna ve struktuře akcionářů cílové společnosti vede k nejistotám, které nejsou cílové společnosti vůbec ku prospěchu. Kromě toho jsou zde ještě zákonná omezení v činnostech cílové společnosti, která by mohla zmařit nebo ztížit převzetí. Z tohoto důvodu musí být lhůta pro závaznost nabídky převzetí omezena přiměřeným spodním i horním limitem a prodloužení, ani zkrácení (posunutí dopředu nebo zpět) nabytí účinnosti nabídky se tradičně zakazovalo.

²⁰³ Již R. C. Clark (ve výše uvedeném díle, str. 650) upozornil na skutečnost, že investoři cílové společnosti získají z pokusů o převzetí podstatně víc než investoři nabízející společnosti, budou-li pokusy úspěšné.

²⁰⁴ Srov. CLARK, R. C., cit. práce, str. 707 a násl.

Tato úprava chrání nejen cílovou společnost jako takovou, nýbrž též akcionáře, kteří tak mají dost času, aby se rozhodli pro prodej akcií. Nepřímo jsou chráněni i věřitelé, protože ve společnosti nemohou nastat žádné neočekávané otřesy.

– Zabránění odstupňovaným nabídkám

V případě tzv. odstupňované nabídky²⁰⁵ se na začátku lhůty pro nabídku nejprve poskytne relativně úsporně stanovená prémie na hodnotu cenných papírů cílové společnosti. Poté, co budou cenné papíry cílové společnosti za tuto cenu již nakoupeny, bude následně cena zvýšena, aby se tím přiměli další majitelé cenných papírů cílové společnosti k přijetí nabídky převzetí (tzv. *back and loaded offer*). To podstatně narušuje rovný přístup k akcionářům v neprospěch ochotných prodávajících a ve prospěch těch, kteří jsou vypočítavější. Proto u nás platí princip, že musí být pro všechny zájemce stejná cena za jeden účastnický cenný papír nebo druh, formu nebo podobu, případně stejný směnný poměr cenných papírů, které mají být za účastnické cenné papíry směnny. Nabídka převzetí má obsahovat i uvedení metod, podle kterých byla stanovena cena nebo směnný poměr.

Přirozeně může nastat zcela opačná situace²⁰⁶ v případě, kdy navrhovatel předloží nabídku převzetí za docela dobrou cenu, čímž získá kontrolu nad cílovou společností. Zbytek akcií může získat později za nižší cenu při tzv. „odstavné“ nebo „čisticí fúzi“. Narušení stejného přístupu a deformace volby akcionářů jsou rovněž nasnadě.

– Ochrana soutěže na straně uchazeče (navrhovatele)

Nenahraditelnou metodu ochrany cílové společnosti představuje udržení soutěže na straně navrhovatele (*market for corporate control*). K tomu obvykle slouží zejména možnost předložit konkurenční nabídku převzetí (tj. nabídku jiného navrhovatele v rámci závazné lhůty původní nabídky převzetí), přípuštění vylepšené nabídky převzetí původního navrhovatele a s tím spojená základní možnost akcionářů cílové společnosti přijetí nabídky převzetí odvolat, dokud nebude uzavřena smlouva, a dále možnost od již uzavřené smlouvy odstoupit, která trvá, dokud nevyprší závazná lhůta nabídky převzetí.

²⁰⁵ Srov. RIEHMER, K., SCHRÖDER, O.: *Praktische Aspekte bei der Planung, Durchführung und Abwicklung eines Übernahmeangebots*, Betriebsberater, 2001, č. 20, příloha 5, str. 12 a násl.

²⁰⁶ Srov. CLARK, cit. práce, str. 654.

Konkurenční nabídka převzetí nesmí být učiněna jen „naoko“. Zákony obvykle stanoví, že nabídka přesahující cenu původní nabídky ji musí převyšovat alespoň o určité procento. To platí i pro původního navrhovatele, který zvýší během závaznosti konkurenční nabídky svou cenu. Tak jsou chráněni nejen investoři v cílové společnosti, nýbrž se napomáhá i dosažení kontroly v cílové společnosti.

– Práva na odstoupení

Akční prostor zájemce by mohl být spekulativně rozšířen (a ochrana investorů v cílové společnosti zhoršena) tím, že zájemce neučiní nabídku převzetí, nýbrž pouhé *invitatio ad offerendum*²⁰⁷. Tak by podle některých názorů bylo možno vyhnout se zákonné úpravě nabídek převzetí. Navrhovatel by měl chránit veškeré účastníky trhu před předčasnými (a možná též lichými) nabídkovými signály.

V případě řádné nabídky převzetí si smí navrhovatel vyhradit právo odstoupení nebo změny nabídky, jestliže to bylo v nabídce výslovně uvedeno. To však smí být pouze ze závažného důvodu a zásadně ne poté (nejedná-li se o zvýšení vyžádané částky nebo směnného poměru nebo o zlepšení ostatních podmínek prodeje pro zájemce), co bylo zájemci doručeno první přijetí nabídky. To posiluje ochranu investorů (majitelů cenných papírů) cílové společnosti. Zásadní zákaz vzít nabídku převzetí zpět nebo ji měnit se interpretoval tak, že navrhovatel nesmí odstoupit ani od smluv uzavřených během lhůty vázanosti nabídkou převzetí²⁰⁸.

Každý, kdo nabídku převzetí přijal, je zásadně oprávněn ji písemně odvolat, dokud nedojde k uzavření smlouvy.

– Povinnosti orgánů cílové společnosti k součinnosti

Navrhovatel by měl sdělit svůj záměr převzetí (tj. usnesení orgánů společnosti uchazeče) v krátké lhůtě představenstvu a dozorčí radě cílové společnosti. a měl by dodat řádně strukturovanou nabídku po schválení příslušnými orgány uchazeče cílové společnosti, což v podstatě vylučuje jakákoli překvapení v cílové společnosti.

Potom jsou investoři v cílové společnosti mj. chráněni zákazem platným vůči členům představenstva a dozorčí rady provádět jakákoli opatření, která by mohla vést k tomu, že akcionáři nebudou mít šanci rozhodnout o nabídce převzetí svobodně a s věcnými znalostmi. Do zveřejnění výsledku nabídky převzetí se rovněž

²⁰⁷ Podobně RIEHMER – SCHRÖDER, výše cit. práce, str. 6.

²⁰⁸ Srov. ČECH, P., in DĚDIČ, J. a kol.: *Obchodní zákoník, komentář*. III. díl, Polygon, Praha 2002, str. 1870.

musí zdržet veškerých jednání, která by mohla nabídku zmařit nebo ztížit, a jsou dále povinni vypracovat odůvodněné stanovisko (a doručit je uchazeči) k nabídce převzetí z hlediska zájmů vlastních akcionářů, zaměstnanců a věřitelů.

– Průhledná struktura

Vznik faktického koncernu může být někdy velice skrytý a nenápadný, zejména v případě diversifikované struktury všech (nebo většiny) hlasů ve společnosti. Malí akcionáři obvykle nemají o výkon hlasovacích práv příliš velký zájem a pak stačí velice málo k tomu, aby taková společnost byla ovlivňována poměrně malým počtem koncentrovaných hlasů.

Tak může dojít k ohrožení práv rozptýlených drobných akcionářů. Vznikající koncern se může stát „otevřenou hrou“ díky informační povinnosti, takže zbylí akcionáři nebo vně stojící investoři mohou včas reagovat. Ochrana transparentnosti je přirozeně dvousečná zbraň. Na jedné straně vylučuje nepozorované převzetí až k hranici ovládnutí; zároveň však připravuje uchazeče o výhody informačního náskoku a prodražuje převzetí. To může vést až k ohrožení převzetí a co neefektivnější alokace kapitálu. Proti tomu stojí argument ochrany minoritních akcionářů, který naopak motivuje (drobnější) investory ke vkládání kapitálu.

– Informační neutralita

Neinformovaní majitelé účastnických cenných papírů (investoři) nebo společnost samotná mohou být poškozeni tím, že šíření informací o úmyslu nebo povinnosti učinit nabídku převzetí bude předčasné nebo nestejné. Je třeba zabránit zneužívání důvěrných informací a vyloučit, popř. alespoň ztížit spekulace s kurzem cenných papírů na veřejném trhu. Ochrana uchazečů přichází rovněž v úvahu, protože předčasné šíření informací o nabídce převzetí zvyšuje šance konkurence vypracovat konkurenční nabídku na převzetí.

Proto se navrhovateli ukládají povinnosti provést taková opatření, aby zabránili předčasnému a nerovnoměrnému šíření informací o svém úmyslu předložit nabídku převzetí (mj. poučit zasvěcené osoby o zákazu zneužívání důvěrných informací a provést požadovaná organizační opatření, aby se zabránilo využívání těchto informací a kontrolovat, zda k nějakému zneužívání nedochází).

Členové představenstva a dozorčí rady cílové společnosti by ve vztahu k informacím získaným od uchazeče v souvislosti s nabídkou měli být zásadně vázáni povinností mlčenlivosti, a to až do zveřejnění nabídky.

– Úřední dozor nad veřejným zájmem

Státní zásah má především garantovat ochranu veřejného zájmu. Ochrana veřejného zájmu s ohledem na stabilitu kapitálového trhu je komplementární s ochranou investorů v cílové společnosti. Preventivní úřední dozor však nejenže se může doplňovat se zájmem investorů v cílové společnosti, nýbrž s ním může být někdy i v rozporu, protože státem chráněné zájmy mohou být nezřídka odlišné od zájmů soukromých.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže udělí předběžný souhlas, jestliže jsou navrhovatel a cílová společnost v postavení konkurentů a jestliže se přitom dosáhne předepsaných prahů obratu. Nákup účastnických cenných papírů, který při dosažení absolutních hodnot obratových prahů umožňuje výkon kontroly nad podnikem druhého konkurenta, je považován za podnikovou koncentraci.

3.4.3. OCHRANA INVESTORŮ NA STRANĚ NAVRHOVATELE

Ochranný účinek ve prospěch navrhovatele je přirozeně komplementárním doplňkem právní úpravy na ochranu investora v cílové společnosti a jiných zainteresovaných subjektů z pohledu spravedlivého vyvažování zájmů. Ochranný efekt, v centru jehož pozornosti je akcionář cílové společnosti, působí na základě stanovených podmínek i na protistranu a naopak, samozřejmě při zohlednění veřejného zájmu. Tak je třeba chápat i předchozí subkapitolky. Nicméně lze snad přece jen uměle „vypreparovat“ některé principy, jejichž normování slouží převážně k ochraně navrhovatele jako budoucího investora:

– Problém zvaný „velké oči“

Chybná investiční politika navrhovatele vede obecně k odpovídajícím personálním opatřením v orgánech společnosti a k nástupu zákonné odpovědnosti či ručení členů představenstva a dozorčí rady.

Podle některých názorů jsou převzetí následkem pýchy. K nabídkám převzetí dochází proto, že vedení přebírající společnosti neupravilo svá náhodná přecenění případných synergických efektů a zisků z restrukturalizací směrem dolů. Pak dochází k přesunu majetku, ke ztrátě na straně vlastních akcionářů a k ziskům akcionářů cílové společnosti. V této teorii²⁰⁹ ztrácí přebírající společnost jasnou po-

²⁰⁹ ROLL, R.: *The Hubris Hypothesis of Corporate Takeovers*, v: *Journal of Business*, 59. roč. (1986), str. 197–216 – převzato včetně následně charakteristiky mínění SCHMIDT, H. – PRIGGE, S., práce cit. výše, str. 4 a násl.

dobu. Přebírající společnost a její představenstvo zachází (byť nesporně s těmi nejlepšími úmysly) špatně s majetkem svých akcionářů. Z regulatorního hlediska to nasvědčuje vhodnosti zákroku ve prospěch ochrany akcionářů přebírající společnosti.

Akcionáři drží rozptýlená portfolia, pročež získají na akciích cílové společnosti to, co ztratí na akciích přebírající společnosti. Rozptýlení investoři mají malou motivaci vystupovat proti převzetím. Ztráty rozptýlených akcionářů nejsou podle Rolla vyrovnávány premiemi z převzetí. Tvrdí se rovněž, že kapitálová společnost otevírá možnosti pro různá obohacování. Dá se očekávat obohacování vedení společnosti k tíži společníků, obohacování společníků k tíži věřitelů, avšak též obohacování velkých akcionářů k tíži rozptýlených akcionářů. Protože však žádné akciové právo není schopno chránit veřejného akcionáře dokonale, ten musí počítat s tím, že část jemu náležejících výnosů odplyne jako zvláštní výhoda vedení společnosti a velkým akcionářům. Citovaní autoři konstatují, že je v akciové společnosti třeba počítat s oportunistem, a že je proto třeba zajistit v právu upravujícím převzetí možnost vystoupení a rovný přístup k akcionářům, ale také podporovat soutěž mezi navrhovateli.²¹⁰ Naše právo usiluje o to, aby byly tyto požadavky splněny.

– Ustanovení o ceně

Zákonná kritéria pro cenu účastnických cenných papírů chrání v konečném důsledku obě strany – jak investora v cílové společnosti, tak investora ve společnosti uchazeče. Požadavek stanovit pro veškeré zájemce při dobrovolné nabídce převzetí stejnou cenu za stejné účastnické cenné papíry chrání především akcionáře v cílové společnosti před cenovou diskriminací (princip rovného přístupu). Cena však souvisí s počtem účastnických cenných papírů, na které se nabídka převzetí vztahuje, popř. s podmínkou, že nabývané cenné papíry musí dosahovat alespoň počtu uvedeného v nabídce převzetí. Cena je pak relevantní též pro uchazeče pouze za ochranné podmínky, že uchazeč za ni získá zamýšlený počet účastnických cenných papírů.

Snaha o oboustrannou ochranu bývá motivem cenové regulace u konkurenční nabídky převzetí (požadavek, že cena v konkurenční nabídce převzetí musí převyšovat cenu původní nabídky minimálně o určité procento, má nejen chránit zájmy majitelů účastnických cenných papírů cílové společnosti, nýbrž též zvyšovat cenový práh pro konkurenta, takže se takto rovněž hodlá napomoci dosažení cíle sledovaného nabídkou převzetí (ovládnutí cílové společnosti). Toto mechanistické

²¹⁰ Tamtéž, str. 6.

„plošné zbožštění“ pouhé ceny v konkurenční nabídce převzetí se nesetkává se všeobecným souhlasem²¹¹ a navrhuje se vytvořit svobodnější prostor pro rozhodování při hodnocení výhodnosti konkurenční nabídky převzetí cílové společnosti. U mnohých konkurenčních nabídek mohou hrát důležitou roli pravděpodobně i jiné podmínky než pouhá konečná cena.²¹²

– Neutralita orgánů cílové společnosti

Povinnost členů představenstva a dozorčí rady zdržet se až do zveřejnění nabídky převzetí zásadně veškerého jednání, které by ji mohlo zmařit nebo ztížit, by měla uchazeči též poskytnout ochranu. Nesmí se provádět žádná opatření, která by snižovala hodnotu cílové společnosti, jako např. prodej podniku, vstup do smluvních vztahů s konkurenty uchazeče, které jsou pro něj nepřijatelné, uzavírání manažerských smluv s přehnanými „doložkami o zlatých padácích“ (tj. s přehnaně vysokým odstupným pro členy orgánů společnosti), které komplikují rozchod s vedoucími osobami cílové společnosti, atd. Dále se lze rovněž spolehnout na uměle vytvořené veřejnoprávní překážky – cílová společnost může fúzovat s dostatečně tržně silným konkurentem uchazeče, což z hlediska Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže učiní převzetí nepřijatelným²¹³.

3.4.4. SOUHRN

Česká úprava nabídek převzetí byla do obchodního zákoníku poprvé zavedena v roce 1996²¹⁴, a to s jednoznačným odůvodněním ochrany ve prospěch minoritních akcionářů. Měla však velké mezery a z koncepčního hlediska byla hodnocena jako problematická, přičemž se dokonce doporučovalo tuto úpravu buď raději odstranit, než ji ponechat v nezměněné podobě (protože by mohla mít za následek spíše poškozování než ochranu akcionářů), popř. ji uvést do souladu s ostatními zahraničními úpravami.²¹⁵ Nakonec byla zvolena konstruktivní cesta a 1. ledna

²¹¹ Srov. ČECH, cit. práce, str. 2189.

²¹² Tamtéž, srov. např. stejné ceny, jejichž platba je však v první nabídce rozvržena na dlouhé časové období, zatímco v konkurenční nabídce je celá cena splatná ihned. Rovněž subjektivní faktory (jako např. platební morálka uchazeče, jeho pověst a jeho důvěryhodnost, úmysl s cílovou společností, atd.) by se měly brát v úvahu namísto pouhého jednokriteriálního rozhodování o ceně.

²¹³ Příklady z cit. práce ČECH, P., str. 1903 a násl.

²¹⁴ Zák. č. 142/1996 Sb.

²¹⁵ DĚDIČ, J.: *Schutz der Aktionäre durch das Übernahmeangebot*, v: IX. Karlsbader Juristentage (sborník), Linde, Praha 1999, str. 131.

2001 vstoupila v platnost novelizace obchodního zákoníku²¹⁶, která měla být v souladu s návrhem 13. směrnice.

Tvrdé české zkušenosti s masovým plněním privatizovaných podniků zejména v první polovině 90. let 20. století možná vedly k tomu, že společensko politická situace vyvolala masivní tlak na skutečnou a účinnou ochranu minoritních akcionářů. To mělo za následek kombinaci preventivní ochrany minority již ve fázi tvorby koncernu (vstupní kontrola koncernu) na základě úpravy nabídky převzetí včetně dodatečné ochrany minoritních akcionářů (vyrovnáním nebo odstupným) po vzniku faktického koncernu.²¹⁷

Byl tak učiněn pokus uplatnit kumulativně dvě úpravy, které nebyly obecně plně akceptovány. Věčné napětí mezi principem rovnosti a ochranou slabší strany nikdy neustane²¹⁸ a vše vždy závisí na konkrétních společenských podmínkách a hodnotových představách (a možná i na hodnotových předsudcích). Nelze vyloučit, že po určité fázi zklidnění a další koncentraci vlastnických práv v akciových společnostech dojde ke „kyvadlovému pohybu“ a že se převzetí podniků začnou posuzovat s větším liberalismem.

Stále však přetrvává obtížná otázka, do jaké míry se z ekonomicko politických důvodů vyplatí ovládnutí společnosti s kótovanými účastnickými cennými papíry za podstatně vyšší cenu, která je podmíněna nabídkovou povinností vůči všem vlastníkům účastnických cenných papírů. Nemá to za následek ztrátu alokační efektivity kapitálu, který by snad jinak bylo možno investovat efektivněji?

Je pomoc ostatním akcionářům (aby nemuseli za nejistých podmínek setrvat v ovládnuté společnosti) dostatečnou politicko ekonomickou protiváhou ve srovnání se snížením mobility kapitálu a s určitým tlakem na koncentraci (převzetí si lze dovolit pouze v případě, je-li dostatek prostředků ke skoupení veškerých zbývajících účastnických cenných papírů)?

Vysoké transakční náklady převzetí podniku jsou z velké části přeneseny ve prospěch minoritních akcionářů, kteří jako společníci museli dobrovolně souhlasit s tím, že se jejich vlastnická práva budou odvíjet podle principu majority.²¹⁹ Obzvláště markantní je to u povinné nabídky.

²¹⁶ Zák. č. 370/2000 Sb.

²¹⁷ Viz TICHÝ, L., SALAČ, J.: výše cit. práce, str. 314.

²¹⁸ K tomu srov. BEJČEK, J.: *Princip rovnosti a ochrana slabšího*, Právní fórum 2004, č. 4.

²¹⁹ Srov. HERKENROTH, K.-E.: *Konzernierungsprozesse im Schnittpunkt von Konzernrecht und Übernahmerecht*, Duncker & Humboldt, Berlin 1994, str. 357.

Přesto se však tvrdí²²⁰, že povinná nabídka převzetí snižuje transakční náklady u akvizicí podniků, protože urychluje optimální alokaci a zaměřuje činnost podniků poskytujících finanční služby na národohospodářsky výhodné fúze. Pravděpodobně se tak zvyšuje atraktivita kapitálového trhu pro soukromé investory, čímž se zlepšuje příliv kapitálu. Proces povinného převzetí společnosti je sice na jedné straně v důsledku ochrany minoritních akcionářů dražší a komplikovanější a zkresluje trh kontroly společností, na straně druhé však vede ke vstupu drobných investorů na trh s účastnickými cennými papíry a zaručuje rentabilitu investic. Povinná nabídka na převzetí by proto snad měla být z ekonomického hlediska efektivní.²²¹

²²⁰ Viz KRAUSE, H. S.: *Das obligatorische Übernahmeangebot*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996, str. 229.

²²¹ To, zda nová právní úprava nabídek převzetí (zákon č. 104/2008 Sb., o nabídkách převzetí a o změně některých dalších zákonů) tento účel naplní, bude předmětem dalších zkoumání, jež však přesahují rámec této práce a tohoto informativního a obecného exkursu. Blíže k nové úpravě viz HAVEL, B., PIHERA, V.: *Zákon o nabídkách převzetí, komentář*, C. H. Beck, Praha 2009.

4. POJEM KONTROLY

Pojem získání přímé nebo nepřímé kontroly nad jiným podnikem (resp. soutěžitelem) se v soutěžním právu vždy chápal a chápe z hlediska *potenciality*. Je to výrazem funkčního přístupu ke kontrole koncentrace soutěžitelů. Kontrola koncentrace soutěžitelů má strukturální charakter a vychází z premisy, že kvalita soutěžního prostředí (a s ní spojené přínosy soutěže pro rozvoj tržní ekonomiky a pro blaho spotřebitele) je přímo úměrná počtu samostatných soutěžitelů (byť nikoliv nutně v závislosti lineární). Nejde tedy o kontrolu aktuálního *chování* na trhu (kontrolu behaviorální), ale o kontrolu *strukturálních předpokladů* určitého chování. Za soutěžně nebezpečné se považuje již vytvoření *možnosti* kontroly jiného soutěžitele.

4.1. FÚZE A ZÍSKÁNÍ MOŽNOSTI KONTROLY

Čl. 3 odst. 3 Nařízení Rady č. 4064/89 ve znění nařízení Rady 1310/97 o kontrole spojování podniků stanovilo, že kontrola je pouhá *možnost* vykonávat rozhodující vliv na činnost podniku (*exercising decisive influence*). Pozdější nařízení Rady ES o kontrole fúzí č. 139/2004, účinné od 1. 5. 2004, na tomto principu vůbec nic nemění. Není přitom důležité prokazování subjektivní stránky (úmyslu)²²² a ani není z hlediska naplnění pojmu kontroly důležité, zda se možnost rozhodujícího vlivu také skutečně naplnila²²³. *Získání* kontroly znamená též logicky a přirozeně, že ona kontrolní možnost ovlivňovat soutěžní chování jiného soutěžitele *předtím neexistovala*. Získat kontrolu znamená, že jeden nebo více podniků na právním nebo faktickém základě nabude způsobilosti činit strategická rozhodnutí za jeden nebo více podniků²²⁴.

²²² Tak např. v Rozhodnutí Komise z 5. 10. 1992 ve věci „Air France/Sabena“.

²²³ Srov. IMMENGA, U.: IMMENGA/MESTMÄCKER: *EG-Wettbewerbsrecht*, C. H. Beck, München 1997, Rdn. 32.

²²⁴ Srov. FAULL & NIKPAY: *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999, str. 210. Pojmu „podnik“ je ovšem třeba rozumět nikoliv ve smyslu našeho „hromadně věcného“ pojetí podle § 5 ObchZ; podnikem je podle ustálené evropské judikatury jakýkoliv subjekt (hospodářská jednotka) bez ohledu na jeho právní formu, který se účastní hospodářského života, a to i s nevýdělečným cílem.

Skutková podstata spojení znamená koncentraci rozhodovací moci o podnikatelských zdrojích²²⁵. Evropská komise konstatovala, že k získání kontroly *de iure* nad akciovou společností postačuje získání 50% většinové účasti s hlasovacími právy + 1 hlas²²⁶. To platí, nejsou-li ve stanovách společnosti využití této většiny položeny překážky typu kvalifikované většiny, blokační minority s právem veta, apod. Pojem získání kontroly vychází z vymezení Evropské komise uhlí a oceli č. 24 z r. 1954, podle něhož je moc činit podnikatelská rozhodnutí přenesena úplně nebo částečně na někoho třetího, v důsledku čehož neprobíhá tvorba vůle v podniku nezávisle (autonomně)²²⁷.

Z pouhé *možnosti* vykonávat rozhodující vliv na činnost jiného podniku vycházelo jako z rozhodujícího kritéria již ustanovení § 37 odst. 2 německého zákona proti omezování soutěže (GWB). Na možnosti (potencialitě) kontrolního vlivu se zkoumá, zda existuje ve vztahu k obchodní politice, z níž vychází soutěžní chování podniku. Kontrola ve smyslu takové možnosti se předpokládá při obsazování orgánů společností (představenstva, dozorčí rady, výkonného managementu), při společenstevně právních dohodách o hlasovacích a volebních oprávněních, apod. (na rozdíl od běžných obchodních smluv, které takovou kontrolní možnost nad chováním obchodního partnera zpravidla neposkytují)²²⁸.

Kontrola se tedy klade naroveň s možností vykonávat *rozhodující vliv* na činnost jiného podniku, přičemž se konstatuje že se kontrola z velké části (byť ne úplně) překrývá s pojmem závislosti podle § 17 německého zákona o akciových společnostech²²⁹; kontrola jako potenciální možnost vykonávat rozhodující vliv na činnost jiného podniku musí být (stejně jako vztah závislosti podle zákona o akciových společnostech) zprostředkována zásadně společenstevně právními nástroji a musí tak existovat předpoklad *dlouhodobosti* takové možnosti, která musí vyplývat ze *strukturální závislosti*²³⁰.

²²⁵ Srov. ULSHÖFER, M.: *Kontrollerwerb in der Fusionskontrolle*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2003, str. 53.

²²⁶ Rozhodnutí Komise z 11. 1. 1993 ve věci IV/M.296 „Crédit Lyonnais/BFG Bank“, stejně v rozhodnutí Komise z 5. 9. 1994 ve věci IV/M. 492 „Klöckner&Co.AG/Computer 2000 AG“.

²²⁷ Cit. podle LÖFLER, H. F.: *Kommentar zur europäischen Fusionskontrollverordnung*, Luchterhand Verlag, Neuwied und Kriftel 2001, str. 151.

²²⁸ Srov. RITTNER, F.: *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 6.A., C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1999, str. 355.

²²⁹ Analogie s českou úpravou pojmu ovládání podle ObchZ a pojmu kontroly podle ZOHS je evidentní.

²³⁰ Podobně EMMERICH, V.: *Kartellrecht*, 9.A., C. H. Beck Verlag, München 2001 str. 268.

Potencialitu ohrožení soutěže při materiální kontrole fúzí zavedl i § 7 amerického *Clayton Act*, a americká rozhodovací praxe chápe jako materiální spojení podniků takové akvizice, které umožňují kontrolu²³¹.

Tak jako u nás, i v evropské a v německé či americké právní úpravě je interpretace neurčitých pojmů²³² záležitostí judikatury a doktríny. Definici kontroly neobsahuje ani nařízení Rady o kontrole fúzí, ani oznámení Komise o pojmu fúze²³³; jasně však je, že se pod získáním kontroly myslí jen *možnost* kontroly, a že se nepožaduje její skutečný *výkon*, ba ani *úmysl* možnost kontroly uplatnit²³⁴. Nabytí kontroly se posuzuje při zvážení všech právně a skutkově relevantních okolností konkrétního případu²³⁵.

Chápání pojmu kontroly mohlo být přirozeně ovlivněno i souvislostmi, v nichž se používal v právní úpravě. Pojem „kontrola“ se vyskytoval v § 12 ZOHS při vymezení tzv. *neúplné koncentrace*: *ta* nastala při získání kontroly jedním nebo více nepodnikatelskými subjekty nad jiným podnikem za předpokladu, že *kontrolu* nabývající subjekt již alespoň jeden podnik *kontroluje*. Druhým případem bylo získání *kontroly* podnikatelským subjektem nad jiným podnikem – a to i bez podmínky, že by již alespoň jeden podnik musel kontrolovat.

Tato forma neúplné koncentrace byla upravena generální klauzulí § 12 odst. 3, která je doplněna dvěma (pouze *demonstrativně*) uvedenými příklady jejího naplnění v písm. a) a b), přičemž demonstrativní skutková podstata v písm. b) byla sama neuzavřená a měla „bytkový“ či „doplňkový“ charakter. Jednalo se o nabytí účastnických cenných papírů, obchodních nebo členských podílů (§ 12 odst. 3 písm. a ZOHS) a nebo o jakýkoliv smluvní nebo jiný způsob, umožňující určovat nebo ovlivňovat soutěžní chování *kontrolovaného* soutěžitele (§ 12 odst. 3 písm. b ZOHS). Tato formulace byla změněna v souladu s doktrinárními návrhy²³⁶, které

²³¹ K tomu srov. AREEDA, P., KAPLOW, L.: *Antitrust Analysis*, Aspen Law & Business, 5th Edition, New York 1997, str. 795 a násl. Podobně též ULSHÖFER, M. v cit. práci, str. 202.

²³² Jako např. kontrola, *possibility of exercising decisive influence, direct or indirect control, bestimmender Einfluß, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition*...

²³³ Srov. Bekanntmachung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, Abl. EG 1994 C 385/5, str. 30 a násl.

²³⁴ Tak HERRMANN, BUNTE, *Kartellrecht*, C. H. Beck, München 2003, str. 444.

²³⁵ Srov. PAPPE, F., HOSSENFELDER, S., TÖLLNER, W.: *Kartellrechtpraxis und Kartellrechtsprechung*, RWS Verlag, Köln 2003, str. 306.

²³⁶ Srov. BEJČEK, J.: *K pojmům kontroly soutěžního chování a ovládání*, Právní rozhledy 2004, č. 15, str. 557–564; NERUDA, R.: *Získání možnosti kontroly nad podnikem jako forma spojení podléhající povolení soutěžního úřadu*, Právní rozhledy 2005, č. 4, str. 115–123.

dále komentuji. Dnes platný ZOHS používá v § 12 odst. 3 písm. b pojem kontroly jiného soutěžitele, přičemž se kontrola definuje v § 12 odst. 4 jako možnost soutěžitele vykonávat na základě právních nebo faktických skutečností rozhodující vliv na činnost jiného soutěžitele.

4.2. OVLIVŇOVÁNÍ A KONTROLA SOUTĚŽITELE

Možnost ovlivňovat nebo určovat soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele bylo třeba i dříve považovat za pojmový znak spojení soutěžitelů²³⁷.

Rozdíl mezi možnostmi „ovlivňovat“ a „určovat“ soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele byl sám o sobě nejasný. „Určování“ představuje v běžném jazykovém citění jistě jednoznačnější vztah k chování kontrolovaného soutěžitele, nežli pouhé „ovlivňování“, kterého je schopen v určitém rozsahu i majitel jediné akcie z mnoha tisíc srovnatelných akcií. Ona „zbytková“ skutková podstata uvedená v § 12 odst. 3 písm. b) ZOHS se dala považovat jen za *příklad*, demonstrující skutkovou podstatu generální klausule podle § 12 odst. 3 ZOHS, který explicitně hovořil (a i v současnosti hovoří) o možnosti *kontrolovat* jiný podnik (myslí se tím však evidentně kontrola soutěžitele²³⁸); vliv na soutěžní chování *kontrolovaného* soutěžitele musí mít tedy vždy kvalitu určující, rozhodující, tedy kontrolní (viz § 12 odst. 3 *in fine* ZOHS)²³⁹.

Kontrolní vliv na určení chování soutěžitele závisí na konkrétní situaci v daném případě. Vůbec se nemusí jednat o nadpoloviční či dokonce dvoutřetinovou většinu hlasů v rozhodujících orgánech společnosti, neboť ostatní hlasy mohou být tak rozptýlené, že (samozřejmě při možné korekci stanovami) může být kontrolní balík akcií mnohem menší²⁴⁰. Rovněž specifická práva vyhrazená akcionářské minoritě

²³⁷ Shodně MUNKOVÁ, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*, Komentář, C. H. Beck Praha 2003, str. 109, marg. č. 302.

²³⁸ Srov. BEJČEK, J.: K zákonu o ochraně hospodářské soutěže po prvním roce jeho účinnosti, Právní rozhledy 2002, č. 10.

²³⁹ Proto je hodnocení, že zákonodárce opomenul znak intenzity vlivu, jímž disponuje kontrolující subjekt (srov. DVOŘÁK, S.: *Kontrola spojování soutěžitelů*, C. H. Beck, Praha 2002, str. 18–19) částečně oprávněné. Zákonodárce sice opravdu neřekl, co znamená „kontrola“, ale i u „ovlivňování“ soutěžního chování předpokládá, že onen vliv je umožněn v rámci potenciální kontroly (tedy *možnosti* vlivu *rozhodujícího*; jinak lze pojem kontroly sotva vyložit).

²⁴⁰ Srov. případ řešený u německého Bundeskartellamtu pod. č. BkartA, Beschl. v. 7. 12. 2001 – B9-114/01, KRIEGER/MÖBEL WALTHER (cit. podle PAPPE, cit. dílo, str. 71 a násl.). Za získání kontroly se považovalo nabytí 47,5% účasti na akciové společnosti, jedním podni-

(jako např. preferenční hlasy způsobilé rozhodnout o polovině členů představenstva, a tím určovat obchodní strategii společnosti, jejíž akcie jsou nabývány²⁴¹) mohou chování soutěžitele ovlivnit.

Za nepřímý vykonávaný kontrolní vliv je třeba pokládat i kontrolní vliv na konkurenta prostřednictvím dceřiných společností, v nichž má rozhodující vliv soutěžitel, který takto nepřímý svého konkurenta kontroluje. Rozlišování přímého nebo nepřímého (tedy zprostředkovaného jiným subjektem) kontrolního vlivu má přitom jen význam *analytický*, nikoliv však *praktický* a oba případy podléhají *stejnému* právnímu režimu.

Rozhodující není jen nominální počet akcií (hlasů), ale též skutečnost, zda skupina společníků nebo společník sám může některá důležitá rozhodnutí konkurenta zablokovat (např. už jen pouhou neúčastí na jednání valné hromady nebo jiného důležitého orgánu společnosti).

Za spojení soutěžitelů by bylo tedy možno považovat i tzv. *personální unie* ve statutárních orgánech soutěžitelů nebo tzv. *kontrolu stanovami*. Pokud si však např. dva společníci sjednají právo veta v důležitých otázkách, takže vlastně „kontrolují“ jeden druhého bez ohledu na poměr obchodních podílů, nelze dovodit, že jeden je kontrolován druhým (neexistoval by rozhodující vliv na jednání druhého soutěžitele); oba však mohou společně kontrolovat třetího soutěžitele. Způsobem zakládajícím možnost podstatného vlivu na soutěžní chování jiného soutěžitele může být typicky ovládací smlouva nebo smlouva o převodu zisku (§§ 190b a 190a ObchZ). V obou případech je řízená osoba zbavena mj. své soutěžní samostatnosti, s níž se neslučuje přijímání pokynů od řídící osoby výhodných pro ni, ani nemožnost rozhodovat o rozdělení a využití vlastního zisku.

Pojetí potenciální kontroly soutěžitele namísto vlivu na „soutěžní chování“, je v souladu s evropským standardem chápání koncentrace. Pojem vlivu na „soutěžní chování“ byl nadbytečný a vytvářel možnost scholastických interpretací a obcháze-

katelem. Majetkové účasti ostatních akcionářů byly velmi rozptýlené a žádná nedosahovala 25%, navíc společnost vlastnila 10% vlastních akcií a průměrná účast na valných hromadách se pohybovala pod 90% hlasovacích práv. Odkazy na rozhodnutí ÚOHS v ještě vyostřenějších poměrech (kdy jako nabytí kontroly byl kvalifikován zisk 28% akcií při současném obsazení několika míst v dozorčí radě cílové společnosti – S 121/95, nebo 17,7% akcií při současném obsazení většiny míst v představenstvu – S 116/98, atp.) viz DVOŘÁK, S., cit. práce, str. 23–24.

²⁴¹ Srov. BELLAMY & CHILD: *European Community Law of Competition*, 5th edition, Sweet & Maxwell, London 2001, str. 367 s odkazem na Case M.794 „Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB“, OJ 1997 L218/15.

ní účelu zákona využíváním výkladové ekvilibristiky. Ve všech nařízeních Rady ES o kontrole fúzí se ostatně hovoří vždy o kontrole *činnosti* podniku²⁴².

Podstatné je, zda podnikatel má možnost kontroly jiného soutěžitele. Taková možnost kontroly znamená možnost vykonávat *rozhodující* vliv na *jednání* kontrolovaného soutěžitele. Sotva si lze rozumně představit situaci, v níž by podnikatel nabyt možnosti *kontrolovat* jiného soutěžitele, aniž by přitom měl možnost určovat jeho *soutěžní* chování, tedy chování v hospodářské soutěži. Takový stav by snad v závislosti na konkrétních okolnostech bylo možno označit jen za *ovlivnění* soutěžního chování soutěžitele; pokud však tento vliv není *kontrolní* (a to nemůže znamenat nic jiného, nežli vliv „rozhodující“), nebude se jednat o skutkovou podstatu spojení soutěžitelů.

Logické úvaze se vzpírá rovněž hypotetická možnost opačná – nemít kontrolu nad veškerým *soutěžně relevantním* chováním jiného soutěžitele (tzn. neurčovat je nebo je rozhodujícím způsobem neovlivňovat), a současně hovořit o tomto jiném soutěžiteli jako o soutěžiteli kontrolovaném.

Domnívám se tedy, že možnost kontroly jiného soutěžitele nutně implikuje možnost určování jeho *soutěžního* chování nebo jeho ovlivňování *rozhodujícím* (kontrolním) způsobem, což je však jinými slovy vyjádření téhož požadavku zákona.

4.3. OVLÁDÁNÍ A KONTROLA

„Ovládání“ jako vztah mezi osobou ovládající a osobou ovládanou je upraveno v ObchZ, a to formou nevyvratitelných domněnek, poměrně přesně *definovaných* v textu zákona (§ 66a ObchZ, odst. 2–5).

„Kontrola“ je naproti *neurčitý* pojem ZOHS, jehož obsah se dovozuje doktrinálně a rozhodováním správních orgánů a soudů. Nikoliv každý případ ovládání ovládané osoby osobou ovládající podle ObchZ musí nutně znamenat existenci možnosti kontrolovat soutěžní chování ovládané osoby ve smyslu § 12 ZOHS. Naopak u vztahu řízené a řídicí osoby (§§ 66a odst. 7, 190a, 190b ObchZ) bude nutno zásadně předpokládat možnost kontroly soutěžního chování osoby řízené osobou řídicí.

²⁴² I v naší odborné literatuře se dříve konstatovalo, že bude mnohdy obtížné vyjmout z komplexního řízení ty pokyny, které by mohly mít dopad na soutěžní chování řízené osoby – srov. ČERNÁ, S.: *Koncernové smlouvy z hlediska soutěžního práva*, DHK, 2004, sešit 13, část. B, str. 122.

Vztah *ovládání* nastane podle § 66a odst. 3 písm. a) ObchZ mezi většinovým společníkem (tedy tím, který má absolutní většinu hlasů plynoucích z účasti ve společnosti) a jeho společností. Je-li mezi několika společníky uzavřena smlouva o výkonu hlasovacích práv (tzv. syndikátní smlouva podle § 186 ObchZ), pokládá se za ovládající osobu ten, kdo na základě takové dohody disponuje většinou hlasovacích práv, ne tedy nutně většinový společník²⁴³.

a)

Samotná většinová účast společníka v obchodní společnosti (i přesto, že bude „ovládáním“ podle ObchZ) nemusí však nutně znamenat schopnost *kontroly* společností tímto společníkem. Možnost určovat soutěžní chování může být většinovému společníkovi upřena třeba společenskou smlouvou nebo stanovami, které mohou pro řadu rozhodnutí vyžadovat např. vysokou kvalifikovanou většinu. V omezeném rozsahu to bylo možné u akcií se zvláštními právy hlasovacími (tzv. „zlaté akcie“). Jejich prostřednictvím vzrostla rozhodovací váha minoritních společníků, kteří mohli nabýt tzv. blokační minority. Sami tyto společníci společnost ovšem také nekontrolovali, protože nemohli sami nic prosadit, nanejvýš mohli některá její rozhodnutí zablokovat; nicméně znemožňovali kvalifikovat osobu společnost ovládající též jako osobu tuto společnost kontrolující. Nabytí většiny hlasovacích práv prostřednictvím účastnických cenných papírů nebo většinového obchodního (členského) podílu může být současně ovládáním podle ObchZ i kontrolou podle ZOHS; nezbytnou podmínkou je však právě naplnění znaku možnosti kontroly jiného soutěže.

b)

Ovládající osobou je i ten společník nebo jiná osoba, která disponuje většinou hlasovacích práv na základě dohody uzavřené s jiným společníkem nebo společností (§ 66a odst. 3 písm. b) ObchZ), nikoliv však na základě mandátní smlouvy, smlouvy o správě určitého majetku, smlouvy o správě cenných papírů apod.²⁴⁴

²⁴³ Účastníkem syndikátní dohody může být i většinový společník, ale výkon hlasovacích práv z ní může být smluvně přenesen na menšinového společníka; není možné, aby v takovém případě oba tyto společníci byli považováni za ovládající osoby.

²⁴⁴ V takovém případě zůstává majitel cenných papírů osobou ovládající, byť by hlasovacími právy z cenných papírů nedisponoval, a to podle písmene a) § 66a odst. 3 ObchZ. K tomu srov. stanovisko Prezidia Komise cenných papírů ze dne 27. dubna 2001 k definici ovládání (§ 66a obchodního zákoníku), uveřejněné v DĚDIČ, J. a kol.: *Obchodní zákoník, komentář*, Polygon, Praha 2002, str. 512 a násl.

c)

Je-li takový vliv společníka dlouhodobý (tedy alespoň s předpokladem trvalosti), může vést k závěru, že ovládající osoba je i osobou *kontrolující* soutěžní chování osoby ovládané. Samotná prostá většina hlasovacích práv ovšem nemusí ani tady automaticky a nutně znamenat možnost kontroly – úvahy a zjišťování ilustrované sub aa) musí ÚOHS vést i v tomto případě. Z hlediska ZOHS by tento případ mohl spadat i do kategorie nepřímé kontroly osobami, jejichž hlasovacími právy ovládající osoba na základě dohody disponovala (tzv. společná nebo kolektivní kontrola).

d)

Ovládající osobou je i společník, který může prosadit jmenování nebo volbu nebo odvolání většiny osob, které jsou statutárním orgánem nebo jeho členem, anebo většiny osob, které jsou členy dozorčího orgánu právnické osoby, jejímž je společníkem (§ 66a odst. 3 písm.c ObchZ). Takovou možnost bude mít typicky osoba kvalifikovaná jako osoba ovládající podle předchozích ustanovení (většinový společník nebo disponent většinou hlasovacích práv). Jako samostatné kritérium ovládnutí společnosti bude tato možnost (de)konstituovat rozhodující orgány společnosti použitelná snad jen v nepravděpodobném případě, že by syndikátní dohoda podle písm. b) nebyla obecná, ale týkala by se jen hlasování o personálním složení orgánů společnosti podle § 66a odst. 3 písm. c) ObchZ.

e)

Izolovaný (de)konstitutivní vliv jedné osoby na orgány společnosti je nepochybně znakem jejího velmi silného postavení. Dovožovat ale obecně z této možnosti *kontrolu* ve smyslu § 12 ZOHS není podle mého soudu možné. Možnost kontroly soutěžního chování jiného soutěžitele může vzniknout např. tím, že je ustavena určitá „personální unie“ mezi několika dříve samostatnými soutěžiteli. Avšak až tato „personální unie“, nikoliv *možnost* jejího vytvoření, může mít v sobě potenciál určit nebo rozhodujícím způsobem ovlivnit soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele. ZOHS podle mého názoru nepředpokládá „paranoicky“ kontrolu jiného soutěžitele jako „možnost mít možnost“ kontrolovat jiného soutěžitele, ale prostě jako možnost *již existující* (reálnou, nikoliv jakousi možnost „odmocněnou“)²⁴⁵.

²⁴⁵ Podobně jako zásadně nelze opční smlouvu na koupi většiny akcií pokládat za nástroj ovládnutí, natož pak kontroly. Opční smlouva nekonstituuje většinového společníka a nemá-li se opce realizovat v blízké budoucnosti na základě právně závazné dohody, nevede sama

f)

Ovládajícími osobami jsou vždy osoby jednající ve shodě (§ 66b ObchZ), které společně disponují většinou hlasovacích práv ve společnosti (§ 66a odst. 4 ObchZ). Jde o případ ovládajících osob, odlišných od jediného většinového společníka (§ 66a odst. 3, písm. a ObchZ) i od jediného „smluvního disponenta“ hlasovacími právy (písm. b). Jednání ve shodě předpokládá jednání dvou nebo více osob, uskutečněné ve vzájemném srozumění s cílem nabýt nebo postoupit nebo vykonávat hlasovací práva v určité osobě nebo jimi disponovat za účelem prosazování společného vlivu na řízení nebo provozování podniku této osoby anebo volby statutárního orgánu nebo většiny jeho členů anebo většiny členů dozorčího orgánu této osoby nebo jiného ovlivnění chování určité osoby. Takové „společně ovládající osoby“ mohou přirozeně nabýt postavení osob ovládajících i podle písm. c) § 66a odst. 3 ObchZ, protože jsou schopny prosadit volbu nebo odvolání „statutárních“ osob tam uvedených. Není vyloučen ani souběh ovládání podle více „skutkových podstat“. Nic například nebrání tomu, aby většinový vlastník disponoval i hlasovacími právy několika dalších menšinových vlastníků na základě dohody o výkonu vlastnických práv a navíc aby jednal s dalšími osobami ve shodě, a to s cílem zvolit všechny členy představenstva akciové společnosti, která ve stanovách vyžaduje pro tento účel vysokou kvalifikovanou většinu hlasů akcionářů.

g)

Jednání ve shodě může probíhat v souběhu se vznikem možnosti společně *kontrolovat* soutěžitele (ZOHS předvídá v § 12 odst. 3 možnost kontroly jednou nebo více osobami). Může jít především o společný výkon hlasovacích práv, či o smluvené nebo srozuměné obsazování řídicích orgánů ovládané a kontrolované společnosti. Ovládání formou jednání ve shodě není automaticky možné pokládat za možnost kontroly podle ZOHS, pokud srozumění osob, které má za cíl ovlivnit chování ovládané osoby, nenastolí možnost ovlivnit rozhodujícím (kontrolním) způsobem chování ovládané osoby v hospodářské soutěži. To je třeba prozkoumat v konkrétním případě a podle výsledku kvalifikovat takový potenciální vliv jako kontrolní (souběh ovládání a kontroly) nebo nikoliv.

h)

Poslední doplněk domněnky *ovládání* (podle § 66a odst. 5 ObchZ) stanoví, že disponování alespoň 40% hlasovacích práv na určité osobě (ať už ve formě větši-

o sobě ke kontrole jiného subjektu – srov. BELLAMY & CHILD v cit. práci na str. 367, s odkazem na Case M.259 „British Airways/TAT“ z 27. 11. 1992.

nové účasti na společnosti, nebo smluvně zajištěným disponováním většinou hlasovacích práv, či jednáním takových osob ve shodě, které alespoň tímto rozsahem hlasovacích práv disponují) se pokládá za ovládání. Tato domněnka je (na rozdíl od domněnek podle § 66a odst 3 a 4 ObchZ) domněnkou vyvratitelnou a lze ji vyvrátit důkazem, že jiná osoba disponuje stejným nebo vyšším množstvím hlasovacích práv. Společník se 40% hlasovacích práv je tak právně subsidiárně postaven naroveň společníku většinovému – je pokládán za ovládající osobu, a to i při pouhé relativní většině hlasovacích práv. Totéž platí pro osoby jednající ve shodě. Ovládající osobou bude tedy např. akcionář se 40% hlasovacích práv, a další akcionář s 39% již nikoliv. Nikdo ze dvou 40% akcionářů téže společnosti nejednajících ve shodě však nebude ovládající osobou²⁴⁶.

i)

Disponování 40% hlasovacích práv nelze bez dalšího považovat za důkaz možnosti ovlivňovat *kontrolním* způsobem chování kontrolovaného soutěžitele. Jak již bylo výše uvedeno na příkladech z rozhodovací praxe ÚOHS, Komise ES a německého *Bundeskartellamt*, ke kontrolnímu vlivu může za dalších okolností (typicky obsazení orgánů společnosti a rozptýlení dalších hlasovacích práv mezi mnoho subjektů) stačit i mnohem menší rozsah hlasovacích práv. Jindy by ani nadpoloviční podíl na hlasovacích právech kontrolu založit nemusel – např. třeba proto, že minoritní akcionář má právo veta, nebo se k zásadním a soutěžně relevantním rozhodnutím vyžaduje vysoká kvalifikovaná většina hlasů, nedosažitelná bez vůle ovládaného (leč z toho důvodu nikoliv kontrolovaného) subjektu, atp.

4.4. ZOBECNĚNÍ

Z hlediska praktického není podle mého soudu nutné zkoumat při řízení o povolení spojení soutěžitelů, zda mezi soutěžiteli existuje vztah *ovládání* podle ObchZ. ZOHS totiž takový test nevyžaduje a takové zjištění ani nemá soutěžně právní relevanci.

Co je však nutné zkoumat, je otázka, zda existuje *kontrolní* vztah mezi osobami uvedenými v § 12 odst. 3 ZOHS, tedy zda má jedna z těchto osob *možnost* určovat nebo ovlivňovat chování jiného soutěžitele v hospodářské soutěži (a to rozhodují-

²⁴⁶ Shodně ŠTENGLOVÁ, I., in: ŠTENGLOVÁ/PLÍVA/TOMSA A KOL.: *Obchodní zákoník, komentář*, 7. vyd., C. H. Beck, Praha 2002, str. 200.

cím, tedy „kontrolním“ způsobem – viz moji argumentaci výše k pojmu „kontrola“²⁴⁷.

Existence vztahu *ovládání* ve smyslu § 66a odst. 2 a 3 ObchZ nebo dokonce vztahu řízení ve smyslu § 66 odst. 7 ObchZ, resp. i vztahu podle smlouvy o převodu zisku (§ 190a ObchZ) může Úřadu sloužit jako významný indikátor *omezení samostatnosti* soutěžního chování soutěžitele. K aplikaci ustanovení ZOHS o kritériích spojení to však nestačí a ÚOHS musí zkoumat potencialitu přímé nebo nepřímé *kontroly* jiného soutěžitele.

Upozorňuji též na občas „pozapomenutou“ skutečnost, že „ovládání a řízení“ ve smyslu obchodního zákoníku je možné *jen v rámci práva obchodních společností* (a s ohledem na § 260 ObchZ i u *družstev*), zatímco „kontrola“ podle ZOHS je z hlediska osobní působnosti pojmem *širším a* zasahuje i takové subjekty, na něž se ustanovení ObchZ o obchodních společnostech nevztahují (např. na podnikatele a soutěžitele – fyzické osoby, na státní podniky a další subjekty).

Právní rozdíl je též v tom, že ovládání podle § 66a odst. 3 a 4 ObchZ je založeno na *nevyvratitelných domněnkách* (arg. „ovládající osobou je vždy...“). Splňuje-li osoba znaky v zákoně uvedené, nemůže tvrdit, že jinou osobu neovládá; její pocit, ba ani právní či ekonomické argumenty nejsou důležité. Ovládání je legální termín, „*terminus technicus*“, který se při těchto znacích zkrátka používá bez ohledu na jeho jiné možné posunuté významy v jazyce obecném či v jiných jazycích odborných.

Takový subjekt se může bránit jen důkazy o tom, že znaky presumované zákonem (§ 66a odst. 3 a 4 ObchZ) nespĺňuje. Teoreticky však nelze vyloučit možnost, že by nějaká osoba mohla být osobou ovládající, aniž by nutně splnila některou ze zákonných domněnek ovládání podle § 66a odst. 3–5 ObchZ. Jisté je jen to, že když tyto znaky splňuje, osobou ovládající je.

Postavení ovládající osoby je však v § 66a odst. 2 ObchZ založeno na jakési „*generální klausuli*“ *ovládající osoby* – za takovou osobu se považuje každý, kdo vykonává fakticky nebo právně přímý nebo nepřímý *rozhodující* vliv na řízení nebo provozování podniku jiné osoby.

Naplnění této neurčité generální klauzule se musí zkoumat v konkrétním případě (zejména čistá *fakticita* takového vlivu, která se neprojevuje v *právních*

²⁴⁷ V odborné literatuře (BELLAMY & CHILD v cit. práci na str. 365) se připouští i výjimečná možnost faktické kontroly na základě ekonomické závislosti, jako např. u dlouhodobých dodávkových smluv nebo úvěrů poskytovaných dodavateli nebo zákazníkovi a spojených se strukturálními vazbami (odkaz na *case M.157 Air France/Sabena* z r. 1994, CMLR M1).

formách, bude obtížně zjištělná)²⁴⁸. Tato generální klauzule není doplněna demonstrativním výčtem příkladů, ale uzavřeným výčtem nevyvratitelných domněnek ovládní. Nastanou-li situace v těchto domněnkách popsané, o ovládní bez dalších důkazů jde. Nenastanou-li však, nelze bez dalšího tvrdit, že o ovládní nejde, ale musí se prokázat, zda existuje (či nikoliv) rozhodující přímý nebo nepřímý faktický nebo právní vliv jedné osoby na řízení nebo provozování podniku jiné osoby.

Generální klauzule spojení soutěžitelů podle § 12 odst. 3 ZOHS je naproti tomu založena na domněnce *vyvratitelné* (arg.: za spojení „se považuje“....). Úřad musí zkoumat, zda nastala zákonem předvídaná *možnost kontroly* soutěžitele (jeho soutěžního chování), resp. soutěžitel dokazuje, že taková možnost nenastala, a že se proto o spojení soutěžitelů nejedná.

Jde přitom o pojem kvalitativní²⁴⁹, jehož obsah je nutno zkoumat v konkrétním jednotlivém případě; pojem ovládní je založen rovněž na *kvalitativním* posouzení *konkrétní* situace (srov. § 66a odst. 2 ObchZ), jen je pro zjednodušení doplněn nevyvratitelnými domněnkami o existenci vztahu ovládní, založenými na snadno zjištělných a jednoduchých ukazatelích.

Nelze tedy říci, že u ovládní ve smyslu ObchZ nemůže panovat pochybnost a že by neexistovaly nejasné hranice, při nichž bude sporné, zda onen faktický nebo právní vliv určité osoby na řízení (nebo i jen pouhé provozování!) podniku jiné osoby bude *rozhodující* (což je hodnocení naprosto adresné, konkrétní a ve své podstatě kvalitativní). Nevyvratitelnými domněnkami podle § 66a odst. 3 a 4 ObchZ se takové kvalitativní hodnocení v nejčastěji se vyskytujících případech normativně vylučuje a ovládní se *ex lege* presumuje.

Stejně tak možnost rozhodujícího (kontrolního) vlivu na soutěžní chování jiného soutěžitele podle § 12 ZOHS je proměnlivá *kvalita*, závislá na souvislostech mnoha *konkrétních* vztahů a okolností. Generální klauzule kontroly²⁵⁰ je však na rozdíl od generální klauzule ovládní podle § 66a odst. 2. ObchZ doplněna jen dvěma *demonstrativními* skutkovými podstatami podle písmen a) a b), které mají charakter *vyvratitelných* domněnek a jejich použitelnost (na rozdíl od „tvrď“ nastavených nevyvratných domněnek ovládní podle § 66a odst. 3 a 4 ObchZ) není možná bez dalšího, ale jen za předpokladu, že se *prokáže* možnost (tedy hypotetická *potencialita*, snad i jen budoucí hrozba) určujícího (kontrolního, rozhodující-

²⁴⁸ Srov. situaci typu „nepřímý intenzivní osobní vliv přítelkyně jednatele s.r.o.“

²⁴⁹ Srov. FAULL & NIKPAY v cit. práci: na str. 210 se konstatuje, že koncepce kontroly je založena mnohem více na *kvalitativních* (kurziva JB) než kvantitativních kritériích.

²⁵⁰ Srov. § 12 odst. 3 a 4 ZOHS v platném znění.

cího) vlivu skutečností těmito domněnkami předpokládaných na soutěžní chování jiného soutěžitele.

To je ovšem důkazně mnohem obtížnější, nežli kvalitativní důkaz o ovládnání jiné osoby podle § 66a odst. 2 ObchZ, při němž se zjišťuje výkon (tedy aktuální fakticita) rozhodujícího vlivu na řízení nebo provozování podniku jiné osoby.

Ovládnání i kontrola jsou tedy pojmy *kvalitativní* povahy. O existenci obou těchto vztahů nelze učinit normativní závěr na úrovni právního předpisu, ale jen závěr aplikační, tedy při zvážení všech skutkových a právních okolností konkrétního případu.

Ovládnání je snazší indikovat proto, že se jednak vztahuje k výkonu popsaného vlivu a nikoliv jen k jeho *možnosti*, a jednak proto, že kvalitativní hodnocení je v několika nejčastějších případech přímo ze zákon *nahrazeno* právními domněnkami nevyvratitelného charakteru.

Kontrola soutěžního chování je naproti tomu závislá na *kvalitativním* hodnocení vlivu jedné osoby na jinou *vždy* (bez opory v zákonných nevyvratitelných domněnkách), a to navíc nezřídka na hodnocení hypotetickém (hodnocení budoucího *možného* kontrolního vlivu na soutěžní chování jiného soutěžitele).

Do zákonného pojmu „ovládání“ ani „kontrola“ nelze v zájmu srozumitelnosti zanášet jiné širší významy z jazyka obecného. Užší význam těchto legálních pojmů je třeba dodržet. Ustanovení § 66a odst. 2 ObchZ operuje s *rozhodujícím* vlivem na činnost jiné osoby výslovně; naproti tomu se § 12 odst. 3 ZOHS vyjadřuje v platném znění také přímo (na rozdíl od dřívějšího „rozhodujícího vlivu na soutěžní chování“), ale jinými slovy (kontrola jiného soutěžitele), ale s tímž nepochybným obsahem.

Ovládnání je explicitně výrazem aktuálního stavu („výkon“ vlivu podle § 66a odst. 3 *in initio* ObchZ), pro kontrolu postačuje explicitně potencialita onoho rozhodujícího vlivu (získání „možnosti“ kontrolovat jiný podnik podle § 12 odst. 3 ZOHS). Je tedy možno – přísně vzato – hovořit jen o *neprokázaném* ovládnání nebo o *neprokázané* kontrole, ale ve smyslu obou zákonů nikoliv o „částečném“ ovládnání nebo o „částečné“ kontrole – to jsou právně logické nesmysly. Při splnění zákony stanovených znaků a po kvalitativním vyhodnocení skutečného či potenciálního vlivu jedné osoby na druhou ovládnání nebo kontrola prostě konstatovány jsou nebo nikoliv, žádná třetí či další možnost (stupňování těchto vztahů) neexistuje²⁵¹. Oba zákony (ObchZ i ZOHS) „zajímá“ z tohoto hlediska jen jediná hranice

²⁵¹ S tímto stanoviskem není podle mého názoru v rozporu možnost posuzovat v evropském právu, zda se kontrola vztahuje na *celek* a nebo jenom *části* podniku (srov. LÖFLER, H.-F. v cit. práci na str. 152 s odkazem na případy „BTR/Pirelli“ z r. 1993 a „ICL/Nokia Data“

(byť je kvalitativní povahy), a sice zda je onen posuzovaný vliv jedné osoby na druhou rozhodující či nikoliv.²⁵²

Obchodní zákoník ve své terminologii též přísně rozlišuje. O „řídící osobě“ a o „řízené osobě“ hovoří jako o zvláštním pojmu²⁵³ a nepovažuje je za nějaký „vysoký stupeň zvláště kvalifikovaného ovládnutí“ (což by jistě *obecný* význam slova „ovládání“ unesl), ale za *zvláštní druh* vztahu mezi osobami; obsah pojmu „ovládání“ tak zůstává v ObchZ díky užšímu a přesnému zákonnému vymezení „ovládající osoby“ přesnější.

Stane-li se z dříve samostatných soutěžitelů řízená osoba a řídící osoba (typicky uzavřením ovládací smlouvy nebo smlouvy o převodu zisku), takže jeden z nich je podroben jednotnému řízení (ne tedy jeho pouhé možnosti, ale již existujícímu řídicímu vlivu), nejedná se sice o ovládnutí ve smyslu § 66a odst. 2–4 ObchZ, ale – ve srovnání s ním – o ještě významnější ztrátu podnikatelské a soutěžní nezávislosti. Jednotné řízení je vzhledem ke své totalitě spolehlivým indikátorem rozhodujícího vlivu též na soutěžní chování jiného subjektu a podle mého názoru *splývá* s pojmem kontroly podle § 12 ZOHS²⁵⁴.

Úplně jasná nebyla právní možnost „předčasného“ získání kontroly, tedy provedení transakce podléhající notifikaci ještě před jejím schválením příslušným úřadem. Pro tyto neurčitě vymezené případy (zahrnující v širším smyslu nejen

z r. 1991: „*Die Kontrolle kann sich über Gesamtheit eines Unternehmens erstrecken oder nur über die Teile, die aus einem Unternehmensverbund herausgetrennt und anschließend veräußert werden*“). Jedná se totiž o případy koncernů (svazků podniků), které mohou být v evropském právu považovány za „podnik“ (*Unternehmen, firm*), a tedy i subjekt soutěžního práva i bez formální právní subjektivity.

²⁵² Tzv. „ovládání ve všech oblastech“ je proto nedůležité – existuje-li, jde nesporně o znak rozhodujícího vlivu; neexistuje-li však, není to důkaz, že se o rozhodující vliv nejedná – stačí přece, aby nastala jedna ze skutečností předvídaných nevyvratitelnými domněnkami a žádné jiné „konkrétní oblasti“ nemají z hlediska ovládnutí význam. Rovněž tak „kontrola ve všech oblastech“ je jen důkazem o existenci (či možnosti) určujícího vlivu na soutěžní chování jiného soutěžitele, ale pokud není „kontrola“ skutečně ve všech oblastech (pojem „kontrola se tu ovšem používá v obecném, nikoliv zákonném slova smyslu), neznamená to, že subjekt neovlivňuje určujícím způsobem soutěžní chování jiného soutěžitele a že by nemohlo být dosaženo kontroly ve smyslu § 12 odst. 3 ZOHS.

²⁵³ Srov. §§ 66a odst. 7, 190a, 190b ObchZ.

²⁵⁴ Resp. metaforicky vyjádřeno: splňuje dokonce pojmové znaky kontroly „s rezervou“. K tomuto stanovisku se přiklonily i pozdější komentáře – srov. MUNKOVÁ, J., KINDL, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. C. H. Beck, 2007, str. 135. GLOGAROVÁ, J.: *K některým aspektům pojmu kontroly podle zákona o ochraně hospodářské soutěže a pojmu ovládnutí podle obchodního zákoníku*, Právní rozhledy 2008, č. 5, str. 182.

fúze, akvizice a vytvoření společného podniku, ale třeba i protisoutěžní dohody nebo praktiky považované za akvizice) se vžil pojem „*gun-jumping*“.²⁵⁵ Ustanovení § 18 odst. 1 ZOHS v platném znění již normuje výslovný zákaz uskutečnit spojení před podáním návrhu na zahájení řízení. Před novelou zákonem č. 361/2005 Sb. se dovozoval a doporučoval doktrinálně²⁵⁶. Judikatorně je prosazován ve světě ve značně široké podobě. Za takové zakázané postupy se považují²⁵⁷:

- nechráněná výměna informací. Soutěžně citlivé informace by si strany neměly vyměňovat nad nezbytný rámec plánování integrace, jednání a *due diligence*. Přitom by měly sjednat dohodu o zachování důvěrnosti informací;
- aktivity vedoucí k předčasné integraci, jako např. jakékoliv vystupování pod společným jménem, změny označení, jakékoliv působení jako jedna společnost, vystupování zaměstnanců jedné strany budoucí transakce jako zástupců strany druhé apod.;
- přenos řídicích pravomocí. Před schválením koncentrace nesmí kupující strana vykonávat (ani mít pouhou možnost vykonávat) kontrolu řízení cílové společnosti – a to ani předběžně, a ni následně, ani pozitivně (příkazy), ani negativně (zákazy);
- koordinace soutěžního chování. Je nepřipustné předem se domlouvat např. na marketingové strategii, na cenách nebo na odbytu výrobků, na rozdělení zákazníků nebo trhů;
- přesun nadměrného podnikatelského rizika z cílové společnosti na jejího nabyvatele. Nesmí být zničena soutěžní motivace prodávajícího a ani integrita cílového podniku.

²⁵⁵ Což se dá přeložit obrazně snad jako „předčasný start“. Blíže viz MODRALL, J. R., CIULLO, S.: *Gun-Jumping and EU Merger Control*, E.C.L.R. 2003, 9, str. 424 nsł.

²⁵⁶ Srov. BEJČEK, J.: *K pojmům kontroly soutěžního chování a ovládnání*, Právní rozhledy 2004, č. 15, str. 557 a násl.

²⁵⁷ Podle MODRALL, J. R., CIULLO, S., cit. práce, str. 429–430.

5. SUBSTANTIVNÍ TEST

Součástí „modernizačního balíčku“ soutěžního práva je i nová úprava kontroly spojování podniků (soutěžitelů). Všeobecně se akceptuje postoj, že jestli má kontrola koncentrací nějaký smysl a přínos veřejnému zájmu, spočívá v zachování soutěžních podmínek.²⁵⁸ Z tohoto hlediska je kontrola koncentrací velmi významnou součástí soutěžní politiky ES. Motivací změny, která našla výraz v Nařízení Rady ES č. 139/2004²⁵⁹, byla mj. snaha o posílení konkurenceschopnosti evropských podniků, o snížení administrativní náročnosti procesu (s výhledem masivního rozšíření EU) a o decentralizaci rozhodovací činnosti. Idea tvorby „národních šampionů“, kteří by lépe uspěli v mezinárodní celosvětové konkurenci, není (přes některé zřejmé ústupky v rozhodovací praxi Komise) akceptována jako součást evropské soutěžní politiky²⁶⁰.

Nařízení 139/2004 nepřináší (na rozdíl od Nařízení 1/2003) žádnou revoluční ani rozsáhlou změnu, ale je pouhou novelizací dřívějších nařízení 4064/1989 ve znění nařízení 1310/1997. Změna se nedotkla pojmu koncentrace²⁶¹ jakožto definované změny kontroly trvalého charakteru; i negativní vymezení fúze zůstalo zachováno. Vzhledem k centrálnímu významu kontroly koncentrací pro soutěžní prostředí na společném trhu nedošlo k decentralizaci rozhodovacích pravomocí a nemůže na rozdíl od rozhodování o zakázaných dohodách, rozhodnutích a sladěných praktikách podle Nařízení 1/2003 dojít ke kompetenčnímu konfliktu mezi národními úřady a Komisí.

²⁵⁸ Srov. VICKERS, J.: *Competition Economics and Policy*, E.C.L.R. 2003, 3, str. 98.

²⁵⁹ První české komentáře k této úpravě napsali velmi pohotově MUNKOVÁ, J.: *Nařízení o kontrole spojování podniků č. 139/2004 ES*, Právní rozhledy 2004, č. 12, str. 458; RAUS, D., NERUDA, R.: *Fúze a akvizice na společném trhu ES a jejich posuzování z pohledu soutěžního práva po 1. květnu 2004*, Právní zpravodaj 2004, č. 5, str. 1 nsl.

²⁶⁰ Srov. vystoupení evropské komisařky pro soutěž NEELIE KROESOVÉ ze 7. 2. 2005 (k dispozici na <http://europa.eu.int/rapidpressReleasesAction.do>), v němž se hlásí k myšlence, že šanci na úspěch v globálním měřítku mají společnosti, které jsou vystaveny silné domácí konkurenci a že je třeba energicky čelit svádění politiků, pokoušejících se v těžkých dobách prodávat sen o zaručeném mezinárodním úspěchu v důsledku vytváření národních a odvětvových šampionů (str. 3). Stávající systém kontroly koncentrací (po přijetí Nařízení č. 139/2004) se hodnotí (str. 5) jako zralý, založený na zdravé ekonomice a na stejných standardech jako „většina globálních jurisdikcí“, a ztělesňující principy proporcionality a subsidiarity prostřednictvím vhodné decentralizace rozhodování národními soutěžními úřady.

²⁶¹ Pojmy koncentrace a fúze se běžně používají i v evropských oficiálních dokumentech jako synonyma.

Paralelní projednávání návrhů na spojení několika orgány přirozeně možné je (tzv. přeshraniční fúze mohou ovlivnit soutěžní prostředí v několika zemích a navíc mohou mít i komunitární rozměr). Dělbá působnosti mezi jednotlivé orgány je v souladu se zásadou projednávat fúzi pokud možno jen u jednoho orgánu (*one stop shop*) umožněna zdokonalenou metodou postoupení (*referrals*) návrhu na povolení spojení buď Komisi nebo národnímu soutěžnímu orgánu, a to buď před oznámením nebo po oznámení. Má se zabránit mnohonásobné notifikaci a urychlit a zpružnit rozhodování o povolení fúzí. Pravomoci komise při zjišťování skutečností důležitých pro posouzení návrhu na spojení byly posíleny²⁶².

Kromě procesně právních změn přineslo Nařízení 139/2004 některé změny práva hmotného, především novou 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*) je nyní zavedeno poněkud nejasné kritérium významné (podstatné) překážky soutěže (*test SIEC*²⁶³ – *significant impediment to effective competition*).

Teprve praktické zkušenosti ukážou, zda je namíste optimistický závěr, že evropská kontrola fúzí není ani měkkší, ani tvrdší, jen je jasnější.²⁶⁴ Záleží to především na vyváženosti mezi uplatňováním nového substantivního testu (umožňujícího nepovolit i takovou fúzi, která nevede ke vzniku nebo posílení dominantního postavení – což by samo o sobě znamenalo potenciálně vyšší restriktivnost) a na druhé straně možnosti přiznat vyvažující účinek přínosům fúze (*efficiency*

²⁶² Včetně pravomoci Komise uložit sankci za odpírání informační součinnosti stran ve výši 1% celkového obrátu namísto dřívější maximální pevné částky 50 000,- EUR; na rozdíl od Nařízení 1/203 se však v případě fúzí nedovoluje úředníkům Komise vstupovat do neobchodních prostor.

²⁶³ Podrobnou analýzu a argumentaci srovnávající testy SIEC a SLC viz u KAUFHOLD, T.: *Das Eingreifs-kriterium in der europäischen Fusionskontrolle*, Nomos Vlg., Baden Baden, 2007 (242 stran).

²⁶⁴ Tak VON HINTEN-REED, N., CAMESASCA, P. D.: *European Merger Control: Tougher, Softer, Clearer?*, E.C.L.R. 2003, 9, str. 462. Např. jsou zpochybňovány úzkoprsé stanovené prahy koncentrace, teprve pod nimiž fúze nezbuzují obavy. Tak čl. 16 Guidelines on the assessment of horizontal merges under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (OJ 2004/C 31/03) jako „nepravděpodobný“ k zásahu označuje HHI pod 1000 bodů. To představuje 10 konkurentů o stejné velikosti po provedení fúze. Při tak nízké úrovni koncentrace by asi jen „ten nejparanooidnější pozorovatel mohl uvěřit, že vzniknou obavy z jednostranných nebo koordinovaných efektů“ (srov. BISHOP, S., RIDYARD, D.: *Prometheus Unbound: Increasing the Scope for Intervention in EC Merger Control*, E.C.L.R. 2003, 8, str. 361). Americké úřady a soudy akceptují u fúzí jako potenciálně nezávadnou podstatně vyšší míru koncentrace (srov. tamtéž, str. 362).

defence)²⁶⁵, kvůli nimž by fúze mohla být povolena i přes nepříznivý dopad na soutěž. Vyšší restriktivnost kvůli použitému kritériu substantivního testu by mohla být v důsledku vyvážena nebo dokonce převážena menší restriktivností díky liberálnímu posuzování přínosů fúze. Soustřeďovat pozornost jen na substantivní kritérium posuzování fúzí je tudíž metodologicky vadné a právně politicky neodůvodněné.

5.1. NOVÉ KRITÉRIUM SLUČITELNOSTI FÚZE SE SPOLEČNÝM TRHEM

Dřívější test dominance (čl. 2 odst. 2 Nařízení o kontrole koncentrací 4064/1989) stavěl na vzniku nebo posílení dominantního postavení, které by podstatně bránilo účinné soutěži na společném trhu nebo na jeho podstatné části – fúze, která sice založila nebo posílila dominantní postavení, ale k pravděpodobnému (předpokládanému) negativnímu podstatnému vlivu na soutěž nevedla, mohla být povolena²⁶⁶. Naopak však fúze nedosahující hranic dominance povolena být musela bez ohledu na to, že mohla soutěž v důsledku jednostranných nebo koordinovaných efektů nepříznivě ovlivnit. Změna spočívající v nahrazení testu dominance testem podstatného snížení (narušení) hospodářské soutěže (*SLC*, *SIEC*) se zdůvodňuje právě možností zachytit jak jednostranné, tak i koordinované účinky fúzí²⁶⁷.

Nekoordinované (nebo taky jednostranné) *efekty* fúzí spočívají v odstranění konkurentů z trhu v důsledku fúze, čímž se sníží soutěžní tlak na ty, kteří na trhu zůstali. Zvýšení ceny spojeným subjektem např. přivede zákazníky k subjektu stojícímu mimo fúzi, který také může poněkud zvýšit cenu. Přitom prostor pro vědomé paralelní chování (implicitní koluzi) nedokáže kartelové právo dost účinně kontrolovat ex post, a proto se dává přednost prevenci ve formě strukturálních

²⁶⁵ K tomu srov. VOIGT, S., SCHMIDT, A.: *Switching to Substantial Impediment of Competition (SIC) can have Substantial Costs - SIC!*, E.C.L.R. 2004, 9, str. 589.

²⁶⁶ Takový případ je ovšem málo pravděpodobný – přichází třeba v úvahu, pokud by silně dominantní soutěžitel zfúzoval s velmi malým konkurentem, čímž by se sice posílilo jeho již tak dominantní postavení, ale za podstatou zábranu účinné soutěži na trhu (která možná již neexistovala) by se to dalo sotva pokládat.

²⁶⁷ Srov. DUBOW, B., ELLIOT, D., MORRISON, E.: *Unilateral Effects and Merger Simulation Models*, E.C.L.R. 2004, 2, str. 114 nsl.

omezení *ex ante*, která systémově zužují prostor cenové koluze na oligopolních trzích.²⁶⁸

Koordinované efekty fúzí se vysvětlují jako důsledek snížení počtu soutěžitelů na relevantním trhu, které může vést ke kolektivní dominanci. Zvyšuje se pravděpodobnost koordinace chování zbylých soutěžitelů, aniž by se museli dopouštět zakázaného jednání ve smyslu čl. 81 SES. Taková koordinace je pravděpodobná zejména za podmínek, že trh je přehledný a dodržování podmínek se dá ostatními soutěžiteli lehce zjistit; že existuje věrohodný mechanismus odrazující od porušení onoho dorozumění mezi oligopolisty; že očekávané výsledky koordinace nemohou být zvnějšku ohroženy zejména stávajícími či budoucími konkurenty, kteří se koordinace chování nezúčastňují.²⁶⁹

V novém znění čl. 2 odst. 3 Nařízení o kontrole koncentrací 139/2004 stanovilo, že za neslučitelnou se společným trhem má být prohlášeno spojení, které by podstatně narušilo účinnou hospodářskou soutěž na společném trhu nebo jeho podstatné části, zejména (sic!) v důsledku vzniku či posílení dominantního postavení. Nevylučuje se tedy zákaz spojení ani v případě, že by test dominance nebyl splněn – stačí splnit test narušení účinné soutěže. Pohodlnost aplikačních orgánů nebo neschopnost použít relevantní ekonomické metody ke kvalitativní detekci možného narušení soutěže mohla dříve vést k mechanistické redukci na zjišťování vzniku nebo posílení tržní dominance, aniž by se zkoumal druhý – kvalitativní znak: podstatná zábrana efektivní soutěži na společném trhu nebo jeho podstatné části.

Jakési „obrácení pořadí“ ve vztahu dominance a podstatného narušení účinné soutěže v platném evropském nařízení o kontrole slučování podniku č. 149/2003²⁷⁰ oproti předchozí úpravě v Nařízení č. 4064/1989 mění formální akcenty, ale v praxi by nemuselo změnit naprosto nic.²⁷¹ Vhodná kombinace kvantitativních a kvalitativních hledisek při hodnocení koncentrací a prosazování nikoliv formalistických strukturálních hledisek, nýbrž především hlediska potenciálního a skutečného vlivu na hospodářskou soutěž, jsou určitě důležitější nežli změna slovního znění sub-

²⁶⁸ Srov. HAHN, A.: *Oligopolistische Marktbeherrschung in der Europäischen Fusionskontrolle*, Duncker & Humblot, Berlin 2003, str. 336.

²⁶⁹ Srov. Guidelines on the assessment of horizontal merges under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ 2004/C 31/03, zejména body 24, 39–41.

²⁷⁰ Které bylo obsahově shodně převzato i do platného znění § 17 odst. 3 ZOHS.

²⁷¹ Podobné hodnocení vyslovil PELLMANN, M.: *Significant Impediment to Effective Competition*, Nomos, Baden-Baden 2006, str. 195.

stantivního testu samotná. Více než statický pohled na tržní strukturu²⁷² včetně tržních podílů váží nyní více okolnost, zda fúze dovolí jejím účastníkům následně podstatně zvýšit ceny.²⁷³

Substantivní test nemá např. vliv na metodologii simulace důsledků fúze²⁷⁴. Použité ekonomické metody soutěžně právního hodnocení jsou důležitější nežli formulace substantivního testu; řádně provedená soutěžní analýza praktické rozdílly mezi substantivními testy stírá²⁷⁵. Při práci na Zelené knize v roce 2001 se ani většinou nepředpokládalo, že by mělo dojít ke změně substantivního testu a navíc jeho nové znění je vlastně návratem k původní koncepci diskutované již v r. 1973²⁷⁶.

Ekonomické metody nutné k posouzení možného podstatného narušení soutěže samozřejmě neposkytnou tolik právní jistoty jako formalistická metoda zjištění vzniku nebo posílení dominance (byť jen takové, která může podstatně ohrozit účinnou soutěž). Test *SLC* (*SlEC*) poskytuje přirozeně soutěžnímu úřadu více prostoru pro uvážení a snižuje poněkud předvídatelnost výsledku rozhodnutí. Právní jistota soutěžitelů (natož pak až „vypočitatelnost“ rozhodnutí soutěžního úřadu) však není hlavním cílem soutěžního práva. Ve spojení se „*soft law*“ (Návody) a s judikaturou se však i ona může rozumně zvyšovat.²⁷⁷

Testu dominance se vytýká, 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 stouply ceny nebo poklesl výstup. Test podstatného snížení nebo narušení

²⁷² Který se přičítá tradičně německému schématickému přístupu – srov. LEVY, N.: *Dominance versus SLC: A Subtle Distinction?*, in DRAUZ, G., REYNOLDS, M. (Ed.): *EC Merger Control*, Richmond Law and Tax Ltd., 2003, str. 155.

²⁷³ Tak WEITBRECHT, A.: *EU Merger Control in 2005 – An Overview*, ECLR, 2006, 2, str. 44.

²⁷⁴ Srov. KOKKORIS, I.: *Do Merger Simulation and Critical Loss Analysis Differ Under the SLC and Dominance Test?*, ECLR 2006, 5, str. 260.

²⁷⁵ Tak BISHOP, S., WALKER, M.: *The Economics of EC Competition Law*, Sweet & Maxwell, London, 2002, s. 313. Shodně KINDL, J.: *Kontrola koncentrací po vstupu České republiky do Evropské unie*, Právní rozhledy 2004, 22, str. 819.

²⁷⁶ Srov. FOUNTOUTAKOS, K., RYAN, S.: *A New Substantive Test for EU Merger Control*, ECLR 2005, 5, str. 296.

²⁷⁷ Ekonomizace rozhodování neznamená možnost vytváření empirických testů – hodnocení budoucího chování nelze spolehlivě vyvozovat ze současných údajů – srov. KOKKORIS, I.: *The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours Case – the Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test*, ECLR, 2005, 1, str. 47.

soutěže detekuje spíše změny v soutěži, zatímco test dominance se spíše pokouší změřit, kolik ještě soutěže na trhu zbývá.²⁷⁸

Jindy se ovšem dovozuje, že test podstatného snížení soutěže (*SLC test*) vypovídá o tom, kolik soutěže se z trhu ztratilo, zatímco test významné překážky účinné soutěže (*SIEC test*) má co činit s tím, kolik soutěže na trhu zůstane po fúzi²⁷⁹, tedy s tím, co podle předchozího názoru má identifikovat test dominance. Rozhodující bude nicméně odpověď na otázku, jak fúze (pravděpodobně) ovlivní soutěž, a nikoliv zda se jejím uskutečněním formálně překročí hranice dominance.

Pro praxi z toho plynou dva závěry: za pomoci testu *SLC* (nebo *SIEC*) lze zakázat i fúzi, která nepovede ke vzniku nebo posílení dominantního postavení. To je ovšem i při testu dominance funkčně nahraditelné evropským konstruktem tzv. kolektivní dominance. Za druhé je možno při testu *SLC* nezakázat fúzi ani při nabytí nebo posílení dominantního postavení, pokud by z fúze vyplynuly specifické přínosy (*efficiencies*), jichž by jinak dosaženo nebylo, nebo při použití tzv. obrany neúspěšné společnosti (*failing company defence*).

Přípustnost tzv. specifických přínosů fúzí předvídá nyní nově i evropské právo, na rozdíl od práva amerického, kde vyvažování výhod a nevýhod fúzí, resp. „výměny“ (*trade-offs*) snížení soutěže za specifické přínosy, byly běžné již dávno, zatímco v evropském právu se vycházelo ze striktní představy, že strukturální poškození soutěže v důsledku fúze není kompenzovatelné za dílčí a vesměs přechodné specifické výhody.

Evropské „měkké právo“²⁸⁰ výslovně uvádí, že přínosy fúze mohou vyvážit její (nepříznivé) účinky na soutěž, zejména její potenciální škodlivý dopad na spotřebitele. V celkovém soutěžním hodnocení fúze se zvažují i všechny odůvodněné přínosy fúze zejména – zvýhodňují-li spotřebitele, – jsou-li právě jen důsledkem fúze (*merger-specific*), a – jsou-li ověřitelné. Tyto podmínky musí být splněny kumulativně. Hodnocení spojení, které ústí v závěr o zásadním narušení nebo nenarušení účinné hospodářské soutěže na společném trhu nebo na jeho podstatné části, se podle čl. 2 Nařízení 139/2004 opírá o několik kritérií. I v těchto kritériích je obsažen technický a hospodářský rozvoj ku prospěchu spotřebitelů, pokud nebrání hospodářské soutěži. Postavení těchto okolností braných při posuzování

²⁷⁸ Srov. BURGSTALLER, M.: *Marktbeherrschung oder „Substantial Lessening of Competition“?*, WuW 2003, 7–8, str. 732.

²⁷⁹ Srov. postřeh J. T. LANGA cit. v práci VICKERS, J.: *Merger Policy in Europe. Retrospect and Prospect*, E.C.L.R. 2004, 7, str. 460.

²⁸⁰ Guidelines on the assessment of horizontal merges under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ 2004/C 31/03, body 76–78.

v úvahu, je zřejmě odlišné od kritérií uvedených v čl. 81 odst. 3 SES, která mohou „přebít“ zákaz uvedený v čl. 81 odst. 1 SES bez ohledu na ekonomické úvahy. Posuzování okolností podle čl. 2 odst. 1 Nařízení 139/2004 je podřízeno zastřešujícím ekonomickému kritériu, že nebudou vytvořeny překážky soutěži.

Samotný technický rozvoj tak nemůže převážít u posuzování fúzí nad požadavkem nenarušené soutěže. Čl. 81 odst. 3 SES je poněkud asymetrický – umožňuje, aby mimoekonomický požadavek technického rozvoje nad soutěžními hledisky převládl (zhoršení soutěže se umožňuje, protože zákaz podle čl. 81 odst. 3 se týká jen vyloučení soutěže u podstatné části dotčeného zboží). Dlouhodobá neudržitelnost tohoto rozdílného přístupu se kritizuje²⁸¹. Evropské soutěžní právo se tak vymanilo ze striktně normativního strukturálního přístupu a bere pragmatičtější zřetel i na mimostrukturální indikátory.²⁸²

Pokud jde o „obranu neúspěšné firmy“, ta byla i při „panování“ testu dominance možná.²⁸³ Fúze mohla být prohlášena za slučitelnou se společným trhem, i když vedla ke vzniku či k posílení dominantního postavení, pokud by – fúzí nabývaný podnik v krátké době stejně býval zmizel z trhu, – tržní podíl takto uvolněný stejně připadl nabývajícím podniku, – k navrhované fúzi neexistovala žádná jiná alternativa, která by byla pro soutěž méně škodlivá.

Rozdíl v těchto přístupech k základnímu testu pro povolení fúze není tedy co do výsledku jeho použití zásadní; někdy se dokonce tvrdí, že jde spíše o záležitost sémantiky.²⁸⁴ Jindy se naopak tvrdí, že sice rozdíly mezi oběma testy existují, ale že jejich uplatnění konečkonců vede k totožnému výsledku.²⁸⁵ Německý *Bundes-*

²⁸¹ Srov. WHISH, R.: *Competition Law*, 5th Ed., London, LexisNexis, 2003, str. 156.

²⁸² Jde patrně o vliv tendence, která dominuje v USA, k posilování ekonomických hledisek v soutěžním právu („*more economic approach*“). Srov. též BISHOP, S.-RIDYARD, D.: *Prometheus Unbound: Increasing the Scope for Intervention in EC Merger Control*, E.C.L.R. 2003, 8, str. 357 a násl.

²⁸³ „Leading case“ je *Kali Salz /Mdk Treuhand* (OJ L 186/38 1994).

²⁸⁴ Srov. AFTER, M.: *Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle (SLC –Test versus Marktbeherrschende Stellung – eine Frage der Semantik?)* WuW 2003, 1, str. 20 a násl. Podobnou otázku si klade THOMPSON, R.: *Goodbye to „the dominance test“? substantive appraisal under the new UK and EC merger regimes*, *Competition Law Journal*, vol. 2, issue 4, 2003/04, Jordan Publishing Ltd., s. 337.

²⁸⁵ Tak MONTALCINO, C.: *Substantive Tests – Are the Differences between the Dominance and SLC Tests Real or Semantic?*, in str. in DRAUZ, G., REYNOLDS, M. (Ed.): *EC Merger Control*, Richmond Law and Tax Ltd., 2003, s. 179. Změnu substantivního testu nepokládá za dramatickou z praktického hlediska ani autor aktuálního systematického pojednání NERUDA, R.: *Substantivní test v soutěžním právu*, *Právní rozhledy* 2008, č. 11, str. 393.

kartellamt konstatoval již v říjnu 2001²⁸⁶, že nedostatky testu dominance se nepotvrdily, a že pro přechod od něj k testu podstatného snížení soutěže nehovoří žádné přesvědčivé důvody. Snad i proto nakonec zvítězila kompromisní formulace významné překážky účinné soutěže, především v důsledku vytvoření nebo posílení dominantního postavení (*SIEC*). Pomyslná mezera mezi *SLC* testem a testem dominance se v Nařízení 139/2004 alespoň formulačně zavřela. Nový substantivní test se nyní považuje za ekonomicky jasnější metodu záchytu narušení soutěže v důsledku fúzí nežli test dominance²⁸⁷. Důležitější než apriorní názory a přesvědčení specialistů bude samozřejmě ustálení rozhodovací praxe Komise a národních soutěžních úřadů.

Nezanedbatelným přínosem změny znění substantivního testu může být trend k jisté integraci v posuzování nadnárodních fúzí, který by mohl omezit vliv „politických hrátek“ o národní zájmy namísto zájmu o nenarušené soutěžní prostředí (a v konečném důsledku o zájmy spotřebitelů).²⁸⁸

Samotné dosažení dominance nemusí být spolehlivým důvodem pro neschválení fúze a naopak jsou známy případy, kdy fúze nebyla schválena, aniž by došlo ke vzniku dominantního postavení (a to přitom ještě v době, kdy platil test dominance).²⁸⁹ Argumenty, že odstranění testu dominance by snížilo právní jistotu žadatelů v důsledku velmi širokého prostoru pro uvážení Komise, která by mohla

²⁸⁶ BUNDESKARTELLAMT: *Diskussionspapier – Das Unteragungskriterium in der Fusionskontrolle – Marktbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition*, str. 35–37, dostupné na internetové stránce www.bundeskartellamt.de/w.Deutsch/publikationen),

²⁸⁷ SCHWALBE, U.: *Marktbeherrschungs- oder SIEC-Test im GWB?* WuW, 2004, 10, 997.

²⁸⁸ Přehled substantivních testů v důležitých zemích a úvahy o kritériu přínosů fúzí viz u RENCKENS, A.: *Welfare standards, substantial tests, and efficiency considerations in merger policy: defending the efficiency defense*, *Journal of Competition Law and Economics*, 2007, 5, 149–179.

²⁸⁹ Srov. případ *Schneider Electric SA v. Commission T-310/01*, říjen 2001. Jinou situaci popisuje *After v. cit. práci* na str. 24: FTC USA (antitrustový federální úřad USA) posuzoval návrh na spojení dvou výrobců dětské výživy Heinz a Beech-Nut, kteří zaujímali druhé a třetí místo na relevantním trhu (společný podíl 35%), na němž dominoval s 65% podílem výrobce homogenních výrobků Gerber. Přesto, že oba spojující se výrobci měli určité regionální „pevnosti“, v nichž měli převahu na trhu (Gerber přitom patřil pravidelně mezi dvě nejprodávanější značky), celkově mezi druhým a třetím producentem panovala čilá soutěž o „druhou příčku“. Právě důvod, že by v důsledku navrhovaného spojení zmizel soutěžní tlak mezi dvěma nejbližšími konkurenty dominanta, vedl nakonec (po soudním přezkumu) k zákazu spojení v roce 2001.

provádět příliš intervencionistickou politiku²⁹⁰, nelze nicméně brát na lehkou váhu²⁹¹.

Tvrdí se, že podstatné narušení účinné soutěže (což ovšem je, resp. může být, úplně totéž, co podstatná překážka soutěže) poskytuje užitečnější hledisko, protože v mnoha případech trh bude mít stejně dominanta a pro mnoho fúzí bude relevantní otázka, zda se jejím prostřednictvím sníží nebo zvýší soutěž v procesu určování dominantní firmy.²⁹² Test podstatného snížení soutěže se pokládá za pružnější a méně právně rigidní ve srovnání s testem dominance, protože má blíže k duchu ekonomicky podložené analýzy fúze²⁹³ jako „tvrďšího“ testu pro navrhovatele fúze.²⁹⁴

Je zřejmé, že flexibilní aplikace a rozumné rozhodování je možné i v případě, že je zásadně platný koncept testu dominance. Získání nebo posílení dominantního postavení prostřednictvím fúze je dnes jen jedním z možných způsobů, jimiž lze významně narušit účinnou soutěž. Další případy takového „významného narušení“ bez vzniku nebo posílení dominance mohou být rovněž identifikovány, ovšem (s předpokládaným restriktivním výkladem pojmu) jen v případech takových protisoutěžních důsledků spojení, které plynou z nekoordinovaného jednání (jednostranných efektů) zúčastněných podniků.²⁹⁵

²⁹⁰ Srov. DRAUZ, G.: *Vorstellungen der EU – Kommission zur Reform der europäischen Fusionskontrolle*, in SCHWARZE, J.: *Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002, str. 51.

²⁹¹ BISHOP, S. A RIDYARD, D. v cit. práci na str. 363 tvrdí (snad poněkud předčasně), že se sice posiluje ekonomický rámec hodnocení koncentrací, že se však oznámení o hodnocení horizontálních fúzí (dnes Guidelines 2004/C 31/03) nastoupilo cestu k většímu intervencionismu Komise. Důležitější než dané hypotetické možnosti posuzování bude samozřejmě přístup Komise k hodnocení fúzí v praxi.

²⁹² LIND, R. C., MUYSERT, P.: *Innovation and Competition Policy: Challenges for the New Millenium*, E.C.L.R. 2003, 2, str. 92.

²⁹³ Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4046/89, prosinec 2001, str. 40.

²⁹⁴ Srov. GODDARD, G., CURRY, E.: *New Zealands´s New Merger test...*, E.C.L. R. 2003, 7, str. 300. Viz též NERUDA, R.: *Substantivní test v soutěžním právu*, Právní rozhledy 2008, č. 11.

²⁹⁵ Srov. „recital“ č. 25 z preambule Nařízení č. 139/2004.

5.2. „ŠEDÁ ZÓNA“ MEZI PRÁVEM A EKONOMIKOU

Z nového flexibilnějšího (ale též méně předvídatelného) testu pro posuzování slučitelnosti fúzí se společným trhem, který umožňuje neschválit i takové fúze, které nevedou ke vzniku či k posílení dominance na trhu, je zřejmý jistý příklon k ekonomickým kritériím hodnocení. Na rozdíl od pevných principů právní analýzy se ekonomické hodnocení opírá především o konkrétní situaci na trhu, a ve značné míře též o hypotetický vývoj budoucí²⁹⁶. Matematický aparát, ani používání křivek a dalších technických prostředků symbolického „uchopení“ ekonomické reality nevyloučí ovšem nejistotu budoucího vývoje. Je sotva možné dát navzdory pomoci těchto nástrojů spolehlivou odpověď na otázku, zda jednorázové ekonomické úspory, které jsou jako důsledek řady fúzí nesporné, nebudou ve středně- a dlouhodobé perspektivě vyváženy nedosaženými úsporami nákladů, k nimž v důsledku absence nebo poklesu soutěžního tlaku vůbec nedojde (I. Schmidt), a zda k všeobecnému (nikoliv k podnikovému) ekonomickému optimu není vhodnější zajištění strukturálních předpokladů trvalé existence takového tlaku.

Je nesporné, že nový test zachytí i takové případy nekoordinovaných nebo jednostranných efektů spojení (jistá kontrola cen a jiných soutěžních parametrů), které dřívější kritérium dominance nebylo schopno rozlišit, pokud ovšem nebyl použit koncept „kolektivní dominance“. Kritérium posílení nebo vzniku dominantního postavení (což je pojem spíše právní) je nyní podřízeno spíše ekonomicky pojatému kritériu (testu) významné překážky účinné soutěži (*SIEC*). Test dominance se pokládal již dříve za test méně ekonomicky opodstatněný a odůvodněný.²⁹⁷ Nicméně přinejmenším zpočátku (po zavedení nového substantivního testu) byla patrná tendence Komise uchýlovat se k jednoduššímu testu dominance; jakási setrvačnost a rutinní přístup k posuzování nebezpečnosti fúze podle původního substantivního kritéria přetrvávaly. Ještě v druhém pololetí roku 2005 se konstatovalo, že dokonce ve více než 70% rozhodnutí přijatých po zavedení nového substantivního testu Komise o jednostranných efektech ani neuvažovala, a hodnotila pouhou dominanci²⁹⁸. Může to být ovšem způsobeno i tím, že prostá dominance

²⁹⁶ Jak konstatoval možná příliš jednoznačně M. HUTCHINGS (*The Competition Between Law and Economics*, E.C.L.R. 9/2004, str. 531), právníci nejsou na rozdíl od ekonomů dobří ve spekulování, zejména v záležitostech fúzí, kde jde o odhad budoucích tržních účinků povolené fúze na základě aplikace ekonomických modelů.

²⁹⁷ Srov. Substantive Criteria used for the Assessment of Mergers, OECD Journal of Competition Law and Policy, Vol. 6, No 3, 2004, str. 93.

²⁹⁸ Tak BAXTER, S., DETHMERS, F.: *Unilateral Effects Under the European Merger Regulation: How Big is the Gap?* E.C.L.R. 2005, 7, str. 382.

je z povahy věci nejobvyklejším typem možnosti podstatného narušení soutěže (SIEC), které mohlo být natolik zjevné, že se další (jednostranné) efekty nezkoumaly. Situace v posuzování fúzí ovšem nebyla nikdy „binární“ ve smyslu „buď test dominance, nebo test SLC (SIEC)“. Důkladná analýza dopadu budoucí fúze nezřídka zahrnovala i posuzování nekoordinovaných efektů fúze, nehledě na vůdčí kritérium testu dominance. Možnost jednostranných efektů fúze se chápala jako přitěžující okolnost přistupující k analýze dominance²⁹⁹ a poprvé byla použita již v roce 1992³⁰⁰, tedy za existence testu dominance.

Je zjevné, že při posuzování jednostranných efektů se mohou jako protisoutěžní jevit i takové fúze, po jejichž uskutečnění by nový subjekt nezískal na relevantním trhu vůdčí pozici, a že je tedy pravděpodobnější intervence antimonopolního orgánu i proti subdominantnímu subjektu (po předpokládané fúzi) v případech, kdy je tento nový substantivní test zaveden.³⁰¹ Silně to bude ovlivněno zastupitelností výrobků fúzujících soutěžitelů – čím vyšší bude zastupitelnost jejich výrobků, tím pravděpodobnější bude zvýšení cen fúzujícími soutěžiteli.³⁰²

Tvrdí se, že podstatné narušení účinné soutěže (což ovšem je, resp. může být, úplně totéž, co podstatná překážka soutěže) poskytuje užitečnější hledisko, protože v mnoha případech trh bude mít stejně dominanta a pro mnoho fúzí bude relevantní otázka, zda se jejím prostřednictvím sníží nebo zvýší soutěž v procesu určování dominantní firmy.³⁰³ Test podstatného snížení soutěže se pokládá za pružnější a méně právně rigidní ve srovnání s testem dominance, protože má blíže k duchu ekonomicky podložené analýzy fúze³⁰⁴ jako „tvrdšího“ testu pro navrhovatele fúze.³⁰⁵

Je zřejmé, že flexibilní aplikace a rozumné rozhodování jsou možné i v případě, že je zásadně platný koncept testu dominance. Získání nebo posílení dominantního postavení prostřednictvím fúze je dnes jen jedním z možných způsobů, jimiž lze významně narušit účinnou soutěž. Další případy takového „významného narušení“ bez vzniku nebo posílení dominance mohou být rovněž identifikovány, ovšem (s předpokládaným restriktivním výkladem pojmu) jen v případech takových

²⁹⁹ Srov. VÖLCKER, S. B.: *Mind the Gap: Unilateral Effects Analysis Arrives in EC Merger Control*, E.C.L.R. 2004, 7, str. 398 nsl.

³⁰⁰ V případě Du Pont/ICI, IV/M. 214, 30. 9. 1992.

³⁰¹ Viz výše cit. „model“ Heinz/Beech Nutt.

³⁰² Srov. *EC Horizontal Merger Guidelines*, čl. 28.

³⁰³ LIND, R.C.-MUYSERT, P.: cit. práce, str. 92.

³⁰⁴ *Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4046/89*, prosinec 2001, str. 40.

³⁰⁵ Srov. GODDARD, G. – CURRY, E.: cit. práce, str. 300.

protisoutěžních důsledků spojení, které plynou z nekoordinovaného jednání (jednostranných efektů) zúčastněných podniků.³⁰⁶

V odborné literatuře³⁰⁷ se předvídá, že změna substantivního testu bude znamenat reálnou změnu v posuzování jen u fúzí na oligopolních trzích (typicky u redukce se tří soutěžitelů na dva), zatímco na trzích monopolních či monopolním trhům blízkých se pravděpodobně téměř se nezmění, podobně jako na trzích fragmentovaných s mnoha soutěžiteli.

Rozhodující samozřejmě bude konkrétní interpretace a aplikace, a nikoliv akademická sémantická cvičení. Záruka další dynamiky (a patrně i jiné nekonsistentnosti) je ve faktu, že o fúzi rozhoduje nejvhodnější orgán (*most appropriate authority*), a to podle vlastního hmotného práva³⁰⁸ (na rozdíl od rozhodování podle článků 81 a 82 SES, při němž se podle čl. 3 Nařízení 1/2003 používá evropské právo). Převedení rozhodovací pravomoci o případu fúze, které bude založeno na úvahách o její administrativní proveditelnosti, bude tedy někdy znamenat také změnu použitého hmotného práva (včetně možnosti použití jiného substantivního testu), což se nepokládá právě za model dlouhodobé harmonie.³⁰⁹ Zatímco nedostatky v „institucionální paměti“ Komise³¹⁰ mohou být v případě jejího nekonsistentního rozhodování či používání ekonomických hledisek napraveny soudním přezkumem ústředním soudním orgánem (Soudem první instance), v případě nekonzistence mezi postupem národních orgánů by to bylo obtížnější.³¹¹

³⁰⁶ Srov. „*recital*“ č. 25 z preambule Nařízení č. 139/2004.

³⁰⁷ BAXTER, S., DETHMERS, F.: op. cit., str. 388–389.

³⁰⁸ Ve Velké Británii se např. používá test SLC, český zákon hovoří o podstatném narušení hospodářské soutěže.

³⁰⁹ Srov. WEITBRECHT, A.: *EU Merger Control in 2004 – An Overview*, E.C.L.R. 2005, č. 2, str. 69.

³¹⁰ HUTCHINGS, M.: *The Competition between Law and Economics*, E.C.L.R. 2004, 9, str. 532.

³¹¹ Řešením by byla harmonizace hmotného práva i metodiky posuzování fúzí; nepůjde-li ovšem o komunitární rozměr fúze, není zase právního důvodu a ani politické vůle se o ni snažit; kruh se uzavírá...

6. EKONOMICKÁ ANALÝZA A „*MORE ECONOMIC APPROACH*“

Docela cynický názor (který je proto asi blízko pravdě) na setrvačnost starých teorií vyslovil v r. 1936 J. M. Keynes ve své knize o všeobecné teorii zaměstnanosti, úroku a peněz. Právil, že ideje ekonomů a politických filosofů jsou silnější, nežli se obvykle předpokládá. Praktici, kteří se obvykle pokládají za imunní vůči jakýmkoliv intelektuálním vlivům, jsou ve skutečnosti často otroky mrtvých ekonomů. Mocní mužové, kteří „slyší hlasy“, ve skutečnosti podle Keynese destilují bláznovství nějakých akademických pisálků vyslovená před pár lety. Štiplavě též konstatoval, že v oblasti ekonomické a politické filosofie není pravděpodobné, že by se vyskytlo mnoho lidí starších dvaceti pěti až třiceti let pod vlivem nových teorií, takže myšlenky úředníků, politiků a dokonce agitátorů aplikované v aktuálních situacích pravděpodobně nejsou nejnovější. Nicméně za nebezpečnější považoval nikoliv zájmy, ale pronikání idejí³¹², takže se (pozn. JB) na psychologicko – sociologicky podmíněnou setrvačnost zájmů tak moc nespolehal. Bez Keynesovy elegance lze ovšem navíc namítnout, že ideje nelze geneticky od zájmů oddělit.

Trend k ekonomizaci právního rozhodování není tedy vyvolán především teoretickými závěry a doporučeními spolehlivých metod modelování budoucnosti, ale má zcela zřejmé zájmové pozadí. „Kyvadlový pohyb“ mezi zájmy výrobců a spotřebitelů, závislý na politické konstelaci reprezentantů té či oné strany, vede k rozkolísání legislativy i (a to více) rozhodovací praxe. Soutěžní politika, která hledá určitý zájmový kompromis, je druhem politické dohody, která vytváří kritéria pro vyvážené uplatnění zájmů výrobců i spotřebitelů. Efektivní výrobce se nemusí nutně podělit se spotřebiteli dostačujícím způsobem o výnosy ze své efektivnosti, nebude-li k tomu donucen.

Ekonomický přístup, který prosadila tzv. Chicagská škola, se považuje za vítězství výrobců, jimž bylo povoleno získat tržní moc s legitimací efektivnosti, aniž by to nutně vedlo ke spotřebitelskému tlaku na regulaci podnikání.³¹³ Nicméně apli-

³¹² Cit. volně podle VICKERS, J.: *Competition Economics and Policy*, E.C.L.R. 2003, 3, str. 95, 102.

³¹³ K tomu srov. BAKER, J. B.: *Competition policy as a political bargain*, *Antitrust Law Journal*, 2006, issue 2, str. 483, 505. Uvádí se (tamtéž, str. 506 an), že v 80. letech 20. století v USA mj. poklesl podstatně rozpočet protitrustových úřadů a počet zaměstnanců klesl téměř na polovinu. Na neobvykle nízkou úroveň (ve srovnání s předchůdci i následovníky presidenta Reagana) klesl počet projednávaných případů vertikálních omezení soutěže, po konci Reaganovy éry podstatně vzrostl počet neschválených fúzí... Reaganova administrati-

kační orgány v USA vystupovaly i přesto důsledně proti horizontálním cenovým dohodám, proti dohodám o rozdělení trhu a proti fúzím mezi konkurenty, vedoucím k vysoké koncentraci. V éře označované jako „*post-Chicago*“ se opět prosazuje větší intervencionismus, ale tzv. ekonomický přístup se přesto akceptuje. Jakékoliv návrhy na zrušení antitrustového práva proto, že způsobuje více škody než užitku, jsou dnes pokládány za úplné vybočení z hlavního názorového proudu.³¹⁴ Přesto je nutné dbát na to, aby podnikatelé nebyli svazováni příliš přísnými pravidly natolik, aby politickou dohodu o soutěžní politice přestali považovat za nevýhodnou a aby se nezorganizovali politicky k tomu, že by zrušili nebo podstatně oslabili stávající antitrustové zákony (k čemuž mají nesporně lepší možnosti nežli spotřebitelé k opačnému tlaku).³¹⁵

Zájmové pozadí lze vytušit i ve změně přístupů k evropskému soutěžnímu právu v několika posledních letech. Hovoří se o zdůrazňování ekonomických hledisek (*more economic approach*)³¹⁶ a o potlačování normativního přístupu. Tento trend ekonomizace je i v pozadí tzv. modernizačního balíčku evropského soutěžního práva. Její motivy však byly komplexnější, i když je nutno přiznat, že zřejmě nebyly komplexní dostatečně, že nebyly dostatečně teoreticky zdůvodněny,

va též navrhla závažná změkčení antitrustových zákonů, vedoucí až k „nestruturovanému“ posuzování podle pravidla „*rule of reason*“ (tamtéž, str. 508). Ministerstvo spravedlnosti dokonce navrhlo Nejvyššímu soudu i změnu tradičního pravidla o per-se zákazu vertikálních cenových dohod (*resale price maintenance, RPM*).

Pozn. JB: je zřejmé, že ona dynamická rovnováha mezi zájmovými skupinami je docela vratká a vrtkavá – The American Antitrust Institute (www.antitrustinstitute.org) informoval 28. 7. 2007, že Nejvyšší soud zvrátil 96 let starý precedent o automatickém zákazu RPM tím, že požaduje přezkoumání takové dohody na základě rule of reason v každém jednotlivém případě z hlediska možných protisoutěžních účinků. Hodnotí se to jako špatná zpráva pro spotřebitele, kteří mohou v důsledku toho očekávat vyšší ceny, a jako aktivismus Nejvyššího soudu, jednajícího v rozporu s vůlí Kongresu.

³¹⁴ Srov. BAKER, cit. práce, str. 512.

³¹⁵ Podobně tamtéž, zejm. str. 519.

³¹⁶ K tomu srov. např. VICKERS, J.: cit. práce (2003), str. 95 a násl.; HUTCHINGS, M.: *The Competition between Law and Economics*, E.C.L.R. 2004, 9, str. 531–533; NITSCHKE, R., HIELERT, J.: *Die ökonomische Analyse auf dem Vormarsch – Europäische Reform und deutsche Wettbewerbspolitik*, WuW 2004, 3, str. 250 a násl.; BÖGE, U.: *Der more economic approach und die deutsche Wettbewerbspolitik*, WuW 2004, 7–8, str. 726 a násl.; HILDEBRAND, D.: *Der more economic approach in der Wettbewerbspolitik*, WuW 2005, 5, str. 513 a násl.; MAAHS, CH.: *Wettbewerbschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden*, WuW 2005, 1, str. 49 a násl.. Fundovanou analýzu z hlediska vztahu českého a komunitárního práva podává PETR, M.: *Modernizace komunitárního soutěžního práva*. 1. vyd. Praha, C. H. Beck, 2008.

a že jejich hlavní motiv byl pragmatický.³¹⁷ Na druhé straně lze ovšem argumentovat i tak, že žádná teorie hospodářské soutěže dosud nebyla přesvědčivější, nežli právní normy, které z ní vycházely a které se o ni opíraly. Nevyvratitelné vědecké důkazy ekonomické teorie neposkytují (obecně a i v případě teorií soutěžních), takže se (ostatně jako dosud vždy v oblasti soutěžního práva) vycházelo z dostatečně masivní politické podpory nového přístupu, opřené o přijatelné argumenty teoretické, ale především vynucené silou soutěžně politické reality a zpětné vazby, která signalizovala nefunkčnost stávajícího systému.

Evropské soutěžní právo je již po léta, a vlastně od svého počátku, vystaveno střetu dvou zásadních přístupů: jednak tzv. ekonomického přístupu, a jednak tzv. systémově teoretického přístupu³¹⁸. Ekonomický přístup klade důraz na vliv hospodářské soutěže na výrobní, alokační a dynamickou efektivnost; opírá se o hypotézu, že existuje příčinná souvislost mezi strukturou trhu, tržním chováním a výsledky dosaženými na trhu a klade si otázku, zda je skutečná soutěž funkční (podstatná, účinná, intenzivní). Tržní situace se poměřují jakousi propagovanou ideální normou a zkoumá se, zda v praxi dochází k odchylkám od této normy. V praxi soutěžní politiky se tento přístup projevuje zkoumáním výsledků na trhu, stanovením norem přípustného tržního chování a zásahy do tržní struktury.

Systémově teoretický přístup považuje naproti tomu za hlavní (ne-li jedinou) funkci soutěže zajišťování svobody. Kauzální vazby mezi strukturou trhu, chováním něm a dosahovanými výsledky nevidí, ale tvrdí, že dobré ekonomické výsledky závisí přímo úměrně jen na svobodě soutěže. Neklade si otázku po účinnosti, intenzitě nebo podstatnosti soutěže, ale jen se zajímá o to, zda existuje tržní

³¹⁷ Srov. např. velmi zdrženlivé až kritické a odmítavé reakce na plánovanou modernizaci evropského soutěžního práva po vydání tzv. „Bílé knihy“ v r. 1999, zejména ze strany představitelů ordoliberalní německé školy soutěžního práva. Tyto názory shrnuje např. L. TICHÝ v článku „Změna paradigmatu evropského soutěžního práva a její význam pro Českou republiku“, Právní rozhledy 2004, 2, str. 61 a násl. Z informativních publikací o tomto tématu v češtině lze uvést především MUNKOVÁ, J.: *Reforma evropského soutěžního práva a její vliv na soutěžní předpisy a rozhodování soutěžních věcí Úřadem a soudy v ČR*, Právní rozhledy 7/2003, str. 18–21; MUNKOVÁ, J.: *Narižzení o kontrole spojování podniků č. 139/2004 ES*, Právní rozhledy 12/2004, str. 458–463; Soutěžní FIALA, T.: *Právo evropských společenství*, Právní rádce 2004, 4, příloha „praktická příručka“; NERUDA, R.: *Modernizace evropského soutěžního práva a její dopad na české soutěžitele*, Právní fórum 2004, 7, (str. 263–272) a 2005, 1 (str. 19–25); BEJČEK, J.: *Decentralizovaná aplikace a modernizace evropského soutěžního práva*, sborník XV. Karlovarské právnické dny, Linde, Praha 2005, str. 32–51.

³¹⁸ Srov. HERDZINA, K.: *Wettbewerbspolitik*, 4. A., G. Fischer Verlag, Stuttgart 1995, str. 114 a násl.

svoboda a zda není žádoucí svobodná soutěž omezoována. Soutěžně politicky se přístup projevuje zákazovými normami o chování na trhu. Intervence do struktury trhu se neprovádějí.

V obou případech jde ale z praktického hlediska ovlivňování soutěže o přístup normativní, byť v případě ekonomického přístupu se normovalo více, v systémově teoretickém rámci se (při spoléhání se na samoregulaci svobodných trhů) normativně regulovalo méně.

Tento ekonomizující přístup nebyl zaveden „od zeleného stolu“, ale jde spíše o označení většího důrazu na ekonomické zdůvodnění rozhodnutí hodnocení Komise, které postupně začal požadovat Evropský soudní dvůr, resp. Soud prvního stupně³¹⁹. Komise v důsledku tohoto vývoje začala též přikládat mnohem větší váhu promyšlené ekonomické analýze, která by měla vést k vyšší právní jistotě.³²⁰ Ekonomizace rozhodování na základě „ad hoc“ ekonomických analýz však patrně k vyšší právní jistotě nepovede; vyšší transparentnost rozhodování se též dá zpochybnit, protože to, co platí v jednom případě a za konkrétních podmínek, nemusí být relevantní v jiném případě. Navíc asi povede provádění nejruznějších ekonomických analýz k vyšším nákladům účastníků řízení i Komise.³²¹ Dokonce se občas varuje před „bitvou posudků“³²².

Více spravedlnosti v jednotlivém případě bude znamenat také větší náklady v jednotlivém případě; otázkou, která se dá sotva ekonomicky vyřešit ex ante, je, zda souhrn nákladů nezatíží celkovou bilanci tak že onen „*more economic approach*“ nakonec nebude méně ekonomicky efektivní. K tomu samozřejmě přistupuje faktor času (větší časová náročnost při ekonomicky sofistikovanějším rozhodování), který zejména u posuzování fúzí může vést k obavě stran raději se nespojovat, nežli postupovat zdlouhavé rozhodování s nejistým výsledkem; strany by mohly preferovat jinou investiční variantu.

Nejistotu při rozhodování o jednotlivém případě nebude nikdy možno odstranit úplně, a to ani při širším používání ekonomických metod, modelů, simulací a vý-

³¹⁹ Příznačné je trojí zrušení rozhodnutí Komise (ve sporech o povolení fúzí: případ *Airtours*, případ *Schneider Electric* a případ *Tetra Laval*) Soudem první instance v roce 2002 právě z důvodů nedostatečného ekonomického odůvodnění rozhodnutí.

³²⁰ Srov. MONTI, M.: *EU Competition policy after May 2005*, Speech 03/489, Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York, 24. 10. 2003, in. CHRISTIANSEN, A.: *Die Ökonomisierung der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?*, WuW 2005, 3, str. 285.

³²¹ Srov. CHRISTIANSEN v cit práci, str. 292.

³²² Srov. cit. zprávu MAAHS, CH., str. 53.

počtů. Teoretická základna soutěžní politiky bude muset i nadále poskytovat hypotetické návody.

Koncepcí, deklarovaný přístup vyžaduje jen *more economic approach* (více ekonomického přístupu), nikoliv *vylučně* ekonomický přístup. Jedná se tedy pouze o posun na pomyslné škále mezi *per-se* metodou a metodou *rule of reason* směrem k poslézu uvedenému pólu a k důrazu na konkrétní okolnosti jednotlivého případu.³²³

Zdůrazňování ekonomických hledisek při posuzování situace na trhu a při aplikaci soutěžního práva neznamená tedy nějaké opuštění normativních hledisek vůbec a nahrazení jakýmsi ryze „ekonomicky oportunním“ přístupem „*case by case*“.

³²³ Že ani ekonomické metody nejsou samospásné, a že střídavě podléhají módám i nebolibě, nebude asi nikdo zpochybňovat. Ilustrativní je příklad rozhodnutí britského antimonopolního úřadu (uvedený v cit. článku M. HUTCHINGSE na str. 532), v němž se v r. 1979 konstatovalo, že výroková exkluzivita mrazicích boxů je v souladu s veřejným zájmem (výrobcům bylo povoleno vyžadovat od nakupujících naplňování dodaných boxů výlučně jen jejich – výrobcem dodávanými – zmrzlinami). V r. 1994 bylo vydáno úplně stejné rozhodnutí. Ovšem v r. 1998 došlo ke změně názoru a konstatovalo se, že taková exkluzivita omezuje hospodářskou soutěž. Podmínky se za 4 roky změnily, ovšem nikoliv podstatně (podíl hlavního dodavatele mrazicích boxů na trhu vzrostl z 66% v r. 1994 na 70% v r. 1998, takže dominance nemohla být hlavním kritériem rozhodování. Z hlediska transparentnosti a právní jistoty by vhodnější bylo jasné normativní řešení (zásadní zákaz exkluzivity). Dostatečné vysvětlení, proč se rozhodnutí změnilo, nebo proč předchozí rozhodnutí nebylo správné, nebylo podáno (nedostatek institucionální paměti). Podobný případ rozdílného hodnocení stejné situace popsal FIALA, T. (*Výhody a rizika plynoucí pro podnikatelské subjekty z nového systému prosazování soutěžních pravidel v rámci EU*, VOX, Praha 2004, str. 8): v r. 2003 zakázal český ÚOHS dohody o výhradním nákupu piva proto, že mohou narušit hospodářskou soutěž; Plzeňský Prazdroj překračoval 30% podíl na relevantním trhu. Holandský soutěžní úřad naopak v r. 2002 schválil smlouvě Heineken dohody o výhradním nákupu piva, i když podíl Heinekenu přesahoval 50%. Holandskému úřadu stačila k tomuto závěru skutečnost, že cca 40% hospod nebylo vázáno těmito výhradními smlouvami, což postačovalo k zachování soutěže. Samotné dominantní postavení na trhu nemusí tedy automaticky znamenat citelné narušení soutěže a záleží spíše na tom, zda se postupuje spíše formalisticky nebo na bázi *celkového ekonomického kontextu* dohody.

6.1. „AUTOMATICKÝ“ VERSUS „ROZUMNÝ ZÁKAZ“ A „NORMATIVNÍ“ VERSUS „EKONOMICKÝ“ PŘÍSTUP

V zásadě je možno z hlediska normativního rozlišit dva základní přístupy:

- zákaz protisoutěžního postupu bez dalšího, „*automaticky*“, zákaz „jako takový“,
- tzv. *podmíněný* zákaz na základě zvážení konkrétních okolností jednotlivého případu a zejména poměru dosažených výhod a míry ohrožení hospodářské soutěže.

Ustálené pojmosloví používá pro tyto metody anglické a zinternacionalizované označení *per se rule* a *rule of reason*.

Rozlišování metod *per-se* a *rule of reason* vychází z amerického Common Law, které některá omezení hospodářské soutěže považovalo za nepřípustná a zakázaná, ledaže by s ohledem na konkrétní okolnosti byla nutná jako vedlejší ujednání k hlavnímu předmětu smlouvy (tzv. *ancillary restrictions*).³²⁴

Výhodou metody *per-se* je zejména větší právní jistota, lehčí důkazní situace (dokazuje se jen existence či naplnění skutkové podstaty *per-se* zakázaného postupu) a vyloučení možnosti svévolného rozhodování na straně kartelových úřadů.

Nevýhodou je naopak určitý schematismus a strnulost rozhodování, kdy se příliš věcně neposuzuje, ale jen „zařazuje“ a neumožňuje se přípuštění soutěžněpoliticky přece jen žádoucí odchylky v konkrétním jednotlivém případě. Tyto nevýhody a výhody musí být navzájem vyváženy.

Pokud postupy soutěžitelů mohou být z hlediska soutěžní politiky ambivalentní (prospěšné i škodlivé), ale statisticky vzato převažují škodlivé účinky, je namísto kontrola preventivní. Naopak jestliže v hraničních případech převažují obvykle účinky konformní s cíly soutěžní politiky, je účelnější kontrola následná.

Výhody i nevýhody metody *rule of reason* jsou zrcadlově obrácené ve srovnání s metodou *per-se*. Metoda *rule of reason* je funkčně rovnocenná s metodou *per-se* zákazu, spojenou s možností výjimek a dá se použít v soutěžněpoliticky ambivalentních případech, kde obvykle převládá slučitelnost jednání s cíly soutěžní politiky. Poskytuje se větší prostor správním orgánům k individualizaci posouzení, ale tím je menší právní jistota a předvídatelnost parametrů důležitých pro podnikatele.

³²⁴ Blíže srov. BEJČEK, J.: *Existenční ochrana konkurence*, MU Brno 1996, str. 114 a násl.

Rovněž při použití této metody je možná jak kontrola předběžná, tak i následná, a důkazní břemeno může mít jak kartelový úřad, tak i podnikatel. Neexistuje důvod, proč by na určité způsoby protisoutěžních postupů měla být použita buď jen metoda *per-se* nebo jen metoda *rule of reason*. Možnost výjimek, předběžnost či následnost zákazu a možné přesuny důkazního břemene dávají tomuto instrumentáriu velkou míru flexibility. Ostatně právní příkaz, zákaz a právní povolení nemají od sebe tak daleko, jak by se na prvý pohled mohlo zdát.

Per-se metodou prosazované pravidlo ilegality je vhodné jen tehdy, vztahuje-li se jen na chování, které je *evidentně a za všech okolností* vždy nebo téměř vždy protisoutěžní. Analýza metodou *rule of reason* se používá tehdy, nedá-li se soutěžní chování zařadit do tzv. kategorie *per-se*. Pak se musí konkrétně zkoumat soutěžní nebezpečnost jednání v jednotlivém zcela individualizovaném a konkrétním případě. Jde o navýsost hodnotovou analýzu, pomáhající najít východisko a řešení zájmových cílových konfliktů.³²⁵

Metoda *per-se* pokrývá tu oblast, kterou bychom mohli označit jako „*hard core* – kartely“, jako cenová ujednání a dohody o rozdělení trhu. Pro kooperační postupy ohrožující soutěž a pro vertikální smlouvy omezující soutěž bývá častěji zavedena analýza *rule of reason*. Formulují se určité skupiny takových *per-se* zakázaných způsobů chování a většinou se doprovázejí výčtem výjimek ze zákazu (podmíněných nebo nepodmíněných)³²⁶.

³²⁵ Ještě v r. 1972 psal B. SANGMEISTER (*Die rule of reason und das per-se Konzept in der Rechtsprechung des Supreme Court der USA zu § 1 Sherman Act*, Carl Heymans Verlag KG, Köln 1975, str. 29), že do kategorie zákazů *per-se* patří cenová ujednání, dohody o rozdělení zákazníků a území, dohody o omezení výroby, ziskové a ztrátové „*pooly*“ (rozdělení rizika) a skupinové bojkoty – to vše jako horizontální ujednání, a jako vertikální ujednání v určitém rozsahu také omezení zákazníků a území. Již v r. 1990 to však nebyla pravda a okruh se zúžil na horizontální cenová ujednání, vázané obchody byly již hodnoceny i podle pravidla *rule of reason*, skupinový bojkot byl též rozhodnut podle *rule of reason* a též ve vertikálním cenovém ujednání se prosadilo toto hodnocení (srov. TOEPKE, U. P.: *Per se Verbot und die Rule of reason: Der Wandel vom Automatismus des Kartellverbots in Section I Sherman Act zur „Per se perhaps“ Regel des United States Supreme Court*, WuW 1990, 7–8, str. 578–592). Konstatuje se (tamtéž, str. 588), že „zlatá éra antitrustového práva se svým automatismem při uplatňování principu „*per-se*“ už neexistuje“. Přitom další posun k uvolnění striktních *per-se* pravidel v rozhodovací poraxi Komise a evropských soudů v následujících letech až dodneška je evidentní.

³²⁶ Tak např. horizontální cenová ujednání se tradičně považovala za krystalicky čistý a typický případ kartelu, kde není místo pro výjimky, a kde se dá použít zákaz *per-se*, a to *ex ante*. Nicméně jsou patrné tendence zavádět *rule of reason* i do oblastí, kde se o tom

Složitější je to u tržních struktur, ohrožujících soutěž – těm by se podle tradičních názorů nemělo vůbec dovolit vzniknout, a proto se doporučovala metoda zákazu *per-se*.³²⁷ Problém je ovšem identifikovat, zda spojení podniků skutečně přinese ohrožení soutěže (a v jakém rozsahu) a nebo srovnatelnou kompenzabilní nebo dokonce převažující výhodu. Tato otázka je mnohem složitější než posuzování kartelů.

Všeobecný zákaz fúzí ani plošné všeobecné ztížení se nedá doporučit, stejně ovšem jako všeobecná rezignace na koncentraci ekonomiky. Proto je vhodnější metoda *rule of reason*, s tím, že fúze od určité nebezpečné hranice tržní moci zúčastněných (tzv. „sloní svatby“) lze podřídit zákazu *per-se* s možností zkoumání prohlašované specifčnosti v řízení o udělení výjimky s důkazním břemenem na straně podnikatelů.

Zabraňovací praktiky lze podle závažnosti zařadit do skupiny vhodné pro metodu zákazu *per-se* (bojkot, diskriminace) a/nebo do působnosti *rule of reason* (zneužití tržní moci odepřením kontraktace) s kontrolou *ex post*.

Již dříve se konstatovalo³²⁸, že spor kolem metody *per-se* a *rule of reason* je řešitelný nikoliv odpovědí „bud' a nebo“, ale spíše odpovědí typu „přijde na to“ (*es kommt darauf an, it depends*), závisející na zvážení všech kladných i záporných účinků na soutěž.

Metoda *rule of reason* pomáhá překonávat dilema drakonického (nikoliv hospodářsky racionálního) myšlení. Přístup *per-se* při absolutizaci, nemožnosti výjimek a širokém použití by bylo možno také označit za „*per-se unreasonableness*“. Vždyť přece *per-se* metoda je (měla by být) jen jiným (zkráceným, zobecněným, zoperacionalizovaným) vyjádřením hospodářské a společenské racionality a neměla by se s jiným jejím vyjádřením (totiž v principu *rule of reason*) vylučovat, ale naopak doplňovat.

v minulosti neuvažovalo (dokonce právě i v horizontálních cenových ujednáních, skupinových bojkotech a vázaných obchodech).

³²⁷ Tak MÖSCHEL, W.: *Der Oligopolmißbrauch im Recht des Wettbewerbsbeschränkungen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1974, str. 23. Nutno ovšem zdůraznit, že potíž je ve vyřešení cílového konfliktu, k němuž absolutizovaná metoda *per-se* mnoho možností neposkytuje. Nemůže platit „*Vivat concurrentia, pereat mundus!*“ Poslední vývoj evropského práva směřuje zcela jednoznačně i v této oblasti k posuzování na základě „*rule of reason*“ (srov. níže komentované zavedení nového substantivního testu u fúzí s evropským dopadem, tzv. testu podstatného omezení účinné soutěže, SIEC).

³²⁸ Srov. ÜLMER, P.: *Rule of Reason im Rahmen von Artikel 85 EWGV*, Recht der internationalen Wirtschaft 1985, 7, str. 524

Analýza z hlediska *rule of reason* a postup metodou *per-se* nejsou ve své podstatě nic jiného, nežli dvě různé metody určování toho, zda omezení soutěže je „*unreasonable*“, tedy zda jeho protisoutěžní působení bude vyváženo působením prosoutěžním nebo nikoliv.

Automatismus při uplatňování metody *per-se* ustupuje stále častěji posuzování konkrétního případu a dopadům na soutěž. Dokonce se konstatuje,³²⁹ že dnes existuje jen velmi málo oblastí, které by bylo možno jednoznačně a bez jakéhokoli dalšího zkoumání příslušným soudem podřídít pravidlu *per-se*.

Soudím, že tento vývoj může mít příčinu v rostoucí složitosti hospodářského života, které už nepostačuje zkrácená a zjednodušená forma racionality prostřednictvím metody *per-se*, ale vyžaduje si důkladnější zkoumání všech okolností a souvislostí. Vždyť i Sherman Act obsahoval v 1. článku jen jeden zákaz a měl jen jeden účel, k jehož naplnění soudy postupně používaly jen jinou metodu (*rule of reason*). Spor o metodu regulace kartelového práva se tak může v podstatě redukovat na spor o *doslovný* výklad práva nebo o výklad *teleologický*.

V právním státě to ovšem není bagatelní otázka. Preferování (ba co víc, pouhé připuštění) účelového výkladu práva je nebezpečný a zhoubný proces pro právní jistotu a v této oblasti i pro základní právní záruky ekonomické prosperity. Provádět teleologickou redukci normy může snáze americký soudce než soudce kontinentální, natož pak kontinentální úředník na příslušném protikartelovém úřadu.

Problém volby metody postupu proti protisoutěžním jednáním, strategiím a chováním původně vznikl jako důsledek příliš málo propracovaného ustanovení sec. 1 Sherman Act, kterému bylo třeba dát prakticky použitelný obsah. Problém přístupu podle *rule of reason* má nejméně ještě jednu závažnou společenskou dimenzi. Pokud rozhoduje o aplikaci protikartelových předpisů nezávislý soud, je metoda *rule of reason* lépe chráněna proti zneužitím ze strany nátlakových skupin, než když v rámci správního uvážení tyto otázky řeší administrativní orgán. Nepří-
mým argumentem pro udržení metody *per-se* v zemích s takovým systémem rozhodování je i tato okolnost. *Per-se* metoda je sice strnulější, ale dává přesnější hranice tzv. správnímu uvážení a přece jen asi brání přeměně pravidla *rule of reason* v „*rule of lobbyism*“.

Toto dilema dvou zdánlivě neslučitelných metod je poněkud uměle vyhocené, jako by *rule of reason* a *per-se* byly úplně odlišné, ač evidentně jde jen o dva různé projevy prosoutěžní racionality. Jako kdyby racionální soutěžní politika mohla být zajištěna výlučně jen uplatňováním pravidel *per-se*, a jako by i *per-se* pravidla neumožňovala správní uvážení a racionální (*reasonable*) soutěžní politiku.

³²⁹ Tak TOEPKE, cit. práce, str. 592.

Uplatňuje-li se *rule of reason*, měly by být do posuzování soutěžně ekonomické racionality zapojeny expertní orgány, neboť ani soud není tím nejlépe vybaveným orgánem pro posuzování složitých soutěžně ekonomických souvislostí. Otázku volby tzv. metody nelze uměle vyhrocovat. Vždyť i požadavek zastánců volné soutěže, aby (pokud už nebude nastolena rovnou situace *laissez-faire*) soutěžní pravidla měla formu *per-se*, je nedomyšlený. Má-li se tím bránit rozhodnutím v rámci diskrečního uvážení příslušného úřadu, je jiné uvážení (a třeba přesvědčné a dogmatické) obsaženo plošně v onom zákonném pravidle *per-se*, které může poškozovat soutěž. Je sice pravda, že platí fikce racionálního zákonodárce, a že se v legislativním procesu hůře prosazují skupinové zájmy, ale i takové případy existují. Pak by se paradoxně tito zastánci metody *per-se* jako menšího zla ve skutečnosti vlastně zastávali i narušování soutěže normativním nesprávným opatřením státu s útechou, že je to aspoň předem jasné.

6.2. ETAPA „VÍCE EKONOMICKÉHO PŘÍSTUPU“ (*MORE ECONOMIC APPROACH*) V EVROPSKÉM SOUTĚŽNÍM PRÁVU

Předchozí obecnější úvaha může posloužit jako opora k zachování metodicky skeptického stanoviska k poslednímu vývoji v oblasti evropského soutěžního práva, které – jak v legislativní rovině, tak i v rozhodovací praxi – výrazně akcentuje ekonomické hodnocení dopadů chování konkurentů na trh, nežli dříve tak frekventované formálnější posuzování souladu nebo nesouladu s nepodmíněnými zákazovými normami.

Poněkud zjednodušeně se dá říci že právníci ztotožňovali soutěžní právo s aplikací zákonem stanovených principů a nehledali odpověď na otázku, které řešení je ekonomicky správné, ale které je v souladu s výkladem stanovených pravidel. Ekonomové uvažují jinak a není pro ně základem právní princip, ale tržní stuace a praxe, s níž jsou konfrontováni.³³⁰

Ekonomické metody v soutěžní politice nelze přitom ztotožňovat jen s kvantifikací soutěžních problémů; poskytují především možnost nalézt věcně fundovaná a objektivní rozhodnutí na základě řady moderních analytických metod včetně ekonomického simulačního modelování, jimž „formálně juristická optika“ nezřídka překážela³³¹. Nejde samozřejmě o žádný průlom, neboť koneckonců i pravidla *per-*

³³⁰ Srov. HUTCHINGS, cit. práce, str. 531.

³³¹ Srov. HILDEBRAND, D. cit. práce, str. 513.

se byla stanovena na základě ekonomické analýzy, která stála v pozadí zákonem vymezeného soutěžního řádu; zatímco však byla chápána spíše jako nástroj „statistické spravedlnosti“, ekonomický přístup dovoluje lépe posoudit a zhodnotit *konkrétní* situaci *konkrétních* soutěžitelů v určité době a její vliv na soutěžní prostředí. Dá se též snad hovořit o „kasuističtější metodě“.

6.3. CO JE „EKONOMICKÉ“?

Situace není zdaleka taková, že by se od vágních, nejasných, neurčitých, ne-transparentních kritérií právního posuzování soutěžního chování mělo přejít k jasně definovaným, transparentním a předvídatelným kritériím ekonomickým. Je známou skutečností a notorií, že cíle právní regulace nejsou jen komplementární, ale i konkurenční.³³² Podobně ovšem ani ekonomický přístup není prost vnitřní diferenciací a vnitřní rozporností ekonomicky pojatých cílů, takže i ony ekonomické cíle podléhají hierarchizaci a optimalizačnímu vyvažování.³³³ K tomu přistupuje i neujasněnost samotného pojmu efektivity, jejíž vymezení je nutně spojeno s přijetím některého teoretického pojetí (čili mj. hodnotového stanoviska). Samotný pojem efektivity se pokládá v dílech předních autorit za sporný.³³⁴ I v otázce ekonomičnosti či efektivity určitého řešení (a nezáleží na tom, zda kasuistického v jednotlivém případě, nebo normativního) je konečným soudcem čas. Hodnotová a konvencionalistická hlediska nejsou tedy výsadou jen právních předpisů, ale i jakékoliv koncepce ekonomické efektivity. Efektivnost jako taková má sotva nějakou hodnotu sama o sobě, není-li založena na dohodě dotčených lidí.³³⁵ Je tedy třeba i v rámci tzv. „více ekonomického přístupu“ vážit mezi různými aspekty ekonomických jevů a jejich hodnocení.

Ekonomové sami jsou vesměs školeni nikoliv jako specialisté na ekonomiku soutěže, ale obvykle jako mikroekonomové, ev. se specializací na ekonometrické

³³² Srov. např. cíle rovnosti a ochrany slabší strany, cíle ochrany soutěže a ochrany soutěžitele, cíle podpory inovací a podpory rovné soutěže, apod.

³³³ Srov. např. hledisko krátkodobé a dlouhodobé efektivity, mikro- a makroekonomické efektivity apod.

³³⁴ Tak např. ROTHBARD, M. N. (Comment: *The Myth of Efficiency*, str. 90, cit. podle ŠÍMA, J.: *Ekonomie a právo*, VŠE Praha 2004, str. 77) konstatuje: „...jelikož nikdo nemůže nikdy mít dokonalé informace o budoucnosti, ničím jednáním nemůžeme nazvat efektivní. Žijeme ve světě nejistoty. Efektivnost je proto chimérou.“

³³⁵ Parafraze citátu J. BUCHANANA, cit. podle ŠÍMA, J., cit. práce, str. 80.

metody a průmyslovou organizaci³³⁶. Nezřídka jen zpětně racionalizují a teoreticky *ex post* vysvětlují obchodní praktiky, které existovaly mnohem dříve než teorie je vysvětlující. Soutěžní právo však není aplikovaná ekonometrie, ani jen aplikovaná mikroekonomie. Zabezpečuje existenci a funkci soutěžního prostředí jakožto institucionálního předpokladu fungování trhů – má tedy i funkci makroekonomickou.

Ekonomické metody, zrozené ze Smithovy morální filozofie³³⁷, nemohou svůj hodnotový (morálně filozofický, tedy nejen jednokriteriálně ekonomický) základ zastít ani používáním rovnic, statistik, grafů a tabulek a dalšího technického instrumentária. Intuitivnost hodnotových soudů se za hradbou těchto zastíracích pomůcek možná lépe skryje, ale neodstraní se tím.

K úzce ekonomickému pohledu v praxi pravidelně přistupuje nekvantifikovatelný a asi i nemodelovatelný 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. Soutěž na trhu, jakožto jedna z hodnot a jeden ze společenských cílů, umožňující v zásadě svobodné působení tržních sil³³⁸, samozřejmě nenahrazuje soutěž mezi různými společenskými cíly a prioritami, včetně cíle a priority samotné soutěže jako instituce; o těchto zájmových (hodnotových) střetech se rozhoduje politickými prostředky.

Má-li být cílem evropského soutěžního práva (kromě podpory vytvoření jednotného trhu) podporovat a chránit hospodářskou soutěž a jejím prostřednictvím ekonomickou efektivnost, je nutno vycházet z jistých *teoretických* rozdílů mezi různými formami či aspekty efektivnosti – její právní definice totiž není k dispozici.

Běžně se uznávají tři podoby efektivnosti³³⁹:

- *alokativní* efektivnost, která odpovídá situaci, v níž jsou zboží a služby alokovány u spotřebitelů (v širokém slova smyslu, tedy nejen u konečných

³³⁶ Srov. NIELS, G.: *The economist in court: guilty of theories that don't fit the facts*, Competition Law Review, 2007, vol. 6, issue 4, str. 358.

³³⁷ SMITH, A.: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, klasické dílo morální filozofie, vydané poprvé v r. 1776; česky dostupné např. jako SMITH, A.: *Pojednání o původu a podstatě bohatství národů*, Praha, Liberální institut, 2001.

³³⁸ Jemuž A. Smith říkal metaforicky „neviditelná ruka trhu“ ...

³³⁹ Srov. např. AREEDA, P., KAPLOW, L.: *Antitrust Analysis*, Aspen Law & Business, 5th Ed., New York 1997, str. 5 a násl.

konzumentů, ale i u těch, kteří vykazují tzv. výrobní spotřebu) podle cen, které jsou ochotni platit; tyto ceny nepřekročí marginální náklady výroby. Tato efektivnost nastane v situaci dokonalé konkurence, kde výrobce nemůže omezením výroby ovlivnit tržní cenu, a proto také nemá zájem to dělat.³⁴⁰ Alokativně neefektivní jsou situace, v nichž tržně silné subjekty mají schopnost ovlivnit cenu omezením výroby a cena překročí mezní náklady³⁴¹. Dohody nebo fúze, které směřují ke zvýšení tržní síly, mohou posilovat tendence k alokativní neefektivnosti.³⁴²

- *Výrobní* efektivnost, která označuje výrobu zboží a poskytování služeb s nejnižšími možnými náklady. Tržní výkon je maximalizován prostřednictvím co nejeftivnější kombinace vstupů, což znamená, že je k výrobě dotčeného zboží nebo poskytnutí služeb využito co možná nejmenšího objemu zdrojů (společenského bohatství).³⁴³
- *Dynamické* efektivnosti se dosahuje, když výrobci trvale inovují a vyvíjejí nové výrobky jako součást boje o tržní podíly získáváním nových zákazníků.

V ideálním případě by hospodářská soutěž měla podporovat ekonomickou efektivnost v její alokativní podobě i ve výrobní podobě a přitom by ještě měla podporovat inovace. Problém spočívá v tom, že uvedené tři složky efektivnosti nemusí být nutně konsistentní a při hodnocení určité dohody mezi soutěžiteli nebo jejich chování může docházet k napětí.³⁴⁴

Například fúze mohou přispívat k úsporám z rozsahu a z širší sortimentu výroby (*economies of scale and scope*), a tím naplňovat výrobní efektivnost. Na druhé straně může zfúzovaný subjekt dosáhnout vyšší tržní moci, a tím i schopnosti dosahovat „nadsoutěžních“ cen, což narušuje alokativní efektivnost. Tržní síla navíc může vést silný subjekt k zanedbání inovací (protože například vysoké bariéry vstupu do odvětví odrazují možné zájemce). Pak se musí zvážit, zda výhody výrobní efektiv-

³⁴⁰ Srov. BISHOP, S. M., WALKER, D.: *The Economics of EC Competition – Concepts, Application and Measurement*, 2nd Ed., Sweet & Maxwell, 2002, str. 20–21.

³⁴¹ Mezní náklady (*marginal costs*) jsou zvýšením celkových nákladů nutným k výrobě jedné dodatečné jednotky výstupu (nebo snížením celkových nákladů v důsledku zmenšení výstupu o jednotku). Srov. SAMUELSON, NORDHAUS, cit. práce, str. 974.

³⁴² GERADIN, D.: *Efficiency claims in EC competition law and sector-specific regulation*, draft paper, Workshop on Comparative Competition Law (*The Evolution of European Competition Law – Whose Regulation, Which Regulation?*), Firenze 12.–13. 11. 2004, str. 3.

³⁴³ Srov. WHISH, R.: *Competition Law*, Butterworths, 4th Ed., 2001, str. 3.

³⁴⁴ Jak ilustrativně s příklady, které přebírám, ukazuje Geradin v cit. práci na str. 3–4.

nosti (fúzí uspořené náklady) budou přeneseny na spotřebitele (což by neutralizovalo nepříznivé cenové dopady vyšší tržní koncentrace), nebo zda zůstanou spojeným subjektům ve formě vyšších zisků.

Podobně kontroverzní je – evropskou judikaturou vytvořená – doktrína zpřístupnění tzv. „podstatných zařízení“ (*essential facilities*), vlastněných či provozovaných monopolním či dominantním subjektem. Na jedné straně takové nucené zpřístupnění posiluje soutěž na navazujících (podřazených) trzích (např. zpřístupnění distribuční elektrické sítě posiluje soutěž na trhu distribuce elektřiny), ale na straně druhé může podvázat motivaci dominantního provozovatele sítě k inovacím, čímž může oslabit dynamickou efektivnost.

Inovačními motivy mohou přitom argumentovat jak ti, kteří o umožnění přístupu k podstatným zařízením usilují, tak ti, která tato zařízení vlastní a díky úsporám z měřítka dosahují vyšší výrobní efektivnosti a mohou tak část vyššího zisku investovat do inovací a vývoje nových technologií.

Nezbytným a velmi nesnadným úkolem antitrustových úřadů je proto provést komplexní test, který by všechny tyto možné efekty a jejich souvislosti zvažil. „Spotřebitelský blahobyť“ (*consumer welfare*), který je používán jako prvořadé agregované kritérium evropského soutěžního práva³⁴⁵, nasvědčuje spíše tomu, že se bere na zřetel především efektivnost alokativní (aby spotřebitelé obdrželi podstatnou část z přírůstku efektivnosti)³⁴⁶ – pouhý zisk výrobce není jako důsledek vyšší efektivnosti dostačující.

Navíc ovšem – kromě pojmu spotřebitelského blahobytu, neurčitého již svou kvalitativní podstatou – přistupuje problém transferu blahobytu skutečného a stranami jen tvrzeného, a záruk a instrumentů, jak deklarované transfery podstatných částí zisku spotřebitelům do budoucna zajistit. Přitom se musí dbát na to, aby nebyly preferovány jen krátkodobé přenosy úspor na spotřebitele (krátkodobý spotřebitelský blahobyť); úspěšným subjektům musí být ponechány dostatečné zdroje k investicím do budoucích inovací.³⁴⁷

Přestože se za hlavní cíl Evropské smlouvy považuje³⁴⁸ vytvoření jednotného vnitřního trhu bez překážek volného pohybu zboží, osob, služeb a kapitálu mezi členskými státy, co do důsledku si hodnota soutěže s tímto cílem nekonkuruje, byť může cíl integrace vnitřního trhu občas Komisi vést k rozhodnutí, které zakazuje

³⁴⁵ Srov. BISHOP, WALKER, cit. práce, str. 24.

³⁴⁶ Tak GERADIN, cit. práce, str. 3

³⁴⁷ Srov. BISHOP, WALKER, cit. práce, str. 26.

³⁴⁸ Viz článek 3 odst. 1, písm. c) Evropské smlouvy.

i takové omezení soutěže, které by přinášelo ekonomické výhody.³⁴⁹ Jednotný vnitřní trh je totiž sám o sobě nástrojem ekonomické efektivity – odstranění překážek volného pohybu jednak stimuluje soutěž mezi výrobci a přispívá tím k alokativní efektivity; velikost integrovaného trhu umožňuje dosahovat úspor z rozsahu (*economies of scale*) a přispívá tak k výrobní efektivity; navíc je velikost integrovaného trhu stimulační pro šíření inovací v členských státech, čímž přispívá i k efektivity dynamické.³⁵⁰

Zdůraznění ekonomického přístupu v soutěžním právu je plošné a je výrazem určité právně politické tendence, kterou nelze omezit jen na kontrolu spojování soutěžitelů. Proto ve stručnosti uvedu projevy a problémy spojené s touto tendencí ve všech třech oblastech soutěžního práva.

6.4. „VÍCE EKONOMICKÉHO PŘÍSTUPU“ PŘI POSUZOVÁNÍ DOHOD OMEZUJÍCÍCH SOUTĚŽ

Kombinace zákazového principu čl. 81 odst. 1 SES³⁵¹ s výjimkami podle čl. 81 odst. 3 SES³⁵² je ukázkou použití přístupu „*rule of reason*“ při hodnocení dohod omezujících soutěž. Zákazové protisoutěžní prvky uvedené v odst. 1 se zvažují v konfrontaci s vyvažujícími a soutěž neohrožujícími prvky obsaženými v odst. 3 čl. 81.

³⁴⁹ Podobně GERADIN, cit. práce, str. 4.

³⁵⁰ Tamtéž.

³⁵¹ Čl. 81 odst. 1 SES zakazuje veškeré dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž cílem nebo výsledkem je vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na společném trhu.

³⁵² Čl. 81 odst. 3 SES vyjímá ze zákazu dohod podle čl. 81 odst. 1 takové dohody, které:

- přispívají ke zlepšení výroby nebo distribuce výrobků nebo k podpoře technického či hospodářského pokroku, přičemž vyhrazují spotřebitelům přiměřený podíl na výhodách z toho plynoucích
- neukládají stranám omezení, která nejsou k dosažení těchto cílů nezbytná
- neumožní stranám vyloučit hospodářskou soutěž ve vztahu k podstatné části výrobků tím dotčených.

Tyto podmínky platí *kumulativně* jejich výčet je *uzavřený (taxativní)*. Výjimky ze zákazu podle čl. 81(3) se vztahují jen na výše vyjmenované případy; nevztahují se tedy např. na dohodu, která by zvýšila zaměstnanost v některé zemi Unie, což je nikoliv soutěžní cíl.

Přesto, že se text čl. 81 SES nezměnil, bylo a je možné prosadit větší důraz na ekonomické zdůvodnění rozhodnutí o dohodách omezujících soutěž nejen prostřednictvím judikatury a tzv. blokových vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž³⁵³, ale i za pomoci Návodů (*Guidelines*)³⁵⁴. Obecněji nežli u blokových vynětí ze zákazu kartelových dohod se v čl. 81 odst. 3 normují ekonomicky rozumná vynětí ze zákazu takových dohod; doplněním o blokové výjimky a o interpretační vodítko v Návodech (*Guidelines*) se „rozumná“ řešení stávají normativními ať už v podobě „*hard law*“ nebo „*soft law*“. *Guidelines* obsahují řadu stanovisek a doporučení a jsou jakýmsi „měkkými normami“, odvozenými z judikatorní kasuistiky³⁵⁵ a jejich cílem je mj. „udržet rovnováhu mezi zákazovým pravidlem a pravidlem pro výjimku ze zákazu“.³⁵⁶

Bloková vynětí určitých kategorií dohod ze zákazu i Návody Komise (*Guidelines*) nabízejí po bližším zkoumání³⁵⁷ důvodný závěr, že ekonomizace přístupu k dohodám omezujícím soutěž je dlouhodobým a záměrným trendem, jímž se evropské soutěžní právo řídí. Konstatuje se,³⁵⁸ že ani ekonomický přístup k čl. 81 neznamená, že by se nad rámec výjimek v čl. 81 odst. 3 umožňovala kompenzace narušení soutěže mimosoutěžními cíli.³⁵⁹ Prosoutěžní a protisoutěžní účinky dohod

³⁵³ Srov. nařízení Komise 2658/2000 (o aplikaci čl. 81 Evropské smlouvy na kategorie specializačních dohod), nařízení Komise 2659/2000 (o vynětí kategorií dohod ve výzkumu a vývoji), nařízení Komise 2790/1999 (o vynětí kategorií vertikálních dohod a sladěných praktik), nařízení Komise 772/2004 (o vynětí kategorií dohod o převodu technologií).

³⁵⁴ *Guidelines on the application of Art 81 (3) of the Treaty*, O.J. C 101 z 27. dubna 2004.

³⁵⁵ Tak se např. v čl. 18 *Guidelines* zakotvují dva testy, jimiž se zkoumá, zda dohoda omezuje skutečnou nebo potenciální soutěž, která by byla jinak existovala bez oné dohody, a nebo bez konkrétního smluvního omezení obsaženého v testované dohodě.

³⁵⁶ KJØLBYE, L.: *The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81*, E.C.L.R. 2004, 9, str. 570.

³⁵⁷ Které ve specializované literatuře provedli zejména cit. autoři KJØLBYE a GERADIN a jejichž dílčími analýzami čtenáře nezatěžují a referují jen o celkových závěrech...

³⁵⁸ KJØLBYE, L. v cit. práci na str. 570 a násl.

³⁵⁹ V této souvislosti je vhodné poznamenat, že pojem *účinné* soutěže neznamená ochranu ekonomické svobody jakožto „hodnoty o sobě“. Účinná soutěž je charakterizována svým účinkem na blahobyt spotřebitelů, nemůže být vedena heslem „*fiat competitio, pereat mundus*“. Zdá se, že na vazbu mezi ochranou ekonomické svobody jako nepřímého nástroje zajišťování dlouhodobého ekonomického blahobytu spotřebitelů poněkud pozapomíná ve své přemýšlivé stati KINDL, J.: *Pojem narušení hospodářské soutěže – obecná východiska a konkrétní aplikace*, Právní rozhledy 2005, 10, str. 343 a násl. Žádný teoretik a tím méně antimonopolní úřad přece vážně neprosazuje svobodu soutěže jako formálně estetický samoúčel („soutěž musí být svobodná, protože to zapadá do spekulativní normativní koncepce a pěkně to vypadá?“); svoboda soutěže je nástrojem přispívajícím k ekonomické

se hodnotí případ o případu, ale měly by se zásadně vyvažovat na týchž geografických relevantních trzích.³⁶⁰ Znakem ekonomického přístupu, který nemůže zdůrazňovat jen aktuální efekty bez vztahu k budoucímu vývoji, je požadavek³⁶¹, aby dohoda soutěžitelů a její účinky byly posuzovány v *kontextu*, ne tedy výlučně podle *okamžiku*, v němž byla uzavřena. Výlučné posuzování podle stavu *ex ante* by bylo neodůvodněné a musí být vzaty v úvahu i faktory, které nastaly po uzavření dohody.

Při vědomí, že posuzování ekonomických přínosů a výhod není exaktní věda, ale že se nezbytně *do jisté míry* vždy pojí s arbitrárností, se dají vymezit alespoň obecná pravidla posuzování ekonomických výhod a přínosů (*efficiencies*)³⁶² obsažená v čl. 81 SES, v několika blokových výjimkách a v Návodech Komise (*Guidelines*), která arbitrárnosti ekonomické analýzy staví hranice; ve spojení s rozhodovací praxí Komise a evropských soudů jsou postupně zjemňována.

Tato pravidla mohou posloužit i jako obecné vodítko pro praktiky pohybující se na „tenkém ledě“ ekonomicky „zajímavých“ dohod omezujících aktuálně nebo potenciálně soutěž. Vypracovat samostatně pravidla správného postupu (kombinací primární legislativy, blokových výjimek, Návodů Komise, a to vše při zvážení značné kasuističnosti a rozsahu těchto pravidel, modifikovaných navíc rozhodovací praxí Komise a evropských soudů) je pro většinu soutěžitelů úkol nad jejich síly.

- Výhody musí být *odůvodněné*. Neberou se v úvahu vágní odkazy na budoucí přínosy vyplývající z omezení soutěže.
- Výhody musí být *objektivní*, tedy založené na věrohodných ekonomických údajích, a nikoliv na subjektivním hodnocení stran dohody.
- Omezení soutěže musí být *nezbytné* k dosažení proklamovaných výhod; tzn., že ona výhoda není dosažitelná prostřednictvím dohody méně omezující soutěž (neexistuje méně restriktivní alternativa).

racionalitě a blahobytu. Posun ve stanoviscích Komise i v evropské legislativě k „*more economic approach*“ v posledních letech znamená především menší spoléhání na tyto dlouhodobé účinky svobodné soutěže a ochotu posoudit *ex ante* kladné přínosy určitých omezení svobodné soutěže k onomu základnímu cíli soutěžního práva, jímž přece není formálně fundamentalisticky a paranoidně posuzovaná „čistota nástroje“ (tedy *svobodná* soutěž), ale dosažení *cíle* – ekonomického blahobytu (spotřebitelů v širokém slova smyslu).

³⁶⁰ Srov. čl. 43 *Guidelines* o aplikaci čl. 81 odst. 3.

³⁶¹ Čl. 44 a 45 *Návodů* (*Guidelines*).

³⁶² Přejímám a parafrázuji výčet D. GERADINA z cit. práce, str. 19–20.

- Deklarované výhody musí *převážít* (nestačí „vyvážit“) omezení soutěže vyvolaná posuzovanou dohodou. Čistý celkový dopad dohody musí být ekonomicky pozitivní.
- Spotřebitelé (v širším, nejen „konsumentském“ slova smyslu) musí obdržet *podstatnou část výhod* vyplývajících z příslušného omezení. Nemusí přitom tedy jít o přenos každé jednotlivé výhody na spotřebitele, ale postačuje přenesení jejich podstatné části. Spotřebitel může v důsledku restriktivní dohody utrpět i nevýhodu (např. vyšší cenu), která však bude kompenzována jinou výhodou (např. vyšší kvalitou výrobku). Přenesení výhod na spotřebitele bude záviset přímo úměrně na elasticitě poptávky (podstatné snížení ceny v důsledku restriktivní dohody může vést při elastické poptávce k přenosu výhody z takové dohody plynoucí na větší množství spotřebitelů).
- Mezi intenzitou omezení soutěže v dohodě na jedné straně, a velikostí výhod z dohody vyplývajících, které obdrží spotřebitelé, musí být *přímá úměra*. Čím více dohodou utrpí soutěž, tím větší prospěch musí být přenesen na spotřebitele.³⁶³
- Neexistují takové výhody, které by ospravedlnily *úplné* vyloučení soutěže. Komise uznává, že rivalita mezi soutěžiteli je základním předpokladem a stimulatorem efektivnosti. Vyloučení soutěže na určitém věcném trhu by sice mohlo přinést výrazné krátkodobé přínosy, které by ale byly převáženy dlouhodobými ztrátami. Na rozdíl od dřívějšího postoje Komise, který kladl rovnítko mezi vyloučením soutěže a získáním dominantního postavení, se v rámci ekonomického posuzování dohod omezujících soutěž tento test formální test opustil. Z Návodů plyne, že čl. 81 (3) SES lze použít i u dohod soutěžitelů s dominantním postavením.³⁶⁴ Nezáleží apriorně na prahových hodnotách podílu na relevantním trhu. Návodů tím vědomě neposkytují „bezpečný přístav“ přijatelnosti restriktivní dohody a zdůrazňují tak nezbytnost jemnější analýzy konkrétních okolností.
- Výhody a přínosy plynoucí z restriktivní dohody musí být tržně specifické, tedy vztahují se k *témuž trhu* a jejich vztah k omezení soutěže se hodnotí rovněž na tomtéž trhu. Negativní dopady na spotřebitele na jednom trhu nemohou být vyváženy (resp. převáženy) spotřebitelskými výhodami na jiném trhu, ledaže by šlo o trhy propojené (pak by ovšem ony trhy nebyly oddělené a zahrnovaly by totožné skupiny spotřebitelů).

³⁶³ Hovoří se o „klouzavé stupnici“ (*sliding scale*).

³⁶⁴ Shodně KJØLBYE v cit. práci na str. 576.

- Hodnocení podle čl.1 81 odst. 3 závisí na eventuálních *změnách* rozhodných skutečností; není učiněno jednou provždy, ale jen pro dobu, v níž jsou kumulativně splněny všechny požadované podmínky.
- Proklamované výhody *nemohou* vyplývat z uskutečňování tržní moci. Tak např. úspory nákladů způsobené restriktivní dohodou nemohou být výsledkem uplatnění tržní moci (pak by totiž ona dohoda byla z hlediska zvýšení efektivity zbytečná, protože úspory nákladů by tržně silný subjekt dosáhl a přitom by se soutěž dohodou nemusela omezovat – byl by tím ostatně porušen i výše uvedený princip nezbytnosti).

6.5. ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ

Ani tento sektor evropského soutěžního práva nemohl zůstat stranou trendu posílení ekonomických metod hodnocení. Situace je o to složitější, že zde – na rozdíl od dohod omezujících soutěž – neexistuje výjimka ze zákazu zneužití dominantního postavení. Problém opuštění rigidního a formalistického přístupu ve prospěch přístupu „více ekonomického“ se tak promítá do hledání odpovědi na otázku, co je oním zneužitím (ať už v jeho podobě vykořisťovatelské nebo vylučovací) prostřednictvím ekonomické analýzy. Zákaz *per-se* se ovšem obecně dobře neshoduje s posuzováním *konkrétních* okolností jednotlivého případu nutným pro ekonomickou analýzu.³⁶⁵

Kritéria pro posuzování toho, co je zneužitím, se obtížně vytvářejí normativně (nanejvýš jako příklady), takže spíše vznikají průběžně jako výsledky postupu Komise a evropských soudů; „normativní sílu fakticity“ (Jhering) získávají svoji přesvědčivostí a v důsledku uplatnění požadavku předvídatelnosti a podobného (stejněho) rozhodování v podobných (stejných) případech.

Dominantní soutěžitelé se na rozdíl od fúzujících subjektů zasloužili o svoji pozici zpravidla lepším tržním výkonem a byli tedy úspěšní v rámci soutěžního procesu. Proto (že k tržní dominanci vede vlastní ekonomický úspěch) by mělo jejich chování být posuzováno zvláště pečlivě, aby úspěšné subjekty nebyly prohibitivně reglementovány v případech, kdy to není nezbytné. Rozlišení chování

³⁶⁵ Podobně GERADIN v cit. práci na str. 26. Někteří komentátoři vůbec popírají dominanci „automatických“ zákazových pravidel (např. LÖWE, B.: „*We have to tackle each abuse in its specific context, and we have to also look at the particular motivation and context of abuse*“, Fordham Antitrust Conference, Washington 2003, cit. podle HILDEBRAND, cit. práce, str. 517).

„normálního“ (ovšem v podmínkách normality dominance nebo monopolu) a „zneužívajícího“, při němž by mělo být chování dominanta „dodatečně zdaněno“, je při použití *pevných* (*per-se*) pravidel nemožné.

Kasuistika je tedy hlavní metodou. V poslední době se v evropském soutěžním právu projevila tendence k ekonomické analýze např. při posuzování rabatů poskytovaných dominantem. Takové rabaty se považují za *per-se* zakázané a zneužívající chování, pokud jim neodpovídá hospodářské protiplnění³⁶⁶. Jako *per-se* pravidlo judikatorního typu³⁶⁷ se při zvážení tohoto ekonomického pozadí vyvinula zásada, že věrnostní a cílové rabaty zásadně protisoutěžním zneužitím dominance jsou, zatímco rabaty množstevní nikoliv³⁶⁸.

Problém s uplatňováním tzv. predátorských cen je dosud otevřen zejména proto, že se nedaří dokázat, že dominant dodávající za cenu pod variabilními náklady si bude v budoucnu (moci, chtít nebo obojí) kompenzovat ztráty z období „bojových cen“. V tomto směru Komise i ESD zatím setrvaly na pozici (blízké ve své podstatě pravidlu *per-se*), že dodávky za cenu pod variabilními náklady téměř vždy indikují záměr dominanta vytlačit z trhu konkurenci.

Ekonomickou metodou objektivizace může být metoda srovnatelných trhů (*benchmarking*) nebo kontrola nákladů. Není vyloučeno, že použití takových metod by mohlo vést ke zrušení, potvrzení, zjemnění, zrušení pravidel *per-se* (byť respektovaných spíše zvykově podle judikatury), nebo i k vytvoření sofistikovanějších *per-se* pravidel nových³⁶⁹. Judikatura evropských soudů poskytuje jen velmi obecné „*per-se*“ pravidlo pro posuzování zneužití dominantního postavení tím, že zákaz chování vztahuje na jednání, které není „objektivně ospravedlnitelné“.³⁷⁰ Není asi lepšího nástroje, nežli důkladné ekonomické argumentace, která by představovala objektivizaci jednání a která by mohla přesvědčit o jeho ospravedlnění.

Podobně jako není podle pouhého zvýšení ceny možno usuzovat na zakázané zneužití dominance, není to možné ani u vázaných obchodů (junktímací). Vázání výrobků a služeb je v řadě případů efektivní a naopak jejich separace by vedla ke snížení kvality a spotřebitelského komfortu.

³⁶⁶ Srov. např. případy *Virgin/British Airways* (2003), *PO- Michelin* (2003).

³⁶⁷ Explicitně uznávané např. v německém soutěžním právu – srov. MAAHS v cit. práci na str. 51.

³⁶⁸ Komise připravuje i pro oblast rabatů vydání metodických Návodů.

³⁶⁹ Jako neopodstatněné se např. hodnotí apriorně záporné stanovisko Komise k cenové diskriminaci, neboť ta je vnitřně strukturovaná. Blíže srov. BISHOP, WALKER, cit. práce, str. 195.

³⁷⁰ Srov. např. případy *IMS Health* (2004) a *Oscar Bronner* (1998), uvedené v cit. v Geradinově práci na str. 27.

Obecně je cenová diskriminace vnímána nepříznivě jako nepoctivá a neférová. Ekonomický pohled na ni však není s tímto předsudkem úplně v souladu.³⁷¹ Pokud podniky (soutěžitelé) investují např. do inovovaného produktu, mají ekonomický zájem na návratnosti fixních nákladů. Zákaznická poptávka po produktu se liší – někteří jsou ochotni zaplatit více, jiní méně; pokud je cena nad marginálními náklady, přispívá k návratnosti fixních nákladů, byť u zákazníků s nižší chutí nakupovat je tento příspěvek menší nežli u zákazníků s větší kupní chutí.

Ekonomický přínos cenové diskriminace je evidentní: jednak na straně prodávajícího dojde k rychlejší návratnosti investic (která třeba umožní další inovace tím, že poskytuje *ex ante* motivaci k investicím) a jednak si někteří zákazníci mohou dopřát zboží a služby, které by jim při jednotné cenové hladině zůstaly nedostupné (zvyší se tedy spotřebitelský blahobyt). Paradoxně může restriktivní přístup Evropské komise a ESD k různým cenám navádět konkurenty k tiché koluzi na maloobchodním i velkoobchodním trhu (podobně jako klauzule o nejvýhodnějších národních podmínkách, při nichž se strana zavazuje poskytnout všem svým partnerům jakoukoliv výhodu, kterou poskytne jednomu z nich). Tendence k unifikaci cen na maloobchodním trhu pak vyvolává stejný tlak na trhu nadřazeném.

6.5.1. CENOVÁ DISKRIMINACE

Běžně³⁷² se přijímá dělení cenové diskriminace na tři stupně.

- a) podnik (ve smyslu „soutěžitel“) je schopen získat od *každého* partnera (spotřebitele v širokém smyslu, tedy i obchodního zákazníka) maximum, které ten je ochoten zaplatit za jednotku výroby nebo služby (předpokládá to ovšem dokonalou informovanost o spotřebitelích, což dosažení tohoto stupně činí málo pravděpodobným). Spotřebitel není poškozen – zaplatí za zboží totiž jen to, co je ochoten a podnik získá více, než kdyby stanovil „zprůměrovanou“ cenu. Tato praktika nepoškozuje tedy nutně celkový blahobyt;
- b) podnik stanoví jednotkovou cenu, která se liší podle *množství* jednotek koupených spotřebitelem (typické jsou množstevní slevy na každou jed-

³⁷¹ Srov. GERADIN, D., PETIT, N.: *Price discrimination under EC competition law: another antitrust doctrine in search of limiting principles?*, Journal of Competition Law and Economics, 2006, 2 (3), str. 503 a násl.

³⁷² MOTTA, M.: *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, str. 492.

notku nebo dvousložkový tarif, složený z paušálu nezávislého na množství zboží a z variabilní částky závislé na množství). Dvousložkové tarify jsou vlastně ekvivalentem množstevního tarifu, neboť s množstvím koupeného zboží klesá i při něm průměrná jednotková cena. Spotřebitele s nižší intenzitou poptávky zatíží sice pevná složka více, ale méně, než kdyby cena závisela jen na variabilních složkách. Možnost rozdílného zacházení se v těchto případech poskytnete každému a každý má na výběr, zda ji využije;

- c) podnik stanoví různé ceny různým přesně identifikovaným skupinám zákazníků v závislosti na elasticitě jejich poptávky (srov. studenti, senioři, rodiny s dětmi, vojáci apod.). Existuje přímá úměra ceny a elasticity poptávky.³⁷³

Žádná z těchto diskriminací nemůže být zakázána *per se*, neboť může přispět k ekonomickému blahobytu. Rabaty mohou zpřístupnit zboží zákazníkům, kteří by je jinak nekoupili a přitom zvýšit celkové prodané množství, tedy zvýšit výstup (zvyšují tedy celkový užitek). Podniky s vysokými fixními náklady mohou tyto náklady rozložit díky rabatům na větší počet jednotek zboží nebo služeb (zákaz cenové diskriminace by to znemožnil).

Podobně působí geografická cenová diskriminace: nepřizpůsobení ceny nižší kupní síle v určitém regionu a trvání na tzv. „jednotné“ průměrné ceně by mohlo vést i k tomu, že by zboží nemuselo být vůbec dodáváno do oblasti s nižší kupní cenou (kde při průměrné ceně podnikatel prodává a pro spotřebitele je ještě zboží drahé) a mohlo by být dodáváno za jednotnou, ale vyšší cenu do oblastí s vyšší kupní silou (kde se na dřívější jednotné ceně obohatil spotřebitel, ale prodával podnikatel).³⁷⁴

³⁷³ HEYNE, P.: *Ekonomický styl myšlení*, VŠE, Praha 1991, str. 186 a násl., uvádí příklad restaurací, v nichž se za totéž jídlo účtuje nižší cena v poledne nežli večer (podobně se například za tutéž ubytovací službu v sezóně účtuje vyšší cena než mimo sezónu). Příkladem je i diskriminační cenotvorba u letenek. Aerolinie mohou snižovat ceny letenek a přitáhnout tak turisty, kteří by jinak cestovali levnějšími způsoby. Aerolinie však nechtějí snížit cenu letenek pro ty, kteří cestují služebně (na ceně jim tolik nezáleží, preferují rychlost, cenu letenek odpočtou ze základu daně...). Nabízejí se tedy levnější zpáteční letenky pro ty, kdo zůstávají déle než týden nebo přes víkend (to si obvykle obchodní cestující nemohou dovolit). Není to sice spolehlivé odlišení a výhod mohou využívat i služebně cestující, nesporně to však šetří náklady.

³⁷⁴ V cit. práci M. MOTTY (str. 495–496) se uvádí příklad: v jednom členském státě EU (A) se prodává zboží za 5 centů, v jiném (B), kde je intenzivnější poptávka, za 7 centů. Jednotná cena 6 centů, která by měla zabránit cenové diskriminaci, by zvýhodnila spotřebitele ve státě B a znevýhodnila spotřebitele ve státě A. Zastavení dodávek do státu s nízkou poptávkou ve

Zákaz cenové diskriminace mezi různými geografickými trhy může mít³⁷⁵ i nežádoucí distribuční důsledky. Je pravděpodobné, že povinnost účtovat *jednotnou* cenu povede k ceně vyšší, než kdyby tato povinnost nebyla stanovena; na vyšší cenu tak doplatí (všeobecně chudší) spotřebitelé ze zemí s nižší cenovou úrovní a vydělají na ní (všeobecně bohatší) spotřebitelé ze zemí s vyšší cenovou úrovní. Dochází tak k transferu bohatství (ovšem opačným, než očekávaným směrem – rozdílly se nevyrovnávají, ale zvětšují). Může se klidně stát, že soutěžitel se může rozhodnout zastavit zásobování chudších regionů vůbec a dodávat jen spotřebitelům do bohatších zemí (úbytek spotřebitelského blahobytu je zřejmý). Proto se kritizuje praxe evropských orgánů postihovat územní cenovou diskriminaci jako takovou³⁷⁶, což se dosud přehnaně restriktivně činí a přehlíží se přitom řada prosoutěžních dopadů rabatů.³⁷⁷

Transparentnost při cenové diskriminaci obchodních partnerů je základním požadavkem vůči dominantům, na němž Komise opakovaně trvala. Vzhledem k požadavku zvláštní odpovědnosti dominanty (totiž že chování v sub-dominantní pozici jinak nezávadného se dominant nesmí dopustit právě kvůli možnému dopadu na soutěž) nesmí dominant diskriminovat arbitrárně a nejednotně. Dominant nesmí např. poskytnout ani *možnost* rabatu jednomu z partnerů, poté, co podepsal smlouvy s ostatními partnery bez možnosti tohoto rabatu, byť by na tom novém partnerovi měl mimořádný zájem. To nepřimo vede k plošnému účtování zbytečně vysokých cen (snižuje se alokativní efektivnost). Může to paradoxně vést k posilování dominantního postavení.³⁷⁸

Výnosy z cenové diskriminace mohou být využity k investicím a inovacím zvyšujícím celkový blahobyt, zatímco její zákaz by mohl omezit nákladný výzkum

prospěch dodávek do státu s vysokou poptávkou (pokud by byla *per se* zakázána diskriminace) by snížilo spotřebitelský blahobyt ve státě A.

³⁷⁵ Cit. práce GERADIN, PETIT, str. 528.

³⁷⁶ Tamtéž, str. 530.

³⁷⁷ Posledně citovaní autoři (str. 528) nekonformně prohlašují, že sankcionování různých cen na odlišných trzích nedává smysl, a že geografická cenová diskriminace může podporovat volný obchod a integraci trhu a kritizují jako ekonomicky nelogické stanovisko ESD (v případech United Brands a Tetra Pack II), že diskriminační ceny, lišící se podle podmínek v jednotlivých členských státech, jsou právě překážkami volného pohybu zboží. Kdyby ceny banánů byly podobné ve všech členských státech, neexistoval by žádný obchod s banány přes hranice členských států. Jediným opatřením schopným rozdělit trhy byla klauzule o zákazu opětovného prodeje nezralých banánů.

³⁷⁸ Jak konstatuje MOTTA, M., v cit. práci n str. 500.

a vývoj (např. ve farmaceutickém průmyslu), a tím do budoucna poškodit spotřebitelský i celkový blahobyť.³⁷⁹

Naopak však může být cenová diskriminace zneužita dominantním nebo monopolním podnikem jako nástroj k uzavírání trhu (zábrana nebo ztížení vstupu na něj), ke změně jeho struktury (vytlačování konkurentů) nebo k vykořisťování zákazníků. Zákaz zneužití dominance³⁸⁰ však nemá chránit méně efektivní soutěžitele (a jejich prostřednictvím méně efektivní soutěž), ale soutěžitele stejně efektivní jako dominant, jejichž existence na trhu je však ohrožována vylučovacími praktikami dominanta. Cílové a věrnostní rabaty ze strany dominanta – tím, že poutají zákazníky – „zabraňují stejně efektivním soutěžitelům zachovat si nebo dosáhnout měřítko potřebné k účinnému působení na trhu“.³⁸¹ Jelikož se takový účinek nedá normovat *ex ante* a formulovat na základě toho automatické zákazové pravidlo, při posuzování přípustnosti rabatů se jako vhodnější zdá metoda „případ od případu“.

Cenová diskriminace má být objektivně zdůvodnitelná. Nejčastější je zdůvodnění úsporami z množství, vzrůstem efektivnosti,³⁸² nebo rozdílnou úrovní nákladů prodeje různým zákazníkům, či poskytováním speciálních služeb a protiplnění (např. marketingových a reklamních) některými zákazníky, kteří jsou proto cenově zvýhodněni.³⁸³

6.5.2. EKONOMICKÝ A SOUTĚŽNĚ POLITICKÝ PROBLÉM RABATŮ

Množstevní rabaty spojené s úsporami jsou většinou akceptovány jako souladné s evropským právem. Ne všechny množstevní rabaty jsou však nezávadné (zejm.

³⁷⁹ MOTTA, M. v cit. práci, str. 497.

³⁸⁰ Čl. 82 SES považuje za zneužití dominantního postavení „uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži.“

³⁸¹ Cit. práce GERADINA, D., PETIT, N., str. 507.

³⁸² Srov. případ *British Airways v. Komise* (1999), kde Soud první instance (SPI) konstatoval, že vzrůstem množství vyvolaný pokles nákladů umožňuje i dominantovi, aby se podělil se zákazníkem o tuto výhodu tím, že mu poskytne výhodnější tarif. Podmínkou je ovšem proporcionalita této výhody a poskytnutí rabatu nesmí směřovat k bránění zákazníkům v odběru od konkurentů.

³⁸³ Za objektivní zdůvodnění cenové diskriminace např. ESD nepovažoval skutečnost, že byla zaveden na žádost zákazníka (srov. *Hoffman- La Roche v. Komise*, 1979). V případě *Michelin I* (1983) ESD odmítl jako objektivizační námitku navýsost (mikro)ekonomický argument, že rabaty zlepšily organizaci výroby a distribuce.

jsou-li spojeny s *buying power* a poškozují-li soutěžní pozici menších soutěžitelů a v důsledku strukturálně ohrožují soutěž).

Na rozdíl od akceptace některých množstevních rabatů se Komise staví *per se* negativně k věrnostním a cílovým (*target*) rabatům, které ovšem ve specifických případech také mohou mít *prosoutěžní* účinky. Protože spolehlivý test pro odlišení pro- a protisoutěžních rabatů neexistuje, je *per se* zákaz pochopitelný jako nejsnadnější řešení. Testem by (podle *Guidelines* anglického protimonopolního úřadu) mohlo být zjištění, zda cenová diskriminace vede k vyšší úrovni výstupu nežli při účtování totožné ceny pro všechny zákazníky³⁸⁴.

Rozlišuje se řada rabatových systémů. Obvykle se uvádějí³⁸⁵:

a) Exkluzivní rabaty

Jde o cenové zvýhodnění poskytnuté dominantem těm zákazníkům, kteří se zavážou, že budou všechny své nákupy obstarávat u něj.³⁸⁶

- „prémiové“ (*top slice*) rabaty

spočívají v uzavření trhu nebo v podstatném snížení přístupu na něj tím, že dominant cenově stimuluje své zákazníky k tomu, aby množství zboží nad určitou (pro zákazníky základní nezbytnou a potřebnou) úroveň obstarávali u něj.³⁸⁷

³⁸⁴ Cit. práce Geradina, D., - Petita, N., str. 505.

³⁸⁵ Přejímám a komentuji kategorizaci (i ilustrace na příkladech jednotlivých rozhodnutí) z práce VAN BAELE & BELLIS: *Competition Law of the European Community* (4th ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2005, str. 922 a násl.

³⁸⁶ Tak v případě Suiker Unie (1975) rozhodl ESD, že jsou zneužitím dominantního postavení praktiky skupiny výrobců cukru v severním Německu, poskytujících rabat jen zákazníkům zavazávajícím se k odběru jejich celoroční spotřeby u členů oné skupiny výrobců cukru. V případě Hilti (1988) redukoval výrobce zásobníků (kartridží) a hřebů do stavebních nástřelovacích pistolí těm zákazníkům, kteří požadovali jen kartridže, a nikoliv již náboje. EK to posoudila jako diskriminační zneužití dominance (postup směřoval k vytlačení konkurence vyrábějící nástřelovací hřeby).

V případě British Gypsum SPI rozhodl, že dominantní výrobce sádrokartonových desek zneužil svoje postavení tím, že poskytoval „náborové platby“ těm zákazníkům, kteří se zavázali k věrnosti výrobcí a k odmítnutí konkurenčního zboží z dovozu (uzavírací účinek takové diskriminace na trh je evidentní).

³⁸⁷ EK rozhodla o zneužití dominance v případě Solvay (1991, 2003). Výrobce zavedl dvouúrovňový systém cen. Jednak se platila normální cena za základní tonáž, kterou zákazník skutečně potřeboval, a jednak se poskytoval návdavková sleva (obvykle tajná) na zbývající množství, o němž se předpokládalo, že by si je zákazník mohl obstarat u konkurence. Eko-

- Množstevní a/nebo cílové rabaty

označují případy, kdy se sleva váže výlučně na objem dodávek. I takové mohou být zneužitím dominance.³⁸⁸

- Růstové rabaty

motivují zákazníky ke zvyšování nákupů, přičemž se rabatem bonifikuje nikoliv odebraný objem (to by šlo o rabat množstevní), ale právě rozsah onoho zvýšení.³⁸⁹

- Diskriminační rabaty

mívají podobu vylučovacích rabatů, při nichž se např. tytéž objemy prodeje oceňují rozdílným rabatem. Byly probírány v bodě V.

b) „Balíčkové“ rabaty

označují případy, kdy se rabaty poskytují nikoliv na jednom věcně relevantním trhu, ale spojením s jinými výrobky či službami zasahují na jiné věcně relevantní trhy.³⁹⁰ Dominant nesmí podmiňovat rabat požadavkem minimálních nákupů různých skupin výrobků.

nomický tlak na ev. konkurenty byl enormní a vedl je k prodeji pod jejich náklady, pokud se chtěli na trhu prosadit jako „druzí“ dodavatelé. Rigidita trhu se tak upevňovala.

³⁸⁸ Podle SPI může být čistě množstevní rabat porušením zákazu podle čl. 82 SES, není-li rabatový systém založen na ekonomicky odůvodněné úvaze, nýbrž směřuje k tomu, aby zákazníkům znemožnil dodávky od dominantových konkurentů, a má tak charakter rabatu věrnostního, který podporuje loajalitu zákazníků. Je-li rabat vázán na dosažený obrat, může být jeho věrnostní efekt tím nebezpečnější, čím delší je referenční období, za něž se obrat počítá. Neprůhlednost rabatů též může zvýšit tlak na distributory, aby odebírali výlučně od dominanta

³⁸⁹ V případě *Michelin II* (2002) Komise i SPI konstatovaly, že Michelin zneužil dominantní postavení tím, že uplatňoval individualizované slevy, jimiž bonifikoval zákazníky za nárůst jejich prodeje oproti minulému období. Toto stanovisko může být ovšem předmětem kritiky, protože nedovoluje dominantovi, aby zajistil zákazníkovi větší výhodu z rozšiřování trhu (leda lineárně – onu výhodu z vyšších prodejů konečnému spotřebiteli).

³⁹⁰ „*Leading case*“ je *Hoffmann –La Roche* (1979). La Roche poskytoval kupujícím slevu v závislosti na spojení jejich poptávky po různých druzích vitamínů, z nichž některé patřily na jiné věcně relevantní trhy. Věrnostní charakter rabatu byl zřejmý, neboť zákazníci se zdráhali objednat vitamíny z jiných skupin u konkurence La Roche, protože by ztratili rabat počítaný z celkových objemů nákupů všech vitamínů (v jednom „balíčku“). Podobně v již uvedeném případě *Hilti* (1988) bylo za zneužití dominance považováno snižování rabatu

- Kombinované množstevní rabaty

jsou jako obecný pojem poměrně nejednoznačné a je nutno hodnotit je v každém jednotlivém případě zvlášť. Omezené spojování do „balíčků“ může být někdy nezávadné³⁹¹, jindy zneužívající.³⁹²

- Územní „balíčkové“ rabaty spočívají v podmiňování slevy nákupem zboží nebo služeb v jiném geograficky relevantním trhu.³⁹³
- Jiné stimuly.³⁹⁴

c) Nepoctivé rabaty

se považují za zvláštní skutkovou podstatu zneužití dominance. Jde o případ, kdy se nepoctivost v soukromých vztazích stává důvodem veřejnoprávního zákazu. Poctivost v soukromých vztazích se tak stává vlastně veřejným zájmem. Jde o výraz skutečnosti, že flagrantly faktická nerovnost subjektů soukromého práva se někdy nemůže obsahově účinně srovnat bez pomoci práva veřejného, neboť formální rovnost subjektů k tomu nestačí.³⁹⁵

těm zákazníkům kteří objednávali jen kartridže, a nikoliv (v „balíčku“ s nimi) i nastřelovací hřeby. Výsledkem byl uzavírací efekt pro výrobce a distributory pouze hřebů.

³⁹¹ Jako např. u náhradních dílů pro automobily, u nichž se povolovalo spojování do skupin po účely výpočtu bonusů.

³⁹² Komise sdělila (1999), že udělení rabatu Coca-Colou odběratelům za odběr celého sortimentu je nezákonné, protože úspory nákladů z něj nebyly poskytnuty spotřebitelům.

³⁹³ Smírně skončilo řízení, v němž Komise poslala společnosti Nielsen svoje výhrady (statement of objections) k jí uzavíraným smlouvám. Podle nich se poskytovaly zákazníkům Nielsenu podstatné slevy za podmínky, že v různých zemích využijí služby Nielsenu. Konkurent Nielsenu IRI by býval musel poskytovat podstatně nižší ceny než on, aby se na těchto trzích udržel.

³⁹⁴ V případě Michelin II konstatoval SPI vázací (tedy uzavírací) efekt rabatového systému, podle něhož zvláštní rabat obdrží dealeri, kteří dosáhnou 31 z 35 bodů. Jeden z těchto bodů obsahoval závazek, že dealer bude systematicky vracet použité pneumatiky Michelinovi k protektorování. Při dostatečném počtu bodů mohl dealer získat zvláštní slevu vypočítanou podle jeho celkového obrátu s Michelinem. Dominance Michelinu na trhu nových pneumatik a jeho finanční síla byly tak podle Komise zneužity k tomu, aby byl Michelin dealery vybrán i jako dodavatel protektorování. Námitka Michelinu, že tento požadavek byl oceněn jen jedním bodem z 35, který vlastně dealer ani nemusel k získání bonusu získat, byla SPI odmítnuta s tím, že šlo o jeden z nejsnáze splnitelných požadavků. Systém měl za účel zabránit vstupu jiných konkurentů na trh protektorování.

³⁹⁵ V případě Michelin II konstatovala Komise i oba soudy, že „bonus za služby“, poskytovaný dominantním dodavatelem Michelin jeho dealerům, je zneužitím jeho dominantního

6.5.3. AKTUÁLNÍ EKONOMICKÝ POHLED NA CENOVÉ I JINÉ VYLUČOVACÍ PRAKTIKY

Diskusní materiál Evropské komise (*DG Competition*) k aplikaci čl. 82 SES na vylučovací zneužití³⁹⁶ (dále též DM) byl mj. výrazem snahy posílit ekonomické nazírání i na oblast, která dosud byla a je doménou zákazu zneužití *per-se* bez jakýchkoliv výjimek (plánuje se vydání dalšího diskusního materiálu, který se bude zabývat vykořisťovatelským zneužitím dominance). Přepokládá se, že na základě diskuse vznikne k aplikaci čl. 82 další součást tzv. „*soft law*“, ve formě návodů (*guidelines*).

I dominant má právo chránit svoje ekonomické zájmy, byť je při tom svazovánou zvláštní odpovědností za svoje chování, kterou subdominant nemá.³⁹⁷ Zvláštní pozornost se musí věnovat pečlivému vyvažování zájmů dominanta se zájmy omezovaných podniků a způsobu zjišťování tzv. čistého efektu, neboť *ad hoc* přístup podle zdravého rozumu s sebou přináší značná rizika.³⁹⁸

DM navrhl prolomení bezvýjimečnosti zákazu zneužití dominance (srov. jeho články 84–92) za splnění podmínek, označovaných jako „*efficiency defence*“ (obrana efektivnosti). Tyto podmínky jsou velmi podobné zákonnému vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž podle čl. 81 odst. 3 SES³⁹⁹. Za zneužití domi-

postavení. Důvodem byl subjektivní charakter rabatu, který Michelinu ponechával volné uvážení. To vytvářelo na dealery velký tlak i při plnění jejich jiných povinností. Šlo o narušení principu autonomie vůle, o jehož důsledky se zajímá právo veřejné. Jde též o ilustraci judikatorní doktríny tzv. zvláštní odpovědnosti dominanta – stejné chování subdominantu by za jinak stejných okolností napadnutelné nebylo.

³⁹⁶ Byl uveřejněn v prosinci 2005, k dispozici je na webových stránkách jako *Public consultation document*, <http://ec.europa/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>. V únoru 2009 byl nahrazen jiným dokumentem *soft law: Communication from the Commission, Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Art. 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, C (2009) 864.

³⁹⁷ Což bylo opakovaně konstatováno v evropské judikatuře srov. zejm. případy *Michelin I*, *Hoffmann – La Roche*, *AKZO*, *L'Oreal*.

³⁹⁸ Srov. MERTIKOPOULOU, V.: *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Reform from Legal Point of View*, E.C.L.R. 2007, issue 4, str. 244.

³⁹⁹ Byť se to podle autorky cit. práce (str. 247) dostává do rozporu s judikaturou, která dosud použití těchto kritérií i na jednání podle čl. 82 odmítala. Nové *soft law* v podobě *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (z 9. 2. 2009) na principech DM setrvalo.

nantního postavení by se podle této výjimky neměly považovat případy, kdy chování dominanty splňuje kumulativně tyto podmínky:

- vede nebo pravděpodobně vede k přínosům (*efficiencies*⁴⁰⁰) v podobě zlepšení výroby, distribuce nebo podpory technického nebo ekonomického pokroku; tyto přínosy by měly převážet nad pravděpodobnými negativními účinky chování na soutěž (a tím i újmu spotřebitelům);
- dotyčné chování je k dosažení těchto efektů nezbytné
- výhody má i spotřebitel
- není vyloučena soutěž ve vztahu k podstatné části dotčených výrobků

Kromě toho se předpokládalo, že chování dominanty nebude spadat pod zákaz podle čl. 82 SES ve dvou případech tzv. objektivního ospravedlnění:

- jde-li o situaci objektivní nezbytnosti, může dominant uplatnit tuto námitku jako obranu (*objective necessity defence*); jedná se o situace, kdy jinak zneužívající chování je nezbytné z vnějších důvodů, nezávislých na třetích stranách a na dominantovi samotném, a kdy by bez tohoto chování nebylo možno zboží vyrábět nebo prodávat.⁴⁰¹
- Prokáže-li dominant, že chování jinak zneužívající je reakcí na soutěžní chování jiných, která minimalizuje ztrátu (*meeting competition defence*). Obrana vlastních zájmů dominanty je legitimní, musí však být poměřována testem proporcionality.

Zdánlivě se v DM potvrdilo stanovisko, že soutěžní právo nechrání (neúspěšné) konkurenty, ale soutěž jako proces. V čl. 63 DM se totiž výslovně zavádí pro cenové praktiky *test stejně efektivního konkurenta* (*equally efficient competitor*). Vysoce efektivní konkurent bude schopen úspěchu na trhu i přes cenové chování dominanty, zatímco méně efektivní soupeř může být z trhu vytlačen. Všeobecně se za zneužívající má pokládat takové chování dominanty, které je s to vytlačit hypotetického „stejně efektivního“ konkurenta, který má stejné náklady jako dominant. Vyloučit stejně efektivního konkurenta bude všeobecně možné jen v případě, že dominant bude uplatňovat ceny pod svými vlastními náklady.

⁴⁰⁰ Kvalifikovaný rozbor podává např. ŠILHÁN, J.: *Objektivní ospravedlnění v právu proti zneužití dominantního postavení*, Dny práva (sborník z konference), MU Brno, 2008, dostupné na <http://www.law.muni.cz/edicni/dp08/files/5obchod.html>.

⁴⁰¹ Srov. čl. 77–80 DM, články 28 a násl. „Guidance“ C (2009) 864.

Hodnocení dopadů tohoto testu je kritické. Znamenal by⁴⁰², že se preferuje hlavně výrobní efektivnost, a že by soutěžnímu právu neměl vadit odchod méně efektivního (byť ještě dosti efektivního) dominantova konkurenta z trhu, a tedy snížení úrovně soutěže. Mohlo by to též odstrašovat od vstupu na trh nové zájemce, kteří jsou zpočátku méně efektivní nežli „zavedený“ dominant. Jestli by se chránila skutečně soutěž, je ovšem sporné proto, že i vytlačení stejně efektivního konkurenta dominantem by mohlo být ospravedlněno tím, že je to „efektivní“. Obecně se přitom uznává, že i přítomnost méně efektivních soutěžitelů na trhu může být přínosem pro spotřebitele tím, že stlačuje ceny, které by efektivnější konkurenti jinak uplatňovali. Ztráta ve výrobní efektivnosti tak může být převážena ziskem v efektivnosti alokativní v důsledku nižších cen.⁴⁰³

Obrana efektivností chování, které by jinak bylo považováno ze zneužití, by vedla k popření presumpce ilegality takového chování. Růst efektivnosti dominanta znamená další posílení jeho postavení, což v *dlouhodobém* pohledu potenciálně ohrožuje spotřebitele.⁴⁰⁴ Obrana argumentem efektivnosti při jinak zneužívajícím chování dominanta se výrazně odchyľuje od dosavadní rozhodovací praxe Komise a evropských soudů, které její existenci nikdy neuznaly. Samotná efektivnost není argumentem pro vynětí zneužívajícího chování ze zákazu. Efektivním způsobem lze samozřejmě dosáhnout legitimního cíle, ale nelegitimní cíle nelze odůvodňovat přínosy k efektivnosti, neboť by to vedlo k efektivnímu dosahování nežádoucích cílů.⁴⁰⁵

Efektivnost důsledků dominantova jednání by bylo navíc nutno posuzovat především z hlediska *dlouhodobého*, resp. by měl tento její znak dokázat právě dominant. Soutěžní prostředí (oslabitelné odchodem – třeba méně efektivního – konkurenta) je totiž dlouhodobým *ex ante* regulativem chování dominanta, jehož role by neměla být prostě jen tak „vyměněna“ za kdejaký krátkodobý přínos spotřebiteli. Právní jistota všech těch, kteří by mohli být vytlačeni z trhu kvůli vylučovacímu chování dominanta, by mohla být oslabena.

Upozorňuje se⁴⁰⁶ na nebezpečí, že by mohla být odstraněno tradiční dělení rabatů na zásadně povolené rabaty množstevní a na potenciálně škodlivé rabaty cílové a věrnostní tím, že se za zneužívající mají chápat jen takové rabaty, které

⁴⁰² Tamtéž, str. 245. Myšlenku převzal i materiál „Guidance“ C (2009) 846 – srov. body 23 a násl.

⁴⁰³ Viz odkaz na Vickersovo vystoupení tamtéž, str. 246.

⁴⁰⁴ Tamtéž, str. 247.

⁴⁰⁵ Tak DREHER, M., ADAM, M.: *Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law*, E.C.L.R. 2007, issue 4. str. 280 an.

⁴⁰⁶ Viz MERTIKOPOULOU, cit. práce, str. 249.

jsou predátorské (tedy pod průměrnými celkovými náklady)⁴⁰⁷. Omezení rozsahu působnosti čl. 82 se kritizuje s poukazem na nesnadnost zjistit a dokázat dominanci a její zneužití. Pravidlo *per-se* zákazu zneužití bylo též ekonomickým extraktem racionality a vedlo k předvídatelnosti, jistotě a odstrašovalo od porušení.

I rozhodování soudů a Komise bylo a je schopné zdůrazňovat ekonomická hlediska při právním rozhodování (koneckonců to byly zejména opakované spory mezi Komisí a evropskými soudy o nedostatečnou ekonomickou zdůvodněnost rozhodnutí, které iniciovaly diskusi o „*more economic approach*“). Je tudíž patrné na místě konzervativní názor, že reforma přístupu k čl. 82 by se neměla míjet s postupným vyjasňováním a vývojem právních principů v rozhodovací praxi soudů, která dosud nesla tento úkol, a neměla by tyto principy rušit.

V žádném případě nelze hovořit o vytvoření nějakého nového (a dokonce striktního⁴⁰⁸) pravidla *per-se* o tom, že množstevní rabaty jsou povolené, a věrnostní rabaty zakázané. U rabatů jde vždy o míru *gradace* skutečných účinků (graduální koncept). Již judikatura ESD⁴⁰⁹ konstatovala, že účinky posílení *věrnosti* zákazníka závisí přímo úměrně na referenční době, během níž se dosažený objem prodeje bere v úvahu při výpočtu *množstevního* rabatu. Fasáda formou (slovy) zdánlivého „množstevního rabatu“ tedy může pod sebou skrývat skutečný obsah (funkci) *věrnostního* rabatu *par excellence*.

Chronicky „neuralgickým“ problémem soutěžní teorie i soutěžního práva jsou tzv. predátorské ceny dominantů, tedy krátkodobé uplatňování nižších cen (s akceptací vlastní ztráty nebo nízkého zisku) s cílem vyloučit nebo „ukáznit“ konkurenty nebo zabránit vstupu potenciálních konkurentů na trh, a tím (byť jen potenciálně) narušit soutěž na trhu. Problémem je zejména určení hranice, od níž je snížení ceny zneužitím dominance. Predátorské nejsou ceny jen proto, že tentokrát zlevnil svoji produkci dominant. I dominant navíc může krátkodobě zlevnit pod náklady (a utrpět ztrátu) z legitimních důvodů (např. při zavedení nového výrobku a při reklamních kampaních, při likvidaci nadměrných zásob či technicky zastaralých výrobků...).

Z hlediska spotřebitele je snižování cen (jakožto základní charakteristika soutěže) samozřejmě přínosné; ovšem tento krátkodobý efekt může být znehodnocen

⁴⁰⁷ Čl. 165 DM totiž stanoví, že je nepravděpodobné, aby Komise konstatoval, že existuje vylučovací efekt na trh, jsou-li ceny nad celkovými průměrnými náklady. Již jen z několika zde výše komentovaných judikátů však přesvědčivě vyplývá, že vylučovací efekt mohou mít i rabaty, které nejsou predátorské, a které jejich poskytovateli zajišťují zisk (nejsou ztrátové, tedy pod průměrnými celkovými náklady).

⁴⁰⁸ DREHER, M. ADAM, M.: cit. práce, str. 281.

⁴⁰⁹ Např. ve výše cit. případě Michelin (T-203/01).

oslabením soutěže z dlouhodobého pohledu v důsledku eliminace dominantových konkurentů, což by (při absenci soutěžního tlaku) vedlo k opětovnému zvýšení cen. Predátorské ceny jsou samozřejmě z pohledu dominanty velmi riskantní strategií, neboť se mu nemusí vždy podařit konkurenty vytlačit a ani zabránit vstupu všech potenciálních nových rivalů (zejm. ve velmi inovativních tzv. *high-tech* odvětvích), a tak nemusí být úspěšný v záměru umožnit později ztráty utrpené dříve v důsledku dravých cen. V takovém případě by na záměr zneužít dravých cen doplatil poklesem své výrobní efektivnosti, ale posílila by se alokativní efektivnost a spotřebitelé by získali větší prospěch. Proto se predátorství mohou prakticky dopouštět jen dominanty s velkou tržní mocí.

DM⁴¹⁰ počítá se subjektivním konceptem predátorských cen – dominantovi je nutno dokázat *záměr* tímto způsobem vyloučit nebo potrestat konkurenty, ev. zabránit jejich vstupu. Pro posouzení predátorské cenotvorby se vžil test průměrných variabilních nákladů⁴¹¹.

Možnou podobou skrytých predátorských cen je i křížové financování, při němž se náklady z jednoho věcně nebo teritoriálně relevantního trhu přenášejí na jiný relevantní trh a nutí tak konkurenty k nabídkám, které nejsou z hlediska efektivnosti únosné.⁴¹²

Zvláštním druhem neférového predátorství, spadajícího pod zákaz čl. 82 SES, je stlačování obchodního rozpětí (*margin squeezing*). Přichází v úvahu v situaci, kdy soutěžitel působí na předřazeném i podřazeném trhu⁴¹³, přičemž na trhu předřazeném je dominantem. Může pak dodávat na podřazený trh, kde má posta-

⁴¹⁰ DM, čl. 96. „Guidance“ C (2009) 864 stanoví týž princip v čl. 63. Takový záměr musí být podle DM (čl. 113) jednoznačný a jasný – nemá např. stačit záznam vnitřní komunikace o tom, že dominantní společnost hodlá „rozdrtit konkurenci“. To je ovšem docela náročné měřítko, které je v *praxi sotva splnitelné*. Domnívám se, že naopak je třeba *implicitní* predátorský záměr dovodit z toho, že snížení cen a jeho míra nemají jiné rozumné ekonomické zdůvodnění (jinak bychom mohli také požadovat jako důkaz snad jen notářsky ověřený záznam o predátorském záměru ☺). S nepřímými důkazy tohoto typu počítá i DM v čl. 115. I v rozhodovací praxi Komise se nepřímý důkaz o predátorském záměru uplatnil – srov. případ *Deutsche Post AG* (2001), v němž pošta poskytovala službu doručování balíků za ceny pod marginálními náklady se službou spojenými, a to s cílem vyloučit konkurenty nebo jim zabránit ve vstupu na trh a upevnit tak svoji dominanci. *Deutsche Post* neměla ze střednědobého hlediska žádný ekonomický zájem na poskytování služby za takové ceny.

⁴¹¹ Viz případ *AKZO Chemie* (1991).

⁴¹² V případě *Deutsche Post AG* (2001) např. Komise konstatovala, že pošta zneužila svoje dominantní postavení tím, že ze zisků (získaných na vyhrazeném poštovním trhu) kryla ztráty utrpené nízkonákladovými službami v sektoru komerční balíkové služby.

⁴¹³ Např. trh jakékoliv suroviny a trh finálních výrobků z ní.

vení řadového soutěžitele, za tak vysoké ceny, které znemožňují tamním konkurentům dosahovat zisku potřebného k rozvoji (inovacím a investicím), nebo dokonce k samotnému přežití na trhu. Na podřazeném trhu přitom dominant z trhu předřazeného zůstat může, neboť si buď sám poskytne marži dostatečnou (diskriminace), nebo je schopen křížově financovat ztráty tam utrpěné ze zisků dosahovaných na předřazeném trhu, na němž je dominantem.⁴¹⁴

6.6. KONTROLA KONCENTRACE

Základem zdůrazňování ekonomického přístupu k fúzím, jímž jsme se zabývali již v kapitole 2., je obvykle propagování úspor z měřítka, resp. úspor z rozsahu, které rostou s ekonomickým rozměrem podniku (soutěžitele). U úspor z měřítka (*economies of scale*) se konstantní fixní náklady po fúzi rozdělují na větší množství homogenní produkce, takže klesá jednotková výrobní cena produktu, což umožňuje snížit i prodejní cenu spotřebiteli. Tento efekt však není specifický, protože jej lze dosáhnout i vnitřním růstem.⁴¹⁵ Úspory z rozsahu jsou ještě spornější a závisejí na tom, zda společná výroba heterogenních produktů nebo jejich částí vyžaduje nižší náklady, nežli jejich výroba oddělená.⁴¹⁶ Dá se o nich hovořit jako o druhu synergických účinků fúze. Domnívám se, že i těchto úspor je možno dosáhnout kooperací bez nutnosti fúze.

Fúze jsou též cestou internalizace („zvnitřnění“) transakčních nákladů, které samostatní soutěžitelé vynakládají při obchodním styku s externími partnery. Tyto náklady lze nepochybně snižovat i bez fúze; úplně vyloučit je však může spojení dříve oddělených soutěžitelů v soutěžitele jediného. Nákladná kooperace tak může být nahrazena mnohem lacinější vnitřní koordinací v rámci jedné podnikové hierarchie a v rámci vnitropodnikových režijních nákladů. Rozšířené možnosti vnitrokoncernového financování umožňují stabilizovat podnik a snižují riziko úpadku – ovšem i tato cesta má svůj funkční substitut ve smluvních formách spolupráce (licenční smlouvy, franchising, kooperativní společné podniky), při nichž externí subjekty podnikají na svoje vlastní náklady a ve prospěch principála, aniž se nutně musí principál s nimi spojit trvale (strukturálně).

⁴¹⁴ Tato „*de facto*“ varianta skutkové podstaty zneužití dominance byla uplatněna v případech *Napier Brown (1988)*, *Deutsche Telecom (2003)*.

⁴¹⁵ JANSEN, S. A.: cit. práce, str. 74.

⁴¹⁶ Např. společné „platformy“ u výrobců různých značek automobilů.

Ekonomickou kalkulací mohou být motivovány fúze, po nichž se zfúzovaný subjekt vyhne daňové povinnosti, resp. si ji podstatně sníží kvůli nabytí dříve ztrátové jednotky. Ekonomické důvody pro fúze se hledají i v posílení finanční síly zfúzovaného soutěžitele a s tím spojené možnosti vyšších investic do výzkumu a vývoje (příslib inovační či dynamické efektivnosti). Někdy se dokonce fúze zdůvodňují zlepšením situace na trhu práce – pozitivní dopad na vytvoření nebo zajištění pracovních míst v důsledku fúzí se však obecně neprokázal⁴¹⁷. Stejně tak se neprokázala pozitivní korelace mezi podporou tzv. domácích šampionů a jejich mezinárodní konkurenceschopností.⁴¹⁸ Idea tvorby „národních šampionů“, kteří by lépe uspěli v mezinárodní celosvětové konkurenci, proto není (přes některé zřejmé ústupky v rozhodovací praxi Komise) akceptována jako součást evropské soutěžní politiky.⁴¹⁹

Fúze mohou být i nástrojem propojení dvou či více patentově či jinak chráněných výzkumných a vývojových linií dřívějších konkurentů – v jeho důsledku mohou vzniknout nové výrobky a technologie, jimž dříve bránily právní překážky.

Ekonomicko – soutěžní důvod může spočívat třeba i v patologické snaze získat konkurentův podnik s cílem jej „umrtvit“ ve prospěch nabyvatelova podniku (pokud jsou náklady na takovou fúzi dlouhodobě nižší než přínosy očekávané v důsledku odstranění konkurenta a jeho produkce z trhu). To již ovšem ovlivňuje trh jako celek (oligopolizace trhu vede obecně ke snížení soutěžního tlaku).

Výše uvedené a další mikroekonomické důvody jsou v cílovém konfliktu s jinými obecnějšími zájmy či hodnotami. Obecně a jako tendence platí, že s koncentrací roste pravděpodobnost vzniku tržní moci.⁴²⁰ Tím vzrůstá i nebezpečí ovládnutí trhu, možnost poklesu alokativní efektivnosti a někdy též efektivnosti dynamické (inovativní). Při existenci nízkých překážek vstupu na trh a potenciální

⁴¹⁷ Srov. HEINEKE, T.: cit. práce, str. 57.

⁴¹⁸ Blíže viz ONDREJOVÁ, D.: *Národní šampioni a hospodářská soutěž*, Linde, 1. vyd., Praha 2007, a literatura tam citovaná.

⁴¹⁹ Srov. vystoupení evropské komisařky pro soutěž Neelie Kroesové ze 7. 2. 2005 (k dispozici na <http://europa.eu.int/rapidpressReleasesAction.do>), v němž se hlásí k myšlence, že šanci na úspěch v globálním měřítku mají společnosti, které jsou vystaveny silné domácí konkurenci a že je třeba energicky čelit svádění politiků, pokoušejících se v těžkých dobách prodávat sen o zaručeném mezinárodním úspěchu v důsledku vytváření národních a odvětvových šampionů (str. 3). Stávající systém kontroly koncentrací (po přijetí Nařízení č. 139/2004) se hodnotí (str. 5) jako zralý, založený na zdravé ekonomice a na stejných standardech jako „většina globálních jurisdikcí“, a ztělesňující principy proporcionality a subsidiarity prostřednictvím vhodné decentralizace rozhodování národními soutěžními úřady.

⁴²⁰ Srov. SCHWALBE, U., ZIMMER, D.: *Kartellrecht und Ökonomie*, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2006, str. 185.

konkurence se toto nebezpečí kompenzuje. Struktura trhu je však natrvalo poškozena, a tím je zpravidla snížena natrvalo kvalita a intenzita soutěžního tlaku, což může být málokdy vyváženo jednotlivými a krátkodobými přínosy ve výrobní efektivnosti. Kromě pozměněné tržní struktury (z hlediska soutěžního potenciálu vesměs pozměněné negativně) se ovšem může změnit o i chování účastníků soutěže na relevantním trhu. To je dopředu obtížné předvídat a takovými předpověďmi zdůvodňovat schválení nebo zamítnutí fúze.

Na relevantním trhu vznikne po fúzi buď nová soutěžní rovnováha, kdy soutěžitelé svoje jednání nekoordinují – nicméně v důsledku zákonitého snížení soutěžního tlaku⁴²¹ bude soutěž probíhat na vyšší cenové úrovni a při sníženém blahobytu (nekoordinované efekty fúzí jsou na oligopolním trhu pravidlem). Vliv fúzí na zvýšení cen a na snížení spotřebitelského blahobytu může dokonce předcházet uskutečnění fúze a může se upínat již k samotnému oznámení fúze.⁴²² Existují přesvědčivé důkazy o tom, že růst koncentrace má tendenci vést dlouhodobě ke zvyšování cen; jsou i důkazy o tom, že u spotřebního zboží a u investičních statků je koncentrace spojena s klesajícími jednotkovými náklady.⁴²³

Jindy může kvůli fúzi a snížení počtu konkurentů na trhu dojít ke změně soutěžního režimu – totiž ke koordinaci jejich chování. To může být v obou případech doprovázeno určitými přínosy fúzi (*efficiencies*), které se dají s nevýhodami z nich plynoucími vyvažovat.

Ani trvalá změna struktury trhu není ovšem vždy a bezvýjimečně důvodem k zákazu fúze. Existují tzv. „doháněcí fúze“, jimiž se fúzující subjekty dostávají na stejnou technologickou úroveň s ostatními subjekty na trhu, takže jim mohou účinně konkurovat – takové fúze se hodnotí kladně, byť vedou k vysokému trž-

⁴²¹ K tomu může dojít i pohlcením menšího osamocené konkurenta (*maverick firm*), který bránil na oligopolním trhu ve využívání tržní moci. Tím, že takový „samotář“ vypadne ze hry, se prostor pro koordinované jednání zbylých účastníků na trhu rozšíří. Podobně působí fúze s potenciálním konkurentem, která jej navždy zbaví možnosti konkurovat nabyvateli.

⁴²² Tak se uvádí, že devět studií o fúzích uskutečněných během 22 let v USA dokázalo, že většina zkoumaných fúzí vedla k (přínejmenším krátkodobému) zvýšení cen jak ze strany účastníků fúze, tak i jejich konkurentů, a to po samotném oznámení (*sic!*) fúze. Srov. WEINBERG, M.: *The price effects of horizontal mergers*, Journal of Competition Law & Economics 4 (2), 2007, str. 433–437. Jde o druh jakéhosi nekoordinovaného „metaefektu“ – ke snížení soutěžního tlaku postačilo dokonce vědomí o možném (!) budoucím nižším soutěžním tlaku!

⁴²³ WEISS, L., KELTON, CH.: *Change in Concentration, Change in Cost, Change in Demand, and Change in Price*, in: WEISS, L. (Ed.): *Concentration and Price*, Cambridge, Mass., 1990, str. 41–66, cit. podle SCHMIDT, I. (2005), cit. výše, str. 95.

nímu podílu účastníků. Podobné fúze mohou nahradit nebezpečí monopolizace trhu duopolistickou tržní strukturou.

Fúze, které jsou „ozdravné“, mohou řešit případy, kdy by konkurent v důsledku úpadku tak jako tak opustil trh a s ním i výrobní kapacity⁴²⁴. Z hlediska celkového blahobytu by tím došlo k újmě, která může být zmenšena tím, že kapacity úpadce převezme jeho konkurent, který by i v případě, že by se tak nestalo, zůstal na trhu sám (neexistuje méně protisoutěžní alternativa).

Mikroekonomických důvodů a záminek ke spojení soutěžitelů by se dalo uvést mnohem více. Kdyby neexistovaly záporné dopady fúzí, nebyl by vlastně důvod pro jakoukoliv regulaci spojování soutěžitelů. Mikroekonomické argumenty se ovšem nutně musí dostat do 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 jaksi „přesvědčivěji“ než „měkké“ kvalitativní úvahy. Ekonomické instrumentarium se tak dá využít i zneužít jako přesvědčivě vyhlížející argumentace, vůči níž stojí jen kvalitativní soutěžně politické a soutěžně právní hypotézy.

Ekonomická argumentace může zastírat skutečné a nevyřčené protisoutěžní záměry, které jsou kvůli ní jakoby méně viditelné, neboť pozornost se soustředí na průkazné kvantitativní údaje o přínosech fúze (co na tom, že vesměs jednorázových a zčásti též hypotetických?). Důkladná ekonomická argumentace na základě simulací a modelů⁴²⁵ je možná téměř vždy, ale za cenu ztrátu času (kterou nepřivítají účastníci fúze), a za cenu vysokých nepřímých nákladů, spojených s právní nejistotou. Měla by mít proto místo jen v případech, kdy její užitek zjevně převyší náklady – v ostatních případech by mělo stačit obecné normativní řešení, které

⁴²⁴ Hovoří se o soudní doktríně *failing firm defence*, resp. o *failing company doctrine*: blíže viz např. SCHLOSSBERG, R. (Ed.): *Mergers and Acquisitions*, ABA, 2nd Ed., Chicago 2004, str. 203 nsł. Nabývající subjekt musí v USA prokázat neodvratnost úpadku cílové společnosti, dále že neexistují jiní zájemci o získání cílové společnosti s mírnějším dopadem na soutěž, a že ev. cílová společnost nemůže být úspěšně reorganizována. V EU se navíc vyžaduje, aby tržní podíl neúspěšného konkurenta i bez fúze připadl žadateli o fúzi – srov. SCHWALBE, ZIMMER, cit. práce, str. 351, BISHOP, WALKER: cit. práce, str. 308.

⁴²⁵ Nadšení pro jednu z nich srov. u HENDRICKS, K., MC AFEE, R. P., WILLIAMS, M. A.: *Evaluating the Likely Competitive Effects of Horizontal and Vertical Mergers: A New Approach*, Antitrust Report, Lexis Nexis, 2002, 2, str. 33 nsł.

bylo přijato také na základě ekonomických úvah, ale „zprůměrovaných“, pro většinu případů vhodných, obecných (pravidla *per-se*).

Ekonomická argumentace má doménu ve vymezení relevantního trhu. V tomto směru nepřináší „*more economic approach*“ žádné podstatné podněty. Evropské Sdělení o definici relevantního trhu⁴²⁶ se přirozeně o ekonomická kritéria opírá. Problémová však může být ekonomicky správná aplikace vymezení relevantního trhu. Pečlivé posouzení potenciální konkurence, substituce na straně poptávky i nabídky, překážek vstupu na trh, teritoriálního rozměru relevantního trhu (místní, celostátní, místní – přeshraniční) apod. vyžaduje použití ekonomických metod, zejména osvědčeného hypotetického monopolního testu – *SSNIP*)⁴²⁷. Nicméně vymezení relevantního trhu může být vždy přinejlepším jen přibližné a nemusí být jediné, ale mělo by stačit na posouzení ev. protisoutěžního chování. Jednoduché kvantitativní testy založené na ekonomické analýze mohou vést k omylům a nemohou nahradit pochopení účelu testu a jeho ekonomické podstaty.⁴²⁸

Ekonomická teorie monopolu je propracována a o škodlivosti monopolu panuje obecná shoda, takže fúze vedoucí k monopolu budou pravidelně zakazovány. Složitější je to u fúzi 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,⁴²⁹ protože se střetává s neměřitelnými veličinami – proto ovšem musí být i zdůvodnění negativního stanoviska, opírající se o možné koordinované efekty, založeno i na věrohodnějších a hůře napadnutelných argumentech, a může být jen jakýmsi hypotetickým pravděpodobnostním výhledem.

Stochastický model není roven důkazu reality jen proto, že používá čísel. Podobně se to dá říci o spolehlivosti prognóz koordinovaných efektů jakožto možného důsledku vzniku nebo posílení kolektivního dominantního postavení následkem fúze.

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

⁴²⁶ OJ 1997 C 372/5.

⁴²⁷ Mezinárodně zavedená zkratka pro *Small but significant non-transitory increase in prices* – malé, ale významné a nepřechodné zvýšení cen.

⁴²⁸ Podrobněji FISHER, F. M.: *Economic analysis and bright-line tests*, Journal of Competition Law and Economics, 2007, 4(1), str. 129 nsl.

⁴²⁹ SCHWALBE, ZIMMER, cit. práce, str. 398.

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, a nikoliv snad ochrana právní jistoty účastníků a jednoduché vypočitatelnosti rozhodnutí dosahovaná i za tu cenu, že by rozhodnutí mělo účinnou soutěž poškodit.

Komplexní ekonometrické modelování, které se rozmohlo při posuzování fúzí v EU, podléhá přirozeně verifikaci své vypovídací schopnosti – před tím, než 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. Hodnotí se zatím kladně, že i Evropská komise 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.⁴³⁰

Nařízení 139/2004 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 stouply 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

⁴³⁰ Podrobně viz BOTTEMAN, Y.: *Mergers, standard of proof and expert economic evidence*, Journal of Competition Law and Economics, 2006, 2(1), str. 71–100.

nebo dominantní postavení, ale které mohly poškodit soutěž v důsledku jednostranných efektů.⁴³¹

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.⁴³² *SIEC* test je proto vhodnějším nástrojem, který zachycuje to, oč při kontrole fúzí jde především, tedy významné v hospodářské soutěži.

Přípustnost tzv. specifických přínosů fúzí předvídá nyní nově i evropské právo, na rozdíl od práva amerického, kde vyvažování výhod a nevýhod fúzí, resp. „výměny“ (*trade-offs*) snížení soutěže za specifické přínosy, byly běžné již dávno, zatímco v evropském právu se vycházelo ze striktní představy, že strukturální poškození soutěže v důsledku fúze není kompenzovatelné za dílčí a vesměs přechodné specifické výhody.

Návody Komise⁴³³ výslovně uvádějí, že přínosy fúze mohou vyvážit její (nepříznivé) účinky na soutěž, zejména její potenciální škodlivý dopad na spotřebitele. V celkovém soutěžním hodnocení fúze se zvažují i všechny odůvodněné přínosy fúze zejména – *zvyšují-li spotřebitele*, – jsou-li právě jen *důsledkem* fúze (*merger-specific*), a – jsou-li *ověřitelné*. Tyto podmínky musí být splněny *kumulativně*. Hodnocení spojení, které ústí v závěr o zásadním narušení nebo nenarušení účinné hospodářské soutěže na společném trhu nebo na jeho podstatné části, se podle čl. 2 Nařízení 139/2004 opírá o několik kritérií. I v těchto kritériích je obsažen technický a hospodářský *rozvoj ku prospěchu spotřebitelů*, pokud *nebrání* hospodářské soutěži.

Postavení těchto okolností braných při posuzování v úvahu, je zřejmě odlišné od kritérií uvedených v čl. 81 odst. 3 SES, která mohou „přebít“ zákaz uvedený v čl. 81 odst. 1 SES bez ohledu na ekonomické úvahy. Posuzování okolností podle čl. 2 odst. 1 Nařízení 139/2004 je podřízeno zastřešujícímu ekonomickému kritériu, že nebudou vytvořeny překážky soutěži. Samotný technický rozvoj tak nemůže převážít u posuzování fúzí nad požadavkem nenarušené soutěže. Čl. 81 odst. 3 SES je poněkud asymetrický – umožňuje, aby mimoekonomický požadavek technic-

⁴³¹ Srov. EHLERMANN, C. D., VÖLCKER, S. B., GUTERMUTH, G. A.: *Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation*, World Competition 28 (2), 2005, str. 193 nsl.

⁴³² Tomuto tématu se věnuje následující kapitola.

⁴³³ *Guidelines on the assessment of horizontal merges under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, OJ 2004/C 31/03, body 76–78.

kého rozvoje nad soutěžními hledisky převládá (zhoršení soutěže se umožňuje, protože zákaz podle čl. 81 odst. 3 se týká jen *vyloučení* soutěže u podstatné části dotčeného zboží). Dlouhodobá neudržitelnost tohoto rozdílného přístupu se kritizuje, což se rozebíralo již výše.⁴³⁴

Evropské soutěžní právo se tedy evidentně pokouší vymanit ze striktně normativního strukturálního přístupu a bere pragmatičtější zřetel i na jiné než strukturální ukazatele.⁴³⁵

Problém je však v tom, že hodnocení výhod fúzí se upíná vesměs na statickou efektivnost, zatímco podpora dynamické efektivnosti (ve smyslu rozvoje inovací výrobků a technologií) se očekává obecně od prostředí, v němž panuje efektivní soutěž. I při existenci aktuálních přínosů fúzí je nejisté, zda je budou spojení soutěžitelé dlouhodobě sdílet se spotřebiteli; nemá smysl liberálním přístupem k fúzím obětovat dlouhodobý a strukturálně podpořený soutěžní tlak (tedy soutěžní mechanismus) kvůli dílčímu jednorázovému přínosu. Více ekonomického přístupu prospívá podle těchto názorů spíše velkým podnikům, kteří dosáhnou zvýšené výrobní efektivnosti; spotřebitelům obvykle svědčí prostředí účinné soutěže⁴³⁶ jako systémová záruka dlouhodobého tlaku na maximální efektivnost, z níž mají i oni zaručen užitek.

6.7. HORIZONTÁLNÍ FÚZE V. VERTIKÁLNÍ A KONGLOMERÁTNÍ FÚZE

Nehorizontální fúze hrály dosud v praxi Evropské komise i evropských soudů druhořadou roli; v souladu s doktrinárními ekonomickými závěry a s empirií se vždy považovaly *prima facie* za menší nebezpečí pro soutěž nežli fúze horizontální, neboť je u nich méně pravděpodobné, že by vyvolaly soutěžní problémy, nakořik neprobíhají – na rozdíl od fúzí horizontálních – mezi přímými konkuru-

⁴³⁴ Srov. WHISH, R. v cit. práci, str. 156.

⁴³⁵ Jde evidentně o vliv tendence, která dominuje v USA, k posilování ekonomických hledisek v soutěžním právu („*more economic approach*“). Srov. též BISHOP, S. – RIDYARD, D.: cit. práce, str. 357 a násl. Srov. též THOMPSON, R.: *Goodbye to „the Dominance Test“? Substantive Appraisal under the New UK and EC Merger Regimes*, *Competition Law Journal*, vol. 2, 2003-4, 2, str. 332 a násl. V české literatuře KINDL, J.: *Kontrola koncentrací...* (cit. výše), str. 816 a násl.

⁴³⁶ Podrobněji SCHMIDT, I.: *The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic v Static Efficiency*, E:C.L.R. 2007, 7, str. 408–411.

renty⁴³⁷. Nehorizontální fúze nevedou k zániku přímé soutěže mezi spojujícími se účastníky. Naopak – protože produkce nebo aktivity subjektů zúčastněných na konglomerátní nebo vertikální fúzi bývají komplementární, fúze mezi nimi může být prosoutěžní, protože vytváří značný prostor pro zvýšení efektivity (generuje přínosy, *efficiencies*). Jde většinou o snížení nákladů a cen, což převážně soutěž posiluje⁴³⁸. Nehorizontální fúze mohou vyvolat obavy z narušení soutěže jen nepřímým působením (marginalizací konkurentů), zatímco horizontální fúze soutěž zpravidla narušují přímo tím, že bývalé konkurenty z trhu odstraňují.

Vertikální fúze jsou spojením dříve samostatných hospodářských subjektů, působících ne různých trzích v pozici „prodávající – kupující“. Mohou výrazně ušetřit transakční náklady (ale za cenu dodatečných organizačních nákladů), mohou mít ale i tržně strategické cíle (zajištění odbytových a zásobovacích cest, obrana proti stávající či potenciální konkurenci apod.). Konkurenceschopnost rivalů na trhu může být v důsledku fúze snížena natolik, že jsou tito rivalové zatlačeni do bezvýznamnosti nebo jsou z trhu vytlačeni vůbec – tento uzavírací efekt o může vést ke zvýšení cen.

Protisoutěžní vliv tedy ani u nehorizontálních fúzí vyloučen. Silná tržní pozice na jednom trhu se navíc prostřednictvím fúze může přelévat na jiné trhy (pákový efekt, *leveraging*). Vertikálně integrovaný subjekt vytváří samotnou svou existencí ztíženou situaci zájemcům nově přichozím na trh, kteří touto integrační výhodou nedisponují – ti jsou nepřímo nuceni vstupovat též na oba trhy. Tento efekt je tím silnější, čím bylo silnější postavení účastníků alespoň na jednom z dotčených trhů.

Konglomerátní fúze zahrnují dříve samostatné účastníky, kteří před tím nebyli ani konkurenty, ani ve vztahu prodávajícího a kupujícího. Jejich soutěžně politické hodnocení je vysloveně kontroverzní. Slouží především k rozptýlení rizika v důsledku jednostranné orientace jen na jeden nejistý trh. Mohou být spojeny s dosažením úspor z rozsahu (*economies of scope*); naopak však hrozí i ztráty z rozsahu (*diseconomies of scope*) v důsledku koordinace výroby a prodeje na různých trzích.⁴³⁹ Doktrínálně prosazovaný koncept tzv. portfoliové síly (subjekt s větším portfoliem výrobků má více možností v pružné tvorbě cen, v reklamě, slevách....), který byl použit i v praxi,⁴⁴⁰ se jako nosný neprokázal a ustupuje se od

⁴³⁷ Tak BELLAMY & CHILD, cit. práce (2001, bod 6–151); VAN BAELE & BELLIS (cit. práce), str. 813 nsf.

⁴³⁸ Tak BISHOP, S.: *(Fore)closing the Gap: the Commission's Draft Non-Horizontal Merger Guidelines*, E.C.L.R. 2008, 1, str. 1.

⁴³⁹ podrobněji viz SCHMIDT, I.: cit. práce (*Wettbewerbspolitik...*, 2005), str. 143 nsf.

⁴⁴⁰ Případ Guinness/Grand Metropolitan, M. 398, OJ 1998 L 288/24; případ Schneider Electric, T – 310-01, ESD 22. 10. 2002.

nej;⁴⁴¹ spotřebitelé totiž ze širšího portfolia výrobků vesměs profitují (*one stop shopping*). Patrně se také⁴⁴² opouští poněkud paranoická koncepce hluboké kapsy (*deep pocket theory*), která spatřovala protisoutěžní tendenci v pouhé skutečnosti, že konglomerátně spojené subjekty mohou ohrozit soutěž v důsledku jejich větší finanční síly po spojení⁴⁴³.

Protisoutěžně působí nehorizontální fúze, pokud zvyšují tržní moc, vedou např. ke zvýšení cen a v důsledku (na základě testu jejich účinků) poškozují spotřebitelský blahobyt. Pokud poškozují pouze konkurenty, není to důvod k jejich negativnímu hodnocení a zákazu.⁴⁴⁴ Současná a módní tendence k jednostranné orientaci ekonomické analýzy soutěžního práva na spotřebitelský blahobyt (viz další kapitola) nepřevládá tedy ani u posledního evropského pramene „*soft law*“ upravujícího posuzování nehorizontálních fúzí. Cílem je ochrana soutěže, a v důsledku blahobytu spotřebitele.⁴⁴⁵ Negativní vliv fúze na konkurenty nepředstavuje⁴⁴⁶ problém – zkoumá se totiž eventuální vliv fúze na soutěž. Toto pojetí může být poněkud nekonzistentní s posuzováním zneužití tržní dominance, jak se ustálilo v doktríně i v evropské judikatuře – ta je náchylná hodnotit jakékoliv jednání dominantanta, kterého je schopen právě díky svému postavení, a které poškozuje konkurenta, pokládat současně za poškození soutěže.⁴⁴⁷

Omezení soutěže nehorizontálními fúzemi je méně pravděpodobné než u fúzí horizontálních, nicméně je možné. Jsou však především stavěny do popředí možné přínosy těchto fúzí. Pokud jde o možné posílení tržní moci, Návody stanoví jakýsi

⁴⁴¹ Viz *Non-horizontal Guidelines*, dostupné na <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/nonhorizontalguidelines.pdf>, čl. 104. Tam se konstatuje, že okolnost, že spojená jednotka bude mít širší rozsah nebo portfolio výrobků, nevyvolává soutěžní obavy. Schneider dokonce úspěšně zažaloval soud o náhradu škody za protiprávní rozhodnutí o nepovolání fúze (ESD 11. 7. 2007, Rs T-351 – viz DESELAERS, W., SEELIGER, D.: *Die Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse*, EWS 2008, 3, str. 61.

⁴⁴² Byť jen mlčky – Návody se explicitně nevyjadřují...

⁴⁴³ Shodně PETRASINCU, A.: *The European Commission's New Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers – Great Expectations Dissatisfied*, E.C.L.R. 2008, 4, str. 228.

⁴⁴⁴ Viz *Non-horizontal Guidelines*, čl. 16.

⁴⁴⁵ KÖRBER, T.: *Die Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht – horizontaler Zusammenschlüsse*, WuW 2008, 5, str. 523.

⁴⁴⁶ Podle čl. 16 Návodů.

⁴⁴⁷ Tak BISHOP (cit. práce 2008, str. 3) konstatuje, že věrnostní rabaty, které se dominantnímu soutěžiteli zakazují jakožto forma zneužití postavení, mohou mít paralelu v účincích vertikálních omezení a vertikálních fúzí, které se povolují (např. vyloučení dvojí marginalizace, motivace zákazníků a omezení rozdílnosti motivů výrobců a distributorů jejich zboží).

„bezpečný přístav“ maximálně 30% podílu na trhu na kterémkoliv dotčeném trhu a maximální hodnotu *HHI* 2000⁴⁴⁸. Pod těmito prahy se zásadně fúze za nebezpečnou nepokládá – právní jistota je však omezena řadou výjimečných situací, v nichž se spojení přesto bude zkoumat, a jejichž výčet je navíc jen demonstrativní.⁴⁴⁹

Přesto, že zásadně (většinou) jsou nehorizontální fúze prosoutěžní a jejich protisoutěžní dopady jsou výjimkou, jsou Návody koncipovány právě opačně: nejdříve se soustředí pozornost na možná omezení soutěže a teprve poté se bere zřetel na možné přínosy, ale jen jako na protiváhu. Na přínosy se bere navíc zřetel jen v případě, že je zúčastněné strany zdůvodní a dostatečné dokážou. Nebyl tedy přijat návrh vyslovený v diskusi k návrhu Návodů, aby se přínosy u nehorizontálních fúzí předpokládaly.⁴⁵⁰ Tak vysoký standard povinnosti tvrzení a důkazního břemene se ovšem recipročně neklade na Komisi z důkazu možného narušení soutěže nehorizontální fúzí.⁴⁵¹

Návody se navíc zřetelně odklonily od zkoumání strukturálních znaků fúze a soustřeďují se téměř výlučně na chování na chování jejich účastníků po jejím provedení a s ním spojené škody spotřebitelů. Zkoumá se – jak u vertikálních, tak u konglomerátních fúzí – vždy též tržní koncentrace a velikost podílů na trhu před provedením notifikované fúze a po něm (zda není překročena bagatelní hranice), ale u nekoordinovaného efektu uzavíracího působení fúze (jak vzhledem ke vstupu výrobků na trh, tak vzhledem k zákazníkům) se zkoumá i

- 1) způsobilost uzavřít přístup,
- 2) motivace to učinit, a

⁴⁴⁸ *HHI* je součet čtverců tržních podílů účastníků na relevantním trhu.

⁴⁴⁹ Viz čl. 26 Návodů: fúze zahrnuje účastníka se silným rozvojovým potenciálem; existují významné křížové majetkové účasti nebo křížové manažerské vztahy mezi účastníky fúze; jeden z účastníků velmi pravděpodobně bude narušovat koordinované jednání (*maverick firm*); existují náznaky minulé nebo stávající koordinace... Tyto hranice tzv. „bezpečného přístavu“ nejsou tedy vytyčeny jako „kamenné milníky“ presumpce legality fúze. Spíše identifikují jen strukturální předpoklad, při němž fúze nezničí tržní základnu. Srov. též. ALESE, F.: (*Fore*)closing the Gap: the Commission's Draft Non-Horizontal Merger Guidelines – a “response” to Simon Bishop, E.C.L.R. 2008, 3, str. 198.

Dá se tedy metaforicky o těchto stanovených prazích soutěžněprávní relevance hovořit spíše jako o prakticky docela nedůležitém *soft harbour*, nežli o *safe harbour*. I když totiž nejsou překročeny, může být fúze na základě kvalitativního hodnocení prohlášena za neslučitelnou se společným trhem a naopak – i při překročení kvantitativních indikátorů koncentrace může být fúze povolena.

⁴⁵⁰ DESELAERS, W., SEELIGER, D.: cit. práce, str. 58.

⁴⁵¹ Což se po právu kritizuje – srov. KÖRBER, T.: cit. práce, str. 529 nsl.

3) celkový dopad tohoto chování na účinnost soutěže (třístupňový test).

Jde tedy o nikoliv mechanistickou aplikaci kvantitativních údajů o struktuře trhu, nýbrž mnohem více o kvalitativní hodnocení konkrétní konstelace na trhu po předpokládané fúzi a jejího vlivu na účinnou soutěž a na blahobyt spotřebitelů (*effects-based test*).

6.8. DISKUSNÍ POZNÁMKY A SHRUTÍ K EKONOMICKÝM METODÁM V SOUTĚŽNÍM PRÁVU

Zákon předpokládá určitou předpojatost (předsudek) výměnou za právní jistotu. Onen regulatorní předsudek je často nedostatečně zdůvodněn a verifikován v praxi, resp. podmínky od doby jeho zavedení se někdy změní natolik, že zákon praxi zčásti nebo zcela nevyhovuje.

Resignovat na předsudek znamená zvýšit právní nejistotu *obecně*, ale (možná) zvýšit naději na spravedlivé rozhodnutí v *jednotlivém* případě, tedy takové, které vezme v úvahu všechny důležité okolnosti.

Druhou cestou je vytvořit aktuální normativní předsudek s riziky opakování téhož vývoje. Flexibilnější cesta adaptace nikoliv skokové (změnou norem), ale postupné (která neodbytně připomíná výhody systému *common law*) nemusí nutně vést ke zmenšení právní jistoty adresátů norem.

Ekonomické instrumentárium vytváří nezřídka jen zdání exaktnosti; schopnost kvantifikace těžko kvantifikovatelných údajů může být užitečná při hledání odpovědi na přesně formulované úzké otázky, ale může zavádět při hledání odpovědi na otázky komplexnější. „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.“⁴⁵²

⁴⁵² BORK, R. H.: *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, New York, 1978, str. 127.

Nevhodné používání a preference kvantifikovatelných údajů je předmětem skepticko – cynických bonmotů – tak tzv. „Mac Namarův omyl“ je popsán takto: prvním krokem je změřit vše, co lze změřit snadno. Pokud to jde, je to v pořádku. Druhým krokem je nedbát na to, co se změřit nedá, nebo tomu přisoudit libovolnou kvantitativní hodnotu. To je umělé nebo zavádějící. Třetím krokem je předpokládat, že to, co se nedá snadno změřit, není ve skutečnosti příliš důležité. To je slepota. Čtvrtým krokem je konstatovat, že to, co se nedá snadno změřit, ve skutečnosti ani neexistuje. To je sebevražda... (cit. podle DAVIDSON, K. M.: *GPRA and the street light effect: counting enforcement actions affects how the FTC*

Tzv. více ekonomický (kvantifikovaný) přístup k soutěžnímu právu je příliš statický už jen kvůli omezenému časovému horizontu, z něž čerpá údaje⁴⁵³. Empirické údaje, na nichž přístup spočívá, vypovídají o realitě jen v závislosti na jejich relevanci a spolehlivosti, a navíc na kreativitě 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.⁴⁵⁴

Princip soutěže by neměl být nahrazen principem samoučelného a ryze ekonomického kalkulu. Soutěžní tlak je systémově nezastupitelným nástrojem ekonomizace. 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.⁴⁵⁵

Širší používání ekonomických metod je nepřímým důsledkem změn v pohledu na hospodářskou soutěž a její roli v ekonomice, jakož i na soutěžní právo. Tyto změny nejsou jen racionálně zdůvodněné a nesporně i ony podléhají vědeckým „módám“, vycházejícím (a to nejen v „měkkých“ sociálních vědách, kam patří i ekonomie) nezávadka z aktuálních hospodářských a politicko-ideologických konstelací a tlaků.⁴⁵⁶

Jedním z těchto tlaků je i sílící trend k upřednostňování zájmů spotřebitele (namísto zájmu na existenci a funkčnosti soutěžního prostředí). Tento trend, jenž vychází především z doktríny (tzv. „*Chicago school*“) a jí ovlivněné judikatury v USA, by mohl vést až k jakémusi hypertrofovanému „právnímu konsumerismu“ a k přetvoření práva na ochranu hospodářské soutěže v součást a „pododvětví“ široce koncipovaného práva na ochranu spotřebitele. Antitrustové právo bylo ovlá-

s Bureau of Competition will enforce its competition mission, staženo 12. 3. 2007 z www.antitrustinstitute.org/archives/files).

⁴⁵³ Nepomůže např. návodem k tomu, jak otevřít trh při deregulaci síťových odvětví – srov. KIRCHNER, CH.: *Kartellrecht und/oder Regulierung?*, WuW, 2007, 4, str. 327.

⁴⁵⁴ Podrobněji srov. HOFER, P., WILLIAMS, M., WU, L.: *Empirische Methoden in der Europäischen Fusionskontrolle*, WuW 2005, 2, str. 155 nsl.

⁴⁵⁵ Myšlenka I. SCHMIDTA v jednom z komentářů ve WuW, (2004 nebo 2005), který jsem přesněji neidentifikoval.

⁴⁵⁶ Srov. např. zvýšení váhy makroekonomických a sociálních hledisek na úkor nezkreslené soutěže při boji s hospodářskou krizí, propuknuvší na podzim r. 2008. Ještě dříve se vrámci lisabonské mezivládní konference z r. 2007 v důsledku aktivity francouzské delegace projevila snaha snížit význam soutěže tím, že by se vypustila ze znění Smlouvy o fungování Unie, což by mohlo ohrozit právní kontext, v němž se po desetiletí soutěžní právo v EU aplikuje. Srov. PERA, A.: *Changing views of competition, economic analysis and EC anti-trust law*, European Competition Journal, 2008, vol. 4, str. 166.

dáno tradiční ordoliberalní doktrínou, která jako cíl této právní regulace stavěla do popředí ochranu soutěžního procesu, jenž minimalizuje nutnost *ad hoc* regulačních odvětvových intervencí, a z jehož funkčnosti koneckonců těžil i spotřebitel⁴⁵⁷.

Namísto ochrany soutěžního procesu se tak v „chicagské škole“ do popředí staví obtížně definovatelná, neurčitá a v čase velmi proměnlivá⁴⁵⁸ efektivnost, resp. „přínosy“ („*efficiencies*“) a spotřebitelský blahobyt, jimž jsou obětovány dlouhodobé parametrické podmínky a možnosti střetávání konkurentů na trhu. Soutěžní tlak se tak v zájmu těchto hodnot oslabuje nebo někdy úplně vyloučí.

Evropské soutěžní právo bylo intelektuálně ovlivněno německou ordoliberalní školou⁴⁵⁹ a i přes turbulence modernizace a uplatňování „více ekonomického přístupu“ v posledních letech se k cíli ochrany zájmů spotřebitele na úkor ochrany soutěžních procesů dosud jednoznačně nepřiklonilo. Cíl ekonomické integrace a společného trhu byl podmíněn nenarušenou soutěží na trhu a byl vyjádřen i formálně.⁴⁶⁰ Zájmy jako blahobyt spotřebitelů tu nejsou deklarovány jako samostatný objekt ochrany⁴⁶¹, ale předpokládá se jejich nepřímá ochrana prostřednictvím funkční soutěže. Koneckonců, i výjimky za zákazu dohod omezujících soutěž, jež jsou zdůvodněny přenosem podstatné části prospěchu z dohod na spotřebitele⁴⁶², nejsou možné, pokud by v jejich důsledku měla být vyloučena (nikoliv ovšem jen zkrácena nebo oslabena...) soutěž na podstatné části trhu. Ani nesporné ekonomické výhody nejsou tedy u kartelových dohod důvodem k vynětí ze zákazu (byť by byly podstatné, trvalé a přinášely by prospěch spotřebitelům), pokud by nesplnily poslední kumulativní kritérium, a sice, že dohody pravděpodobně nevyloučí soutěž na podstatné části trhu.⁴⁶³

Použití ekonomické analýzy neznamena tedy odvrát od zájmů na soutěžních procesech k prosazování izolovaných zájmů na blahobytu spotřebitele. Návody

⁴⁵⁷ Okřídlený je již výše použitý citát ordoliberalá Franze Böhma, že právě soutěž je tím nejlepším přítelem spotřebitele.

⁴⁵⁸ Krátko-, středně- a dlouhodobá efektivnost se mohou podstatně lišit, zatímco dlouhodobá péče o soutěžní proces přináší trvalý a dlouhodobý rámec pro efektivní střetávání zájmů jak na straně nabídky, tak na straně poptávky...

⁴⁵⁹ Srov. PERA, A., cit. práce, str. 145 nsl.

⁴⁶⁰ Srov. čl. 2 a čl. 3.1. SES (Římské smlouvy), v němž se mj. konstatuje, že k dosažení cílů ES je nutné vytvořit systém zajišťující, aby na vnitřním trhu nebyla narušována hospodářská soutěž.

⁴⁶¹ V čl. 3.1., písm. t se deklaruje „přínos k posílení ochrany spotřebitele“.

⁴⁶² Srov. čl. 81 odst. 3 SES, obdobně § 3 odst. 4 ZOHS.

⁴⁶³ Shodně PERA v cit. práci, str. 157.

Evropské komise k aplikaci článku 81 odst. 3 SES⁴⁶⁴ uvádějí v bodu 13, že cílem antitrustu je ochrana soutěže na trhu jakožto nástroje ke zvýšení blahobytu spotřebitelů a k efektivní alokaci zdrojů. Na tom jen málo mění vyjádření funkcionářů Komise⁴⁶⁵, že soutěž není cílem sama o sobě, ale jakožto nástroj k dosažení blahobytu spotřebitelů a efektivnosti. Koneckonců i rozhodování v konkrétních případech ukazuje, že zájmy spotřebitelského blahobytu a soutěžního procesu se nerozcházejí⁴⁶⁶.

Evropský důraz na strukturu trhu (vyšší než v USA) není ekonomicky (a vůbec už ne empiricky) nezdůvodněný. Evropský skepticismus vůči spontánním autokorekcím trhu (zejména vůči možnosti vstupu nových soutěžitelů na koncentrované trhy) má svoje dobré důvody – dává se přednost „vrabci v hrsti“ v podobě dnešního dostatečného soutěžního tlaku před „holubem na střeše“ v podobě budoucích možných výhod a přínosů.⁴⁶⁷

Domnívám se, že o cílovém konfliktu práva a ekonomiky lze sotva hovořit, přijmeme-li východisko (a také snad dlouholetou empirii), že soutěž zvyšuje efektivnost. Právní úprava soutěží upravující je z tohoto hlediska nástrojem zajišťujícím funkčnost jiného nástroje (fungování soutěže) působícího ve prospěch ekonomické efektivnosti. V některých případech je vhodnější legální (normativní) přístup, který (kvůli menší komplexnosti problému) dokáže ekonomické úvahy vtělit do právních norem; v jiných (zejména u fúzí) by mělo dostat přednost ekonomické kasuistické posuzování před těžkopádnou snahou o precizní normativní formulace komplexních ekonomických hledisek.⁴⁶⁸

Zásadním problémem je omezit prostor pro uvážení rozhodujících antitrustových orgánů (Komise, a soudů, jakož i národních antitrustových úřadů) na takové otázky, které se svou povahou vymykají ekonomické objektivizaci a normalizaci

⁴⁶⁴ OJ C 101/97, 2004.

⁴⁶⁵ Např. komisařky N. Kroesové z r. 2005 a ředitele DG IV P. Lowehe; zdroje – viz Pera v cit. práci, str. 159.

⁴⁶⁶ Pokud např. v případě Microsoft ESD rozhodl, že Microsoft musí umožnit spotřebitelům výběr mezi internetovými přehrávači tak, aby nebyly junktimovány s dodávkou Microsoft Windows, je chráněn sice zájem spotřebitelů na svobodné volbě, jenž je ale z dlouhodobého hlediska spojen s vývojem struktury na trhu, tedy s předpokladem soutěžního procesu. Dovolím si opět parafrázovat Franze Böhma: *dlouhodobý* (!) zájem spotřebitele je nejlepším přítelem soutěže.

⁴⁶⁷ Parafráze z vynikající srovnávací studie o roli „*efficiencies*“ při posuzování fúzí v USA a v EU – GHIDINI, G.: *A Tale of Two Cultures? Some Comments on the Role of „Efficiencies“ on the Two Sides of the Atlantic*, IIC, Vol. 35, 2004, Nr. 5, str. 538.

⁴⁶⁸ Podobně HUTCHINGS v cit. práci, str. 532.

do podoby formálních legálních testů. Ekonomický přístup i tady klade arbitrárnímu rozhodování překážky typu „převod podstatné části výhod na spotřebitele“, „převaha dosažených či deklarovaných výhod nad nevýhodami plynoucími z omezení soutěže“ apod. Samotné ekonomické výhody („*efficiencies*“) nejsou často o nic kvantifikovatelnější (a tedy „měřitelnější“) než podobně neurčité právní pojmy⁴⁶⁹ – i ony závisí na (dobově, hodnotově, zájmově a jinak podmíněných) interpretacích.

Snaha o zachování ekonomické (a potažmo i politické) plurality, která byla v pozadí tzv. ordoliberalního soutěžního přístupu, neabsolutizuje ekonomické přínosy (k čemuž se tenduje v USA). Pragmatičtější (a asi krátkodoběji) orientovaná modernizovaná evropská soutěžní politika představuje patrně jistou dávku „soutěžního darwinismu“.⁴⁷⁰ Evropská Komise a soudy snad udrží tento vývoj v hranicích, po jejichž překročení by byl návrat, a ekonomiku by ovládly oligopoly a monopoly pod líbivým heslem ekonomických přínosů pro blaho spotřebitele.⁴⁷¹

Rozhodování nejen evropských soudů a Komise, ale (již po několik let) i českých soudů bylo a je schopné zdůrazňovat ekonomická hlediska při právním rozhodování. Koneckonců to byly právě opakované spory mezi Komisí a evropskými soudy o nedostatečnou ekonomickou zdůvodněnost rozhodnutí, které iniciovaly diskusi o „*more economic approach*“ a do důsledku i současný trend na zachycení těchto hodnotících standardů v nějaké podobě „*soft law*“.

Není však na místě přeceňovat roli technokraticko-ekonomicky orientovaných úvah a jejich bezprostřední dopad na interpretační a aplikační praxi, resp. na normotvorbu. Vztah mezi soutěžním právem a ekonomikou není však jednosměrný – právo je z povahy věci abstraktní a nemůže zachytit normativně spravedlnost v každém jednotlivém případě – výklad, který je k tomu nutný, zahrnuje však i jiné než ekonomické hodnoty, preference a zájmy – ty jsou v něm jistě obsaženy také, ale nejen výlučně. Právo je nutně a pojmově méně komplexní a abstraktnější nástroj při pohledu na zvláštnosti jednotlivého případu nežli ekonomická analýza. Prosazuje *normativní*, tedy typová (a nikoliv *ad hoc*) řešení.

Ekonomické hodnocení disponuje samo málokdy tak přesnými pojmy a ukazateli, aby bylo předvídatelné, resp. předvídatelnější nežli hodnocení na základě

⁴⁶⁹ (srov. např. přínosy v podobě přístupu k novému „*know-how*“, zlepšení prodejních podmínek, schopnosti zvýšit inovační aktivitu apod.).

⁴⁷⁰ GHIDINI, cit. práce, str. 542.

⁴⁷¹ V posledně cit. práci autor varuje před přechodem od principu „vítěz bere více“ k principu „vítěz bere vše“. Obává se rozšířené monopolizace pod heslem dosahování „*efficiencies*“. Nevěřící též náhradě metody udržení soutěžní struktury trhu metodou dozoru nad „dobrým chováním“ monopolistů.

právních pravidel (ať už typu *per se* nebo *rule of reason*); je-li zaměřeno především na hodnocení vlivu jednání na výsledek (*effect-based approach*), znamená to jistotu až *ex post*, a nikoliv *ex ante*, takže právní jistota rozhodování *ex ante* (což je konkrétně u hodnocení fúzí pravidlem) na základě těchto kritérií je iluzorní.

Protisoutěžní jednání se striktně vzato napřed musí udát a vyhodnotit, a pak postihnout. Jeho předvídání 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). 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“.⁴⁷²

Poměrování právních norem s jejich právně politickým a ekonomickým zdůvodněním sice mění setrvačné a zažitě názory a nezřídka může právníky překvapit „nastavením zrcadla“ jejich oborové omezenosti a vzít jim jejich bezpečné normativní (*per se*) „závěťi“. Je to prevence proti formalistickému přístupu k právu a proti právnímu dogmatismu. Je též lékem proti sklerotizující infekci v myšlení řady z nás, kteří se často právem zabýváme spíše jako technikou, přičemž by nám neměly uniknout společenské a ekonomické souvislosti působení jeho norem. Právě však odkaz na tyto širší souvislosti varuje před jednostranným módním „ekonomizováním“ v právním rozhodování.

Tak např. i ekonomicky odůvodněné dvojí ceny (z hlediska prodávajícího) mohou narušovat širší společenské cíle a jsou (a nepochybně nadále budou) poměřovány nejen krátkodobým mikroekonomickým testem. Ryze (mikro)ekonomické argumenty z hlediska diskriminujícího subjektu mohou však být zrádné proto, že neberou v potaz hodnoty povahy politické, k jejichž prosazování se zavázaly členské státy EU v SES.

Judikatura česká i evropská (týkající se např. dvojích cen⁴⁷³) naznačuje, že i v etapě „více ekonomického přístupu“ se bude nutně ustupovat prosazování základních svobod nutných k vytvoření a fungování jednotného trhu, jakož i dobrých mravů, zakazujících „ekonomicky výhodnou“ diskriminaci. Diskriminace – jakkoliv ekonomicky krátkodobě výhodná – je v řadě případů neudržitelná obecně právě proto, že narušuje integritu komunitárního trhu a dobré mravy.

⁴⁷² Srov. DREHER, M.: *Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Kartellrecht*, WuW 2008, č. 1, str. 23 nsł.

⁴⁷³ K tomu blíže srov. BEJČEK, J.: *Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu*, Právní fórum, 2008, č. 5.

V souvislosti s trendem pragmatické orientace na krátkodobé ekonomické přínosy vzniká řada ještě obecnějších otázek, o jejichž řešení jsem se na tomto místě ani nepokusil. Jejich společným rysem je obava, zda se postupně neztrácí konsensus o tom, že právo prosazuje nejen „i“, ale v řadě případů *zejména* jiné než ekonomické hodnoty.

Ekonomický přístup k právu by mohl znamenat i rezignační postoj typu „raději snesu nespravedlnost, nežli bych mařil čas (jako ekonomicky nejdražší statek) na její vydobývání“. To se vzpírá právnímu citu a sociálnímu smyslu práva, který popsal neopakovatelně již R. Jhering před více než sto lety.⁴⁷⁴ V tomto smyslu by tento klasik, prohlašující, že „právo jest idealism“⁴⁷⁵ neměl ani špetku porozumění pro tento druh „ekonomického“ přístupu.

Evropské právo je na jedné straně zdrojem ekonomického přístupu, na straně druhé však i „korektorem“ *ryze* ekonomického přístupu, který by ohrožoval jednotný trh a sociální soudržnost, jakož i blahobyt spotřebitelů.

Subjektivizace tvorby cen (cenová diskriminace prvního typu) by mohly být – z čistě ekonomických důvodů – doprovázena i ekonomicky podmíněnou subjektivizací sankcí.⁴⁷⁶ Z práva jakožto „rovného měřítka na nerovné“ by se mohlo stát „nerovné měřítka na nerovné“.

Netransparentnost pravidel a nepředvídatelnost aplikačního rozhodování jsou fatálním ohrožením právního státu. Ohrozit právní stát může i cílový konflikt mezi požadavkem na žádoucí spravedlnost v každém jednotlivém případě a operacionální (praktickou použitelností) kritérií – v krátkých procesních lhůtách, v nichž nelze provést či spolehlivě ověřit validitu ekonomických argumentů a teorií a hypotéz, kterými jsou tvrzení stran podepřena, platí zásada „*in dubio pro libertate*“

⁴⁷⁴ JHERING, R.: *Boj za právo*, Knihovna rozhledů XVIII, Praha 1897.

⁴⁷⁵ Tamtéž, str. 66.

⁴⁷⁶ Ve Finsku se údajně ukládají pokuty v silničním provozu podle příjmů přestupce. Sankce „na ekonomickou míru“ mohou být koncem právního státu, počátkem netransparentnosti, nepředvídatelnosti, možná i libovůle či zvůle. Nemůže se zamýšlený institut korunního svědka v trestním právu přetvořit v obchod se spravedlností? Je ekonomicky opodstatněná úvaha, že beztrestnost či shovívavost ve výši a druhu sankce udavače (korunního svědka) je společensky vzato jakýmsi „nákladem“, a že „spravedlnost“ pro přestupce postižené díky působení svědka je „výnosem“? Zneklidňující je přípustnost ekonomické možnosti tzv. se „vykoupit“ z trestně právní odpovědnosti dohodou s pozůstalými (v ČR podle zpráv v denním tisku v roce 2007 opilek způsobil dopravní nehodu při vysokém překročení povolené rychlosti a usmrtil při tom dva lidi – „vyplatil se“ dohodou s pozůstalými, trestní stíhání bylo údajně zastaveno).

ve prospěch tržního dominanty; to může ohrozit účinnost ochrany hospodářské soutěže jako společenské hodnoty.⁴⁷⁷

Právo bylo vždy strážcem civilizačních hodnot a i výrazem sociálně psychologických potřeb lidí, nezřídka i bez ohledu na ekonomický rozměr.⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ Podobně SCHMIDT, I.: *More economic aproach versus Justizabilität*, WuW 2005, 9, str. 877.

⁴⁷⁸ V cit. práci R. JHERINGA se konstatuje (str. 78, 81), že „s pouhým vydáním věci nebo prostým nahrazením škody, s tím se nemohl smysl Římanův sprátemi, požadoval krom toho ještě potrestání, předně aby bylo zadost učiněno uraženému citu právnímu a pak i z té příčiny, aby jiní byli odstrašeni od podobných špatností... Účel těchto trestův byl... předně čistě praktický, ...za druhé účel mravní. Peníze nebyly tedy při tom účelem, nýbrž jen prostředkem účelu.“ Tamtéž se kritizuje „nevnímavost našeho dnešního práva pro ideální zájmy při porušování práva.“ To vše v době, k níž občas vzhlížíme jako ke „zlatému věku“ soukromého práva.

7. PŘÍNOSY FÚZÍ (EFFICIENCES)

7.1. EKONOMICKÉ PŘÍNOSY A RŮZNÉ VARIANTY „BLAHOBYTU“ (UŽITKU) COBY HODNOTÍCÍHO KRITÉRIA

Vyvážené posouzení přínosů (možných, více či méně pravděpodobných, čistě ekonomických i širších, spíše vnitřofirmních i celospolečenských, dlouhodobých a krátkodobých) ve vztahu k možným protisoutěžním účinkům fúze je kardinální otázkou soutěžní politiky. Nestačí např. konstatovat, že fúze povede k úsporám, a že blokování takové fúze by se v zásadě rovnalo námitkám proti úsporám dosa-hovaným ve firmách interně;⁴⁷⁹ samotný pojem úspor je nutno převést na nějaký „společný jmenovatel“. Přes nedostatečnou metodologickou a teoretickou propra-covanost se takové problémy v rozhodovací praxi musí více či méně intuitivně řešit.⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ Srov. HEYER, K.: *A world of uncertainty: economics and the globalization of antitrust*, Antitrust Law Journal, vol. 72, 2005, str. 406. Srov. též. KNIEPS, G.: *Wettbewerbsökonomie*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2005, str. 132 nsl., kde se konstatuje, že je nutná fundo-vaná ekonomická analýza, vyvažující mezi možnými pozitivními a negativními důsledky fúze, aby nedošlo ke dvěma zásadním chybám: k zákazu národohospodářsky výhodné fúze a ani k povolení fúze, jejíž negativní dopady převažují nad možným zvýšením efektivnosti.

⁴⁸⁰ Tak v případě *Aérospatiale-Alenial /de Havilland* (OJ L 334, 5. 12. 1991) Komise kon-statovala, že by fúze nepřispěla k rozvoji technického a ekonomického pokroku a i kdyby ano, nebylo by to k prospěchu spotřebitelů. Ze zámoří se na toto rozhodnutí snesla kritika (viz GIFFORD, KUDRLE, op. cit., str. 458): nesporné přínosy k efektivnosti byly totiž podle Komise využitelné proti méně efektivním soupeřům, kteří by tak v konečném důsledku mohli být vytlačeni z trhu.

V případě *AT&T/NCR* (OJ C 16, 24. 1. 1991) Komise vyslovila pochybnost o synergickém efektu fúze tvrzeného stranami a tom zda, by potenciální výhody z těchto synergií nevedly spíše k vytvoření či posílení dominantního postavení.

V rozhodnutí Komise z 3. 7. 2001 o fúzi *General Electric/Honeywell* se uvádělo, že intenzi-fikace cenové soutěže (sdružování produktů s nižšími agregátními cenami) by vedla ve střednědobém výhledu k odchodu jednoho či více soutěžitelů, a že krátkodobý prospěch spotřebitelů by byl z dlouhodobějšího hlediska převážen omezením soutěže. Preferovaným cílem soutěže je tedy zachování rivality na trhu (a to i za cenu vyšších cen pro spotřebitele). Nákladová výhoda efektivnějšího konkurenta, z níž by mohl těžit spotřebitel, byla tedy pře-kážkou schválení fúze.

Nezbytným a velmi nesnadným úkolem antitrustových úřadů je tedy provést komplexní test, který by všechny tyto možné efekty a jejich souvislosti zvážil. „Spotřebitelský blahobyt (užitek)“ (*consumer welfare*), který je používán jako prvořadé agregované kritérium evropského soutěžního práva⁴⁸¹, nasvědčuje spíše tomu, že se bere na zřetel především efektivnost alokativní (aby spotřebitelé obdrželi podstatnou část z přírůstku efektivnosti)⁴⁸² – pouhý zisk výrobce není jako důsledek vyšší efektivnosti dostačující.

Navíc ovšem – kromě pojmu spotřebitelského blahobytu, neurčitého již svou kvalitativní podstatou – přistupuje problém transferu blahobytu skutečného a stranami jen tvrzeného a záruk a instrumentů, jak deklarované transfery podstatných částí zisku spotřebitelům do budoucna zajistit. Přitom se musí dbát na to, aby nebyly preferovány jen krátkodobé přenosy úspor na spotřebitele (krátkodobý spotřebitelský blahobyt); úspěšným subjektům musí být ponechány dostatečné zdroje k investicím do budoucích inovací.⁴⁸³

Klíčovým pojmem ekonomického přístupu jsou tzv. „*efficiencies*“ – nejde jen úspory v užším slova smyslu (jako třeba úspory výrobních nákladů). Právníci tomu pojmu takto zúženě občas rozumějí (maximálně ještě do nich zahrnou úspory z rozsahu a z měřítka – *economies of scale and scope*). Tyto úspory v užším smyslu („*economies*“, ev. „*savings*“) jsou jen součástí širšího pojmu „*efficiencies*“.

V případě *Danish Crown/Vestjyske Slagterier* (OJ L 20, 25. 1. 2000) se dokonce explicitně konstatovalo, že získání dominantního postavení na relevantních trzích v důsledku fúze znamená, že argument o přínosech (*efficiencies*) použitý stranami, nemůže být při hodnocení fúze vzat v úvahu. To znamená, že by se k úsporám fúzí vyvolaným přihlíželo jen tehdy, pokud by nevzniklo dominantní postavení. Zdá se, že systémově teoretická předpojatost, že dominantní postavení je samo o sobě špatné a nemohou je převážit ekonomické výhody ani pro spotřebitele, převážila. Snad to mohlo být způsobeno hluboce zakotvenou nedůvěrou v realnost tvrzených přínosů a na druhé straně v tvrdou skutečnost tržní dominance (přínosy se lehce tvrdí, ale těžko dokazují).

V Kanadě se naopak podle § 96 odst. 1 soutěžního zákona z r. 1985 (C-34) zakazuje bránit takové fúzi, která je efektivní, tedy u níž je i jen pravděpodobné, že povede k přínosům, které budou větší než (a vyrovnají) účinky jakéhokoliv vyloučení nebo snížení soutěže, vyvolané nebo pravděpodobně vyvolané předpokládanou fúzí, pokud by ony přínosy v případě zákazu fúze nenastaly (srov. 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*, Vol. 72, 2005, str. 454). Na základě tohoto ustanovení byla v Kanadě schválena v r. 2000 fúze v případě Superior propane, přičemž kombinovaný tržní podíl dvou distributorů na šestnácti místních trzích překročil 95%.

⁴⁸¹ Srov. BISHOP, WALKER, cit. práce, str. 24.

⁴⁸² Tak GERADIN, cit. práce, str. 3

⁴⁸³ Srov. BISHOP, WALKER, cit. práce, str. 26.

Zůstává přitom stranou alokativní efektivnost, dynamická efektivnost a všemožné druhy synergií v důsledku kombinace komplementárních hodnot (*assets*), jako např. zlepšená ekonomika transakčních nákladů.⁴⁸⁴

V USA zrozený termín „*efficiencies*“, který se v antitrustové literatuře používá nejčastěji bez překladu, znamená spíše obdobu „přínosu“ nebo „výhody“, a to jak pro zúčastněné subjekty, tak pro třetí osoby, včetně výhod celospolečenských (přínos k celkovému blahobytu „*total welfare*“). Proto na rozdíl od užších „úspor“ používám obsahově přesnějšího pojmu „přínosy“, pokud nezůstanu v kontextu u nepřeloženého pojmu „*efficiencies*“.⁴⁸⁵

Z pohledu amerických specialistů sleduje EU soutěžní politiku založenou na podpoře obchodní rivality, a nikoliv přínosu či „zisku“ pro spotřebitele (*surplus*)⁴⁸⁶ a prosazuje i distributivní hodnoty, které mohou převážit 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.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ Srov. KOLASKY, W. J.: *Effectively Advocating Efficiencies in Merger Reviews*, Antitrust Report, Spring 2003, str. 7–8.

⁴⁸⁵ Problémy s překladem tohoto slova jsou obecné a obcházejí se tak, že se pojem „*efficiencies*“ nepřekládá, nebo se jen jako novotvar gramaticky „překlápí“ do příslušného jazyka – srov. německý termín „*Effizienzen*“ (a nikoliv „*Einsparungen*“ – tedy „úspory“) v publikaci RÖLLER, L. H., STROHM, A.: *Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“*, speeches in 2005, <http://europa.eu.int>, str. 12 nsl.

⁴⁸⁶ Tak GIFFORD, KUDRLE, op. cit., ibid.

⁴⁸⁷ 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 2000, str. 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 jsou dnes buď obsoletní, nebo sekundární; primární je zvyšování efektivnosti a blahobytu spotřebitelů – srov. např. formulaci podmínek vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž podle čl. 81 odst. 3 SES. V trochu jiné souvislosti čl. 27 *Guidelines on the application of Art. 81 of the EC Treaty to Technology Transfer Agreements* – OJ 2004 C101/2 – zdůrazňuje, že (ovšem ve formálně nezávazných *guidelines* – pozn. JB) jak právo k duševnímu vlastnictví, tak právo soutěžní mají tytéž základní cíle zvyšování společenského blahobytu (což není nutně totéž, co spotřebitelský blahobyt – pozn. JB) a efektivní alokace zdrojů. (jak vidno, alokační

Pojem celkového přínosu (či nadhodnoty) vytvořené fúzí (*total surplus*) vychází z převisu peněžní hodnoty zboží nad náklady potřebnými k výrobě, který se rozděluje mezi výrobce (jako zisk) a spotřebitele, kteří zaplatí méně, než by normálně byli ochotni (vzniká jim tzv. *consumer surplus*).⁴⁸⁸

7.2. NORMATIVNÍ KRITÉRIA SOUTĚŽNÍHO PRÁVA Z EKONOMICKÉHO HLEDISKA

Ekonomický přístup k normativním kritériím soutěžního práva se liší podle tří zásad.

- Za prvé se hodnotí přínos pro blahobyt jednotlivců. Tento argument je obvykle popírán tvrzením, že cílem soutěžní politiky je ochrana soutěže, a že tedy jednání nebo fúze negativně ovlivňující soutěž nemají být povoleny. Americká doktrína i judikatura tuto námitku pokládají za ekonomicky neodůvodněnou.⁴⁸⁹
- Za druhé se hodnotí naplnění tzv. Paretova optima⁴⁹⁰, které vede k posouzení vlivu na blahobyt (pod heslem „pokud se někomu polepší, aniž to jiné po-

efektivnost je něco jiného než společenský blahobyt, jinak by se neuváděla zvlášť – pozn. JB).

⁴⁸⁸ Srov. ROSS, T. W. – WINTER, R. A.: *The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments*, Antitrust Law Journal, 2005, Vol.72, str. 473 nsl. I když by se pojem „surplus“ dal přeložit i jako „zisk“, pro lepší rozlišení od pojmu „gain“ nebo „profit“ jakožto zisku výrobců používám pojem „přínos“ (celkový, pro spotřebitele apod.). Tento pojem umožňuje zahrnout do úvah i některá kvalitativní hlediska dopadů fúze.

⁴⁸⁹ Jediné, na čem záleží, má být vliv na individuální blahobyt. Jako by se poznamenal, že soutěž přispívá jako nástroj ke zvýšení individuálního blahobytu, nebral v úvahu. Výrok jistého úředníka amerického DOJ – cit. ibid – („*efficiency is the goal, competition is the process*“), se totiž dá vyložit i tak, že soutěž je procesem vedoucím systémově a dlouhodobě k efektivnosti, a proto by měla být chráněna před vyloučením, zkreslením či omezením.

⁴⁹⁰ *Paretovo optimum* předpokládá, že se v důsledku nějakého postupu alespoň jednomu členu společnosti dostane nějaké výhody a nikdo přitom nebude znevýhodněn, resp. že rozdělení statků bude takové, že neexistuje jeho alternativní forma, při níž by jedna strana dopadla lépe, aniž by jiná strana současně na tom byla hůře. Paretovo optimum je ideálem odpovídajícím ideálu (tedy modelu, a nikoliv realitě) dokonalé konkurence. Jako realističtější bývá proto někdy navrhováno tzv. *Kaldor-Hicksovo kritérium*, které za společensky efektivní považuje situace, kdy ti, kteří byli zvýhodněni, ze svého prospěchu odškodní znevýhodněné, a přesto jim ještě výhoda zůstane zachována. Nepředpokládá se však, že

škodí, mělo by to být povoleno“). Nebere se ovšem zřetel na časový aspekt problému; krátkodobé Paretovo optimum se ve středně- či dlouhodobém pohledu může zvrtnout v opak (krátkodobý přínos pro spotřebitele je vyčerpán, monopolní či i jen dominantní subjekt „umožňuje“ dříve utržené ztráty zisku, zvyšuje spotřebitelské ceny, snižuje sortiment nabídky, kvalitu produkce, ztrácí inovační motivaci...).

- Třetím ekonomickým principem je důraz na standard *celkového* přínosu (*total surplus standard*), tedy bez ohledu na to, zda je jeho individuální příjemce označen jako spotřebitel nebo akcionář, čili bez zřetele na jeho distribuci ve společnosti. Soutěžní úřady by tedy podle těchto názorů neměly např. zakazovat fúze jen proto, že považují za méně důležitý růst zisku, nežli snížení spotřebitelovy výhody.⁴⁹¹ Pouhý cenový test (zvýšení cen pro spotřebitele) je proto z tohoto hlediska zkrslující a jeho výhoda jednoduchosti ani zdaleka nemusí znamenat ekonomickou validitu. Fúze tedy může přinést (makroekonomicky vzato) celkové zvýšení blahobytu i přes svůj eventuální redistribuční dopad. Tento paradox mohu formulovat vyhrcočně i takto: zvýšené bohatství v ekonomice zůstane a bez fúze by se v tomto rozsahu nevytvořilo – má být přesto fúze zakázána jen proto, že vede k přerozdělení nově vytvořeného bohatství, které by bez fúze nevzniklo?⁴⁹²

Všechny dostupné i hypotetické postupy budou zatíženy v důsledku velké nejistoty nejméně dvěma neznámými – nikdy nejsou k dispozici všechny ekonomicky významné podrobnosti dokonce i *bezprostřední* situace a navíc ani budoucnost nelze přesně předvídat.

k takovému odškodnění také v každém jednotlivém případě skutečně dojde (to by se jednalo o Paretovo optimum).

⁴⁹¹ V cit. práci ROSS, WINTER (str. 478) se uvádí příklad fúze v odvětví luxusních zábavných plaveb, která by vedla jak k úsporám nákladů, tak ke zvýšení cen. Fúze by měla být povolena proto, že průměrný blahobyt spotřebitelů na těchto trzích je pravděpodobně vyšší než průměrný blahobyt akcionářů spojujících se firem. Není údajně žádný rozumný důvod pro přehlížení přínosů plynoucích akcionářům jen proto, že mají tuto „nálepku“, byť se dá předpokládat, že akcionáři nejsou v průměru chudí.

⁴⁹² Přerozdělování nově vytvořeného bohatství není ovšem zase tak lineární – srov. jeho další redistribuci prostřednictvím daňového systému, systému povinného sociálního a zdravotního pojištění aj., které jistý podíl na zvýšeném blahobytu jedněch přenášejí i na druhé (chudší spotřebitele), kteří zdánlivě a primárně v důsledku fúze utrpěli újmu.

7.3. STANDARDY EKONOMICKÉHO HODNOCENÍ

Běžně se doporučuje používat pro ekonomické hodnocení v soutěžním právu několik druhů standardů. Byly vyvinuty pro oblast fúzí⁴⁹³, ale jejich širší použití je nasnadě. Jde především o:

- Standard *cenový* – je zdánlivě nejjednodušší (vzroste cena pro jakéhokoliv spotřebitele?), ale spočívá na obtížně předpověditelných předpokladech: jak pravděpodobný je nárůst tržní síly a pokles marginálních nákladů?
- Standard *přínosu pro spotřebitele* zvažuje na rozdíl od cenového standardu zisky a ztráty napříč různými skupinami zákazníků. Někdy se cenový standard a standard přínosu pro spotřebitele označují společně jako „spotřebitelský standard“.
- Standard *přínosu pro spotřebitele a úspory zdrojů* srovnává spotřebitelovu ztrátu nadhodnoty s úsporami zdrojů. Typicky fúze podle něj může být akceptována i při ztrátě na straně spotřebitele, je-li úspora zdrojů při sníženém objemu výroby po fúzi ještě větší.
- Standard *všech občanů* je vyjádřením skutečnosti, že majitelé firem i kupující se jako skupiny osob překrývají – spotřebitelé jsou pravděpodobně často též výrobci v důsledku vlastnictví kapitálu. Prakticky by se tedy fúze, která by nevyhověla standardu přínosu pro spotřebitele, mohla schválit, jestliže by se vzal v úvahu vliv na celkový ekonomický blahobyt typického kupujícího – jde o shovívavější hodnocení fúzí nežli u standardu přínosu pro spotřebitele.
- Standard *váženého přínosu* používá explicitního vážení zisků výrobců oproti ztrátám spotřebitelů. Politici přikládají zpravidla menší váhu ziskům výrobců nežli ziskům spotřebitelů, protože předpokládají, že výrobci jsou všeobecně bohatší⁴⁹⁴. Navíc elektorát spotřebitelský je podstatně početnější (byť nikoliv nutně reálně politicky vlivnější – *public choice*) nežli elektorát podnikatelský.
- Standard *celkové nadhodnoty* – zisku (nebo *celkového blahobytu*) používá většina ekonomů, protože má blízko k analýze příjmů a výdajů. Všechny

⁴⁹³ Blíže viz BEJČEK, J.: *Spor o přínosy fúzí*, Právní fórum 2006, č. 2, str. 39–49.

⁴⁹⁴ Tento standard je však považován za neuspokojivý, nedostatečně jasný a předvídatelný a těžko politicky akceptovatelný – srov. DAVIES WARD PHILIPPS & VINEBERG: *Flash*, Montreal, 6. 12. 2005, str. 1.

zisky a ztráty jak výrobců, tak spotřebitelů, se ohodnotí v tržních cenách a fúze se schválí, vyjde-li kladný výsledek.⁴⁹⁵

- Standard *národního blahobytu* rozlišuje úspěšné a neúspěšné podle národnosti (resp. státní příslušnosti) a přístup k fúzím se řídí podle toho, zda je fúze přínosem (posuzováno podle některého z výše uvedených postupů) pro „národní“ subjekty. Většinou se nebere ohled na reakci jiných států.
- Standard *růstu produktivity* zaměřuje pozornost na dynamickou efektivnost fúzí; hlavním kritériem jejich posuzování by měl být jejich pravděpodobný dopad na výrobné a technologické inovace, a tím na jejich příspěvek k růstu soutěživosti na trhu.

7.4. JEDNOTNÝ PŘÍSTUP K POSUZOVÁNÍ FÚZÍ A PODÍL SPOTŘEBITELE NA VÝHODÁCH PLYNOUCÍCH Z FÚZE

Požadavek, aby spotřebitel měl zachován poctivý (přiměřený) podíl na výhodách, je vyslovován doktrínou i judikaturou a je zachycen i v právních předpisech.⁴⁹⁶ Je poněkud matoucí, neboť je synonymem pro standard přínosu (zisku) pro spotřebitele s výjimkou případů, kdy jinak podobný jazyk umožňuje bezdůvodně zamezit fúzi, která se (negativně) nedotkne spotřebitelova blahobytu, ale zvýší blahobyt výrobce.⁴⁹⁷ Spotřebitelé mají podíl na výhodách z fúze, kdykoliv se zvýšení efektivnosti projeví v nižší ceně nebo v lepším produktu.⁴⁹⁸ Navrhuje se, aby nejasný požadavek „přenesení výhod na spotřebitele“ byl nahrazen jednodušším pojmem a standardem zisku (resp. přínosu) pro spotřebitele.⁴⁹⁹

⁴⁹⁵ I ztráta efektivnosti, resp. umrtvená ztráta blahobytu (tzv. „*deadweight loss*“) v důsledku zvýšené tržní moci se při schvalování fúze akceptuje, pokud fúze vede k úsporám nákladů, které jsou vyšší.

⁴⁹⁶ Srov. v souvislosti s dohodami omezujícími soutěž čl. 81 odst. 3 SES nebo § 3 odst. 4 písm. b) ZOHS a § 17 odst. 1 ZOHS.

⁴⁹⁷ GIFFORD, D. J., KUDRLE, R. T.: op. cit., str. 444, 445.

⁴⁹⁸ Autoři cit. práce kritizují (na str. 445, 446) čl. 81/3 SES a čl. 2/1 ECMR č. 139/2004, že umožňují nepřihlížet k přínosům pro spotřebitele, které nejsou dostatečně veliké.

⁴⁹⁹ Standard přínosu (zisku) pro spotřebitele vyjadřují jasně *U.S. Horizontal Merger Guidelines* vydané US DOJ společně s FTC v r. 1992 (a revidované v r. 1997) v § 4 – předepisují zkoumat, jestli poznatelné přínosy fúze pravděpodobně odvrátí od spotřebitele potenciální újmu na relevantním trhu, např. zabrání-li růstu cen.

Je jistě možné usilovat o přístup, který by zvažoval všechny výsledky fúze na základě multidimenzionálního přístupu⁵⁰⁰, resp. judikaturou vyvinutého přístupu vyvažování vah („*balancing weights approach*“⁵⁰¹). 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 fúzujících subjektů. Metody pravděpodobnostní ekonomické analýzy neposkytují potřebnou právní jistotu a zejména nejsou schopny vyloučit závažné a nevratné defekty vznikuvší ve *struktuře* trhů a porovnat je s často jen *krátkodobými* a lehce vypočitatelnými ekonomickými přínosy pro *dnešního* spotřebitele.

„Onálepkováním“ jiným moderním názvem se z „křišťálové koule“ ekonomů nástroj vědeckého předvídaní vývoje na trzích docela určitě nestane. Role systémových normativních řešení (možná neefektivních v jednotlivém případě nebo i v řadě jednotlivých případů) garantujících dlouhodobý *systémový* předpoklad zachování soutěžního prostředí jako *nástroje* (nikoliv samostatného cíle) k zajištění spotřebitelova *dlouhodobého* blahobytu v důsledku zachovaného účinného soupeření na trhu, je nezastupitelná.

Pokud např. ekonom dokáže s vysokou mírou pravděpodobnosti vypočítat, v jakém časovém horizontu se úspora nákladů v důsledku fúze promítne do snížení cen a dokáže to srovnat s dlouhodobým výhledem a důsledkem tlaku konkurence na snížení cenové úrovně při neschválení fúze, nechť se o přípustnosti fúzí rozhoduje na základě takových výpočtů. Přitom samozřejmě není nutná a ani možná matematická exaktnost. Pokud to však ekonomicko matematická metoda nedokáže (resp. jen s nízkou mírou pravděpodobnosti), je patrně na místě spolehlivější nástroj tlaku na nízké ceny, na diverzitu nabídky a sortimentu, na inovaci, apod. – totiž udržení volného trhu. 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.⁵⁰²

Jazyk ekonomie a její pojmový i metodologický aparát často jen působí dojemem větší přesnosti, ale vesměs se i on opírá (podobně jako u právního jazyka a metodologie) o „měkká data“. Ani ony ekonomické cíle nejsou jasným a jednoznačným měřítkem a podléhají hierarchizaci a optimalizačnímu vyvažování – srov.

⁵⁰⁰ Jak navrhnou GIFFORD, D. J., KUDRLE, R. T.: in op. cit., str. 463 nsl.

⁵⁰¹ Srov. však kritiku expertní skupiny kanadského soutěžního úřadu cit. výše v práci DAVIES WARD PHILIPPS & VINEBERG.

⁵⁰² Srov. HEYER, K.: op. cit., str. 390.

např. hledisko krátkodobé a dlouhodobé efektivity, mikro- a makroekonomické efektivity apod.

Matematický aparát, ani používání křivek a dalších technických prostředků symbolického „uchopení“ ekonomické reality nevyloučí ovšem nejistotu budoucího vývoje, byť ji může strukturovat lépe než vysmívaný „salónní empirismus“⁵⁰³. Je sotva možné dát navzdory pomoci těchto nástrojů spolehlivou odpověď na otázku, zda *jednorázové* ekonomické úspory, které jsou jako důsledek řady fúzí nesporné, nebudou ve středně- a *dlouhodobé* perspektivě vyváženy nedosaženými úsporami nákladů, k nimž v důsledku absence nebo poklesu soutěžního tlaku vůbec nedojde (I. Schmidt), a zda k všeobecnému (nikoliv k podnikovému) ekonomickému optimu není vhodnější zajištění *strukturálních* předpokladů *trvalé* existence takového tlaku. Všeobecný aprioristický předpoklad, že fúze vedou ke zvýšení efektivity, není podle výzkumů odůvodněný⁵⁰⁴. Navíc je třeba vzít v úvahu i nemalé transakční náklady spojené s posuzováním fúzí, které mohou od spojování i odradit.⁵⁰⁵

Zásadním problémem je omezit prostor pro uvážení rozhodujících antitrustových orgánů (Komise, a soudů, jakož i národních antitrustových úřadů) na takové otázky, které se svou povahou vymykají ekonomické objektivizaci a normalizaci do podoby formálních legálních testů. Ekonomický přístup i tady klade arbitrárnímu rozhodování překážky typu „převod podstatné části výhod na spotřebitele“, „převaha dosažených či deklarovaných výhod nad nevýhodami plynoucími z omezení soutěže“, apod. Samotné ekonomické výhody („*efficiencies*“) nejsou často o nic kvantifikovatelnější (a tedy „měřitelnější“) než podobně neurčité právní pojmy⁵⁰⁶ – i ony závisí na (dobově, hodnotově, zájmově a jinak podmíněných) interpretacích.

⁵⁰³ Termín „*armchair empiricism*“ používá HEYER, K., op. cit., str. 378.

⁵⁰⁴ Podrobnější rozbor viz LUESCHER, CH.: *Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle Ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?*. E.C.L.R. 2004, 2, str. 72 a násl.

⁵⁰⁵ Poukazuje se např. na to, že předvídatelnost rozhodnutí a délka řízení o povolení fúze mohou ovlivnit samotný záměr. Doporučuje se v rámci tzv. „*more economic approach*“ vzít v úvahu i „*truly economic approach*“, tedy uznávat nejen ekonomické modely, ale i skutečnost, že některé postupy (např. test dominance) vyžadují méně zdrojů než jiné, méně ekonomické postupy, a že je dále nutno uznávat všeobecnou vzácnost zdrojů – blíže viz VOIGT, S.- SCHMIDT, A.: *Switching to Substantial Impediments of Competition (SIC) can have Substantial Costs – SIC!*, E.C.L.R. 2004, č. 9, str. 587.

⁵⁰⁶ Srov. např. přínosy v podobě přístupu k novému „*know-how*“, zlepšení prodejních podmínek, schopnosti zvýšit inovační aktivitu apod.

K tomu přistupuje nekvantifikovatelný a asi i nemodelovatelný 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.

Požadavkem na přínosy fúzí (*efficiencies*) je podle *US- i EU-Horizontal Merger Guidelines*, aby byly pro fúzi specifické, tedy nedosažitelné bez ní (*merger specificity*), aby měl spotřebitel zajištěn podíl na nich (*consumer pass-on*) a aby měly charakter úspor ve výrobě (*productive efficiency*), a to především kvůli snadné kvantifikovatelnosti (oproti tzv. dynamické efektivnosti prosazované v kanadských *Merger Guidelines*).

Rozdílly jsou též ve výše komentovaném standardu blahobytu (*welfare standard*). V EU- a US- *Guidelines* se prosazují blízké varianty přírůstku spotřebitelova blahobytu (*consumer surplus welfare standard*), zatímco v Kanadě jde o standard vyvažování blahobytu (*balancing weights welfare standard*), což se blíží „total welfare“ standardu (podle hesla „dolar jako dolar, lhostejno komu připadne“).⁵⁰⁷

Otázka, zda se dá v soutěžní politice přednost blahobytu spotřebitele nebo blahobytu celkovému, má výsostně *politický* charakter. Onen „vyvažující“ kanadský přístup je kritizován⁵⁰⁸ právě z pozic ohrožené právní jistoty a přílišného rozsahu diskrečních pravomocí protimonopolního úřadu.⁵⁰⁹

Pojem *účinné* soutěže neznamená ochranu ekonomické svobody jakožto „hodnoty o sobě“.⁵¹⁰

Neprosazujeme svobodu soutěže jako nějaký formálně estetický a axiomaticko-dogmatický samoučel („soutěž musí být svobodná, protože to zapadá do spekulativní normativní koncepce a pěkně to vypadá?“); svoboda soutěže je nástrojem přispívajícím k ekonomické racionalitě a blahobytu. Posun ve stanoviscích Komise i v evropské legislativě k „*more economic approach*“ v posledních letech znamená především menší spoléhání na tyto dlouhodobé účinky svobodné soutěže a ochotu posoudit *ex ante* kladné přínosy určitých omezení svobodné soutěže k onomu zák-

⁵⁰⁷ K tomu srov. FACEY, B. A., HUSER, H.: *A Comparison of Horizontal Merger Guidelines, in Canada, The European Union and the United States*, Antitrust, Fall 2004, str. 48; též GIFFORD, D. J., KUDRLE, R. T.: op. cit., str. 424–427, 430.

⁵⁰⁸ Srov. DAVIES WARD PHILIPPS & VINEBERG, op. cit., str. 1.

⁵⁰⁹ Informační srovnání viz u FACEY, B. A., HUSER, H.: cit. práce, str. 43 nsl.

⁵¹⁰ RÖLLER, L. H., STROHM, A.: konstatují v cit. práci na str. 8, že soutěž není samoučel, ale prostředek ke zvýšení, resp. k udržení blahobytu.

ladnímu cíli soutěžního práva, jímž přece není formálně fundamentalisticky a paranoidně posuzovaná „čistota nástroje“ (tedy *svobodná* soutěž), ale dosažení *cíle* – blahobytu (ať už jakkoliv pojímaného, předjímaného či měřeného).

Ekonomický přístup znamená podporu dlouhodobě vedoucí k růstu ekonomicky měřitelného bohatství ve společnosti. Úvaha o tomto dopadu bude vždy jen více či méně spekulativní a bude se opírat o požadavek „rozumné jistoty“⁵¹¹ (což může být jen jiné vyjádření vysoké pravděpodobnosti – pozn. JB), že se přínosy z fúze *nakonec* dostanou ke spotřebitelům.

Protože *obsahová* jistota v oblastech jako je soutěžní právo (kde se komplexně hodnotí ekonomická realita), byla iluzí i v předešlém systému, nezdůrazňujícím tolik ekonomický přístup, dovolávat se jí po jeho změně je bláhové – ona jistota totiž není, podobně jako tzv. spravedlnost, z tohoto světa. Čím výraznější je pragmatická orientace na zdůraznění ekonomického přístupu (*more economic approach*), „tím větší nejistotu je nutné přijmout, aby se dosáhlo ekonomicky koherentní interpretace pravidel“.⁵¹²

Věčný spor bude asi přetrvávat o to, zda se má dát přednost podpoře *bezprostřední* efektivity v důsledku fúze (a podpořit tak prvotní princip protitrustového práva, totiž podporu ekonomické efektivity a blahobytu spotřebitelů), a nebo zda se má naopak setrvat u koncepcie, že prvotním cílem protitrustových zákonů není bezprostřední podpora ekonomické efektivity, nýbrž dekoncentrace ekonomické moci a podpora decentralizace, která prospívá efektivity a blahu spotřebitelů *zprostředkovaně a dlouhodobě*.⁵¹³

7.5. MOŽNOSTI POSUZOVÁNÍ PŘÍNOSŮ FÚZÍ („EFFICIENCES“) V PRAXI

„*Merger efficiencies*“ hrají při posuzování fúzí mimořádnou roli. Někdy dokonce mohou být významnější nežli samotné substantivní kritérium pro schválení

⁵¹¹ SCHLOSSBERG, R. S. (ed.): *Mergers and Acquisitions*, ABA, Chicago 2004, str. 194.

⁵¹² EHLEMANN a ATANASIU, cit. podle VENIT, J.: *Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, CMLR, 2003, č. 40, str. 574.

⁵¹³ Srov. tamtéž, str. 379.

fúze.⁵¹⁴ Ekonomické hodnocení oněch přínosů je v praxi důležité proto, že se nelze spolehnout na obecná či předsudečná konstatování o dopadu fúzi⁵¹⁵.

Běžný přístup zájemců o fúzi předpokládá, že by fúze měla zvýšit jejich zisky, tedy buď zvýšit jejich tržní sílu nebo napomoci k zisku z přínosů *efficiencies*), nebo obojí. Pouhé zvýšení tržní moci je špatné (ztráta spotřebitelského blahobytu); dosažení pouze přínosů je naopak z tohoto hlediska dobré. Panuje určitá skepse k fúzi jakožto nástroji k dosahování přínosů, neboť ty bývají v takovém případě spojeny s růstem tržní moci, která přetrvává v čase. Tak např. 3% roční růst (v růstové fázi ekonomiky) znamená nárůst velikosti o 15% během pěti let, což je nárůst, jehož se dá nedocílit i bez fúze pouze při hospodářské recesi. Na druhé straně se růst tržní moci vzniknuvší v důsledku fúze během doby neeliminuje.⁵¹⁶ Fúze někdy dokonce nevedou ani k růstu tržní moci a ani k přínosům, a jejich jediným efektem je růst velikosti podniku a pokles ekonomické efektivity, což vede k vyšším nákladům a v důsledku k vyšším cenám. Nikoliv každá fúze se však musí projevit negativně ve vztahu k soutěži – může být z tohoto hlediska neutrální a někdy se dokonce soutěž může v důsledku fúze zlepšit (pokud se např. spojí bezvýznamní hráči do celku schopného reálně konkurovat tržně silnějším rivalům).

Statistické údaje⁵¹⁷ dokonce navádějí ke změně postoje k fúzím – namísto dnes aplikovaného shovívavého přístupu by se tedy podle nich měl prosazovat spíše předpoklad fúze zásadně nepovolovat. V USA se však tradičně povolují (a v EU se

⁵¹⁴ Tak podle výše cit. kanadské úpravy musí být fúze schválena i v případě, že podstatně sníží soutěž (SLC), jsou-li její přínosy dostatečně velké (srov. ROSS, T. W., WINTER, R. A.: *The efficiency defense in merger law: economic foundations and recent Canadian developments*, Antitrust Law Journal Vol. 72, 2005, str. 471).

⁵¹⁵ V cit. studii v European Economy No 5/2001, European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, Brussels (The efficiency defence and the European system of merger control), str. 39 nsl. se konstatuje, že existují empirické důkazy o tom, že fúze zvyšují tržní moc. Zdá se též, že se *všeobecně* nedá dokázat, že by fúze vedly ke zvyšování efektivity, ačkoliv v *jednotlivých* případech to pravda být může.

⁵¹⁶ Jak konstatuje MUELLER, D. C.: *Efficiency versus market power through mergers*, in NEUMANN, M., WEIGAND, J. (Eds.): *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar Publishing, Inc., Cheltenham 2004, str. 82. Tamtéž se uvádí, že fúze, která vedla k vytvoření United States Steel, vytvořila pravděpodobně podnik méně efektivnější než jeho soupeři, což plyne ze setrvalého poklesu jeho podílu na trhu od jeho vzniku. Ještě století po fúzi vede tento podnik zbytky amerického ocelářství.

⁵¹⁷ MUELLER, D. C. tamtéž uvádí, že na každou fúzi, která nepochybně zvyšuje sociální blahobyt (roste efektivnost, zisk a prodej) připadají dvě fúze nepochybně snižující sociální blahobyt – zhruba z poloviny tím, že snižují efektivnost a z poloviny kvůli vzrůstu tržní moci.

nově povolovat mohou) i takové fúze, jež zvýší tržní moc, ale jež jsou provázeny takovými přínosy (*efficiencies*), které vedou ke zvýšení čistého společenského užítku (blahobytu). Pokud není fúze příčinou vzrůstu tržní moci, nemusí být ani dokazovány její přínosy. To je z hlediska velikosti podílu takových fúzí, které snižují efektivnost spojujících se konkurentů, spíše důvodem k neutrálnímu postoji k fúzím, podle něhož⁵¹⁸ by účastníci všech fúzí překračujících určitý práh velikosti musely prokázat, že fúze povedou k získání přínosů (*efficiency defence*).

Teorie i judikatura se shodují na několika podstatných rysech oněch přínosů („*efficiencies*“), které musí být naplněny, aby při posuzování fúzí mohly být vzaty v úvahu. Jde zejména v praxi USA o⁵¹⁹:

- Specifičnost přínosů, které by bez fúze nenastaly.
- Spojující se firmy musí pravděpodobnost a rozsah přínosů rozumnými prostředky prokázat.
- Přínosy nesmějí vzniknout jako důsledek protisoutěžního omezení výstupu nebo služeb.
- Přínosy musí být s to zvrátit způsoblost zfúzovaného subjektu poškodit spotřebitele na relevantním trhu (přínosy se porovnávají s potenciálními protisoutěžními účinky fúze).

V EU se zvažují tři možné přístupy k hodnocení přínosů (*efficiencies*) fúzí⁵²⁰, a to

- přístup všeobecných strukturálních indikátorů a předpokladů (založený na předpokladu, že při dosažení určitého podílu na relevantním trhu nejsou přínosy nikdy s to převážit újmu soutěži);
- přístup „případ od případu“, kdy se (jako v USA a v Kanadě) posuzují vztahy mezi přínosy a ohrožením soutěže u každého případu fúze zvlášť a přísně individuálně, což naráží na metodologické potíže;
- postupný přístup, který je kompromisem mezi předchozími dvěma. Hodnocení fúze začíná strukturální analýzou trhu a pokud fúze strukturu trhu ovlivní nepodstatně, příkládá se argumentům o přínosech fúze větší význam; při překročení určitých prahů koncentrace se naopak předpokládá, že přínosy fúze nepřeváží negativní dopady na soutěž. V rámci tohoto přístupu se zkoumá především dopad fúze na blahobyt spotřebitele, statické a dyna-

⁵¹⁸ Tento návrh vyslovil MUELLER, D. C. v cit. práci, str. 82.

⁵¹⁹ Cit. studie v *European Economy* No 5/2001, str. 15 nsl.

⁵²⁰ Tamtéž, str. 22 nsl.

mické přínosy, mezinárodní konkurenceschopnost, specifická přínosů fúze a jejich schopnost převážít protisoutěžní dopady fúze.

7.6. STANDARDY BLAHOBYTU JAKO „NADKRITÉRIUM“ HODNOCENÍ V SOUTĚŽNÍM PRÁVU

Spor o to, jakou z možných funkcí blahobytu (tedy „blahobyt pro koho“) prosazovat, zůstane sporem navýsost politické (hodnotové) povahy a aplikace práva bude i při stejném znění předpisů nutně podléhat změnám ve společensko politickém konsensu o tom, „co je třeba“, a zda je vůbec přijatelné posuzovat společně jako nějaký „agregát“ ty, kteří jsou oběťmi určitého chování i ty, kterým je toto chování ku prospěchu⁵²¹. Aplikace obou krajních hledisek (standardu celkového blahobytu versus standardu blahobytu pro spotřebitele) může přitom vést v konkrétních situacích k opačným výsledkům; proto je volba standardu klíčová i pro tzv. ekonomický přístup, jenž je – jak vidno – jen jinak vyjádřeným a jinak docilovaným skupinovým zájmem. Není tudíž samozřejmě prosta ani hodnotových předpokladů, předpokladů a víry, ba ani rozporných výsledků při použití různých (přitom izolovaně vzato zcela legitimních) hledisek.

Příklady rozdílného výsledku posouzení téže situace při použití různých standardů (kritérií) blahobytu⁵²² jsou docela přesvědčivé: Tak např. horizontální kartelová dohoda (třeba kooperativní *joint-venture*) mezi konkurenty vede ke snížení soutěže, k vyšším cenám a ke snížení spotřebitelského blahobytu. Ztráta této tzv. alokativní efektivity kvůli růstu cen je negativní z hlediska spotřebitelského blahobytu; z hlediska celkového blahobytu to být pravda nemusí, pokud nárůst agregátního zisku převyší ztrátu pro spotřebitele (třeba díky úsporám výrobních nákladů).

Může dojít k fúzi dvou neefektivních podniků (soutěžitelů), a tím ke snížení jejich nákladů a cen a k přeměrování poptávky od nízkonákladových výrobců. Při neelastické poptávce se celkové agregátní výrobní náklady zvýší v důsledku omezení výroby u nízkonákladových výrobců, takže fúze bude závadná z hlediska standardu celkového blahobytu, nicméně přínosná z hlediska blahobytu spotřebitelů.

⁵²¹ Srov. BAKER, cit. práce, str. 515.

⁵²² Tamtéž (str. 516–518).

Vylučovací chování dominanta vůči jeho konkurentům může za určitých okolností vést k nižším spotřebitelským cenám. Pokles cen je dobrem pro spotřebitele a vyhověl by tak izolovaně testu spotřebitelského blahobytu. Celkový blahobyť může být přitom ovlivněn diferencovaně. Může dojít ke zvýšení výrobní efektivnosti v důsledku poklesu marginálních nákladů a k růstu alokativní efektivnosti v důsledku zvětšení výstupu spojeného se snížením ceny. Tento přínos se musí porovnat se ztrátami blahobytu, které utrpěli vyloučení rivalové (s jejich ztrátou zisku z výroby). Jestliže budou tyto ztráty vyšší, chování bude posouzeno jako škodlivé z hlediska celkového (agregátního) blahobytu.

Kartelová dohoda mezi podnikateli na straně poptávky může mít za cíl vytvoření kolektivního monopsonu – v jejím důsledku mohou poklesnout spotřebitelské ceny, takže z hlediska standardu spotřebitelského blahobytu by testem prošla jako přijatelná. Tato dohoda ale též vyvolává ztráty alokativní efektivnosti na straně nabídky – výstup je snížen, prodávající mohou být nuceni do budoucna méně investovat, nežli by investovali na soutěžním trhu; dohoda tak může být pokládána za škodlivou z hlediska standardu celkového (agregátního) blahobytu.

Domnívám se, že i u kooperativních dohod je třeba brát zřetel na tytéž přínosy (*efficiencies*) jako u fúzí. Podobně jsou prahy (*thresholds*) jen u fúzí a nikoliv u kooperací, i když kooperace jsou krátkodobé a zásadně nepřinášejí strukturální změnu, ale mohou mít strukturální efekty a mohou dlouhodobě například zamezit vstupu na trh stejně jako u zfúzovaného monopolisty. Tzv. *de minimis* prahy u kartelových dohod⁵²³ nemají tutéž funkci jako absolutní obrátové prahy u fúzí, protože se neuplatní u tzv. tvrdých kartelů, zatímco fúze funkčně působí jako „institucionalizovaný strukturální kartel“ i v takových oblastech a v takovém rozsahu, které prahy *de minimis* pro kartelové dohody nepokrývají.

Cenová diskriminace, umožňující prodávajícím zaměřit se přesně na zákazníky s různou ochotou platit a tuto ochotu využít, vede ke zvýšení alokativní efektivnosti, ovšem společně se snížením blahobytu pro spotřebitele. Z hlediska standardu spotřebitelského blahobytu jsou takové praktiky nerozumné, z hlediska standardu blahobytu celkového (agregátního) jsou však vítané.

Přednost před radikálním řešením (kterým by bylo buď odstranění – nebo alespoň podstatné oslabení – antitrustového zákonodárství, nebo regulace a totální ochrana spotřebitelů) by mělo dostat hledisko *blahobytu celkového*, spojené se

⁵²³ 10% u horizontálních dohod, 15% u vertikálních dohod podle oznámení Komise a UOHS (*soft law*).

zárukou, že se jak spotřebitelé, tak výrobci budou dostatečně podílet (alespoň v průměru) na přínosech ze zvýšené efektivnosti.⁵²⁴

Hodnotový a (možná až ideologicky zabarvený) spor o funkci soutěžního práva a o cíle, které má sledovat, se nutně musí projevit i v doporučeních pro praktickou soutěžní politiku a pro legislativu zejména v oblasti, kterou se v této práci zabývám především, tedy při kontrole koncentrací. Kontrola fúzí je primárně založena na myšlence *ex ante* a do budoucna orientované dlouhodobé strukturální prevence⁵²⁵ vzniku nesoutěžních tržních struktur, které neumožňují spotřebiteli (konečnému, ale i mezitímnímu – „výrobnímu“) skutečnou volbu. O tom, co je pro něj vhodné, by měl rozhodnout spotřebitel sám v rámci prostředí, které svobodnou volbu umožňuje, a nikoliv stát v rámci kontroly fúzí a ev. jako vedlejší produkt rozhodnutí o povolení fúze, která takové prostředí strukturálně a kvalitativně narušuje a oslabuje jeho funkčnost, nebo která je dokonce nevratně ruší. Státní kontrola fúzí by neměla nahrazovat nástroje státní hospodářské (odvětvové) politiky – celková hospodářská politika by totiž měla respektovat všeobecný imperativ tvorby a ochrany soutěžního prostředí, které zajišťuje funkčnost trhu.

Zdůvodnění vzniku tržní moci v důsledku schválené fúze a jeho „omluva“ tím, že je vyvážen určitým chováním účastníků fúze, je nekonsistentní postoj. Chování soutěžitelů se může a nemusí změnit, avšak struktura (i ta nevhodná, koncentrovaná) je trvalým prostředím, v němž se subjekty chovají tak, jak jim to ona umožňuje. „Vykupování“ tržní struktury (s jejím dlouhodobě působícím vlivem na chování soutěžitelů) krátkodobými nebo střednědobými výhodami a přísliby plynoucími z fúze je velmi ošidné.

Přísliby a tvrzené přínosy fúzí jsou nezdědka jen hypotetické a jejich vynuocování je problematické nebo nemožné a s přibývajícím časovým odstupem od schválení fúze převládne „zvyk na stávající poměry“ a nemožnost zpětně zasáhnout do struktury trhu. Nejde totiž o „...způsobilost, ale o vůli ke zvyšování efektivnosti. Ta s ubývajícím soutěžním tlakem klesá.“⁵²⁶ Předvídatelnost rozhodování soutěžního úřadu při zavedení kritérií „*efficiencies*“ rovněž klesá a požadavky na důkazy o těchto přínosech (jejich druhu, velikosti a pravděpodobnosti, že nastanou) poskytnuté účastníky předpokládaného spojení rostou.

Strukturální změny trhu by neměly být „proměňovány“ za závazky a opatření behaviorálního charakteru – pokud jsou tvrzení a přísliby účastníků fúze o přínos

⁵²⁴ Srov. BAKER, cit. práce, str. 518.

⁵²⁵ K tomu srov. např. KLUMPP, U.: Die „*Efficiency Defense*“ in der Fusionskontrolle. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2006, str. 257.

⁵²⁶ Tamtéž, str. 258.

sech fúze brány v úvahu, mělo by se tak dít jen v rámci celkového posuzování potenciálu významného narušení hospodářské soutěže po fúzi. Čistě behaviorální závazky strukturální potenciál narušení nesnižují, a mohou se stát snadno jen jakýmsi „šidítkem“ či „alibi“ pro schválení soutěžně závadné fúze pod nepříznivými politickými tlaky.⁵²⁷

Tzv. ekonomizace soutěžního práva se dostává často do rozporu s tradičními soutěžními analýzami a může upřednostňovat hlediska okamžitého přínosu před požadavky inovačně orientované soutěžní politiky.⁵²⁸ Proto se zdůrazňuje, že není důležité, aby bylo ve vymáhání soutěžního práva *více* ekonomických informací, ale spíše *správné* ekonomické informace a pohledy, které by soustředily pozornost nikoliv na fiktivní modely, ale na *reálné* trhy. Ekonomizace soutěžního práva neznamená negaci tradičních nástrojů a metodologie soutěžního práva. Kvantifikace ani matematizace metod nemohou nahradit soutěžnímu právu vlastní analýzu na základě diskutabilních zásad a kritérií, takže „...více ekonomického přístupu je nezbytné, ale jednostrannému ekonomickému přístupu je třeba se vyhnout.“⁵²⁹

Například obecně sdílený postoj k menší nebezpečnosti nehorizontálních fúzí⁵³⁰ vychází z přesvědčení, že pokud alespoň jedna ekonomická jednotka, vzniknuvší na základě fúze, nemá na nejméně jednom trhu tržní moc, nepředstavuje nehorizontální fúze reálné nebezpečí pro účinnou hospodářskou soutěž. Jde o reflexi moderního a nedogmatického ekonomického myšlení, které sblízuje náhledy na problematiku koncentrace na obou stranách Atlantiku.

Nový substantivní test (*SIEC*) je založen též na více ekonomizujícím přístupu – vznik tržní dominance je uveden jen jako jeden z příkladů podstatného narušení účinné soutěže. Posuzování slučitelnosti fúze se společným trhem se mnohem více

⁵²⁷ Český ZOHS tuto obranu efektivností (*efficiency defence*) nezná a nepotřebuje, stejně jako německý GWB. Dokonce i přední představitelé chicagské školy Posner a Bork takovou obranu ve formě individuálního zvažování přínosů v konkrétním jednotlivém případě odmítají a jsou namísto toho pro určení všeobecně vysoké hranice práhu zásahu soutěžního úřadu – srov. Klumpp v cit. práci, str. 260.

⁵²⁸ Podobně WOLF, M.: *Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2009, str. 426.

⁵²⁹ Tamtéž, str. 429. Zřejmá chyba v hodnocení faktů (a nikoliv chyba v uvážení) je také možným důvodem odpovědnosti Komise za škodu způsobenou nepovolením fúze; k tomu srov. analýzu BAILEY, *Damages actions under the EC merger regulation*, CML Rev. 2007, Nr. 44, str. 101 a násl.

⁵³⁰ Patrný již z návrhu Návodů k posuzování vertikálních a konglomerátních fúzí z 13. 2. 2007. Komentář srov. DENZEL, U., HERMANN, M.: *Der Leitlinienentwurf der Europäischen Kommission zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse: Post-Chicago Ansätze in Brüssel*; WuW 2007, Nr. 6., str. 566 a násl.

než na pouhou dominanci zaměřuje na zkoumání, zda horizontální efekty fúze poškodí soutěž; nejde ani tak o statické posuzování tržní struktury, jako spíše o to, zda fúze dovolí jejím účastníkům významně zvednout ceny po uskutečnění spojení⁵³¹.

Fúze nesmí být zablokována bez dostatečného důkazu o tom, že mezi posuzovanou transakcí a poškozením soutěže bude kauzální vztah. Problém ovšem je v tom, že kauzalita je zjistitelná jen *ex post*, zatímco při posuzování fúzí se má předjímat do budoucna. Návody Komise o posuzování horizontálních fúzí podle Nařízení Rady o kontrole koncentrací mezi podniky⁵³² stanoví, že Komise hodnotí soutěžní podmínky, jež by byly důsledkem notifikované fúze, se soutěžními podmínkami, jež by převládaly, nebýt fúze. To samozřejmě neřeší metodologicko-gnoseologickou otázku aplikace kauzálních hledisek na perspektivní a multikriteriální posuzování fúzí, jež je navíc zatíženo proměnlivými a vzájemně si konkurujícími cíly soutěžní politiky.⁵³³

⁵³¹ Tak WEITBRECHT, A.: *EU Merger Control in 2005 – An Overview*, E.C.L.R. 2006, issue 2, str. 44.

⁵³² 2004, OJ C 31/5, čl. 9.

⁵³³ Podrobněji viz BAVASSO, A., LINDSAY, A.: *Causation in EC merger control*, *Journal of Competition Law and Economics* 3, 2007, issue 2, str. 181–202.

8. MIMOSOUTĚŽNÍ HLEDISKA POSUZOVÁNÍ FÚZÍ

Obecné úvahy o konkurenci cílů soutěžního práva a jiných společensky prosazovaných hodnot jsou obsaženy v kapitole druhé. Na tomto místě a v následujících dvou kapitolách se zabývám některými aspekty soutěžní politiky, jež jsou obzvláště důležité a aktuální při posuzování koncentrací.

Fúze probíhají v určitém makro- a mikroekonomickém prostředí⁵³⁴, jsou jím ovlivňovány a samy je svým dopadem potenciálně i aktuálně zpětně ovlivňují. Uskutečňují se v určitých právně politických a sociálně kulturních podmínkách⁵³⁵ a jsou ovlivněny i technologickými změnami.⁵³⁶ Je zřejmé, že se vždy neshodují ani makro- a mikroekonomická hlediska při posuzování fúzí, natož pak hlediska ekonomická s mimoekonomickými; dialektika cílů a prostředků je velmi komplikovaná a strukturovaná a v konečném důsledku je vždy vyřešena nikoliv brilancí akademických argumentů o tom, zda soutěž je cíl nebo jen prostředek o vlastní hodnotě, nýbrž (právně) politickým rozhodnutím.

Typický je např. konflikt mezi zachováním účinné soutěže a realizací úspor z měřítka (*economies of scale*), který je příkladem střetu mikro- a makroekonomického úhlu pohledu. Konstatuje se, že existují přesvědčivé důkazy o tom, že se vzrůstem koncentrace rostou dlouhodobě ceny, ale že je rostoucí koncentrace současně doprovázena klesajícími jednotkovými náklady.⁵³⁷ Z toho můžeme dovodit, že se zvětšuje zisková marže docilovaná koncentrovanými subjekty, a že tedy blahobyt spotřebitelů klesá při zhoršených strukturálních podmínkách soutěže.

Spotřebitelské hledisko (dopad na blahobyt spotřebitelů) je jen jedním z mnoha posuzovaných důsledků fúze. Přitom je nutno rozlišovat mezi názorem spotřebitelů (zákazníků) na fúzi (např. na vliv fúze na zastupitelnost zboží) a jejím skutečným efektem. Názory získané od spotřebitelů nemusí vůbec být kvůli své subjektivnosti a zájmové podmíněnosti v souladu se skutečným vlivem fúze na jejich situaci.

⁵³⁴ Srov. vliv globalizace, krize či prosperity apod.

⁵³⁵ Srov. střet formální liberální svobody a rovnosti na straně jedné, a různě motivovaného ochránářství na straně druhé, motivovaného nejen subjektivně – skupinově (např. ochrana spotřebitelů), ale i věcně (např. ochrana názorové plurality coby základu demokratického řádu ve společnosti jako důvod proti koncentraci v oblasti médií).

⁵³⁶ Patrně jsou změny ve věcném i teritoriálním vymezení trhů v důsledku technologických změn – příkladem pars pro toto je Internet.

⁵³⁷ WEISS, L., KELTON, CH.: *Change in Concentration, Change in Cost, Change in Demand, and Change in Price*, Cambridge, Mass., 1990, str. 41 nsl., cit. podle SCHMIDT, I., cit. práce, str. 95.

Dopady na soutěž musí globálně posoudit soutěžní úřad a k názoru spotřebitelů přitom může přihlídnout⁵³⁸.

Soutěžní hledisko se zaměřuje spíše na nabídkovou stranu, hledisko konsumentské na stranu poptávkovou. Typického spotřebitele zajímá spíše (krátkodobý a okamžitý) výsledek, nežli procesy, které se za ním skrývají. Soutěžní úřady chápou zajištění procesů (mj. strukturálními opatřeními v oblasti fúzí) za nejlepší záruku společensky optimálních (dlouhodobých) výsledků.

Trend k povolování fúzí proto, že vedou k významnému růstu efektivnosti z hlediska mikroekonomického může být proto zrádný; otázka zní analogicky jako u diskusí o cíli soutěžního práva, zda je soutěž cílem sama o sobě – a je efektivnost cílem sama o sobě, pokud není přenesena na spotřebitele a ten je ještě efektivněji vykořisťován? Pokud by neměl být přínos zvýšené efektivnosti tak významný, že by převážil nad negativy omezení soutěže v důsledku zvýšené koncentrace na relevantním trhu, neměla by fúze být povolena.

Systémová hlediska zájmu na funkčním soutěžním prostředí respektujícím a garantujícím svobodu jednání účastníků soutěže na trhu (ordoliberalní funkce) ustupují nezřídka konjunkturně politickým (odvětvovým) a strukturálně politickým⁵³⁹ úvahám. Obecně mezi různými cíly může nastat vztah konkurence, ale i komplementarity nebo neutrality. Při konkurenci cílů se přistupuje ke zvláštní odvětvové regulaci. Otázka nezní, zda jsou nebo nejsou důležitější věci nežli je soutěž, ale zda je soutěžní analýza s to vzít tato mimosoutěžní hlediska v úvahu. Pokud ne, je to chyba⁵⁴⁰. V regulovaných odvětvích tato mimosoutěžní hlediska a mimosoutěžní priority vystupují do popředí, a právě proto bývají z dosahu obecné soutěžní regulace vyčleňována. „Veřejný zájem“ a „strategický význam“ odvětví nebo konkrétního podniku, za nímž se skrývají různé sektorové (odvětvové) regulace, významně narušuje puristický přístup k soutěži jakožto cíli regulace.

Samotný střet zájmu na funkční soutěži s jiným politickým zájmem či cílem nemůže být ovšem důvodem k rezignaci na cíl soutěže jakožto optimální autoregulační nástroj v ekonomice⁵⁴¹. Nějaká významná (a nikoliv jen „kosmetická“)

⁵³⁸ Blíže viz Heyer, K.: *Predicting the competitive effects of mergers by listening to customers*, Antitrust Law Journal, Vol. 74, issue 1 (2007), str. 87–127.

⁵³⁹ Srov. problém globalizace a národních šampionů – podrobný rozbor a komentáře viz ONDREJOVÁ, D.: *Globalizace a národní šampioni*, Linde, Praha 2007.

⁵⁴⁰ Blíže srov. FREEMAN, P.: *Is competition everything?* Competition Law Journal, 2008, vol. 7, issue 3, str. 214 a násl.

⁵⁴¹ Tamtéž, str. 224.

intenzita soutěže by měla fungovat i v rámci regulovaných odvětví, ať již jsou v oné oblasti specifická omezení soutěže přirozená jakkoliv; nenarušená soutěž totiž není jen nějakým dalším druhem odvětvové politiky, ale nejdůležitějším dlouhodobě působícím faktorem vedoucím k produktivitě a prosperitě⁵⁴². Tento nástroj není jednou provždy zaručen, ale je ve stálém ohrožení především ze strany těch, kteří mohou přímo nebo nepřímo těžit z narušení soutěže, a kteří se snaží o nejrůznější výjimky a specifické regulace.

8.1. REGULACE A DEREGULACE V EKONOMICE

Regulaci v ekonomice chápu jako soubor jakýchkoliv právních nástrojů ukládaných státem, které ovlivňují ekonomické aktivity lidí.⁵⁴³ Mezi tyto právní regulační nástroje patří nejen kogentní, ale i dispozitivní právní normy, neboť i ony regulují, nedohodnou-li se strany jinak (čili nesamoregulují-li v rámci autonomní normotvorby).

Z pojmu samotného je zřejmé, že regulace nemůže než zúžit prostor hospodářské svobody jednotlivců a korporací. Deregulací je tedy každé rozšíření prostoru ekonomické svobody⁵⁴⁴, které samozřejmě předpokládá, že předtím byl tento prostor regulací zúžen.

Regulaci v ekonomice chápu i jako pojem příbuzný centralizaci, deregulace je naopak pojmově spojena s přesunem autoregulačního působení na trh, což je svého druhu decentralizovaný „mechanismus“.

Samotná regulace bývá *několikastupňová*. Jeden druh vertikálního členění regulace spočívá v tom, že jde často o úpravu podmínek podnikání v určitém *odvětví a* v zájmu určité skupiny toto odvětví ovládající. Ovlivnění státních orgánů touto zájmovou skupinou, která k prosazení svého zájmu použije stát jako celospolečenskou organizaci, dává nezřídka zájmům skupinovým zdání legitimacy, protože mohou být prezentovány jako zájmy celospolečenské (státní). Přitom se příslušníci této zájmové skupiny nemusí uchýlovat ke kartelizaci – regulace ji může z jejich pohledu funkčně zastoupit⁵⁴⁵, ba i předčít. Zájmové skupiny přirozeně dají před-

⁵⁴² Parafráze na myšlenku M. Wolfa z Financial Times, 18. 1. 2006, cit. podle práce FREEMANA, str. 225.

⁵⁴³ Shodně BASEDOW, J.: *Mehr Freiheit wagen*, Mohr Siebeck, 2002, Tübingen, str. 21.

⁵⁴⁴ BASEDOW, J.: *Regulierung und Wettbewerb in Marktwirtschaftlichen Ordnungen*, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, Trier 2003, str. 4–5.

⁵⁴⁵ Tamtéž, str. 6.

nost legální regulaci vynucované státní mocí, nežli riskantní a ilegální kartelizaci, která je státní mocí potírána.

Jiný druh vertikálního členění regulace je *věcný* (předmětový). Regulace může spočívat v tom, že se reguluje určitá odvětvová oblast jen tak, že se vytvoří regulační orgán (typicky z kategorie tzv. nezávislých regulačních úřadů) s nepřesně nebo jen rámcově vymezenou působností. *Vlastní* regulace v ekonomice probíhá až v rámci činnosti tohoto orgánu, která může být v závislosti na konkrétní politické konstelaci ve společnosti a na personálním obsazení regulačního úřadu více či méně intervencionistická. Rozhodující je pak politická „šikovnost“ podnikatelů, kteří mohou tento orgán ovlivnit. Regulační orgán může mít i podobu nestátního samosprávného stavovského orgánu, který reguluje nejen *přístup na trh a ev. vyloučení z trhu*, ale pomocí stavovské autoregulace (např. etického kodexu, ale též třeba ceníkem výkonů) upravuje také *chování* účastníků na trhu (srov. veterinární, lékařské, advokátní a jiné komory).

Variantou této situace je případ, kdy se nereguluje odvětvový úsek ekonomiky, ale regulace má *průřezový* charakter. Právní regulace ochrany soutěže, ale i ochrany proti nekalé soutěži, je vlastně *regulací regulátoru*, který nemá institucionální podobu (soutěž jako fungující stav ekonomiky není totéž, co antimonopolní úřad jako instituce). Díky regulaci hospodářské soutěže se zajišťuje přítomnost soutěže na trhu, resp. – v případě, že soutěž existuje, její poctivost – díky regulaci tedy působí autoregulátor (soutěž) – jde o druh *regulované autoregulace*. Naproti tomu regulace v odvětvích bez soutěže znamená absenci autoregulátoru trhu, a může do jisté míry chybějící soutěž nahradit.

Dělení na regulaci *ex ante* a regulaci *ex post* může být v některých případech odůvodněné.⁵⁴⁶

Absence systémové autoregulace v podobě fungujícího soutěžního trhu nutně neznamená, že by nemohla v daném odvětví existovat funkční autoregulace indivi-

⁵⁴⁶ Tak např. úřady bezpečnosti práce nebo úřady pro atomovou bezpečnost či úřady hygienické správy mají především preventivní opodstatnění (regulace *ex ante*), obchodní inspekce naproti tomu je příkladem regulace *ex post*. Přitom samozřejmě každý *ex post* zásah působí nepřímo a do budoucna generálně i individuálně preventivně. Není podle mého názoru přesné řídit orgán pro ochranu hospodářské soutěže mezi „regulátory *ex post*“ (srov. MĚLSNA, P.: *Regulace ex ante a ex post v oblasti elektronických komunikací*, Právní zpráva 2005, č. 6, str. 11). V případě i zákazu zneužití dominantního postavení vystupuje sice ÚOHS jako regulátor *ex post*, ale může i *ex ante* samotnému vzniku dominance nebo alespoň jeho zneužití zabránit i strukturální regulací *ex ante* (neschválením spojení soutěžitelů) nebo behaviorální regulací (povolením fúze s uložení behaviorálních závazků znemožňujících zneužití tržní moci).

duální (na monopolních trzích) nebo kolektivní (v případě, že je trh teritoriálně rozdělen a není na něm soutěž – např. u určitých notářských služeb).

Individuální i kolektivní autoregulace může být též funkčním doplňkem i na soutěžních trzích (srov. etické kodexy různých zájmových sdružení a asociací, komor svobodných povolání, apod.).

8.2. ODVĚTVOVÉ REGULACE A SOUTĚŽ

O výsledcích na trhu (nebo na jeho karikatuře, která z trhu zbyla), nerozhoduje u odvětvové regulace nezřídka anonymní mechanismus konkurence, ale soustava pevných pravidel a rozhodnutí regulačních orgánů.

Princip soutěže by neměl být nahrazen principem samoučelného regulování. Soutěžní tlak je systémově nezastupitelným nástrojem racionalizace a v pravém slova smyslu ekonomického chování soutěžitelů. Většinou se přijímá východisko založené na dlouholeté empirii, že soutěž zvyšuje efektivnost. Právní úprava soutěží regulující je z tohoto hlediska nástrojem zajišťujícím funkčnost jiného nástroje (fungování soutěže), působícího ve prospěch ekonomické efektivnosti.

Důvodem regulace ovšem nemusí být jenom snaha o maximální ekonomickou efektivnost. Tak, jako se trh dá v některých oblastech jen těžko nahradit regulací, existují oblasti, kde se dá konstatovat pravý opak – některé věci se trhu prostě přenechat nedají nebo je to spojeno s velkými sociálními riziky.

Které oblasti to jsou, a v jakém rozsahu budou z trhu staženy, je ovšem povýtce *politickým* (hodnotovým, ideologickým) rozhodnutím. Co se totiž vyskytuje na trhu, má charakter zboží, jehož vlastností je, že si je někdo může opatřit a někdo nikoliv, přičemž rozložení možností může být velmi nerovnoměrné a může vést k sociálnímu napětí (je-li subjektů nezpůsobilých opatřit si ono „zboží“ v dostatečném množství a kvalitě na trhu mnohem více nežli těch způsobilých). Někdy se (ze sociálně demokratických pozic kriticky a s despektem) hovoří dokonce o tzv. *tržním státu*, který je odpovědný pouze za to, že funguje trh. Stát si podle těchto názorů mezi sebe a občany vsouvá trh a vyvazuje se tak i z odpovědnosti za takové oblasti, které byly dříve jeho regulatorní doménou (školství, bezpečnost, zdravotnictví). Vede to k ekonomizaci života celé společnosti a i společenského vědomí.⁵⁴⁷

Tak např. „partikulární soutěžní právo“ ve formě úplné nebo částečné soutěžně právní imunity se může dostat do zákonů nejen jako důsledek antidumpingové

⁵⁴⁷ Srov. EPPLER, E.: *Was heute links ist*, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung. 10. Dezember 2006, Nr. 49, str. 15.

politiky vůči zahraničním konkurentům, ale i ve vztahu k tuzemským účastníkům trhu, vymezeným oborově (v odvětvích podléhajících zvláštní regulaci), funkčně (veřejné podniky zabezpečující služby obecného významu) nebo ekonomickým rozsahem (např. obratem na relevantním trhu).

Nejzávažnější bylo již překonané (a výše komentované) systémové totální vyloučení některých soutěžitelů z působnosti soutěžních předpisů.

Další zmatečnou (a výše kritizovanou) úpravu vnesla do ZOHS novela zákonem č. 361/2005 Sb. V § 1 odst. 9 se ocitla úprava, která omezuje působnost ZOHS na jednání soutěžitelů, které je porušením povinnosti stanovené zákonem o elektronických komunikacích (ZEK) nebo rozhodnutím vydaným na jeho základě. I toto ustanovení omezilo působnost ZOHS nezdůvodněně a v rozporu s komunitárním právem a bylo již zrušeno.⁵⁴⁸

Jak se již dovodilo dříve, problém není jen ve věcné opodstatněnosti tzv. „průmyslových politik.“ Regulace určitých odvětví či činností státem nelze paušálně považovat za případy, kdy je třeba i proti vůli svobodomylovných regulovaných subjektů vnučována vůle státní. V některých případech je naopak tato regulace vítána, zájmové skupiny ji iniciují a za její přijetí lobují, neboť ona kýžená regulace je z hlediska efektivnosti dotčených *odvětví* velmi výhodná. Je tedy zřejmé, že ony *obecnější* cíle, za jejichž závojem se regulace prosazuje, mohou být podstatně zkráceny *soukromými* zájmy prosazovatelů regulace, kteří si tak pod věrohodnou záminkou veřejného zájmu prosazují své zájmy parciální.

⁵⁴⁸ Kritika postupu je obsažena v bodu 1.3.4. této publikace. Regulace vstupu na trh, kterou provádí v oblasti telekomunikací Český telekomunikační úřad (ČTÚ), nemůže zastoupit ochranu soutěže zajišťovanou ÚOHS. Předmět ochrany je v obou zákonech odlišný: ČTÚ posuzuje porušení jím uložené povinnosti a případně je sankcionuje; ÚOHS posuzuje narušení hospodářské soutěže a (v případě podezření na zneužití dominantního postavení) též újmu soutěžitelům a spotřebitelům. Koncept významné tržní síly, z něhož vychází ZEK, je odlišný od konceptu dominantního postavení, jak je definován zákonem a upřesněn tuzemskou i evropskou judikaturou. Subjekt vyňatý z působnosti ÚOHS bude moci zneužít svoje dominantní postavení, za což jej ovšem ČTÚ nebude postihovat podle ZOHS. Právní úprava je nesrozumitelná a přes její zúžený dopad jen na tuzemské vztahy (u vztahů s komunitárním prvkem se nepoužije) bylo nutné ji vypustit. Argumentace převzata z PETR, M.: *K uplatnění soutěžního práva v oblasti telekomunikací*, Právní rozhledy 2006, č. 3, str. 111.

8.3. KDY JE REGULACE OPODSTATNĚNÁ NA ÚKOR TRŽNÍ AUTOREGULACE?

Pro opuštění takového anonymního „autoregulátora“, jakým je hospodářská soutěž, a pro příklon k odvětvové regulaci, musí existovat zvlášť dobré důvody. Obvykle⁵⁴⁹ se za ně pokládají

- a) tržní selhání (externality, přirozený monopol, ničivá soutěž, veřejně prospěšné podniky)
- b) tzv. politicky důležité ekonomické i mimoekonomické cíle (např. veřejná bezpečnost, obrana...), ale i sporné představy o jednotných sítích (telekomunikace, pošty, železnice, zásobování energiemi...)
- c) asymetrická informace a motivace účastníků trhu
- d) oportunistické chování účastníků trhu.

Ad a)

Externality pozitivního typu (náklady vynaložené jinými účastníky trhu nesdílí, ale na výhodách jimi financovaných se podílí) lze pomocí regulace kompenzovat a vyrovnat tak soutěžní výhodu (zkreslující soutěž), kterou předtím požíval účastník trhu, který výhody nespolu-financoval. Příkladem může být regulace povinnosti platit za užívání dálnic. Finanční transfery mohou být samozřejmě prováděny i prostřednictvím daní, ale tam se adresná vazba mezi výhodou a platbou může velmi rozvolnit nebo zmizet úplně (i podnikatel, který nebude platit daň z příjmu proto, že je ve ztrátě, by měl platit dálniční poplatek, pokud k podnikání dálnicí užívá).

Externality negativní (účastník trhu způsobuje náklady ostatním a sám má výhody z jejich způsobení – např. vyšší zisk kvůli porušování ekologických nebo bezpečnostních a dalších norem) mohou být jako soutěž narušující jev internalizovány u jejich původce. V obou případech je regulace komplementární k soutěži a napomáhá jejímu autoregulačnímu vlivu, který by bez regulace byl zdeformovaný.

Tzv. přirozené monopoly, u nichž nelze dost dobře regulovat vstup na trh, ani je nelze z trhu vyloučit, mohou být podřízeny doзору nad chováním na trhu. Tradiční argument o „přirozenosti“ celkového monopolu v síťových odvětvích je přitom zavádějící, neboť je oprávněný, jen pokud jde o strukturální monopol;

⁵⁴⁹ Přebírám a komentuji klasifikaci J. BASEDOWA, uvedenou v cit. práci (2003), str. 8 a násl., a inspiroji se i některými postřehy uvedenými v BERRINGER, CH.: *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, Verlag C. H. Beck, München 2004, str. 230 a násl.

soutěž v síťovém odvětví může být přesto vytvořena a regulatorně vynucena či podpořena i ve stávající infrastruktuře – tedy aniž by se nutně musela infrastruktura znásobovat. Nepostačí asi jen *ex post* uplatňovaná soutěžně právní doktrína „podstatných zařízení“ – *essentials facilities*⁵⁵⁰; *ex ante* regulace infrastrukturních monopolů by byla účinnější⁵⁵¹. Je třeba též uznat, že někdy jsou v pozadí snahy o udržení tzv. přirozeného monopolu tradicionalistické představy o jednotném standardu určitých služeb na celém území státu, které nejsou ekonomicky, ale čistě politicky (rovnostářsky) podmíněny⁵⁵².

Soutěž je vždy ničivá pro toho, kdo v ní neuspěje; jde (slovy J. Schumpetera) o „tvorivou destrukci“. Někdy mohou nastat mimořádné případy nárazovitého objektivního výkyvu v ekonomických podmínkách, po jehož odeznění by soutěžitel mohl dále pokračovat v činnosti, ale jejichž plný dopad by jej z trhu vyřadil (včetně zániku pracovních míst, dopadů pro místní kupní sílu, apod.). V těchto případech se regulace zaměřuje na možnosti veřejné podpory, v některých zemích se umožňují i tzv. strukturálně krizové kartely apod. V důsledku je soutěž *perspektivně* posílena (za cenu svého *aktuálního* zkreslení) tím, že z trhu náhle nezmizí její účastník, který přitom má předpoklady se na něm udržet.

Ad b)

Strategické důvody sektorové průmyslové a obchodní politiky (např. potravinová, surovinová, energetická, vojenská bezpečnost) mohou stát v pozadí výjimek z anonymní a neadresné soutěžní autoregulace směrem k regulaci. Může jít též o protekcionismus („národní šampioni“), tedy o ochranu určitých skupin domácích výrobců či obchodníků před výkonnější konkurencí ze zahraničí.

Ad c)

Asymetrie v informacích a motivaci účastníků trhu stojí někdy v pozadí ochrannářských regulací typu úpravy spotřebitelských smluv, povinného nebo zakáza-

⁵⁵⁰ V evropském i v českém právu tato doktrína již zdomácněla – srov. § 11 odst. 1, písm. f) ZOHS.

⁵⁵¹ Zejména pokud by byl doplněn institucionálně nadodvětvovým regulačním úřadem se zárukou rotace úředníků, znesnadňující jejich nadměrnou zájmovou identifikaci s regulovanými odvětvími, jak to navrhla německá Monopolní komise již ve svém hlavním stanovisku za r. 2000/2001 – srov. BASEDOW, J., v cit. práci na str. 18.

⁵⁵² Srov. požadavek na stejnou cenu svozu odpadků v katastru města nebo poštovních služeb na celém území státu, který přitom předpokládá „křížové financování“ venkovských a méně zalidněných oblastí na úkor plátců z oblastí s vyšší hustotou osídlení, v nichž jsou služby poskytovány mnohem efektivněji.

ného obsahu všeobecných obchodních podmínek apod. Jde o nástroj obsahové kontroly alespoň základní obsahové vyváženosti právního vztahu.

Ad d)

Oportunistické chování účastníků trhu vzrůstá s délkou trvání právního vztahu⁵⁵³, neboť původní zájmová rovnováha je stále ohroženější a může se též měnit původní představa o vyhovující ekvivalenci vzájemných protiplnění. Volání po regulaci je proto slyšet především na trzích charakterizovaných dlouhodobou smluvní spoluprací.

8.4. SOUTĚŽ JAKO PŘEDMĚT REGULACE A SOUČASNĚ NÁSTROJ AUTOREGULACE

Koalice příznivců různých regulací jsou proměnlivé, ale velmi silné, protože jsou často „poháněny“ nejen vznešenými a obecně akceptovaným veřejným zájmem, ale nezláká skupinovým sobectvím nebo touhou po moci (spojenou s možností osobně korupčně těžit z rozhodovací pravomoci), nebo směsí těchto a dalších motivů. Příznivci regulací jsou z povahy věci odpůrci autoregulace, tedy i odpůrci parametrického a anonymního soutěžního prostředí.

- Tendence současnosti⁵⁵⁴ směřuje k jisté liberalizaci regulací (i to je forma deregulace).
- Materiální deregulace se nahrazuje *regulací informací* (srov. např. rozsáhlé informační povinnosti vůči spotřebitelům, informační povinnosti na kapitálovém trhu, zákon o přístupu k informacím), která poskytuje znalému a aktivnímu účastníkovi možnost rozhodovat se informovaně, tedy bez handicapu informační asymetrie (resp. s handicapem podstatně sníženým).
- V síťových odvětvích se reguluje jen oblast infrastruktury, neboť jen ta má predikát tzv. přirozeného monopolu – stávající infrastruktura však často umožňuje ve svém rámci fungující soutěž mezi konkurenčními poskytovateli výkonů, aniž by infrastruktura musely být nutně zmnožována.

Nejlepší regulací je tedy (parafrázuji-li závěr z kapitoly 1) tak málo regulace, jak je jen nutné a umožnění tolika soutěže, kolik je jen možné.

⁵⁵³ Srov. BASEDOW v cit. práci na str. 12.

⁵⁵⁴ Tamtéž, str. 15–18.

9. FÚZE A VYSPĚLÉ TECHNOLOGIE

9.1. OCHRANA PRÁV K NEHMOTNÝM STATKŮM A OCHRANA SOUTĚŽE

Mnohdy se vyslovuje domněnka, že nejlepší věci v životě jsou zadarmo. Mnoho z nás přitom jen rozvíjí myšlenky jiných a jde o přirozený jev.⁵⁵⁵ Přílišná ochrana výkonů jednotlivce může zpomalit všeobecný pokrok.⁵⁵⁶ Na druhé straně však jejich příliš slabá ochrana může každého odradit od jakéhokoli vymýšlení. Z hlediska spotřebitele jde u ochrany práv k duševnímu vlastnictví o výměnu krátkodobých zisků za dlouhodobé a naopak. Spotřebitelé by na tom byli z krátkodobé perspektivy lépe, kdyby se výsledky cizího tvůrčího úsilí směly volně kopírovat, neboť by to snižovalo ceny výrobků zahrnujících práva k duševnímu vlastnictví. Z dlouhodobého hlediska by však spotřebitelé takovým přístupem trahovali, protože by se museli zříci motivačního působení práv k duševnímu vlastnictví na tvůrce.⁵⁵⁷

Pro řadu inovací je nezbytně nutná motivace od počátku, nikoliv pouze motivy *ex post* k transferu nových technologií a výrobků. Bez ochrany práv k duševnímu vlastnictví by se neuskutečnily počáteční investice do inovací. Právní ochrana

⁵⁵⁵ Srov. CHAFEE, Z. jr.: *Unfair Competition*, 53 Harvard Law Review (1940), s. 1289, 1317–1318.

⁵⁵⁶ LEVIN, R. C. a kol.: *Appropriating the Returns from Industrial Research and Development*, 1987, Brooking Papers on Economic Activity: Microeconomics, s. 788.

⁵⁵⁷ Srov. k tomu *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, OECD Journal of Competition Law and Policy, 2001, Nr. 2, Vol. 3, s. 123 n. Podstatu tohoto dilematu ilustruje citát z knihy J. M. CLARKA „*Competition as a dynamic process*“ z roku 1961, psaný ve verších. Známý ekonom deklamuje: „*We all agree that innovation – Will benefit both world and nation – The question we must answer later – Is, will it help the innovator?*“ („Všichni souhlasíme, že inovace prospěje světu i národu. Otázka, kterou musíme zodpovědět později, zní: pomůže také inovátorovi?“). Rozbor skutečnosti bohužel nebývá často příliš poetický. Je velmi snadné kritizovat někoho, kdo se pokouší psát ve verších. Někdy se tvrdí, že právě tlak rýmu donutí básníka k vyjádření jeho nejlepších myšlenek. Očividně to není případ tohoto Clarkova veršotepeckého pokusu. Otázka, jestli inovace pomůže též inovátorovi, musí být totiž v některých případech zodpovězena ne později, ale *předem* – před tím, nežli k ní dojde. Jinak by některé inovace sotva vůbec vznikly.

inovací se dokonce po francouzské revoluci prohlašovala za přirozené právo vynálezce.⁵⁵⁸

Všeobecně se uznává, že společnost musí podporovat tvůrčí aktivity, které podporují a udržují v chodu vyspělé ekonomiky založené na informacích. Vhodným nástrojem je snížení soutěže prostřednictvím snížené ochrany před tržní mocí. Určitý stupeň monopolizace majetkových práv vlastníka se pokládá za přijatelnou cenu (nebo náklad) za podporu inovací. Pokud by potenciální inovátor musel počítat s tím, že jeho informační náskok a s tím i jeho zisk z inovace vezmou v krátké době zaspě, odpovídalo by tomu i jeho inovační úsilí. Praktická hospodářská politika se proto vždy potýká s cílovým konfliktem mezi pobídkami k optimálnímu rozšiřování existujících znalostí a informací a co nejlepšími pobídkami k vytváření nových znalostí a informací. Právní ochrana inovátora omezuje napodobovací soutěž a zajišťuje inovátorovi ekonomickou rentu a možná i monopolní postavení. Důležité je, aby dynamická efektivnost tohoto přístupu (přínos inovací k rozvoji ekonomiky) převyšovala statické ztráty v důsledku vyplácených rent.⁵⁵⁹

Za podstatné pro účinnou podporu tvůrčí činnosti se považují dvě klíčové okolnosti⁵⁶⁰: odtajnění inovace a zabezpečení majetkových práv inovátora. Investice, která musí být vynaložena do inovace, musí být učiněna předtím, nežli se jakýkoliv inovační produkt dostane na trh. Při neexistenci právní ochrany by bylo napodobení velmi snadné a pro investujícího by bylo nesnadné získat investici zpět (natož pak na ní vydělat), neboť cena by se ustálila na nižších jednotkových nákladech imitátora (které jsou nižší už jen proto, že imitátor na rozdíl od inovátora do inovace a vývoje neinvestoval). Umožnit snadné napodobování znamená podryvat inovační motivaci. Ochrana investice inovátora by se dala zajistit utajením jeho intelektuálního výtvaru, tedy též ekonomickým umrtvením investice vynaložené na jeho vznik. Patenty a autorská práva umožňují inovátorům nespolehat se na ekonomicky nesmyslné utajení a tak přinášejí veřejnosti znalosti a informace, z nichž mohou mít prospěch všichni. Tímto způsobem ochranná politika nejen motivuje inovace. Rovněž podporuje rozšiřování informací.

„Duševní vlastnictví ztělesňuje informaci, která je veřejným statkem (*public good*): použití této informace inovátorem nevyklučuje z jejího použití ostatní a tak –

⁵⁵⁸ KAUFER, E.: *Innovationspolitik als Ordnungspolitik*, in: *Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen*, 1994, s. 1, 10, cit. podle SCHÄFER, H. B., OTT, C.: *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer Verlag, Berlin 2000, s. 577.

⁵⁵⁹ Srov. SCHÄFER, OTT, cit. práce, s. 577 n.

⁵⁶⁰ Srov. DEMSETZ, H.: *Antitrust: Concepts Reasoning, and the U.S. Experience*, Institute of Economic Research, Malmö, 1994, s. 23

pokud by neexistovala vlastnická práva – by inovace byla napodobována a byla by snížena motivace investovat do inovace⁵⁶¹.

Je tu tedy patrný zřejmý zájmový konflikt, při jehož překonávání musí být sladěny protichůdné zájmy. Na jedné straně je zájem na udržení funkce trhu a z toho důvodu i na ochraně hospodářské soutěže. Na druhé straně je nutné podporovat (nebo přinejmenším alespoň neodstrašovat) vynálezce a inovátory, což vede k zajištění určitého druhu monopolu ve prospěch majitelů práv k duševnímu vlastnictví. To samozřejmě nesmí znamenat zneužití monopolní tržní moci.

9.2. TECHNOLOGICKY VYSPĚLÁ ODVĚTVÍ⁵⁶² A PRÁVO

Rozhraní práva kartelového a práva na ochranu nehmotných statků není ničím novým. Co se však v uplynulých desetiletích změnilo, je poznání, že práva k nehmotným statkům nevytvářejí nějakou enklávu imunní vůči právu kartelovému a že naopak právo kartelové se musí uplatňovat s ohledem na specifika práv k nehmotným statkům. Nový je samozřejmě rámec a rozsah technologického vývoje a podstatný růst vlivu nových technologií na celou ekonomiku.

Rozhodovací praxe v této oblasti se potýká s mnoha rozpory. Stále je aktuální otázka, zda kartelové právo, původně zamýšlené k regulaci tradičních výrobních a distribučních odvětví, by se vůbec mělo uplatňovat na soutěž v rychle se rozvíjejících odvětvích, v nichž produkty velmi rychle zastarávají a kde tržní podíly mohou být nestabilní. Má se vůbec kartelové právo používat v oblastech, kde se uplatňují vyspělé technologie a zejména v těch, kde jsou produkty především ztělesněním duševního vlastnictví (především ve výrobě a vývoji počítačového hardware a software, v biotechnologii, farmacii, v komunikacích atd.)?

Podle převládajících názorů by se nemělo připustit ohrožení ekonomického růstu a samotné existence funkčního trhu zneužitím soukromé tržní moci. Na druhé straně podpora inovací a vynálezců cestou záruk jistého monopolního postavení majitelů práv k předmětům duševního vlastnictví není méně důležitá; otevřená zůstává jen otázka, zda principy kartelového práva, které se vyvinuly především v etapě tradiční ekonomiky „továrních komínů“, by se měly uplatňovat srovnatelně

⁵⁶¹ GALLINI, N. T., TREBILLCOCK, M. J.: *Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for the Analysis of Economic and Legal Issues*, in *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, Calgary, 1998, s. 17.

⁵⁶² Vlivný čtenář snad laskavě promine občasné používání zmezinárodněho a každému srozumitelného novotvaru „high-tech“ namísto některého z těžkopádných českých opisů.

a se stejným důrazem na nové problémy vznikající v souvislosti s technologicky vyspělými odvětvími.

Dá se argumentovat tak, že je nebezpečné oslabovat motivaci k investicím do těchto dynamických odvětví, a že by tu proto kartelové právo nemělo hrát žádnou roli. Méně konfrontační přístup navrhuje kvůli obrovskému inovačnímu tempu v odvětvích *high-tech* nezasahovat vůbec, pokud nebude zcela zřejmé, že by zásah prospěl spotřebitelům a ekonomice. Obdobný přístup tvrdí, že předepsaná řízení trvají déle, nežli samy soutěžní síly přetvoří příslušné odvětví, a proto že by kartelové právo mělo zasahovat jen ve velmi výjimečných případech a za velmi neobvyklých okolností. I ony posledně jmenované přístupy tedy přiznávají kartelovému právu velmi skromnou roli.

Dynamika rozvoje v sektorech *high-tech* otevírá cestu novým soutěžitelům, schopným překonat ostatní účastníky trhu a trh ovládnout. Kartelová regulace pak ztrácí na významu (s výjimkou cenových dohod a jiných porušení zákona *per-se*), neboť jakýkoliv pokus o získání nebo uplatnění tržní moci by byl rychle korigován samotnými tržními silami. Toto zjednodušené schéma trhů v oblasti *high-tech* může být pravdivé v některých případech, ale v jiných zase nikoliv. Nepochybně existují určité zvláštnosti práv k duševnímu vlastnictví, které odůvodňují zvláštní a citlivý přístup k jejich majitelům. Na druhé straně jsou však případy, kdy je legitimní trvat na plné aplikaci kartelového práva bez ohledu na to, zda se jedná o práva k duševnímu vlastnictví nebo o „normální“ („hmotná“) vlastnická práva.⁵⁶³

⁵⁶³Dokumentuje to následující případ: dva výrobci (Summit Technology a VISX) byli jedinými dvěma subjekty s povolením státního lékařského dozoru USA k léčbě poruch zraku tzv. refraktivní keratektomií, což je druh laserové oční chirurgie. Obě společnosti měly duševní vlastnictví i další předpoklady ke vstupu na trh v pozici nezávislých soutěžitelů, ale namísto toho vytvořily patentový kartel (*patent pool*) a využily ho ke stanovení cen. Patentové kartely, které nezvyšují efektivnost a vylučují konkurenci mezi členy kartelu, stanovují nebo omezují ceny, by měly být posuzovány a potrány jako každá jiná koluzivní dohoda vylučující soutěž. Uvedené dvě společnosti daly přednost před vzájemnou cenovou soutěží dohodě o tom, že budou požadovat licenční poplatek 250 USD ve prospěch patentového poolu za každý výkon laserové oční chirurgie s použitím zařízení jednoho či druhého účastníka poolu. Příjmy poolu se potom dělily podle stanoveného vzorce. Důsledkem byly mnohem vyšší ceny, než které by byly požadovány v případě, že by obě společnosti spolu navzájem soutěžily, jak obě původně zamýšlely. Srov. BAER, W. J.: *Antitrust Enforcement and High Technology Markets*, dostupné na www.ftc.gov/speeches/other/ipat6.htm, staženo 6. 11. 2001, s. 3.

9.3. NEHMOTNÉ STATKY A VLASTNICTVÍ K VĚCEM⁵⁶⁴

Mezi vlastnictvím věcí a jejich nehmotného protipólu existují nesporné rozdíly. Tak je např. u vlastnictví věcí často lehké určit, zda jsou strany v soutěžním nebo spíše komplementárním vztahu. Prodávají-li na tomtéž trhu a týmž zákazníkům, kteří jejich výrobky považují za substituty, jde o docela spolehlivé vodítko, že se jedná o konkurenty. Tato otázka je někdy méně přímočará u vlastnictví nehmotných statků, protože zkoumání celého licenčního vztahu stran může vest k závěru, že jde o vztah čistě komplementární a vůbec ne konkurenční. Jestliže smluvní strany např. mají blokační patenty, takže žádná z nich nemůže po právu vyrábět bez licence od druhé strany, jde o vertikální vztah. To však není tak odlišné od vlastnictví věcí. Nakupují-li od sebe vzájemně dva vlastníci továrny fyzické vstupy, může bližší zkoumání odhalit, že by nikdo nemohl vyrobit konečný produkt bez spolupráce s druhým. Jde spíše o doplňkový nežli konkurenční vztah. Podle *US – Intellectual Property Guidelines* z r. 1995 se vztah pokládá za horizontální (tzn. že strany jsou konkurenty), jestliže by bez uzavření licenčního vztahu mezi nimi bývala existovala skutečná nebo potenciální soutěž.

Dnes se po rozdílných postojích v minulosti již nevychází v kartelovém právu z předpokladu, že omezující použití duševního vlastnictví je nezbytně protisoutěžní. Namísto toho se uplatňují tři předpoklady:

- za prvé, že duševní vlastnictví je srovnatelné s jinými formami vlastnictví, takže je spojeno s týmiž práva a s toutéž odpovědností;
- za druhé, že existence duševního vlastnictví automaticky neznamená tržní moc vlastníka;
- za třetí, že licence k duševnímu vlastnictví mohou být pro vlastníka často nezbytné ke kombinaci doplňkových výrobních faktorů a tak mohou být prosoutěžní.

⁵⁶⁴ Viz PITOFSKY, R.: *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*, dostupné na www.ftc.gov/speeches/pitofsky/ipf301.htm, staženo 6. 11. 2001, s. 1.

9.4. SOUTĚŽNÍ SPECIFIKA TECHNOLOGICKY VYSPĚLÝCH ODVĚTVÍ

Přes tyto obecné zásady existují nicméně v odvětvích *high-tech* některé podstatné rozdíly, vyžadující modifikaci a jisté přizpůsobení protikartelových postupů. Mj. se jedná o následující odlišnosti⁵⁶⁵:

9.4.1. TECHNICKÉ PROBLÉMY

Mnoho oblastí *high-tech* obsahuje otázky náročné pro právníky a soudce, kteří většinou nemají žádné technické vzdělání. Např. vymezení relevantního trhu, tj. proces určení konkurentů, kteří spolu soutěží tak intenzívně, že mohou podstatně ovlivnit uplatňování tržní moci, je obtížné všeobecně (v jakémkoliv případě). Může se však potýkat s mnohem většími obtížemi v *high-tech* odvětvích jako např. biotechnologie, v nichž výrobky způsobilé omezit tržní moc stávajícího dominantního soutěžitele dosud neexistují a nedostanou se na trh ještě po několik let, nebo třeba v kabelových rozvodech, v nichž je základní otázkou, kdy se satelitní přenos stane reálnou soutěžní silou na trhu. Podobné problémy vznikají v telekomunikacích – v sektoru trhu, o němž se mnozí domnívají, že v něm může eventuálně vzniknout konkurence místním operátorům při využití stávajících rozvodných elektrických sítí do domů. Každý z těchto problémů nastoluje otázky z oblasti vědy a techniky, na něž je často obtížné odpovědět.

9.4.2. RYCHLOST PROMĚN TRHU

V oblastech využívajících a uplatňujících vyspělé technologie se mnohem častěji nežli v tradičních odvětvích objevují nové generace výrobků, oslabujících existující tržní moc. V prvé půli 20. století dominovaly např. na americkém na trhu ocelářské, hliníkářské a naftařské společnosti po celé generace, což však nelze říct o mnoha *high-tech* odvětvích. Často se uvádí příklad společnosti IBM, která v době zahájení protikartelového řízení v r. 1969 byla na určitých trzích dominantem, ne-li monopolistou, a jež toto postavení na mnoha trzích ztratila po 13 letech, kdy řízení bylo ukončeno.

⁵⁶⁵ Tamtéž, str. 3 a 4, převzato a upraveno.

9.4.3. NUTNOST SPOLUPRÁCE MEZI RIVALY

V *high-tech* odvětvích je často nezbytný společný výzkum a vývoj, aby se rozdělila inovační rizika a spojily komplementární technologie. Spolupráce a pozdější koordinace standardů může být dokonce nezbytná k tomu, aby výrobky vůbec fungovaly. V důsledku toho se někdy tvrdí, že se kartelové právo musí v těchto případech zbavit značné nedůvěry ke kooperačním smlouvám a že musí na *high-tech* trzích umožnit více svobody.

9.4.4. PŘEKÁŽKY VSTUPU NA TRH

Vzhledem k závislosti *high-tech* odvětví na realizaci myšlenek, které jen málo respektují zeměpisné hranice nebo tržní moc, se existující tržní moc mnohdy považuje jen za přechodnou. Jinými slovy vyjádřeno: problémy se soutěží v *high-tech* odvětvích se pokládají za řešitelné samy od sebe prostřednictvím rychlého a zřejmého trvalého zavádění stále nových výrobků.

9.4.5. DŮSLEDKY PRO CENU A PRO VÝSTUP

Tradiční charakteristikou monopolisty je snaha o krácení výstupu s cílem zvýšit cenu. Tento model však často v *high-tech* odvětvích nefunguje. Jedním z důvodů je skutečnost, že celkové investice do nových forem technologie jsou velmi vysoké a marginální náklady na pořízení dalších kopií výrobků jsou naopak nízké; proto podnikatelé v *high-tech* sektorech uplatňují agresivní cenovou politiku, aby docílili dominantního tržního postavení a aby dosáhli výhod z úspor z měřítka produkce („*economies of scale*“). Takže ortodoxní přesvědčení, že monopol je narkotikum a že odměnou monopolu je vychutnávání si klidného života („*quiet life*“), se na mnoho agresivních, dynamických a inovativních subjektů v dnešní ekonomice příliš nehodí.

9.4.6. SÍŤOVÉ EFEKTY

Snad nejkomplikovanější je otázka, jak přistupovat k tzv. síťovým efektům. Ty nastávají v situacích, kdy hodnota výrobku nebo služby závisí přímo úměrně (samozřejmě nikoliv nutně v lineární funkci) na počtu uživatelů výrobku nebo služby. O přímou vazbu jde v případech, kdy hodnota výrobku je předurčena počtem účastníků sítě – např. u faxových přístrojů. Je možná též nepřímá korelace

– tam, kde se výrobek stane dominantním a kde výrobci komplementárních výrobků (např. podnikatelé vyvíjející aplikační software píšou programy pro dominantní platformu) v podstatné míře investují své zdroje způsobem, který je použitelný jen s dominantním systémem. Na jedné straně je taková síť účinná a občas i nezbytná – na druhé straně může však zvýšit pravděpodobnost, že jeden subjekt po dosažení „kritického množství“ ovládne trh nebo si udrží tržní moc po značnou dobu.

Kvůli těmto a dalším rozdílům se občas tvrdí, že benevolence k tržně silným soutěžitelům a k využívání jejich tržní moci by měla být nutnou cenou za inovativní ekonomiku. Obrovské zisky a výnosy inovátorů se podle těchto názorů vyplátí. Z hlediska maximalizace společenského blahobytu existuje mezi soutěžním a patentovým právem zřejmé napětí⁵⁶⁶.

I když síťová odvětví nejsou omezena jen na oblast tzv. odvětví vyspělých technologií (*high-tech*), jsou právě pro ně charakteristická. I kdybychom uznali platnost rozdílů mezi odvětvími *high-tech* a odvětvími tradičními, základní otázka zůstává: má být zrušena tradiční role kartelového práva jakožto strážce principů soutěže proto, že není nezbytná nebo že je dokonce kontraproduktivní, a nebo by se naopak měly základní protikartelové principy uplatňovat v modifikované podobě s náležitým zřetelem k rozdílným charakteristikám *high-tech* sektorů v ekonomice? Domnívám se (v souladu s mnoha dalšími), že aplikace kartelového práva – včetně práva kontroly koncentrace – by měla i v těchto sektorech zůstat zachována a že by měla pokračovat.

Komplexnost vyspělých technologií je motivem pro příslušné úředníky a soudce, aby těmto technologiím na jim potřebné úrovni porozuměli, ale nikoliv důvodem ke zrušení regulace. Nezbytnost kooperace mezi konkurenty je důležitá a podstatná, ale kartelové právo na dohody o spolupráci ve výzkumu a vývoji pohlíží již tradičně mírněji.

To, že existují významné případy, kdy jsou překážky vstupu na trh nízké, je sice pravda, ale nikoliv celá. Protože jsou *high-tech* odvětví často založena na duševním vlastnictví, patenty a autorská práva mohou dominantní společnost na dlouhou dobu ochránit a tak vytvořit nejen jakousi obtížnou *překážku*, ale fatic-

⁵⁶⁶Toto napětí popsal americký specialista na soutěžní právo prof. Kaplow takto: „Praxe se typicky pokládá za porušitele protikartelových zákonů proto, že je protisoutěžní. Ale pravým účelem udělení patentu je odměna majitele patentu formou omezení soutěže při plném vědomí skutečnosti, že zla monopolu jsou cenou, již společnost zaplatí“. Srov. KAPLOW, V.: *Extension of Monopoly Power through Leverage*, Columbia Law Review, 1985, Nr. 85, s. 515.

kou *zábranu* vstupu na trh. A síť, jakmile se jejím prostřednictvím někdo propracuje k dominanci, může na dlouho úplně vyloučit soutěž. Pak je pro monopolistu velmi snadné a jednoduché vyloučit ze hry potenciální soutěžitele. Síťový monopolista může být schopen i monopolizace dalších generací výrobku nebo doplňkových výrobků či služeb (např. tím, že monopolista dovolí jen výrobu produktů spojených s existující sítí. Časem může nastat i to, že nemusejí zvítězit ty nejlepší výrobky a nebo služby).

Existenční potřeba kooperace subjektů zvyšuje přirozeně nebezpečí dohod omezujících soutěž, aniž by samozřejmě vylučovala nebo snižovala riziko zneužití dominantního postavení některého se soutěžitelů, a to obou typů – vykořisťovatelského (na úkor jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů) i zabraňovacího (na úkor jiných soutěžitelů, ale v důsledku i na úkor spotřebitelů, omezovaných takto v možnostech aktuálního nebo budoucího výběru). Z hlediska funkčního může být krátkodobá kartelizace nahrazena dlouhodobou a systémovou „kartelizací“ ve formě spojení soutěžitelů – spojením bývalých konkurentů jsou vzájemné obchodní operace mezi nimi staženy z trhu a jsou nahrazeny vnitropodnikovou kooperací. Technické a ekonomické výhody takových propojení mohou být značné, což se ovšem může týkat i dlouhodobých strukturálních nevýhod z hlediska funkčnosti (a nebo samotné existence) soutěžního prostředí na dotčených relevantních trzích. Hranice mezi transakcemi a organizací (strukturou) se tak může stírat, neboť trh je konkurenty společně organizován stále těsněji a důkladněji, takže se dá stále obtížněji rozlišovat mezi kartelem a fúzí.⁵⁶⁷

9.5. NĚKTERÉ NEBEZPEČNÉ DRUHY ZNEUŽITÍ PRÁV K DUŠEVNÍMU VLASTNICTVÍ

Jde o případy, kdy uplatnění práv k duševnímu vlastnictví může vyloučit nebo omezit soutěž pod rouškou proklamované „inovační antitrustové imunity“. Některé z nich byly popsány⁵⁶⁸ např. jako protisoutěžní akvizice, zneužití procesu standardizace nebo udržování monopolní moci v *high-tech* odvětví.

⁵⁶⁷ S aplikací na Internet viz BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHNOLOGIE „Wettbewerbspolitik für den Cyberspace“, Bonn, 2001, str. 24, 41.

⁵⁶⁸ Srov. BAER, práce cit. výše, s. 4 nsl.

9.5.1. PROTISOUTĚŽNÍ KONCENTRACE

Sotva se dá tvrdit, že právní regulace spojování soutěžitelů by mohla vyvolat závažné problémy ve vztahu k ochraně vlastníků práv z duševního vlastnictví. Někdy právě naopak mohou fúze přinést více užitku vlastníků práv z duševního vlastnictví v důsledku rozšířenějšího využívání nových výrobků po takovém spojení (s výrobkem je obchodováno ve větším rozsahu a majitel práv z duševního vlastnictví může získat vyšší poplatky).

Fúze ovšem mohou vést k získání dominantního postavení na relevantním trhu, které může být zneužito, nebo k podstatnému omezení soutěže. Tržní síla vznikne spojením soutěžitelů a založená na vlastnictví některého z práv duševního vlastnictví může být využita protisoutěžně bez ohledu na to, zda samotná ochrana tvůrce funguje dobře. V tom případě jsou práva duševního vlastnictví jen zvláštním nástrojem obecného zneužití tržní síly.

Pokusíme-li se parafrázovat výše zmíněnou myšlenku příliš silné ochrany individuálních výkonů jako nástroje zpomalujícího obecný pokrok, a příliš slabé ochrany jako záruky, že nikdo nic neobjeví ani nevymyslí, můžeme možná říci, že příliš silná ochrana před spojováním soutěžitelů může snižovat obecný blahobyt a poškodit spotřebitele (ekonomika přijde o hospodářské výhody koncentrace) a příliš slabá ochrana před koncentracemi může vést k monopolizaci, a tím v důsledku též ke snížení obecného blahobytu a k újmě spotřebitelů.

Právo regulující spojování soutěžitelů má preventivní funkci jakožto jakási hrubá „vnější obranná zeď“⁵⁶⁹ před hrozbou nepřiměřeného využívání tržní síly. Konečné rozhodnutí o přípustnosti externího růstu činí kartelové úřady na základě multikritériálního rozboru a podle zásady „rozumného rozhodování“ (*rule of reason*).

Již dříve se konstatovalo⁵⁷⁰, že komplexnost ekonomických důsledků brání přesnému výčtu pozitivních a negativních faktorů. Neexistují a nemohou existovat žádná přesná pravidla, vhodná pro každý jednotlivý případ. Je zřejmé, že formální právní jistota nemůže „mít navrch“ nad složitým rozhodováním, zda po spojení nastane potřebná rovnováha např. mezi motivací k inovacím a hrozbou tržní síly

⁵⁶⁹ Viz LEARY, T. B.: *Freedom As The Core Value Of Antitrust In The New Millenium*, přednáška z 6. dubna 2000 ve Washingtonu, dostupné na: www.ftc.gov/speeches/leary, str. 4.

⁵⁷⁰ Např. HEINEMANN, A.: *Intellectual Property Rights and Competition Policy – The Approach of the WTO Working Group on Trade and Competition*, in ZÄCH, R. (ed.): *Towards WTO Competition Rules*, Staempfli Publishers Ltd. Berne 1999 – Kluwer Law International, The Hague – London – Boston 1999, str. 320.

v důsledku práv duševního vlastnictví; mezi dlouhodobými a krátkodobými účinky fúze; mezi udržení konkurenceschopnosti domácího trhu a možností vytvořit jakéhosi „národního šampiona“, který by byl schopen soutěžit globálně (výměnou za ztracenou možnost soutěže uvnitř národního trhu).

Výsledky výzkumu⁵⁷¹ dokazují, že místní soutěž má význam pro soutěž – v mezinárodním měřítku, a že místní soutěž poskytuje mimořádné podněty k růstu produktivity, který je pro podniky mimořádně cenný. Dva hlavní přínosy místní soutěže jsou:

- stimulační a informační (podnikatelé, kteří soutěží doma, jsou lépe připraveni na soutěž se soupeři v zahraničí) a
- pozitivní externality (jako např. specializovaná sdružení – *pooly*, vzájemná výměna poznatků, specializované informace od dodavatelů apod.)⁵⁷².

Tento průzkum může snad poněkud přibrzdit liberální přístup protimonopolních úřadů k povolování fúzí a ke snižování úrovně soutěže na domácích trzích, vedený s argumentací o vytváření „národních šampionů“ v určitém odvětví, kteří by prý měli získat určitý rozměr, aby uspěli v mezinárodní konkurenci („globální hráči“). Výzkum jinými slovy říká, že není-li soutěžitel přinucen soutěžit doma, obvykle rychle ztratí svoji konkurenceschopnost i v zahraničí. „Lokální soutěživost dokonce má význam pro produktivitu a její růst i v odvětvích, jejichž geografický rozsah působnosti je globální“⁵⁷³. Nebylo prokázáno jako obecně platné tvrzení, že by restriktivní národní politika v oblasti kontroly fúzí znemožňovala národním soutěžitelům potřebný rozvoj; nebyla ovšem potvrzena ani opačná teze, že mezinárodní konkurenceschopnost zajistí samotný národní trh.

Poměrně skepticky vyzněl nedávný empirický průzkum vztahu evropských fúzí a akvizic k výzkumu a vývoji⁵⁷⁴. Ten mj. uzavírá, že:

- se nepodařilo prokázat, že by spojení podniků s podobným portfoliem výzkumu a vývoje vedlo k posílení jejich inovační aktivity. U těchto fúzí jde vesměs o krátkodobé a skromné přínosy.

⁵⁷¹ Viz PORTER, M. E.: *Competition and Antitrust: Toward a Productivity-Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures*, The Antitrust Bulletin, Winter 2001, str. 919–958.

⁵⁷² PORTER, tamtéž, str. 929–930.

⁵⁷³ Viz např. the *Global Competitiveness Reports of Geneva World Economic Forum* (různých autoři), z let 1998–2000.

⁵⁷⁴ Srov. CASSIMAN, B., COLOMBO, M. G. (ed.): *Mergers and Acquisitions – The Innovation Impact*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, str. 160 a násl.

- Se projevuje negativní dopad fúzí na vztah mezi vstupy, výstupy a produktivitou, pokud fúzující podniky měly nejenom podobná portfólia výzkumu a vývoje, ale před spojením spolu soutěžily – u nich byl (na rozdíl od podniků., které před fúzí nebyly konkurenty) zaznamenán pokles výzkumné a vývojové aktivity. Vysvětlení se spatřuje v tom, že pro konkurenční podniky je podíl na trhu mnohem významnější motivací fúze, jež tak není podložena především technologickými důvody.
- Klíčovým motivem fúzí ve středně a vysoce technologicky rozvinutých odvětvích je výkon tržní moci na výrobních a technologických trzích. Pokud se překrývají výzkumné vývojové aktivity fúzujících subjektů, jejich fúze mnohem pravděpodobněji vede ke snížení technologické soutěže následkem vyloučení potenciálně konkurenční technologie, nižšího rizika napodobení a tvrdší kontroly nad standardizací.
- Se nepodařilo prokázat, že by fúze mezi společnostmi s komplementárními programy výzkumu a vývoje měly synergický efekt, jenž by kladně působil na výzkum, vývoj a inovace.
- Pokud jde o vliv fúzí na výzkum a vývoj, není rozdíl mezi fúzemi přeshraničními a čistě národními. Vážně se pochybuje o ekonomické racionalitě soutěžně politických přístupů, které usilují o vytvoření technologických „evropských šampionů“ tím, že budou mezi podniky ve středně a vysoce technologicky rozvinutých odvětvích povolovány jejich horizontální fúze. Tyto subjekty zaujímají spíše defenzivní strategii zaměřenou na obranu dosažených pozic, což může mít velmi pravděpodobně negativní dopad na dynamickou efektivnost a z dlouhodobého hlediska to může vést k dalšími zhoršováním pozice evropských podniků v technologicky vyspělých odvětvích.
- Podniky, které spolu před spojením spolupracovaly na bázi různých aliancí, vykazovaly lepší způsobilost využívat technologickou kompetenci a použít ji na vlastním výrobním trhu. Děje se tak především díky tomu, že aliance umožňují odstranit informační asymetrii mezi partnery a zmírnit transakční rizika fúze.

Panuje shoda o tom, že inovační procesy v ekonomice by neměly být vzhledem k jejich významu opomíjeny kartelovým právem. Inovační soutěž však není samostatným „oborem“ a podléhá běžným kritériím hodnocení inovací na existenci

a funkčnost soutěže na trhu⁵⁷⁵. V případě fúzí je obecně nebezpečné, pokud inovace vede k tržní moci (natož pak k monopolizaci) a/nebo pokud hrozí, že se jejím prostřednictvím vytvoří překážky vstupu na trh. Metodologickým problémem je samozřejmě míra (ne)jistoty vzhledem k budoucímu vývoji na trzích dotčených posuzovanou fúzí. Domnívám se proto, že schvalování fúzí, které je založeno na krátkodobých účincích a které přitom dlouhodobě snižuje nebo dokonce ničí konkurenci, je přinejmenším diskutabilní.

Neoschumpeterovská teze I (o pozitivní korelaci mezi velikostí podniku a jeho inovační způsobilostí), ani neoschumpeterovská teze II (o pozitivním vztahu mezi ekonomickou silou podniku a technickým pokrokem) se empiricky nepotvrdila⁵⁷⁶. Studie zabývající se tímto problémem, jsou rozporné, navzájem se vyvracejí a neposkytují spolehlivou empirickou základnu. Už jen z důvodů předběžné opatrnosti, jež si je vědoma toho, že struktura trhů je vesměs funkcí dlouhodobého vývoje (byť v inovativních odvětvích ne tak docela), je namísto velmi opatrný přístup a apriorní nedůvěra vůči koncentracím vedoucím k tržní moci, byť pod záminkou inovací a technologického pokroku. Tato opatrnost neznamená zákaz fúze, ale důkladný a pečlivý rozbor skutečných poměrů na stávajícím (a předpokládaných poměrů na budoucím) trhu před jakýmkoliv rozhodnutím.

Fúze mezi podniky, které spolu předtím soutěžily, zvyšuje jejich tržní moc a snižuje tak alokativní efektivnost⁵⁷⁷. Pro antitrustové orgány tak rovněž vzniká relevantní důvod k obavě ze snížení dynamické (inovativní) efektivnosti, protože se v důsledku fúze snižuje nebo eliminuje technologická soutěž.

Řada případů dokládá, že k získání nebo udržení monopolní moci může být využito patentů, a to prostřednictvím fúze majitelů patentů. Typický je případ, že spojující se podniky jsou jedinými dvěma subjekty (nebo dvěma z několika málo subjekty) schopnými inovace na *high-tech* trzích. V takových situacích by akvizice měla téměř jistě protisoutěžní efekt. Jasným příkladem vylučovacího postupu by bylo získání ekvivalentního patentu pokrývajícího jedinou známou a ekonomickou alternativu k monopolistově výrobku nebo postupu. Taková akvizice vylučuje potenciální soutěž ze strany konkurentů, kteří by jinak mohli mít k patentu přístup.

⁵⁷⁵ Srov. BARTH, U.: *Innovationsmärkte in der Fusionskontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2003, str. 305.

⁵⁷⁶ K tomu srov. např. HEINEKE, T.: *Entlastungsgründe in der europäischen und US-amerikanischen Zusammenschlusskontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2003, str. 46 a násl.

⁵⁷⁷ Srov. GUGLER, K., MUELLER, D. C., YURTOGLU, B. B., ZULEHNER, C.: *The effects of mergers: an international comparison*, International Journal of Industrial Organisation, 2003, 21, str. 625 a násl. Faktografie následujících příkladů z praxe US FTC a US DOJ vychází z BAER, W. I.: cit. práce, str. 4 a násl.

Vylučovací účinek může mít dokonce získání jednoho z několika ekvivalentních patentů.

V odvětvích, v nichž spočívá podstata soutěže spíše ve vývoji nových technologií nežli v soutěži cenové, musí být chráněna soutěžní rivalita. Je-li inovační způsobilost na relevantním trhu přespříliš koncentrována u jednoho subjektu a neexistují přitom substituty, může soutěž utrpět újmu.

To se týká např. fúzí farmaceutických podniků. V případě „*Glaxo and Burroughs Wellcome*“ (řešeném u *United States Federal Trade Commission – US FTC*) šlo o fúzi dvou podniků, které měly obrovský náskok ve vývoji perorálně podávaného léku k léčbě migrény. Dostupná léčiva byla v té době pouze v podobě injekcí a na relevantním trhu nebyla proto z hlediska spotřebitele dostatečným substitutem. Předtím společnosti *Glaxo* i *Burroughs Wellcome* soutěžily ve vývoji nových léčiv a očekávalo se, že spolu budou soutěžit i jejich léčiva poté, co budou vyvinuta a schválena k použití. Překážka vstupu na trh ve formě absolvování schvalovací procedury ze strany *Federal Drugs Agency (FDA)* byla vysoká. Žalobce si stěžoval, že *Glaxo* by po fúzi mohla jednostranně omezit výstup na relevantním trhu snížením výzkumného úsilí ve vývoji perorálního léku. Motiv by k tomu měla, protože zbývající výzkum by pravděpodobně vedl k monopolnímu výrobku do doby, než by někdo třetí prošel za mnoho let schvalovací procedurou *FDA*. Tento případ byl uzavřen smírně (cestou tzv. „*consent order*“).

V jiném případě fúze ve farmaceutickém průmyslu (*Ciba-Geigy/Sandoz*) prohlásila *US FTC*, že existuje trh vývoje výrobků na bázi genové terapie navzdory tomu, že běžné výrobky schválené *FDA* v té době neexistovaly. Žaloba však uváděla, že první výrobky nebudou sice k dispozici před rokem 2000, ale že trh může vzrůst na 45 miliard USD do roku 2010. Dotyčná technologie umožňuje léčbu nemocí za pomoci manipulace s genetickým materiálem a vkládání a vynímání tohoto materiálu do a z pacientových buněk.

I když existovala řada výzkumných průkopníků v genové terapii pro různá stádia onemocnění, fúzující společnosti byly dvěma z několika subjektů s potřebnými právy duševního vlastnictví a ostatním vybavením nutným pro komerční využití takových terapií. Spojená (společná) pozice společností ve výzkumu genových terapií byla natolik dominantní, že jiné výzkumné subjekty v téže oblasti by musely vytvořit s podnikem buď *joint-venture* nebo uzavírat jiné smlouvy, pokud by chtěly mít nějakou naději na komerční využití svých výzkumných výsledků.

Soutěž mezi těmi dvěma společnostmi takové *joint-ventures* nebo jiné obchodní kontrakty umožňovala uzavřít za rozumných podmínek. Bez soutěže těchto dvou společností si mohl spojený subjekt přivlastnit mnoho výsledků výzkumu jiných subjektů, což by vedlo k podstatnému útlumu takového výzkumu. Navíc mezi

oněmi dvěma společnostmi usilujícími o spojení existovala přímá soutěž u specifických léčebných produktů, která by po spojení též ustala.

Řešení se v tomto případě hledalo jak v ochraně soutěže u zvláštních výrobků, s nimiž obě společnosti již soutěžily, tak i na širším trhu výzkumu a vývoje genových terapií. Rozhodnutí FTC požadovalo po nově spojeném subjektu, aby pro specifické výrobky poskytl povinně licence k určitým klíčovým právům duševního vlastnictví a též požadovalo, aby byl případný akceptovatelný kupec identifikován předem. Takto byla akceptována společnost *Rhone Poulenc Rorer* jako nabyvatel licence ještě před vydáním rozhodnutí FTC. Pro širší trh výzkumu a vývoje genových terapií ukládalo rozhodnutí FTC fúzujícím společností, aby udělily nevýlučné licence na určité základní genově terapeutické technologie výzkumníkům v oblasti genové terapie, které by jinak pro výzkum ostatních subjektů vytvořily jakési „úzké hrdlo“⁵⁷⁸.

Inovace v rámci soutěžního prostředí (dynamická efektivnost soutěže) jsou jedním z klíčových hledisek posuzování fúzí, bez něhož by zůstalo jen u krátkozrakého posouzení aktuálních přínosů a nevýhod (*statická* výrobní a alokativní efektivnost). Vtažení inovačních hledisek do hodnocení fúzí obecně vede k vyšší permisivitě při posuzování fúzí, mj. proto, že se rozšiřuje časový horizont a pracuje se navíc s mnohem neurčitějšími stochastickými odhady, nežli s aktuálními „tvrďými fakty“.

Budoucí vývoj se v lepším případě dá jen více či méně pravděpodobnostně odhadovat a modelovat a predikční schopnost ekonomů je v tomto směru velmi omezená, neboť ani oni nemají spolehlivou metodologii, která by jim umožnila vzít v úvahu řadu ekonomických i mimoekonomických faktorů, které se dají sotva předvídat a operacionalizovat. Analýza fúzí je více než jiné soutěžní analýzy zaměřena do budoucnosti, již pojmově musí být perspektivní a predikční, aniž má k tomu spolehlivou metodologickou oporu. V praxi používané hledisko několikalepté perspektivy je velmi krátké a nemůže vzít samozřejmě na zřetel možné dopady potenciálně převratných inovací na soutěž. Je věcí základního nastavení správního a soudního uvážení, nakolik přísně bude posuzována snaha soutěžitelů „dostatečně věrohodně“ vyvrátit domněnku o tom, že fúze povede k podstatnému narušení hospodářské soutěže.

Některé nejistoty rozhodování v takto neurčité rozhodovací situaci mohou být zmírněny pomocí nápravných opatření, závazků a omezení strukturální i behavio-

⁵⁷⁸ Další ilustrativní komentované případy fúzí srov. REIMAN, C.: *Essential Functions vs Essential Facilities: Defining the amount of R&D protection in high-tech industries after IMS and Microsoft*, *The Competition Law Review*, Vol. 1, Issue 2, 2004, str. 56 a násl.

rální povahy, aniž je fúze apriorně zablokována. Může jít např. o povinnost zbavit se částí podniku, poskytnout nuceně licenci a jinak omezit chování (např. požadavkem na sortimentní skladbu produkce, na cenovou úroveň nebo cenu jednotlivých výrobků a jinak).

Například již jen vymezení věcně relevantního trhu, odhad potenciální konkurence a reakce konkurentů na inovace postrádají relativně určité obrysy běžné při posuzování fúzí v „neinovativních“ odvětvích. Tržní podíl a údaje o koncentraci na relevantním trhu mohou poskytnout pouze hrubé orientační východisko pro zkoumání soutěžního dopadu fúze.⁵⁷⁹ Zkoumání koncentrace na trhu pomocí HHI⁵⁸⁰ může sice budít zdání exaktnosti, ale právě že jen zdání. Tržní podíly se totiž mohou v důsledku inovace velmi rychle a podstatně změnit. Ve vztahu k fúzím a jejich možným důsledkům pro inovace se proto doporučuje jako zásadní hodnotový postoj neutralita, spojená s pečlivým rozbořem metodou „případ o případu“ – ovšem s výjimkou takových fúzí, které vedou k monopolu – takové fúze by se měly posuzovat na základě vyvratitelné domněnky, že způsobí újmu soutěžím i inovacím.⁵⁸¹

Výzkumy neprokázaly obecnou platnost neoschumpeterovských tezí o vztahu velikosti podniku (resp. jeho tržní síly) a inovativnosti; nicméně v některých případech s sebou vyšší míru inovací koncentrace nést může, v jiných nikoliv – koncentrace a inovace nejsou v lineárním vztahu; je dokonce obtížné učinit jakýkoliv definitivní a obecný závěr o vztahu koncentrace a inovací.⁵⁸² Empirické výzkumy neposkytují tedy žádnou oporu pro schumpeterovský požadavek, aby soutěžní politika podporovala fúze proto, že jsou nástrojem k podpoře inovací. Uvádí se⁵⁸³, že vztah mezi tržní strukturou a inovacemi má podobu obrácené „U“ křivky: inovace jsou malé při vysoké úrovni soutěže, vrcholu dosahují u střední úrovně oligo-

⁵⁷⁹ Srov. U.S. Dept. of Justice & Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines (1992, revised 1997), § 2.0, dostupné na <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>.

⁵⁸⁰ Herfindahl-Hirschmannův index, vytvořený jako součet tržních podílů jednotlivých soutěžitelů na relevantním trhu.

⁵⁸¹ Srov. KATZ, M. L., SHELANSKI, H. A.: *Mergers and Innovation*, Antitrust Law Journal, 2007, Vol. 74, Issue 1 str. 6.

⁵⁸² Tamtéž, str. 27. Odkazuje se na výzkumy (str. 51), podle nichž panuje shoda na tom, že inovační aktivita roste proporčně s velikostí podniku, ale jen do jisté míry. Protože existuje mnoho proměnných souvisejících s velikostí podniku, panují pochyby o tom, zda velikost podniku může vůbec být v oblasti inovací statisticky významným faktorem. Tvrdí se též (str. 52), že nejsou důkazy o tom, že by velikost podniku nebo jeho ziskovost souvisely se zvýšením investic do výzkumu a vývoje.

⁵⁸³ Tamtéž, s odkazy na konkrétní výzkumy, str. 21.

polu (kontrolují-li čtyři vůdčí konkurenti zhruba polovinu trhu) a upadají v situacích, kdy se tržní struktura blíží monopolu.

Proto je oprávněný požadavek, aby proces schvalování fúze byl ve vztahu ke kritériu dynamické efektivity (k inovacím) neutrální, a aby tedy nebyl spojen s doktrinální předpojatostí (v podstatě předsudkem), že fúze poškodí inovaci – to by měl antitrustový úřad doložit. Naopak u fúzí k monopolu nebo blízko k monopolu je domněnka poškození inovačních procesů oprávněná a podložená výzkumy; tam by měla být dána možnost, aby žadatelé o schválení fúze tuto domněnku vyvrátili důkazem opaku. Neutralita ve vztahu ke kritériu dynamické efektivity se ovšem netýká požadavku na všeobecně přísnou a důkladnou soutěžně právní analýzu navrhovaného spojení soutěžitelů.

Možné jsou též kompromisy mezi statickou a dynamickou efektivností.⁵⁸⁴ Tak např. systém patentů je motivem a nástrojem dynamické efektivity, neboť podporuje inovace a zabezpečuje návratnost vložených prostředků a zisk tomu, kdo inovace prosazuje; alokativní efektivnost je narušena, neboť patentované řešení nemůže být uplatněno tím, kdo je schopen je poskytnout levněji, ale jen tím, kdo je chráněn patentem. Je to řešení na úkor soutěže, která je obětována ve prospěch inovací a ve prospěch zachování ekonomických motivů k inovačnímu chování.

Krátkozraká a statická hlediska cenové soutěže by např. neměla být nadřazena inovacím, byť by inovace z hlediska krátkodobého cenově poškodila soutěž nebo soutěžitele a spotřebitele (ale např. by „za to“ poskytla novou nebo vyšší užitnou hodnotu a kvalitu). I v oblasti vlivu na cenu se proto dá hovořit o statické (krátkodobé) a dynamické (dlouhodobé) efektivnosti. Některé inovace (srov. spotřební elektronika) vedly zpočátku k velmi drahým a málo dostupným výrobkům, které se ovšem později (i díky síťovým efektům) staly všeobecně dostupnými a masovými a koneckonců i cenově srovnatelnými s technologickými předchůdci, a navíc na úplně jiné kvalitativní úrovni. Koneckonců spotřebitelský blahobyt neznamená jen nižší cenu za jednotkovou užitnou hodnotu, ale i vyšší nebo jinou užitkovou hodnotu namísto té původní, byť by to bylo za vyšší cenu⁵⁸⁵. Vede-li fúze díky možnostem inovací spojeným s fúzí k těmto důsledkům, neměla by být povolena jen proto, že bude nabídnut nový a podstatně kvalitnější výrobek (např. účinnější léčivo) za vyšší cenu než výrobek stávající? Určitě nelze na takovou odpověď mechanicky, nepodmíněně a apriorně.

⁵⁸⁴ Hovoří se o tzv. „*trade-offs*“, jakési kompromisní výměně, při níž je úbytek jedné hodnoty nahrazen přírůstkem hodnoty jiné.

⁵⁸⁵ Srov. např. mobilní a klasickou telefonii, a to nejen co do ceny, ale zejména co do komunikačních možností, které poskytuje spotřebitelům... .

Koneckonců nemusí být důsledkem fúze takto úspěšná inovace, a přesto není důvod ji zakázat, protože fúze vede k výzkumu a vývoji, jenž jen tím, že se provádí (byť nevede k úspěšnému ukončení), stimuluje inovační aktivity konkurentů, které potenciálně mohou přinést prospěch spotřebitelům⁵⁸⁶. Mimochodem, právě nezaručitelnost výsledku výzkumu a vývoje, resp. i řady drobnějších inovací, je podpůrným argumentem pro dočasnou exkluzivitu na výsledky inovací a pro patentovou ochranu, která umožní nejen návratnost nákladů na onu konkrétní úspěšnou a patentem krytou inovaci, ale i na některé neúspěšné inovace, díky jimž se mohla zrodit ona inovace úspěšná. Přitom počáteční investice do výzkumu a vývoje mohou být značné, a to bez ohledu na to, zda inovace bude úspěšná – to se v okamžiku zahájení prací (a někdy dokonce ani v okamžiku uvedení na trh) prostě nemůže vědět...

Všeobecně se konstatuje,⁵⁸⁷ že není (ani teoretický, ani empirický) důvod zanedbávat antitrustová hlediska s ohledem na inovace a v jejich jménu. Inovace jsou důležitým hlediskem v soutěžní analýze fúzí. Není spolehlivě prokázáno, že by výrazný růst koncentrace vedl k poklesu inovací, ledaže by šlo o koncentraci blízkou monopolu. Obecně ona linearita neplatí a je potřebný přístup „případ od případu“. Někdy jsou nutné kompromisy mezi inovacemi a krátkodobými přínosy k soutěži na věcně relevantním trhu. Statické údaje o tržní struktuře a relevantním trhu nehrají v *high-tech* odvětvích (tržích) stejnou roli jako v odvětvích stabilnějších a musí být doplněny pečlivou analýzou konkrétních podmínek na daném trhu a povahy soutěže na něm.

Nikdy se však zcela neodstraní nejistota o dopadu fúzí na inovace, zejména z hlediska dlouhodobého, neboť se bude vždy jen odhadovat dopad inovace na fúzi z hlediska soutěže na věcně relevantním trhu (resp. z hlediska mnohafaktoriálního dopadu na tzv. blahobyt spotřebitele, což je pojem sám o sobě velmi neurčitý a podléhající různě podmíněným interpretačním posunům).

9.5.2. ZNEUŽITÍ STANDARDIZACE

Stanovení jednotných standardů je kooperační aktivita, vyskytující se v mnoha *high-tech* odvětvích, která má důležitý prosoutěžní potenciál. Tam, kde převažují síťové efekty, mají spotřebitelé často užitek z rozšířeného přijetí standardu. Snaha o výběr jednotného standardu může proto zvýšit inovativnost a efektivnost celého odvětví ve prospěch spotřebitelů. Zneužití procesu vytváření standardu však na

⁵⁸⁶ Na tento aspekt poukazují KATZ A SHELANSKI v cit. práci, str. 16.

⁵⁸⁷ Srov. tamtéž, str. 76–81.

druhé straně může mít i protisoutěžní účinky, jak to dokumentuje případ *Dell Computer* z r. 1996.

DELL vyžadoval standard určený pro *Video Electronics Standards Association* (VESA) – šlo o tzv. „*local bus*“ k přenosu příkazů mezi počítačovou centrální jednotkou a periferními zařízeními. Toto opatření by výrazně zvýšilo efektivnost, protože by umožnilo výrobcům počítačů i periférií vyrábět navzájem kompatibilní výrobky.

Dohoda o standardu byla založena na vyjádřeních účastníků, že žádný ze zúčastněných nemá taková práva k duševnímu vlastnictví, která by mohla ostatním bránit ve vývoji směrem ke standardu. Protisoutěžní potenciál činnosti kolem stanovení standardu se projevil v okamžiku, kdy Dell Computer prohlásil, že nový standard porušuje jeho patent, ačkoliv předtím spolu s dalšími členy VESA dvakrát potvrdil, že žádný konflikt v oblasti duševního vlastnictví u předpokládaného standardu neexistuje. Dell Computer učinil toto prohlášení až poté, co „*local bus*“ se na trhu s úspěchem prosadil. Jeho žaloba o licenční patentové poplatky vůči ostatním členům VESA, pokud by byla úspěšná, by mu bývala poskytla účinnou kontrolu nad standardem.

Pokud by Dell Computer poskytl informaci o svých patentových nárocích předem, ostatní účastníci by se byli mohli rozhodovat informovaně o eventuálním využití technologie patentované pro Dell Computer. Protože se však Dell uchýlil ke svým patentům podvodně, jeho postup byl protisoutěžní. Jiní výrobci se vyhýbali novému „*local busu*“ v obavě, že by případný patentový spor mohl jeho akceptaci jakožto průmyslového standardu snížit. Navíc ochladl zájem a klesla ochota zúčastňovat se stanovování standardů v celém odvětví.

Rozhodnutí uložilo společnosti Dell Computer zdržet se uplatňování práv ze svého patentu vůči kterémukoliv výrobcí počítačů používajícímu nový design ve svých výrobcích. K tomu ještě byl vysloven zákaz podobného chování v procesu vytváření standardů. Ani průmyslově právní ochrana jednotlivého výrobce nepřevážila tedy v tomto konkurenčním střetu ještě obecnější zájmy na ochraně soutěžního prostředí.

9.5.3. PODVODNÉ NABYTÍ PRÁV

Takový způsob nabytí práv k duševnímu vlastnictví vede téměř vždy k protisoutěžním účinkům. Před více než třemi desetiletími napadla úspěšně *US Federal Trade Commission* dohodu o křížovém licencování uzavřenou mezi *American Cyanamid a Pfizer* na prodej tetracyklinu. Komise dospěla k závěru, že patenty

byly získány podvodným jednáním zahrnujícím zatajování důležitých informací a dezinterpretací důležitých skutečností a že následné křížové licencování a prodej léčiv byly nezákonnou monopolizací. Vůbec se nejednalo o útok proti patentovému systému, ale právě naopak. Patentoví úředníci se musejí spoléhat na pravdivost vyjádření vynálezců žádajících o patent. Kde není splněn tento standard a je tak udělen potenciální monopol (patent) nesprávně, je namísto protikartelový postih.

Výše zmíněný příklad laserové oční chirurgie takové obvinění obsahoval. Žaloba uváděla, že společnost VISX získala klíčové patenty podvodem a nespravedlivým chováním a požadovala, aby bylo společnosti VISX znemožněno uplatňovat práva z patentu. VISX neposkytla všechny nezbytné informace patentovému úřadu, zejména informace dokazující, že tvzený vynález nebyl patentovatelný proto, že již byl znám jiným subjektům působícím v příslušném oboru.

9.5.4. UDRŽOVÁNÍ MONOPOLNÍ MOCI V TECHNOLOGICKY VYSPĚLÝCH ODVĚTVÍ

Jako příklad tohoto protisoutěžního chování může sloužit případ *Intel*. Tento výrobce podnikal obchodní protiopatření vůči klientům, kteří měli patenty, jež se buď snažili uplatňovat vůči Intelu nebo jež odmítali Intelu bezplatně licencovat. Toto chování mohlo podle žaloby směřovat k udržení monopolní moci Intelu mj. tím, že zmenšovalo jakoukoliv hrozbu soutěže kvůli existenci důležitých technologií nalézajících se mimo kontrolu Intelu nebo poskytnutých mu k dispozici. Monopolista využil své tržní moci k tomu, že zbavoval jiné jejich práv k duševnímu vlastnictví (Intel nutil jiné vzdát se jejich patentových práv a rezignovat na možnost prodat je někomu jinému nežli právě Intelu).

Jedním z nástrojů odvety ze strany Intelu byly technické informace Intelu o jeho vlastních výrobcích. Výrobci počítačů musejí vědět, jak fungují mikroprocesory v jejich výrobcích. Odpírání informací o způsobu práce mikroprocesorů ze strany Intelu se fakticky rovnalo neposkytnutí mikroprocesorů samotných. Vylučovacího přístupu zanechával Intel jen v případech, že dotčení podnikatelé souhlasili s poskytnutím licencí na své vynálezy Intelu. Intel jim vlastně sděloval zhruba následující: je škoda času, úsilí a času na inovace s cílem soutěžit s dominantním podnikem. To by nevyhnutelně vedlo k posílení a udržení monopolní moci dominantního subjektu na trhu.

Je tu možné dokumentovat, že kartelové právo při pohledu na jednání monopolisty používá zvláštní optiku. Jednání, která by jinak kartelové právo nezajímala, mohou nabýt vylučovacích prvků, pokud se jich dopouští monopolista. Už ze

samotné definice monopolista účtuje monopolní cenu a vyrábí právě tolik produkce, aby tuto cenu udržel. Pokud monopolista udržuje neslušným způsobem toto monopolní postavení, neexistuje žádný bezprostředně měřitelný nárůst protisoutěžních účinků. Ceny nerostou a výstup (produkce) neklesá. Jen soutěž by však mohla přinést nějakou změnu a dynamiku. Proto má kartelové právo významnou úlohu v prevenci růstu monopolní moci v *high-tech* odvětvích. Předpokládá to zabránit takovým praktikám, které jsou s to pravděpodobně udusit inovaci a upevnit monopolní moc – a to ještě před tím, než nastane aktuální újma.

9.5.5. SDRUŽENÉ LICENCOVÁNÍ A PODMÍNKY POPLATKŮ ZA LICENCE⁵⁸⁸

Tato jednostranná praktika („*package licensing*“) dominantního podniku všeobecně spočívá ve vynucování vázaných ujednání – jde o licencování celého souboru (balíku) výrobků nebo stanovení poplatků ze všech prodejů nabyvatele licence (tedy oproti korektnímu použití výnosů z prodeje, kdy se ke stanovení základu pro licenční poplatek bere v úvahu jen prodej těch výrobků, v nichž je zhodnocen nějaký vklad poskytovatele licence).

9.5.6. ZPĚTNÉ POSKYTNUTÍ PRÁV⁵⁸⁹

Další praktikou, jež se vykládá jako forma junktimace v licenčních smlouvách, je zahrnutí takových omezení do smluv, podle nichž poskytovatel licence vyžaduje, aby nabyvatel licence převedl patent nebo udělil poskytovateli původní licence licenci k jakémukoliv zlepšení původní inovace, které by mohl nabyvatel původní licence vyvinout („*grantbacks*“).

Někdy se to hodnotí jako „dvojnásobný monopol“, v němž mohou být plody invence celého odvětví systematicky soustředovány v rukou majitele původního patentu. Proto taková ujednání musejí být zvláště obezřetně zkoumána, jsou-li soutěžitelovy podněty k výzkumu snižené nebo je-li omezena rivalita na inovačních trzích.

Kartelové právo má nepřímou podporovat účinné rozšiřování technologií. Licenční omezení má být přípustné, není-li protisoutěžní vzhledem k výstupu, kterého by bylo dosaženo při zákazu licence. Jinými slovy: mělo by se provést

⁵⁸⁸ Srov. GALLINI, TREBILLCOCK, práce cit. výše, s. 33.

⁵⁸⁹ Tamtéž, s. 34.

hodnocení potenciálních dopadů takových smluvních restrikcí na efektivnost z hlediska cen a rozšíření duševního vlastnictví. Jestliže např.⁵⁹⁰ poskytovatel licence a její nabyvatel byli předtím horizontálními soutěžiteli, potom se může inovátor rozhodnout nelicencovat svého konkurenta, jestliže omezení ve smlouvě jsou zakázána. V tomto případě je měřítkem posuzování licence situace bez licencování. Vyvolává-li transfer technologie společenský prospěch ve vztahu k vylučnému využívání patentu, mělo by takové omezení být povoleno i navzdory některým protisoutěžním dopadům.

9.5.7. ZNEUŽITÍ SÍŤOVÝCH EFEKTŮ⁵⁹¹

U síťových externalit vznikají zvláštní problémy. Základní charakteristikou výrobku je, že je součástí systému. Výrobky dodávané v těchto odvětvích mají samy o sobě jen malou hodnotu. Aby skutečnou (užitnou) hodnotu získaly, musí být začleněny do systému. Existují dva výše již naznačené rozdílné druhy systémů, v nichž je důležitá kompatibilita.

V prvním se systém skládá z *podobných* výrobků vzájemně zapojených do sítě (např. telefonní a faxové přístroje a jejich komunikační standardy a Internet). V síťovém systému vzrůstá hodnota připojení s počtem jiných, kteří jsou již ke kompatibilním sítím připojeni (jde o typický příklad efektu pozitivní externality síťového systému).

S druhým druhem se setkáváme v případě, že se systém skládá z *komplementárních* výrobků; potom hodnota jednoho komponentu („*hardware*“) závisí na množství a rozmanitosti kompatibilních komplementárních komponentů („*software*“). Příkladem může být televize a jejich programy, CD přehrávače a kompaktní disky, systémy videoher a videohry, kreditní karty (jakožto „*hardware*“) a obchody, které je přijímají („*software*“) atd. Kladná vazba mezi účastníkem a rozsahem sítě je známa jako síťový efekt.

Vzájemné působení a potenciál ke vzniku konfliktu je v síťových odvětvích pravděpodobně vyšší. Důvod je jednoduchý: síťové externality doplněné silnou ochranou duševního vlastnictví znamenají dlouhotrvající tržní dominanci. Samotná podstata sítě vede k omezenému počtu soutěžících systémů a ke standardizaci, tedy vlastně k monopolizaci.

⁵⁹⁰ Srov. tamtéž, s. 23.

⁵⁹¹ Srov. CHURCH, J., WARE, R.: *Network Industries, Intellectual Property Rights and Competition Policy*, in *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, Calgary, 1998, s. 227 nsl.

Výsledkem soutěže mezi konkurujícími si technologiemi, pokud jsou nekompatibilní, je, že jedna z nich se stane faktickým standardem (např. standardy VHS a BETA pro videorekordéry). Proto získání i jen nepatrné počáteční výhody vede k vytvoření rozsáhlé a trvalé výhody, která zase vede k vylučnému zavedení výrobku jednoho výrobce. To je důvod, proč kartelové právo věnuje velkou pozornost problematice sítí.

Důležitou roli má v síťových odvětvích též tzv. uzavírací („lock-in“) efekt. Ten má dva aspekty. Tím prvním je potřeba zdvojit zapuštěné náklady kvůli připojení k síti. Náklady na připojení k síti u nekompatibilní technologie jsou přenášeny na spotřebitele, který přechází do jiné sítě.⁵⁹² Druhý aspekt spočívá v tom, že ten, kdo prosazuje technologii, nemá motivaci vytvářet vlastní síť, ale chce využít její již instalovanou a uzavřenou („locked-in“) základnu. Sliby o rozšiřování vlastní sítě účtováním nízkých cen nebo poskytováním laciného software v budoucnu nemusejí být vždy věrohodné.

Může být použita řada jiných tržních strategií včetně reklam a marketingových manipulací se spotřebitelskými očekáváními. Mohou být vynaloženy rozsáhlé investice, aby se spotřebiteli signalizovalo, že podnik skutečně očekává podstatný vzrůst velikosti sítě. Jinou taktikou je předběžné ohlášení výrobku („product pre-announcement“ nebo „vaporware“), při němž podnik ohlašuje svůj výrobek a informuje spotřebitele o tom, že v budoucnu tento výrobek bude k dispozici. Základním cílem je přesvědčit spotřebitele, aby raději počkali na uvedení vašeho vlastního výrobku na trh, než aby právě teď koupili výrobek konkurentův.⁵⁹³

Standardizace je nejednoznačná – neefektivnější je v případě, že všichni spotřebitelé zvolí tutéž technologii. To však znamená snížení variability výrobků. Vzniká též problém a nebezpečí možnosti „uzavření“ do neefektivního standardu kvůli instalované základně již zavedené technologie.

Zatímco kompatibilita (slučitelnost výrobků) zvětšuje rozsah sítí a společenský přínos ze síťových externalit, snižuje pravděpodobně zisk příslušného stávajícího

⁵⁹² Např. z filmové kamery na film Super 8 k videokameře Hi-8, a nyní zase k DVD videokameře...

⁵⁹³ Např. US Department of Justice kdysi stíhal společnost IBM, jež oznámila svůj záměr vstoupit do segmentů trhu, na nichž existovala skutečná nebo potenciální soutěž, i když IBM věděla, že je její vstup na trh v oznámeném čase nepravděpodobný. Proto se někdy hovoří o „vaporizaci“, tedy o „vypouštění páry“, jejímž cílem je jednak zastrasování konkurence a jednak snaha odlákat jí skutečné nebo potenciální zákazníky navzdory tomu, že nový výrobek dosud nebyl třeba ani vyvinut. K síťovým efektům a k efektu „uzavření“ spotřebitele do sítě viz též *Antitrust and the Information Age: Section 2, Monopolization Analyses in the New Economy*, Harvard Law Review 2001, Nr. 5, s. 1630 a násl.

(„zavedeného“) podniku. Kompatibilita totiž odstraňuje (z hlediska subjektu nově vstupujícího na trh) nevýhodu instalované technické základny, kterou normálně disponuje podnik, jenž je na trhu již zaveden; kompatibilita tak mění také povahu soutěže mezi podniky. Výrobová slučitelnost eliminuje výhodu instalované základny a tím likviduje i monopol již zavedeného podniku. Z toho důvodu se dominantní podniky často pokoušejí zmařit kompatibilitu a zabránit jí za použití různých postupů⁵⁹⁴.

Jedním z nich je např. *odmítnutí dodávek*. Rozlišují se dva druhy odmítnutí. V prvním případě dominantní podniky odmítají přístup nově příchozím podnikům a pomocí výkonu svých vlastnických práv vylučují nové příchozí ze sítě, čili vynucují si inkompatibilitu (typicky např. u kreditních karet nebo u telefonních sítí). Druhý typ odmítnutí dodávek spočívá v odmítnutí poskytnout licenci dominantním podnikem, který má příslušná práva k duševnímu vlastnictví. Tak např. společnost Apple v minulosti odmítala licencovat svůj operační systém a bděle hájila svá autorská práva, aby zabránila vstupu výrobců napodobenin. Dobře vymezená práva duševního vlastnictví k software jsou nezbytná, mají-li zabránit svévolnému a loupeživému přístupu nových zájemců k instalované základně, protože zájemci vesměs budou schopni propojit se technicky (když už to nepůjde v souladu s právem), a to vývojem převodních programů nebo kopírováním software.

Další strategií je tzv. *dravá inovace výrobků* („*predatory product innovation*“). Tímto způsobem se podniky mohou pokoušet o inkompatibilitu a nastolovat ji častými a neohlášenými změnami ve výrobových standardech. Tak třeba Microsoft zavedl Windows 3.1 a neposkytl licenci výrobcí operačního systému DR-DOS – takže když uživatel spustil Windows 3.1 na počítači, který neměl operační systém od Microsoftu (MS-DOS), obdržel z obrazovky chybové hlášení (*error message*). Tímto způsobem může být znehodnocena předchozí investice zákazníků.

9.6. STANOVISKA KE VZTAHU SOUTĚŽNÍHO PRÁVA K VYSPĚLÝM TECHNOLOGIÍM

Navzdory některým výše uvedeným specifickým rysům neexistuje obecně žádný důvod, proč by se mělo chování tržních soupeřů společností nebo jejich strukturální změny posuzovat nezávisle na souboru kritérií práva na ochranu hospodářské soutěže. Nové technologie, byť by byly chráněny právem duševního vlastnictví, nevytvářejí žádné „soutěžní rezervace“. Žádné specifické odlišnosti vyspělých technologií neodůvodňují v tomto směru úplnou (a dokonce ani ne pod-

⁵⁹⁴ Podle CHURCH, J., WARE, R.: cit. práce, , s. 237 a násl.

statnou) výjimku⁵⁹⁵. Porozumění jejich charakteristickým rysům a vlivu na účinnou soutěž je jen předpokladem toho, aby tyto aspekty mohly být zahrnuty do komplexního posouzení jednotlivého případu. Existence práva duševního vlastnictví je pouze jedním z četných kritérií, jež slouží ke zjištění, zda vzniká nebo se zvětšuje možnost omezení účinné soutěže⁵⁹⁶. Tato práva nesmí vést k narušení či vyloučení soutěže pod zástěrkou jakési „protikartelové imunity pro inovace“.

Hlavní funkcí práva duševního vlastnictví je motivovat inovátory a zaručit jim podstatnou část zisku, pokud přispějí k ekonomické prosperitě. V tomto právu nejsou obsaženy žádné „vyšší hodnoty“, které by je automaticky chránily před možnostmi, že se stane třeba i protisoutěžním. Patentová ochrana může být využita k získání nebo k udržení monopolního postavení. Typickým případem jsou fúze soutěžitelů (buď pouze dvou, nebo dvou z několika málo soutěžitelů schopných inovací na technologicky vyspělých trzích). V takových situacích fúze vede téměř jistě k protisoutěžnímu výsledku⁵⁹⁷. Získání ekvivalentního patentu, pokrývajícího jedinou známou ekonomickou alternativu monopolního produktu, je druhem vylučujícího chování. Taková situace vylučuje potenciální soutěž mezi konkurenty, kteří by jinak mohli mít k patentu přístup. Dokonce získání jediného z několika ekvivalentních patentů by mohlo mít vylučující efekt⁵⁹⁸.

V odvětvích, v nichž konkurenční boj probíhá především na poli vývoje nových technologií (spíše než v oblasti cenové), je nutno chránit možnost účinné soutěže. Pokud se inovační potenciál na příslušném trhu příliš soustředí do jedněch rukou a chybí-li možnosti substituce, může soutěž utrpět újmu⁵⁹⁹.

Někdy může být fúzování funkčně „nahrazeno“ vlastnictvím mnoha patentů. Mají-li např. dva konkurenti vzájemně si konkurující patenty, každý z nich může být využíván nezávisle na druhém a držitelé licence si mohou vybrat mezi nimi s ohledem na své vlastní priority. Za předpokladu, že ony patenty jsou ekvivalentní a žádný z nich není lepší než ten druhý, „poskytnutí patentu druhému soutěžiteli (nebo zapojení majitelů patentů do tzv. recipročního licencování) s cenovým ujednáním by bylo jen „divadélkem“, zakrývajícím obyčejný cenový kartel“⁶⁰⁰. Horizontální cenové ujednání má z určitého hlediska stejné důsledky pro spotřebitele,

⁵⁹⁵ Srov. PITOFSKY, cit. práce, str. 3

⁵⁹⁶ Viz HEINEMANN (2002), práce cit. výše, str. 616.

⁵⁹⁷ Srov. BAER, W. J.: Antitrust Enforcement and High Technology Markets, remarks from 12.11. 1998 in San Francisco, dostupné na www.ftc.gov/speeches/other, str. 4.

⁵⁹⁸ Viz AREEDA, P., KAPLOW, L.: Antitrust Law (1996), str. 175, cit. podle BAERA.

⁵⁹⁹ Srov. Baer, tamtéž..

⁶⁰⁰ Viz AREEDA, P., KAPLOW, L.: *Antitrust Analysis (Problems, Text, Cases)*, 5th ed., Aspen Law & Business, 1997, str. 433.

jaké by měla fúze dotyčných soutěžitelů, především stejnou cenu (která bude obvykle vyšší, než by byla konkurenční cena). Vytváření patentových sdružení (*poolů*) lze tedy považovat za funkční obdobu fúze mezi majiteli patentů.

Každý patentový *pool* není samozřejmě fatálně předurčen k potlačování konkurence. Pokud patentovými *pooly* nejsou maskovány skryté kartely nebo jimi nejsou skrytě uzavírány trhy, není důvod k obavám. Patentový *pool* může přispět i k vývoji, zavedení a prodeji nových výrobků nebo služeb závislých na souvisejících patentech, bez jejichž kombinace by nový produkt nebyl vyvinut. Společné užívání patentů se však nedá jako „blokační patenty“ posuzovat automaticky. Některé nové výrobky nebo služby lze vyvinout jen díky kombinaci různých patentových řešení. Soupeřící společnosti pak mohou založit patentový *pool*, obhospodařující patenty potřebné k výrobě výrobků nebo určitých kategorií výrobků⁶⁰¹, nebo se mohou pokusit o spojení (fúzi). Obecně lze říci, že spojení *zastupitelného* duševního vlastnictví (a tím i příslušných práv na jeho ochranu) formou fúze bude mít pravděpodobně za následek protisoutěžní uzavření trhu, zatímco podobné spojení *komplementárního* duševního vlastnictví bude pravděpodobně považováno za prosoutěžní, protože umožňuje vývoj a produkci nového výrobku.

Business Week uveřejnil 15. května 2000 článek pod titulkem „Inovace je králem („*Innovation is King – in antitrust agencies*“). Píše se v něm, že tradičně se kartelové úřady staraly o to, zda soutěžitelé uměle nezvyšují ceny nebo uměle nesnižují produkci. Nyní prý se s rostoucí pravděpodobností nejdříve dívají na to, zda chování společností napomáhá inovacím nebo jim škodí.

Ekonomická teorie nedokázala, že více soutěže je lepší pro výzkum a vývoj a ani statistické studie tento závěr nepodporují. Současně ani ekonomická teorie ani statistické studie nepodporují závěr, že velmi koncentrované trhy podporují výzkum a vývoj a existují jednotlivé závažné důkazy opačné⁶⁰². Žádná investice do inovací by však nebyla vložena bez předchozí ochrany práv k duševnímu vlastnictví (*ex ante*). Proto je nezbytné respektovat základní vylučná práva, která vyplývají z udělení patentu. Zvláštní povaha práv k duševnímu vlastnictví vyžaduje v některých případech odlišné použití kartelového práva. Soutěžní politika by měla např. být shovívavější ke smluvním omezením mezi soutěžiteli v horizontální úrovni nežli je u zboží, do jehož produkce nejsou práva duševního vlastnictví zapojena⁶⁰³.

⁶⁰¹ Viz LIND, R. C., MUYSERT, P.: *Innovation and Competition Policy: Challenges for the New Millenium*, E.C.L.R. 2003, Nr. 2, str. 91.

⁶⁰² Srov. GILBERT, R. J., TOM, W. K.: *Is Innovation King at the antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines Five Years Later*. *Antitrust Law Journal*, Vol. 69 (2001), Issue 1, s. 83 n.

⁶⁰³ Srov. GALLINI, TREBILLCOCK, práce cit. výše, s. 49.

Na rozdíl od staršího přístupu, oslabujícího práva duševního vlastnictví ukládáním různých omezení smluvních ujednání, doporučuje tento nový rámec, aby soutěžní politika spolupracovala s patentovou politikou a aby nabízela přiměřené podněty inovátorům k jejich ochotě dělit se o své objevy s ostatními, pokud je to efektivní. Dělbá úkolů nevytváří mezi těmito oblastmi práva napětí, ale spíše naznačuje doplňkové role soutěžní a patentové politiky. Jde o nalezení správné rovnováhy mezi dynamickou a alokativní účinností. Je důležité pro vztah mezi užítky a náklady zajistit dostatečnou, ale nikoliv přílišnou ochranu vlastnictví inovátora.

V obecné rovině se přijímá většinou stanovisko⁶⁰⁴ vyjádřené metaforicky tak, že kartelové právo podporuje tržní struktury podněčující původní inovace za pomoci „biče“ soutěžního trhu – soutěžitelé, kteří neuspějí v inovacích, ze soutěže postupně odpadnou. Práva k duševnímu vlastnictví podporují původní inovace za pomoci „cukru“ omezené výlučnosti (exkluzivity) a zisků, které z ní plynou. Kartelové právo umožňuje pokračování v inovacích prostřednictvím ochrany soutěžních příležitostí za hranicemi výlučných práv k duševnímu vlastnictví. Práva k duševnímu vlastnictví umožňují následné inovace tím, že vyžadují veřejné odhalení (prozrazení) původní inovace (přinejmenším v souvislosti s patenty) a poskytují pokračovatelům v inovaci práva na „pochtivé využívání“ a brání je před zneužitím práv k duševním vlastnictvím. Základní princip, v němž se ono napětí projevuje, je poskytnutí monopolní tržní moci zákonem díky zakotveným právům k duševnímu vlastnictví, ale pouze v určeném a omezeném rámci příslušného práva.

Ve vývoji vztahů mezi kartelovým právem a právem k duševnímu vlastnictví se postupně ustaluje poloha mezi krajnostmi (mezi přístupem konfliktním a přístupem harmonickým), která se označuje jako pozice komplementarity⁶⁰⁵. Ta je dána tím, že ústřední ekonomický cíl mají obě oblasti práva společný, a sice maximalizaci spotřebiteli požadované produkce s co nejnižšími náklady⁶⁰⁶. Hodnocení kartelové právních skutkových podstat musí v sobě tedy od počátku obsahovat úvahy z hlediska funkce práv k nehmotným statkům⁶⁰⁷ a tato práva jsou zase interpretována s vědomím jejich integrace do soutěžního řádu (*Wettbewerbsordnung*).

⁶⁰⁴ Podle VALENTINE, D.: *Abuse of Dominance in Relation to Intellectual Property: U.S. Perspectives and the Intel Case*, The Israel International Antitrust Conference, Tel Aviv, November 15, 1999 – viz www.ftc.gov/speeches.

⁶⁰⁵ Srov. HEINEMANN, A.: *Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 2002, s. 1 n.

⁶⁰⁶ Podobně BOWMAN, W. S., Jr.: *Patent and Antitrust Law – A Legal and Economic Appraisal*, Chicago–London, 1973, s. 1.

⁶⁰⁷ Srov. HEINEMANN, cit. práce, str. 624, 628.

10. GLOBALIZACE A „NÁRODNÍ ŠAMPIONI“

10.1. GLOBALIZACE, LIBERALIZACE A HOSPODÁŘSKÁ SOUTĚŽ

Zdá se logické předpokládat, že globalizace ekonomiky vede ke globalizaci soutěže.⁶⁰⁸ Platí to totiž jako nesporný fakt, soutěž na trzích se skutečně globalizuje, geografické relevantní trhy se rozšiřují na nadnárodní (př. jednotný evropský trh), až na celosvětové. Faktické globalizaci soutěže ovšem neodpovídá mechanicky globalizace pravidel, podle nichž se soutěží. Některá omezení soutěže se připouštějí, ba podporují, a to i na státní úrovni proto, že tato omezení mají v hodnotovém politickém zvážení nižší význam nežli hospodářské, rozvojové, sociální a další výhody spojené s porušením soutěžního prostředí.

Nejen rozvojové země, u nichž je to mnohem pochopitelnější, ale i řada zemí rozvinutých preferuje jiné cíle nežli zachování parametrického a spravedlivého soutěžního prostředí. Zatímco u zemí s méně rozvinutými ekonomikami jde především o legitimní sledování vlastních základních rozvojových zájmů a programů (typicky prostřednictvím specifické politiky v oblasti fúzí), směřující zejm. k zajištění základních sociálních a zdravotních potřeb obyvatelstva,⁶⁰⁹ u vyspělých zemí se mnohdy prosazuje špatně skrývaný (nebo vůbec neskrývaný) národní egoismus, snažící se dosáhnout lepších podmínek pro „vlastní“ podniky. To se může samozřejmě projevit nejen v „přivírání očí“ nad některými způsoby chování na trhu,⁶¹⁰ ale obzvlášť významně a dramaticky právě v kontrole spojování soutěžitelů.

⁶⁰⁸ Srov. BEJČEK, J.: *Existenční ochrana konkurence*, MU, Brno 1996, str. 176 a násl.

⁶⁰⁹ Což má zatím přednost před skutečností, jestli je náhodou nezajišťuje monopol; stejně tak je z aktuálního hlediska důležitější, pokud se v důsledku schválené fúze krátkodobě sníží cena výrobků a služeb pro obyvatelstvo, byť se tím z hlediska dlouhodobého obětuje existence účinné soutěže... .

⁶¹⁰ Kde ovšem působí jednak korekce nadnárodními soutěžními pravidly, jde-li o evropský trh, nebo prostřednictvím zájmů dotčených soukromých osob, které se soudně domáhají nápravy.

Je mimořádně obtížné hodnotit efektivnost právní úpravy fúzí, protože kritérium hodnocení je nutně zájmově podmíněno. Otázka především zní, z čího hlediska je úprava efektivní.⁶¹¹

Liberální investiční režim má dva základní parametry: investiční bezpečnost (ochranu soukromých investic) a investiční neutralitu (odstranění politických bariér přeshraničního pohybu investic). Hlavním zájmem států vyvážejících kapitál je investiční bezpečnost. Cílem zemí dovážejících kapitál není ani investiční bezpečnost, ani investiční neutralita (natož pak hodnota hospodářské soutěže), ale hospodářský rozvoj. Méně rozvinuté země se obávají nastolit „neutrální“ soutěžní režim také proto, že by v ní vzhledem k rozdílné výchozí pozici jejich podniky neobstály, a že by se jejich trhy staly doménou podniků z vyspělých zemí. Podmínky, které si pro schválení fúzí kladou soutěžní úřady rozvojových zemí, nelze mnohdy ospravedlnit z hlediska soutěžního, ale mají svoje racionální zdůvodnění místní (státní) rozvojovou politikou.⁶¹²

Globalizaci charakterizují především: rozsáhlé mezinárodní propojování výroby a odbytu zboží a služeb, odstranění překážek obchodu, snížení transakčních nákladů, rozšířené zahraniční investice (internacionalizace podnikání), všeobecné snížení regulací a rozvoj nových možností spolupráce v důsledku technologického a ekonomického vývoje (rozvoj informatiky a komunikačních technologií, rychlost sdílení a celosvětového rozšíření nejnovějších technologií, celosvětový vliv médií na chování spotřebitelů, rozvoj dopravy, homogenizace spotřebitelské poptávky a její struktury atd.).⁶¹³ Územně relevantním trhem se v důsledku toho stává v řadě komodit trh světový. Snadnost překonávání vzdáleností i národních hranic disciplinuje soutěžitele i na národních trzích jen samotnou možností, že může na „národní“ trh snadnou vstoupit lacinější nebo kvalitnější substitut; může to být i motivem inovační dynamiky, nebo snahy o spolupráci s technologicky vyspělejším konkurentem. Na druhé straně umožňuje globalizační bezbariérovost těžko odhalitelné globální koluzivní jednání.⁶¹⁴ Kdyby tato možnost neexistovala (jako že ji realisticky nelze vyloučit), dalo by se předpokládat, že díky globalizaci se

⁶¹¹ OESTERLE, D. A.: *The Law of Mergers and Acquisitions*, 2nd Ed., West Group, St. Paul, 2002, str. 773-4.

⁶¹² K tomu srov. DREXL, J.: *Kontrola fúzí v budoucím mezinárodním kartelovém právu*, in: TICHÝ, L. (ed.): *Fúze a akvizice v českém, evropském a německém právu*, sborník 31, UK, Praha 2007, str. 137 a násl.

⁶¹³ Srov. ERB, T. A. KOL.: *Konsequenzen der Globalisierung für die Wettbewerbspolitik*, Peter Lang GmbH, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2000, str. 15 a násl.

⁶¹⁴ Typu celosvětového kartelu výrobců plynu izolovaného spínacího ústrojí (PISU-GISG).

soutěžitelé mohou lépe kontrolovat v širším měřítku, takže by státní zásahy nemusely být tak nutné. V případě fúzí, jež, jež jsou pojmově v drtivé většině antitrustových zákonů spojeny se státní intervencí, to neplatí (v opačném případě by se jednalo o povolení fúze *per-se*, čili nezasahování do tržní struktury).

Od osmdesátých let 20. století až do roku 2008 se dá hovořit o éře deregulace, privatizace a odstraňování především národních úprav. Na druhé straně i v tomto období přibývalo výrazně regulace nadnárodní (EU). Od r. 2008 je možno pozorovat vychýlení vývoje opačným směrem v důsledku finanční a hospodářské krize, která se z USA přelila celosvětovým hospodářstvím.

Snahy o hledání příčin krize nemíjejí ani přílišnou deregulaci a zejména pro oblast podnikání v bankovním sektoru a na finančním trhu se volá po důslednější regulaci. Snaha „mít pod kontrolou“ vlastní ekonomiku a bránit se její přílišné závislosti na otřesech světové ekonomiky je poněkud pošetilá, nicméně se může projevit i v protekcionistickém úsilí politiků o vytváření jakýchsi „opevnění“ národních trhů a ekonomik, v nichž by důležitá role měla připadnout tzv. „národním šampionům“. K dřívějším (národně a skupinově-lobbistickým) motivacím vytváření „národních šampionů“⁶¹⁵ tak přistupuje mediálně dobře prodejný motiv (záminka) ochrany národních ekonomik a spotřebitelů před dopady hospodářské krize.

S globalizací je spojena nejen meritorní hospodářská soutěž na trzích výrobků a služeb, ale i tzv. institucionální soutěž – „soutěž systémů“; ta existovala vždy, ale globalizace jí svými snadnými možnostmi přenosu výrobních faktorů výrazně usnadňuje. Podnikatelé se rozhodují o svých přeshraničních investicích též (a mnohdy především) na základě toho, jaké zvláštní komparativní výhody jim slibuje cílová země. Nemusí jít nutně jen o adresné a cílové investiční pobídky z veřejných zdrojů, ale i o soutěžní pravidla, která se na trhu dané země prosazují.

⁶¹⁵ Příkladem je stanovisko, že „v éře globalizace musí být obzvláště posílena konkurenceschopnost velkých německých podniků. Právě v odvětví energetiky by malé a střední podniky neměly šanci výhodně se zásobit na světovém trhu, aby zajistily potřebné zásobení Německa energií. Proto na tomto poli Německo potřebuje „národního šampiona“ – srov. zprávu o vystoupení německého státního tajemníka na konferenci k 30. výročí Monopolní komise: WURMNEST, W.: *Wettbewerbspolitik, Industriepolitik und der „more economic approach“*, ZWER 2005, 12, str. 114. Proti tomu se ozývaly zásadní hlasy (Basedow, Immenga aj.), že soutěžní právo má vlastní racionalitu, jež se nedá redukovat na cenově teoretické optimalizační modely; svobodný soutěžní řád spočívá na hospodářských svobodách, jako jsou svoboda podnikání, smluvní svoboda, vlastnická a jiná majetková práva (srov. tamtéž). Středně velké podniky se musí podle těchto názorů stát národními šampiony vlastními silami a poté, co se tak prosadily na národním trhu; jinak by byl jejich úspěch na mezinárodních trzích velmi sporný.

Má-li společnost usazená v dané zemi a s tamní „národností“ lepší zacházení než společnosti se sídlem v zahraničí, umožňuje-li se jí vyrůst v „národního šampiona“ ev. i bez ohledu na skutečný původ kapitálu, může to být motivem k investici do dané země.⁶¹⁶

Tzv. „národní šampioni“⁶¹⁷ jsou však narušením základních principů hospodářské soutěže. Jejich zvýhodňování a umělá podpora jejich růstu vede ke zvýšení stupně koncentrace v ekonomice, který ulehčuje koluzivní jednání. Tržní moc, již tito „šampioni“ dosáhnou, může být využita i k vylučovacím a vykořisťovatelským postupům a může být vydávána i za výraz efektivnosti (pro niž ovšem chybí účinná tržní verifikace a korekce).

Jak je známo a dobře zdůvodněno, pro schvalování fúzí nemůže platit ani pravidlo automatického (*per-se*) zákazu ani automatického povolení. Fúze jsou mj. výrazem vůle smluvních partnerů, která musí v určitých případech ustoupit hodnotě (veřejnému statku) zachování účinné soutěže. Podmínky jejího zachování (ev. i narušení) a intenzita zbytkové soutěže jsou v konkrétním případě vždy výslednicí mnoha faktorů, takže jediná vhodnou metodou je metoda *rule of reason*.⁶¹⁸ Evropská kontrola fúzí (jež je příkladem globalizace *par excellence*) podřizuje spojení, jež by mohla mít nepříznivý dopad na soutěž na jednotném evropském trhu, právě takovému relativně neurčitěmu hodnocení.

Zvláštní podmínky pro „národní šampiony“ bývají národními politiky poněkud demagogicky zdůvodňovány tím, že je nutno tyto podniky posílit tak, aby byly schopny působit úspěšně na větším globalizovaném trhu. Někdy se snahy prosadit fúzi zdůvodňují způsoby, jež jsou neverifikovatelné a z nichž přímo sálá „lobbis-

⁶¹⁶ Na druhé straně – jak se upozorňuje tamtéž, str. 60 – globalizace svojí rychlostí snižuje možnost, aby politici přesouvali náklady neadekvátní politiky do budoucna, kdy za ně bude moci být činěna odpovědnou jiná vláda.

⁶¹⁷ S D. Ondřejovou jsme se shodli na přesnějším pojmu „národní chráněnci“ (srov. ONDŘEJOVÁ, D.: *Národní šampioni a hospodářská soutěž*, Linde, Praha 2007, str. 287), který je nicméně sotva mediálně prosaditelný. Nemá v sobě totiž onen chytlavý nacionalistický patos a odhaluje ledví onoho „šampionství“ – totiž mimořádnou a pravidlům se vymykající podporu a ochranu určitého skupinového zájmu, institucionalizovanou a lokalizovanou v tzv. národním šampionovi.

⁶¹⁸ Na tom, že tato metoda se fakticky používá, nemění nic ani její ev. zdánlivě rigidní formulace v zákoně (typu „fúze nesmí být povolena, vedla-li by k podstatnému narušení hospodářské soutěže“). Formulace tohoto typu jsou vlastně generálními klauzulemi, o naplnění jejichž obsahu v konkrétním případě rozhoduje použití *rule of reason* a diskrece příslušného orgánu. Ona i kogentní norma je ve formulaci své dispozice závislá na postoji a hodnotovém stanovisku příslušného orgánu, takže je druhem normy „dispozitivní“.

tické teplo⁶¹⁹. Nejlepší cestou, jak dosáhnout konkurenceschopnosti na globálním trhu, je však zajistit, aby trhy, na nichž tyto podniky soutěží doma, zůstaly vysoce konkurenční.⁶²⁰

Přes zásadní platnost tohoto systémového požadavku je ovšem nutno připustit, že v malých ekonomikách, jež se nedají srovnat s technologicky vyspělou ekonomikou a s obrovským trhem v USA, nemusí být konkurenčnost malého domácího (národního) trhu zárukou vůbec ničeho, pokud jde o přizpůsobení se a adaptaci na podmínky trhu globálního.

Argumenty ve prospěch povolení fúze, jako jsou úspory z rozsahu a z měřítka, mohou mít v národních poměrech mnohem vyšší váhu. Pokud by se apriorně popíraly, mohlo by se dosáhnout také toho, že by dočasně na národním trhu čile soutěžilo několik formálně samostatných konkurentů, přičemž by všichni byli méně efektivní než zahraniční (koncentrovanější) konkurence; výsledkem by mohlo být i to, že národní výrobci pod vlivem účinnější globální konkurence z trhu postupem času zmizí úplně (což vlastně zvýší koncentraci, a tím sníží konkurenčnost trhu globálního...). Všeobecně se nicméně význam argumentů o úsporách z rozsahu popírá s poukazem na to, že není empiricky dokázán a tvrdí se, že ztráty z měřítka (opak úspor z měřítka) nejsou žádným omezením expanze podniků na globálních trzích, a že snaha o dosažení minimálních průměrných nákladů nevyvolává vysoký stupeň koncentrace prodejců na globálních trzích.⁶²¹ Argumenty o přínosech fúze (*efficiencies*) vznášené fúzujícími podniky, byly dříve i USA akceptovány spíše v teoretické rovině, ale antitrustovými orgány a soudy byly posuzovány spíše zdrženlivě až nepřátelsky; v posledních deseti letech se situace změnila a tyto přínosy jsou standardním kritériem posuzování fúzí⁶²².

Manažeři podniků usilují o maximalizaci zisku, a proto by fúze měla z jejich hlediska vést buď ke zvýšení tržní síly, nebo k vyšší efektivnosti. Podle skeptického závěru výzkumů se přírůstků efektivnosti se v období růstu dosahuje snáze

⁶¹⁹ Tak např. u spojení *Mannesmann-Vallourec/Ilva* (Case IV/M.315, 1994), koment. sub pozn. 90.

⁶²⁰ O amerických podnicích to prohlásil PITOFKY, R.: *Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy*, *The Georgetown Law Journal*, 81, 1992, str. 249.

⁶²¹ MARTIN, S.: *Globalization and the natural limits of competition*, in NEUMANN, M., WEIGAND, J.: *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004, str. 50.

⁶²² SCHLOSSBERG, R. S. (ed.): *Mergers and Acquisitions*, ABA, Chicago 2004, str. 175 a násl.

vnitřním růstem nežli fúzí⁶²³, které vedou jen k růstu velikosti podniků a ke zvýšeným nákladům.

Globalizace ekonomiky nutně vede k tlaku na globalizaci standardů a měřítek chování, a to i bez formální právní závaznosti. Hovoří se o pravidlech *comity*, slušnosti; ta má dvě podoby: negativní (kartelový úřad druhého státu je vyzván, aby ve své rozhodovací praxi bral v úvahu důležité zájmy jiného státu), a pozitivní (kartelový úřad jiného státu učiní podle vlastních předpisů opatření na žádost jiného státu proti jednání podniku, které podstatně narušuje zájmy onoho jiného státu).⁶²⁴

Pokud se určitý stát hodlá dovolávat ohledů na vlastní zájmy v situaci, že je nelze vymáhat striktně právní cestou, nelze trvat na formální doktríně účinku a přehlížet jednání vlastních subjektů na jiných trzích (např. vývozní kartely mimo společný evropský trh), které sice nepoškozují soutěž na domácím trhu, ale soutěži na cizím trhu (a tudíž i soutěži na globálním trhu) škodí. Ekonomický nacionalismus pod heslem domácího zisku nelze bez rezignace na dosažení globálně konkurenčních trhů tolerovat.⁶²⁵

10.2. NÁRODNÍ CHRÁNĚNCI JAKO HYBATELÉ A CÍLE SPOJOVÁNÍ?

Proti snahám politiků vytvářet zvláštní podmínky pro „svoje“ velké podniky se mnohdy neúspěšně bojuje i v integrované EU⁶²⁶, zejména jedná-li se o velké člen-

⁶²³ Tak MUELLER, D. C.: *Efficiency versus market power through mergers*, in NEUMANN, M., WEIGAND, J.: cit. práce, str. 82.

⁶²⁴ Srov. OECD: *Making International Market More Efficient through „Positive Comity“ in Competition Law Enforcement*, 6., 7. 5. 1995; též DREXL, J.: *Kontrola fúzí v budoucím mezinárodním kartelovém právu* (cit. výše), str. 148–149. *Comity* se uplatňuje i v USA: srov. SCHLOSSBERG, R. S. (ed.): cit. práce, str. 397 a násl.

⁶²⁵ Podobně BASEDOW, J.: *Competition policy in a globalized economy: from extraterritorial application to harmonization*, in NEUMANN, M. – WEIGAND, J.: cit. práce, str. 332.

⁶²⁶ Srov. např. fúzi francouzských kolosů Suez a Gas de France na podzim 2006, jehož motivem nebyl trh, ale ekonomický nacionalismus a ochranářství (MACHÁČEK, J.: *Průlom ve Francii?* Hospodářské noviny ze dne 4. 10. 2006, str. 10); Španělsko naopak chránilo „svůj“ podnik, když bránilo spojení s německým energetickým gigantom E.ON v létě 2006 (HUDEMA, M.: *Brusel podezřívá Francii, že protežuje domácí firmy*, Hospodářské noviny z 6. 3. 2006, str. 21; též: *Španělsko podmínkami fúze porušilo pravidla*, Hospodářské noviny z 28. 8. 2006, str. 17; ZLÁMALOVÁ, L.: *Proč Evropa staví nacionalistické barikády*, Hospodářské noviny z 4. 4. 2006, str. 9); ještě dříve Německo a Francie obnovily plány na vytváře-

ské země s odpovídajícím vlivem v rozhodujících grémiích. Tím hůře se dá předpokládat, že by takový boj byl úspěšný mimo integrační seskupení nevybavená institucemi a procedurami vymáhání sjednaných pravidel. Podmínky globálního trhu nejsou příznivé k tomu, aby státy předaly své pravomoci nějaké nadnárodní antitrustové autoritě.⁶²⁷ Existuje příliš protichůdných zájmů, které jejímu vytvoření brání. Pak se může stát,⁶²⁸ že se jednotlivé státy drží v šachu možností zablokovat přeshraniční fúzi – stačí k tomu i zákaz úřadu země s marginálním hospodářským významem, pokud jsou naplněna kritéria zákazu kvůli vlivu předpokládané fúze na trh dané země. Každá země posuzuje vliv na svůj vlastní trh, ale o vliv na trh globální se žádný úřad nestará. Mezistupněm je posuzování fúzí Evropskou komisí z hlediska dopadu na trh evropský.

V pozadí ekonomicko nacionalistických a protekcionistických snah o prosazování „národních šampionů“ je překonaná militaristická představa o národu jakožto subjektu ekonomiky a soutěžiteli s jinými národy, které je třeba porazit. Na trhu však nesoutěží národy, ale konkrétní podnikatelé; tvrdí se⁶²⁹, že blahobyt jednoho národa není⁶³⁰ získán na úkor blahobytu národa jiného.

Uvádí se, že řada úspěšných zemí, které podporu vybraným subjektům neposkytují, má vyšší životní standard a inovativnost i produktivitu, nežli SRN (Dánsko, Švédsko, Švýcarsko).⁶³¹ Ekonomická teorie uznává nutnost státních zásahů při tržních selháních, ale nikoliv k podpoře určitých skupinových, místních, odvětvových a jiných parciálních zájmů. Některé podniky⁶³² státní ochranu odmítají a jsou přitom (proto?) úspěšné v mezinárodní konkurenci.

ní společných národních průmyslových šampionů (FRIDRICH, M.: *Spor o „šampiony“ dělí Unii*, Hospodářské noviny z 10. 3. 2005, str. 18), ač evropská komisařka pro hospodářskou soutěž N. Kroesová prohlásila, že je Evropa nepotřebuje na rozdíl od dobrého konkurenčního prostředí a liberalizace. Italská centrální banka odmítala ústy svého presidenta majoritu zahraničního kapitálu v italských bankách, což vyvolalo normotvornou aktivitu Komise, zpřesňující přeshraniční fúze bank (KRATOCHVÍLOVÁ, E.: *Komise chce změnit zákony*, Hospodářské noviny z 13. 5. 2002, str. 22).

⁶²⁷ WILSON, J.: *Globalization and the Limits of National Merger Control Laws*, Kluwer Law International, 2003, str. 181.

⁶²⁸ Viz případ fúze *GE-Honeywell*, schválené v USA, ale zablokované v EU.

⁶²⁹ Srov. MONOPOLKOMMISSION: *Hauptgutachten 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“*, Nomos, Baden-Baden, 2005, str. 22 a násl. Jde o nejpropracovanější mně známou kritiku podpory národních chráněnců, kterou zde tlumočím a přejímám.

⁶³⁰ Alespoň zásadě, v době postkoloniální (pozn. JB).

⁶³¹ Konstruovat kauzalitu ve vztahu právě k tomuto vybranému parametru je však ošidné; determinant tohoto stavu je podle mého názoru více a mají i historickou povahu.

⁶³² V posledně cit. práci (str. 25) se uvádí příklad japonských podniků.

Vládní podpora národních šampionů je zvláště nebezpečná v oblasti bankovníctví – banky jsou ukolébány a demotivovány od efektivního hospodaření a minimalizace rizik vědomím, že jsou příliš velké na to, aby mohly padnout, protože by to ohrozilo finanční stabilitu celé národní ekonomiky, což vláda nemůže dopustit. Krizový vývoj propuknuvší v letech 2008/2009 přesvědčivě prokázal nebezpečí příliš velkých bank, jejichž ztráty musely být v zájmu makroekonomické stability „znárodněny“.

Na samotné velikosti, pokud je dosažena tržním výkonem v rámci soutěžního prostředí definované transparentními pravidly soutěže (vnitřní růst) není apriorně nic špatného. V takových případech zůstává státu stále ještě možnost kontrolovat chování dominantního soutěžitele i při suboptimální struktuře trhu. Takovým způsobem vzniknuvší dominant nemusí mít obavy z nedostatku konkurenceschopnosti v zahraničí. Ani řádná kontrola spojování podniků v rámci EU není přitom překážkou potřebných restrukturalizačních zvyšujících efektivnost evropských podniků.⁶³³

Vládní (neparametrická, diskriminační) podpora vybraných subjektů v pozici „národních šampionů“, ať už je zdůvodňována úsporami z měřítka, důvody zajištění zaměstnanosti nebo jinými „veřejnými politikami“ a ať je aktivní nebo pasivní (zabraňovací – vládní zábrany převzetí „šampiona“ zahraničním investorem), narušuje trh a vyvolává právní nejistotu. Tento typ „ekonomického vlastnictví“ je v rozvinutých ekonomikách nezdůvodnitelný. Je dokonce i předmětem morálních odsudků.⁶³⁴

Pomoc stagnujícím a neefektivním podnikům je sotva slučitelná s představou spotřebitelského blahobytu; dynamické a prosperující podniky ji nepotřebují a musely obstát v mezinárodní konkurenci – proto též jejich příspěvek ke spotřebitelskému blahobytu je založen na zdravých základech.

Odvětvově politické úvahy se i při povolování evropských fúzí předpokládají, ale ve velmi omezeném rozsahu.⁶³⁵ Příklad, kdy se španělská vláda pokusila

⁶³³ Z dostupných údajů (uvedených v článku LOWE, P., HELD, A.: *Modernization and beyond: the role of competition policy in driving economic growth*, European Competition Journal 2005, Nr. 1, str. 46) vyplývá, že od roku 1990 do roku 2004 bylo zablokováno jen 0,75% notifikovaných fúzí. Nejsou přitom žádné signály o jakékoli změně tendence po přijetí Nařízení č. 139/2004.

⁶³⁴ P. Lowe politiku národních šampionů označil v r. 2006 za nezákonnou a nemorální – srov. GALLOWAY, J.: *The Pursuit of National Champions: the Intersection of Competition Law and Industrial Policy*, E:C.L.R. 2007, Nr. 3, str. 172.

⁶³⁵ Recitaly 4 a 5 k Nařízení 139/2004(ECMR) sice předpokládají reorganizace souladné s požadavkem dynamické soutěže a způsobilé zvýšit konkurenceschopnost evropského

v r. 2006 usnadnit převzetí společnosti *Endesa* společností *Gas Natural* (obě španělské), aby tak zabránila převzetí ze strany německého *E.ONu* (jemuž *Endesa* dávala přednost), byl typickým projevem politického ohýbání soutěžního práva. Španělská vláda prohlásila, že udělá vše, co je v jejích silách, aby španělské energetické společnosti zůstaly španělskými.⁶³⁶

Ohrožení jednotnosti evropského práva a funkčnosti evropského trhu vyřazováním soutěžních mechanismů kvůli prosazování populistických a krátkodobých cílů podporou vybraných subjektů je velmi nebezpečné. Veřejné podpory může být v nezbytných případech dosaženo legitimně a transparentně jinak. Soutěžní právo musí v zájmu své funkčnosti, klíčové pro fungování společného trhu, zůstat nepolitické.

Nepochybuji o tom, že v období hospodářské krize budou konflikty mezi soutěžní politikou a odvětvovými národními politikami (včetně podpory národních chráněnců) častější. Do jaké míry se je podaří aplikačním orgánům (Komisi a Evropskému soudnímu dvoru) vyřešit v souladu s prioritou soutěžní politiky, bude rozhodující pro funkčnost společného trhu, a tedy pro ekonomickou základnu evropské integrace. „Ekonomické vlastenectví“ není k němu alternativou.

Panuje většinová shoda⁶³⁷ na tom, že podpora národních šampionů je kontra-produktivní, škodí samotným chráněncům vytvářením „skleníkových podmínek“, vedoucích ke ztrátě jejich vlastní konkurenceschopnosti. Ta se projevuje v nezdravých existenčních poměrech na trhu; neefektivní subjekty nejsou z trhu vyřazeny, ale negativně ovlivňují jeho funkce, snižují kvalitu výstupů, zvyšují ceny produkce, ztrácejí motivaci k dynamické inovativní politice, poškozují spotřebitelský blahobyt. Soutěžně politické výhrady doktrinního rázu však v praxi nezřídka prohrávají s praktickou hospodářskou politikou řady evropských i mimoevropských zemí (Německo, Francie, Itálie, Španělsko, USA, Korea, Indie...).

Růst úspor z měřítka není obecně přijímaným zdůvodněním a spíše se chápe jako pseudoargument zastírající politické vměšování národních vlád, motivované

průmyslu a podmínky k jeho růstu a životní úroveň ve společenství; ovšem (recital 5) jen pokud to nemá za následek trvalé poškození soutěže.

⁶³⁶ GALLOWAY, J. v cit. práci, str. 177. Tato snaha našťestí narazila na pevný postoj Komise, která Španělsko zažalovala u ESD; ten konstatoval, že Španělsko porušilo evropská soutěžní pravidla. Tím i do budoucna varoval jiné členské státy EU před tím, aby se snažily bránit přechodu „národních vlajkových lodí“ do „cizích“ rukou. Srov. též CINI, M., MCGOVAN, L.: *Competition Policy in the European Union*, 2nd Ed., Palgrave Macmillan, London 2009, str. 153.

⁶³⁷ Shmutá v cit. práci D. Ondrejové, str. 288 a násl.

odvětvově zájmovými hledisky nebo jasně protekcionistickými cíly.⁶³⁸ Empirické studie podporují závěr, že vztah mezi velikostí a výkonem podniku je diskutabilní – podniky vystavené domácí soutěži jsou lépe schopny uspět v mezinárodní konkurenci.

Tzv. „národní diamanty“⁶³⁹ se utvářejí pod vlivem čtyř hlavních a několika vedlejších faktorů, jež mají rozhodovat o jejich vlivu na inovační procesy.

V první skupině jde o faktory základní (např. přírodní zdroje) a všeobecné (využitelné ve všech odvětvích), faktory progresivní (zvláštní poznatky a technologie) a speciální (osoby ze zvláštními znalostmi...).

Ve druhé skupině o faktory poptávkové, přičemž rozhodující je poptávka tuzemská.

Třetí skupina zahrnuje existenci spřízněných a podpůrných odvětví (ke světové špičkové úrovni potřebují podniky subdodavatele ze světové špičky).

Čtvrtá skupina předpokladů zahrnuje podnikatelskou strategii, odvětvovou strukturu a konkurenci. Přitom má tuzemská soutěž rozhodující význam pro vytvoření mezinárodní konkurenční výhody; silný vliv konkurence na vnitřním trhu se dá sotva přecenit.⁶⁴⁰

Opačná teze (zvaná „konfliktní“)⁶⁴¹, totiž že restriktivní přístup k fúzím v národním měřítku brání národním soutěžitelům v optimální adaptaci na podmínky mezinárodní soutěže (zejména omezením výhod z velikosti podniku), se nepotvrzuje empiricky a teoreticky⁶⁴², ale používá se jako lfbivé zdůvodnění praktických soutěžně politických kroků k podpoře národních chráněnců. Proti fúzím umožňujícím vznik efektivnějších soutěžitelů soutěžní politika nesměřuje. Takové

⁶³⁸ Podobně SOARES, A. G.: „National Champions“ *Rhetoric in European Law*, World Competition 31, 2008, Nr. 3, str. 358, 363, 368.

⁶³⁹ Termín Porterův, použitý v MISCHÉ, H.: cit. práce, str. 80 a násl. Typologizace je Porterova.

⁶⁴⁰ PORTER, M. E.: *Competitive Advantage of Nations*, New York 1990, cit. podle MISCHÉ, tamtéž.

⁶⁴¹ Srov. KINNE, K.: *Internationale Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in der deutschen und Europäischen Zusammenschlusskontrolle*, Hamburg 1997. cit. podle HEINEKE, T.: cit. práce, str. 49.

⁶⁴² Ideálem pro úspory z rozsahu by měl být tedy monopol? Srov. kontroverzní diskusi mezi akademiky a průmyslníky na berlínské konferenci HANSEN, K. (Hrsg.): *Megafusionen: eine neue Herausforderung für das Kartellrecht?*, Bundeskartellamt, Berlin 2000.

fúze napomáhají spotřebitelskému blahobytu, byť konkurenti mohou trpět zostřenou konkurencí.⁶⁴³

Klasické omyly typu I (zákaz přínosného řešení) jsou u liberálního přístupu k fúzím ve prospěch národních šampionů málo pravděpodobné až zanedbatelné. Omyly typu II (povolit podporu národního šampiona, byť to není nezbytné) jsou mnohem častější,⁶⁴⁴ a přitom prostě vytvářejí národní monopoly. Je to politika cenově zhoubná pro spotřebitele, jimž sotva lze vysvětlit, jak přispívá k jejich blahobytu.

Situace je podobná jako u závodů ve zbrojení. Pokud jeden stát takovou podpůrnou a permissivní politikou ve prospěch megafúzí provádí, staví tím podniky z jiné země do relativní (komparativní) nevýhody, kterou se snaží politici oné země vyrovnat stejným opatřením – nastává pozitivní zpětná vazba „ekonomického nacionalismu“ a kruh se uzavírá⁶⁴⁵.

„Renesance protekcionismu“⁶⁴⁶, jíž čelila a čelí EU posledních několik let, jako by chtěla vyvrátit názor Evropské komise, že „tvrzený zájem na ochraně 'kritérií všeobecné hospodářské politiky'... nemůže sloužit k ospravedlnění překážek základních svobod uznaných Smlouvou“.⁶⁴⁷

⁶⁴³ MONTI, M.: *The Future for Competition Policy in the EU*, přednáška v Londýně 9. 7. 2001, cit. podle JAMES, CH.: *Antitrust in the early 21st Century*, dostupné z www.usdoj.gov/atr_public/speeches/11148.htm, str. 10.

⁶⁴⁴ Viz názor předsedy soutěžní komise Velké Británie: GEROSKI, P. A.: *Competition Policy and National Champions*, dostupné na www.competition.commission.org.uk, 8. března 2005. Konstatuje se tu, že zdrojem národní hrdosti mají být firmy, jež jsou na čele inovací a vývoje a táhnou jej vpřed – to jsou ti praví národní šampioni... ovšem vytvoření nikoliv vládou, ale soutěžním trhem... .

⁶⁴⁵ K nebezpečím protekcionismu prostřednictvím fúzí v USA a mezinárodním srovnání srov. výbornou studii BÄR-BOUSSIÈRE, B.: *Protektionistische Gefahren der U.S. – Fusionskontrolle*, Nomos, Baden-Baden 1996.

⁶⁴⁶ GERARD, D.: *Protectionist threat: against cross-border mergers: unexplored avenues to strengthen the effectiveness of Article 21 ECMR*, C.M.L.R. 2008, 45, str. 978 a násl.

⁶⁴⁷ Srov. Rozhodnutí Evropské komise ve věci E.ON/Endesa, COMP/M.4197, články 54 a 77. Snahy některých národních států o podkopání snahy EU o prosazování evropské pravidel pro kontrolu fúzí pro přeshraničních transakcích jsou proto aktuálně pokládány za nejrušivější projev veřejných omezení soutěže v Evropské unii – srov. Gerardovu výše cit. práci, str. 1024.

11. VÝVOJ V POSUZOVÁNÍ FÚZÍ V EVROPĚ A V ŠIRŠÍM KONTEXTU

11.1. SOUČASNÝ KONTEXT

Pozornost věnovaná kontrole spojování soutěžitelů na evropské úrovni je přirozená, protože jde o podmínky a rozsah veřejnoprávních zásahů do svobody podnikání, tedy o důležitou výjimku z principu. Spíše je ovšem statisticky velmi nepravděpodobné, že by spojení nebylo povoleno. V dlouhodobém srovnání se to týká necelého 1% případů žádostí o povolení spojení.⁶⁴⁸

Kontrola fúzí jakožto jádra soutěžní politiky se stala centrem pozornosti zejména v souvislosti s velkým rozšířením EU po 1. 5. 2004, a to i dlouho před tím, než nastalo.⁶⁴⁹

Po Nařízení 4064/89, které bylo založeno na substantivním testu dominance, bylo přijato Nařízení 139/2004, jež zavedlo test podstatného omezení účinné sou-

⁶⁴⁸ Uvádí se, že do konce r. 2000 bylo z cca 1500 notifikací notifikovaných u Komise pravomocně nepovoleno jen 13 (srov. NAGEL, B.: *Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2003, str. 169). Tamtéž (str. 169 a násl.) je uveden přehled do té doby nejvýznamnějších spojení projednávaných Komisí.

⁶⁴⁹ Z řady příspěvků na toto téma srov. např. OPGENHOFF, C.: *Die Europäische Fusionskontrolle zwischen Wettbewerbsrecht und Industriepolitik*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 2001; HIRSBRUNNER, S.: *Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle*, EuZW 2003, Heft 23, str. 709 a násl.; RATLIFF, J.: *Súťažné právo ES a máj 2004 – účinnok v ČR*, EMP 2004, č. 3–4, str. 60 a násl.; BRANDENBURGER, N., CAMERON, S.: *EU Merger Control – Developments in 2004*, Antitrust Report, Winter 2005, str. 67 a násl.; VICKERS, J.: *Merger Policy in Europe: Retrospect and Prospect*, E.C.L.R. 2004, issue 7, str. 455 a násl.; SOAMES, T., MAUDHUIT, S.: *Changes in EU Merger Control*, E.C.L.R. 2005, Nr. 1 – Nr. 3, str. 57 a násl. (1), 75 a násl. (2), 145 a násl. (3); BLOOM, M.: *The U.S. and EU Move Towards Substantial Antitrust Convergence on Consumer Welfare based Enforcement*, Antitrust, Summer 2005, str. 18 a násl.; VÖLCKER, S.: *Developments in EU competition law in 2004: an overview*, CMLR 2005, 42, str. 1691 a násl. VÖLCKER, S.: *Developments in EU competition law in 2005: an overview*, CMLR 2006, 43, str. 1409 a násl.; DEMETRIOU, M., GRAY, M.: *Developments in EC competition law in 2006: an overview*, CMLR 2007, 44, str. 1429 a násl.; BRANDENBURGER, N., O'REGAN, M.: *EU Merger Control – Developments in 2005*, Antitrust Report 2006, issue 2, str. 47 a násl.; WEITBRECHT, A.: *EU Merger Control in 2004 – An Overview*, E.C.L.R. 2005, issue 2, str. 67 a násl.; WEITBRECHT, A.: *EU Merger Control in 2005 – An Overview*, E.C.L.R. 2006, issue 2, str. 43 a násl.; WEITBRECHT, A.: *EU Merger Control in 2006 – the Year in Review*, E.C.L.R. 2007, issue 2, str. 125 a násl.

těže (*SIEC*)⁶⁵⁰ a řadu procesních změn souvisejících s decentralizací a modernizací evropského soutěžního práva.⁶⁵¹

V tomto kontextu dochází i k jistému sblížování přístupů ke kontrole koncentrací v EU a v USA. Přes nejistotu a výrazné subjektivní ovlivnění rozhodovacího procesu, jež je vlastní soutěžní problematice nezávisle na tom, kdo ji posuzuje,⁶⁵² se dá konstatovat jisté sblížování základních přístupů a odstranění přehnaně zdůrazňovaných rozdílů v cílech soutěžního práva. Zatímco v EU se dříve deklarovala potřeba chránit především účinnou soutěž, v USA je předmětem ochrany blahobyt spotřebitele. Zatímco se tedy v USA berou velmi vážně konkrétní i krátkodobé přínosy jako argument ve prospěch povolení fúze, Evropská komise byla v tomto ohledu zdrženlivá.⁶⁵³

Americké protitrustové úřady se koncentrují na konkrétní výsledky, evropský přístup je zaměřen na zdůrazňování strukturálních předpokladů soutěžní svobody a nespolehá se na samoozdravné síly trhu. Zavedení nového substantivního testu *SIEC*, velmi podobného americkému *SLC*, do značné míry tyto rozdíly stírá. Provořadý cíl ochrany spotřebitelského blahobytu se deklaruje stále častěji i v evropské aplikační praxi.

Klíčová v tomto vývoji byla rozhodnutí *Airtours* (1999)⁶⁵⁴, a dále *General Electric a Honeywell*⁶⁵⁵, *Schneider Electric a Legrand*⁶⁵⁶ a *Tetra Laval a Sidel*⁶⁵⁷, u nichž u všech Komise vyslovila zákaz spojení.⁶⁵⁸ Soud první instance zrušil rozhodnutí v případech *Airtours*, *Schneider Electric a Tetra Laval*, čímž dokumentoval účinnou soudní kontrolu. Komise potom vydala metodický dokument o optimálních postupech v procesu schvalování fúzí⁶⁵⁹ a Návody k horizontálním

⁶⁵⁰ Blíže viz kap. 5.

⁶⁵¹ Blíže viz IMMENGA, F. A., LANGE, K. W.: *Entwicklungen des europäischen Kartellrechts im Jahr 2003*, RiW 2003, Heft 12, str. 889 a násl.

⁶⁵² V případě fúzí nejde ani tak o rekonstrukci minulosti, která se možná neudála, ale spíše o nejisté předpovědi a modelování budoucnosti.

⁶⁵³ DENZEL, U.: cit. práce, str. 299.

⁶⁵⁴ Případ IV/M. 1524, 2000 OJ (L93)1.

⁶⁵⁵ Případ M. 2220, 2001, OJ (L48) 1.

⁶⁵⁶ Případ M. 2283, 2002, OJ (L 101)134.

⁶⁵⁷ Případ M. 2416, 2002, OJ (L38) 1.

⁶⁵⁸ Přehled přejímám z BLOOM, M.: *The U.S. and EU Move Towards Substantial Antitrust Convergence on Consumer Welfare Based Enforcement*, Antitrust, Summer 2005, str. 20–21.

⁶⁵⁹ *Best practices on the conduct of EC merger proceedings*.

fúzí⁶⁶⁰; u obou dokumentů je zřejmá inspirace podobnými dřívějšími dokumenty z USA.

Vznikla mezinárodní soutěžní síť (ICN), která (mj. v důsledku konfliktu mezi evropským a americkým rozhodnutím o fúzi *GE/Honeywell*) usilovala o větší konvergenci v rozhodování⁶⁶¹; ta se mj. projevila ve větším důrazu, kladeném v Evropské komisi na ekonomický přístup. To se projevilo v případech fúze *GE/Instrumentarium*⁶⁶², povolené s podmínkami, při níž Komise úzce spolupracovala s americkým *Department of Justice*. Jako další vítězství ekonomického přístupu se hodnotí⁶⁶³ analýza fúzí *BMG/Sony*⁶⁶⁴ a *Oracle/PeopleSoft*⁶⁶⁵. Lpění na otevřených tržních strukturách odmítl Nejvyšší soud USA v případě *Trinko* (2004), v němž konstatoval, že „pouhé monopolní postavení provázené uplatňováním monopolních cen nejen že není nezákonné, ale že je důležitým prvkem systému svobodného trhu“⁶⁶⁶. To by mohlo vést i k liberálnějšímu posuzování fúzí k monopolu.

Vývoj k liberalizaci soutěžní politiky v oblasti fúzí prošel dramatickým vývojem⁶⁶⁷ – postupně se upustilo zejm. od judikaturou dříve prosazených názorů, že je třeba chránit malé podniky, byť by byly méně efektivní a spotřebitele by zatěžovaly vyššími cenami; že je pevná vazba mezi stupněm koncentrace a efektivitou soutěže; že je nebezpečná akvizice dodavatele nebo zákazníka kvůli uzavření trhu; že jsou přínosy (*efficiencies*) vlastně přitěžující, a nikoliv polehčující okolnost, protože nabytá soutěžní výhoda by vedla k další koncentraci; že decentralizovaná ekonomika lépe slouží sociálním a politickým cílům.

Za obecněji přijímané pokládám tvrzení⁶⁶⁸, že základními tématy kontroly fúzí v dnešní době jsou:

- ekonomicky zdůvodněná zábrana vzniku tržní moci a vztah mezi statistickou pravděpodobností mezi – určitým způsobem strukturovanými – trhy a jejich chováním (preventivní role práva, čelícího problémům předem);

⁶⁶⁰ *Horizontal Merger Guidelines*.

⁶⁶¹ BLOOM, tamtéž, str. 20.

⁶⁶² Případ M. 3083, 2003 OJ (L 109) 1.

⁶⁶³ BLOOM, cit. práce, str. 21.

⁶⁶⁴ Případ M. 3333, 2004, OJ (L 62) 30.

⁶⁶⁵ Případ M. 3216, 2004, OJ OJ (L 24), 1.

⁶⁶⁶ BLOOM, tamtéž, str. 21.

⁶⁶⁷ Podle LEARY, T. B.: *The Economic Roots of Antitrust* (2004), dostupné na www.ftc.gov./speeches/leary.

⁶⁶⁸ Tamtéž, str. 8.

- přes přetrvávající důležitost struktury trhu tento fakt ztrácí v poslední době na významu a polehčující okolností při posuzování fúzí jsou přínosy (*efficiencies*), s odkazem na něž lze průchodnost fúze častěji prosadit;
- liberálnější přístup je opodstatněný v odvětvích, kde jsou snazší možnosti vstupu na trh.

Obtížným úkolem antitrustových orgánů je rozlišit na jedné straně fúze, které snižují náklady, zdokonalují výrobky a služby, snižují ceny a přispívají ke spotřebitelskému blahobytu, a na straně druhé fúze, jež usnadňují koluzi a jsou živnou půdou pro jednostranné zvyšování cen, které odrazují od inovací a vytvářejí tržní struktury umožňující znevýhodňovat soupeře nebo je přímo vylučovat z trhu.

Již pojmově je v této pozici obsažena nemalá míra uvážení, neboť sotva lze perspektivně a přitom spolehlivě predikovat kauzalitu mezi změnou struktury trhu a dopadem na soutěž, a přitom nebýt pod vlivem jistých hodnotových a metodologických předpojatostí. V tomto směru má nezastupitelnou roli garanta předvídatelnosti a vypočitatelnosti rozhodování prostředky tzv. „*soft law*“ – návody, sdělení, apod. Neodstraňují sice dobové předpojatosti a módní přístupy (naopak mohou být jejich propagátorem), ale přinejmenším dopředu signalizují pravidla a kritéria, jež se budou při rozhodování brát v úvahu. Zvyšují stupeň právní jistoty a naplňují i princip rozumného očekávání a předvídatelnosti rozhodování.

Diskrece (jejíž rozsah bude záviset mj. na důvěře v tvrzené přínosy fúzí v budoucnu) bude však přítomna vždy. Studie ukazují, že spojující se soutěžitelé často nedosáhnou přínosů (*efficiencies*), jež očekávali. Přitom soudy nižších stupňů v USA mají sklon příliš rychle přijímat ekonomické argumenty ve prospěch povolení fúze a příliš rychle zavrhnout presumpci poškození soutěže v důsledku vzrůstající koncentrace na trhu a nebrat v úvahu, že při posuzování fúzí jde jen a pouze o pravděpodobnostní analýzu s cílem zastavit soutěžně nebezpečný vzrůst tržní moci.⁶⁶⁹

Současný vývoj je ovlivněn zejména výsledky rozsáhlé diskuse odborné veřejnosti k působení nařízení ECMR v praxi.⁶⁷⁰ Konstatuje se na jejím základě, že dělba působnosti mezi národní soutěžní úřady a Komisi se osvědčila. Nicméně se vyskytlo několik případů, kdy pouze národní úřady posuzovaly fúze s potenciál-

⁶⁶⁹ Srov. AAI: *Transition Report on Competition Policy*, October 2008, str. 152, 155, s odkazy na příslušné prameny. Dostupné na www.antitrustinstitute.org/Archives/transitionreport.ashx.

⁶⁷⁰ Srov. *Communication from the Commission to the Council (Report on the functioning of Regulation No 139/2004*, dostupné na <http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies reports/studies reports.html>.

ními přeshraničními dopady na základě tzv. „dvoutřetinového pravidla“.⁶⁷¹ Výlučná jurisdikce Komise k posuzování fúzí s komunitárním rozměrem se osvědčila. Dělbá působnosti mezi Komisi a národní soutěžní úřady podle obratu je také pokládána za odpovídající, neboť korektivy jsou dostatečné (jednak jde o uvedené „dvoutřetinové pravidlo“, které vylučuje pravomoc Komise v případech, kdy je zřejmá národní vazba na jeden členský stát – tento případ nastal v referenčním období 2001–2008 celkem 126 krát; dále je korektivem systém přenosu působnosti v rámci prenotifikací⁶⁷² a konečně postnotifikační systém přenosu působnosti z národního úřadu na Komisi, resp. naopak⁶⁷³). Případů, které by díky „dvoutřetinovému pravidlu“ měly spadat do kompetence národních úřadů a měly by potenciální přeshraniční účinky, bylo málo. Důležité není ani tak to, která instituce bude fúzi schvalovat, jako spíše to, jak bude zajištěno nenarušené soutěžní prostředí na evropském trhu.

Z analýz vyplynulo, že se vyskytuje stále dost i vysoký počet transakcí, které je třeba notifikovat ve více než jednom členském státu. Přibližně 6% notifikovaných spojení v nejméně třech členských státech vyvolávalo obavy z narušení soutěže a vyžadovalo (v souladu s principem posouzení nejvhodnějším úřadem) zhodnocení Komisí.⁶⁷⁴

Obecnější problém nad evropským rámcem vyvstává v situacích, kdy je přeshraniční fúze posuzována v řadě divergentních jurisdikcí (např. v rámci mezinárodní soutěžní sítě *ICN*). Vzhledem k tomu, že existuje více než 80 jurisdikcí, které podrobují spojování soutěžitelů státnímu dohledu, se může stát, že na sebe narazí velmi divergentní požadavky. Jejich řešení je byrokraticky velmi náročné, nákladné a zdlouhavé a odrazuje i od fúzí, které by mohly přinést společenský prospěch. Není přijatelný stav, kdy o tom, zda fúze bude nebo nebude povolena, rozhoduje (s důsledky pro všechny ostatní) ta země, která má nejpřísnější antitrustovou legislativu, resp. její interpretaci a aplikaci.⁶⁷⁵

⁶⁷¹ Srov. čl. 1 odst. 3 ECMR.

⁶⁷² Čl. 4 odst. 1 a čl. 4 odst. 5 ECMR.

⁶⁷³ Čl. 9 a 22 ECMR.

⁶⁷⁴ Podle výše cit. „Communication...“ k Nařízení 139/2004, str. 5.

⁶⁷⁵ Srov. editorial *Antitrust Explosion*, *Financial Times* z 28. 7. 2008. cit. podle GALLOWAY, J.: *Convergence in International Merger Control*, *The Competition Law Review* 2009, Vol. 5, 2, str. 180.

11.2. NAD AKTUÁLNÍ ÚPRAVOU REGULACE FÚZÍ V EVROPĚ

V původních zakládacích dokumentech Evropských společenství se úprava fúzí neobjevila. V pozadí byly patrně především rozdílné soutěžně politické představy členských států a politická citlivost a kontroverznost zasahování do domén, jež národní vlády považovaly jako „vlastní“. Poslední léta praktického uplatňování aktuální regulace fúzí a spor o tzv. národní šampiony ostatně opět potvrzují, o jak kontroverzní tematiku, podléhající politickému tlaku ze strany vlád národních členských států, se jedná.

Platné nařízení o kontrole fúzí, o němž se již tento text několikrát zmínil, je založeno na následujících hmotněprávních principech⁶⁷⁶:

- zákaz spojení, která by značně omezila účinnou soutěž na společném trhu nebo na jeho podstatné části, zejména vznikem nebo posílením dominantního postavení na trhu (čl. 2 odst. 3);
- přípustnost spojení, která sice vedou ke vzniku nebo posílení dominantního postavení na trhu, ale současně podstatně nenarušují účinnou soutěž na společném trhu nebo na jeho podstatné části (čl. 2 odst. 2);
- systém preventivní kontroly fúzí, založený na předběžné notifikační povinnosti (čl. 4), na zákazu uskutečňovat předčasně spojení (čl. 7 odst. 1, čl. 14 odst. 2 písm. b) a na občanskoprávní neúčinnosti právních úkonů, jež tato pravidla nerespektují (čl. 7 odst. 4);
- komunitárně právní definice skutkových podstat spojení, která podléhají kontrole (čl. 3);
- rozlišení mezi spojeními, jež podléhají ECMR, a mezi omezeními soutěže, pro něž platí Nařízení 1/2003 (čl. 21 odst. 1);
- charakteristika společných podniků podle komunitárního práva se všemi funkcemi, jež podléhá čl. 81 SES, v řízení podle ECMR (čl. 2, odst. 4 a 5);
- možnost zúčastněných podniků zajistit slučitelnost fúze se společným trhem tím, že k tomu účelu navrhnou a zajistí závazky a opatření (čl. 8, odst. 2).

K procesním zásadám ECMR patří:

- výlučná působnost Nařízení na fúze komunitárního významu (ve vztahu k právu národních států (čl. 1. ve spojení s čl. 21 odst. 3);

⁶⁷⁶ Přejímám výčet z reprezentativní publikace MESTMÄCKER, E. J., SCHWEITZER, H: *Euro-päisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2004, str. 528–529.

- výhradní pravomoc Komise pro aplikaci ECMR: *one-stop-shop* (čl. 21 odst. 2);
- krátkost lhůt stanovených pro rozhodnutí Komise po jednotlivých fázích řízení.

Výše uvedené Nařízení 139/2004⁶⁷⁷ o Evropské kontrole fúzí (ECMR), jež navázalo na dřívější Nařízení 4064/1989, vychází sice z uznání významu ekonomických přínosů fúzí, nicméně je sotva představitelné, že by byla s odvoláním na „obranu efektivností“ (*efficiency defence*) povolena fúze, jež by vytvořila nebo posílila dominantní postavení⁶⁷⁸. Povinnost Komise přihlédnout k technickému a ekonomickému pokroku, jemuž fúze přispívá za předpokladu, že je to ku prospěchu spotřebitele a není to na překážku hospodářské soutěži, se nevykládá tak, že by tato obrana byla relevantní v případě nepochybného dominantního postavení. Ani argumentace efektivností nepřesvědčila Komisi, aby fúzi povolila, pokud by jejím důsledkem bylo vytvoření nebo posílení dominance na trhu.

Komise zastává názor, že dominantní postavení, které již svou samotnou podstatou omezuje soutěž, nemůže být schváleno z důvodu efektivnosti. Pokud nemůže být přínos fúze trvalý a opakovatelný (po fúzi zůstanou na trhu konkurenti), chápe se fúze z dynamického hlediska jako nástroj zesíleného potvrzení dominance a potlačování (marginalizace) konkurentů.⁶⁷⁹

V případě *Ryanair/Air Lingus*⁶⁸⁰ šlo o nepřátelské převzetí Ryanairem, který předpokládal provozní úspory až 200 mil. € ročně díky snížení počtu zaměstnanců, vyšší vyjednávací síle a nižším provozním nákladům s tím spojeným, nižším nákladům na údržbu kvůli výhodnějším smlouvám, nižším letištním poplatkům kvůli výhodnějším smlouvám, nižším nákladům na pozemní provoz a na distribuci a reklamu kvůli přechodu na 100% *on line* prodej. Ryanair tvrdil, že úspory budou přeneseny na spotřebitele, ale Komise našla v tiskových zprávách, že ceny kolísaly, a že tedy není automaticky zajištěn přenos výhod ze zvýšení tržní síly Ryanairu na spotřebitele.

⁶⁷⁷ Stručné shrnutí diskuse o potřebě změn v této oblasti obsahuje příspěvek HOFMAN, H.: *Good Governance in European Merger Control: Due Process and Checks and Balances under Review*, E.C.L.R., 2003, 3, str. 114–131. Reprezentativní přehled teorie a praxe kontroly fúzí před přijetím ECMR 2004 viz LÖFLER, H. F.: *Kommentar zur europäischen Fusionskontrollverordnung*, Luchterhand Vlg., Frankfurt am Main, 2001.

⁶⁷⁸ Srov. NAVARRO, E., FONT, A., FOLGUERA, J., BRIONES, J.: *Merger control in the EU*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford 2005, str. 329.

⁶⁷⁹ Tamtéž, str. 332.

⁶⁸⁰ Srov. rozhodnutí Komise z 27. 7. 2007, COMP/M.4439.

Podle úvodních článků ECMR (*recital* č. 29) Komise musí přihlédnout k přínosům fúze a musí při tom použít buď cenový standard nebo široký standard spotřebitelského blahobytu. Oznámení Komise k horizontálním fúzím v čl. 76 a 77 předpokládá, že Komise fúzi schválí, jestliže přínosy z ní plynoucí zvýší motivaci a způsobilost zfúzovaného uskupení jednat prosoutěžně v zájmu spotřebitelů, jež působí proti potenciální újmě spotřebitelům, která by jinak mohla v důsledku fúze vzniknout. Tyto přínosy musí být ověřitelné, specifické ve vztahu k fúzi a musí být prospěšné spotřebiteli.⁶⁸¹

Po zhodnocení tří kumulativních podmínek obsažených v Návodech k horizontálním fúzím (ověřitelnost, specifičnost ve vztahu k fúzi, prospěch pro spotřebitele) dospěla Komise k závěru, že nelze jednoduše akceptovat pokles fixních nákladů jako přínos (*efficiency*), neboť jeho přenos na spotřebitele je nepravděpodobný. Spojení nebylo povoleno. Navíc se konstatovalo, že v závislosti na trhu služeb využívaných zákazníky časově citlivými a necitlivými by se spojený tržní podíl účastníků pohyboval mezi 60% až 100%. Pasažéři k tomu považovali podle zákaznického průzkumu oba účastníky za blízké substituční poskytovatele služeb.

Potvrzuje se tedy i v praxi teoretická pochybnost o tom, zda vůbec řada podniků po fúzi je s to vykázat tvrzené přínosy (především úspory z rozsahu a z měřítka a snížení transakčních nákladů). I přes výslovné uvedení termínu „*efficiency*“ (přínos) v textu ECMR zůstává praktický přístup k argumentaci těmito přínosy velmi zdrženlivý. Ani Návody Komise k posuzování horizontálních fúzí⁶⁸² nešly v tomto směru dále než k obecným proklamacím. Tak se v jejich čl. 84 konstatuje, že je velmi nepravděpodobné, že by za slučitelnou se společným trhem mohla být prohlášena fúze vedoucí k monopolu nebo k podobnému postavení s odůvodněním, že povede k přínosům; ty by totiž sotva mohly kompenzovat její potenciální protisoutěžní dopady. To nebrání tomu, aby se úspěšně argumentovalo přínosy fúzi mimo sféru tradiční dominance (jakožto protiváhou tzv. jednostranných efektů fúze, jež je pod prahem dominance).

V nedávno rozhodovaném případě⁶⁸³ fúze na trhu upravené příjezdu dosahovali účastníci 60–70% podílu na trhu v Nizozemsku a 55–65% v Norsku. Přírůstek byl omezen na 0–5%, resp. 5–10%, ale na žádném z dotčených trhů neexistoval soutěžitel s větším než 10% tržním podílem. Komise dospěla k závěru, že nárůst tržního podílu byl nepatrný, a že účastníci nebyli bezprostředními konkurenty, protože

⁶⁸¹ Bližší komentář viz LINDSAY, A.: *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Thomson, Sweet & Maxwell, London 2006, str. 523 a násl.

⁶⁸² *Commission Horizontal Merger Guidelines*, 204, OJ C 31/3.

⁶⁸³ Případ *Bridgerstone/Bandag*, COMP/M.4564, 29. 6. 2007.

měli jiné zákazníky. Komise neidentifikovala žádný soutěžní problém a spojení schválila bez podmínek a omezení. Případ dokumentuje závěr, že ani vysoké podíly na trhu nemusí představovat problém, pokud je nárůst malý a strany nejsou bezprostředními konkurenty.⁶⁸⁴

V případě, že je na trhu přítomno méně účastníků, hrozí pravděpodobnější koordinační efekty mezi zbylými. Nicméně mohou existovat faktory omezující možnost koordinace. Tak se např. v jednom takovém případě⁶⁸⁵ konstatovalo, že koordinace nebyla zjištěna; že přítomnost menších konkurentů znesnadňovala domluvu o koordinaci; mezi dvěma největšími konkurenty nebyly žádné strukturální vazby; výrobky nebyly homogenní; zákazníci byli velmi sofistikovaní a citliví k ceně.⁶⁸⁶

Ve srovnání s evropským přístupem, jenž mj. neuznává racionalizaci v neprospěch soutěžního principu, je tzv. „obrana efektivností“ v USA všeobecně uznávána⁶⁸⁷ a vychází se z toho, že se přírůstky efektivnosti projeví (způsobem pro spotřebitele příznivým) i v soutěži. Tento liberálnější přístup je podle dostupných studií přenosný beze změny legislativy i do evropského hodnocení fúzí⁶⁸⁸, a jeho uplatnění je spíše věcí soutěžně politického hodnocení.

Sblížení postupů by mohlo snížit divergence mezi evropským a americkým schvalovacím postupem; obavy, že by obrana efektivností vedla ke schválení fúze, jež by jinak měla být zakázána, se potvrzují jen ojediněle.⁶⁸⁹ V žádném případě se nepřiznává akcentu na hodnocení přínosů (*efficiencies*) taková váha, že by mělo umožnit vtahování zájmů a kritérií nesouladných se soutěží do kontroly fúzí.

V úvahu by přicházela především možnost argumentovat přínosy z racionalizace a z úspor z rozsahu a měřítká (synergické efekty), výhodami na nadřazených trzích (výhody lepších nákupních podmínek při vyšší vyjednávací síle), možnostmi snadnějšího získávání kapitálu, snížením únavy a manažerské nepozornosti (což je sporné, neboť trh patrně působí jako externí kontrolor efektivnosti lépe než vnitřní management), zlepšením přenosu *know-how* a technickým pokrokem.⁶⁹⁰

⁶⁸⁴ Srov. BROUWER, O., GOYDER, J., MES, D.: *Developments in EC competition law in 2007: an overview*, C.M.L.R. 2008, 45, str. 1196.

⁶⁸⁵ Případ *Metso/Aker Kvaerner*, COMP/M. 4187, 12. prosince 2006.

⁶⁸⁶ BROUWER et al, str. 1197.

⁶⁸⁷ Viz podrobnou a výše cit. studii HEINEKE, T.: *Entlastungsgründe...* (2004), str. 117 a násl., 231.

⁶⁸⁸ Srov. bod VII. Návodů k hodnocení horizontálních fúzí (2004/C 31/03).

⁶⁸⁹ HEINEKE, T.: cit. práce, str. 232.

⁶⁹⁰ Srov. SCHWALBE, U., ZIMMER, D.: *Kartellrecht und Ökonomie*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main 2006, str. 343 a násl.

Konstatuje se, že příznivé úvahy tohoto typu o efektivnosti fúzí se objevují po vydání ECMR 139/2004 běžně, ale pravidelně se (ve zřejmé inspiraci americkými Návody o fúzích z roku 1997) spojují s požadavkem, aby přínosy (*efficiencies*) oživovaly soutěž, aby tedy měly (kromě přínosů pro spotřebitele) prosoutěžní charakter, a aby nebyly vedeny sociálními, regionálními nebo odvětvově politickými ohledy.⁶⁹¹

Mezi řadou požadavků na charakter přínosů fúzí podle Návodů Komise k horizontálním fúzím (významnost a účinnost, specifická ve vztahu k fúzi, poměrně rychlá dosažitelnost, ověřitelnost, přenositelnost na spotřebitele, pokud možno kvantifikovatelnost a omezenost na ty trhy, na nichž dochází k omezením soutěže v důsledku fúze) je klíčový zejména požadavek ověřitelnost přínosů fúze. Důkazní břemeno nese účastník fúze.

Mezi soutěžním úřadem a účastníkem panuje přitom zřejmá informační asymetrie a úřad může sotva ověřit řadu poskytnutých údajů. Zůstává tak často spíše při důvěře v jistou pravděpodobnost tvrzených přínosů. Prostor k diskrečnímu uvážení Komise a její interpretační svoboda jsou v důsledku toho velmi rozsáhlé, což je z hlediska právní jistoty neuspokojivý stav.

Dovozuje se⁶⁹², že přínosy fúzí, které by převážily nad soutěžními nevýhodami fúzí, se objeví častěji u fúzí podniků s menšími tržními podíly a zvažuje se, zda by při překročení určité hranice tržního podílu neměla být „obrana efektivností“ (*efficiency defence*) vůbec vyloučena, což by ušetřilo zdroje soutěžního úřadu a zvýšilo úroveň právní jistoty účastníku fúze. Velmi obtížná všeobecná prokazatelnost (resp. věrohodnost) toho, že přínosy nastanou, znamená mj. i to, že samotní účastníci tyto přínosy hodnotí chybě.

Rozhodování o takové regulaci je těžké, neboť skutečně vědecky nelze odpovědět ani na jednu ze dvou základních ekonomických otázek:

- jaký národohospodářský užitek plyne z toho, že se na základě právní domněnky zakazují fúze, jež skutečně zakládají nebo posilují velkou tržní moc, ale kvůli prognostické neprokazatelnosti tohoto vlivu by nebyly zakázány?
A obráceně:
- jaká škoda vznikne z toho, že právní domněnka vede k zákazu nebo jinému znemožnění fúze, která ve skutečnosti ke vzniku nebo posílení tržní moci nepovede?

⁶⁹¹ Tamtéž, str. 371, 382.

⁶⁹² Tamtéž, str. 404.

12. ANALÝZA VÝVOJE KONTROLY FÚZÍ V ROZHODOVÁNÍ ÚOHS A DÍLČÍ KOMPARACE S EVROPSKOU PRAXÍ

V této kapitole nabízím reprezentativní sondu do posuzování fúzí v České republice v období 2002–2006. Nejde o dlouhodobý průzkum celé doby působnosti zákona u nás, ale jen o analýzu významného referenčního období, které zahrnuje jak část doby před naším vstupem do EU, tak i po něm, a může mít proto vypovídací schopnost.⁶⁹³ Východiskem je proto především analýza klíčového roku 2004 (rok našeho vstupu do EU a rok vydání zásadního Nařízení č. 139/2004 o evropské kontrole koncentrací. Dovolím si předpokládat, že základní nastavení soutěžní politiky v oblasti spojování soutěžitelů bylo u nás v tomto období ukončeno, a že pozdější eurokonformní vývoj na něm nic podstatného nezměnil.

Ambici kapitoly není vyčerpávající přehled všech rozhodnutí Úřadu ve sledovaném období a ani dokumentace vývoje v oblasti *soft law*. Východiskem analýzy je identifikace vnějších objektivních vlivů působících ve sledovaném období a zhodnocení jejich dopadů na kvalitu a kvantitu rozhodovací činnosti Úřadu, pokud jde o veřejnoprávní kontrolu koncentrací a akvizic v České republice.

Rozhodovací činnost nelze vnímat izolovaně, nýbrž ve vzájemných souvislostech s událostmi období předchozích, popř. následujících. Proto uvádím též stručný nástin předchozího vývoje rozhodovací činnosti Úřadu.

⁶⁹³ Za vzorně pečlivé zpracování této analýzy vděčím svému doktorandovi JUDr. Robertu Nerudovi, Ph.D. (stávajícímu prvnímu místopředsedovi ÚOHS), jenž ji pojal jako subdávku spoluřešitele v zadané struktuře a v zadaných hypotézách ve dvou krocích – pro můj grantový projekt, a později pro Výzkumný záměr Právnické fakulty, součástí jehož řešení se stala. Jeho původní texty, jež tvoří hlavní obsah této kapitoly, jsem jen místy zkrátil, mírně restrukturoval a doplnil. Analýza již byla uveřejněna na pokračování i v odborném tisku: srov. NERUDA, R.: *Kontrola spojování soutěžitelů v České republice v roce 2004*, I. a II. část, Právní fórum 2005, č. 10, 11, str. 388 až 398 a 431 až 442. Období následující je zpracováno v NERUDA, R.: *Kontrola spojování soutěžitelů v České republice v letech 2005 a 2006*, I. část. Právní fórum, 2007, č. 8, s. 292–299; NERUDA, R.: *Kontrola spojování soutěžitelů v České republice v letech 2005 a 2006*. II. část. Právní fórum, 2007, č. 9, s. 319–332.

12.1. ROZHODOVACÍ ČINNOST ÚŘADU V LETECH 2002 AŽ 2003

Veřejnoprávní kontrola tržních koncentrací je součástí českého, resp. československého soutěžního práva již od roku 1991, kdy nabyl účinnosti první „polistopadový“ soutěžní zákon, tj. zákon č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže. Již za této právní úpravy se uplatnily základní principy kontroly spojování podniků, které byly převzaty z komunitárního soutěžního práva a které jsou přítomny i v současné pozitivní právní úpravě obsažené v soutěžním zákoně. Jedná se zejména o následující principy: zásadu *ex ante* kontroly spojování podniků; princip sledování dlouhodobých změn tržních struktur; princip kontroly pouze těch spojení, jež mohou typově omezit hospodářskou soutěž a princip generální věcné působnosti kontroly spojování, kdy kontrole spojování jsou podrobeny zásadně všechny způsoby vzájemného propojování aktivit účastníků trhu dříve na sobě nezávislých.⁶⁹⁴

I přes opakované novelizace původního soutěžního zákona byla právní úprava kontroly koncentrací v ČR poměrně kusá a nemoderní. Kusá proto, že se na ni vztahovala pouze stručná ustanovení dvou paragrafů, nemoderní proto, že vázala vznik notifikační povinnosti na dosažení určité hranice tržního podílu na relevantním trhu ze strany spojujících se soutěžitelů⁶⁹⁵, a rovněž z toho důvodu, že posouzení spojení se neomezovalo pouze na soutěžně právní kritéria, nýbrž spojení mohlo být povoleno i z důvodu veřejného zájmu.⁶⁹⁶

V roce 2001 pak byl přijat v současné době platný a účinný zákon č. 143/2001 Sb., který přinesl celou řadu změn českého soutěžního práva obecně, a tedy i v oblasti kontroly spojování soutěžitelů. Jeho hlavním cílem, jenž vyplýval z úkolů vplynuvších v průběhu přístupových jednání ČR do EU, kterého však nebylo přes odlišná oficiální prohlášení v plném rozsahu dosaženo, byla úplná harmonizace českého soutěžního práva s čl. 81 a 82 SES a na ně navazující komu-

⁶⁹⁴ Tyto a další principy jsou uvedeny in NERUDA, R.: *Získání možnosti kontroly nad podnikem jako forma spojení podléhající povolení soutěžního úřadu*, Právní rozhledy 2005, č. 4.

⁶⁹⁵ Přesouvala tak vymezení relevantního trhu, jinak klíčovou fází soutěžní analýzy jakéhokoli spojení, do přednotifikační fáze; takové řešení je nepraktické, když vznik notifikační povinnosti spojuje s nejistou definicí relevantního trhu ze strany účastníků řízení, která může být ověřena teprve v samotném správním řízení.

⁶⁹⁶ Podle § 8a odst. 2 zákona č. 63/1991 Sb. měl Úřad spojení povolit, jestliže zúčastnění soutěžitelé prokázali, že újma, která narušením soutěže může vzniknout, bude převážena hospodářskými výhodami, jež spojení přinese. V ostatních případech spojení povoleno být nemělo.

nitární právní úpravou. Mezi základní změny zavedené soutěžním zákonem z roku 2001 v oblasti spojování soutěžitelů, resp. mající přímý dopad na tuto oblast, lze zařadit:

- zavedení pojmu „soutěžitel“ a jeho definice pro potřeby soutěžního zákona, tedy i právní úpravy kontroly spojování;
- zařazení přesnějších a podrobnějších definic jednotlivých typů spojení, které podléhají povolení Úřadu (včetně vzniku společného podniku vykonávajícího všechny funkce samostatné hospodářské jednotky);
- zavedení nové konstrukce notificačních kritérií, která byla nově stanovena ve formě prahových hodnot dosaženého obratu v ČR i celosvětově;
- stanovení pravidel pro výpočet čistého obratu za účelem posouzení, zda jsou splněna notificační kritéria;
- zavedení systému dvoufázového správního řízení o návrhu na povolení spojení, kdy valná většina spojení, jež nevzbuzují obavy z narušení soutěže, jsou povolena v první fázi, v níž nejsou prováděna hloubková šetření;
- stanovení pevných lhůt pro vydání rozhodnutí ve věcech spojování soutěžitelů doplněných o právní fikce vydání kladného rozhodnutí v případě marného uplynutí lhůty, jako pojistky proti nadměrnému prodlužování délky správních řízení;
- zavedení povinnosti zdržet se uskutečnění spojení před právní mocí rozhodnutí o jejím povolení;
- zavedení substantivního testu, prostřednictvím něhož dochází k posouzení spojení, výlučně založeného na soutěžních principech, v rámci něhož nemá zohledňování veřejného zájmu žádné místo.

Nový ZOHS nabyl účinnosti 1. července 2001. Bezprostředně po tomto datu (avšak zejména v následujících letech) se musel Úřad vypořádat s prvními praktickými důsledky nové právní úpravy. V oblasti spojování soutěžitelů se jednalo zejména o důsledky nové konstrukce notificačních kritérií a doposud nepoznané povinnosti dodržovat poměrně krátké a striktní lhůty pro vydání správního rozhodnutí.

Krátce po nabytí účinnosti soutěžního zákona byl Úřad zahlcen nebyvalým množstvím návrhů na povolení spojení. Tento stav měla na svědomí odlišná konstrukce notificačních kritérií. Záhy se ukázalo, že přes nepochybně správný krok, spočívající v jejich navázání na dosažené hodnoty čistých obrátů, skutečná výše prahových hodnot obsažená v konečném textu soutěžního zákona byla poměrně nízká. Ještě závažnější byla absence potřebného lokálního nexu notificačních

kritérií, tedy potřebné souvislosti mezi spojeními, které podle notifikačních kritérií podléhají povolení Úřadu, a teritoriem ČR.⁶⁹⁷

Na tuto situaci, která se stávala předmětem stále častější kritiky ze strany dotčených soutěžitelů a která hrozila ve svém důsledku zahltit Úřad stovkami podání, byl nucen Úřad poměrně záhy zareagovat. Učinil tak autoritativním výkladem původního § 1 odst. 3, který vymezuje teritoriální působnost soutěžního zákona. Podle uvedeného ustanovení se soutěžní zákon vztahuje rovněž na jednání, jež byla realizována v zahraničí, pokud narušují nebo mohou narušit hospodářskou soutěž na území ČR. S využitím tohoto ustanovení a za účelem zmírnění negativních dopadů nové konstrukce notifikačních kritérií vydal Úřad Výkladové stanovisko o povinné notifikaci spojení soutěžitelů uskutečněných v zahraničí (ve formě sdělení předsedy uveřejněném na internetových stránkách Úřadu). V tomto dokumentu Úřad veřejně prohlásil, že z hlediska aplikace § 1 odst. 3 má za to, že spojení uskutečněné v zahraničí nemůže přímo ani nepřímo narušit hospodářskou soutěž na trhu ČR, a nepodléhá tedy povinné notifikaci Úřadu, tehdy, pokud společný tržní podíl všech spojujících se soutěžitelů na kterémkoli relevantním trhu na území ČR nepřekročí výši 10 % a jestliže neexistují jiné zvláštní okolnosti, které by vedly k opačnému závěru, např. skutečnost, že nejméně dva ze spojujících se soutěžitelů mají své dceřiné společnosti na území ČR.

Jakkoli shora uvedené řešení přineslo praktické výsledky v podobě eliminace povinné notifikace ve vztahu k celé řadě spojení uskutečněných v zahraničí s žádným nebo zanedbatelným dopadem na trh ČR, zároveň do praktické aplikace soutěžního práva vrátilo problematickou vazbu vzniku notifikační povinnosti na dosažení určité hranice tržního podílu na relevantním trhu, jejíž odstranění bylo jedním z cílů a výsledků přijetí soutěžního zákona v roce 2001. Nadto byla zvolená hranice tržního podílu poměrně nízká; problematická byla skutečnost, že tento tržní podíl může být dosažen výhradně subjektem, jež kontrolu nabývá, aniž by soutěžitel, nad nímž, resp. nad jehož podnikem má být získávána kontrola, byl před spojením jakkoli aktivní v ČR. Přetrvávající aplikační potíže a stále vysoké zatížení Úřadu pak byly jedním z důvodů, proč byla první novelou soutěžního zákona v roce 2004 podstatným způsobem pozměněna konstrukce notifikačních kritérií,

⁶⁹⁷Izolovaným výkladem § 13 ZOHS v původním znění totiž bylo možno dospět k závěru, že notifikační povinnost vzniká i ve vztahu ke spojení, jejichž účastníci dosáhli společného celosvětového obratu ve výši nejméně 5 miliard Kč, aniž by alespoň jedna ze stran spojení byla aktivní v ČR. Tato spojení pak byla z opatrnosti stranami notifikována Úřadu, i když v mnohých případech měla žádný, nebo zcela zanedbatelný vztah k ČR.

zvýšeny rozhodné hranice čistých obrátů dosažených spojujícími se soutěžiteli a upřesněna pravidla pro výpočet čistého obrátu obsažená v § 14 (srov. níže).

Období let 2002 a 2003 charakterizovalo hledání způsobů aplikace a interpretace základních principů a konceptů veřejnoprávní kontroly tržních koncentrací. V tomto období Úřad definitivně zamítl návrhy na povolení dvou spojení v potravinářském sektoru (*KMV/Poděbradka a Südzucker/SLS*). V průběhu těchto (jakož i jiných) správních řízení vedených v druhé fázi Úřad obsahově naplňoval jednotlivá kritéria posuzování spojení ve smyslu § 17 odst. 1, vymezoval jejich význam a faktickou vzájemnou hierarchii a závazně interpretovat základní substantivní test podstatného narušení hospodářské soutěže ve smyslu § 17 odst. 2.

Pokud jde o otázky jurisdikční, Úřad ve své rozhodovací činnosti poměrně záhy dovodil, že jeho povolení nepodléhá pouze nabytí výlučné nebo společné kontroly, jak to výslovně uvádí text § 12 odst. 3, nýbrž že pod jeho kontrolu spadají i ty transakce, v jejichž důsledku dochází ke změně charakteru kontroly z výlučné na společnou a naopak (např. *Český Telecom/Eurotel*). Díky aplikaci tohoto principu, jež je zcela v souladu s komunitárním právem⁶⁹⁸, pak v několika případech docházelo k „postupnému“ posuzování nabývání výlučné kontroly „přes“ kontrolu společnou. V takových případech bylo třeba spojení notifikovat dvakrát (srov. vztah rozhodnutí *BP/E.ON/Veba* z března 2002 – vznik společné kontroly, a *BP/Veba* z července 2002 – vznik výlučné kontroly).

Neméně zajímavé bylo i aplikační hledání vzájemného vztahu mezi § 12 odst. 4 a 5 ZOHS, tedy vytyčování hranic mezi koncentrativním společným podnikem, tj. podnikem, který vykonává všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, jehož založení je považováno za spojení soutěžitelů (§ 12 odst. 4), a založením společného podniku, který nemá uvedené funkce plnit, a které je třeba posuzovat z pohledu právní úpravy dohod narušujících soutěž. Za přelomové v tomto ohledu lze považovat rozhodnutí *MAKRO/SPAR/METSPA*, ve kterém Úřad posoudil notifikovanou transakci tak, že založení společného podniku v daném případě nezakládá spojení soutěžitelů ve smyslu soutěžního zákona, nýbrž toto založení je třeba posoudit z pohledu hlavy druhé soutěžního zákona. Určení, podle které části soutěžního zákona má být založení společného podniku posuzováno, není přitom marginální; v případě společného podniku, který je posuzován podle ustanovení hlavy čtvrté ZOHS, je pravděpodobnost negativního rozhodnutí ze strany Úřadu podstatně nižší než v případě společného podniku, který má být posouzen podle hlavy druhé. Zatímco v prvním případě může Úřad proti dohodě o založení společného podniku zasáhnout pouze tehdy, vede-li spojení soutěžitelů

⁶⁹⁸ Srov. rozhodnutí Komise ve věci *ICI/Tioxide*.

k podstatnému narušení soutěže, v případě kooperativního společného podniku se na jeho posouzení použijí přísná pravidla o protisoutěžních dohodách, včetně generální klauzule zakazující uzavírání jakýchkoli dohod narušujících soutěž (§ 3 odst. 1).⁶⁹⁹

Aplikační činnost Úřadu se pak významným způsobem vyvíjela i pokud jde o hledání vzájemného vztahu podmínek a závazků ve prospěch zachování účinné soutěže. Pod tlakem kritiky, jež zpochybňovala oprávnění Úřadu ukládat jednostranně a bez souhlasu účastníků řízení podmínky ve prospěch soutěže (a s ohledem na praktické zkušenosti, že účastníci řízení se zpravidla proti ukládání podmínek brání jak v průběhu samotného řízení v prvním stupni, tak podáním rozkladu proti rozhodnutí, v němž byla taková opatření ukládána) se Úřad postupně přikláněl k přijímání závazků navržených účastníky řízení. Jako svým způsobem vzorový případ tohoto přístupu lze označit rozhodnutí *Zentiva/S. L. Pharma*, kterým Úřad povolil spojení dvou výrobců generických léčiv za podmínky splnění rozsáhlého komplexu závazků přijatých účastníkem řízení. Naopak jako doklad negativ spojených s ukládáním podmínek může sloužit rozhodnutí ve věci *ČEZ/5 distribučních regionálních společností*.⁷⁰⁰

Skutečnost, že české soutěžní právo bylo již tehdy z valné části kompatibilní s evropským soutěžním právem, nebyla ovšem dostatečnou zárukou, že též aplikační činnost Úřadu bude vždy koherentní s rozhodovací činností Komise. Nedo- stačuje totiž, pokud znění relevantních právních předpisů je shodné nebo obdobné. Je třeba, aby aplikace a výklad těchto předpisů v jednotlivých případech odpovídaly aplikaci a interpretaci soutěžního práva tak, jak vyplývají z judikatury Soudního dvora a rozhodovací praxe Komise. To je důležité pro soutěžitele, kteří jsou díky svým nadnárodním aktivitám vystaveni působení soutěžního práva jak na komunitární, tak na vnitrostátní úrovni. Pokud se totiž relevantní soutěžní úřady při výkladu shodných právních pojmů a institutů nerozházejí, zvyšuje to podstatným způsobem právní jistotu takových subjektů. Přestože rozhodnutí Soudního dvora, Soudu prvního stupně a Komise na komunitární úrovni nejsou pro Úřad závazná a nepředstavují precedenty pro jeho rozhodování v obdobných případech, sloužila

⁶⁹⁹ Více k této problematice NERUDA, R.: *Společný podnik jako spojení soutěžitelů z pohledu práva na ochranu hospodářské soutěže*, Právní rozhledy 2004, č. 1.

⁷⁰⁰ Situaci, kdy účastník i přes jasné vyjádření konkrétních obav z podstatného narušení soutěže ze strany Úřadu odmítl být jen diskutovat o přijetí závazků, která by v řízení před Komisí zřejmě vedla k nepovolení spojení, Úřad řešil uložením tří strukturálních podmínek. Přinejmenším s jednou z nich se účastník řízení neztotožnil a bojoval proti ní podáním rozkladu a posléze návrhem na její změnu podle čl. III odst. 5 zákona č. 340/2004 Sb. (k tomu viz dále).

tato „komunitární“ rozhodnutí a slouží i nadále jako významný zdroj informací a inspirace, jenž pomáhal při aplikaci a vymáhání pravidel hospodářské soutěže v ČR.⁷⁰¹

Pokud jde o základní statistické ukazatele rozhodovací činnosti Úřadu v řízeních podle hlavy čtvrté ZOHS, za první dva roky účinnosti soutěžního zákona (tj. od 1. 7. 2001 do 30. 6. 2003) vedl Úřad celkem 351 správních řízení o povolení spojení soutěžitelů. Zhruba 96% všech posuzovaných spojení bylo bez dalšího povoleno, ve dvanácti případech bylo povolení spojení podmíněno splněním podmínek nebo závazků a dvě spojení nebyla povolena vůbec. V mnoha případech uložení podmínek nebo přijetí závazků umožnilo vydat rozhodnutí o povolení spojení za současného odstranění nebezpečí narušení soutěže na trhu. Pouze ve dvou případech spojení soutěžitelů (*KMV/Poděbradka* a *SLS/Südzucker*) nebylo možné nalézt jakékoliv řešení, které by účinně odstranilo nebezpečí z narušení soutěže po jejich uskutečnění, a Úřad tedy musel vydat negativní rozhodnutí o nepovolení spojení soutěžitelů.⁷⁰²

⁷⁰¹V rozhodnutích Úřadu jsou časté odkazy na komunitární judikaturu, ať již jde např. o koncept kolektivní dominance (srov. rozhodnutí *Baring Communications Equity/Vision Networks Tsjechie Holding* odkazující na rozhodnutí Soudu prvního stupně ve věci *Airtours*), o postupy při vymezení konkrétních relevantních trhů (srov. rozhodnutí *KMV/Poděbradka* odkazující např. na rozhodnutí *Nestle/Perrier*), posouzení působnosti soutěžního zákona na spojení, jejichž účastníkem je stát (srov. rozhodnutí *ČEZ/5 regionálních distribučních společností* absorbující argumentaci Komise v případě *Neste/IVO*) apod.

⁷⁰²Význam ukládání podmínek a přijímání závazků v řízeních o povolení spojení dokumentuje následující statistika. Úřad vydal v uvedeném období 12 rozhodnutí o povolení spojení s podmínkami, což představuje 3,4% z celkového počtu 351 všech posuzovaných spojení soutěžitelů. Jsou-li vzata v úvahu pouze rozhodnutí vydaná v druhé fázi správného řízení, byla rozhodnutí o povolení spojení s podmínkami a závazky vydána v 64,7% takto projednávaných případů. Jedno rozhodnutí o povolení spojení s podmínkami bylo vydáno již v první fázi správného řízení. Na druhé straně čtyři spojení soutěžitelů posuzovaná ve druhé fázi správného řízení byla povolena bez toho, že by bylo třeba ukládat jakékoliv podmínky nebo přijímat jakékoli závazky.

Struktura rozhodnutí v oblasti spojování soutěžitelů v období 1. července 2001 až 30. června 2003



Převažujícím typem ukládaných podmínek nebo přijímaných závazků byla tzv. behaviorální omezení. Přesto se Úřad postupem času začal přiklánět k stále častějšímu ukládání podmínek nebo přijímání strukturálních závazků. V nejvýznamnějších případech pak Úřad kladl důraz na přijetí strukturálních nebo kvazi-strukturálních závazků, jako je převedení kontroly nad dceřinou společností nebo prodej aktiv souvisejících s určitou výrobou nebo obchodováním s vymezeným produktem.⁷⁰³

⁷⁰³Jednalo se např. o prodej všech akcií jedné z nabytých distribučních společností, která zároveň patřila mezi nejpravděpodobnější konkurenty spojením vzniklého subjektu na trhu dodávek elektrické energie (ČEZ/5 regionálních distribučních společností), povinnost převést na třetí osobu všechny výrobní a komerční aktivity v ČR týkající se tří aktivních látek pro ochranu rostlin (Bayer/Aventis CropScience) nebo o závazek převodu všech aktiv souvisejících s výrobou a prodejem tří významných léků (Zentiva/S. L. Pharma). Pokud byly v uvedeném období v praxi Úřadu ukládány behaviorální závazky a podmínky, nejčastěji se jednalo o povinnosti zachovat dodávky nebo výrobu (např. Lasselsberger/RAKO či Torrecid/Glazura), závazky a podmínky týkající se distribuce (např. zajištění přístupu do distribuční sítě nebo rozdělení distribučních sítí – viz např. Lasselsberger/RAKO), zákazy diskriminace zákazníků spojujících se soutěžitelů (např. Český Telecom/Eurotel) nebo o závazky a podmínky týkající se cenotvorby [např. LINDE TECHNOPLYN/CHEMOPETROL (část)].

12.2. NEJVÝZNAMNĚJŠÍ PŘÍPADY DO R. 2004

12.2.1. KMV/PODĚBRADKA

V září 2001 vydal Úřad první rozhodnutí, ve kterém nepovolil spojení tří největších výrobců přírodní vody na českém trhu. Ve správním řízení, které vzhledem k datu svého zahájení⁷⁰⁴ bylo vedeno podle dřívějšího soutěžního zákona (tj. zákona č. 63/1991 Sb., ve znění pozdějších předpisů), Úřad posoudil veškeré okolnosti plánovaného spojení, zvážil závazky navržené stranami spojení k eliminaci negativních důsledků případného povolení spojení a rozhodl, že navrhované spojení se nepovoluje, neboť újma, která by mohla vzniknout spojením, by nebyla převážena hospodářskými výhodami, což bylo podmínkou povolení spojení podle dřívější právní úpravy.

Podle původního návrhu mělo ke spojení dojít mezi společnostmi Karlovarské minerální vody (dále KMV), Poděbradka a Hanácká kyselka (dále HK). Podle předpokládaného záměru měla KMV koupit 100% obchodní podíl na společnosti Poděbradka a 51% obchodní podíl na HK, což by zajistilo plnou kontrolu KMV nad oběma společnostmi. KMV byla kontrolována nizozemskou společností RONALSDAY, která kontrolovala též dalšího významného českého výrobce přírodních vod, společnost HBSW.

Všechny tři spojované společnosti byly výrobci přírodních vod. Úřad na základě získaných podkladů a svých poznatků vymezil dva výrobní relevantní trhy: trh balené přírodní vody minerální a stolní a trh balené ochucené vody minerální a stolní. Geograficky byl relevantní trh vymezen jako trh ČR. Na prvně jmenovaném trhu, který byl pro posouzení spojení rozhodující, KMV a HBSW držely tržní podíl cca 50% a na základě transakce by se tento tržní podíl zvýšil. O tom, že by hospodářská soutěž na výše uvedeném trhu byla vážně narušena, podle Úřadu kromě výše uvedeného vysokého tržního podílu svědčila i jeho dlouhodobá stálost (jednalo se o trh stabilizovaný, na kterém nedocházelo k výrazným výkyvům za poslední tři roky, a trh vyzrálý, na kterém, na rozdíl od dynamicky se rozvíjejících

⁷⁰⁴ Správní řízení bylo zahájeno 4. května 2001, tj. za účinnosti předchozí právní úpravy obsažené v zákoně č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže. Podle intertemporálních ustanovení soutěžního zákona se takové správní řízení dokončí podle právní úpravy účinné v době zahájení správního řízení. Podle právní úpravy účinné před 1. červencem 2005 mohl Úřad spojení povolit pouze tehdy, bylo-li ze strany soutěžitelů prokázáno, že újma, která narušením může vzniknout, bude převážena hospodářskými výhodami, jež spojení přinese. V ostatních případech nesměl Úřad spojení povolit.

trhů, mohou soutěžitelé mnohem snadněji ochránit své dominantní postavení), podstatně nižší tržní podíly nejbližších konkurentů, skutečnost, že šlo o vysoce koncentrovaný trh (měřeno prostřednictvím Herfindahl-Hirschmannova indexu), na kterém existují určité nezanedbatelné bariéry vstupu soutěžitelů na trh. Úřad přitom přikládal velký význam skutečnosti, že spojující se soutěžitelé i přes vysoký tržní podíl využívali své čerpací kapacity pouze z 30%, což podle rozhodnutí podstatně zvyšovalo jejich společnou tržní sílu. Kapacita minerálních zdrojů obvyklého konkurenta je přitom podle rozhodnutí Úřadu zhruba 40krát nižší než společná kapacita spojovaných subjektů. Dovozy na relevantní trh přitom činily cca 1% celkového objemu trhu; relevantní trh byl tedy značně uzavřený, a to i v situaci neexistence tarifních bariér pro vstup na trh. Nově vzniklý subjekt měl též disponovat značnou finanční silou, a to zejména díky svému napojení na zahraniční mateřskou společnost. Všechny tyto skutečnosti, společně s velkou portfoliovou silou vznikajícího subjektu (subjekt by disponoval několika silnými spontánně známými obchodními značkami⁷⁰⁵) by podle komentovaného rozhodnutí na jedné straně zvyšovaly možnost realizace vázaného prodeje, na druhé straně zlepšovaly vyjednávací pozici subjektu v rámci tzv. moderní distribuce, tj. při jednání s hypermarkety, supermarkety a diskontními prodejny, která je pro oblast přírodních vod typická a která se často vyznačuje nerovnovážným postavením stran, způsobeným vysokou kupní silou odběratelů.

Úřad usoudil, že uvedenou transakcí by mohlo dojít ke snížení dostupnosti jiných obchodních značek menších výrobců na úkor konečného spotřebitele (což by bylo zvláště závažné v případě minerálních vod, neboť každá minerální voda má jiné minerální složení a pro spotřebitele je ze zdravotního hlediska potřebné, není nutné, jednotlivé minerální vody střídat) a k následnému zvýšení ceny rovněž na úkor spotřebitele. Tato újma by však nebyla převážena výhodami, jež by spojení přineslo, tak, jak byly identifikovány stranami spojení.

KMV v průběhu řízení navrhl soubor závazků a omezení, které by podle jeho názoru mohly pro případ, že by Úřad povolil spojení, eliminovat negativní důsledky spojení. Úřad tyto navržené závazky posoudil a konstatoval, že všechny jsou behaviorálního charakteru, které by tak, jak byly formulovány, nemohly mít pozitivní vliv na další vývoj tržních struktur a zmírnit negativní dopad plynoucí z koncentrace.

Úřad po zvážení uvedených skutečností usoudil, že újma, která narušením mohla vzniknout, by nebyla převážena hospodářskými výhodami, kdy ke zmírnění újmy nemohly přispět ani závazky a omezení, které byly navrženy účastníkem

⁷⁰⁵ Ve stejném duchu srov. např. rozhodnutí Komise ve věci *Guinness/Grand Metropolitan*.

spojení. Z tohoto důvodu Úřad v souladu s § 8a odst. 2 zákona č. 63/1991 Sb. ve znění pozdějších předpisů, spojení KMV, Poděbradky a HK nepovolil.

Proti tomuto rozhodnutí podal účastník řízení rozklad; v průběhu řízení ve druhém stupni pak byl návrh ze strany účastníka řízení modifikován (omezen) v tom smyslu, že předmětem povolení měla být již jen akvizice společnosti Poděbradka, neboť z nabytí kontroly nad HK sešlo. Druhostupňový orgán však svým rozhodnutím z března 2002 ani takto modifikované spojení nepovolil s odkazem na to, že shora uvedená soutěžní analýza případu zůstává aktuální i za této změněné situace (zjednodušeně řečeno, přínos společnosti HK, pokud jde o základní kritéria posouzení spojení, např. tržní podíl, finanční sílu či množství spontánně známých značek nebyl tak významný, aby mohl na soutěžní analýze cokoli změnit).

Nicméně o několik roků později však Úřad spojení povolil a přijal přitom tvrzení účastníků, že došlo ke změně podmínek na trhu.⁷⁰⁶ Koncem roku 2005 totiž Úřad obdržel nový návrh na povolení transakce, na jejímž základě měla společnost KMV získat kontrolu nad společností Poděbradka. Úřad po vyřešení nemalých procesních překážek nakonec rozhodl⁷⁰⁷ o povolení spojení za předpokladu, že účastník KMV splní závazky, které v průběhu správního řízení přijal.⁷⁰⁸

V novém řízení bylo rozhodující posoudit, zda a v jaké míře došlo ke změně podmínek na dotčených trzích. Úřad v souladu s návrhem účastníka vymezil trh širěji.⁷⁰⁹ Přijal též argumentaci účastníka, že došlo k určitému posunu v rozdílných cenách a odlišném způsobu prodeje značkových nápojů, a že podle průzkumu spotřebitelských preferencí existuje jednostranná zastupitelnost dotčených produktů. Úřad nově dovodil, že spojení nepovede k narušení hospodářské soutěže bez ohledu na jakékoliv v úvahu přicházející vymezení trhu. Úřad uzavřel, že spojením vzniklý subjekt bude disponovat významnou tržní silou odvozenou od vysokého

⁷⁰⁶ Přebíráám mírně upravenou pasáž z hodnocení obsaženého v práci NERUDA, J.: Vybrané právní problémy posuzování fúzí a akvizic z hlediska soutěžního práva České republiky a Evropské unie. Disertační práce, Brno, MU, 2008, str. 44 a násl.

⁷⁰⁷ Rozhodnutí S 64/05 *KMV/Poděbradka II*.

⁷⁰⁸ Ty spočívaly v povinnostech po dobu pěti let od právní moci rozhodnutí zajistit zachování stávajících obchodních značek produktů společnosti Poděbradka; zajistit, aby Poděbradka i nadále vyjednávala své obchodní a dodací podmínky s odběrateli zajišťujícími tzv. moderní distribuci odděleně od KMV; a zachovat stávající cenové rozdělení nápojů vyráběných spojujícími se soutěžiteli.

⁷⁰⁹ Jako trh balených ochucených nealkoholických nápojů na bázi pitné vody, který na rozdíl od původně definovaného trhu zahrnoval i tzv. značkové nápoje (odlišující se od ostatních nápojů vyšší cenou a zpravidla odlišným způsobem prodeje) a nápoje obsahující látky nevhodné pro užívání širokou skupinou obyvatel (zejména nápoje tonického typu obsahující chinin).

tržního podílu, jež bude umocněna vlastnictvím oblíbených značek a posílením vyjednávací pozice vůči odběratelům patřícím do systému moderní distribuce. Změna klíčových faktorů umožnila povolit spojení, pokud by byly splněny závazky. Navíc se snížily překážky vstupu na trh a vzrostla celková spotřeba nealkoholických nápojů (relevantní trhy nebyly uzavřené).

Odchylné vymezení relevantního trhu je samozřejmě možné a legitimní, pokud se trhy vyvíjejí. Jediným důvodem této změny by však neměla být jen akceptace argumentů či důkazů předložených účastníkem řízení. Sdílím názor⁷¹⁰, že Úřad mohl a měl tato tvrzení a důkazy verifikovat, např. oslovením třetích stran nebo pořízením odborné studie zpracované nezávislou třetí stranou. Obecně je totiž třeba k argumentům a důkazům předloženým spojujícími se stranami přistupovat nanejvýš obezřetně, neboť mohou být ovlivněny pochopitelnou snahou přispět k hodnocení spojení, které je pro tyto strany příznivější. To platí bezesbýtku i pro účastníky předložené „nezávislé studie“, není-li soutěžním úřadem spolehlivě prokázáno, že nebyly vyhotovovány v době, kdy již existoval plán na provedení spojení. Problematické bylo i vymezení geografického relevantního trhu jako trhu v ČR, jež se nezabývalo odlišitelností od podmínek panujících na jiných územích.

Přijaté závazky jsou behaviorálního charakteru a není zřejmé, proč nebyly přijaty závazky strukturální. Celkově je rozhodnutí vcelku překvapivým ústupem od původního přístupu, jež navíc úspěšně prošel kontrolou zákonnosti a ústavnosti.

12.2.2. SÜDZUCKER/SLS

Případ tohoto spojení byl složitý jak z hlediska hmotněprávního posouzení, tak co do zvláštností procesního postupu a i proto, že podléhal posouzení nejen ze strany Úřadu, nýbrž také Komise a několika dalších soutěžních úřadů jiných evropských států. K uvedenému spojení soutěžitelů působících v sektoru výroby a obchodu s cukrem mělo dojít na základě nabytí kontroly ze strany společnosti Südzucker se sídlem v Německu nad společností Saint Louise Sucre („SLS“) se sídlem ve Francii.

Úřad nejprve v květnu 2002 vydal rozhodnutí⁷¹¹, kterým spojení nepovolil, neboť dovodil, že by vedlo k podstatnému narušení soutěže. Toto rozhodnutí bylo napadeno rozkladem, na jehož základě předseda Úřadu svým druhostupňovým rozhodnutím⁷¹² původní rozhodnutí zrušil a vrátil věc k novému projednání

⁷¹⁰ Viz posledně cit. Nerudovu práci, str. 50.

⁷¹¹ Rozhodnutí Úřadu č.j. S 57/01-1746/02 ze dne 9. 5. 2002.

⁷¹² Rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. R 30/2002, R 31/2002 ze dne 20. 12. 2002.

a rozhodnutí. Důvodem pro zrušení prvoinstančního rozhodnutí byla procesní pochybení.

V novém řízení Úřad odstranil druhoinstančním orgánem vytýkaná procesní pochybení, avšak ani poté spojení *Südzucker/SLS* svým rozhodnutím z února 2003⁷¹³ nepovolil. Podobně jako v prvním rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že spojení zvýší tržní sílu spojením vzniklého subjektu natolik, že mu umožní chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích a spotřebitelích, a v důsledku této skutečnosti bude mít za následek podstatné narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu.⁷¹⁴

Specifikem tohoto případu byl vysoký stupeň státní regulace relevantního trhu, který byl v kontextu spojení považován za faktor stabilizující postavení spojením vzniklého soutěžitele (a zároveň za faktor znesnadňující narušení této pozice ze strany konkurence). Úřad dospěl k závěru, že nově vzniklý soutěžitel s vysokým tržním podílem bude moci ovlivňovat nejen cenu cukru, ale i ceny výrobků, v nichž je cukr podstatnou nákladovou položkou, a že bude mít více příležitostí k vázaným prodejům. Nabídka ryze behaviorálních závazků byla nedostatečná ke kompenzaci negativních dopadů plynoucích ze spojení.

Úřad provedl komplexní systematické zhodnocení všech v úvahu přicházejících kritérií. Nedostatek komunikace Úřadu a stručnost a nekonkrétnost sdělení obav z narušení soutěže ze strany Úřadu velmi pravděpodobně ovlivnily možnost dosáhnout kompromisního řešení (které nakonec přišlo, ale až po čtyřech letech).

Po dalších procesních peripetiích⁷¹⁵ Úřad nakonec vydal v r. 2007 rozhodnutí, ve kterém na základě nových zjištění deklaroval, že notifikovaná transakce po provedených modifikacích jeho povolení nepodléhá.⁷¹⁶

⁷¹³ Rozhodnutí Úřadu S 57/01-366/03 ze dne 6. 2. 2003.

⁷¹⁴ Tomuto závěru podle Úřadu svědčilo mnoho okolností. Spojením by podle Úřadu došlo k výraznému nárůstu tržního podílu nově vznikajícího subjektu (přičemž odstup nejbližších konkurentů by byl značný) a zároveň ke snížení počtu významných soutěžitelů na trhu. Úřad považoval za podstatné, že spojující se soutěžitelé zaujímají významné postavení v zemích sousedících s ČR a disponují velkými výrobními kapacitami na výrobu cukru v přílehlých přhraničních oblastech, a že společnost *Südzucker* je největším výrobcem cukru v rámci společného trhu EU a významným dovozcem cukru na tuzemský trh. Podobně jako v případě *KMV/Poděbradka* poukázal Úřad na vysokou portfoliovou sílu spojením vzniklého subjektu, specifika systému moderní distribuce, na možnost využití úspor z rozsahu, jakož i na vyzrálou relevantních trhů.

⁷¹⁵ Krajský soud v Brně nejprve zrušil druhostupňové rozhodnutí Úřadu z výlučně z procesního důvodu a ve věci rozhodoval znovu předseda Úřadu. Po doručení rozsudku doplnili účastníci řízení návrh povolení spojení soutěžitelů, ve kterém oznámili změny v uspořádání

12.2.3. ČEZ/ REAS (5 REGIONÁLNÍCH DISTRIBUČNÍCH SPOLEČNOSTÍ)

Jedním z nejvýznamnějších a odbornou i laickou veřejností nejsledovanějších případů, které Úřad ve své dosavadní historii v oblasti spojování soutěžitelů řešil, bylo spojení soutěžitelů ČEZ/5 regionálních distribučních společností.

Správním řízením ve věci povolení spojení soutěžitelů ČEZ, na straně jedné, a Středočeská energetická, Východočeská energetika, Severočeská energetika, Západočeská energetika a Severomoravská energetika, na straně druhé, bylo zahájeno dne 8. 7. 2002. Podstata případu spočívala ve spojení dominantního výrobce elektrické energie v ČR (s tržním podílem cca 70%) s pěti z osmi regionálních distribučních společností, které mají na vymezených územích (zhruba odpovídajících územím bývalých krajů) lokální monopol na distribuci elektrické energie a které rovněž působily jako nejvýznamnější dodavatelé elektrické energie oprávněným zákazníkům. Specifikem případu bylo, že ve všech na spojení zúčastněných společnostech měl majoritní podíl i před spojením stát, který jej držel zejména prostřednictvím Fondu národního majetku.

Ve správním řízení provedl Úřad rozsáhlé šetření dopadů spojení na relevantních trzích v elektroenergetice, zejména na trhu dodávek elektrické energie tzv. oprávněným zákazníkům.⁷¹⁷

navrhované transakce v mezidobí. Tyto změny byly natolik podstatné, že mohly ovlivnit posouzení, zda navrhované spojení soutěžitelů vůbec podléhá povolení Úřadu. Podle doplněného návrhu totiž společnost Südzucker ztratila možnost vykonávat kontrolu nad společností Eastern Sugar, a nepřímou též nad její dceřinou společností v ČR. K modifikované transakci tak došlo výlučně v zahraničí. Předseda Úřadu zrušil prvostupňové rozhodnutí o nepovolení spojení a věc vrátil k novému projednání a rozhodnutí. Učinil tak přesto, že informace Úřadu známé z rozhodovací činnosti svědčily ve prospěch tvrzení účastníků řízení, že v mezidobí došlo ke změně uspořádání transakce, v důsledku níž by tato již nemusela splňovat znaky spojení podléhajícího povolení Úřadu. V květnu 2006 totiž Úřad svým rozhodnutím Tate & Lyle/Eastern Sugar povolil spojení, které realizaci spojení Südzucker/SLS fakticky vylučuje.

⁷¹⁶ Rozhodnutí č.j. S 57/01-1316/07/620 *Südzucker/SLS VI* ze dne 29. 1. 2007.

⁷¹⁷ Toto šetření zahrnovalo oslovení mnoha konkurentů, odběratelů a zákazníků. V průběhu řízení Úřad obdržel více než 30 stanovisek třetích stran, provedl několik ústních jednání s účastníkem řízení, vyslechl na dvě desítky svědků, obdržel dodatečná vyjádření účastníka řízení a opakovaně vyžadoval doplnění informací. Do té doby ojedinělé bylo i to, že Úřad speciálně pro potřeby tohoto správního řízení zadal vypracování studie o českém elektroenergetickém sektoru, a to specializovanému a na Úřadu nezávislému subjektu, jejíž výsledky použil pro své další analýzy a pro verifikaci údajů poskytnutých spojujícími se soutě-

Již v první fázi správního řízení musel Úřad vyřešit otázku, zda tato transakce, kdy jeden státem vlastněný subjekt nabývá majoritní akciové podíly v jiných státem kontrolovaných společnostech, vůbec představuje spojení, které by podléhalo jeho povolení. Tuto otázku zodpověděl i s pomocí rozhodovací praxe Komise⁷¹⁸ kladně. Úvahy Úřadu v tomto rozhodnutí uvedené jsou přitom obecně použitelné.

Podle Úřadu je třeba operaci, na základě níž má jeden státem vlastněný subjekt získat většinu akcií nad jiným státem vlastněným subjektem, posuzovat z hlediska jejich dosavadního působení na trhu. V případech, kdy tyto soutěžitelé před uskutečněním spojení působili na trhu dlouhodobě jako samostatné ekonomické jednotky, aniž by své soutěžní chování jakýmkoliv způsobem koordinovali, resp. byli podrobeni koordinaci ze strany státu, pokud jde o jejich soutěžní chování, tj. v situacích, kdy tyto soutěžitelé před uskutečněním spojení reálně vystupovali do vzájemně konkurenčního vztahu, je třeba tyto subjekty považovat za soutěžitele samostatně působící na trhu ve smyslu § 12. Tato skutečnost je dána mj. i rozdílem v samotném výkonu správy svěřeného majetku. Zatímco v případě soukromoprávních subjektů je jednoznačně na prvním místě zájem na co nejefektivnějším ekonomickém rozvoji, který přináší ekonomický zisk a silnější pozici na trhu, v případě státu jako vlastníka podílů v obchodních společnostech nemusejí být tyto cíle vždy na prvním místě. Při rozhodování státu hraje roli celá řada dalších aspektů, které mohou v některých případech zájem na ekonomické prosperitě a zisku převýšit (sociální politika, prosazování regulačních nástrojů, ochrana životního prostředí atd.). K primárním úkolům a cílům státu nepatří na rozdíl od soukromoprávních institucí ekonomická aktivita za účelem dosahování zisku, tzn. že stát není podnikatelským subjektem, a proto nejedná takovým způsobem, jako je tomu v případě klasických podnikatelských subjektů.

Ustanovení zákona o kontrole spojování soutěžitelů se tak podle uvedeného rozhodnutí vztahují i na operace, na základě nichž soutěžitel kontrolovaný státem nabývá přímou kontrolu nad jiným soutěžitelem, který je před spojením kontrolován státem, a to za předpokladu, že tyto soutěžitelé představují samostatné ekonomické jednotky, navzájem nezávislé pokud jde o rozhodování o jejich obchodním jednání na trhu či jejich obchodní politice.

V daném případě šetření Úřadu prokázalo, že společnosti ČEZ, STE, VČE, SČE, ZČE a SME jednaly před spojením na trhu vzájemně nezávisle, že si vzá-

žiteli a ostatními oslovenými subjekty. Tyto okolnosti z uvedeného případu učinily pravděpodobně do té doby nejnáročnější správní řízení vedené podle hlavy čtvrté.

⁷¹⁸ Odkázal přitom na argumenty použité v rozhodnutí Komise *Neste/Ivo*.

jemně konkurovaly při výběrových řízeních na dodávky elektrické energie oprávněným zákazníkům a naopak nekoordinovaly nákupy elektrické energie pro účely svých dodávek oprávněným či chráněným zákazníkům. Úřad ve svém rozhodnutí rovněž poukázal na skutečnost, že tyto společnosti jednaly mezi sebou jako „běžní“ obchodní partneři, přičemž v rámci jejich obchodních jednání docházelo k neshodám, které nejsou obvyklé v případě existence vzájemné koordinace jednání, resp. jednotné koordinace ze strany třetího subjektu.

Tyto skutečnosti pak podle Úřadu jednoznačně prokázaly, že spojující se soutěžitelé nebyli podrobeni jednotné kontrole ze strany státu, resp. FNM, že jejich soutěžní chování, obchodní vztahy a obchodní politika nebyly ze strany státu, resp. FNM koordinovány a že tito soutěžitelé působili na trhu nezávisle ve smyslu § 12 ZOHS.⁷¹⁹

Úřad svým prvoinstančním rozhodnutím spojení ČEZ/5 regionálních distribučních společností povolil s podmínkami ve prospěch zachování účinné soutěže. V průběhu správního řízení totiž dospěl k závěru, že spojení by v původní nemodifikované podobě vedlo k podstatnému narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu dodávek elektrické energie oprávněným zákazníkům⁷²⁰.

⁷¹⁹ K této samostatnosti měla přispět i skutečnost, že společnosti STE, VČE, SČE, ZČE a SME měly kromě státu jako nejvýznamnějšího akcionáře vždy jednoho významného minoritního akcionáře z řad zahraničních subjektů působících na elektroenergetickém trhu, který za situace, kdy soutěžní jednání předmětných společností nebylo koordinováno ze strany státu, nikoliv bezvýznamným způsobem soutěžní jednání těchto soutěžitelů ovlivňoval. Z uvedených důvodů byla transakce posouzena jako spojení ve smyslu § 12 odst. 3.

⁷²⁰ Jako soutěžně problematické se přitom jevily zejména následující skutečnosti: enormní odstup tržního podílu společnosti ČEZ a jeho „největšího“ konkurenta na trhu výroby elektrické energie, obava, že spojení povede k omezení možnosti oprávněných zákazníků zvolit si svého dodavatele, a to z důvodu poklesu počtu významných soutěžitelů na trhu dodávek oprávněným zákazníkům (sloučení pěti distribučních společností s ČEZ), což mohlo mít negativní vliv na konečnou cenu elektrické energie pro oprávněné zákazníky, obava, že spojení omezí pozitivní dopady liberalizace na elektroenergetickém trhu, výrazné zvýšení finanční síly spojením vzniklého subjektu, výrazné zvýšení tržního podílu spojením vzniklého subjektu na trhu dodávek oprávněným zákazníkům, vertikální integrace, v důsledku níž mělo dojít ke ztrátě možnosti dosud svým chováním nezávislých regionálních distributorů nakupovat elektrickou energii od nezávislých výrobců, jakožto konkurentů společnosti ČEZ, obava, že společnost ČEZ bude mít možnost prostřednictvím svých blokačních podílů ve zbývajících třech „konkurenčních“ nezávislých distribučních společnostech negativním způsobem ovlivňovat jejich nezávislé soutěžní chování, a obava, že společnost ČEZ bude mít možnost prostřednictvím svého 34% podílu ve společnosti ČEPS negativním způsobem ovlivňovat soutěžní chování provozovatele přenosové soustavy.

Zejména z výše uvedených důvodů a v situaci, kdy účastník řízení odmítl přijmout své vlastní závazky ve prospěch zachování soutěže, podmínil Úřad povolení spojení třemi podmínkami strukturálního charakteru.

Podle první podmínky měl ČEZ odprodat svůj majoritní akciový podíl v jedné z regionálních distribučních společností nabytý v důsledku spojení.⁷²¹

Podle druhé z uložených podmínek mělo dojít k odprodeji blokačních minoritních podílů (34%) v ČEZem nekontrolovaných regionálních distribučních společnostech (JME, JČE a PRE).⁷²²

Třetí podmínkou uloženou Úřadem byla povinnost odprodeje blokačního minoritního podílu (34%) ve společnosti ČEPS, jakožto provozovateli „páteční“ přenosové soustavy. Úřad vzal v úvahu, že nezávislé a nestranné fungování přenosové soustavy je pro vznik a existenci elektroenergetického trhu nezbytným předpokladem, jehož naléhavost se zvyšuje v případech, kdy na trhu působí dominantní subjekt v oblasti výroby či obchodu, resp. jsou-li dominantní výroba, obchod a monopolní distribuce vertikálně integrovány.⁷²³

⁷²¹Převodem akcií na jiný subjekt mimo vertikálně integrovanou strukturu měla být zachována z hlediska hospodářské soutěže maximálně přípustná míra povoleného propojení výroby a distribuce, která se dle názoru Úřadu pohybovala kolem 50%. Realizací tohoto kroku měl podle předpokladů vzniknout nový významný konkurent společnosti ČEZ, resp. tím mělo dojít k posílení již existující konkurence, a tak k vytvoření dodatečného konkurenčního tlaku na spojení vzniklý subjekt. V konečném důsledku podmínka odprodeje jedné distribuční společnosti měla vést k oslabení dominantního postavení vertikálně integrovaného subjektu v důsledku konkurenčních tlaků ze strany většího počtu významných a již zavedených soutěžitelů.

⁷²² JME, JČE a PRE totiž patřily k nejvýznamnějším dodavatelům elektrické energie oprávněným zákazníkům, a po uskutečnění posuzovaného spojení se měly stát jedinými významnými konkurenty spojení vzniklého subjektu na tomto relevantním trhu. Úřad dovodil, že existence blokačního minoritního podílu společnosti ČEZ v nejvýznamnějších konkuretech umožní této společnosti v souladu s ustanoveními obchodního zákoníku, popř. stanov, blokovat, a tím ovlivňovat některá zásadní rozhodnutí mající vliv na dlouhodobé soutěžní chování těchto významných konkurentů prostřednictvím hlasování na valné hromadě. Tato skutečnost přitom mohla redukovat motivaci i možnosti JČE, JME a PRE být plně samostatnými konkurenčními silami na trhu. Převod minoritních akciových podílů v těchto společnostech měl zajistit, že ČEZ nebude žádným způsobem zapojen do obchodní politiky JČE, JME a PRE a tyto společnosti budou moci i nadále být aktivní konkurenční silou v elektroenergetickém sektoru. Odprodej minoritních akciových podílů a odstranění personálních propojení je podle Úřadu vhodným opatřením tam, kde je třeba zvýšit motivaci konkurovat si na trhu.

⁷²³Pokud jde o vliv blokačního minoritního podílu na soutěžní jednání takového subjektu, platí i v tomto případě výše uvedené úvahy. Úřad navíc uvážil, že dominantní výrobce ČEZ

Společnost ČEZ podala proti uvedenému rozhodnutí rozklad; předseda Úřadu tomuto rozkladu svým rozhodnutím z března 2003 částečně vyhověl, když prodloužil původní lhůty pro realizaci uložených podmínek.⁷²⁴

Zatímco podmínky odprodeje minoritních podílů ve společnostech JME, JČE, PRE a ČEPS společnost ČEZ splnila, k odprodeji majoritního balíku akcií v jedné z kontrolovaných distribučních společností nakonec nedošlo.⁷²⁵

Většinu argumentů Úřad odmítl jako neopodstatněné.⁷²⁶

by jako jediný z akcionářů ČEPS byl nositelem licence ve smyslu energetického zákona a měl dostatečné zkušenosti s fungováním elektroenergetického sektoru. V tomto směru jde o kvalitativně jiného akcionáře, s jinými znalostmi a zájmy na trhu, než je tomu v případě státu jako vykonavatele hlasovacích práv spojených a akciemi drženími společností Osinek (majoritním akcionářem ČEPS). Úřad jako nebezpečí pro rozvoj efektivní hospodářské soutěže vnímal případnou přetrvávající možnost preferování dodávek podpůrných služeb od společnosti ČEZ před dodávkami jiných společností z důvodu existence této strukturální vazby.

⁷²⁴ Zatímco podmínky odprodeje minoritních podílů ve společnostech JME, JČE, PRE a ČEPS byly společností realizovány, k odprodeji majoritního balíku akcií v jedné z kontrolovaných distribučních společností nakonec nedošlo. Účastník řízení totiž využil možnosti poskytnuté přechodným ustanovením první novely soutěžního zákona (čl. III odst. 5 zákona č. 340/2004 Sb.) a ve stanovené lhůtě požádal o změnu této podmínky. Úřad v roce 2004 pak svým rozhodnutím ČEZ – změna podmínky, které je rozebráno na jiném místě tohoto materiálu, nahradil uvedenou podmínku tak, že namísto ní společnosti ČEZ uložil vytvoření tzv. virtuální elektrárny (viz dále).

⁷²⁵ Účastník řízení totiž využil možnosti poskytnuté zákonem a ve lhůtě požádal o změnu této podmínky. Úřad v roce 2004 svým rozhodnutím nahradil uvedenou podmínku tak, že namísto ní uložil vytvoření tzv. virtuální elektrárny. Účastník řízení v řízení navrhoval alternativně tuto podmínku zcela vypustit (při zachování ostatních podmínek) nebo ji nahradit podmínkou, na jejímž základě by došlo k vytvoření tzv. virtuální elektrárny pro roky 2006 a 2007. ČEZ argumentovaly legislativními změnami, ke kterým došlo v mezidobí (např. zakotvení povinnosti provést funkční a právní oddělení prodeje a distribuce elektrické energie, rozšíření přístupu třetích stran k sítím, zrušení importních a exportních omezení, urychlené otevírání trhu, zavedení ochranných opatření ve prospěch malých zákazníků), reálným vývojem na trhu, kdy mělo dojít k liberalizaci přeshraničního obchodu, vznikem, resp. posílením silných energetických skupin na okolních středoevropských trzích; zvýšit se podle argumentace účastníka měla rovněž příležitost nezávislých výrobců uplatnit svou elektřinu v zahraničí apod.

⁷²⁶ Uvedl mj., že odstraněním technických či administrativních bariér nemusí být dotčeny překážky ekonomické povahy. Podle Úřadu i nadále dovoz elektrické energie nepředstavoval reálnou alternativu domácí výrobě, zejména proto, že ve většině okolních zemí je elektřina podstatně dražší, a tudíž na tuzemském trhu méně konkurenceschopná (podíl dovozu elektřiny na celkové spotřebě činil v letech 2002 cca 9,5%, 2003 cca 8,0% a 2004 cca 4,9%). Podíl nezávislých výrobců na celkové výrobě v ČR v mezidobí dokonce klesl. Podle zkuš-

Úřad však nakonec rozhodl, že právní předpoklady pro změnu uložené podmínky splněny byly a přiklonil se k názoru o podstatném vlivu změny energetické legislativy. V jejich důsledku jednotlivé distribuční společnosti do určité míry ztratily konkurenční výhodu z propojení uvedených činností. Úřad předpokládal, že po této změně se nejvýznamnějšími účastníky trhu s elektřinou ve vztahu k oprávněným zákazníkům stanou soutěžitelé s licenci na obchod. Nově tedy ČEZ namísto splnění povinnosti zbavit se podílu v jedné z jím kontrolovaných distribučních společností měl vytvořit a provozovat tzv. virtuální elektrárnu, a to pro roky 2006 a 2007.⁷²⁷

Postup Úřadu byl patrně motivován jinými než soutěžními hledisky. V jiných případech⁷²⁸ nepovažoval budoucí změnu právní regulace podmínek podnikání v energetice za právně relevantní skutečnost; za skutečnosti relevantní považoval pouze faktické okolnosti ovlivňující situaci na relevantním trhu. V případě změny rozhodnutí ČEZ/REAS již takovou změnu právní regulace považoval nejen za právně relevantní, ale dokonce za skutečnost, která je sama o sobě dostatečným důvodem pro změnu nejvýznamnější podmínky stanovené v původním rozhodnutí. V obou případech přitom šlo o změny legislativy, které měly být zavedeny až v budoucnosti, tedy při neznalosti skutečného dopadu těchto legislativních změn. Navíc Úřad hodnotil situaci na trhu dodávek oprávněným zákazníkům podstatně liberálněji a optimističtěji, než sama Komise.⁷²⁹

ností v prostředí liberalizovaného elektroenergetického sektoru se i nadále dala očekávat geografická věrnost odběratelů a neochota spotřebitelů stávajícího dodavatele elektřiny měnit.

⁷²⁷ Tento projekt spočíval ve zpřístupnění části výrobní kapacity ČEZ (400 MW) nezávislým soutěžitelům na trhu, kteří pak s takto získanou elektřinou budou moci skupině ČEZ konkurovat. K prodeji mělo docházet na základě aukčního principu, což mělo zajistit transparentnost prodeje. Tato podmínka měla mít krátkodobý účinek, neboť má sloužit jako nástroj pro urychlení rozvoje velkoobchodního trhu s elektřinou v situaci, kdy dochází k přibližování cen elektrické energie mezi jednotlivými členskými státy EU.

⁷²⁸ Jak poukazuje R. NERUDA v poslední cit. práci (2008, str. 56 a násl.) s odvoláním na rozhodnutí RWE – změna podmínky...

⁷²⁹ R. NERUDA (tamtéž) poukazuje na to, že Komise ve stejném období zakázala fúzi EDP/ENI/GDP (Rozhodnutí Komise M.3440) a to přesto, že se tato fúze také měla dotýkat elektroenergetického sektoru v Portugalsku, tedy členské zemi EU, jejíž legislativa podléhá harmonizačním a liberalizačním vlivům stejně jako odpovídající právní úprava česká. Komise fúzi zakázala kvůli nebezpečí pro soutěž plynoucímu z potenciálních horizontálních překryvů (nabývaný podnik byl nejpravděpodobnějším konkurentem nabývajících podniku), aniž by se činnost spojujících se podniků překrývala aktuálně.

Samotná změna podmínky a její povaha (vytvoření tzv. virtuální elektrárny) byla vhodným opatřením, umožňujícím řešit základní soutěžní problémy české elektroenergetiky (rostoucí podíl společnosti ČEZ na trhu výroby elektrické energie ve spojení s malými možnostmi získávat elektrickou energii za konkurenceschopných podmínek v zahraničí, a vazba dominantního výrobce na většinu distribučních společností, a tím i na nejvýznamnější konkurenty na trhu dodávek oprávněným zákazníkům). Model virtuálního výrobního zařízení byl jako opatření k nápravě potenciálního narušení soutěže použit i v rozhodnutích Komise.⁷³⁰

Přijaté opatření mělo však jen kvazistrukturální charakter; mohlo sice ovlivnit strukturu trhu podobně jako závazek strukturální, avšak nedotčen zůstal základní neduh behaviorálních závazků: obtíže spojené s kontrolou jejich dodržování. Není jasné, proč bylo nově přijaté řešení posouzeno jako adekvátní náhrada za původně stanovenou strukturální podmínku, jež by byla z povahy věci časově neomezená, a jejíž plnění by bylo snadno kontrolovatelné. Sporné též je, zda závazek byl z hlediska ochrany soutěže přijat na dostatečně dlouhou dobu (dva roky).

12.2.4. ZENTIVA/S. L. PHARMA

Jde o rozhodnutí o spojení dvou významných výrobců generických léčiv, společnosti Léčiva a Slovakofarma, jež je z více důvodů významné. Podstatou spojení bylo nabytí kontroly nad slovenským „národním“ výrobcem generik (společností Slovakofarma) ze strany společnosti Zentiva, která již kontrolovala společnost skupiny Léčiva, významného českého výrobce generických léčiv.

Z výsledku šetření provedeného Úřadem vyplynulo, že spojení soutěžitelů by vedlo k podstatnému zvýšení tržní síly subjektu vzniklého spojením. Toto zvýšení tržní síly mělo být důsledkem rozšíření výrobního portfolia spojením vzniklého subjektu, ve kterém by byla sloučena nabídka produktů dvou nejvýznamnějších výrobců a dodavatelů léčivých přípravků na tuzemský trh. Spojením soutěžitelů by dále došlo k podstatnému nárůstu tržních podílů na některých dotčených relevantních trzích, které přitom nebyly vyrovnány odpovídajícími tržními podíly konkurenčních výrobců působících na daných relevantních trzích.

Nebezpečí podstatného narušení hospodářské soutěže Úřad spatřoval zejména v oblasti cenové (eliminací významných přímých konkurentů docházelo rovněž k eliminaci konkurenčního tlaku, a tím i cenové soutěže), v nebezpečí omezení sortimentu nabízených produktů a v nebezpečí uzavření některých relevantních trhů.

⁷³⁰ Srov. např. rozhodnutí Komise M.1853 *EDF/EnBW* (virtuální elektrárna) či M.2530 *Südzucker/SLS* (virtuální cukrovar).

Úřad navíc v průběhu správního řízení identifikoval významné bariéry vstupu na trh, které zvyšovaly tržní sílu spojením vzniklého subjektu. Nejdůležitější překážky vstupu na trh s humánními léčivými přípravky v nutnosti registrace léčivého přípravku, v zavedených obchodních značkách (ochranných známkách) některých přípravků dodávaných na trh spojujícími se soutěžiteli, dlouholeté tradici ve spotřebě některých přípravků dodávaných na trh spojujícími se soutěžiteli a nastavení systému veřejného zdravotního pojištění, který podporuje levné léčivé přípravky, které v mnoha případech na trh dodávají právě spojující se soutěžitelé.⁷³¹

Další obavy, které Úřad identifikoval a které bezprostředně souvisely s dominantním postavením spojujících se soutěžitelů na uvedených relevantních trzích, spočívaly ve významném posílení vyjednávací síly spojením vzniklého subjektu vůči ostatním subjektům na trhu, ke kterému mělo dojít mj. v důsledku podstatného rozšíření výrobního portfolia.⁷³²

V reakci na obavy Úřadu z narušení hospodářské soutěže účastník řízení přijal závazky, kterými Úřad podmínil své rozhodnutí o povolení spojení.⁷³³

⁷³¹ Při vymezení relevantních trhů s humánními léčivými vycházel Úřad z členění léčiv podle anatomicko-terapeuticko-chemické klasifikace (ATC), která obsahuje 16 základních skupin, které jsou hierarchicky členěny na čtyři úrovně. Pokud jde o obavy z narušení účinné soutěže, Úřad ve svém rozhodnutí identifikoval pět relevantních trhů, na kterých v důsledku uvedeného spojení soutěžitelů mělo dojít k podstatnému zvýšení tržního podílu spojujících se soutěžitelů, což mělo vést, při zvážení všech dalších skutečností ovlivňujících kvalitu hospodářské soutěže na daném relevantním trhu, k vytvoření dominantního postavení spojením vzniklého subjektu, které by mělo za následek podstatné narušení hospodářské soutěže. Šlo o relevantní trhy ostatních antiemetikocholeretik a cholekinetik, cerebrálních a periferních vasodilatantů, nenarkotických analgetik vázaných na lékařský předpis, a nenarkotických analgetik dostupných bez lékařského předpisu.

⁷³² Vzhledem ke skutečnosti, že spojením vzniklý subjekt měl mít ve svém výrobním portfoliu celou skupinu léčivých přípravků, které byly z hlediska své kvality, ceny nebo obchodní značky jedinečné, měl se stát nevyhnutelným obchodním partnerem pro distributorské společnosti působící v oblasti prodeje humánních léčiv. V případě, že by spojující se soutěžitelé vytvořili exkluzivní smluvní vztah pouze s jedním subjektem působícím v oblasti distribuce léčiv, byla by tím ohrožena existence ostatních distribučních společností.

⁷³³ Část závazků spočívala v převedení veškerých aktivit spojených s výrobou a prodejem významných léčivých přípravků na výše uvedených relevantních trzích. V daném případě se jednalo o strukturální závazky, které zakládají změny ve struktuře daných relevantních trhů a které de facto vytvářejí podmínky pro vznik nového soutěžitele nebo pro posílení stávajících konkurentů. Převáděná aktiva tvořila nedělitelný majetkový soubor obsahující všechny prvky (tj. jak hmotná tak i nehmotná aktiva), které jsou nutné k tomu, aby předmět převodu mohl na předmětném relevantním trhu existovat nadále jako reálný konkurent. Tento soubor přitom podle rozhodnutí musel být převeden vždy na jediného nabyvatele. Aby mohly

Kromě uvedených strukturálních (resp. kvazistrukturálních) závazků přijal Úřad i behaviorální závazek za účelem vyloučení možnosti uzavírání exkluzivních distributorských smluv mezi spojením vzniklým subjektem a některým z distributorů léčiv.⁷³⁴

Závazky obsažené ve výroku rozhodnutí, kterými bylo podmíněno povolení posuzovaného spojení, považoval Úřad za dostačující pro odstranění identifikovaných nebezpečí podstatného narušení hospodářské soutěže plynoucího z posuzovaného spojení. Z rozhodnutí je zřejmé, že Úřad vzal v úvahu i zájem spotřebitele na nízké ceně základních léků produkovaných spojujícími se subjekty; Úřad tedy, byť to v rozhodnutí explicitně neuvedl, zhodnotil rovněž tzv. přínosy spojení pro spotřebitele, které zmírnilly negativní dopady spojení na soutěž.

závazky spočívající v převodu léčivých přípravků vést k žádoucí změně tržních struktur, bylo nezbytné, aby se převádějící subjekt, tj. účastník řízení, zavázal vůči nabyvateli a zároveň Úřadu, že se zdrží konkurence ve vztahu k předmětu převodu, a to po určitou, dostatečně dlouhou dobu, po jejímž uplynutí by měly být vytvořeny podmínky pro účinnou soutěž. Na základě uvedených závazků se účastník řízení musel vzdát velmi dobře zavedených značek léčivých přípravků (např. Oxyphyllin a Febichol), které byly naopak dány k dispozici nezávislým subjektům, čímž měly být podle rozhodnutí omezeny překážky vstupu na dané relevantní trhy, a tím posílěna možnost třetích soutěžitelů vstoupit a uchytit se na těchto relevantních trzích.

Další závazky přijaté účastníkem řízení spočívaly v převodu zavedených ochranných známek (Acylpyrin a Kinedryl) třetímu subjektu. Šlo o závazky svou povahou kvazistrukturální, což znamená, že mohly ovlivnit strukturu relevantních trhů, i když se ve své podstatě dotýkaly soutěžního chování. Spojující se soutěžitelé nebudou moci bez souhlasu budoucích majitelů těchto známek užívat označení shodná nebo zaměnitelná s ochrannou známkou pro stejné nebo podobné výrobky, pro které byly známky zapsány. Těmito závazky sice nedošlo přímo ke snížení tržního podílu spojením vzniklého subjektu, nicméně skutečnost, že všeobecně velmi dobře známé ochranné známky na volně prodejné léčivé přípravky získá nový subjekt či současný konkurent, by podle Úřadu měla sama o sobě vést k dostatečně silnému soutěžnímu impulsu na dotčených relevantních trzích. Významný nově přichodí konkurenční potenciál totiž přinese jak výroba přípravku pod danými ochrannými známkami novým soutěžitelem, popřípadě stávajícím konkurentem, tak i ten fakt, že spojením vzniklému subjektu bude ponechána možnost nadále vyrábět co do složení shodný, respektive i původní, přípravek, pouze pod jiným (novým) názvem.

⁷³⁴ Účastník řízení podle uvedeného rozhodnutí nesmí do distributorských smluv zařazovat ustanovení, kterým by takového distributora zvýhodňoval, ale ani znevýhodňoval, oproti ostatním distribučním společnostem, a dále musí zachovat rovné podmínky pro distribuci léčiv vyrobených společnostmi Léčiva a Slovakofarma.

12.2.5. MAKRO/SPAR/METSPA

Na sklonku roku 2002 byla Úřadu notifikována dohoda o spolupráci uzavřená mezi společnostmi MAKRO a SPAR, na základě níž mělo dojít k založení společného podniku, společnosti METSPA, ve kterém měla mít každá ze smluvních stran 50% podíl na základním kapitálu. Zatímco MAKRO v době transakce působilo zejména v oblasti velkoobchodního prodeje zboží registrovaným zákazníkům, SPAR byla aktivní v maloobchodním prodeji. METSPA pak podle uvedené dohody měla společně SPAR a MAKRO poskytovat služby nevýhradního obchodního zastoupení ve vztahu k dodavatelům zboží, které mělo být následně prodáváno v sítích MAKRO a SPAR. METSPA měla při obchodním zastoupení vždy postupovat podle pokynů mateřských společností, kterým měla poskytovat informace o průběhu a výsledcích obchodního jednání. Smlouvy s dodavateli zboží měly být uzavírány přímo samotnými společnostmi MAKRO a SPAR a společnost METSPA neměla být oprávněna takové smlouvy uzavírat nebo podepisovat. Rovněž dodávky měly být realizovány přímo jednotlivými dodavateli společně s MAKRO a SPAR.

Úřad se ještě před meritorním posouzením transakce musel zabývat otázkou, zda tato transakce vůbec představuje spojení soutěžitelů ve smyslu soutěžního zákon. Vzhledem k tomu, že mělo dojít ke vzniku společného podniku, bylo klíčové posoudit, zda se bude jednat o koncentrativní společný podnik ve smyslu § 12 odst. 4 nebo o kooperativní společný podnik ve smyslu § 12 odst. 5. Protože se jednalo o první případ tohoto druhu, jehož posouzení nebylo *prima facie* jednoznačné, bylo třeba, aby Úřad zřetelně vymezil kritéria posouzení transakce z pohledu aplikace uvedených dvou ustanovení. Díky tomu lze rozhodnutí *MAKRO/SPAR/METSPA* považovat za „*leading case*“, pokud jde o posuzování existence jurisdikce Úřadu ve vztahu ke společným podnikům.⁷³⁵

⁷³⁵ Podle § 12 odst. 4 ZOHS ve znění před novelou č. 340/2004 Sb. se za spojení soutěžitelů považovalo založení nového soutěžitele společně kontrolovaného více soutěžiteli, který dlouhodobě plní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, jestliže toto spojení nemá za cíl ani za následek koordinaci soutěžního chování zakladatelů společného podniku. Společná kontrola byla v daném případě jednoznačně dána a proto se mohla pozornost Úřadu soustředit na splnění zbývajících podmínek aplikace uvedeného ustanovení, tj. koncentrativní charakter společného podniku a absenci koordinace společného podniku. Proto Úřad zkoumal, zda zakladatelé budou i nadále působit samostatně v těžce oblastí podnikání, má-li být fungování společně kontrolovaného podniku postaveno na trvalých základech a bude-li společný podnik plnit všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, a to takové funkce, které na stejném trhu plní ostatní srovnatelné společnosti. Aby tomu tak bylo,

Dále se posuzovalo, zda založení společného podniku bude mít za následek trvalou změnu struktury zúčastněných společností.⁷³⁶ Dlouhodobost trvání společnosti METSPA dovedil Úřad z doby, po kterou měla dohoda o spolupráci mezi zakladateli platit. Naopak, šetření Úřadu neprokázala, že by společnost METSPA měla významnou část služeb poskytovaných zakladatelům nabízet též volně na trhu jiným subjektům, a to přesto, že obchodní zastoupení mělo být vykonáváno *stricto sensu* na nevýlučné bázi. Přitom, jak Úřad uvedl, skutečnost, že společný podnik se aktivně účastní soutěže na trhu, je nutno považovat za jeden z hlavních předpokladů pro to, aby založení společného podniku mohlo být považováno za spojení podle § 12 odst. 4 ZOHS. Podle Úřadu rovněž nebylo možné učinit srovnání postavení společností METSPA s postavením ostatních společností působících na stejném trhu, neboť, jak potvrdili zakladatelé, společný podnik neměl mít žádné konkurenty, resp. na tomtéž trhu neexistovaly žádné jiné společnosti. Podmínka ukončení samostatného a nezávislého působení zakladatelů na trhu, na němž měl působit společný podnik, rovněž splněna nebyla: společnosti MAKRO a SPAR měly totiž vykonávat všechny činnosti, jež budou předmětem činnosti METSPA, i nadále rovněž samostatně. Pokud jde o přístup k dostatečným zdrojům, Úřad poukázal, že METSPA bude závislá na zdrojích svých zakladatelů, když její činnost bude financována převážně z plateb zakladatelů za služby jim poskytované, které mají zahrnovat i náklady na provoz společnosti, a to včetně systému čtvrtletních záloh na provozní náklady společnosti. Tento nestandardní způsob financování činnosti METSPA byl posouzen jako indicie, že společnost nemá na trhu vystupovat jako samostatná hospodářská jednotka se všemi běžnými funkcemi.

Jak dále rozhodnutí uvádí, společný podnik nelze považovat za soutěžitele se všemi atributy samostatné hospodářské jednotky, pokud má pouze převzít zcela nebo zčásti jednu z funkcí svých zakladatelů, aniž by měl plný přístup k trhu. Tak tomu bylo i v komentovaném případě, kdy společný podnik měl plnit pouze funkci

musí mít společný podnik podle uvedeného rozhodnutí přístup k dostatečným zdrojům pro svoji činnost (finance, zaměstnanci, aktiva, vedoucí pracovníci) a musí též poskytovat významnou část svých služeb volně na trhu i jiným subjektům, než pouze svým zakladatelům. Praktickým důkazem významu rozhodnutí MAKRO/SPAR/METSPA je skutečnost, že se na něj hojně odkazuje v následujících rozhodnutích Úřadu týkajících se posuzování společných podniků, srov. např. *AGROFERT/AFG Holding/AGF LOGISTICS*.

⁷³⁶ Při formulaci uvedených kritérií a hodnocení jejich splnění vyšel Úřad ze Sdělení Komise o konceptu plně funkčních společných podniků podle Nařízení č. 4064/89 a z rozhodovací činnosti Komise (např. *ENW/Eastern, RSB/TENEX/Fuel Logistic* nebo *Electrabel/Energia Italiana/Interpower*).

zprostředkovatele nákupů svých zakladatelů a kdy podíl hodnoty zboží přidané činností METSPA měl být zanedbatelný.

Zejména z výše uvedených důvodů Úřad usoudil, že společnost METSPA nebude plnit funkce samostatné hospodářské jednotky, která by nebyla zaměřena pouze na určité činnosti vykonávané ve prospěch jejích zakladatelů a že působení společnosti METSPA naopak může mít za následek koordinaci jednání jejích zakladatelů. Proto vydal rozhodnutí, kterým deklaroval, že založení společného podniku METSPA není spojením soutěžitelů ve smyslu soutěžního zákona.⁷³⁷

12.3. NĚKTERÉ VNĚJŠÍ FAKTORY OVLIVŇUJÍCÍ ROZHODOVÁNÍ O FÚZÍCH PO R. 2004

V roce 2004 došlo ke dvěma významným skutečnostem, které se musely projevit v rozhodovací činnosti Úřadu; šlo o vstup České republiky do Evropské unie a o novelizaci zákona zákonem č. 340/2004 Sb.

12.3.1. VSTUP ČESKÉ REPUBLIKY DO EVROPSKÉ UNIE

Dne 1. 5. 2004 nabyla účinnosti Smlouva o přistoupení nových členských států k Evropské unii⁷³⁸, na jejímž základě se ČR stala plnoprávným členem EU. V důsledku této skutečnosti se evropské právo, resp. právo ES jako celek stalo na území ČR závazným a plně aplikovatelným. V oblasti hospodářské soutěže se pak od 1. května 2004 na české soutěžitele a jejich jednání na tuzemském trhu vztahují, má-li takové jednání dopad na obchod mezi členskými státy, veškerá pravidla evropského soutěžního práva tak, jak jsou stanovena v čl. 81 a 82 SES, v nařízeních Rady a Komise a rozsáhlé judikatuře Evropského soudního dvora a Soudu prvního stupně. Situace českého soutěžitele se k 1. květnu 2004 významně změnila. Od tohoto data může být jeho soutěžní jednání komunitárním právem poměřováno.⁷³⁹ Bezprostředním důsledkem vstupu ČR do EU z pohledu činnosti Úřadu

⁷³⁷ Více k tomuto rozhodnutí, jakož i k dalším otázkám založení společného podniku z pohledu soutěžního práva srov. NERUDA, R.: *Společný podnik jako spojení soutěžitelů z pohledu práva na ochranu hospodářské soutěže*, Právní rozhledy 2004, č. 1.

⁷³⁸ Text smlouvy byl zveřejněn ve Sbírce mezinárodních smluv sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 44/2004 Sb. m.s.

⁷³⁹ k této problematice srov. dále např. RAUS, D.: *Ochrana hospodářské soutěže na společném trhu ES a situace v ČR po 1. květnu 2004*, Právní zpravodaj 2003, č. 12, str. 1 a násl.

je pak vznik jeho oprávnění a povinnosti aplikovat evropské soutěžní právo, a to případně i paralelně vedle aplikace českého zákona.

Rok 2004 byl však rovněž rokem zásadních změn samotného evropského soutěžního práva. Pro tyto změny se vžilo označení modernizace evropského soutěžního práva. V rámci modernizace byla přijata celá řada nových právních a metodických předpisů, kterými došlo k modifikaci postupů při aplikaci hmotně-právních pravidel ochrany soutěže v EU.

Těžiště modernizace evropského soutěžního práva spočívalo v oblasti antitrustu, resp. právní úpravě zákazu dohod narušujících soutěž a zákazu zneužití dominance. Hlavním momentem modernizace se stalo přijetí nového *Nařízení Rady č. 1/2003 o provádění pravidel soutěže upravených v čl. 81 a 82 Smlouvy ES* (dále též „*Nařízení 1/2003*“), jež nabylo účinnosti rovněž 1. května 2004 a které značně změnilo mechanismus aplikace čl. 81 a 82 Smlouvy ES ze strany Komise, národních soutěžních úřadů a národních soudů. K této problematice se tato publikace vyjadřuje i na jiných místech této práce.⁷⁴⁰

K významné změně došlo rovněž v oblasti právní úpravy kontroly komunitárních fúzí a akvizicí. Dne 1. května 2004 totiž nabylo účinnosti též nové *Nařízení Rady č. 139/2004 o kontrole spojování mezi podniky* (dále též „*Nařízení o fúzích*“), které nahradilo více než 14 let staré *Nařízení Rady č. 4064/89* upravující stejnou problematiku. Toto nové *Nařízení o fúzích* se pak stalo od uvedeného data přímo aplikovatelným a bezprostředně závazným i v České republice.⁷⁴¹ Jedním z praktických důsledků nové úpravy je, že podléhá-li konkrétní spojení podniků ve smyslu čl. 3 *Nařízení o fúzích*, jež je zároveň spojením soutěžitelů ve smyslu § 12 ZOHS, povolení Komise proto, že jsou splněna kritéria tzv. komunitární dimenze stanovená v čl. 1 odst. 2 a 3 *Nařízení o fúzích*, pak toto spojení již nepodléhá povolení ze strany Úřadu na základě ZOHS, a to i když jsou splněna notifikační kritéria uvedená v § 13 ZOHS. Takové spojení bude přitom Komise posuzovat z hlediska jeho slučitelnosti se společným trhem na základě kritérií uvedených v *Nařízení o fúzích*. Naopak, není-li dána u spojení soutěžitelů, které splňuje kritéria stanovená v § 13 ZOHS, komunitární dimenze ve smyslu *Nařízení o fúzích*, podlé-

a NERUDA, R.: *Modernizace evropského soutěžního práva a její dopad na české soutěžitele (aneb co přinesl převratný rok 2004)* – Část II, Právní fórum 2005, č. 1, str. 24 a 25.

⁷⁴⁰ Z přehledových článků k této tématice srov. např. NERUDA, R.: *Modernizace...* (cit. výše); TICHÝ, L.: *Změna paradigmatu evropského soutěžního práva a její význam pro Českou republiku*, Právní rozhledy 2004, č. 2, str. 61 a násled.

⁷⁴¹ Této problematice se věnuje tato publikace i na jiných místech. Popis přehledu změn obsažených v uvedeném nařízení podal např. NERUDA, R.: *K novému nařízení Rady o kontrole spojování podniků*, Právní rozhledy 2004, č. 9, str. 352 a násled.

há toto spojení povolení Úřadu, který jej bude posuzovat z hlediska slučitelnosti s českým soutěžním zákonem.

*Modelové situace splnění notifikačních kritérií
a dopad na působnost Komise a Úřadu*

Varianta spojení	Jsou splněny znaky spojení soutěžitelů podle § 12 ZOHS a jsou splněna obratová kritéria podle § 13 ZOHS?	Jsou splněny znaky spojení podniků podle čl. 4 Nařízení a je dána komunitární dimenze podle čl. 1 Nařízení?	Který soutěžní úřad posuzuje spojení?
A	ne	ne	žádný
B	ano	ne	Úřad
C	ne	ano	Komise
D	ano	ano	Komise

Do 30. dubna 2004 měl Úřad pravomoc posuzovat i ta spojení soutěžitelů, jež zároveň splňovala komunitární dimenzi, a proto podléhala povolení Komise. V mnoha případech tedy docházelo k dvojímu posuzování totožné transakce: jednou ze strany Komise co do dopadů spojení na obchod mezi členskými státy, po druhé ze strany Úřadu co do dopadů spojení na hospodářskou soutěž na trhu České republiky.⁷⁴²

Po 1. květnu 2004 pak takové spojení podléhá pouze povolení Komise a naopak Úřad nesmí český soutěžní zákon na takový případ vůbec aplikovat. Tato skutečnost by sama o sobě měla vést k poklesu absolutního počtu posuzovaných spojení soutěžitelů. V důsledku samotného vstupu ČR do EU by tak z kompetence měla

⁷⁴² Neexistuje žádná oficiální statistika, z níž by bylo možné dovodit, o jak častý případ šlo; lze odhadnout, že zhruba v 10 až 20% případů spojení podléhající povolení Úřadu podléhalo rovněž povolení Komise; z případů posuzovaných tímto materiálem šlo např. o spojení *LNM/Polskie Huty Stali* (viz dále).

být vyňata zejména spojení, jež jsou kromě podmínek soutěže na tuzemském trhu schopna ovlivnit i stav konkurence v širším geografickém rámci.

Ze změn, jež přineslo nové Nařízení o fúzích a které mohou mít přímý dopad na rozhodovací činnost Úřadu, je velmi významné zdokonalení systému předávání případů (tzv. *referrals*). Systém předávání případů umožňuje, aby za souhlasu členských států bylo spojení, jež nemá komunitární dimenzi, avšak podléhá povolení v několika členských státech, posuzováno Komisí. Naopak v situacích, kdy spojení přes splnění notifikačních kritérií stanovených Nařízením o fúzích ovlivňuje soutěž převážně na trhu v rámci jednoho členského státu a nemá významné přeshraniční efekty, Nařízení o fúzích připouští, aby Komise případ „předala“ k řešení národnímu soutěžnímu úřadu. Upravená pravidla přenosu působnosti k posuzování spojení mezi Komisí, na straně jedné, a národními soutěžními úřady (a tedy i Úřadem), na straně druhé, jsou obsažena v čl. 4, 9 a 22 Nařízení o fúzích.

Podle čl. 9 Nařízení o fúzích může Komise předat spojení, které jí bylo řádně notifikováno, k posouzení kompetentním orgánům členských států; předat přitom může případ celý nebo jeho část. Toto předání přitom mohou iniciovat přímo strany spojení, a to písemným podáním směřovaným Komisi ještě před vlastní notifikací. Aplikace pravidel předávání případů od Komise k národním soutěžním úřadům upravených v uvedeném ustanovení může vést k následující modelové situaci:

jestliže Úřad usoudí, že spojení, jež je notifikováno Komisi, může narušit hospodářskou soutěž na trhu na území ČR a toto území představuje samostatný trh ve smyslu Nařízení o fúzích, může o tom informovat Komisi. Pokud ta zjistí, že uvedené podmínky jsou splněny, může Úřadu případ předat k vyřešení. Komise však může spojení k posouzení předat rovněž na návrh účastníků spojení ještě před notifikací, avšak pouze se souhlasem Úřadu. V případě, kdy je spojení předáno Komisi k posouzení Úřadu, aplikuje český soutěžní úřad na spojení své vlastní hmotněprávní i procesní předpisy, tj. český soutěžní zákon a podpůrně též správní řád; kromě toho je však vázán v Nařízení o fúzích stanovenou, avšak blíže neupřesněnou, povinností „rozhodnout bez zbytečného odkladu“.

Podmínky předávání případů Komisi k posouzení jsou upraveny v čl. 22 Nařízení o fúzích. Jeden nebo více členských států (resp. národních soutěžních úřadů) může totiž požádat Komisi, aby prošetřila transakci, která je spojením podniků ve smyslu čl. 3 Nařízení o fúzích, avšak která nemá komunitární dimenzi, neboť nesplňuje obratová kritéria stanovená v čl. 1 odst. 2 a 3 Nařízení o fúzích, která však může podstatně ovlivnit soutěž na území členského státu, resp. členských států, jimiž je žádost podána. Kterýkoli členský stát se může připojit k původní žádosti. Rozhodnutí, zda se bude předmětným spojením zabývat, náleží Komisi.

Jakmile Komise rozhodne o převzetí případu, nesmí žádný z členských států, které podaly žádost o převzetí případu, na spojení aplikovat vnitrostátní soutěžní předpisy. To neplatí ve vztahu k ostatním členským státům, které se k žádosti nepřipojily (čl. 22 Nařízení o fúzích tak prolamuje princip „one-stop shop“, neboť v jeho důsledku může být jedno spojení posuzováno na jedné straně Komisí a na straně druhé jedním nebo více soutěžními úřady členských států). Komise může příslušné členské státy k podání žádosti dokonce vyzvat. Předán Komisi však vždy může být pouze celý případ, nikdy pouze jeho část. I zde mohou o předání případu Komisi požádat sami účastníci spojení v přednotifikační fázi, a to v případě, že by spojení jinak podléhalo povolení v nejméně třech členských státech. Podmínky takového postupu jsou upraveny v čl. 4 odst. 5 Nařízení o fúzích. Pokud žádný z dotčených členských států nevyjádří svůj nesouhlas s převzetím případu Komisí, uplatní se fikce, že dané spojení má komunitární dimenzi (oprávnění aplikovat na spojení své soutěžní právo jsou pak zbaveny všechny členské státy). V takovém případě je spojení notifikováno Komisi v souladu s požadavky stanovenými komunitární právním.

Mechanismus zakotvený v čl. 22 Nařízení o fúzích v praxi znamená, že Úřad, je-li mu notifikováno spojení, které podle jeho názoru může narušit obchod mezi členskými státy a zároveň i hospodářskou soutěž na území ČR, může požádat Komisi o převzetí a vyřešení tohoto případu (Komise jej k takovému kroku může též vyzvat). Úřad se rovněž může k obdobné žádosti jiného národního soutěžního úřadu připojit. K takovým krokům se nevyžaduje souhlas účastníků a Komise může o převzetí případu rozhodnout i proti jejich vůli. Jakmile se tak stane, jsou pro posouzení spojení rozhodná hmotněprávní a procesní ustanovení komunitárního práva a český soutěžní zákon se na předmětné spojení vůbec neaplikuje. Jestliže však Komisi o posouzení spojení, jež je předmětem správního řízení vedeného Úřadem, požádají jiné národní soutěžní úřady a český Úřad se k takové žádosti nepřipojí, spojení i nadále podléhá povolení Úřadu podle pravidel stanovených soutěžním zákonem, a to případně paralelně vedle povolení ze strany Komise. Jestliže účastníci spojení, které by jinak podléhalo povolení v ČR a nejméně dvou dalších členských státech, požádají před podáním notifikace o převzetí případu Komisí, a na dotaz Komise Česká republika prostřednictvím Úřadu ani žádný jiný dotčený členský stát s tímto převzetím nevyjádří svůj nesouhlas, pak takové

spojení nepodléhá povolení Úřadu, nýbrž podléhá povolení Komise, jíž také musí být přímo notifikováno.⁷⁴³

12.3.2. ZMĚNY LEGISLATIVNÍHO RÁMCE V ČR V ROCE 2004 A POZDĚJI

Od 1. července 2001 byla kontrola spojování podniků v ČR upravena v hlavě čtvrté ZOHS. Základními principy této právní úpravy byla zásada obligatorní notifikace spojení, jež splňují zákonem stanovená obratová kritéria, a systém dvoufázového řízení o návrhu na povolení spojení (kdy drtivá většina spojení, která nezpůsobují obavy z narušení soutěže, je schválena ve lhůtě jednoho měsíce od podání návrhu, a pouze ta nejzávažnější spojení jsou hloubkově šetřena ve druhé fázi, která trvá nejdéle čtyři dodatečné měsíce).

V českém soutěžním zákoně byl od roku 2001 aplikován základní substantivní test posouzení spojení soutěžitelů⁷⁴⁴, podle něhož Úřad musí spojení soutěžitelů zakázat (resp. návrh na povolení spojení soutěžitelů zamítnout) v případě, kdy by toto spojení mělo za následek podstatné narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu; na základě soutěžního zákona z roku 2001 bylo spojení posuzováno toliko z pohledu *soutěžních* kritérií, a nikoliv též z pohledu veřejného zájmu, jako to bylo podle dřívější právní úpravy (tj. podle zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů).

V přímé souvislosti s přijetím Nařízení 1/2003 a přípravou dalších součástí tzv. modernizačního balíčku na komunitární úrovni se v ČR objevily úvahy o potřebě reagovat na modernizaci evropského soutěžního práva úpravou vnitrostátní právní úpravy soutěžního práva. Vzhledem k tomu, že některá ustanovení Nařízení 1/2003 vyžadovala provedení ve vnitrostátní právní úpravě (např. pravidla o součinnosti mezi Komisí a národními soutěžními úřady při šetření vedených podle čl. 81 a 82 Smlouvy ES), bylo v roce 2003 rozhodnuto o přípravě vládního návrhu zákona, který by novelizoval stávající soutěžní zákon, popř. jiné právní předpisy.⁷⁴⁵

⁷⁴³ Bližší výklad problematiky předávání případů podávají RAUS, D. – NERUDA, R.: *Fúze a akvizice na společném trhu ES a jejich posuzování z pohledu soutěžního práva v režimu platném po 1. květnu 2004*, Právní zpravodaj 2004, č. 5, str. 1 a násl.

⁷⁴⁴ Podrobněji se mu věnujeme na jiném místě práce.

⁷⁴⁵ Uskutečněna byla např. novelizace zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů (nově zavedeno řízení o předběžném souhlasu soudu s provedením šetření soutěžního úřadu v tzv. jiných než obchodních prostorách), novelizace zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů (zvýšení poplatku za

V průběhu legislativních prací bylo rozhodnuto, že kromě výše uvedeného nezbytného promítnutí nových procesních pravidel platných na úrovni EU bude příležitost novelizace využita i k prosazení dalších změn právní úpravy.

Typově šlo o dvě skupiny změn. První skupina byla zdůvodňována vhodností harmonizovat český soutěžní zákon s novými, zejména procesními, pravidly stanovenými v Nařízení 1/2003, resp. v právní úpravě posuzování komunitárních fúzí a akvizicí tak, aby soutěžitelé působící na nadnárodní úrovni byli i v ČR vystaveni v zásadě stejnému procesnímu režimu aplikace jinak téměř identických hmotně-právních soutěžních pravidel. Druhá skupina pak měla být promítnutím dosavadních zkušeností s aplikací soutěžního zákona od roku 2001; tyto změny měly odstranit v této době identifikované nedostatky původního textu. Změny provedené v hlavě čtvrté ZOHS, tedy v oblasti pravidel posuzování spojování soutěžitelů, lze zařadit do posléze dvou uvedených skupin. Novela ZOHS byla přijata jako zákon č. 340/2004 Sb., který nabyl účinnosti 2. června 2004 (dále též „první novela“).⁷⁴⁶

Mezi základní změny zavedené první novelou v oblasti kontroly spojování soutěžitelů patřily:

- zpřesnění definic jednotlivých typů spojení soutěžitelů,
- zpřesnění konstrukce notificačních kritérií,
- zvýšení hodnot notificačních kritérií,
- zpřesnění pravidel výpočtu obrátu spojujících se soutěžitelů,
- zrušení lhůty pro podání návrhu na povolení spojení,
- zpřesnění vztahu řádné notifikace k zahájení správního řízení a běhu lhůt pro rozhodnutí,
- zrušení možnosti ukládat podmínky povolení spojení,
- stanovení lhůt pro podání návrhu závazků ve prospěch zachování soutěže,
- zakotvení obligatorního prodloužení lhůt pro vydání rozhodnutí,
- posílení vyšetřovacích oprávnění Úřadu,

podání návrhu na povolení spojení), zvažována, avšak nakonec nerealizována byla i novelizace zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním (trestní řád), ve znění pozdějších předpisů

⁷⁴⁶ Kromě uvedené „první novely“ došlo v roce 2004 ještě k jedné novelizaci soutěžního zákona, jež byla provedena zákonem č. 484/2004 Sb. (který nabyl účinnosti dne 7. září 2004) a jejímž cílem bylo vyloučit z působnosti soutěžního zákona jednání soutěžitelů v oblasti zemědělské výroby a obchodu se zemědělskými výrobky, pokud je toto jednání v souladu s právem ES („druhá novela“). Ke kritice této věcně nekonzistentní novely chabé legislativní úrovně srov. RAUS, D.: *Nad další (tentokrát problematickou) novelou zákona o ochraně hospodářské soutěže*, Právní zpravodaj 2004, č. 10.

- zvýšení správního poplatku za podání návrhu na povolení spojení.

Jednotlivé základní změny, jakož i nejvýznamnější přechodná ustanovení, jsou dále stručně rozebrány.

12.3.2.1. Zpřesnění definic jednotlivých typů spojení soutěžitelů

Podle § 12 odst. 2 bylo spojením soutěžitelů i nabytí podniku jiného soutěžitele nebo jeho podstatné části smlouvou. Novela zákona odstranila dřívější bezdůvodně omezující odkaz na smlouvu o prodeji podniku. Nově tedy za spojení podle uvedené ustanovení mohlo být považováno nabytí podniku na základě jakékoliv (tedy třeba i inominátní) smlouvy. Důraz se kladl na sledování materiálních znaků, které převod podniku zakládají. Mimosmluvní nabytí podniku (tj. jeho nabytí na základě jiné právní skutečnosti – např. v dražbě nebo děděním) bylo i nadále považováno za spojení soutěžitelů pouze tehdy, jestliže byly splněny podmínky generální klauzule podle § 12 odst. 3 ZOHS.

Ustanovení § 12 odst. 4 a 5 ZOHS upravovala podmínky, za nichž lze založení společného podniku považovat za spojení soutěžitelů, resp. kdy tuto skutečnost bylo třeba posuzovat podle pravidel platných pro dohody narušující soutěž. Novelizací bylo znění těchto ustanovení zpřesněno tak, že nově dopadala na všechny situace, kdy došlo k vytvoření *joint-venture*, který však nebyl formálně vzato nově založeným nebo vzniklým právním subjektem. Důvodová zpráva k první novele v této souvislosti uvádí příklad, kdy v tzv. „spicí společnosti“ nabudou společnou kontrolu dva soutěžitelé, aniž by tuto společnost museli nutně jako „novou“ založit.

12.3.2.2. Zpřesnění konstrukce notifikačních kritérií

Notifikační kritéria, tj. kritéria určující, zda spojení soutěžitelů ve smyslu § 12 podléhá povolení Úřadu či nikoliv, byla upravena v § 13. Tato kritéria byla stanovena ve formě prahových hodnot obrátů, resp. společných obrátů dosažených spojujícími se soutěžiteli, a to alternativně.

Původní konstrukce kritérií obsažená v původním znění soutěžního zákona byla oprávněně kritizována proto, že nezakládala dostatečný lokální nexus k jurisdikci Úřadu (tedy že vztah spojení, jež podle těchto kritérií podléhala povolení Úřadu, k území ČR nebyl dostatečně těsný).⁷⁴⁷

⁷⁴⁷Podle původní zákonné konstrukce dostačovalo, pokud byly potřebné hodnoty obrátu dosaženy pouze v zahraničí, a povolení Úřadu tedy teoreticky podléhala i spojení těch zahra-

Podle novelizovaného znění § 13 (k jeho znění srov. tabulku č. 1) byla notifikační kritéria stanovena i nadále alternativně jako kombinace národních a celosvětových obrátů spojujících se soutěžitelů; pro příště však pro založení notifikační povinnosti nepostačovalo splnění hranice celkového celosvětového obrátu. Požadavek dosažení nemalé výše obrátu na trhu ČR, jež musel být nově vždy splněn, a to zpravidla soutěžitelem, nad jehož podnikem je kontrola nabývána, zajišťoval oproti původní úpravě pevný vztah k domácímu trhu (tedy již zmíněný lokální nexus). Došlo tak k eliminaci povinnosti notifikovat spojení, která splňují pouze kritérium celosvětového obrátu, aniž by nabývaná společnost měla jakoukoliv významnou účast na hospodářské soutěži v ČR. Tím rovněž pominula potřeba existence výše uvedeného výkladového stanoviska.

12.3.2.3. Zvýšení prahových hodnot notifikačních kritérií

Výše uvedené zpřesnění textu § 13, resp. zdokonalení vazby tam uvedených notifikačních kritérií k tuzemské jurisdikci, bylo však doplněno rovněž podstatným nárůstem absolutní výše prahových hodnot obrátu, při jejichž dosažení předmětné spojení podléhalo povolení Úřadu. Podle novelizovaného znění § 13 musel být společný čistý obrát spojujících se soutěžitelů dosažený na území ČR vždy vyšší než 1,5 miliardy Kč (oproti původním 550 milionům Kč) a obrát alespoň dvou ze spojujících se soutěžitelů musí být vyšší než 250 milionů Kč (namísto původních 200 milionů Kč).⁷⁴⁸

ničních subjektů, jež na trhu ČR nebyly vůbec aktivní. Tento nedostatek byl aplikační praxí řešen pomocí výkladu § 1 odst. 3, podle něhož se soutěžní zákon vztahuje sice i na jednání soutěžitelů, k němuž došlo v cizině, avšak pouze pokud toto jednání narušuje nebo může narušit hospodářskou soutěž na území ČR, a rovněž s využitím mimoprávního dokumentu – výkladového stanoviska k povinné notifikaci spojení soutěžitelů uskutečněných v zahraničí. Přesto původní konstrukce § 13 vedla k podstatnému nárůstu notifikovaných spojení oproti situaci podle předchozí právní úpravy a zejména k velkému množství správních řízení o povolení spojení soutěžitelů, která přitom měla zcela marginální dopad na hospodářskou soutěž v ČR.

⁷⁴⁸ V případě, že je na území ČR aktivní pouze jeden, rozuměno nabývaný, soutěžitel, pak jeho obrát dosažený na tomto území, jakož i celosvětový obrát alespoň jednoho ze „zbyvajících“ zúčastněných soutěžitelů, musí být vyšší než 1,5 miliardy Kč. K cílům této nové právní úpravy prahových hodnot a hypotézám jejich dopadu na kvantitativní a kvalitativní stránku rozhodovací činnosti Úřadu, jakož i k ověření těchto hypotéz viz níže.

12.3.2.4. Zpřesnění pravidel výpočtu obratu spojujících se soutěžitelů

Souvislost s předchozími dvěma body má i další změna, jejímž cílem bylo zkvalitnění pravidel pro výpočet společného obratu spojujících se soutěžitelů, a tím i dosažení většího souladu s obdobnými pravidly platnými v evropském soutěžním právu. Původní znění totiž připouštělo výklad (jež byl akceptován aplikační praxí), že za určitých okolností může být při výpočtu společného obratu zohledněn i obrat dosažený soutěžitelem (soutěžiteli) a s ním (nimi) spojenými osobami, který (kteří) kontrolu nad podnikem ztrácejí.

Tímto výkladem opět docházelo k rozměňování lokálního nexu k teritoriu ČR u některých spojení, jež při akceptaci uvedeného názoru povolení Úřadu podléhala. Proto § 14 odst. 2 písm. b) a c) zákona ve znění po první novele nově stanovil, že do společného obratu se zahrnují obraty dosažené osobami, které budou spojující se soutěžitele kontrolovat po uskutečnění daného spojení (a nikoli obecně osobami, které spojující se soutěžitele kontrolují před spojením), a osobami, které kontroluje osoba, která bude spojující se soutěžitele kontrolovat po uskutečnění daného spojení (a nikoli obecně osobami, které kontroluje stejná osoba, jež kontroluje nejméně jednoho ze spojujících se soutěžitelů). Obraty dosahované skupinou, jež před spojením kontrolovala podnik, nad nímž je získávána kontrola ze strany třetího subjektu, tak podle této právní úpravy nebyly při výpočtu společného obratu spojujících se soutěžitelů relevantní.

12.3.2.5. Zrušení lhůty pro podání návrhu na povolení spojení

Podle původního znění § 15 odst. 3 měli spojující se soutěžitelé povinnost podat návrh na povolení spojení do sedmi dnů ode dne uzavření smlouvy zakládající spojení nebo jiného způsobu získání kontroly nad jiným soutěžitelem. Tato povinnost, jež byla převzata z komunitární právní úpravy kontroly spojování podniků⁷⁴⁹, byla často kritizována podnikatelskou veřejností pro svou problematickou uskutečnitelnost. Strany spojení poukazyvaly, že je zpravidla nemožné v takto krátkém termínu shromáždit veškeré potřebné podklady a informace a vytvořit složitý notifikační návrh, a to zvláště v situaci, kdy se jedná o nadnárodní spojení, které je notifikováno v mnoha zemích. V takových případech totiž kromě výše uvedených problémů nastávají i potíže logistické, jazykové apod.

V praxi Úřadu vedla tato situace často k nedodržování stanovené notifikační lhůty, nebo podávání „blanketních“, resp. neúplných notifikací s cílem dodržet

⁷⁴⁹ Srov. čl. 4 odst. 1 dřívějšího Nařízení č. 4064/89.

stanovené lhůty; takové notifikace byly v průběhu správního řízení pravidelně doplňovány. Úřad jako zpracovatel návrhu novely soutěžního zákona nakonec přisvědčil argumentaci části podnikatelské a odborné veřejnosti, podle něhož existence takové povinnosti není nutná. Strany spojení měly totiž na jiném místě soutěžního zákona stanovenou povinnost neuskutečňovat spojení přede dnem právní moci rozhodnutí o povolení⁷⁵⁰, jejíž porušení mohlo být ze strany Úřadu sankcionováno, a to pokutou až do výše 10 milionů Kč nebo 10% obratu spojujících se soutěžitelů za předcházející účetní období, popř. též uložením nápravného opatření spočívajícího v rozdělení uskutečněného spojení⁷⁵¹. Povinnost podat návrh ve lhůtě sedmi dnů tedy byla v soutěžním zákoně, stejně jako v Nařízení o fúzích bez náhrady vypuštěna.

12.3.2.6. Zpřesnění vztahu řádné notifikace k zahájení správního řízení a běhu lhůt pro rozhodnutí

S výše komentovanou změnou do jisté míry souvisí i nové stanovení okamžiku zahájení správního řízení. Podle předchozí právní úpravy se uplatnilo obecné pravidlo vyplývající ze správního řádu, podle něhož bylo správní řízení (zahajované na návrh) zahájeno dnem, kdy byl návrh na zahájení řízení doručen správnímu orgánu, a to i když tento návrh neměl veškeré náležitosti⁷⁵². Tyto vady návrhu musely být v praxi ze strany Úřadu odstraňovány postupem podle § 19 odst. 3 správního řádu, což bylo časově náročné a vedlo to k faktickému zkracování zákonem stanovené lhůty pro vydání rozhodnutí⁷⁵³. Proto podle novelizovaného znění ZOHS (§ 15 odst. 4) bylo řízení o povolení spojení zahájeno až dnem, kdy byl Úřadu doručen návrh na povolení spojení obsahující všechny náležitosti stanovené zákonem a prováděcí vyhláškou⁷⁵⁴. Oprávnění Úřadu vyžádat si dodatečně

⁷⁵⁰ Srov. tehdejší znění § 18 odst. 1 ZOHS.

⁷⁵¹ Srov. tehdejší § 22 odst. 2 a § 23 odst. 1 ZOHS; k této problematice, zejm. k problematice omezené použitelnosti § 18 odst. 2 ZOHS srov. RAUS, D., NERUDA, R.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy*. Linde Praha, 2004, str. 324 až 326.

⁷⁵² Srov. § 18 odst. 2 správního řádu v tehdy aktuálním znění.

⁷⁵³ Přičemž lhůta pro vydání rozhodnutí se stavěla teprve v okamžiku doručení výzvy k odstranění nedostatků podání – srov. § 16 odst. 5 ZOHS.

⁷⁵⁴ Vyhláška Úřadu č. 368/2001 Sb., kterou se stanoví podrobnosti o náležitostech návrhu na povolení spojení soutěžitelů. Tato úprava byla totožná s konstrukcí použitou v Nařízení o fúzích. V roce 2009 byla nahrazena vyhláškou č. 252/2009 Sb., kterou se stanoví náležitost návrhu na povolení spojení soutěžitelů. V řízeních před Komisí se zpravidla objevují notifikace s veškerými náležitostmi a přílohami; vysvětlení je v praxi Komise, která byla

informace od spojujících se soutěžitelů bylo v soutěžním zákoně zachováno, stejně jako úprava, podle níž taková výzva má za následek stavění lhůt pro vydání rozhodnutí podle § 16 odst. 2 a 4 zákona.

12.3.2.7. Zrušení možnosti ukládat podmínky povolení spojení

Podle původního znění zákona měl Úřad možnost podmínit své povolení spojení splněním opatření ve prospěch zachování účinné soutěže, a to nejen těch, které si navrhli a přijali sami účastníci řízení (pak se jedná o „závazky“), ale též těch, které jednostranně a často bez jakékoliv součinnosti s účastníky řízení stanovil Úřad sám (pak se jednalo o „podmínky“).

Posléze uvedená možnost, resp. způsob, jakým byla tato možnost v praxi ze strany Úřadu využívána, byla kritizována pro neslučitelnost s postupy Komise při aplikaci komunitárního práva. Zákodárce celou situaci vyřešil tím, že zrušil oprávnění Úřadu jednostranně ukládat takové podmínky. Podle nového znění § 17 odst. 3 mohl Úřad podmínit trvání spojení pouze splněním závazků, které ve prospěch zachování účinné soutěže Úřadu navrhli sami účastníci řízení.⁷⁵⁵

a je ochotna projednat náležitosti notifikace ještě před jejím uskutečněním se spojujícími se stranami, a to třeba i opakovaně (tzv. přednotifikační jednání). Povinnost vyhovět žádosti stran o uskutečnění takových přednotifikačních jednání však v soutěžním zákoně zakotvena nebyla. Ochota Úřadu tyto konzultace podstoupit dobrovolně se zvýšila až po roce 2006 v souvislosti s politikou větší otevřenosti Úřadu veřejnosti, což prospělo hladkému průběhu správního řízení. Zároveň § 15 odst. 4 zákona poskytl nově Úřadu možnost v případě, že návrh všechny náležitosti neobsahuje, vydat písemné stanovisko, zda se v daném případě vůbec jedná o spojení, které podléhá jeho povolení, a zda je tedy třeba návrh doplnit; takové stanovisko však Úřad vydal pouze v případě, že jinak neúplná notifikace obsahovala všechny relevantní údaje pro posouzení této otázky.

⁷⁵⁵ Nelze přitom nevidět, že tato změna mohla paradoxně zkomplikovat postavení účastníků spojení při hledání alternativních možností k vydání rozhodnutí, kterým se spojení soutěžitelů nepovolí. A to zejména s ohledem k tehdejší absenci institutu sdělení námitek proti spojení v českém soutěžním právu a k tehdy obecně nízké ochotě Úřadu „odkrýt“ karty, tj. sdělit veškeré obavy, jež v souvislosti s konkrétním spojení má, ještě před vydáním prvostupňového rozhodnutí, popř. projednávat a „doladovat“ s účastníky řízení jejich návrhy závazků tak, aby bylo možno tato opatření přijmout, a tím odvrátit nebezpečí negativního rozhodnutí.

12.3.2.8. Stanovení lhůt pro podání návrhu závazků ve prospěch zachování soutěže

První novela soutěžního zákona však ve vztahu k závazkům ve prospěch účinné soutěže zavedla další významné omezení. Tyto závazky mohly sice být stranami spojení navrženy buď ještě před podáním notifikace, resp. spolu s ní (což však z pochopitelných důvodů nebyla příliš praktická varianta), nebo v průběhu správního řízení, nejpozději však do 15 dnů ode dne, kdy bylo posledního z účastníků doručeno oznámení o pokračování řízení i v tzv. druhé fázi. K pozdějším návrhům může Úřad nově přihlédnout pouze tehdy, jestliže budou doručeny do 15 dnů od skončení lhůty podle předchozího pravidla, tj. fakticky do 30 dnů ode dne doručení oznámení o pokračování řízení posledního účastníkovi, a to pouze, slovy zákona, v případech hodných zvláštního zřetele.⁷⁵⁶

Cílem nové úpravy bylo podle důvodové zprávy stanovit transparentní lhůty pro podání závazků, které dají Úřadu dostatečný časový prostor pro analýzu dopadů nejen samotného spojení, nýbrž i navržených závazků na hospodářskou soutěž. Výsledkem pak mělo být rychlejší projednávání věcí.⁷⁵⁷

12.3.2.9. Obligatorní prodloužení lhůt pro vydání rozhodnutí

Podání návrhu závazků ve prospěch účinné soutěže v zákonem stanovených lhůtách mělo podle § 17 odst. 3 vždy za následek prodloužení zákonem stanovených lhůt pro vydání rozhodnutí, a to jak v první fázi správního řízení, tak v jeho druhé fázi, a to vždy o 15 dnů. Tato úprava byla inspirována zavedením podobných pravidel v novém Nařízení o fúzích⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Při striktním dodržení pravidel stanovených v § 17 odst. 3 by Úřad k pozdějším návrhům neměl přihlédnout ani tehdy, když by byly dány důvody hodné zvláštního zřetele. Připomeňme na tomto místě, že předchozí právní úprava umožňovala účastníkům navrhnout své závazky kdykoli v průběhu správního řízení, tedy i bezprostředně před skončením lhůty pro vydání rozhodnutí. Taková praxe však znemožňovala zhodnocení skutečných dopadů navržených závazků na strukturu trhu.

⁷⁵⁷ I když i v komunitárním právu byla stanovena časová omezení pro podávání návrhů závazků, byla výrazně delší. Podstatnějším faktorem modifikujícím faktické účinky jinak shodného principu byla však praxe Komise, která (na rozdíl od Úřadu) s účastníky řízení projednávala znění závazků, a to jak před jejich podáním (strany spojení pak ve svých návrzích nejsou nuceny „střílet naslepo“, jak se to často děje v případech řízení před Úřadem), tak po podání návrhu (což naopak umožňuje odstranit zbývající pochybnosti Komise o dostatečnosti již navržených závazků a jejich modifikaci ze strany jejich navrhovatelů).

⁷⁵⁸ Srov. čl. 10 odst. 1 a 3 Nařízení o fúzích.

12.3.2.10. Posílení vyšetřovacích oprávnění Úřadu

Podobně jako Nařízení 1/2003 zakotvila první novela v českém právním řádu nově oprávnění Úřadu provést šetření (a to i neohlášená šetření, tedy tzv. *dawn raids*) v jiných než obchodních prostorách (tzn. soukromých prostorách, včetně bytů soukromých osob), pokud má důvodné podezření, že se v těchto prostorách nacházejí obchodní knihy nebo jiné zápisy důležité pro jeho šetření.⁷⁵⁹ Na rozdíl od šetření v obchodních prostorách podléhal výkon tohoto nového oprávnění Úřadu předchozímu souhlasu soudu.⁷⁶⁰

12.3.2.11. Zvýšení poplatku za podání návrhu na povolení spojení

V souvislosti s novelizací soutěžního zákona zákonodárce přistoupil rovněž k novelizaci zákona č. 368/1992 Sb., o správních poplatcích, ve znění pozdějších předpisů a zvýšil hodnotu správního poplatku za podání návrhu na povolení spojení soutěžitelů z původních 10.000 Kč na 100.000 Kč.⁷⁶¹ Tato v celku zásadní změna byla oficiálně zdůvodněna jednak náročností správního řízení o povolení spojení a podpůrně též komparací výše správních poplatků v jiných členských státech EU, z níž vyplynulo, že v zemích, které vyžadují placení poplatků za řízení o povolení spojení, jsou tyto poplatky výrazně vyšší než stávající poplatek v ČR.⁷⁶² Lze však pochybovat, že by nová výše správního poplatku byla v kontextu ostatních nákladů spojených s realizací významných spojení faktorem, jež by byl schopen ovlivnit vůli jejich aktérů taková spojení uskutečnit.

12.3.2.12. Přechodná ustanovení zákona č. 340/2004 Sb.

Na rozhodovací činnost Úřadu v oblasti spojování soutěžitelů měla ve sledovaném období dopad některá přechodná ustanovení zákona č. 340/2004 Sb. Konkrétně podle jeho čl. III odst. 1 se řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti

⁷⁵⁹ Srov. § 21 odst. 5 novelizovaného ZOHS.

⁷⁶⁰ V této souvislosti je třeba upozornit, že oprávnění Úřadu šetřit v jiných než obchodních prostorách bylo širší než oprávnění Komise, neboť podle komunitární úpravy se toto její oprávnění omezovalo pouze na šetření vedená podle čl. 81 a 82 Smlouvy ES (tj. o dohodách narušujících soutěž a zneužití dominance), a nevztahovalo se na řízení o povolení spojení podniků podle Nařízení o fúzích.

⁷⁶¹ Položka 61 tehdejšího Sazebníku správních poplatků, jež byla přílohou zákona o správních poplatcích.

⁷⁶² V době přípravy novelizace soutěžního zákona činil poplatek v Německu minimálně 154 750,- Kč a v Maďarsku nejméně 260 000,- Kč (v přepočtu).

tohoto zákona dokončovala podle dosavadních předpisů. Prolomení tohoto základního principu přinesl odstavec 2, podle něhož v řízeních vedených podle hlavy čtvrté ZOHS (tedy právě v řízeních o povolení spojení soutěžitelů), zahájených před účinností novely, Úřad posuzoval, zda předmětné spojení podléhalo i nadále povolení, tj. zejména z pohledu novelizovaných notifikačních kritérií. Zjistil-li, že spojení již nepodléhá povolení, vydal Úřad v tom smyslu rozhodnutí. Tato přechodná ustanovení byla součástí vládního návrhu a odpovídala tak původním záměrům zpracovatelů návrhu novely.

Naopak čl. III odst. 5 zákona č. 340/2004 Sb. se do textu novely dostal až v průběhu jeho projednávání v Senátu PČR. Podle tohoto ustanovení mohl Úřad na návrh alespoň jednoho z účastníků řízení o povolení spojení změnit rozhodnutí o povolení spojení, která nabyla právní moci před účinností novely, a to tak, že změnil podmínky, omezení nebo závazky, kterými podmínil povolení, nebo je nahradil jinými, pokud se v důsledku vstupu ČR do EU podstatně změnily skutečnosti, které byly rozhodné pro stanovení těchto podmínek, omezení nebo závazků. Takový návrh přitom bylo možné podat pouze ve lhůtě do 6 měsíců ode dne účinnosti první novely, tj. do 1. prosince 2004.⁷⁶³

Obě uvedená přechodná ustanovení se zásadním způsobem promítla do rozhodovací činnosti Úřadu v roce 2004. Zatímco v případě prvně uvedeného ustanovení to ovlivnilo četnost jeho aplikace a jistou taktickou (byť legitimním) využitelnost tohoto ustanovení ze strany účastníků řízení, na základě druhého z uvedených ustanovení bylo vydáno sice jen několik rozhodnutí, avšak přinejmenším v jednom případě šlo o rozhodnutí do značné míry kontroverzní.

12.3.3. POZDĚJŠÍ NOVELIZACE ZOHS

Další novely⁷⁶⁴ nedosáhly zásadního významu první novelizace, a některé z nich byly vysloveně kontraproduktivní a byly předmětem kritiky i v tomto textu. Jen poslední rozsáhlá sedmá novela snese svým významem srovnání s novelou

⁷⁶³ K výkladu tohoto jinak poměrně složitého ustanovení srov. RAUS, D. – NERUDA, R.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy*. Linde Praha, 2004, str. 406–410.

⁷⁶⁴ Zákony č. 484/2004 Sb. (druhá novela), 127/2005 Sb. (třetí novela), 361/2005 Sb. (čtvrtá novela), 71/2007 Sb. (pátá novela), 296/2007 Sb. (šestá novela), 155/2009 Sb. (sedmá novela).

první; přináší změnu v definici dohody omezující soutěž⁷⁶⁵ a koncipuje implicitně podmínku materiální nebezpečnosti kartelu⁷⁶⁶; nicméně je zaměřena především do oblasti procesní, která není v centru pozornosti této práce. K tématu práce se vztahuje především nově zavedená možnost tzv. zkráceného řízení o povolení spojení⁷⁶⁷, která je výrazem liberálnějšího přístupu ke spojování soutěžitelů a snahy urychlit je a snížit transakční náklady méně závažných koncentrací. Krátká doba účinnosti poslední (sedmé) novely zákona neposkytuje zatím materiál pro analýzu a zobecnění.⁷⁶⁸

Tzv. třetí novela soutěžního zákona⁷⁶⁹ se zaměřila na vymezení hranice působnosti Úřadu a Českého telekomunikačního úřadu, a přímo se problematiky kontroly koncentrací nedotýkala. Tzv. čtvrtá novela soutěžního zákona⁷⁷⁰, jejíž podstatná část nabyla účinnosti dne 1. 10. 2005, přinesla celou řadu změn i v kontrole spojování soutěžitelů. Byla mj. zpřesněna definice „spojení soutěžitelů“, zavedly se legální definice pojmů „část podniku“ a „kontrola“, modifikoval se tzv. substantivní test, opětovně bylo zakotveno oprávnění Úřadu ukládat podmínky ve prospěch účinné soutěže, modifikoval a upřesnil se zákaz uskutečňování spojení před právní mocí rozhodnutí o povolení spojení, byla stanovena jednotná délka správního řízení v druhé fázi, objevila se úprava tzv. omezení přímo souvisejících se spojením a pro ně nezbytných.

Čtvrtá novela zpřesnila dikci § 12 odst. 1 ZOHS: za základní typ spojení soutěžitelů prohlásila fúzi dvou nebo více na trhu samostatně působících soutěžitelů.

⁷⁶⁵ Namísto jejich vymezení v § 3 odst. 1 slovy „které vedou nebo mohou vést“ (k narušení hospodářské soutěže) platí nyní vymezení „jejichž cílem nebo výsledkem je“ (takové narušení).

⁷⁶⁶ Vypuštěním § 6 o tzv. bagatelních kartelech se vlastně tyto dohody *de minimis* nepovažují za hodny výjimky za zákazu, neboť vzhledem k novému vymezení zakázaných dohod za zákazu nepodléhají, protože nemohou narušit soutěž.

⁷⁶⁷ Srov. § 16a ZOHS ve znění poslední novely provedené zákonem č. 155/2009 Sb.

⁷⁶⁸ Podstatnější vliv na rozhodovací činnost Úřadu měla změna ve funkci předsedy Úřadu v září 2005. Na ni navázala celá řada dalších dílčích kroků (změna struktury Úřadu, modifikace priorit a cílů soutěžní politiky, zlepšení komunikace navenek a konstruktivnější přístup Úřadu před zahájením správního řízení i po něm), které měly zásadní vliv jak na celkovou strategii Úřadu v oblasti kontroly koncentrací, tak na přístup k řešení dílčích problémů v konkrétních kauzách.

⁷⁶⁹ Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), ve znění pozdějších předpisů.

⁷⁷⁰ Zákon č. 361/2005 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony.

Před novelou se za spojení považovala přeměna dvou nebo více na trhu samostatně působících soutěžitelů. Fúze sloučením a splynutím byly i nadále považovány za spojení soutěžitelů.

Nově zakotvená legální definice⁷⁷¹ části podniku respektovala předchozí praxi: za část podniku kromě organizační složky ve smyslu § 7 ObchZ (jež je za část podniku prohlášena § 487 ObchZ) prohlašuje rovněž tu část podniku soutěžitele, které lze jednoznačně přiřadit obrat dosažený prodejem zboží na relevantním trhu, i když netvoří samostatnou organizační složku podniku. Nabytí organizační složky je nadále spojením. Nově zavedená definice tak měla odstranit pochyby, zda se tuzemská kontrola spojování soutěžitelů vztahuje na všechny případy transakcí podléhajících povolení Komise, jež jsou označovány anglickým termínem *assets acquisitions*.

Za spojení nelze považovat jen nabytí podniku nebo jeho části na základě smlouvy, jak tomu bylo před účinností čtvrté novely, nýbrž spojením je též situace, kdy podnik či jeho část je nabývána ve dražbě či jiným způsobem. I zde šlo o zaplnění legislativní mezery, která byla před účinností novely překonávána interpretací.

Čtvrtá novela se pokusila překonat dosavadní potíže spojené s výkladem pojmu kontrola, jež byl v praxi s odkazem na § 12 odst. 3 písm. b) poněkud krkolomně interpretován jako „určování a ovlivňování soutěžního chování jiného subjektu“; zakotvila jeho legální definici.⁷⁷² Nově zavedená definice odpovídala vymezení pojmu kontrola v komunitárním soutěžním právu.⁷⁷³ I proto se dalo předpokládat, že, i když se nově zavedená definice odklání od dosavadního výkladu pojmu kontrola, tato legislativní změna nebude mít dopad na charakter a počet transakcí, jež podléhají povolení Úřadu, a tato očekávání se též ve vlastní rozhodovací praxi potvrdila.⁷⁷⁴

Problematickou otázkou v kontextu české soutěžně právní úpravy vždy byla tzv. omezení přímo související a nezbytná k uskutečnění spojení (angl. *restrictions*

⁷⁷¹ Jedná se však o legální definici pouze pro potřeby „tohoto zákona“, tedy soutěžního zákona; odlišnou, užší definici části podniku obsahuje ObchZ.

⁷⁷² Problematicke kontroly se podrobně věnujeme na jiném místě.

⁷⁷³ Čl. 3 odst. 2 Nařízení o fúzích.

⁷⁷⁴ Problematický může být neurčitý pojem „rozhodující vliv“, jež není soutěžním zákonem ani po novele žádným způsobem definován. Je ovšem otázka, je-li to vůbec možné a účelné. Soutěžní právo se bez „generálních klauzulí“ upřesňovaných *ad hoc* judikaturou neobejde. Právě faktor rozhodujícího vlivu přitom odlišuje kontrolu ve smyslu zákona od jiných, méně intenzivních typů vlivu na chování jiného soutěžitele. Je přitom zřejmé, že i minoritní akcionář může vykonávat jistou míru vlivu na činnost akciové společnosti, nicméně stupeň tohoto vlivu jistě nedosahuje intenzity rozhodujícího vlivu ve smyslu § 12 odst. 4 ZOHS.

directly related and necessary to concentrations, resp. ancillary restraints). Omezeními hospodářské soutěže se tu rozumí takové omezení, jež jsou přijímána buď mezi spojujícími se soutěžiteli, nebo častěji mezi subjektem, jež kontrolu nad převáděným soutěžitelem ztrácí, na straně jedné, a subjektem, jež takovou kontrolu v důsledku spojení získává, na straně druhé, jejichž účelem je zachování hodnoty převáděných aktiv, avšak které zároveň mají z povahy věci protisoutěžní charakter v tom smyslu, že se jedná o ujednání, jež by jinak byla hodnocena jako protisoutěžní dohody dle § 3 odst. 1 a 2 ZOHS. Jde tedy o závazky, kterými strany transakce, jež zakládá spojení, omezují svobodu svého jednání na trhu.⁷⁷⁵

Podle (novelou č. 361/2005 Sb. vloženého) § 17 odst. 2 ZOHS nově platí, že rozhodnutí Úřadu, kterým se povoluje konkrétní spojení, se vztahuje rovněž na taková omezení hospodářské soutěže, která soutěžitelé uvedli v návrhu na povolení spojení a která se spojením přímo souvisejí a jsou nezbytná k jeho uskutečnění. Tato právní konstrukce odpovídá evropské úpravě kontroly koncentrací.⁷⁷⁶ Na omezení krytá rozhodnutím o povolení spojení se tedy nevztahuje zákonný zákaz uzavírání kartelových dohod. Naopak, omezení dohodnutá mezi stranami transakce, jež nesplňují znaky přímé souvislosti se spojením či nezbytnosti pro jeho uskutečnění, nejsou kryta rozhodnutím o povolení spojení a soulad takových omezení je třeba hodnotit podle hlavy druhé ZOHS.⁷⁷⁷

⁷⁷⁵ Do účinnosti čtvrté novely zákon nestanovil, zda se rozhodnutí o povolení spojení vztahuje i na tyto závazky, jež mají povahu zakázaných dohod narušujících soutěže, tj. zda jsou tato omezení rozhodnutím o povolení spojení vyjmuta ze zákonného zákazu dle § 3 odst. 1 či nikoli. Z toho aplikační praxe dovozovala, že spojující se soutěžitelé musejí v každém jednotlivém případě sami vyhodnotit, zda závazek, který v souvislosti se spojením přijali, splňuje podmínky vynětí ze zákonného zákazu ve smyslu § 3 odst. 4 ZOHS.

⁷⁷⁶ Srov. čl. 6 odst. 1 písm. b) a čl. 8 odst. 1 a 2 Nařízení o fúzích.

⁷⁷⁷ Zásadní otázku, která omezení hospodářské soutěže lze považovat za přímo související a přitom za nezbytná pro uskutečnění spojení, zákon ani po čtvrté novele neřešil. Odpověď na uvedenou otázku lze najít v komunitárním *soft law*. Komise shrnula své zkušenosti s takovými omezeními do svého Sdělení (Evropské komise) o omezeních přímo souvisejících se spojováním a pro ně nezbytných – *Commission notice on restrictions directly related and necessary to concentrations*. Publikováno v Úředním věstníku: OJ C 56 z 5. 3. 2001. Z něho lze dovodit, že budou ze zákonného zákazu vyjmuta pouze taková omezení, která mají ve vztahu k samotnému spojení sekundární charakter, tzn. nebyla prvotním cílem stran transakce. Zároveň se musí jednat o omezení, bez něhož by spojení nebylo vůbec uskutečněno, popř. by bylo uskutečněno za méně jistých podmínek, s podstatně vyššími náklady, za podstatně delší dobu apod.

Nejčastějším omezením spojení spočívajícím v prodeji podniku, je závazek nekonkurence, který umožní kupujícímu pomocí dočasné ochrany před konkurencí ze strany prodávajícího získat loajalitu zákazníků, vstřebat převedené *know-how* a těžit z něj. Dalšími typy omezení,

Změnou prošla i úprava substantivního testu používaného při posuzování slučitelnosti spojení soutěžitelů se zákonem. Substantivní test v podstatě obsahuje základní kritérium pro zákaz posuzovaného spojení. Soutěžní zákon nově Úřadu ukládá spojení nepovolit, jestliže by toto spojení mělo za následek podstatné narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu, zejména proto, že by jím vzniklo nebo bylo posíleno dominantní postavení spojujících se soutěžitelů nebo některého z nich. Znění tak plně odpovídalo komunitární úpravě (doplněna dosavadní aplikační praxí akceptovaná skutečnost, že k podstatnému narušení hospodářské soutěže může při spojování soutěžitelů dojít zejména v důsledku vzniku nebo posílení dominantního postavení, a to jak individuálního, tak kolektivního).

Zásadnější změna byla zakotvena ve vyvratitelné domněnce o neexistenci podstatného narušení soutěže v případě, že společný tržní podíl spojujících se stran po uskutečnění spojení bude na všech spojením dotčených trzích nižší než 25% (s odkazem na obdobnou právní úpravu v evropském soutěžním právu⁷⁷⁸ a na zkušenost, že je v případech takto nízkých tržních podílů negativní dopad na soutěž nepravděpodobný). Úřad by musel prokazovat opak analýzou ostatních kritérií posuzování tržních koncentrací. Zavedení legální vyvratitelné domněnky usnadnilo procesní situaci Úřadu i účastníkům řízení.

Opětovně zavedená možnost ukládat podmínky mohla vést k flexibilnějšímu hledání možností, jak spojení vzbuzující obavy z narušení soutěže povolit, než tomu bylo za situace, kdy se Úřad i účastníci řízení museli spolehnout na původní podobu přijímání závazků, jež byla omezena krátkými lhůtami a malou možností navržené závazky modifikovat.

Uložení podmínek je fakultativním oprávněním Úřadu a přichází v úvahu pouze tehdy, jestliže účastníci řízení vůbec nenavrhli jakékoli závazky ve prospěch zachování účinné soutěže (resp. je navrhli po lhůtě k tomu stanovené) nebo jestliže účastníci řízení sice závazky navrhli, ty však byly ze strany Úřadu vyhodnoceny jako nedostatečné. Dalším předpokladem možnosti uložení podmínek je skutečnost, že účastníci řízení s jejich uložením souhlasí. Nová úprava setřela rozdíl mezi jednotlivými druhy opatření k zajištění účinné soutěže; v obou případech musí být

kteřá mohou být za splnění podmínek uvedených ve Sdělení kryta rozhodnutím o povolení spojení, jsou dohody o mlčenlivosti, licenční dohody ve vztahu k duševnímu vlastnictví a *know-how* nebo dohody o zajištění dočasných dodávek či odběrů.

⁷⁷⁸ Srov. bod 32 preambule Nařízení o fúzích; bod 18 Sdělení Komise o pravidlech posuzování horizontálních fúzí podle Nařízení Rady o kontrole spojování podniků – *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. Publikováno v Úředním věstníku: OJ C 31 z 5. 2. 2004).

opatření fakticky přijata účastníky řízení, ale rozdíl je v tom, kdo je iniciátorem jejich přijetí, resp. kdo je převážně formuluje.

Čtvrtá novela rovněž nově zmocnila Úřad, aby v případech, kdy hodlá přijmout rozhodnutí o povolení spojení za podmínky splnění závazků přijatých účastníky řízení, rozhodl zároveň o uložení podmínek a povinností k zajištění splnění těchto závazků. Účelem takových podmínek a povinností může být pouze bližší specifikace stranami přijatého závazku, určení, jakým způsobem, popř. jakými prostředky, se má hlavní závazek přijatý účastníky řízení uskutečnit. V žádném případě nemůže Úřadu jednostranně stanovit podmínky bez souhlasu účastníků řízení tak, jako před účinností první novely zákona.

Zákon i po čtvrté novele upravoval zákaz uskutečnit spojení před vydáním rozhodnutí Úřadu o jeho povolení. Obsahoval však některé změny. Zmizela dosavadní problematická vazba „uskutečňování spojení“ na „určování a ovlivňování soutěžního chování kontrolovaného soutěžitele“ a otevřel se tak prostor pro aplikační uvážení. Úřad měl i nadále pravomoc udělit ve formě správního rozhodnutí individuální výjimku ze zákazu uskutečňovat spojení, a to na žádost spojujících se soutěžitelů; nová byla výjimka legální – pro případy, kdy ke spojení dochází na základě veřejné nabídky převzetí nebo na základě sledu operací s kótovanými cennými papíry, jimiž se získává kontrola nad jiným soutěžitelem získávána.

Novela mimo jakoukoliv pochybnost předepsala, že dekoncentrační sankce za porušení zákazu uskutečnit spojení (tzv. „defúze“ – povinnost zbavit se nabytých podílů, převést podnik nabytý spojením nebo zrušit smlouvu zakládající spojení) se vztahuje i na situace, kdy ke spojení došlo v rozporu s pravomocným rozhodnutím Úřadu, jímž toto spojení nepovolil. Zákon rovněž nově explicitně stanoví, že se zákaz uskutečnění spojení vztahuje i na dobu před podáním návrhu na povolení spojení. Takový závěr se dal dovodit interpretací zákona již před přijetím čtvrté novely.⁷⁷⁹

Předpis nově upravil maximální délku správního řízení o spojeních šetřených i ve druhé fázi (pět měsíců ode dne zahájení správního řízení). Několika změn doznala i prováděcí vyhláška, kterou se stanoví podrobnosti o náležitostech návrhu na povolení spojení soutěžitelů (formulář dotazníku k povolení spojení, který je uveden v jeho příloze).

⁷⁷⁹ Legislativní doporučení mj. v tomto směru obsahoval článek BEJČEK, J.: *K pojmům kontroly soutěžního chování a ovládání*, Právní rozhledy 2004, č. 15.

Významná byla i změna procesního rámce.⁷⁸⁰ Právní úprava celé řady procesně právních institutů ovšem není v řízení podle ZOHS vhodná či použitelná, nebo by dokonce mohla zhatit celé správní řízení a jeho účel.⁷⁸¹

12.3.4. FAKTICKÉ ZMĚNY S DOPADEM NA SOUTĚŽNÍ POLITIKU

Po roce 2005 se ÚOHS výrazně otevřel veřejnosti. Základním proklamovaným trendem soutěžního úřadu pod novým vedením bylo zlepšení komunikace se soutěžiteli ve všech fázích správního řízení i před ním, a to jak v oblasti antitrustu, tak v oblasti kontroly koncentrací.

⁷⁸⁰ Dne 1. 1. 2006 nabyl účinnosti nový správní řád. Vzhledem k zaměření tohoto textu především na hmotněprávní otázky zůstává tato důležitá oblast stranou pozornosti.

⁷⁸¹ Např. rigidní úprava nahlížení do správního spisu, která Úřadu znemožnila zpřístupnit v rámci nahlížení do spisu obchodní tajemství jiných účastníků nebo třetích osob, byl-li s využitím takových informací prováděn důkaz. Dosavadní praxe, aprobovaná judikaturou správních soudů, přitom připouštěla zpřístupnit obchodní tajemství podnikatelů odlišných od osob nahlížejících do spisu. Důsledná aplikace nové úpravy by odrazovala třetí strany od poskytování informací potřebných pro posouzení spojení, které obsahují jejich obchodní tajemství, neboť by se obávaly jejich zpřístupnění konkurenci prostřednictvím správního spisu. To by zhoršilo možnosti soutěžního úřadu zjistit objektivní informace o situaci na trhu a postavení spojujících se soutěžitelů a třetích stran na trhu. Schopnost systému kontroly spojování v České republice plnit svůj základní účel (ochrana hospodářské soutěže) by mohla být vážně narušena. V současnosti jsou procesní otázky díky následujícím novelizacím (včetně úpravy nahlížení do spisu, koncentrace řízení, institucionalizace sdělení výhrad apod.) vyřešeny účelně eurokonformně.

Klíčové bylo prosazení krátkých lhůt pro rozhodnutí. Právě délka řízení zejména o povolení spojení je ekonomicky a manažersky mimořádně důležitá. Strany mají obvykle zájem o co nejrychlejší uskutečnění transakce a atraktivita či samotný smysl jejího uskutečnění po čase nezřídka klesá. Proto jsou řízení o povolení spojení před správními orgány zpravidla svázána pevnými a přísnými lhůtami. Má-li mít soudní přezkum správního rozhodnutí o nepovolení spojení smysl, je třeba, aby o žalobě spojujících se soutěžitelů bylo rozhodnuto co nejdříve. Taková zkrácená procedura je stranám k dispozici při přezkumu rozhodnutí Komise před Soudem prvního stupně. Podmínkou je žádost žalující strany a souhlas soudu. V takovém případě soudní řízení může trvat např. pouze sedm měsíců (srov. rozsudek T-87/05 ve věci *EDP v. Komise* ze dne 21. 9. 2005). V českém prostředí představuje opačný extrém délka soudního řízení o žalobě proti rozhodnutí Úřadu o nepovolení spojení ve věci *Südzucker/SLS*. Rozhodnutí o rozkladu nabylo právní moci dne 27. 8. 2003 a rozhodnutí soudu o zrušení tohoto správního rozhodnutí bylo vydáno dne 20. 4. 2006 a doručeno dne 9. 8. 2006. Teprve poté mohl Úřad ve věci dále konat. Přitom v mezidobí došlo k opuštění transakce, která zakládala spojení.

Úřad byl nově připraven vyjednávat s účastníky řízení o závazcích, což zvyšovalo pravděpodobnost, že se najdou oboustranně vyhovující opatření odstraňující nebezpečí, které přináší spojení pro hospodářskou soutěž, a která umožní soutěžnímu úřadu spojení povolit za podmínky jejich splnění.

Účastníci řízení získali díky flexibilnějšímu přístupu Úřadu větší možnost již navržené závazky modifikovat, než by to odpovídalo striktnímu výkladu zákona. Pozitivní změnou byl i postupný rozvoj praxe přednotifikačních jednání, která však i nadále zůstala omezena pouze na diskusi o požadavcích úřadu na řádnou notifikaci spojení soutěžitelů, na úplnost návrhu a přiložené dokumentace apod., a která nesloužila k jakémusi „předběžnému hodnocení“ případu soutěžním úřadem. V oblasti kontroly koncentrací však nebyl (na rozdíl od řízení o zneužití dominantního postavení a o dohodách narušujících soutěž) zaveden institutu „sdělení výhrad“, a to přesto, že i zde by takový krok znamenal posun k větší transparentnosti a předvídatelnosti rozhodovací činnosti Úřadu.⁷⁸²

Aplikační praxi Úřadu v oblasti kontroly tržních koncentrací tedy významně ovlivnila nejen deklarovaná, ale i praktikovaná liberalizace přístupu k fúzím, spoje-
nání s nástupem nového předsedy do Úřadu.⁷⁸³

O tom, že Úřad při posuzování koncentrací na trhu vsuktu postupoval méně přísně, svědčí základní ukazatele o rozhodovací činnosti (viz níže). Nedošlo k zá-
kazu žádného spojení soutěžitelů; jen v malém počtu případů Úřadu zasáhl rozhod-
nutím o schválení spojení, podmíněném splněním závazků ve prospěch zachování
účinné soutěže. Dokonce dvě ze tří dříve nepovolených spojení byla ve sledova-
ném období povolena (viz níže).

⁷⁸² Spojující se soutěžitelé zpravidla nejsou schopni nabídnout adekvátní a přijatelné zá-
vazky, nevědí-li, zda nebezpečí pro soutěž tkví v nebezpečí vzniku individuální dominance
či nekoluzivního oligopolu nebo zda problémem je možný vznik kolektivní dominance, tedy
stav, usnadňující budoucí koluzi hráčů na trhu.

⁷⁸³ Srov. např. rozhovor s předsedou Úřadu: Nevhodnou regulací by vznikl pseudosocialis-
mus, Profit, 28. 11. 2005, str. 22: „Pokud se týká zneužívání dominantního postavení na trhu
a fúze, tak tam se na to díváme jinak než v dobách za mého předchůdce. Není to už o spočí-
tání tržního podílu subjektu podle nějakých elementárních čísel, ale díváme se na to, co sub-
jekt svým chováním na trhu způsobil nebo může způsobit. Například nepovolení fúze v ob-
lasti minerálních vod v roce 2001 mělo opodstatnění. Od té doby se ale situace změnila
a oslabování jednoho hráče, kupříkladu firmy Mattoni, by dnes v éře supermarketu a dovozu
z okolních zemí bylo diskutabilní. Musíme se více ptát, co způsobíme, když fúzi povolíme,
a jaké důsledky by naopak mělo její zakázání. Chceme tedy působit spíše liberálněji, s vědo-
mím toho, že trh je schopen tyto situace řešit, než postupovat striktně podle nějakých
vzorců.“

12.4. VÝVOJ KOMUNITÁRNÍHO PRÁVA KONTROLY KONCENTRACÍ

Zásadní revize režimu kontroly koncentrací vyústila přijetím výše rozebíraného Nařízení o fúzích 139/2004, které nabylo účinnosti 1. 5. 2004 a které nahradilo patnáct let staré nařízení 4064/1989. Po roce 2004 docházelo k doplňování a aktualizaci *soft-law*; začal proces změn některých dalších významných metodických materiálů a další změny lze očekávat; Komise hodnotí v současné době ve veřejné diskusi účinnost Nařízení o fúzích a uvažuje se o jeho novelizaci.

Diskutuje se např. o fungování tzv. dvoutřetinového pravidla, vymezeného v čl. 1 odst. 2 a čl. 1 odst. 3 Nařízení o fúzích; to se uplatňuje při vymezování působnosti Komise a soutěžních úřadů členských států k posuzování spojení podniků: vylučuje se působnost Komise k posuzování takového spojení, jehož účastníci překročí prahové hodnoty obrátů stanovené v čl. 1 odst. 2 a čl. 1 odst. 3 Nařízení o fúzích⁷⁸⁴ za předpokladu, že všechny zúčastněné podniky dosahují více než 2/3 svých komunitárních obrátů na území stejného členského státu. Smyslem dvoutřetinového pravidla je zabránit tomu, aby Komise posuzovala takové spojení, které má velice úzký vztah (tzv. lokální nexus) pouze k jednomu členskému státu (vzhledem k výši obrátů, které jsou na území tohoto členského státu dosaženy spojujícími se podniky).

Komise provedla studii fungování dvoutřetinového pravidla v letech 2001 a 2005 a na základě poznatků této studie⁷⁸⁵ navrhla doplnit úpravu obsaženou v Nařízení o fúzích o „právo prvního odmítnutí“, jež by měla Komise, v případech, kdy se dvoutřetinové pravidlo uplatnilo. Soutěžní úřad členského státu, kterému bylo notifikováno spojení, u něhož došlo k uplatnění dvoutřetinového pravidla, by měl povinnost neprodleně informovat Komisi, která by mohla rozhodnout o tom, že se tímto spojením bude zabývat, v důsledku čehož by spojení získalo komunitární dimenzi.⁷⁸⁶

⁷⁸⁴ Kdyby tedy takové pravidlo neexistovalo, jejich spojení by spadalo do působnosti Komise... .

⁷⁸⁵ Studie identifikovala celkem 83 případů spojení podniků, která byla kvůli „dvoutřetinovému pravidlu“ posuzována nikoliv Komisí, ale soutěžním úřadem některého z členských států. Významná část z těchto případů se týkala sektoru finančních služeb, energetiky, maloobchodního prodeje spotřebního zboží a telekomunikací. V 60 případech byl geografický relevantní trh vymezen jako národní nebo užší, v pěti případech se jednalo o širší než národní trh, v 18 případech geografický relevantní trh nebyl vymezen.

⁷⁸⁶ Větší členské státy EU se k návrhu staví zdrženlivě, neboť mají obavu, že Komise získá možnost vybírat si posuzování těch nejvýznamnějších nebo jinak zajímavých kauz; menší

Komise navrhla další změnu Nařízení o fúzích, která by rovněž měla vliv na rozdělení působnosti mezi Komisi a soutěžní úřady členských států, a to v případech spojení, jejichž účastníky jsou burzy cenných papírů. Podle současné úpravy se obrat burz cenných papírů pro účely ověření, zda dané spojení dosahuje prahové hodnoty obrátů stanovené v čl. 1 odst. 2 a čl. 1 odst. 3 Nařízení, počítá na základě vybíraných poplatků za obchodování. Proto tyto transakce obvykle nesplňují uvedená notifikační kritéria, a to přesto, že některá spojení mají významný přeshraniční efekt a ovlivňují strukturu kapitálových trhů v Evropě. Spojení mezi burzami cenných papírů pak spadají do jurisdikce jednoho či více soutěžních úřadů členských států. Komise zvažuje změnit čl. 5 odst. 3 Nařízení o fúzích tak, že obrat burz cenných papírů se bude počítat podle hodnoty zobchodovaných produktů nebo podle obdobného kritéria, nikoli podle poplatků získaných burzami cenných papírů, jak je tomu dosud. Tato změna by měla zajistit, že ta spojení mezi burzami cenných papírů, která mohou mít přeshraniční dopady, budou posuzována Komisí.

K některým změnám došlo i v oblasti *soft law*.

Komise vydala Sdělení o zjednodušeném postupu ohledně některých spojování podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004.⁷⁸⁷ Komise v něm mj. prohlašuje, že oznámená spojení určitého druhu jsou obvykle povolena, aniž by vzbuzovala jakékoli podstatné pochybnosti – pokud se ovšem nevyskytnou žádné zvláštní okolnosti.

Účelem uvedeného sdělení je tedy stanovit, za jakých podmínek Komise obvykle přijme zjednodušeným postupem zkrácené rozhodnutí, v němž prohlásí spojení za slučitelné se společným trhem. Obsahem sdělení jsou konkrétní pravidla takového zjednodušeného postupu. Platí, že jsou-li splněny všechny nezbytné podmínky stanovené ve sdělení a za předpokladu, že se nevyskytnou žádné zvláštní okolnosti, rozhodne Komise o povolení ve zkráceném řízení během 25 pracovních dnů ode dne notifikace. Toto sdělení bylo inspirací i pro našeho zákonodárce při zjednodušení procedury v českém právu kontroly koncentrací.

Dalším materiálem bylo Sdělení Komise o postupování případů pokud jde o spojování podniků,⁷⁸⁸ jež obecně popisuje podstatu systému postupování případů uvedeného v čl. 4 odst. 4 a 5, článku 9 a článku 22 Nařízení o fúzích. Sdělení

členské státy povětšinou vyjádřily podporu (dvoutřetinové pravidlo se obvykle soutěžiteli z těchto států, mezi něž patří i Česká republika, netýká).

⁷⁸⁷ Publikováno v Úředním věstníku EU: OJ C 56 ze dne 5. 3. 2005, str. 32. Toto Sdělení nahradilo Sdělení o zjednodušeném postupu ohledně některých spojování podle dřívějšího nařízení Rady (EHS) č. 4064/89; stejně jako původní Sdělení i toto upravuje zjednodušený postup Komise při posuzování některých spojení podniků, která nevyvolávají žádné obavy z narušení hospodářské soutěže.

⁷⁸⁸ Publikováno v Úředním věstníku EU: OJ C 56 ze dne 5. 3. 2005 na str. 2.

obsahuje právní kritéria, jež musí být splněna, aby bylo možné postoupit případ, a stanoví faktory, jež se berou v potaz při rozhodování o postoupení; rovněž poskytuje praktické informace o fungování systému postupování, zejména mechanismu postupování případů v přednotifikační fázi. Sdělení je proto užitečnou pomůckou jak českému soutěžnímu úřadu, jakožto orgánu plně zapojeného do uvedeného systému, tak pro jednotlivé soutěžitele, kteří uvažují o iniciování předání řešení jejich spojení od Úřadu ke Komisi či naopak.

Oznámení Komise o pravidlech pro přístup do spisu Komise...⁷⁸⁹ upravuje bližší pravidla přístupu do spisu mj. v řízeních vedených podle Nařízení o fúzích. Oznámení umožňuje Komisi odmítnout zcela nebo zčásti přístup k těm dokumentům, které obsahují obchodní tajemství a jiné důvěrné informace.⁷⁹⁰ Strany nemají podle Oznámení nárok na přístup do spisu před tím, než jim Komise sdělí své námitky proti jejich jednání, resp. spojení (srov. institut sdělení výhrad, resp. *statement of objections*).⁷⁹¹

Po dvouletých diskusích v rámci ECN byly v roce 2008 vydány Pokyny pro posuzování nehorizontálních spojení podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků.⁷⁹² Vyšly ze zkušeností Komise, jakož i z rozhodovací praxe Evropského soudního dvora a Soudu prvního stupně. Za nehorizontální spojení se považují vertikální a konglomerátní spojení (spojující se podniky jsou činné na různých stupních výrobního řetězce, resp. jsou ve vzájemném vztahu, který není ani čistě horizontální, ani vertikální. U konglomerátních spojení se návrh zaměřuje na spojení podniků působících na souvisejících nebo sousedících trzích (např. spojení dodavatelů komplementárních výrobků nebo výrobků náležejících do stejné produktové řady, kdy tyto produkty jsou obvykle nakupovány stejnou skupinou zákazníků ke stejnému účelu užití). Pokyny se soustředí na soutěžní efekty specifické pro vertikální a konglomerátní spojení.⁷⁹³

Nehorizontální spojení mohou významně narušit hospodářskou soutěž prostřednictvím nekoordinovaných efektů (uzavření přístupu ke vstupům či uzavření přístupu k zákazníkům, přenašení silného postavení z jednoho trhu na trh jiný ve

⁷⁸⁹ Publikováno v Úředním věstníku EU: OJ C 325 ze dne 22. 12. 2005 na str. 7.

⁷⁹⁰ Je-li to možné, Komise umožní přístup ke znění původních dokumentů, které neobsahují důvěrné informace, popř. pokud lze důvěrné informace chránit pouze formou shrnutí relevantních informací, bude stranám umožněn přístup k takovému shrnutí – srov. kapitulu 3.2. Oznámení.

⁷⁹¹ Srov. bod 26 Oznámení.

⁷⁹² OJ 2008/C 265/07.

⁷⁹³ Po posuzování horizontálních spojení podniků existují pokyny pro posuzování horizontálních spojení podniků podle Nařízení.

formě vázaných prodejí), a efektů koordinovaných (spojení podniků změní povahu hospodářské soutěže na trhu tak, že u podniků, které dříve nekoordinovaly svoje chování, bude po spojení pravděpodobnější, že dojde k protisoutěžní koordinaci (popř. spojení učiní koordinaci, k níž docházelo již před spojením, snadnější, efektivnější či výnosnější pro spojující se podniky).

Pokyny jsou sice formálně závazné pouze pro Komisi, a nikoli pro soutěžní úřady členských států, a to mj. proto, že v případě kontroly spojování soutěžitelů nepřichází v úvahu aplikace evropského soutěžního práva ze strany členských států. Přesto však Pokyny mají značný interpretační význam pro činnost Úřadu tak, jako ostatně i v případě jiného *soft-law*.⁷⁹⁴ Chybí-li obdobná pravidla v tuzemském právu⁷⁹⁵, běžně *soft law* dovolávají v řízeních o spojeních jak účastníci řízení, tak Úřad. Vydání Pokynů má nesporný harmonizační efekt. Soutěžní právo je pak uplatňováno konzistentně bez ohledu na to, který soutěžní úřad řízení právě vede, což je v souladu se zásadami a požadavky Mezinárodní soutěžní sítě (ICN).

Sjednocené sdělení⁷⁹⁶ o jurisdikčních otázkách aktualizovalo, vyjasnilo a sjednotilo několik dřívějších sdělení o jednomu dokumentu o všech jurisdikčních otázkách v režimu Nařízení o fúzích.⁷⁹⁷

12.5. KVANTITATIVNÍ ANALÝZA ROZHODOVACÍ ČINNOSTI

Základní statistický přehled kvantitativních ukazatelů rozhodovací činnosti Úřadu v oblasti spojování soutěžitelů ilustruje, jak se na celkových číslech projeví vnější faktory, a zda se naplnila očekávání předkladatelů první novely zákona ve vztahu k počtu posuzovaných spojení (zejména v důsledku nových prahových

⁷⁹⁴ Srov. např. běžnou argumentaci Pokynů Komise o posuzování vertikálních dohod nebo Pokynů Komise o pojmu dopadu na obchod mezi členskými státy ve smyslu čl. 81 a 82 Smlouvy ES v rozhodnutích Úřadu

⁷⁹⁵ Což je nyní již méně časté, díky souboru *Guidelines* ke spojování soutěžitelů – dostupné na <http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/spojeni-soutezitelu/guidelines-ke-spojeni-soutezitelu/>.

⁷⁹⁶ Konsolidované sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004 o kontrole spojování podniků, OJ, 2008/C 95/01.

⁷⁹⁷ Soubor předpisů a metodických materiálů v oblasti evropské kontroly fúzí je velmi rozsáhlý, a v tomto textu se jím nelze zabývat. Komise poskytuje aktualizované soubory všech dokumentů na Intranetu. Poslední dostupná verze byla k 14. 7. 2009 dostupná na <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger-compilation.pdf>.

hodnot notifikačních kritérií a zpřesnění pravidel pro výpočet společného obratu spojujících se soutěžitelů).

12.5.1. HYPOTÉZA VLIVU VNĚJŠÍCH FAKTORŮ NA POČET ŘÍZENÍ

Jedním z veřejně deklarovaných cílů první novely soutěžního zákona bylo snížení počtu spojení soutěžitelů, jež podléhají povolení Úřadu. Zejména měla být eliminována povinná notifikace ohledně dvou typů spojení: spojení soutěžitelů uskutečněných v zahraničí s žádným nebo minimálním dopadem na soutěž v ČR a marginálních spojení soutěžitelů uskutečněných v ČR.⁷⁹⁸

Předpokladem a cílem předkladatele první novely byl výsledný pokles počtu posuzovaných fúzí a akvizicí na téměř jednu čtvrtinu původního stavu. Z analýzy jednotlivých případů pak vyplynulo, že předmětem povolovacího režimu by i nadále měla být všechna „významná“ spojení (naprostá většina spojení, ohledně nichž bylo vedeno řízení ve druhé fázi, všechna spojení, která byla ve skutečnosti zakázána nebo která byla povolena se závazky či podmínkami). Na straně druhé měla modifikace notifikačních kritérií vyloučit posuzování fúzí, u nichž ani potenciálně nehrozilo, že by vedly k narušení hospodářské soutěže v ČR.

Důsledky vstupu ČR do EU a s tím spojeného vyjmutí posuzování spojení s komunitární dimenzí z působnosti Úřadu, na celkový počet posuzovaných spojení nebyly předvídaný ani pracovně.⁷⁹⁹

Nedostatkem uvedených analýz a odhadů (svou povahou zcela modelových a „laboratorních“) byla skutečnost, že vycházely z předpokladu, že kromě zkoumaných „proměnných“ ostatní podmínky a skutečnosti ovlivňující množství posuzovaných spojení soutěžitelů zůstanou nezměněny.⁸⁰⁰

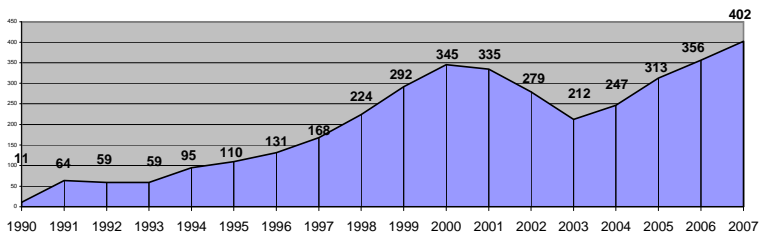
⁷⁹⁸ V souvislosti s přípravou textu první novely ZOHS Úřadu analyzoval spojení posuzovaná ve druhé polovině roku 2001, v roce 2002 a v první polovině roku 2003. Součástí této analýzy byl hypotetický test, kdy na uvedená spojení byla aplikována navrhovaná notifikační kritéria a současně nový způsob výpočtu obratu podle novelizovaného § 14. Podle výsledků tohoto testu, na základě nichž se předkladatel rozhodl pro konkrétní konstrukci notifikačních kritérií a vyšší prahových hodnot, by např. z 211 fúzí posuzovaných v roce 2002 podle nových kritérií mělo povolení podléhat pouze 55 spojení.

⁷⁹⁹ V souladu s výše provedeným „odhadem“ bylo možno předpokládat, že uvedená skutečnost se po 1. květnu 2005 v celkové statistice rozhodovací činnosti projeví poklesem o dodatečných 10 až 20 procentních bodů oproti stavu před vstupem ČR do EU.

⁸⁰⁰ Jak vzdálený byl tento předpoklad od reality, lze dokumentovat např. na vývoji statistiky rozhodovací činnosti Komise v letech 1999 až 2003, resp. Úřadu v letech 1992 až 2000, tedy

Dále uvedené statistické údaje (viz grafy) prokazují značné kolísání počtu notifikací, resp. posuzovaných spojení v čase. Je přitom velmi pravděpodobné, že uvedené kolísání je ovlivněno na straně jedné globalizací a vzájemným propojováním jednotlivých ekonomik, které vedou k častějším fúzím a akvizicím, a to jak na národní, tak na nadnárodní úrovni; naopak poklesy mohou být připsány periodickým recesím ekonomiky, kdy v důsledku nedostatku disponibilních prostředků klesají možnosti tržní expanze soutěžitelů formou externího růstu.

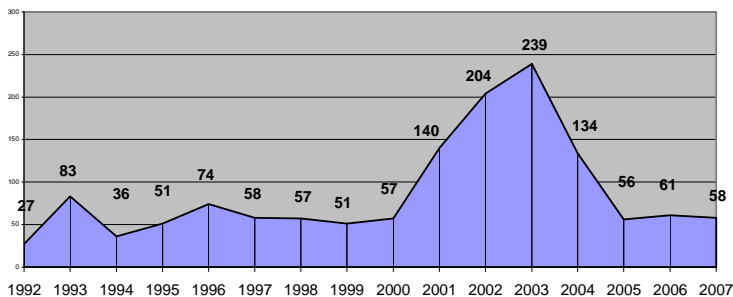
Vývoj počtu notifikací ke Komisi v letech 1990 až 2007



Zdroj: Evropská komise, <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>.

v letech, kdy se v obou jurisdikcích uplatňovala stejná konstrukce i výše notifikačních kritérií.

Vývoj počtu spojení posuzovaných Úřadem v letech 1992 až 2007



Zdroj: Výroční zprávy Úřadu,

<http://www.compnet.cz/informacni-centrum/vyrocní-zpravy-pro-verejnost/>.

Ověření hypotézy

Správnost hypotézy lze ověřit porovnáním se statistikou rozhodovací činnosti za rok 2004. Z té vyplývá, že v roce 2004 bylo Úřadu notifikováno 134 spojení soutěžitelů. To sice představuje podstatný pokles oproti roku 2003, kdy Úřad řešil 239 spojení soutěžitelů (tento počet představuje v podmínkách Úřadu historický rekord), nejde však o pokles v takovém rozsahu, jaký byl při přípravě novelizace zákona anticipován.

Významné vnější vlivy:

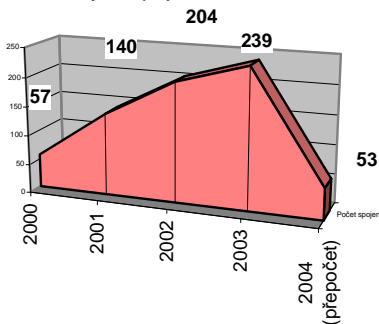
- rok 2001 – 1. 7. 2001 nabyl účinnosti nový soutěžní zákon, který nahradil do té doby účinný zákon č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (změna notifikačního kritéria z tržního podílu spojujících se soutěžitelů na kritérium obratu vedla k podstatnému nárůstu počtu posuzovaných spojení).
- rok 2004 – 1. 5. 2004 vstup ČR do EU, v ČR se od tohoto data aplikuje Nařízení o fúzích
 - 2. 6. 2004 nabyla účinnosti první novela ZOHS

Výše uvedený údaj za celý rok 2004 však není dostatečně průkazný a sám o sobě neumožňuje verifikovat platnost naznačených hypotéz, neboť v tomto čísle jsou započítány jak návrhy na povolení podané podle původní právní úpravy, tak návrhy podané po účinnosti první novely ZOHS. Roztříděním správních řízení zahájených v roce 2004 do dvou skupin podle toho, zda notifikace byla podána před nebo po účinnosti první novely ZOHS, lze dospět k následujícím údajům. Před účinností novely, tj. do 1. června 2004 včetně, bylo k Úřadu podáno 103 návrhů, na základě nichž bylo řízení zahájeno; za účinnosti novelizovaného soutěžního zákona, tj. v období od 2. června do 31. prosince 2004, pak bylo podáno pouze 31 notifikací.

Již z uvedených údajů je zřejmé, že změna konstrukce a výše prahových hodnot notifikačních kritérií měla významnější dopad, než jak by to vyplývalo z údajů za celý rok 2004. Pokud se však přikročí k hypotetickému přepočtu množství podaných návrhů za období sedmi měsíců od doby účinnosti novely na období jednoho roku, lze dospět k přibližnému množství 53 notifikovaných spojení za běžný kalendářní rok. Při dosazení této hypotetické hodnoty do předcházejícího grafu dospějeme k následující křivce vývoje počtu notifikací v letech 2000 až 2004.

*Vývoj počtu spojení posuzovaných spojení Úřadem v letech 2000 až 2004
(s přepočtem roku 2004)*

Počet posuzovaných spojení v ČR 2000-2004 (přepočet)



Z uvedených výpočtů lze vyvodit závěr, že předpoklad, podle něhož zavedením nové konstrukce notifikačních kritérií, nové úpravy výše prahových hodnot a pravidel výpočtu společného obratu dojde ke snížení počtu notifikovaných spojení až na jednu čtvrtinu původního stavu (srov. část 3.1.1.), se potvrdil. Ve skutečnosti je notifikovaných spojení po účinnosti novely ještě méně než čtvrtina oproti stavu před účinností novely. Není přitom pochyb o tom, že kromě změn díky zákona se na uvedeném poklesu podílel i vstup ČR do EU a skutečnost, že celá řada spojení, jež by jinak podléhala povolení Úřadu, po 1. květnu 2004 pro svou komunitární dimenzi podléhala pouze povolení Komise.

12.5.2. HYPOTÉZA VLIVU PŘECHODNÉHO USTANOVENÍ ČL. III ODST. 2 ZÁKONA Č. 340/2004 SB.

Přechodné ustanovení obsažené v čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb. přikazovalo Úřadu, aby po účinnosti novely posoudil, zda spojení, ohledně něhož vedl správní řízení (neboť podléhalo povolení podle původních notifikačních kritérií) tomuto povolení podléhá i podle nových pravidel upravujících výši a konstrukci notifikačních kritérií a výpočet společného obratu. Vzhledem k tomu, že tato kritéria byla stanovena podstatně výše, než tomu bylo u předchozí právní úpravy, dalo se předpokládat, že část spojení soutěžitelů, ohledně nichž bude v okamžiku nabytí účinnosti vedeno správní řízení, nebude podle novelizovaného § 13 podléhat povolení, a Úřad tak bude nucen postupovat podle čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb., tj. vydat rozhodnutí, že tato spojení nepodléhají povolení, aniž by je věcně přezkoumal co do dopadů na hospodářskou soutěž.

Ověření hypotézy

Již ze samotných údajů o počtu rozhodnutí o tom, že spojení nepodléhá povolení, vydaných Úřadem v roce 2002 až 2004, a z jejich vzájemného porovnání vyplývá, že v roce 2004 podstatně vzrostl počet vydaných rozhodnutí této kategorie (viz tabulka).

Rok	2002	2003	2004
Počet rozhodnutí o tom, že spojení nepodléhá povolení	13	20	43

Pokud se však provede důkladnější analýza rozložení rozhodnutí tohoto typu do jednotlivých období roku 2004, vyjde najevo, že téměř polovina⁸⁰¹, byla vydána v období bezprostředně následujícím po datu účinnosti novely ZOHS, tj. v červnu a červenci 2004. Tento počet převyšuje počet rozhodnutí stejného typu v celém roce 2003 (oproti roku 2002 by šlo o dvojnásobek). Tak vysoký nárůst však není možno přičíst samotnému působení čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb.

Vysvětlení je poměrně jednoduché. V praxi se totiž ukázalo, že spojující se soutěžitelé si byli výše uvedeného přechodného ustanovení velice dobře vědomi. Celá řada účastníků řízení zahájených před 2. červnem 2004, jejichž předmětem byla spojení, která po uvedeném datu neměla podléhat povolení Úřadu, proto požádala o přerušení řízení ve smyslu § 29 odst. 2 SŘ, resp. přerušení správního řízení a běhu lhůt pro vydání rozhodnutí podle soutěžního zákona dosáhla fakticky tím, že „váhala“ s vyhověním výzvě Úřadu k doplnění náležitostí návrhu na povolení spojení nezbytných pro posouzení spojení. Po účinnosti novely pak byla tato řízení ukončena rozhodnutím ve smyslu čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb. ve spojení § 16 odst. 2 věta druhá ZOHS.

Jakkoli je zřejmé, že tak četné využití přechodného ustanovení čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb. předkladatel novely nezamýšlel a ani nepředpokládal, uvedený postup účastníků řízení, kterým se vyhnuli hmotně právnímu posouzení svých transakcí co do slučitelnosti se soutěžním zákonem, byl legitimní.⁸⁰²

⁸⁰¹ Přesně šlo o 21 rozhodnutí ve smyslu § 16 odst. 2 věta druhá ZOHS (spojení nepodléhá povolení Úřadu).

⁸⁰² Jestliže totiž pozdější právní úprava stanoví pro soutěžitele příznivější podmínky (a jestliže státu tato právní úprava naopak garantuje menší možnost ingerovat do podnikatelské svobody účastníků trhu), pak tam, kde je možné tohoto příznivějšího režimu využít, využít musí být soutěžitelům umožněno, děje-li se právně konformním způsobem, i když daný způsob spočívá na přinejmenším neobvyklém použití některých instrumentů procesního práva. Není přitom bez zajímavosti, že na základě aplikace čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb. bylo vydáno rozhodnutí o tom, že dané spojení nepodléhá povolení, i ve dvou správních řízeních, která již byla vedena v tzv. druhé fázi, tj. ve fázi, kdy se hloubkovým šetřením ověřuje důvodnost obav Úřadu z toho, že toto spojení povede k podstatnému narušení soutěže na trhu, a u kterých by tedy jinak byla vysoká pravděpodobnost zásahu Úřadu buď ve formě nepovolení spojení nebo ve formě vydání rozhodnutí o povolení spojení s podmínkami nebo závazky.

12.5.3. DALŠÍ VÝZNAMNÉ KVANTITATIVNÍ ÚDAJE

Základní kvantitativní údaje vypovídající o rozhodovací činnosti Úřadu v oblasti spojování soutěžitelů, v roce 2004 jsou shrnuty v následující tabulce.

Kvantitativní ukazatele činnosti Úřadu v roce 2004

Celkový počet vydaných rozhodnutí bez rozlišení druhu	174
Počet meritorních rozhodnutí	164
Počet rozhodnutí o povolení spojení	119
Počet rozhodnutí o povolení spojení s podmínkami nebo závazky	1
Počet rozhodnutí o nepovolení spojení	1
Počet rozhodnutí o tom, že spojení nepodléhá povolení	43

Zajímavý je v tomto ohledu vývoj počtu zakázaných spojení a spojení, jež byla povolena s podmínkami a závazky v roce 2004 ve vztahu k předcházejícím obdobím.

Vývoj počtu nepovolených spojení a spojení povolených s podmínkami a závazky v letech 2002 až 2004

Rok	2002	2003	2004
Nepovolená spojení	1	1	1
Spojení povolená s podmínkami a závazky	9	6	1

Z uvedených údajů lze vypožorovat dva trendy: zatímco počet nepovolených spojení je za poslední tři roky stabilní (v každém roce bylo tímto způsobem rozhodnuto pouze jednou), počet rozhodnutí, v nichž byly uloženy podmínky nebo přijaty závazky ve prospěch účinné soutěže, od roku 2002 klesá. Tento vývoj je

zajímavý a do značné míry překvapivý, neboť vyvrací (byť nepřímo) dva předpoklady, z nichž se vycházelo při přípravě novelizace ZOHS.

Podle prvního předpokladu měl pokles počtu projednávaných spojení zajistit, že Úřad se bude moci zbývajícými spojeními více zabývat, tj. bude jim moci věnovat více času a lidských zdrojů, což se mělo mj. projevit v důkladnějších analýzách a v aktivnějším přístupu ve vztahu k závažným spojením.

Podle druhého předpokladu, o němž již byl výše podán výklad, měly nově nastavené obrátivé hranice notifikačních kritérií zajistit sice pokles povinně posuzovaných spojení, avšak dotčena neměla být notifikační povinnost ve vztahu ke všem závažným případům spojení, u kterých je pravděpodobný aktivní zásah ze strany Úřadu (tedy nepovolení spojení nebo jeho podmíněčné povolení). Podle důvodové zprávy k první novele soutěžního zákona tak měl pokles posuzovaných správních řízení umožnit Úřadu „soustředit síly a zdroje na posuzování zbývajících spojení, která budou i nadále podléhat jeho povolení, zejména těch, která vzbuzují vážné obavy z narušení hospodářské soutěže v České republice“. Při splnění obou předpokladů by počet spojení, které byly v roce 2004 posuzovány a které by byly povoleny s podmínkami nebo závazky, měl přinejmenším odpovídat počtu v roce 2003, popř. být vyšší.

Dílním vysvětlením opačného trendu může být skutečnost, že část spojení, která by byla z pohledu českého soutěžního zákona problematická a vyžadovala si aktivní reakci ze strany Úřadu, přešla po 1. květnu 2004 do výlučné kompetence Komise a povolení Úřadu nadále nepodléhala. Jiné, pro Úřad podstatně méně příznivé vysvětlení, pak může spočívat v pochybnostech, zda Úřad dostatečně využil uvolněný čas a prostředky k prosazování soutěžního práva v oblasti spojování soutěžitelů, a zda naopak oproti původním předpokladům důkladnější analýzy neprovádí nebo, zda na vymáhání soutěžního práva v oblasti spojování soutěžitelů poněkud nerezignuje. Jde však spíše jen o nepodložené domněnky, které by mohly být potvrzeny nebo vyvráceny pouze vyčerpávající analýzou všech rozhodnutí přijatých Úřadem nejen v roce 2004, ale i v předcházejících obdobích⁸⁰³. Částečnou odpověď může dát kvalitativní analýza rozhodovací činnosti Úřadu, jež je předmětem dalšího pojednání. Trvalý skokový pokles počtu projednávaných spojení mezi léty 2003 a 2005 a stagnace na této nízké úrovni jsou však evidentní.

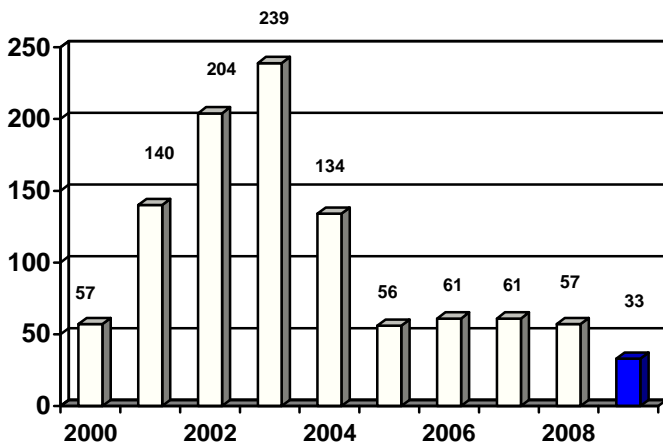
⁸⁰³ Zpracování takové analýzy však nebylo cílem... .

Základní kvantitativní ukazatele činnosti Úřadu v roce 2005 a 2006:

	2005	2006
Celkový počet vydaných rozhodnutí bez rozlišení druhu	61	63
Počet meritorních rozhodnutí	59	61
Počet rozhodnutí o povolení spojení	52	51
Počet rozhodnutí o povolení spojení s podmínkami nebo závazky	0	3
Počet rozhodnutí o nepovolení spojení	0	0
Počet rozhodnutí o tom, že spojení nepodléhá povolení	7	7

Vývoj počtu nepovolených spojení a spojení povolených s podmínkami a závazky v letech 2002 až 2007:

Rok	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Počet notifikovaných spojení	140	204	239	134	56	61	58
Nepovolená spojení	0	1	1	1	0	0	0
Spojení povolená s podmínkami a závazky	4	9	6	1	0	3	1



Počet posuzovaných spojení v řízení před ÚOHS 2000–2009.⁸⁰⁴

12.6. KVALITATIVNÍ ANALÝZA ROZHODOVACÍ ČINNOSTI

12.6.1. HYPOTÉZA VLIVU VNĚJŠÍCH FAKTORŮ NA KVALITATIVNÍ STRÁNKU ROZHODOVACÍ ČINNOSTI

Prvotní hypotéza ve vztahu ke kvalitativní stránce rozhodování Úřadu v oblasti spojování soutěžitelů je následující: pokles počtu posuzovaných fúzí v důsledku změny výše a konstrukce notifikačních kritérií a vstupu ČR do EU by se měl projevit ve vyšší kvalitě průběhu správního řízení a kvalitě správních rozhodnutí, tedy zejména v častějším využívání ekonomických analýz a aktivnější roli Úřadu při zkoumání dopadů spojení, popř. navrhovaných závazků na strukturu trhu a úroveň hospodářské soutěže na něm.

První novelou měla být eliminována zejména notifikace spojení se zanedbatelným dopadem na soutěž v ČR, kdežto veškerá „typově závažnější“ spojení měla podléhat povolení Úřadu i po provedených změnách. Kombinace většího časového

⁸⁰⁴ Pramen: NERUDA, R.: *Zpráva o ochraně soutěže 2008–2009*, PP presentace na Svato-martinské konferenci ÚOHS, 11. 11. 2009.

prostoru a posuzování jen závažnějších spojení by se měla projevit v provádění důkladnějšího průzkumu, hlubších ekonomických a právních analýz, v častějším šetření spojení ve druhé fázi správního řízení, v četnějším přijímání závazků ve prospěch účinné soutěže, apod.

O tom, do jaké míry se uvedená hypotéza v praxi naplnila, si lze přitom učinit úsudek pouze na základě empirického výzkumu, tj. analýzy relevantního vzorku významných rozhodnutí Úřadu přijatých v příslušném období nebo v obdobích na toto období bezprostředně navazujících. Tato analýza je obsahem následující části textu.

12.6.2. ANALÝZA VYBRANÝCH ROZHODNUTÍ ÚŘADU OD R. 2004

12.6.2.1. Bakeries International/DELTA PEKÁRNY

Úřad v roce 2004 vydal pouze jedno rozhodnutí, kterým zamítl návrh na povolení spojení, a to spojení Bakeries International/DELTA PEKÁRNY. Toto rozhodnutí bylo v řízení o rozkladu v plném rozsahu potvrzeno.⁸⁰⁵

Bakeries International v ČR kontroloval výrobce pečiva Odkolek, jenž společně se společnostmi DELTA PEKÁRNY a PENAM tvořili trojici zdaleka nejvýznamnějších soutěžitelů na trhu. Nebezpečí spojení dvou výrobců pečiva, jež mělo ovlivnit soutěž zejména na trhu čerstvého běžného pečiva a chleba v ČR, Úřad spatřoval zejména ve vysoké tržní síle subjektu vzniklého spojením a jejím zvýšení, které by spolu s ostatními faktory mohlo mít za následek podstatné narušení hospodářské soutěže na tomto relevantním trhu.

Úřad dovodil, že vzhledem k síti pekáren rozmístěných rovnoměrně po celém území ČR, možnostem podpory ze strany významných zahraničních společností provázaných se spojujícími se soutěžiteli, vertikální integraci spojujících se soutěžitelů (jež je dána mj. kontrolou nad významnou částí surovinové základny pro pekárenskou, cukrářskou a těstovinářskou výrobu), širokému výrobnímu portfoliu zahrnujícímu většinu pekárenských a mlýnských výrobků (výrazně širšímu, než kterým disponují konkurenti) a významným rezervám ve výrobních kapacitách, nelze vyloučit negativní dopady předmětného spojení na střední a malé výrobce pekařského a cukrářského pečiva. Ti ve vztahu ke spojujícím se soutěžitelům vystupovali buď v konkurenčním vztahu nebo ve vztahu odběratelském (pokud odbírají výchozí suroviny nezbytné pro výrobu pekařského a cukrářského pečiva), či

⁸⁰⁵ Rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. R 49/2004 ze dne 1. 2. 2005.

v pozici subdodavatele pekařského a cukrářského pečiva pro spojující se soutěžitele (v rámci kooperačních vazeb).

Úřad navíc zvážil vysokou tržní sílu spojujících se soutěžitelů ve vztahu k významným odběratelům jejich výrobků, zejména obchodním řetězcům. Jakkoli Úřad ve svých rozhodnutích zpravidla poukazuje na značnou kupní sílu těchto řetězců, v daném případě konstatoval, že tuto sílu byly obchodní řetězce schopny uplatňovat na relevantním trhu pouze vůči regionálním výrobcům pečiva, nikoli vůči skupině velkých dodavatelů, do níž patřili oba spojující se soutěžitelé.⁸⁰⁶ Úřad tedy dovedl, že obchodní řetězce v daném případě nemohou plnit svou jinak obvyklou roli *countervailing buying power*. Poukázal rovněž na výhodné rovnoměrné rozmístění výrobních závodů spojujících se soutěžitelů, kterým nedisponuje žádný konkurent, jež by dále usnadnilo zásobování obchodních řetězců, a tím poskytl spojením vzniklému subjektu dodatečnou výhodu oproti konkurenci.

Analýza „jiných“ kritérií tržní síly byla v daném případě mimořádně významná, neboť společný tržní podíl spojujících se soutěžitelů na relevantním trhu byl nižší než 40%; Úřad tedy ve svém prvoinstančním rozhodnutí vyvracel domněnku neexistence dominantního postavení podle § 10 odst. 3 ZOHS. Herfindahl-Hirschmannův index (HHI), jímž se posuzuje stupeň koncentrace relevantního trhu, byl nižší než 1000 bodů, což zpravidla nevzbuzuje obavy z narušení soutěže na takovém trhu.⁸⁰⁷

⁸⁰⁶ Ti totiž měli kvalitativně odlišné postavení, neboť pouze oni a jeden významný konkurent byli schopni díky svým kapacitám a rozmístění výrobních závodů dodávat své výrobky do téhož řetězce prakticky na celém území ČR. Tomu nasvědčoval i vysoký podíl dodávek spojujících se soutěžitelů do jednotlivých obchodních řetězců. Úřad dokonce za použití výpovědí oslovených odběratelů dovedl, že pro řadu obchodních řetězců jsou spojující se soutěžitelé nepostradatelnými obchodními partnery, a to i proto, že dotčenými relevantními trhy jsou trhy s nezbytným zbožím. Jak vypověděl jeden z oslovených významných obchodních řetězců, „vzhledem k objemům pečiva, které odebíráme od uvedených tří společností (spojující se soutěžitelé a společnost PENAM), není možné ani během několika týdnů přejít od kteréhokoliv z nich k jinému dodavateli (zejména místní výrobci nejsou schopni zvýšit ani během několika měsíců své dodávky). Nahradit dodávky společnosti Delta vzhledem k obrovskému procentu odebíraného pečiva v poměru k celkovému objemu pečiva, které odebíráme, není možné vůbec – ani například s pomocí dalších dvou jmenovaných společností.“ (zdroj: rozhodnutí ve věci *Bakeries International/DELTA PEKÁRNÝ*).

⁸⁰⁷ Srov. čl. 19 Oznamení o pravidlech posuzování horizontálních spojení podle Nařízení o fúzích vydané Komisí, publikované v Úředním věstníku C 31 z roku 2004.

Účastník řízení navrhl Úřadu závazky ve prospěch zachování účinné soutěže ve smyslu § 17 odst. 3; ten návrh odmítl s odkazem na komunitární pravidla i na vlastní praxi přijímání strukturálních závazků.⁸⁰⁸

Šlo o třetí spojení soutěžitelů v historii činnosti Úřadu, jež bylo zakázáno. I ostatní dvě zamítavá rozhodnutí se týkala spojení, jež se měla uskutečnit v potravinářském sektoru (KMV/Poděbradka – oblast výroby minerálních vod, Südzucker/SLS – trh výroby cukru). Sotva se dá hovořit o náhodě; komentované rozhodnutí je dokladem, že Úřad vnímá potravinářský sektor jako soutěžně velmi citlivé odvětví, když z podtextu všech rozhodnutí vyplývá, že tato citlivost je spatřována zejména ve velkém množství potenciálně dotčených subjektů – spotřebitelů, tedy v podstatě všech obyvatel země (ve všech případech šlo o základní potraviny).

Uvedené rozhodnutí je rovněž důkazem, že Úřad přikládal zásadní význam analýze ostatních kritérií tržní síly ve smyslu § 10 odst. 2, resp. ostatních kritérií posouzení dopadů spojení podle § 17 odst. 1. Ani v jednom případě nebylo spojení zakázáno „především“ na základě analýzy tržních podílů a jejich zvýšení; ve všech případech hrála mimořádnou roli analýza hospodářské a finanční síly, portfoliové síly, překážek vstupu na trh, potřeb a zájmů spotřebitelů a vývoje nabídky a poptávky na dotčených trzích. Toto rozhodnutí, kde tržní podíly spojujících se soutěžitelů byly sice nižší, než je hranice vyvratitelné domněnky neexistence dominance (§ 10 odst. 3), je tedy třeba považovat za důkaz dobové tendence relativně zvyšovat význam ostatních kritérií pro posouzení dopadů spojení a snižovat význam tržních podílů.

⁸⁰⁸ Úřad upozornil, že smyslem strukturálních závazků či podmínek je jednak snížení výrobních kapacit spojením vzniklého subjektu, ale současně zajištění dalšího provozování převážených aktiv zejména konkurenty spojujících se soutěžitelů tak, aby nedošlo ke snížení nabízeného množství produktů na dotčených relevantních trzích. Spojující se soutěžitelé však podle Úřadu nenavrhli závazek, jež by splňoval požadavky na kupujícího ve směru jeho schopnosti udržet a rozvíjet předmět převodu. Tím nebylo zaručeno, že by převedené pekárenské a mlýnské výrobní kapacity byly dále provozovány, a že by tedy tímto způsobem vznikl konkurent spojujících se stran, jež by měl předpoklady pro svou dlouhodobou konkurenceschopnost. Vzhledem k tomu, že závazky navržené účastníkem řízení se týkaly převodu prázdných areálů, bylo by v případě zájmu jejich nabyvatele o další provoz pekárenské výroby nezbytné vynaložit značné náklady mj. na investice do příslušných výrobních technologií. Vzhledem k této skutečnosti a s ohledem na to, že navržené závazky neobsahovaly záruky převodu na osoby schopné a ochotné pokračovat v provozu pekárenské, případně mlýnské výroby, Úřad navržené závazky nepřijal, a návrh na povolení spojení svým rozhodnutím zamítl.

Rozdíly proti ostatním dvěma „zákazovým“ rozhodnutím jsou ve významu, který je přikládán analýze koncentrace trhu pomocí Herfindahl-Hirschmannova indexu. Zatímco v rozhodnutích KMV/Poděbradka a Südzucker/ SLS byl vysoký stupeň koncentrace relevantního trhu a jeho nárůst v důsledku spojení považován za významný důkaz nebezpečí z narušení soutěže, v daném případě naopak relativně nízká koncentrace relevantního trhu nebyla považována za důkaz opaku.⁸⁰⁹

Z rozhodnutí rovněž vyplývá, že Úřad ve správním řízení prováděl šetření trhu a že klíčové byly informace získané od obchodních řetězců.⁸¹⁰

V obecném hodnocení závazků navržených účastníkem řízení a jejich způsobilosti odstranit identifikovaná nebezpečí pro soutěž lze s Úřadem souhlasit. Jak Úřad uvedl např. v rozhodnutí Zentiva/S. L. Pharma, základním účelem strukturálních závazků spočívajících v převodu výrobních nebo obchodních aktivit je založit změnu ve struktuře příslušných relevantních trhů a *de facto* tak vytvořit podmínky

⁸⁰⁹ Jestliže společný tržní podíl spojujících se soutěžitelů měl být nižší než 40%, jednalo se navíc o prolomení jisté „psychologické“ hranice; doposud Úřad totiž zakazoval spojení, kde tržní podíly spojujících se soutěžitelů tuto hranici překračovaly, byť o jednotky (nikoli o desítky procent). Na straně druhé, ani v ostatních dvou případech nepovolených spojení nebyl jediným nebo převážným důvodem zákazu vysoký tržní podíl (spíše naopak), a proto v tomto ohledu nelze rozhodnutí Bakeries International/DELTA PEKÁRNY považovat za nekonzistentní s dosavadní rozhodovací praxí. Argumentace případem Heinz/Beech Nut, jíž Úřad ve svém rozhodnutí na podporu svých závěrů použil, se však v tomto kontextu nezdá být zcela příhodná, neboť z rozhodnutí o rozkladu nevyplývá, že by Úřad sdílel, obdobně jako Federal Trade Commission v USA v uvedeném případě, hlavní obavy z tzv. jednostranných dopadů spojení (resp. ze vzniku tzv. nekoluzivního oligopolu).

⁸¹⁰ Ostatně analýza postavení obchodních řetězců na relevantním trhu dotčeném tímto spojením je velmi zajímavá, neboť na rozdíl od jiných případů jsou obchodní řetězce ve vztahu k spojujícím se soutěžitelům popsány jako slabší obchodní partner. S významem posouzení situace při prodeji pečiva v obchodních řetězcích lze jistě souhlasit v situaci, kdy podíl celkových nákupů realizovaných českými domácnostmi v této formě maloobchodu kontinuálně roste na úkor jiných forem prodeje (tedy včetně např. malých pekařství a prodeječů potravin).

Pochybnosti vyvolala metodika vymezení relevantního trhu podle tzv. standardní klasifikace produkce pro účely statistického zjišťování; pokud by nebyla dostatečně respektována poptávková reaktivní zaměnitelnost a nabídková substituce, jednalo by se o odklon od zavedené praxe nejen Úřadu (i Komise), v souladu s níž není pro vymezení relevantního trhu rozhodující jakékoliv administrativní třídění produkce, nýbrž prvotní je vždy hledisko funkční zastupitelnosti. Rovněž jistě pochybnosti vzbudil způsob výpočtu tržních podílů spojujících se soutěžitelů, kdy argumentem pro nezohlednění dodávek drobných soutěžitelů měla být skutečnost, že odpovídající údaje o jejich produkci nejsou statisticky sledovány, a že podle prohlášení jednoho z představitelů spojujících se soutěžitelů nelze tuto kategorii výrobců pečiva považovat za skutečné konkurenty.

pro vznik nového soutěžitele nebo pro posílení stávajících konkurentů. Jestliže tedy navržené závazky neposkytovaly dostatečnou záruku, že bude převedena životaschopná a konkurenceschopná část podnikání na subjekt, který je buď stávajícím konkurentem, nebo jenž má osobní, kapitálové i profesní předpoklady pro to, aby se stal skutečným konkurentem spojením vzniklého subjektu, pak by přijetí takového závazku skutečně neodstranilo nebezpečí narušení soutěže ani v případě, že by byl v plném rozsahu naplněn.⁸¹¹

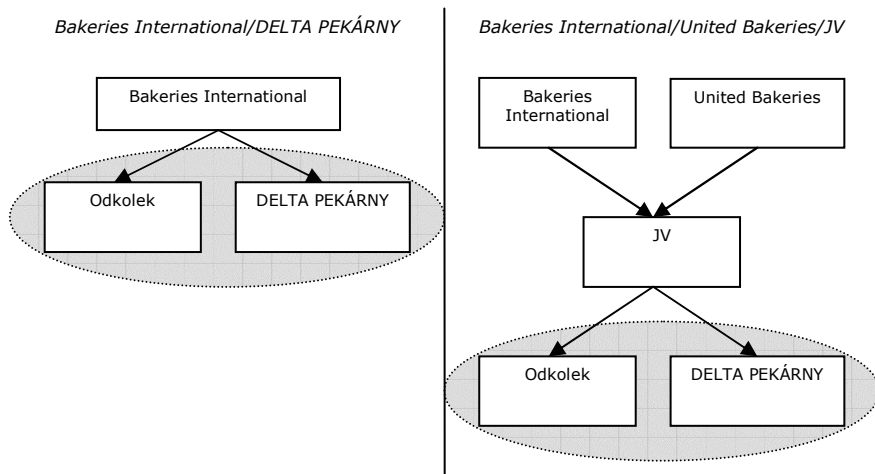
12.6.2.2. Bakeries International/United Bakeries Luxemburg/JV

Dne 16. 11. 2005 bylo Úřadu notifikováno spojení, k němuž mělo dojít v důsledku vzniku společné kontroly ze strany společnosti Bakeries International a společnosti United Bakeries nad nově založeným společným podnikem, do něhož Bakeries International hodlal vložit svůj podíl na hlasovacích právech ve společnosti RAMILL, která kontroluje společnost Odkolek, a společnost United Bakeries do společně kontrolovaného podniku hodlala vložit podíl na hlasovacích právech ve společnosti DELTA PEKÁRNY. Notifikovaným spojením tedy mělo dojít k vytvoření soutěžitele, který bude kontrolovat tytéž subjekty, které by kontroloval soutěžitel, k jehož vytvoření mělo dojít na základě spojení soutěžitelů *Bakeries International/DELTA PEKÁRNY*, které nebylo povoleno (viz výše). Úřad se zvláště zaměřil na zkoumání, zda a v jaké míře došlo v mezidobí ke změnám ve skutečnostech rozhodných pro posouzení dopadů předmětného spojení soutěžitelů na hospodářskou soutěž.

Typově šlo o spojení ve formě vzniku založení společně kontrolovaného podniku. Úřad ověřil, že společný podnik bude dlouhodobě plnit všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, a že tak transakce naplňuje znaky spojení soutěžitelů ve smyslu § 12 odst. 3 písm. a) a § 12 odst. 5 ZOHS.

⁸¹¹ Jinou otázkou ovšem je, zda Úřad mohl a měl při formulaci závazků ze strany účastníka řízení hrát aktivnější roli. I přes to, že základní zákonná pravidla pro minimální součinnost ze strany Úřadu splněna byla, není vyloučeno, že větší aktivita a otevřenost Úřadu bývaly mohly vést k nalezení vhodných opatření ve prospěch soutěže, jež by odstranila obavy Úřadu, kvůli nimž spojení nepovolil. To, že aktivnější a otevřenější přístup může vést k formulaci komplexního souboru podrobně formulovaných závazků ze strany účastníka, které řeší konkrétně formulované (a účastníkům řízení otevřeně sdělené) obavy z narušení soutěže, se dá dokumentovat na např. na výše uvedeném rozhodnutí Zentiva/S. L. Pharma z roku 2003, v rámci něhož bylo přijato celkem deset převážně strukturálních a kvazistrukturálních závazků.

Schéma stavu po uskutečnění spojení Bakeries International/DELTA PEKÁRNY a Bakeries International/United Bakeries/JV



Relevantní trhy byly vymezeny shodně jako v případě Bakeries International/DELTA PEKÁRNY.⁸¹² Podstatná změna okolností oproti stavu v roce 2004 nastala ve vertikální integraci spojujících se soutěžitelů. Zatímco v případě *Bakeries International/DELTA PEKÁRNY* se jednalo o jeden z faktorů vedoucích k závěru o podstatném narušení soutěže, v mezidobí došlo k odprodeji skupiny UNIMILLS ze strany společnosti Bakeries International třetímu nezávislému subjektu. V důsledku toho mohl Úřad nyní konstatovat, že nepřítomností na trzích, které vertikálně předcházejí vymezeným relevantním trhům, se spojující se soutěžitelé odlišují od svých nejvýznamnějších konkurentů (společností PENAM a Český pekař), a že spojením vzniklý subjekt nebude, na rozdíl od svých konkurentů, z pohledu přístupu k surovinám používaným při výrobě pekařských pro-

⁸¹² Tedy jako trh čerstvého běžného pečiva a chleba, trh čerstvého cukrářského pečiva, trh trvanlivého sladkého pečiva, trh trvanlivého ostatního (nesladkého) pečiva a trh těstovin. Analýzou tržních podílů spojujících se soutěžitelů na těchto trzích Úřad zjistil, spojením vzniklý subjekt bude mít vedoucí postavení pouze na dvou relevantních trzích, a to (i) na relevantním trhu čerstvého běžného pečiva a chleba a (ii) na relevantním trhu čerstvého cukrářského pečiva; i zde však jeho odstup od nejbližších významných konkurentů nebude výrazný. Úřad se proto zaměřil na dopady spojení na uvedených dvou trzích.

duktů soběstačný a bude nucen si tyto suroviny zajišťovat dodávkami od subjektů, stojících mimo skupinu kontrolovanou spojujícími se soutěžiteli.

Zvýšení hospodářské a finanční síly spojením vzniklého subjektu bude kompenzováno značnou hospodářskou a finanční silou ostatních subjektů působících na relevantních trzích, a to jak nejvýznamnějších konkurentů (PENAM) nebo nejvýznamnějších odběratelů (Makro Cash & Carry, Ahold, skupina Schwarz a skupina REWE). Při hodnocení překážek vstupu na trh považoval Úřad⁸¹³ za klíčové, že na trhu existují, kromě spojujících se soutěžitelů, i další dodavatelé, kteří jsou schopni svými dodávkami pokrýt odběrná místa hlavních zákazníků po celé ČR (běžná praxe využívání lokálních subdodavatelů pečiva tam, kde velcí výrobci nemají své vlastní výrobní závody). Nově provedené šetření vyvrátilo původní závěry o tom, že spojující se soutěžitelé jsou pro řadu obchodních řetězců nepostradatelnými obchodními partnery a že obchodní řetězce v daném případě nemohou plnit svou jinak obvyklou roli *countervailing buying power*. Obchodní řetězce disponující vlastními pekárny zvýšily podíl vlastní pekárenské produkce na svých celkových dodávkách pekárenských produktů na trh – i to byla významná změna v soutěžních podmínkách na relevantních trzích.

Celkově Úřad dospěl k závěru, že přes vznik silného vůdčího subjektu na dvou relevantních trzích, který bude mít velkou hospodářskou a finanční sílu, spojení nepovede k podstatnému narušení soutěže, neboť vzniklý subjekt bude čelit i nadále konkurenci ze strany ostatních pekárenských výrobců, jejichž tržní podíly nemají výrazný odstup od společného tržního spojujících se soutěžitelů. Spojením vzniklý subjekt bude v nevýhodě oproti svým konkurentům.⁸¹⁴ Proto Úřad posuzované spojení ve druhé fázi povolil bez dalších omezujících podmínek. Problematiké je snad formální označení právní kvalifikace posuzovaného spojení.⁸¹⁵ Po

⁸¹³ I vzhledem k limitujícímu faktoru přepravní vzdálenosti pro zásobování obchodních sítí a stravovacích zařízení při dodávkách čerstvého pečiva (cca okruh 50 až 60 km od výroby).

⁸¹⁴ A to v důsledku absence vertikální integrace s mlýnskými výrobci; jeho hospodářská a finanční síla bude vyvážena hospodářskou a finanční silou ostatních subjektů působících na relevantních trzích v postavení konkurenčního výrobce a/nebo odběratele; jeho schopnost dodávat po celém území ČR se nebude zásadním způsobem lišit od schopnosti jeho konkurentů.

⁸¹⁵ Ustanovení § 12 odst. 5 ZOHS, které za spojení pokládá vznik společné kontroly nad soutěžitelem (společně kontrolovaný podnik), který dlouhodobě plní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, totiž míří na situace, kdy společný podnik má vykonávat sám soutěžní činnost, a kdy nemá být pouhým nástrojem k získání společné kontroly jeho zakladatelů nad jinými společnostmi, jako tomu bylo v daném případě. Transakce, při nichž je založení společného podniku pouze účelovým krokem k získání společné kontroly nad jinými soutěžiteli, jsou spíše spojením ve smyslu § 12 odst. 3 ZOHS, a nikoli § 12 odst. 5

povolení fúze byla stažena žaloba podaná ke Krajskému soudu v Brně proti rozhodnutí *Bakeries International/DELTA PEKÁRNY*, a soudní řízení bylo zastaveno.⁸¹⁶

12.6.2.3. Bijouterie/Swarovski/ORNELA/Bižuterie Česká Mincovna

Dne 6. května 2004 bylo Úřadem vydáno rozhodnutí o povolení spojení za podmínky splnění závazků navržených účastníky řízení ve věci Bijouterie/Swarovski/ORNELA/Bižuterie Česká Mincovna. Šlo o jediné rozhodnutí tohoto typu vydané Úřadem v roce 2004.

Předmětem posuzování byla série transakcí, na jejímž konci mělo dojít ke vzniku společné kontroly společností Bijouterie Trading Company a Swarovski Bohemia nad společností ORNELA, a tím nepřímo i nad společností Bižuterie Česká Mincovna. Na základě výchozího šetření v první fázi Úřad zjistil, že toto spojení vzbuzuje vážné obavy z narušení soutěže, a proto se rozhodl spojení hloubkově prozkoumat i ve druhé fázi. Pokud jde o vlastní spojení, to počívalo v několika po sobě jdoucích a na sebe vzájemně navazujících krocích zahrnujících převody akcií a uzavření akcionářské dohody. Přestože by jednotlivé kroky samy tvořily samostatná spojení soutěžitelů ve smyslu soutěžního zákona, s ohledem na skutečnost, že tato samostatná (dílčí) spojení byla součástí širší transakce založené na jednotném smluvním a ekonomické základě (příčemž i tato širší transakce jako celek představovala spojení soutěžitelů ve smyslu soutěžního zákona), bylo podle Úřadu třeba všechna uvedená samostatná spojení Úřadem posoudit v rámci jednoho správního řízení.⁸¹⁷

ZOHS. Toto rozlišení může mít vliv na související otázky, např. na vznik notifikační povinnosti ve smyslu § 15 ZOHS, který jednotlivé formy spojení rozlišuje.

⁸¹⁶ Srov. usnesení Krajského soudu v Brně č.j. 31 Ca 28/2005-230 ze dne 30. 3. 2006.

⁸¹⁷ Dané spojení se uskutečnilo zejména v oblasti sklářského a bižuterního průmyslu a mincovnictví, kde všichni zúčastnění soutěžitelé přímo nebo nepřímo působili. Úřad však vymezil, z pohledu věcného, třináct relevantních trhů, jichž se spojení mělo dotknout. Vycházel přitom podle svých slov ze zkoumání jak poptávkové, tak nabídkové substituce. U některých trhů se nabízelo ještě užší rozdělení trhů, např. u relevantního trhu hotové bižuterie. Z šetření Úřadu však mělo vyplynout, že takové další členění by nebylo účelné, a to mj. z následujících důvodů: používání hotové bižuterie podléhá rychle se měnícím módním trendům, v některých případech nelze identifikovat typického konečného spotřebitele, dochází k prolínání jednotlivých kategorií a rovněž proto, že postavení bižuterních výrobců v jednotlivých dílčích segmentech bižuterie se nesleduje a nemění.

Geograficky byly vymezeny relevantní trhy kvůli homogenním podmínkám územím ČR.⁸¹⁸

Obavy z narušení účinné soutěže spočívaly zejména v možnosti zamezit přístupu zpracovatelů ke sklu ve tvaru tyčí v příslušné kvalitě a požadovaném druhu (ze strany spojujících se soutěžitelů), v ohrožení možnosti odebrání skla ve tvaru tyčí za současných podmínek, v nebezpečí zvýšení jeho ceny a z „monopolního“ diktování ročních odběrů skla ve tvaru tyčí, a to především vzhledem k neexistenci odpovídajícího alternativního dodavatele na trhu.⁸¹⁹

Negativní dopady spojení Úřad spatřoval v nebezpečí, že výrobcům bude odepřen přístup do distribuční sítě společnosti JABLONEX nebo v diskriminaci v přístupu do této sítě pro nezávislé subjekty a v nebezpečí vytlačení ostatních subjektů z trhu, ke kterému by mohlo dojít, pokud by na trhu bižuterie v ČR působil subjekt, ovládající přístup k surovině pro výrobu bižuterních výrobků a disponující značnou hospodářskou a finanční silou a uceleným bižuterním výrobním portfoliem.

K odstranění těchto obav nabídli účastníci řízení závazky, které byly po projednání Úřadem přijaty.⁸²⁰ Protože toto rozhodnutí bylo jedním z prvních případů

⁸¹⁸ Údaje o tržních podílech spojujících se soutěžitelů nelze ani přibližně dovodit, neboť uvedené informace s odkazem na ochranu obchodního tajemství v rozhodnutí zcela chybí. Úřad vzal v úvahu, že hospodářská a finanční síla spojením vzniklého subjektu bude několikanásobně převyšovat možnosti konkurence. Rovněž analýza portfoliové síly podle Úřadu prokázala, že v této oblasti bude spojením vzniklý subjekt disponovat výhodou oproti své tuzemské konkurenci; bylo totiž zjištěno, že malí nezávislí výrobci se specializují pouze na výrobu určitého druhu bižuterního zboží a zpravidla mají úzké výrobní portfolio. Na straně druhé kromě existence několika průmyslových vzorů zaregistrovaných ve prospěch spojujících se soutěžitelů podle Úřadu překážky, jež by bránily vstupu nových soutěžitelů na uvedené relevantní trhy, neexistují.

⁸¹⁹ Vzhledem k silné proexportní orientaci českého bižuterního průmyslu (90% produkce bylo tehdy vyváženo) a k výsadnímu postavení distribuční sítě společnosti JABLONEX, patřící do skupiny spojujících se soutěžitelů, v rámci distribuce produkce tuzemských výrobců v zahraničí, byly zkoumány dopady spojení i vzhledem k možností exportu. Podle Úřadu výsadní postavení společnosti JABLONEX při distribuci české bižuterie v zahraničí přivádělo české bižuterní výrobce do značné závislosti na této distribuční síti, a tím i na subjektu spojením vzniklém. Úřad se obával, že by spojením vzniklý subjekt mohl společnosti JABLONEX využít k výraznému omezení odběrů bižuterních polotovarů či hotových výrobků od nezávislých subjektů, kteří distribuují převážnou část své produkce prostřednictvím této sítě, resp. k odběru těchto výrobků za diskriminačních podmínek.

⁸²⁰ První závazek spočíval v zajištění platnosti a implementace podmínek uložených v rozhodnutí, jež se týkalo spojení, na jehož základě vznikl jeden ze spojujících se soutěžitelů. Podle druhého závazku měli soutěžitelé zachovat otevřenou a rovnou poptávku po dodáv-

povoleného spojení soutěžitelů se závazky, je vhodné je zhodnotit; pozitivní je odvaha Úřadu řešit problém alternativní cestou, ale jsou sporné jak charakter, tak i skutečná kvalita těchto závazků. Jde totiž jednoznačně o závazky behaviorální (povinnost chovat se určitým způsobem). Tento typ závazků je obecně považován za méně vhodný než závazky strukturální, a to zejména proto, že kontrola jejich plnění je mimořádně složitá, ne-li nemožná; tato kontrola je rovněž velmi náročná na zdroje soutěžního úřadu. Prakticky se tedy lze obávat u behaviorálních závazků jejich funkce jako oboustranně „alibistické zástěrky“ pro průchodnost soutěžně sporného spojení.

Pokud v některých případech není přijetí strukturálního závazku (nejčastěji spočívajícího v převedení části aktiv mimo spojení vzniklý subjekt) z nejrůznějších důvodů možné⁸²¹, pak může být vhodné přijmout i závazek behaviorální. Kvalita takového závazku závisí na přesnosti, s jakou je povinnost v něm obsažená specifikována, a na možnosti jeho kontroly za strany soutěžního úřadu. To souvisí s tím, že je to soutěžní úřad, který má následně, nejsou-li uložené podmínky a závazky plněny, povinnost tuto skutečnost prokázat. Formulace typu „zachování otevřené a rovné optávky“, „za standardních podmínek“, „související služby“ či „obdobné obchodní podmínky“ jsou natolik obecné a vágní, že sice umožní podmínky formálně splnit, aniž by se však jejich smysl (resp. cíl, s nímž byly Úřadem přijaty) ve skutečnosti naplnil.

Případ byl důležitý i kvůli vymezení relevantního trhu. Zejména chybí bližší popis nabídkové substituce, jež by mohla vést k závěru o trzích šířeji vymezených (nebo jež by mohla takovou domněnku pádně vyvrátit). Takto věcné vymezení relevantního trhu setrvalo především na analýze poptávkové strany trhu.

Potvrdil se tu nepřímý odmítavý postoj Úřadu k vymezování geografického relevantního trhu širšího, než je území ČR. Úřad se možností širšího vymezení

kách pro výrobu bižuterního zboží od všech obchodních partnerů (včetně společností stojících mimo skupinu kontrolovanou účastníky řízení), a to za standardních obchodních podmínek (zejména dodržování dodacích lhůt, kvality a ceny). Obsahem třetího závazku byla povinnost zachovat otevřenou a rovnou poptávku po dodávkách pro export bižuterního zboží prostřednictvím společnosti JABLONEX od všech obchodních partnerů (včetně společností stojících mimo skupinu), a to opět za standardních obchodních podmínek. Závazky, jež byly podle soudu Úřadu dostatečné k odstranění jeho obav z podstatného narušení soutěže, měly platit do roku 2011.

⁸²¹ V tomto duchu odůvodnila Komise přijetí behaviorálních omezení v rozhodnutí o povolení spojení *Piaggio/Aprillia*; zjistila totiž, že strukturální omezení by nebylo možné provést, neboť na trhu s největší pravděpodobností neexistoval žádný subjekt, jenž by byl ochoten převáděná aktiva odkoupit (a to mj. proto, že stávající konkurenti měli dostatek vlastních kapacit ke zvýšení produkce).

geografického relevantního trhu dlouhodobě odmítá zabývat, a to přesto, že v některých případech dochází k soutěži za homogenních podmínek v daleko širším geografickém kontextu, než je teritorium ČR (což ostatně potvrzují četná rozhodnutí Komise nebo i soutěžních úřadů jiných členských států). Úřadu přitom nic nebrání⁸²², aby vymezil relevantní trh šířeji, i přes teritoriální působnost zákona. Jestliže okolnosti případu ukazují, že relevantní trh je geograficky širší (tj. pokud se nabídka a poptávka po určitém zboží setkává na území větším než je teritorium ČR, na němž jsou soutěžní podmínky homogenní), je možné i podle platného práva vymezit relevantní trh geograficky jako nadnárodní.⁸²³

Principiálně správná byla společná soutěžní analýza jednotlivých kroků vedoucích k výslednému spojení (jednotlivých transakcí), které měly stejnou motivaci i společný ekonomický i právní základ. Jsou-li jednotlivé transakce vzájemně ekonomicky a právně propojeny takovým způsobem, že tvoří jeden logický celek, který ospravedlňuje zacházet s nimi jako s jedním spojením, považují se tyto transakce za součást jednoho spojení soutěžitelů, a podléhají tak jedné společné notifikaci.⁸²⁴

12.6.2.4. Gorenje/MORA MORAVIA

Spojení soutěžitelů působících v oblasti výroby a servisu varné techniky bylo povoleno i přes relativně vysoké tržní podíly spojujících se soutěžitelů na relevantních trzích. Úřad mj. uvedl, že vysoký tržní podíl na lokálních trzích se nemusí nutně promítnout v tržní síle subjektu⁸²⁵, čímž se nepřímě přihlásil k posuzování dopadů spojení v širším geografickém kontextu než jen ve vztahu k území ČR.

⁸²² Srov. též RAUS, D., NERUDA, R.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy*, Linde Praha, 2004, str. 40 až 41.

⁸²³ Navíc Úřad na jiném místě rozhodnutí konstatoval, že překážky vstupu na trh neexistují, resp. jsou marginální, a že většina produkce tuzemských výrobců se realizuje v zahraničí, což je třeba považovat za indicie, na základě nichž by existence širšího trhu měla být přinejmenším zkoumána. O tom, že nejde o otázku banální, svědčí skutečnost, že spolu s rozšířením geografického trhu se mohou snížit tržní podíly spojujících se soutěžitelů, a tím odpadnou obavy soutěžního úřadu z následků spojení, a tedy i důvod k zásahu.

⁸²⁴ Tento princip se ostatně uplatňuje i v rámci komunitární kontroly spojování podniků, ačkoliv přes původní návrhy nenašel své vyjádření v textu Nařízení o fúzích. Má významný dopad na rozsah notifikační povinnosti. Je-li totiž série transakcí považována za jedno spojení, pak se z tohoto hlediska zkoumá i splnění notifikačních kritérií. Pokud by se však naopak za spojení považovala každá jednotlivá transakce, mělo by se logicky zkoumat splnění notifikačních kritérií ve vztahu ke každému jednotlivému spojení.

⁸²⁵ Odkázal přitom na rozhodnutí Komise Elektrolux/AEG.

Úřad vzal v úvahu absenci jakýchkoli bariér vstupu na trh, význam dovozů, skutečnost, že výrobní portfolio společnosti MORA MORAVIA bylo před spojením spíše úzké a do značné míry zastaralé, a fakt, že spojením nedojde k eliminaci nejbližšího konkurenta, neboť sortiment spojujících se soutěžitelů se spíše doplňuje, a to pokud jde o výrobní řady i cenovou škálu, než by se překrýval. Rovněž systém distribuce přes obchodní řetězce s vysokou kupní silou do značné míry bránil zvýšení tržní síly cestou spojení.

Rozhodnutí je významné tím, že se začlenilo do globální tendence brát tyto přínosy – tzv. *efficiencies* – při posuzování spojení více v úvahu.⁸²⁶ Rozhodnutí v souladu s doktrínou obecně identifikovalo tři druhy možných přínosů spojení: dynamické, alokační a výrobní přínosy. Úřad identifikoval alokační a dynamické přínosy, a to zejména ve vztahu ke společnosti MORA MORAVIA. Tě spojení mělo zajistit nezbytné investiční prostředky pro modernizaci a zefektivnění výroby. Tím spojení mělo přispět k technologickému pokroku, ze kterého mohli těžit i spotřebitelé. Dalšími přínosy spojení bylo posílení distribučních kanálů a poprodejních servisních služeb a získání přístupu k levnějším zdrojům.

Mezi přínosy se zařadilo i vytvoření podmínek pro zachování výroby tradičního výrobce sporáků v ČR, který by měl bez silného zahraničního partnera z dlouhodobého hlediska problém udržet se na trhu; toto hodnocení je však z hlediska komunitární legislativy a rozhodovací praxe Komise pochybné. Soutěžní právo by nemělo být prostředkem ochrany konkrétních soutěžitelů před konkurencí; zánik neúspěšných soutěžitelů je často legitimním výsledkem konkurenčního boje prospěšného pro spotřebitele, jakožto konečného beneficianta výsledků právní regulace hospodářské soutěže.

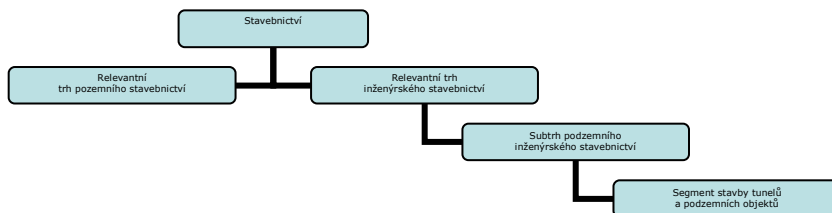
12.6.2.5. Metrostav/Subterra

Šlo o souhlas se spojením, na jehož základě společnost Metrostav získala výlučnou kontrolu nad společností Subterra. Obě zúčastněné společnosti byly významnými tuzemskými „univerzálními“ stavebními společnostmi s historicky významným postavením v oblasti stavby tunelů a podzemních objektů. Rozhodnutí je významné zejména ze dvou hledisek: důvodem zahájení druhé fáze správního řízení byl rozpor údajů o tržních podílech spojujících se soutěžitelů, poskytnutých

⁸²⁶ Srov. např. odstavec 29 preambule Nařízení o fúzích, podle něhož je za účelem zhodnocení dopadu na soutěž vhodné zohlednit všechny odůvodněné a pravděpodobné přínosy spojení. Podle Nařízení o fúzích je možné, že přínosy vyplývající ze spojení vyváží negativní dopady na soutěž, zejména možnou újmu způsobenou spotřebitelům, která by jinak spojením mohla nastat, v důsledku čehož spojení nebude podstatně narušovat soutěž.

na jedné straně účastníkem řízení a na straně druhé některými konkurenty. Problémy nastaly při vymezování relevantních trhů a posuzování stavu konkurence a postavení spojujících se soutěžitelů na nich. Úřad nejprve vymezil dva relevantní trhy ve stavebnictví: trh pozemního stavitelství a trh inženýrského stavitelství. Vzhledem ke specifickému postavení spojujících se soutěžitelů, kteří byli oba původně založeni pro provádění podzemních inženýrských staveb, Úřad vymezil subtrh podzemních inženýrských staveb, aby v jeho rámci posléze sledoval situaci i na užším segmentu, a to segmentu výstavby tunelů a podzemních objektů. Dopady spojení přitom posuzoval na všech úrovních, tj. jak na relevantních trzích, tak na subtrhu tvořícím součást relevantního trhu inženýrských staveb, a konečně i v segmentu stavby tunelů a podzemních objektů; v žádném případě však nevznikly obavy, že by spojení mohlo vést k podstatnému narušení soutěže, a proto jej svým rozhodnutím bez dalšího povolil.

Vymezení relevantních trhů, subtrhů a segmentů trhu v rozhodnutí Metrostav/Subterra



12.6.2.6. Alcan/Pechiney

Toto spojení se uskutečnilo formou veřejné nabídky na odkup akcií, kterou učinila společnost Alcan všem současným akcionářům společnosti Pechiney; v důsledku této transakce měla Alcan nabýt více než 50% podíl na základním kapitálu a hlasovacích právech společnosti Pechiney, a tedy i výlučnou kontrolu nad touto společností.

Obě spojující se společnosti byly součástí celosvětově působících vertikálně integrovaných skupin aktivních na jednotlivých na sebe navazujících úrovních výrobního a zpracovatelského hliníkářského řetězce.

Obavy z narušení hospodářské soutěže, jež vedly k rozhodnutí o šetření spojení i ve druhé fázi správního řízení, se týkaly významného tržního podílu nabývaného

soutěžitele, a celosvětové činnosti plně vertikálně integrovaných účastníků v odvětví, kteří navíc měli k dispozici vlastní významné vývojové základny. Šetření ve druhé fázi však původní obavy nepotvrdilo. Důvody obav byly eliminovány jinými skutečnostmi.⁸²⁷ Navíc žádný z oslovených odběratelů (ani Úřadem oslovený konkurent) nevyjádřil obavy ze spojení na trhu, který čelil dlouhodobému poklesu a převisu nabídky nad poptávkou. Problém nebyl ani ve vertikální integraci skupiny spojením vzniklé.

12.6.2.7. RWE – změna podmínek

Dne 31. ledna 2005 vydal Úřad rozhodnutí, kterým zamítl návrh společnosti RWE Energy (právního nástupce účastníka původního správního řízení RWE Gas AG) na změnu rozhodnutí RWE Gas AG/Transgas/8 distribučních společností. V posléze uvedeném rozhodnutí byla účastníkovi řízení uložena mj. podmínka spočívající v zákazu nabývat bez souhlasu podíly v elektroenergetických a teplárenských distribučních společnostech nebo budovat nové elektroenergetické nebo teplárenské distribuční společnosti v ČR do ukončení privatizace elektroenergetiky, nejdéle však po dobu 5 let.

Účastník řízení požadoval omezení podmínky na dobu do 1. 1. 2005, nebo tak, že se tato podmínka nebude vztahovat na případy, kdy by takové transakce zakládala spojení s komunitární dimenzí.⁸²⁸

Úřad tuto argumentaci odmítl. Poukázal přitom zejména na odlišnosti ve stupni liberalizace elektroenergetiky a plynárenství. Zatímco v oblasti plynárenství si spojením vzniklý subjekt po delší dobu snadno udržel dominantní postavení, v případě navrhované změny rozhodnutí by mohl proniknout na trhy distribuce a dodávek elektrické energie, v důsledku čehož by své dominantní postavení v oblasti plynárenství významně posílil. Podle Úřadu k privatizaci elektroenergetického sektoru v ČR nedošlo, neboť dosud nebyl odprodán státní majoritní podíl ve

⁸²⁷ Zejména to, že skupina Pechiney při své výrobě na území ČR závisela na dodávkách od třetích nezávislých subjektů. Konkurenti by měli i po spojení přístup k výrobním zařízením. Existovala tu konkurence řady dalších výrobců a současní odběratelé měli možnost kdykoli pokrýt svou potřebu nákupem u konkurentů (a to včetně těch, kteří působili na území EU).

⁸²⁸ Základní argumentace účastníka řízení se opírala o změnu právní úpravy podnikání v oblasti energetiky (jak v plynárenství, tak v elektroenergetice), která měla urychlit liberalizaci obou sektorů. Dále se tvrdilo, že privatizace energetiky je v ČR již ukončena. Tvrdilo se, že původní podmínka mohla být v rozporu s čl. 21 odst. 3 Nařízení o fúzích, který zakazuje všem členským státům aplikovat své soutěžní právo na spojení podniků, jež mají komunitární dimenzi.

společnosti ČEZ a rovněž převod podílů regionálních distribučních společností na ČEZ nelze považovat za privatizaci, ačkoli příslušná usnesení vlády byla označována jako privatizační. Ve skutečnosti se jednalo o převod akcií ze strany FNM na společnost, která je majoritně vlastněna a současně i kontrolována opět státem. Námitku rozporu podmínky s komunitární právem Úřad odmítl s tím, že jednak se tato podmínka vztahuje i na nabytí podílů, které nepředstavují spojení ve smyslu soutěžního práva, jednak Úřad může za podmínek stanovených v Nařízení o fúzích v některých případech posuzovat spojení s komunitární dimenzí. Úřad uzavřel, že nedošlo k naplnění dikce čl. III. odst. 5 první novely, neboť účastník řízení neprokázal, že by se vstupem ČR do EU podstatně změnila skutečnosti, které byly rozhodné pro stanovení této podmínky. Těmito skutečnostmi jsou podle Úřadu faktické okolnosti ovlivňující situaci na relevantním trhu.

12.6.2.8. ČEZ – změna podmínky

V druhém případě rozhodování podle čl. III odst. 5 novely zákona ve věci ČEZ/5 regionálních distribučních společností Úřad návrhu na změnu jedné z podmínek stanovených v původním rozhodnutí vyhověl. V původním rozhodnutí byla společnosti ČEZ uložena podmínka spočívající v povinnosti do 2 let od právní moci původního rozhodnutí převést veškeré jí držené akcie jedné z distribučních společností nabytých v důsledku spojení na třetí nezávislou osobu.⁸²⁹

Většinu argumentů Úřad odmítl jako neopodstatněné a nerelevantní ve vztahu ke změně podmínky.⁸³⁰ Úřad ve svém rozhodnutí rovněž zdůraznil, že i přes po-

⁸²⁹ Tato podmínka byla jedním ze tří opatření, která měla odstranit obavy z narušení soutěže na trhu dodávek elektrické energie oprávněným zákazníkům. Účastník řízení navrhoval buď tuto podmínku zcela vypustit (při zachování ostatních podmínek) nebo ji nahradit podmínkou, na jejímž základě by došlo k vytvoření tzv. virtuální elektrárny pro roky 2006 a 2007. Účastník řízení argumentoval legislativními změnami v mezidobí (např. zakotvení povinnosti provést funkční a právní oddělení prodeje a distribuce elektrické energie, rozšíření přístupu třetích stran k sítím, zrušení importních a exportních omezení, urychlení otevírání trhu, zavedení ochranných opatření ve prospěch malých zákazníků), reálným vývojem na trhu, kdy mělo dojít k liberalizaci přeshraničního obchodu, vznikem, resp. posílením silných energetických skupin na okolních středoevropských trzích; zvýšit se podle argumentace účastníka měla rovněž příležitost nezávislých výrobců uplatnit svou elektřinu v zahraničí, apod.

⁸³⁰ Uvedl mj. že odstraněním technických či administrativních bariér nemusí být dotčeny překážky ekonomické povahy, které např. mohou vyplývat z rozdílné nákladové struktury, jež se projevuje v rozdílných cenách elektrické energie na jednotlivých národních trzích. V důsledku toho podle Úřadu v ČR i nadále dovoz elektrické energie nepředstavoval reál-

vinné funkční a právní oddělení distribuce od ostatních činností v elektroenergetice budou (z hlediska soutěžního práva) společnost ČEZ a regionální distribuční společnosti, v nichž drží majoritu (popř. nově vyčleněné společnosti zabývající se určitým druhem licencované činnosti) jedním a týmž soutěžitelem. Zkušenost navíc nasvědčovala tomu, že, i v prostředí liberalizovaného elektroenergetického sektoru bude přetrvávat geografická věrnost odběratelů a z ní plynoucí neochota spotřebitelů změnit stávajícího dodavatele elektřiny (s klesající velikostí oprávněných zákazníků klesala i jejich ochota změnit svého dodavatele). Přínos pro odběratele, plynoucí z procesu liberalizace, byl podle Úřadu nezpochybnitelný; nicméně tento proces začal v roce 2002, a nesouvisí tedy se vstupem ČR do EU.

Úřad však nakonec rozhodl, že právní předpoklady pro změnu uložené podmínky splněny byly. Nově tedy společnost ČEZ namísto povinnosti zbavit se podílu v jedné z jím kontrolovaných distribučních společností musela v letech 2006 a 2007 vytvořit a provozovat tzv. virtuální elektrárnu.⁸³¹ Úřad přiznal význam změně energetické legislativy. V důsledku vstupu ČR do EU se podstatně změnila právní úprava, která výrazně ovlivnila propojení výroby, distribuce a obchodu (licencovaných činností). Nadále neměla být právně a funkčně propojena činnost distribuce a obchodu s elektrickou energií, a tudíž jednotlivé distribuční společnosti nepochybně měly do určité míry ztratit konkurenční výhodu vyplývající právě z propojení uvedených činností. Úřad předpokládal, že ve vztahu k oprávněným zákazníkům se nejdůležitějšími účastníky trhu s elektřinou stanou soutěžitelé s licenci na obchod. Úřad usoudil, že změnou právní úpravy byly vytvo-

nou alternativu domácí výroby, a to zejména proto, že ve většině okolních zemí byla elektřina podstatně dražší, a tudíž na tuzemském trhu méně konkurenceschopná. Argument o vzrůstu vývozu nezávislých výrobců byl odmítnut, protože podíl nezávislých výrobců na celkové výrobě v ČR v mezidobí dokonce klesl. Úřad naopak uznal, že podíl nezávislých výrobců na odběrech jednotlivých distribučních společností oproti stavu v době vydání rozhodnutí mírně vzrostl; přestože se to nedalo považovat za oslabení pozice ČEZ, byl takový pozitivní vývoj vyjádřením určitého stupně konkurence.

⁸³¹ Šlo o zpřístupnění části výrobní kapacity patřící dominantnímu výrobcí elektrické energie nezávislým soutěžitelům na trhu, kteří pak s elektřinou vyrobenou v dotčené produkční kapacitě soutěžili na elektroenergetických trzích. K prodeji mělo docházet na základě aukčního principu, aby byla zajištěna jeho transparentnost. Obdobný závazek byl přijat Komisí v případě povolení spojení *EDF/EnBW*. Tato podmínka měla mít krátkodobý účinek, neboť měla sloužit jako nástroj urychlení rozvoje velkoobchodního trhu s elektřinou v situaci, kdy se sblížovaly ceny elektřiny mezi jednotlivými členskými státy EU. Delší nabídka výrobních kapacit by totiž již nemusela najít svou poptávku. ČEZ musely na základě otevřených a veřejných aukcí nabízet výrobní kapacitu o velikosti 400 MW, která odpovídala objemu dodávek ČEZ jednotlivým distribučním společnostem.

řeny podmínky pro vznik reálných konkurentů skupiny ČEZ na trhu dodávek elektrické energie.

Nově uložené omezení umožnilo nezávislým subjektům přístup k dostatečným zdrojům elektrické energie, jenž je předpokladem pro etablování na trhu dodávek elektrické energie oprávněným zákazníkům. Vhodnost tohoto opatření spatřoval Úřad i v tom, že v té době nepředstavoval dovoz pro domácí výrobu elektřiny reálnou alternativu, a proto vytvoření a provozování virtuální elektrárny bylo vhodným opatřením k rozvoji soutěžního prostředí.

Z dvou výše uvedených rozhodnutí aplikujících přechodné ustanovení čl. III odst. 5 zákona č. 340/2004 Sb. lze dovodit následující závěry:

Úřad při aplikaci zmíněného ustanovení nepostupoval konzistentně. Zatímco v prvním případě (RWE – změna podmínky) nepovažoval budoucí změnu právní regulace podmínek podnikání v energetice vůbec za skutečnost, která by byla předvídaná hypotézou uvedené normy,⁸³² v případě změny druhého rozhodnutí (ČEZ/5 regionálních distribučních společností) již takovou změnu právní regulace považoval nejen za právně relevantní z hlediska aplikace přechodného ustanovení, ale dokonce za skutečnost, která je sama o sobě dostatečným důvodem pro změnu nejvýznamnější podmínky stanovené v původním rozhodnutí. Je to o to závažnější, že v obou případech šlo o změny legislativy, které měly být v praxi implementovány až v budoucnu, a které byly sice přijaty v důsledku harmonizace s odpovídajícími směrnici EU o podnikání na společném trhu s energiemi, avšak tato harmonizace představuje dlouhodobý (kontinuální) proces, který nelze svazovat bezprostředně s jedním momentem, v daném případě tedy s okamžikem vstupu ČR do EU. Harmonizace právních předpisů ČR s požadavky stanovenými právem ES probíhala před vstupem do EU a bude pokračovat i nadále. Rovněž k liberalizačním opatřením v oblasti energetiky došlo bez bezprostřední příčinné souvislosti se vstupem ČR do EU (příslušné směrnice byly přijaty ještě před vstupem ČR do EU).⁸³³

⁸³² Dokonce výslovně uvedl, že skutečnostmi relevantními z pohledu aplikace čl. III odst. 5 zákona č. 340/2004 Sb. jsou pouze faktické okolnosti ovlivňující situaci na relevantním trhu...

⁸³³ Navíc zákonodárce pod spojením „podstatná změna skutečností rozhodných pro stanovení podmínek“ měl na mysli spíše změnu, ke které na trhu *skutečně došlo*, tj. ke které došlo v období mezi vydáním původního a nového rozhodnutí, a nikoli změnu právní regulace, která má být aplikována až v budoucnosti, navíc za situace, kdy skutečný dopad těchto legislativních podmínek nemůže být znám. Přechodné ustanovení mířilo nejspíše na případy změn ve vymezení relevantního trhu, a to zejména jeho geografické dimenze proto, že odpadly nebo se výrazně snížily některé překážky vstupu na trh. Pokud by pak v důsledku rozšíření relevantního trhu došlo k poklesu tržních podílů spojujících se soutěžitelů, jejich

Úřad však v obou rozhodnutích správně vycházel z předpokladu, že vstup ČR do EU v případě energetiky nevedl k rozšíření geografického relevantního trhu. Z obou jeho rozhodnutí je zřejmé, že geografické omezení trhu na území ČR bylo vyvoláno jinými okolnostmi, které nebyly vstupem ovlivněny (zejména na kapacitními omezení zařízení, přetrvávajícími odlišnosti cen v různých územích, či neochotou oprávněných zákazníků měnit své dodavatele). Většina posuzovaných kritérií navíc nasvědčovala spíše zhoršení podmínek soutěže na relevantním trzích v elektroenergetice.⁸³⁴

Samotnou změnu podmínky (vytvoření tzv. virtuální elektrárny) lze považovat za moderní a vhodné opatření s potenciálem řešit základní problémy české elektroenergetiky z pohledu soutěžního práva (rostoucí podíl společnosti ČEZ na trhu výroby elektrické energie ve spojení s malými možnostmi získávat elektrickou energii za konkurenceschopných podmínek v zahraničí, vazba dominantního výrobce na většinu distribučních společností, a tím i na nejvýznamnější konkurenty na trhu dodávek oprávněným zákazníkům).⁸³⁵ Opatření má však jen kvazistrukturální charakter – mohlo sice ovlivnit strukturu trhu podobně jako závazek strukturální, avšak neodstranilo základní neduh behaviorálních závazků: obtížnou kontrolu jejich dodržování. Zaráží též krátkost jeho trvání (dva roky), jež není zdůvodněna. Sotva lze takové řešení pokládat za adekvátní náhradu původně stanovené strukturální podmínky, jež byla časově neomezená, a jejíž plnění by bylo snadno kontrolovatelné.

relativní hospodářské a finanční síly, a pokud by se tím naopak rozšířila možnost volby dodavatelů nebo odběratelů spojujících se soutěžitelů, mohla být tato skutečnost považována za relevantní z pohledu aplikace odstavce 5.

⁸³⁴ Klesl podíl výroby nezávislých výrobců na celkové produkci a spotřebě elektrické energie v ČR a naopak vzrostl tržní podíl skupiny ČEZ na trhu výroby (ze 72% v roce 2002 na 73% v roce 2004), klesl dovoz elektřiny ze zahraničí apod. Úřad byl v hodnocení situace na trhu dodávek oprávněným zákazníkům podstatně liberálnější a ve vztahu k vyhlídkám na skutečné důsledky liberalizace a otevírání trhů podstatně optimističtější než samotná Komise. Ta totiž ve zhruba stejném období zakázala fúzi EDP/ENI/GDP, a to přesto, že se tato fúze také měla dotýkat elektroenergetického sektoru v členské zemi EU, jejíž legislativa podléhá harmonizačním a liberalizačním vlivům stejně jako odpovídající právní úprava česká. Tato fúze byla Komisí zakázána kvůli nebezpečí pro soutěž plynoucímu z potenciálních horizontálních překryvů (nabývaný podnik byl nejpravděpodobnějším konkurentem nabývajícího podniku), aniž by se činnost spojujících se podniků překrývala aktuálně.

⁸³⁵ Model virtuálního výrobního zařízení byl jako opatření k nápravě potenciálního narušení soutěže použit i v rozhodnutích Komise. Srov. M.183 – *EDF/EnBW* (virtuální elektrárna) či M.2530 – *Südzucker/SLS* (virtuální cukrovar).

12.6.2.9. Související případy „ČKA“ – negativní vymezení spojení

ZOHS doplňoval i dříve definici spojení soutěžitelů negativním způsobem, neboť vymezoval situace, které nejsou považovány za spojení soutěžitelů – mj. ty, v nichž soutěžitelé, jejichž podnikání zahrnuje obchodování s cennými papíry, získají přechodně, nejvýše na dobu jednoho roku, podíly jiného soutěžitele za účelem jejich prodeje, pokud nevykonávají hlasovací práva spojená s těmito podíly s cílem určit nebo ovlivnit soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele.

V roce 2004 Úřad řešil několik skutkově podobných případů, kdy mu byla notifikována transakce, jejímž účastníkem byla vždy Česká konsolidační agentura (ČKA). Šlo o obsahově analogické transakce uskutečněné vždy na základě tzv. redempční smlouvy uzavřené mezi ČKA, Československou obchodní bankou, a.s., Českou republikou a subjekty tvořícími „*offshoreovou*“ strukturu bývalé Investiční a poštovní banky, a.s., na základě nichž měla ČKA získat akcie či podíly na základním kapitálu společností, patřících do uvedené struktury. Úřad ve všech případech konstatoval, že ČKA je soutěžitelem, a že její činnost zahrnuje i obchodování s cennými papíry. Ve všech posuzovaných případech Úřad v první instanci zároveň v souladu se svou dosavadní praxí dospěl k závěru, že posuzovaná transakce není po dobu jednoho roku od své realizace spojením soutěžitelů ve smyslu soutěžního zákona, neboť jsou splněny všechny předpoklady pro aplikaci zákonné výjimky z povinnosti notifikace spojení, a že tedy povolení Úřadu nepodléhá.⁸³⁶

⁸³⁶ Zatímco ve čtyřech případech nabyta prvoinstanční rozhodnutí v takové podobě právní moci, v jiných případech byly proti obsahově shodným rozhodnutím podány rozklady, kterým orgán prvního stupně ve dvou případech po více než jednom roce vyhověl autoremedurou. V těchto rozhodnutích Úřad dospěl k závěru, že na uvedené transakce se nevztahuje uvedená výjimka, a že tedy transakce podléhají jeho povolení (tato spojení byla posléze bez dalšího povolena). Podle Úřadu se výjimka stanovená v tehdejších § 12 odst. 6 ZOHS na transakci vztahovala za kumulativního splnění následujících podmínek: a) nabyvatelem účasti na podnikání jiného soutěžitele je soutěžitel, jehož podnikání zahrnuje obchodování s cennými papíry, resp. poskytování investičních služeb, ve smyslu § 8 zákona č. 591/1992 Sb., o cenných papírech, b) transakce naplňuje skutkovou podstatu spojení soutěžitelů ve smyslu § 12 odst. 3, c) jedná se o přechodné nabytí účasti na podnikání jiného soutěžitele, d) záměrem nabyvatele je následný prodej nabyvaného soutěžitele, resp. trvalé zbavení se kontroly nad ním, e) nabyvatel nehodlá vykonávat hlasovací práva spojená s nabyvanou účastí s cílem určit nebo ovlivnit soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele a f) zákonná výjimka z povinnosti notifikace spojení Úřadu je omezena dobou trvání maximálně jednoho roku. V uvedených případech, kdy došlo k autoremedurnímu překvalifikování transakce, Úřad dovedl, že nebyly splněny podmínky ad e) a f), a proto transakce, jež splňovala znaky spojení podle § 12 odst. 3, povolení Úřadu podléhala.

12.6.2.10. UPC/Karneval

Jde o zřejmě nejvýznamnější spojení v oblasti elektronických komunikací v posledním období. Úřad rozhodnutím⁸³⁷ se závazky povolil spojení, při němž měla společnost UPC získat výhradní kontrolu nad společnostmi Karneval Media a Forcable. V důsledku posuzované transakce došlo ke spojení dvou nejvýznamnějších celostátních provozovatelů kabelových televizí. V roce 2006 tak byl dokončen proces konsolidace a koncentrace podnikání v této oblasti.

Klíčovou otázkou všech řízení vedených před Úřadem v této oblasti bylo vymezení relevantního trhu. V dosavadní rozhodovací činnosti Úřad vymezoval relevantní trh po stránce věcné jako trh služby spočívající v dodávkách televizního signálu prostřednictvím kabelového rozvodu.⁸³⁸ Z tohoto trhu pak býval jako nezastupitelný vylučován příjem televizního signálu prostřednictvím individuální antény a společné televizní antény, ale též šíření televizního signálu analogovými nebo digitálními satelity. Zároveň však Úřad již v roce 2002 avizoval, že definice relevantního trhu se může v budoucnosti změnit, a to díky rychlému vývoji tohoto odvětví, charakterizovanému překotným rozvojem nových technologií a jejich zaváděním do praxe, jakož i postupující liberalizaci celého sektoru.⁸³⁹

Po stránce geografické se relevantní trh do té doby vymezoval lokalitami, do nichž je televizní signál dodáván prostřednictvím kabelového rozvodu spojujících se soutěžitelů. Širší vymezení relevantního trhu provést nebylo možné, poněvadž každý poskytovatel služeb kabelové televize má omezený okruh působnosti a vstup konkurence na území, kde působí jedna společnost, je málo pravděpodobný z důvodu vysoké finanční a investiční náročnosti výstavby sítí a nízké penetrace na sítích kabelových operátorů.⁸⁴⁰ Nyní Úřad svůj přístup k vymezení relevantních trhů modifikoval.⁸⁴¹ Vymezil i další dva spojení dotčené relevantní věcné trhy –

⁸³⁷ Rozhodnutí Úřadu S 271/06 *UPC/Karneval*.

⁸³⁸ Srov. rozhodnutí Úřadu S 128/02 *Intercable/TES Media*.

⁸³⁹ Srov. tamtéž.

⁸⁴⁰ Srov. tamtéž.

⁸⁴¹ Především již striktně nerozlišoval mezi telekomunikačními operátory a provozovateli televizních kabelových rozvodů, resp. jiných platforem pro poskytování služeb elektronických komunikací a služeb informačních technologií. Při zkoumání zaměnitelnosti jednotlivých způsobů přenosu rozhlasového a televizního signálu (zda odlišit tzv. *free-to-air* vysílání od vysílání placeného, a zda rozlišovat jednotlivé vysílací platformy či nikoli) Úřad setrval na rozlišení; ztotožnil se s předchozí rozhodovací praxí svou i s praxí Komise⁸⁴¹. Věcné vymezení pak ovlivnilo i geografickou dimenzi relevantního trhu, která již nebyla vázána na území, kde jsou položeny rozvody provozovatelů kabelových televizí; Úřad uvedený věcně relevantní trh vymezil z hlediska geografického územím celé ČR. I zde Úřad

trh poskytování širokopásmového přístupu ke službám sítě internet prostřednictvím pevného připojení, a trh poskytování veřejných telefonních služeb prostřednictvím veřejných pevných sítí elektronických komunikací.

Posouzení dopadů spojení z pohledu hospodářské soutěže se zaměřilo na sledování a modelování situace na prvním relevantním trhu, neboť na ostatních trzích nedosahoval spojením vzniklý soutěžitel postavení, které by ohrožovalo soutěž.

Celkově Úřad dospěl k závěru, že uskutečněním spojení *UPC/Karneval* dojde k vytvoření subjektu, který na trhu služby spočívající v dodávkách placeného televizního signálu koncovým uživatelům v ČR získá dominantní postavení.

Spojením však mělo dojít rovněž k posílení vertikální integrace a ke značnému posílení vyjednávací pozice vůči poskytovatelům obsahu (distributorům placených TV programů). To kromě pozitivního efektu v podobě snížení ceny kabelové televize pro konečné spotřebitele může vést k růstu marže spojením vzniklého subjektu a k omezení rozsahu dodávek od poskytovatele obsahu (snížení finančních prostředků na rozvoj programů a nákup filmů u poskytovatelů obsahu), což by se následně odrazilo v omezení rozsahu a atraktivity programů pro konečné zákazníky.⁸⁴²

V neposlední řadě Úřad sdílel obavy některých spotřebitelů, že kvůli zajištění kompatibility obou kabelových sítí a stejné kvality a rozsahu služeb bude spojením vzniklý soutěžitel nucen jednorázově vynaložit značné investice, což by mohlo vést ke skokovému zvýšení cen za služby poskytované spojením vzniklým subjektem.

Na sdělené obavy reagoval účastník řízení návrhem závazků ve prospěch zachování účinné soutěže, které byly ze strany Úřadu vyhodnoceny jako dostatečné, a proto jejich splněním bylo povolení spojení podmíněno ve smyslu § 17 odst. 4 zákona.⁸⁴³

odkázal na obdobnou rozhodovací praxi Komise. Soutěž v dané oblasti probíhá mezi celými sítěmi kabelových, satelitních či ADSL operátorů na regionální i národní úrovni. Tito soutěžitelé přijímají strategie a využívají zdroje, které přesahují lokální trhy.

⁸⁴² Jinými slovy: spojení v daném případě mělo vést ke vzniku vertikální tržní síly a ke schopnosti vzniklého subjektu vytvářet tlak na poskytovatele programového obsahu. Tento efekt na *upstream trhu* mohl významně redukovat nabídku a rozsah programového obsahu, protože spojením vzniklý subjekt by byl schopen snížit cenu za poskytovaný programový obsah, což mohlo snížit schopnost poskytovatelů obsahu financovat celý rozsah a různorodost nabídky programů.

⁸⁴³ a) zajištění přístupu ostatních provozovatelů televizních sítí k programům, k nimž UPC (resp. její majitel skupina Liberty Global) vlastní či získá jakákoliv výhradní práva, a to za nediskriminačních a komerčně přiměřených podmínek; b) spojením vzniklý soutěžitel ne-

Odlíšné závěry oproti dosavadní rozhodovací praxi jsou dostatečně zdůvodněny. Vymezení relevantního trhu v daném případě svědčí o flexibilitě Úřadu a jeho připravenosti reagovat na vývoj trhu a technologií. Úřad přitom tímto rozhodnutím povolil spojení soutěžitelů, jejichž společný tržní podíl výrazně překročil hranici 50 %. Umožnila mu to jednak specifika sektoru, tedy zejména dynamický technologický vývoj, díky němuž je nabyté postavení ohrožováno neustálým nebezpečím vstupu nových soutěžitelů na trh, jednak ochotou účastníka řízení přijmout závazky.

Přijetí behaviorálních závazků (např. zajištění přístupu k infrastruktuře) je vhodným nástroj k eliminaci nebezpečí plynoucích pro soutěž ze spojení v oblasti telekomunikací⁸⁴⁴. V případě rychle se rozvíjejících trhů jsou behaviorální závazky přijímané na přechodnou dobu výhodou. Budoucnost takových trhů je nejistá a fúze v této oblasti jsou často spojeny se zvýšením efektivity; behaviorální závazky, které jsou mnohem pružnější než závazky strukturální, jsou proto v takových případech vhodnější, a to i přesto, že si vyžadují nákladnější kontrolu a monitoring ze strany soutěžního úřadu.⁸⁴⁵ To vše ovšem platí pouze za předpokladu, že Úřad bude plnění uložených závazků důsledně kontrolovat a z jakéhokoli excessu vyvodí právní důsledky.

12.6.2.11. Některá další významná rozhodnutí

V rozhodnutí *DUPONT/RETRIM*, kterým bylo povoleno spojení soutěžitelů působících mj. v oblasti výroby bezpečnostních a ochranných materiálů i přes vysoké tržní podíly na lokálním, tj. českém trhu, se Úřad opětovně zabýval i postavením spojujících se soutěžitelů a jejich konkurentů na širším geografickém trhu.

směl do konce roku 2007 zvýšit ceny za analogové vysílání ve svých sítích. V následném období (do konce roku 2010) pak může zvýšit ceny jen o inflaci, příp. promítnout do cen zvýšení cen energií, autorských práv apod.; c) stávající programové nabídky pro území, kde se kabelové sítě UPC a Karneval překrývají, musely být zachovány; d) společnost UPC zavázala vysílatelům (poskytovatelům programů) poskytnout přístup do své analogové programové nabídky za transparentních, komerčně přiměřených a nediskriminačních podmínek s tím, že přístup může odmítnout pouze v případě objektivně ospravedlnitelných důvodů (které jsou v rozhodnutí demonstrativně vypočteny); e) společnost UPC povede oddělenou evidenci nákladů a výnosů, což by mělo zabránit křížovému financování.

⁸⁴⁴ Srov. PAAS, K. *Non-structural Remedies in EU Merger Control*. E.C.L.R., 2006, č. 5, s. 211.

⁸⁴⁵ JENNY, F. *The Design and Implementation of Merger Remedies in High-Technology Industries*. Paris: CERNA, January 17–18, 2002, p. 12.

Vysoký stupeň konkurence na nadstátní úrovni a možnost ostatních konkurentů kdykoli vstoupit na relevantní trh, tj. trh ČR, byly pro Úřad důvodem, proč spojení i přes vysoké tržní podíly bez dalšího povolil.

Dalším důvodem pak byla specifická situace na poptávkové straně trhu. Její analýza prokázala, že zboží vyráběné a dodávané spojujícími se soutěžiteli odebírají silné subjekty s vysokou kupní silou, a že v minulosti byli tito odběratelé schopni vlastní reakcí eliminovat pokusy o zvýšení cen ze strany dodavatelů (významní zákazníci začali odbírat toto zboží od konkurence). Případnou zvýšenou poptávku od odběratelů je kterýkoli konkurent schopen díky přebytku výrobních kapacit v krátké době uspokojit.

Rozhodnutí ve věci povolení spojení AIR FRANCE/KLM je významné z několika hledisek. Toto spojení se dotýkalo mezinárodní letecké přepravy. Úřad uvedl, že plánované lety tvoří odlišný relevantní trh vůči charterovým letům (a to proto, že v posléze uvedeném případě se jedná o prázdninové lety bez pravidelného řádu, které si objednávají cestovní kanceláře) a nízkotarifním letům (zde byla důvodem nízká cena, jež je „vykoupena“ jednoduššími nabízenými službami a používáním méně významných letišť).⁸⁴⁶ Rozhodnutí je rovněž dokladem připravenosti Úřadu posuzovat spojení, jež se v konečném důsledku uskuteční až po relativně delší době (zde po uplynutí „přechodného období“, jež mělo trvat nejméně tři roky). Pozitivem je, že tu Úřad posuzoval spojení z hlediska většiny kritérií, jež jsou uvedena v ZOHS, a to i když údaj o tržním podílu spojujících se soutěžitelů na relevantním trhu (resp. absence jeho nárůstu po spojení) mohly na první pohled nasvědčovat neexistenci negativních dopadů spojení na hospodářskou soutěž. I toto rozhodnutí tak lze považovat za doklad významu, jenž Úřad jednotlivým kritériím posouzení spojení (jiným, než spojeným s tržím podílem) ve své praxi přikládá.

Rozhodnutí ve věci spojení soutěžitelů LNM/POLSKIE HUTY STALI, jež mělo ekonomicky mimořádný význam, je z hlediska analýzy rozhodovací praxe Úřadu zajímavé proto, že se v něm Úřad (ač vymezil relevantní trh z hlediska geografického územím ČR) zabýval v míře dosud nezvyklé rovněž situací v hutnictví na nadnárodní úrovni. Byl to jeden z argumentů, proč spojení povolit

⁸⁴⁶ Zejména druhý případ rozlišení samostatného trhu (které bylo překvapivě stanoveno „napevno“, ačkoli tuto otázku mohl Úřad v rozhodnutí ponechat otevřenou) může mít do budoucna v souvislosti s rozvojem nízkonákladových leteckých společností velký precedenční význam. Ačkoli to nemělo na hodnocení dopadů spojení zásadní význam, je třeba zaznamenat, že v oblasti nákladní přepravy se Úřad odchýlil od rozhodovací praxe Komise, a na rozdíl od ní nevymezil trh dopravy nákladů jako celek, nýbrž definoval trh jako trh letecké nákladní dopravy.

i přes relativně vysoké tržní podíly na některých relevantních trzích. Při jejich vymezování Úřad respektoval definice relevantních trhů v hutnictví v rozhodovací praxi Komise, na jejíž rozhodnutí na mnoha místech odkázal.⁸⁴⁷ Rozhodnutí je rovněž dokladem vznikající metodické zvyklosti, že Úřad srovnává s jinými spojeními v případech, kdy povoluje bez dalšího spojení soutěžitelů, jež povede k tak vysokým tržním podílům na některých relevantních trzích, že jejich výše byla v jiných případech (a na jiných relevantních trzích) důvodem pro nepovolení spojení (KMV/Poděbradka a Südzucker/SLS).⁸⁴⁸

V rozhodnutí MILKAGRO/SENA (povolení výjimky) Úřad rozšířil existující katalog situací, které splňují podmínky pro udělení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení ve smyslu § 18 odst. 3 a 4 ZOHS v tehdy platném znění. Úřad zde povolil výjimku, neboť přihlédl k nebezpečí škody, spočívající v zastavení provozu nabývaného podniku subjektu, na jehož majetek byl prohlášen konkurs.⁸⁴⁹ Úřad ve shodě s dřívějšími rozhodnutími uvedl, že smyslem § 18 ZOHS je zabránit jakémukoli výkonu hlasovacích práv před právní mocí rozhodnutí o povolení spojení

⁸⁴⁷ Z tohoto pohledu měl Úřad situaci poněkud ulehčenou i tím, že totožné spojení již před ním posuzovala jak Komise, tak polský soutěžní úřad, k jejichž analýzám a výsledkům Úřad při svém rozhodování přihlédl.

⁸⁴⁸ V tomto případě Úřad porovnával situaci v hutnictví se situací na trhu minerálních a stolních vod a trhu výroby cukru, a dospěl k závěru, že odvětví hutnictví se od těchto trhů zásadně liší. Zatímco na prvně uvedených trzích tvořilo poptávkovou stranu mnoho subjektů, které proti spojujícím se soutěžitelům neměly významnou kupní sílu, v případě spojení LNM/Polkskie Huty Stali byl na poptávkové straně trhu omezený počet odběratelů s vyšší kupní silou; zatímco v případě KMV/Poděbradka konečnými odběrateli výrobků dodávaných spojujícími se soutěžiteli byly zejména domácnosti, v případě posuzovaného spojení byly výrobky spojujících se soutěžitelů používány k dalšímu zpracování. Odlišný byla i objem zahraničního obchodu (a tedy míra otevřenosti trhu): trhy, na nichž působily osoby zúčastněné na spojení LNM/Polkskie Huty Stali, byly otevřené významným dovozům a vývozem, kdežto spojení KMV/Poděbradka měly být dotčeny trhy, kde dovoz vzhledem k vysokým dopravním nákladům činil cca 0,1% spotřeby, a v případě Südzucker/SLS byl zahraniční obchod omezen kvótami a cly.

⁸⁴⁹ Společnost SENA, jejíž podnik druhý účastník hodlal nabýt, byla v konkurzu, v jehož průběhu byl podnik provozován správcem konkurzní podstaty, tedy pouze v omezeném rozsahu. Zastavení provozu podniku by podle Úřadu vedlo k jeho destabilizaci, jež by mohla zabránit obnově podnikatelské činnosti v jakémkoliv rozsahu a vést ke ztrátě oprávnění k provozu podnikání společnosti SENA v potravinářském průmyslu, a ke ztrátě cca 600 pracovních míst; navíc v regionu, kde byla už tak velmi vysoká nezaměstnanost. Úřad rovněž potvrdil svou dosavadní praxi, podle níž je zakázaným jednáním nejen přímé určování soutěžního chování, ale rovněž jednání, které k určení nebo ovlivnění soutěžního chování kontrolovaného soutěžitele může vést potenciálně.

bez ohledu na to, zda přijatá rozhodnutí směřují vně kontrolovaného soutěžitele (a kdy k ovlivnění soutěžního chování dochází bezprostředně), nebo zda tato opatření směřují dovnitř (a ovlivňují soutěžní chování nepřímě). Každé takové rozhodnutí totiž představuje (i přes svůj „vnitropodnikový“ či „retrospektivní“ charakter) přinejmenším ovlivnění soutěžního chování. Takové jednání vnímají třetí subjekty, které na to reagují.⁸⁵⁰

12.6.3. OVĚŘENÍ HYPOTÉZY

Větší kapacita a prostředky, jež měl Úřad ve sledovaném období k dispozici díky nižšímu počtu projednávaných spojení, nevedly k důkladnějším šetřením a častějšímu využívání ekonomických analýz případů. Úřad se i nadále ve svých úvahách spoléhal především na informace získané od spojujících se soutěžitelů a jen velmi zřídka prováděl vlastní analýzy trhu. A s ojedinělou výjimkou provedení takových analýz nezařadával specializovaným institucím.

Po období, v němž Úřad prosazoval častější ukládání strukturálních podmínek a přijímání strukturálních závazků, se v roce 2004 trend obrátil; bylo vydáno pouze jedno rozhodnutí s behaviorálními podmínkami (a žádné rozhodnutí se strukturálními omezeními) a v jednom případě došlo dokonce ke změně uložené strukturální podmínky na méně důraznou podmínku kvazistrukturální.

I v relativně významných případech pak lze identifikovat body rozhodnutí, jež by naopak nasvědčovaly přímo nebo nepřímě spíše nedostatku administrativních kapacit (v širokém slova smyslu) pro řádné posouzení všech okolností konkrétních spojení.⁸⁵¹

⁸⁵⁰ V daném případě Úřad považoval za jednání zákonem zakázané „výkon právních a faktických úkonů nezbytně nutných k zabezpečení podnikání společnosti SENA společností MILKAGRO, zejména uzavírání smluv s dodavateli a odběrateli, vymáhání práv a plnění závazků ve vymezeném rozsahu, vykonávání práv a povinností z pracovněprávních vztahů vůči zaměstnancům“. Podle § 18 odst. 4 ZOHS byl Úřad povinen zkoumat, zda povolení výjimky ze zákazu uskutečňování spojení nepovede ke škodě nebo jiné újmě hospodářské soutěži.

⁸⁵¹ Lze poukázat na chybějící analýzu nabídkové substituce v jednom rozhodnutí (Bijouterie/Swarovski/ORNELA/Bižuterie Česká Mincovna), na rezignaci při zjišťování údajů o prodejích drobných soutěžitelů v jiném rozhodnutí (Bakeries International/DELTA PEKÁRNÝ), na absenci analýzy vlivu původní a nově uložené podmínky na strukturu trhu a soutěž na něm v případě (ČEZ – změna podmínky) a na chybějící zhodnocení jejího výsledku. Vadou je též skutečnost, že důvodem pro pokračování řízení ve druhé fázi v případě Metrostav/Subterra byl rozpor v údajích o tržních podílech poskytnutých účastníky řízení

Celkově lze konstatovat, že analýza rozhodnutí Úřadu v roce 2004 a navazujících obdobích nepotvrdila správnost hypotézy o vlivu vnějších faktorů na zásadní zkvalitnění rozhodovací činnosti. Úřad tedy zřejmě nevyužil všech příležitostí, které mu výše označené vnější faktory přinesly. Není přitom vyloučeno, že se tak stalo v důsledku posunu priorit činnosti Úřadu do oblasti antitrustu, avšak pro takový závěr nelze najít v rozhodnutích ani v jiných oficiálně publikovaných dokumentech dostatečný podklad.

Analýza naznačila některé další trendy a přinesla některé další poznatky:

- třetí rozhodnutí v historii Úřadu o nepovolení spojení v oblasti potravinářství naznačilo, že Úřad vnímá uvedený sektor jako oblast ze soutěžního hlediska mimořádně citlivou;
- analýza rovněž potvrdila, že rostl význam analýzy „ostatních“ kritérií posouzení spojení (tedy např. hospodářské a finanční síly, překážek vstupu, portfoliové síly apod.) na úkor analýzy tržních podílů při hodnocení dopadů spojení. Úřad často kladl důraz na sledování poptávkové strany trhu (tedy síly a koncentrace odběratelů), a podle toho diferencoval jednotlivé trhy (což se týká nejčastěji hodnocení vlivu působení obchodních řetězců);
- Úřad posuzoval dopady spojení z pohledu všech či většiny kritérií stanovených v ZOHS i tehdy, jestliže údaje o společném tržním podílu spojujících se soutěžitelů (resp. jeho nárůstu v důsledku spojení) by jinak nasvědčovaly, že nehrozí nebezpečí narušení hospodářské soutěže;
- přínosná je aplikace některých principů sice zavedených v soutěžním právu, ale jež nebyly dosud v rozhodovací činnosti Úřadu příliš využívány (např. dílčí postupy při vymezení relevantních trhů – princip místo odletu/místo určení: Air France/KLM, nebo analýza a zhodnocení tzv. *efficiencies*: Gorenje/MORA MORAVIA);
- ocenění si zaslouží razantní postup Úřadu vůči společnosti KMV, která závažným a flagrantním způsobem porušila zákaz uskutečnění spojení; nařízení dekoncentrace bylo v daném případě jediným adekvátním řešením. Na straně druhé však sám Úřad razanci zásahu nekonsistentně relativizoval tím, že přerušil správní řízení vedená o návrzích na povolení spojení;

a jejich konkurenty, resp. neschopnost Úřadu tento rozpor ve stanovené lhůtě jednoho měsíce odstranit, apod. Na straně druhé nelze tvrdit, že všechny tyto skutečnosti jsou specifikem rozhodovací činnosti Úřadu pouze ve sledovaném období; dílčí nedostatky se daly zjistit i v předchozím období.

- Úřad setrval na názoru, že je oprávněn vymezit geografický relevantní trh jen jako území ČR; tento názor však nemá oporu v soutěžním zákoně ani obdobu v aplikační praxi soutěžních úřadů jiných vyspělých států (zejména členských států EU). Úřad odmítal širší teritoriální vymezení relevantního trhu i tehdy, jestliže z jiných údajů obsažených v rozhodnutí bylo zřejmé, že k soutěži dochází na podstatně širším trhu (srov. např. DUPONT/RETRIM). V důsledku tohoto přístupu byly zkresleny údaje o skutečném tržním postavení jednotlivých soutěžitelů, což se mohlo negativně projevit na celkovém hodnocení případu;
- výše uvedený přístup Úřadu při vymezování geografického relevantního trhu si v praxi vynutil stále častější korekci soutěžní analýzy případu na takto velmi úzce vymezeném relevantním trhu, a to analýzou konkurenční situace v širším geografickém kontextu. Touto praxí se tak širší vymezení geografického relevantního trhu, jež více odpovídá realitě, dostává do rozhodnutí Úřadu „zadními vrátky“;
- patrný je rozkolísaný postoj Úřadu k návrhům behaviorálních závazků; zatímco v jednom případě byly takové závazky odmítnuty jako nekontrolovatelné a nezpůsobilé vést k dlouhodobé nápravě struktury trhu (Bakeries International/DELTA PEKÁRNÝ), v jiném případě byly stejně nekonkrétní a fakticky obtížně kontrolovatelné závazky Úřadem přijaty jako vhodná alternativa k rozhodnutí o nepovolení spojení (Bijouterie/Swarovski/ORNELA/Bižuterie Česká Mincovna);
- ne zcela konzistentně pak Úřad postupoval při aplikaci § 12 odst. 6 ZOHS a při rozhodování o návrzích na změnu rozhodnutí podaných podle přechodného čl. III odst. 5 zákona č. 340/2004 Sb.; zejména rozhodnutí ve věci ČEZ – změna podmínky – je právně i ekonomicky velmi sporné.
- poté, co odpadla povinná notifikace spojení s marginálním dopadem na hospodářskou soutěž na trhu ČR, počet posuzovaných spojení výrazně poklesl. To se však viditelně neprojevilo ve zkvalitnění rozhodovací a analytické činnosti Úřadu v oblasti spojování soutěžitelů.

Další trend ve vývoji Úřadu směřoval od doposud spíše uzavřené pozice k otevření odborné veřejnosti. Úřad přijal do své administrativní praxe některé prvky, jež jsou běžně využívány jinými soutěžními úřady vyspělých zemí (prenotifikační jednání, zavedení obdoby institutu *statement of objections*, jednání o znění závazků). Takové postupy činí ze soutěžního úřadu v některých fázích správního řízení spíše partnera než protivníka účastníků řízení, což však lze právě v oblasti

kontroly spojování soutěžitelů (více než v jiných oblastech soutěžního práva) považovat za žádoucí.

12.7. ZÁVĚRY

Kvantitativní analýza rozhodovací činnosti Úřadu ukázala, že počet notifikací, o nichž Úřad rozhodoval, se po čtvrté novele pohyboval mezi 50 a 60. Trend rozhodování, při němž jsou ze strany Úřadu požadovány závazky, nadále pokračuje. Ukazuje se zřetelná liberalizační tendence změny soutěžní politiky ve vztahu ke koncentracím. Velmi dobrá je rychlost správního řízení; fúze a akvizice jsou časově extrémně urgentní; proto je pozitivním jevem zrychlení rozhodovacího procesu Úřadu. Rozhodnutí v první fázi jsou často vydávána před uplynutím zákonem stanovené maximální lhůty jednoho měsíce, kterou lze jinak považovat s ohledem na povahu správního řízení za velmi přísnou.⁸⁵² I rozhodnutí ve druhé fázi jsou vydávána bezodkladně poté, co Úřad ukončí soutěžní analýzu případu v rozsahu, jenž považuje za nezbytný, a případně diskuse o závazcích ve prospěch zachování účinné soutěže, aniž by byla vyčerpávána zákonem povolená lhůta pěti měsíců.⁸⁵³

Pokud jde o kvalitativní stránku rozhodovací činnosti, oceněním hodné je zahájení praxe přednotifikačních konzultací, které mohou být mj. jedním z důvodů pro celkové zkrácení doby nezbytné pro rozhodování. Rozhodnutím, zvláště těm významnějším, by svědčila lepší argumentační přesvědčivost a doplnění odůvodnění tam, kde jsou závěry rozhodné pro celé posouzení případu pouze konstatovány (typicky problematika geografického vymezení relevantního trhu). Skutečnost, že rozhodnutí Úřadu v oblasti kontroly koncentrací nebudou podrobena soudnímu přezkumu, by neměla vést k rezignaci na základní prvek zákonného rozhodnutí, kterým je zjištění skutečného stavu věci a jeho odraz v logickém a přezkoumatelném odůvodnění. Úřad prokázal, že je schopen absorbovat nejnovější vývoj technologií, a tento promítnout do své rozhodovací praxe i za cenu její modifikace (*UPC/Karneval*). Úřad ve sledovaném období přijímal již výhradně toliko behaviorální závazky. Byť v jednom z případů tato volba byla zřejmě namíste (*UPC/Karneval*), v ostatních případech nebylo zřejmé, proč nebyly přijaty jinak preferované strukturální závazky (nebylo zdůvodněno, proč měl být behaviorální závazek

⁸⁵² Srov. rozhodnutí *STRABAG/MiTTaG*; notifikováno 6. 11. 2006, rozhodnutí vydáno 28. 11. 2006, tj. 22 dní trvání správního řízení.

⁸⁵³ Srov. rozhodnutí *UPC/Karneval*; notifikováno 14. 9. 2006, rozhodnutí vydáno 22. 12. 2006, tj. tři měsíce a osm dní trvání správního řízení.

v daném případě vhodnější variantou). Původně vágně formulované závazky se postupně v posledních letech konkretizují, což usnadňuje kontrolu jejich dodržování.

Klíčovou otázkou je, zda bude pokračovat trend liberalizace při posuzování fúzí i v podmínkách krizového vývoje ekonomiky. ÚOHS se nemůže omezit na pouhé evidování procesu koncentrace trhu, neboť kontrola koncentrací je sotva zastupitelným nástrojem *ex ante* ovlivnění tržní struktury a nepřímo funkční soutěže.

13. NĚKTERÉ PROBLÉMY FAKTICKÉ PŮSOBNOSTI ÚOHS A JEHO VLIVU NA TRŽNÍ KONCENTRACE

13.1. DŘÍVĚJŠÍ HYPOTETICKÁ MOŽNOST ÚNIKU SPOJUJÍCÍCH SE SOUTĚŽITELŮ PŘED KONTROLOU ZE STRANY ÚOHS

Souhlas ÚOHS se spojením soutěžitelů bylo před novelou ZOHS zákonem č. 361/2005 Sb.⁸⁵⁴ možno nemít ze dvou důvodů :

a)

soutěžitel o schválení nepožádal, byť šlo o nebagatelní spojení. Tím porušil zákon, ale jeho postih nemohl být stejný jako za *nepodání* žádosti – to totiž není možné pokládat za *odmítnutí* podrobit se šetření. Odmítnutí je aktivní čin, nikoliv pasivita, projevená nepodáním návrhu na schválení spojení Úřadem. Nepodání takového návrhu bylo však dostačujícím způsobem sankčně kryto možností ukládat ustanovením § 22 odst. 2 ZOHS. Tuto dramatickou sankci bylo možné ukládat opakovaně.

b)

Soutěžitel o povolení spojení *požádal*, ale spojení mu *nebylo povoleno*. Podání návrhu na spojení a následné jednání v rozporu se zamítavým rozhodnutím Úřadu (dokonce pravomocným) speciálně sankcionováno nebylo. Je však absurdní výklad, že stačí o spojení požádat a pak je bez ohledu na výsledek řízení uskutečnit. Za pouhé *nepodání* návrhu na povolení spojení soutěžitel podle § 22 odst. 2 ZOHS sankcionován být nemohl.

Některá rozhodnutí mohou uložit splnění povinností účastníkům v určité lhůtě a teprve po jejím marném uplynutí nastane vykonatelnost. Je asi možno dovodit, že tam, kde lhůta k dobrovolnému splnění povinnosti stanovena není, splývá právní

⁸⁵⁴ Tato subkapitola vychází ze studie BEJČEK, J.: *K pojmům kontroly soutěžního chování a ovládnutí*, Právní rozhledy 2004, č. 15, str. 557 a násl. Dokumentuje právní úpravu před čtvrtou novelou ZOHS a uvádí závěry a doporučení, které byly využity při přípravě této novely ZOHS (zejm. §12 odst. 4 ZOHS po novele provedené zákonem č. 361/2005 Sb.) Odkazy na ustanovení ZOHS v subkapitole 13. 1.–13. 3. jsou proto na znění ZOHS před touto tzv. čtvrtou novelou.

moc rozhodnutí s vykonatelností. Pak by tedy pokutu podle § 22 odst. 3 ZOHS bylo možno uložit po právní moci rozhodnutí, a ukládání pokut (i opakovaně) je způsobem správní exekuce. To by se asi muselo dít tak dlouho, až by účastník ono spojení (v podobě možnosti kontrolovat jiného soutěžitele) sám „rozpustil“. Spojení by přestalo být potenciální hrozbou pro hospodářskou soutěž, pravomocné rozhodnutí o nepovolení spojení by přestalo být porušováno a odpadl by důvod k exekuci a pokutování by se zastavilo.

Ustanovení § 18 odst. 2 ZOHS hovoří o *uskutečnění* spojení, tedy o realizaci *možnosti* určovat soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele (§ 12 odst. 3 písm.b ZOHS). Bylo sporné, zda se tím myslí, že ona možnost nastala, nebo zda to neměla být pouhá možnost (hrozba narušení soutěže), nýbrž její skutečná realizace (naplnění), zda tedy chování kontrolovaného soutěžitele muselo být „určeno“ nebo (podstatně) ovlivněno, a jestli teprve potom by byla možná dekoncentrační oprávnění.

Z čistě jazykového hlediska nelze asi dvouslovný výraz „uskutečnit spojení“ (tedy „uskutečnit *možnost* kontroly soutěžního chování“) vyložit jinak, než ji „naplnit“ tedy „realizovat“ (už nikoliv jako pouhou potencialitu, ale realitu).

Pokud by spojení nespočívalo jen v *latentní* hrozbě a možnosti kontrolovat jiného soutěžitele a soutěžitel by již spojení *realizoval* (určoval by soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele), porušoval by (v § 18 odst. 1 ZOHS) explicitně vyjádřenou povinnost, za jejíž nerespektování mohl ÚOHS uložit pokutu podle § 22 odst. 2 ZOHS.

Nepovolení spojení Úřadem nebylo tedy *stricto sensu* vykonatelným rozhodnutím⁸⁵⁵ ale „jen“ rozhodnutím pravomocným a ukládání pokut podle 22 odst. 3 ZOHS se dalo opřít jen o výše naznačenou interpretační úvahu, pravděpodobnost jejíž akceptace soudem byla spíše nízká.

Soutěžitelům byl zákonem (na rozdíl od zákona č. 63/1991 Sb.) stanoven zákaz uskutečnit spojení před pravomocným rozhodnutím ÚOHS o povolení spojení (§ 18 odst. 1 ZOHS) určováním nebo ovlivňováním soutěžního chování kontrolovaného soutěžitele výkonem získané kontroly. Novelizace zákonem č. 340/2004 Sb. navíc připojila zákaz soutěžitelům „činit taková opatření, která by vedla k nezvratitelnosti provedeného spojení a trvale změnila strukturu trhu“.

⁸⁵⁵ Na rozdíl např. od rozhodnutí podle § 11 odst. 2 ZOHS ve znění z r. 91 nebo podle § 23 odst. 1 ZOHS před čtvrtou novelou.

13.2. CO ZNAMENALO NEPOVOLIT SPOJENÍ A NEPODAT NÁVRH

Z kompetenčních důvodů bylo určitě vyloučeno, aby ÚOHS ukládal nějaké dodatečné zákazy účastníkovi, jemuž spojení nebylo povoleno – toto nepovolení přece implikuje, že nesmí nejen činit *cokoliv*, co určuje tzv. soutěžní chování kontrolovaného soutěžitel, ale dokonce předpokládá sankcionování stavu pouhého „ohrožovacího deliktu“ – *možnosti* přímo nebo nepřímo kontrolovat jiného soutěžitele.

Nařídít soutěžitelům povinnosti tohoto druhu, resp. učinit v rámci velmi blanketně formulované kompetence podle § 18 odst. 2 ZOHS „jiná opatření, která jsou potřebná k obnovení účinné soutěže na relevantním trhu“⁸⁵⁶ mohl ÚOHS výslovně jen v případech, že soutěžitelé „uskutečnili spojení“ (nejasnost formulace je komentována výše).

Z procesní opatrnosti jsem doporučoval restriktivní výklad, že už nejde o pouhou *možnost*, ale *realitu* kontroly a ovlivňování soutěžního chování jiného soutěžitele, aniž by byl podán *návrh* na povolení spojení. Tuto podmínku však mohli soutěžitelé splnit tím, že návrh na povolení spojení podali, byť jim potom „jen“ nebylo spojení Úřadem povoleno.

Domnívám se, že tu byl i dříve prostor pro korektní a udržitelnou interpretaci textu i smyslu předpisu, která není zaváděním *analogie* do práva veřejného, ale skutečně jen výkladem *obsahu* právní normy. Je absurdní (*arg. „ad absurdum“*), aby ÚOHS směl učinit ona „jiná opatření“ podle § 18 odst. 2 ZOHS (zvaná „dekoncentrační“) pouze v případě, že soutěžitelé z nevědomé nedbalost *nepodali návrh* na povolení spojení. Přitom samozřejmě nemohli tušit, jak by návrh na povolení spojení u ÚOHS dopadl, protože ani netušili, že jej mají podat, byť to vědět měli a mohli (nevědomá nedbalost). Ke spojení došlo, nastalo i reálné omezení soutěže (nejen jeho hrozba) a jeden soutěžitel určoval soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele. ÚOHS mohl v takovém případě přistoupit k „dekoncentračním“ oprávněním podle § 18 odst. 2 ZOHS.

Předpokládejme, že v hypotetickém případě soutěžitelé sice návrh na povolení spojení u ÚOHS podali, a to dokonce ve lhůtě. Pro zdůraznění argumentu „*ad absurdum*“ navíc předpokládejme, že šlo o návrh tří soutěžitelů, ovládajících celý relevantní trh, na spojení do jediné monopolní akciové společnosti. Po provedeném řízení by nebylo spojení povoleno. Buď připustíme, že jde o stav v rozporu

⁸⁵⁶ Podle § 11 odst. 1, písm. e ZOHS č. 63/1991 Sb. „ukládat povinnost k nápravě“.

s pravomocným (byť přísně vzato nevykonatelným) rozhodnutím o nepovolení spojení (pak by přicházela v úvahu pokuta podle § 22 odst. 3 ZOHS – pochybnosti o tomto řešení viz výše), nebo vyčkáme, až akvizitor ostatních dvou soutěžitelů začne *skutečně* určovat jejich chování.

„Dekoncentrační“ opatření ze strany ÚOHS by snad nemělo být možné uložit jen proto, že soutěžitelé o povolení spojení požádali – to, že je neobdrželi, není zkrátka důležité? To by byl zcela absurdní závěr mechanistické interpretace ustanovení § 18 odst. 2 ZOHS.

Uplatnit lze i výkladový argument „*a minori ad maius*“, který rovněž nemá nic společného s analogií. Jestliže by byla „dekoncentrace“ podle § 18 odst. 2 ZOHS možná i při pouhém *opominutí* povinnosti *požádat* o schválení, tím spíše se musí použít, když soutěžitel vědomě a úmyslně (*dolus coloratus*) a v rozporu s pravomocným rozhodnutím ÚOHS o nepovolení spojení nejen *ohrožuje*, ale již i *narušuje* nebo dokonce *vyklučuje* hospodářskou soutěž. Argument „*a ratione legis*“ jako doplněk argumentu „*ad absurdum*“ je také na straně možnosti „dekoncentrace“ v takovém případě.

Případná výše zpochybněná formalistická argumentace by musela vést i k naprosto stejně absurdnímu závěru, že zákaz podle § 18 odst. 1 ZOHS („před právní mocí rozhodnutí Úřadu o povolení spojení nesmí soutěžitelé určovat nebo ovlivňovat soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele ...výkonem ...získané kontroly“) se týká jen období *před* právní mocí rozhodnutí o povolení spojení a *po* jeho právní moci je takové chování soutěžitelů přípustné, i když spojení bylo rozhodnutím ÚOHS nepovoleno.

Smysl ustanovení § 18 odst. 1 ZOHS nespočíval ale jen v tom, že se zakazovaly tam uvedené postupy (tedy už určovat, už ovlivňovat soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele). Není-li spojení povoleno, nabyli soutěžitelé postavení podle § 12 odst. 3 ZOHS nepovoleně, tedy v rozporu s pravomocným rozhodnutím ÚOHS o nepovolení spojení. Jde o stav, který je v rozporu s pravomocným rozhodnutím ÚOHS a při rozumném výkladu by bylo přípustné uložit pokutu podle § 22 odst. 3 ZOHS.

Ustanovení § 18 odst. 1 ZOHS bylo nutno vykládat ve vzájemné souvislosti s odst. 2 téhož paragrafu. Dekoncentrační oprávnění podle § 18 odst. 2 mohl ZOHS uložit dokonce i *bez* podání návrhu na povolení spojení, a to i jen v případě, že se spojení skutečně (tzn. že soutěžitel nabude v souladu s § 12 odst. 3 ZOHS *pouhou možností*⁸⁵⁷ přímé nebo nepřímé kontroly nebo ovlivňování soutěžního chování

⁸⁵⁷ Tento argument použil ÚOHS v odůvodnění výše komentovaného rozhodnutí o spojení KMV/Poděbradka.

jiného soutěžitele). Tím spíše je třeba přisvědčit oprávnění Úřadu uložit „dekoncentrační oprávnění“ v takových případech, kdy se z latentní *možnosti* stala *realita* a soutěžitel chování svého konkurenta díky pravomocně nepovolenému spojení skutečně *ovlivňuje*.⁸⁵⁸

13.3. NĚKOLIK ZČÁSTI REALIZOVANÝCH NÁMĚTŮ

Doporučením bylo vykládat zákonem formulované určování nebo ovlivňování „*soutěžního chování*“ kontrolovaného soutěžitele nikoliv jako ovlivňování soutěžního chování v užším smyslu (s bezprostředním vztahem k soutěži), ale konsistentně s evropskými standardy jako možnost vykonávat *rozhodující vliv* na *činnost* kontrolovaného soutěžitele. Tato interpretace je akceptována i našimi soudy.

S tím souvisí i důraz na *potencialitu* pojmu kontroly. Jistější (procesně opatrnější) by určitě pro ÚOHS bylo dokázat i výkon (realitu) kontroly, ale „eurokonformní“ pojetí spojení předpokládá, že spojením je již pouhá *možnost* vykonávat rozhodující vliv na činnost kontrolovaného soutěžitele.⁸⁵⁹

Protože nebylo jisté, že se naznačené problémy podaří překonat pomocí interpretace, doporučovalo se perspektivně upravit § 12 odst. 3 písm. b) ZOHS v souladu s evropským nařízením o kontrole fúzí takto: „smlouvou nebo jinými způsoby, které jim umožňují vykonávat rozhodující vliv na *činnost* kontrolovaného soutěžitele“⁸⁶⁰ (nevyjadřují se v této souvislosti k odtažitější otázce možné náhrady pojmu

⁸⁵⁸ Zápis spojení do obchodního rejstříku se nesměl podle § 16 odst. 6 ZOHS provést před právní mocí rozhodnutí Úřadu o povolení spojení. Řada soutěžně závažných druhů spojení se do rejstříku nezapisovala vůbec. Vzhledem k tomu, že nepovolení spojení nenabýlo účinnosti před udělením souhlasu ÚOHS se sloučením jen v případech, že jde o sloučením formou fúze, měl ÚOHS kontrolu nad účinností smluv jen u fúzí v užším slova smyslu. U jiných způsobů spojení (např. u získání kontroly nabytím účastnických cenných papírů nebo obchodních či členských podílů aj.) se získání kontroly v obchodním rejstříku vůbec neprojeví. Význam rejstříkového zápisu není tedy z hlediska soutěžního veliký. ÚOHS by se měl spíše soustředit na zjištění, zda soutěžitel určuje nebo ovlivňuje tzv. soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele. Soukromoprávní účinky neúčinnosti *ex lege* u smluv o fúzích (v užším smyslu podle ObchZ) odradí soutěžitele dostatečně od obcházení Úřadu.

⁸⁵⁹ Podotýkám, že současný liberálnější přístup k fúzím se s touto zásadou neshoduje, a že je možné pozorovat příklon k reálné (nikoliv potenciální) kontrole chování jiného soutěžitele.

⁸⁶⁰ Tento návrh byl nakonec přijat a ustanovení § 12 odst. 5 platného ZOHS tak skutečně zní.

„soutěžitel“ jiným pojmem, který by lépe odpovídal textu norem evropského práva i jejich výkladu).

Podobně měl namísto zákazu „určovat nebo ovlivňovat *soutěžní chování*“ být zákaz „vykonávat rozhodující vliv na *činnost* kontrolovaného soutěžitele“.⁸⁶¹

Doporučovala se též formulace, že tento zákaz trvá jak před právní mocí rozhodnutí, tak i po právní moci rozhodnutí, jímž se spojení nepovoluje (pro případ, že by soud nepřijal tuto zřejmou interpretaci Úřadu).⁸⁶² Zvažovalo se i zavedení tzv. „nerozhodnuté účinnosti“ (*schwebende Wirksamkeit*) právních úkonů učiněných v rozporu s § 18 odst. 1 tehdy platného ZOHS (podle vzoru § 41 odst. 1 německého GWB⁸⁶³), které by mohly být neúčinné, a tato neúčinnost by mohla být zpětně zhojena povolením spojení ze strany Úřadu.

V § 18 odst. 2 ZOHS se doporučovalo znění „jestliže Úřad zjistí, že soutěžitelé získali možnost vykonávat rozhodující vliv na činnost kontrolovaného soutěžitele, aniž by podali návrh na povolení spojení, *nebo v rozporu s pravomocným rozhodnutím Úřadu o nepovolení spojení*, může Úřad uložit soutěžitelům povinnost prodat podíly, převést podnik nabytý spojením nebo jeho část, zrušit smlouvu nebo učinit jiná opatření, která jsou nezbytná k obnovení účinné soutěže na relevantním trhu“. Stávající § 18 odst. 5 ZOHS jinými slovy normuje totéž.⁸⁶⁴

13.4. PERIPETIE PRÁVNÍHO NÁSTUPNICTVÍ

Velmi aktuální a kontroverzní otázka, dotýkající se samotné podstaty soutěžního práva (odpovědnosti za protisoutěžní delikty při následné formální změně subjektu), i právní jistoty a spravedlnosti, se nedávno řešila v řízení před ÚOHS a vyžadovala odbornou expertízu. Jednalo se prakticky o to, zda se subjekt porušivší zákon o ochraně hospodářské soutěže může vyhnout odpovědnost s tím spojené tak, že změní právní formu. S otázkou soutěžní politiky a fúzí nesouvisí tato otázka jen zdánlivě a na první pohled, neboť na jejím řešení záviselo a závisí, zda spojení soutěžitelů (kromě řady jiných motivací) může být využito i jako nástroje k úniku

⁸⁶¹ I tento námět se prosadil – srov. § 12 odst. 4 dnes platného ZOHS.

⁸⁶² Ustanovení § 18 odst. 1 platného ZOHS v souladu s tímto návrhem stanoví, že před podáním návrhu na zahájení řízení ... a před právní mocí rozhodnutí Úřadu, kterým se spojení povoluje, nesmí být spojení uskutečňováno.

⁸⁶³ Srov. EMMERICH, V.: *Kartellrecht*, 9. A., C. H. Beck, München 2001, str. 322; BECHTOLD, R.: *GW*B, Verlag C. H. Beck, München 1999, str. 544–545.

⁸⁶⁴ Dekoncentrační opatření jsou přípustná, pokud Úřad zjistí, že spojení bylo uskutečněno v rozporu s jeho pravomocným rozhodnutím, nebo aniž byl podán návrh na zahájení řízení.

před správní odpovědností; hlavní argument zainteresovaných soutěžitelů zněl: nový subjekt přece právo neporušil a neměl by tudíž nést odpovědnost za protiprávní činy právního předchůdce.

ÚOHS vydal ve správním řízení S 72/01 rozhodnutí o tzv. benzinovém kartelu, v němž konstatoval, že šest společností⁸⁶⁵ se dopustilo jednáním ve vzájemně shodě zakázané dohody omezující soutěž podle § 3 (ZOHS), tzv. horizontálního cenového kartelu. Řízení proběhlo podle zákona o správním řádu č. 71/1967 Sb.; účastníkům řízení byly uloženy za porušení zákazu podle ZOHS pokuty v různé výši a byl vysloven zákaz pokračovat v jednání do budoucna.

V průběhu řízení dvě společnosti, které byly účastníky řízení, zanikly fúzí (bez likvidace) v rámci koncernu.⁸⁶⁶ ÚOHS pokračoval ve správním řízení s nástupnickými společnostmi, protože usoudil, že převzaly souhrn věcných a osobních složek podnikání, jejichž prostřednictvím vykonávaly zaniknuvší společnosti podnikatelskou činnost a nadále podnikaly pod stejnými značkami. Úřad pokládal fúze uvedených společností za nástroj univerzální sukcese, která tedy zahrnovala i možnou delikt ní odpovědnost za soutěžně právní správní delikt spáchaný jejich právními předchůdci. Fakticky se jednalo jen o změnu identifikačního čísla soutěžitelů, kteří jednali protisoutěžně⁸⁶⁷.

Správní rozhodnutí napadli účastníci žalobami u Krajského soudu v Brně. Jedna skupina námitek obsahovala argumentaci proti možnosti sukcese veřejnoprávní povinnosti k zaplacení pokuty za uzavření zakázané kartelové dohody; podle nich přechod práv založený normami práva soukromého nemůže vést k přechodu povinnosti veřejnoprávní. Delikt ní odpovědnost se prohlašovala v těchto námitkách za odpovědnost (povinnost) osobní povahy, která je nepřenosná a zavazuje jen toho, kdo se správního deliktu dopustil. K přechodu povinnosti veřejnoprávní povahy na nástupnický subjekt založený soukromoprávní fúzí společností by podle těchto námitek bylo nutné opatření zvláštního zákona.

Krajský soud v Brně rozsudkem⁸⁶⁸ rozhodnutí ÚOHS zrušil. Vyšel přitom z dělení správních rozhodnutí na rozhodnutí *in rem* a na rozhodnutí *in personam*. Prvý druh rozhodnutí je o věci samotné a podle krajského soudu tento druh roz-

⁸⁶⁵ Agip Praha, a.s., Aral ČR, a.s., Benzina, a.s., ConocoPhillips Czech Republic, s.r.o., OMV Česká republika, s.r.o. a Shell Czech Republic, a.s.

⁸⁶⁶ Agip Praha, a.s. zfúzovala s Agip Česká republika, s.r.o., a Aral ČR, a.s. s OMV Plus ČR, a.s.

⁸⁶⁷ Jak konstatují NERUDA, R., GACHOVÁ, L.: *Ještě k procesnímu nástupnictví zaniklých právnických osob v soutěžních věcech*, Právní rozhledy 2007, č. 15, str. 561.

⁸⁶⁸ Č.j. Ca 84/2004 – 236 ze dne 26. 9. 2006.

hodnutí zavazuje i právní nástupce původních účastníků, kteří se protiprávního jednání dopustili (neboť takové rozhodnutí zavazuje každého, kdo se ocitl v určité reálné situaci⁸⁶⁹), zatímco rozhodnutí, kde je předmět řízení vázán výlučně na konkrétní osobu účastníka (typicky řízení sankční, některá licenční řízení, věci statusové apod.) podle soudu pojmově vylučují převoditelnost soukromoprávní dispozicí.

Proti rozhodnutí soudu podal ÚOHS kasační stížnost, neboť se neztotožnil se závěry rozsudku, a zejména s důsledky jejich aplikace.

13.4.1. ARGUMENTY VE PROSPĚCH PROCESNÍHO NÁSTUPNICTVÍ

Obecným argumentem⁸⁷⁰ ÚOHS byl především nesoulad rozsudku Krajského soudu s ustálenou judikaturou Evropského osudního dvora (ESD) a Soudu prvního stupně (SPS). Namítalo se rovněž (z hlediska spíše právně politického), že by nemělo zůstat nepotrestáno jednání, z něhož těžil nejen samotný jednatel, ale z něhož má materiální i nemateriální prospěch jeho právní nástupce. Tím spíše se tak nesmí stát v důsledku „účelového“ zániku osoby odpovědné za jednání v době spáchání protisoutěžního deliktu. Z této formulace se však nedá spolehlivě vyčíst, že by pracovníci ÚOHS konstatovali, že v obou konkrétních případech šlo o zánik účelový s cílem vyhnout se správnímu potrestání⁸⁷¹, a že by se ÚOHS k ev. účelovosti restrukturalizace účastníků autoritativně vyslovil.

⁸⁶⁹ Srov. HOETZEL, J.: heslo „Správní řízení“, in HÁCHA, E. A KOL.: *Slovník veřejného práva československého*. sv. III., Brno, Nakladatelství Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1934, str. 936.

⁸⁷⁰ Srov. cit. práci R. NERUDA, L. GACHOVÁ, str. 561.

⁸⁷¹ Takové konstatování, jehož se autoři takto adresně nedopustili, kritizuje jako „přinejmenším nepatřičné“ poněkud přecitlivěle Jiří Kindl v replice na poznámku R. Nerudy a L. Gachové – KINDL, J.: *Do třetice k procesnímu nástupnictví zaniklých právnických osob v soutěžních věcech* (Právní rozhledy 207, č. 21, str. 791, pozn. pod čarou č. 15). Důvody ke změně v subjektivitě účastníků mohly a měly být předmětem zkoumání ÚOHS. Zdá se, že v jednom případě mohly být mimo vůli účastníků, a že mohly být důsledkem změn v kontrole zahraniční matky, zatímco ve druhém případě vskutku neexistuje očividný a logický důvod, proč se účastník řízení formálně transformoval, aniž by se obsahově cokoliv změnilo na faktickém běhu jeho podnikání. Účelovost této změny je tedy zcela legitimní hypotézou, která by se však měla prozkoumat.

Závěr, že se jednalo v konkrétním případě o účelový postup, se nedá vyvodit ani z obecnějšího konstatování R. Nerudy a L. Gachové (cit. práce, str. 562), že „rozhodnutí krajského soudu... obsahuje účinný návod, s jehož pomocí se mohou soutěžitelé vyhnout potrestání za jednání, jež je v rozporu se soutěžním právem České republiky, jakož i s právem Evrop-

Přestože řízení nebylo vedeno pro porušení evropského práva (čl. 81 Smlouvy o evropských společenstvích), ale „jen“ pro porušení práva českého (§ 3 ZOHS), namítalo se obecněji, že by v důsledku rozsudku Krajského soudu mohla být znemožněna efektivní aplikace evropského soutěžního práva na území České republiky, protože by bylo znemožněno (nebo alespoň zásadním způsobem ztíženo) potrestání protisoutěžního jednání.

Kritizovanému rozsudku Krajského soudu se rovněž vytýkalo⁸⁷², že aplikoval principy správního, resp. trestněprávního trestání fyzických osob na správní trestání osob právnických jakožto fiktivních entit. Argument (nikoliv pozitivně právní, ale právně politický) zněl, že se přičítá chápání spravedlnosti myšlenka, „že by k zániku odpovědnostního vztahu mohlo dojít čistě v důsledku fúze a zániku právní subjektivity právnické osoby, která zákon porušila, pokud hmotný a personální substrát právnické osoby, která jednala protisoutěžně, zůstal přeměnou nedotčen.“ Autoři dále rozvíjejí úvahu *ad absurdum*, podle níž by právnická osoba, která pouze změnila své identifikační číslo, nebyla jako nástupnická společnost nikdy postížitelná za správní delikt spáchaný zaniknuvší společností, a to i přesto, že by na nástupnickou společnost přešel veškerý prospěch získaný zaniknuvší společností (zejména na úkor spotřebitelů) jejím protisoutěžním jednáním.

13.4.2. ARGUMENTY PROTI PROCESNÍMU NÁSTUPNICTVÍ

Za kontroverzní rozhodnutí Krajského soudu se postavili V. Šemora⁸⁷³ a J. Kindl⁸⁷⁴. Přidržují se tradičního dělení na rozhodnutí *in rem* a *in personam*, na něž odkazuje i rozsudek Krajského soudu v Brně, a konstatují, že zákon – na rozdíl od soukromoprávní úpravy fúzí – výslovně neřeší otázku přechodu práv a povinností ze vztahů veřejnoprávní povahy. Ani nový správní řád v tomto ohledu nepřinesl vyjasnění. Oba autoři akceptují⁸⁷⁵ či zdůrazňují⁸⁷⁶ myšlenku, že deliktní odpovědnost je vždy závazkem osobní povahy (*in personam*), a je tudíž vázána na existenci toho, kdo se deliktu dopustil.

ských společenství, když Úřad nemá fakticky žádnou možnost, jak takovému účelovému jednání zabránit.“

⁸⁷² NERUDA, R. a GACHOVÁ, L.: cit. práce, str. 562.

⁸⁷³ ŠEMORA, V.: K procesnímu nástupnictví ve správním řízení, zejména s ohledem na řízení o soutěžních deliktech, Právní rozhledy 2007, č. 5, str. 175 nsl.

⁸⁷⁴ Viz jeho posledně cit. práci.

⁸⁷⁵ Srov. ŠEMORA, V.: cit. práce, str. 177, pozn. 20.

⁸⁷⁶ Srov. KINDL, J.: cit. práce, str. 791.

Problematické bylo dříve (a je i nyní) zdůvodnění samotného účastenství právních nástupců ve správním řízení. Vzhledem ke speciální úpravě v ZOHS⁸⁷⁷ se nepoužije obecná úprava účastenství ve správním řádu⁸⁷⁸. Ani nový správní řád neobsahuje výslovnou úpravu právního nástupnictví; jen okrajově, v souvislosti se zastavením řízení, se o právních nástupcích zmiňuje⁸⁷⁹. Konstatuje se, že je třeba v řízení posoudit, zda se týká věci (správní řízení *in rem*), anebo osoby (správní řízení *in personam*).

Při úvahách o povaze a charakteru správního řízení o soutěžních deliktech se vychází v první řadě z cíle správního řízení, jímž má být podle cit. rozhodnutí Krajského soudu deklarace skutečnosti předvídané zákonem (uzavření zakázané kartelové dohody) a zákaz plnění takové dohody do budoucna, které mají vést k ochraně hospodářské soutěže. Podle rozsudku se deklaruje existence určité objektivně vymezené dohody vykazující protisoutěžní aspekty bez toho, že by tato deklarace byla vázána na konkrétní osoby, z jejichž vůle tato dohoda povstala.

Z toho se dovozuje, že rozhodnutí o deklaraci uzavřené protisoutěžní dohody je rozhodnutím *in rem* (u něhož je možné uvažovat o procesním nástupnictví), zatímco rozhodnutí ÚOHS o uložení pokuty a o opatření k nápravě jsou rozhodnutím povahy *in personam* (v němž se procesní nástupnictví pojmově nepřipouští)⁸⁸⁰.

Kindlova argumentace se zaměřuje více na konkrétní případ, a obecnější souvislosti a důsledky postupu Krajského soudu zmiňuje spíše ve spojení s možnou změnou právních předpisů. Argumentuje se zejména tím, že odkazy na ustálenou judikaturu ESD a SPI nejsou relevantní, neboť ke stíhanému jednání došlo v době před vstupem ČR do EU, takže se na ně evropské právo nevztahovalo. Navíc řízení nebylo zahájeno pro možné porušení čl. 81 SES, ale jen pro možné porušení § 3 ZOHS. Konstatuje se tedy pochybení *ratione temporis*.⁸⁸¹ Připouští se sice podmíněná přičitatelnost odpovědnosti za porušení evropských soutěžních pravidel i právnímu nástupci, ale zdůrazňuje se nejen ekonomická kontinuita mezi složkami určitých podniků, ale rovněž prvek právní jistoty. Klade se důraz na odlišení hmotněprávní a procesně právní roviny soutěžního práva – čl. 81 SES upravující zákaz dohod omezujících soutěž s dopady na komunitární trh je normou hmotně právní. Na možnost ev. právního nástupnictví se však mají aplikovat procesněprávní

⁸⁷⁷ Srov. § 21a) dnes účinného ZOHS: *Účastníky řízení jsou navrhovatel a ti, o jejichž právech a povinnostech má být v řízení jednáno a rozhodnuto.*

⁸⁷⁸ Srov. § 27 a § 28 správního řádu.

⁸⁷⁹ Srov. § 66 správního řádu.

⁸⁸⁰ Srov. cit. rozsudek Krajského soudu a komentář V. Šemory k němu v cit. práci, str. 179–180.

⁸⁸¹ Srov. Kindlovu cit. práci, str. 790.

normy tuzemské. Autor též připouští možnost právně politické argumentace, která však za daného právního stavu je právně irelevantní a může vést ev. jen ke změnám právní úpravy, které by procesní nástupnictví pro případ zániku původních porušitelů práva založily.⁸⁸²

13.4.3. ODPOVĚDNOST SUKCESORA ZA PROTISOUTĚŽNÍ JEDNÁNÍ V EVROPSKÉM PRÁVU

Evropské *case law* vypracovalo docela konsistentní doktrínu a několik testů, pomocí nichž lze kupujícímu podniku přičíst důsledky protiprávního a protisoutěžního jednání jeho předchůdce. Nevychází se tedy samozřejmě ze zásady, že by se nabyvateli takové jednání předchůdce přičetlo k tíži vždycky. Naopak pokutu bude platit zásadně ten, kdo odpovídal za činnost podniku v době porušení práva.

Musí se tedy v prvé řadě identifikovat fyzická nebo právnická osoba, která odpovídala za činnost podniku v rozhodné době, a tato osoba ponese i právní odpovědnost za protisoutěžní jednání. Zásadně odpovědnost nepřechází na nového vlastníka podniku, takže ten neodpovídá za minulé protiprávní jednání. Nicméně platí zcela přirozená logická zásada, že někdo za protiprávnost odpovídat musí.⁸⁸³

Východiskem je pojem podniku (*undertaking*), pod nímž ustálená evropská judikatura rozumí jakoukoliv jednotku zapojenou do hospodářské činnosti, bez ohledu na její právní status a na způsob financování.⁸⁸⁴ Pojem podniku není tedy totožný se subjektem práva; podnikem (tedy i soutěžitelem ve smyslu našeho práva) může být i právní non-subjekt. Změna vlastnického vztahu k podniku může (ale nemusí) tedy mít za následek změnu v osobě odpovědné za dřívější protisoutěžní chování.

ESD již dávno judikoval⁸⁸⁵, že formální rozdělení společností, plynoucí z jejich oddělené právní subjektivity, nemůže z hlediska účelu aplikace soutěžních pravidel převážet nad jejich jednotným chováním na trhu.

Ze zásady, že v evropském právu nový vlastník nenese odpovědnost za minulé protiprávní jednání svého předchůdce, existuje několik výjimek.⁸⁸⁶

⁸⁸² Tamtéž, str. 791.

⁸⁸³ Srov. FAULL & NIKPAY: *The EC Law of Competition*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford 2007, str. 1002.

⁸⁸⁴ Case C-41/90 (1991), čl. 21.

⁸⁸⁵ *Imperial Chemical Industries v Commission*, case 48/69 (1972). Cit. podle CHANDLER, A.: *Successor liability for competition law infringements and how to avoid it*, *Competition Law Journal*, Jordan Publ. Ltd., Vol. 5, Issue I, 2006, str. 64.

a) Původní právní subjekt odpovědný za příslušný podnik právně zanikl

V případě *Anic*⁸⁸⁷ konstatoval Soud prvého stupně, že pokud osoba odpovědná za provoz podniku právně zanikne v období mezi porušením práva a okamžikem, kdy má za toto porušení nést odpovědnost, je nutno identifikovat kombinaci fyzických a lidských prvků, které přispěly k porušení práva a poté určit osobu odpovědnou za jejich činnost, aby se tak zabránilo tomu, že by se kvůli zániku osoby odpovědné za protiprávnost v době kdy k ní došlo, vyhnul podnik odpovědnosti za ni⁸⁸⁸. Brání se tak vzniku jakési mezery (*gap*) v prosazování soutěžního práva.

Při prodeji podniku se může stát, že původní vlastník zanechá ekonomické aktivity a byl by tak zproštěn ev. odpovědnosti. Pak může být povinnost zaplatit pokutu přenesena na nového vlastníka. Úkolem Evropské komise je volat právního nástupce k odpovědnosti, jen pokud to slouží *veřejnému zájmu*. Pokud není vůči ekonomickému nástupci podniku, který měl prospěch z protiprávnosti, vznesen žádný odpovědnostní nárok, podnik se odpovědnosti vyhne.

Test tzv. ekonomické kontinuity lze aplikovat v případě, že porušitel práva zanikl, a že neexistují pochybnosti o právní identitě nástupce porušitele práva, přičemž nástupce pokračuje v podnikání předchůdce; za jistých konkrétních okolností dokonce může nastat sukcese odpovědnosti, i když porušitel práva – k okamžiku vydání rozhodnutí o porušení práva – ještě nezanikl⁸⁸⁹; vychází se z toho, že pojem podniku má v evropském soutěžním právu ekonomický rozměr, že v době vydání rozhodnutí příslušnou ekonomickou aktivitu dřívějšího porušitele vyvíjel následník, a že v rozhodné době formálně odpovědná osoba již nepodnikala.

Odpovědnost podle případu *Anic* tedy lpí na *ekonomickém* nástupci, a nikoliv na ev. nástupci *právním*. Odpovědnosti se tudíž nelze zbavit pouhým prodejem majetku, aniž by prodávající zanikl – odpovědnost potom nese subjekt, který stále existuje, a který se protiprávního jednání dopustil. *Výjimka* formulovaná v tomto

⁸⁸⁶ Přebírám členění a podstatný popis uváděných příkladů z výše cit. práce A. Chandlera, str. 65–70.

⁸⁸⁷ *Enichem Anic SpA v EC Commission* (T-6/89), 1991.

⁸⁸⁸ Srov. BELLAMY & CHILD: *European Community Law of Competition*, 5th Ed., Sweet & Maxwell, London 2001, str. 962–963.

⁸⁸⁹ Srov. případ *NMH Stahlwerke, GmbH v European Commission*, T- 134/94 (1999), pozn. in VAN BAELE & BELLIS: *Competition Law of the European Community*, 4th Ed., Kluwer Law International, The Hague, 2005, str. 1129.

případě tedy jen (jako každá výjimka) potvrzuje opačnou zásadu neexistence nástupnictví v odpovědnosti kvůli ekonomické kontinuitě.⁸⁹⁰

- b) Existují strukturální vazby mezi nástupcem v podnikání a původním vlastníkem z doby, kdy k protiprávnosti došlo

Evropský soudní dvůr rozhodl v případě cementářského kartelu⁸⁹¹, že nástupce v podnikání může odpovídat za protiprávnost, jíž se dopustil nabytý podnik, existují-li mezi původním a novým vlastníkem „strukturální spojení“.

Ekonomická identita podniku nezávisí podle judikatury ESD na pouhé změně jména nebo právní formy. ESD konstatoval, že „změna právní formy a jména podniku nemusí bezpodmínečně znamenat vytvoření nového podniku, který by neodpovídal za protiprávní jednání svého předchůdce, pokud jsou ti dva z ekonomického hlediska totožní.“⁸⁹²

Zkoumá se funkční a ekonomická kontinuita mezi porušitelem práva jeho domnělým nástupcem.⁸⁹³ Jestliže se mateřská společnost podílela na protiprávním jednání, její odpovědnost za toto jednání před převodem její dcery na třetí osobu se na nabyvatele nepřesune. Bývalá mateřská společnost nenese odpovědnost za rozhodnutí, které učiní dceřiná společnost, jež je poté převedena na jiného nabyvatele – odpovědnost lpí stále na dceřiné společnosti. Nová mateřská společnost neodpovídá za chování své dcery v období před její akvizicí.⁸⁹⁴

Vnitrokoncernové (vnitroskupinové) rekombinace a restrukturalizace by obecně neměly mít vliv na funkčnost pravidel na ochranu soutěže a neměly by být připuštěny jako nástroj jejich obcházení.

⁸⁹⁰ Tak DYKJAER-HANSEN, K., HOEGH, K.: *Succession of Liability for Competition Law Infringements with Special Reference to Due Diligence and Warranty Claims*, E.C.L.R. 2003, Nr. 5, str. 209.

⁸⁹¹ *Aalborg PortlandA/S and Others v Commission* (spojené případy C-204/00 P, 205/00 P, 213/00 P, 21700 P a 219/00 P (2004).

⁸⁹² Srov. případ 29/83 *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH (CRAM) v Commission* (1984).

⁸⁹³ Podle stanovisko Evropské komise v případě *Cartonboard* (OJ 1994, L 243/1, 1994, § 145).

⁸⁹⁴ Srov. BELLAMY & CHILD, cit. práce, str. 963.

c) Nutnost zabránit účinnému vynucování soutěžních pravidel

Jde o takové situace a zvláštní okolnosti, kdy se podnik odpovědný za porušení soutěžního práva skládal z několika členů skupiny společností a právnickou osobu, která by jinak musela zaplatit pokutu, nebylo buďto dost dobře možné určit, nebo nebyla schopna pokutu unést.

V případě *NMH Stahlwerke*⁸⁹⁵ konstatoval Soud prvního stupně, že nástupce původního výrobce ocelových ingotů byl ve skutečnosti součástí téhož podniku, jako byla původní právnická osoba odpovědná za protisoutěžní delikt, na kterou byl mezitím prohlášen konkurs. *NMH Stahlwerke* byla vytvořena právě kvůli převzetí původního podnikání, a ve skutečnosti s ní spoluvlastníci zacházeli úplně stejně jako s původním podnikem, což podle soudu přispělo ke spáchání protisoutěžního deliktu.

Soud konstatoval, že „...za jistých podmínek může být porušení pravidel soutěže přičteno ekonomickému nástupci odpovědné právnické osoby, aby tak – mj. kvůli změnám právní formy dotčených podniků – nebyla ohrožena účinnost těchto pravidel...“. Odpovědnost tak přechází zejména na toho, kdo podléhá jednotné kontrole a sleduje dlouhodobě společné ekonomické cíle. Pokud by se nenašla odpovědná osoba koordinující protisoutěžní aktivity členů skupiny, mohou být prohlášeni za společně a nerozdílně odpovědné všichni členové skupiny, aby se tak zajistilo, že formální rozdělení společností pomocí oddělené právní subjektivity nemůže zabránit konstatování, že z hlediska aplikace pravidel soutěže na trhu jednali členové skupiny společně.⁸⁹⁶

Je zřejmé, že podstatou tohoto řešení je spíše rozšíření pojmu „podniku“ odpovědného za protiprávní jednání, nežli skutečná právní sukcese. Jde tedy – spíše než o sukcesí – o individuální odpovědnost onoho ovládajícího subjektu za jeho vlastní aktivity, které by – formálně vzato – mohly být přičítány formálně právně samostatné ovládané osobě.

Stojí tu ve sporu dvě teorie – klasická a národním právem prosazovaná *teorie právního nástupnictví* na jedné straně, a *teorie ekonomické kontinuity* na straně druhé. Podle teorie právního nástupnictví lze odpovědnost přenést na jiný subjekt jen a pouze v případě, že onen subjekt je *právním* nástupcem toho prvního. Ekonomická kontinuita vychází naopak z toho, že se právní jednotky v rámci skupiny *chovají* jako jedna osoba. Změna právní formy včetně prodeje hodnot, materiálních a lidských zdrojů (*assets*), které vytvářejí podnik, nemá vliv na přesun odpověd-

⁸⁹⁵ *NMH Stahlwerke, GmbH v European Commission*, T-134/94 (1999).

⁸⁹⁶ Tamtéž, čl. 61, 66.

nosti za předešlá porušení soutěžního práva, nezměnila-li se ekonomická jednotka. Odpovědnost tedy lpí na ekonomické jednotce bez ohledu na to, pod jakou právní „slupkou“ vystupuje; lidské a materiální zdroje jsou pro určení ekonomické jednotky mnohem důležitější, nežli její právní forma.⁸⁹⁷

Judikatorní doktrína ekonomického následnictví (kontinuity) vznikla na základě případu *Suiker Unie*.⁸⁹⁸ Čtyři cukrářská družstva dopustivši se před tím různých protisoutěžních deliktů, byla zrušena bez likvidace a jejich majetek, práva a závazky byly převedeny na nově založenou společnost Suiker Unie – ta tvrdila, že nemůže nést odpovědnost za dřívější koordinační orgán cukrářských družstev, protože onen orgán neměl žádný majetek nebo *goodwill*, který by býval mohl být (nebo byl) přenesen na novou společnost. Evropský soudní dvůr konstatoval, že nová cukrářská společnost převzala všechna práva a závazky dřívějších čtyř družstev, a že nová společnost se kryla s tímtež podnikem, měla stejné sídlo a chovala se na trhu úplně stejně jako dřívější koordinační orgán. Protože ESD konstatoval evidentní identitu hlavních rysů aktivity nového podniku a jeho předchůdce, přisoudil celou odpovědnost za chování bývalého koordinačního orgánu družstev jeho ekonomickému nástupci – Suiker Unie.

U převodu obchodního podílu (*share*) se problém sukcese neprojeví, protože právní identita se ani při změně obchodního podílu nemění.

d) Smluvní následnictví

Nejedná se o odpovědnost v důsledku právního nástupnictví, ale o odpovědnost jakožto důsledek smluvního převzetí rizika kupujícím. Kupující i prodávající jsou si v rámci akvizice vědomi protiprávnosti, jíž se dopustil prodávající, ale kupující smluvně převezme některá s tím spojená rizika výměnou za snížení kupní ceny.⁸⁹⁹

Myslím, že to ovšem nutně nesouvisí s veřejnoprávní odpovědností porušitele za jeho předchozí protiprávní jednání. Veřejnoprávně odpovědným zůstane porušitel práva. Jde vlastně o druh indemnizačního prohlášení kupujícího, který se zavázal případné veřejnoprávní odpovědnostní důsledky protiprávního jednání prodávajícího nést ze svého (druh smluvního regresu).

⁸⁹⁷ Podobně DYEKJAER-HANSEN, K., HOEGH, K.: cit. práce, str. 206.

⁸⁹⁸ Případ 40/73 *Cooperative Vereniging Suiker Unie UA v Commission* (1975).

⁸⁹⁹ CHANDLER, cit. práce, str. 68.

Rozhodovací praxe Komise s Soudu prvního stupně se vyslovila i k této otázce.⁹⁰⁰ Nabyvatelská společnost KTN písemně souhlasila s převzetím odpovědnosti za protiprávní jednání nabývané společnosti, přestože toto jednání bylo ukončeno ještě před jejím nabytím. Přestože Soud prvního stupně akceptoval tento způsob jako legitimní výjimku ze zásady odpovědnosti porušitele za jednání, k němuž došlo v době, kdy porušitel podnik provozoval, konstatoval současně, že tato výjimka se musí vykládat restriktivně. Z procesních důvodů Soud prvního stupně zrušil tu část rozhodnutí, jež přisoudila odpovědnost společnosti KTN. Procesním zdůvodněním bylo, že nelze předpokládat, že by se nabyvatelská společnost mohla zbavit práv na obhajobu – ta jí musí být zaručena stejně jako tomu podniku (tedy „soutěžiteli“), který byl za protiprávní jednání odpovědný původně.

13.4.4. KOMENTÁŘ A DOPORUČENÍ

Je zřejmé, že požadavek právní jistoty se s teorií ekonomického následnictví dostává do rozporu. Prvořadá je samozřejmě zásada⁹⁰¹, že

- odpovědnost nese ten, kdo se protiprávního jednání dopustil. Dále je nutno připustit, že
- změna právní formy nebo názvu porušitele jej nemůže právní odpovědnosti zbavit;
- právně odpovědný zůstane prodejce podniku v případě, že po prodeji podniku stále právně existuje (na nabyvatele odpovědnost nepřechází);
- z předchozích pravidel je opodstatněná výjimka přenosu odpovědnosti na ekonomický subjekt v tom případě, že právní subjekt sice právně existuje, ale není objektivně schopen pokutu zaplatit;
- teprve dokáže-li se, že se subjekt pokusil obejít soutěžní pravidla, je na místě přesunout odpovědnost na jinou právnickou či fyzickou osobu, než která by jinak nesla odpovědnost podle předchozích pravidel.

Z předchozích doporučených pravidel lze dojít k závěru, že ekonomické nástupnictví může přijít v úvahu jen v případech, kdy dřívější porušitel zanikl a/nebo kdy jde o jasné případy obcházení důsledků veřejnoprávní odpovědnosti za porušení pravidel soutěže (umělý a účelový procesní „úhybný manévr“).

⁹⁰⁰ Případ *Krupp Thyssen and Acciai Speciali Terni SpA v Comission*, T-45/98, 2001, čl. 62–64, komentář podle cit. práce FAULL & NIKPAY, str. 1007.

⁹⁰¹ Následující zásady zformulovali podle evropské judikatury DYEKJAER – HANSEN..., cit. práce, str. 212.

Pokud se pokusíme aplikovat výše uvedené principy na konkrétní případ „benzinového kartelu“ uvedený v úvodu článku, můžeme dojít k těmto poznatkům a dalším otázkám:

Je přinejmenším sporné uměle rozdělovat řízení o zjištění a zákazů dohody omezující soutěž a řízení sankční o uložení pokuty. Pokuta se přece ukládá jako důsledek (nebo spíše součást) řízení *in rem*. Podle rozhodnutí Krajského soudu se pojmově vylučuje převoditelnost soukromoprávní dispozicí tam, kde je předmět řízení vázán výlučně (!) na konkrétní osobu účastníka (typicky řízení sankční, některá licenční řízení, věci statusové apod.). Při rozhodnutí o pokutě za porušení veřejnoprávního zákazu z oblasti ochrany hospodářské soutěže však nejde o výlučnou vázanost na osobu. Kartelové dohody se nelze dopustit jaksi „obecně“, vždy je spáchána konkrétními účastníky. Existuje jednota objektivní a subjektivní stránky protiprávního jednání.

Umělé schizofrenní rozdělování jednoho řízení s *jedním* (!) cílem na umělé dvě kategorie (rozhodnutí *in rem*, rozhodnutí *in personam*) postrádá rozumný smysl, je-li „automatizováno“. Účel zákona – ochrana soutěže – nemůže být naplněn pouhou deklarací nezákonnosti kartelové dohody a zákazem jejího plnění do budoucna, pokud osoba odpovědná za ni přestane existovat, a přitom její podnik (materiální i personální složky podnikání) provozuje ekonomický nástupce s odlišnou formální vlastní právní subjektivitou.

Jak může veřejnoprávní zákaz kartelové dohody (nebo zneužívání dominantního postavení) působit na ochranu soutěže (individuální a generální prevence protiprávnosti), pokud není spojen se sankcí vůči tomu, na koho byly převedeny všechny benefity z protiprávního jednání plynoucí? Obecně přece zákaz platí již ze zákona, a konkrétně je vysloven v rozhodnutí ÚOHS vůči zcela konkrétnímu soutěžiteli s cílem zamezit pokračování (a rovněž zajistit individuální i všeobecnou prevenci) tím, že bude porušitel potrestán.

Soutěžitel je i podle českého práva odlišný od subjektu práva. Osoba, která zůstává na tomtéž relevantním trhu obohacena o výhody nabyté v důsledku protiprávního jednání svého předchůdce (který se od něj liší pouze některými formálními prvky právní subjektivity, nikoliv však ekonomickou podstatou a soutěžním postavením), je z hlediska soutěžního práva tímž subjektem – tedy identickým soutěžitelem bez ohledu na změny formální „slupky“ právní subjektivity. Řízení před ÚOHS, v němž se pokračuje s tímž soutěžitelem (byť ne nutně s tímž právním subjektem) plně odpovídá nejen smyslu a účelu, ale též textu zákona o ochraně hospodářské soutěže. Jde-li z hlediska soutěžně právního o subjekt identický, není důvod pro jeho zvláštní „ochranu“ před dopady jeho jednání, provedeného pouze v jiném „hávu“ formálně právní subjektivity; není tedy důvod nepostihnout jej

pokutou za jeho protiprávní jednání, jehož se dopustil v jiném formálním „převleku“.

Nabízí se určitá analogie s trestněprávní odpovědností: její nepřenositelnost v současném pojetí (pokud se vztahuje výlučně na osoby fyzické) je zřejmá; pokud by došlo k tomu, co je již v řadě zemí běžné, totiž k trestně právní odpovědnosti osob právnických, nebylo by v souladu se schizofrenní logikou rozdělování na rozhodnutí *in rem* a *in personam* nic jednoduššího, nežli změnit v průběhu trestního stíhání právnické osoby její právní subjektivitu a uniknout z dosahu trestněprávní odpovědnosti. To by bylo zcela jistě absurdní. Připomíná to hypotetickou (rovněž formálně logickou, ale přitom naprosto absurdní) uznanost soudu, který by konstatoval, že po změně formální identity pachatele trestného činu mu nelze již uložit trest, protože jde přece o někoho (co na tom, že jen formálně?) jiného.

Není to sice česká situace *de lege lata*, nicméně nerespektování odlišností v nepřenositelnosti odpovědnosti osoby fyzické (kvůli její nezaměnitelné ontologické psychofyzické jednotě) a v pohodlné přenosnosti odpovědnosti osoby právnické (coby fiktivní a volně konstituovatelné a rekonstituovatelné entity) svědčí o jakémsi „neživotném abstraktním právně-logickém formalismu“, který však protičečí účelu a společenskému smyslu práva. Narušuje se jím cíl či účel zákona (ochrana soutěže – §1/1 ZOHS).

V českém právu se sice dosud neprosadila doktrína „propíchnutí firemního závoje“ (*piercing the corporate veil*), která je bez ohledu na nezakotvenost v psaném právu běžně využívána nejen v anglosaských zemích, ale třeba i v Německu. Její podstatou je podmíněná přičitatelnost určitých jednání právnické osoby osobě fyzické, která tuto právnickou osobu jen zneužila „nastrčením“ její oddělené právní subjektivity a zneužila ji jako formální obrannou „zástěrku“ před dopadem odpovědnosti na ovládající fyzickou osobu. Pokud se viník protiprávního jednání „schovává“ za nástupce z téhož koncernu, který nebude potrestán a zůstanou mu výhody předchozího viníka, je to analogie postupu proti doktríně o propíchnutí firemního závoje a právně politicky je nepřijatelné takovou situaci vyhýbání se právní odpovědnosti tolerovat.⁹⁰² Rozhodnutí Krajského soudu by spíše směřovalo ke „zbožnění firemního závoje“ (*adoring the corporate veil*).

Změna právní formy v průběhu správního řízení může být *zneužitím práva* s cílem vyhnout se správnímu potrestání. Nejméně v jednom případě byla změna právní formy účastníka benzinového kartelu pravděpodobně účelová – došlo

⁹⁰² V holé podstatě se takové jednání vůbec neliší od případů, kdy dospělí posílají krást děti, které nejsou trestněprávně odpovědné.

k zániku účastníka kartelu a správného řízení bez likvidace v rámci jednoho koncernu při jeho nezměněné ekonomické identitě. Bylo by absurdní na jedné připustit zneužití práva proti veřejnému zájmu v oblasti práva soukromého jako důvod absolutní neplatnosti právního úkonu, a na druhé straně akceptovat zneužití práva proti veřejnému zájmu v oblasti práva veřejného v podobě účelové změny právní subjektivity. „Výklad práva, který by při existenci několika interpretačních alternativ pomíjel racionalitu uspořádání společenských vztahů, nelze považovat za správný a závěr, k němuž dospívá, potom důsledně vzato nelze považovat ani za existující právo, a to z toho důvodu, že se přičí základnímu smyslu práva. Ostatně odedávna platí, že znát zákony neznamená znát jenom jejich text, ale především pochopit jejich smysl a působení; obdobně platí o právu samém.“⁹⁰³

Účelem zákon o ochraně hospodářské soutěže je ochrana soutěže jako společenské hodnoty, která podmiňuje funkčnost tržní ekonomiky. Transformace účastníka řízení je jistě jeho právem; pokud však výkon práva slouží k újmě jiného nebo společnosti, jde o chování jenom zdánlivě povolené. Nástupnická společnost po svém předchůdci – porušiteli soutěžního práva – je zvýhodněna tím, že jsou jí ponechány výhody dosažené v důsledku protiprávního chování jejího předchůdce, které nejsou ani částečně odčerpány formou správní pokuty (nástupce se brání, že jemu nemůže být pokuta udělena, protože on se ničeho protiprávního nedopustil). Tím ovšem je tomuto nástupci zjednána (dokonce pomocí rozhodnutí soudu) neoprávněná soutěžní výhoda, která narušuje soutěž ve vztahu ke konkurentům, kteří z výhod protiprávního chování těžit nemohou. Poškozena je tak nejen soutěž a veřejný zájem na její existenci a ochraně, vyjádřený ve zvláštním zákoně; poškození jsou z hlediska ekonomické analýzy práva nepřímo i spotřebitelé také tím, že porušitelem práva způsobená újma není kompenzována odvodem pokuty do státního rozpočtu, z jehož zdrojů by se jinak prostředky ve výši zaplacené pokuty přerozdělováním staly nepřímo i součástí příjmů spotřebitelů.

Smyslem práva na provádění organizačních změn a restrukturalizací podnikatelských subjektů zcela jistě není možnost vyhnout se odpovědnosti za porušení práva. Právo přece musí být vykonáváno v souladu s veřejným zájmem⁹⁰⁴, tedy i v souladu s veřejným zájmem na existenci nenarušeného soutěžního prostředí, s nímž je v přímém rozporu bonifikace právního nástupce porušitele soutěžních

⁹⁰³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 Afs 107/2004-48, ze dne 10. 11. 2005.

⁹⁰⁴ Srov. § 2 odst. 3 správního řádu. Pokud neexistoval takový explicitní příkaz v předchozím zákoně č. 71/1967 Sb., a v zákoně o ochraně hospodářské soutěže, podle nichž proběhlo řízení o tzv. „benzinovém kartelu“, jistě nelze seriózně argumentovat, že tento princip dříve neplatil, a že správní rozhodnutí dříve mohlo směřovat i proti veřejnému zájmu, resp. proti účelu zákona. To by bylo v příkrém rozporu se samotnou podstatou právní regulace.

pravidel tím, že mu jsou ponechány výhody dosažené předchůdcovou protiprávností, a nejsou ani částečně kompenzovány uložením pokuty, a to ani při plné ekonomické kontinuitě mezi porušitelem a jeho nástupcem.

Je nutno ohradit se proti zlehčování tzv. právně politické argumentace a poukazů na vhodnost či nevhodnost z hlediska společenské a hospodářské situace.⁹⁰⁵ Vždyť jde o smysl a účel zákona, a také o veřejný zájem – tedy o argumenty sice hodnotové, ale tím snad nikoliv méně právnícké – jsou to hlediska naopak navýsost právní, s nimiž navíc právo dokonce i výslovně počítá; hlediska jež patří k tradičnímu právně interpretačnímu instrumentáriu, a která jsou nadřazena argumentům úzce a formalisticky (bezhodnotově) juristickým. Argumentace smyslem a účelem zákona tedy argumentací právní je, a to argumentací prvořadou. Neobstojí tvrzení o jejím rozporu s platným právem – platné právo tuto hodnotovou argumentaci totiž v sobě zahrnuje. Argumentovat hodnotově (smyslem a účelem právní úpravy a zákazem jejího zneužití) tedy vůbec neznamená argumentovat *de lege ferenda* (dokonce v rozporu s platným právem) a nerozlišovat tyto dvě roviny⁹⁰⁶, ale znamená to právě naopak platné právo dodržovat, a nechávat je jen bezhodnotově formalisticky. Právě evropská judikatura v oblasti soutěžního práva je příkladně profilována hledáním smyslu a účelu velmi obecně formulovaných pravidel v kontextu konkrétních okolností případu.

Interpretačním problémem je použitelnost evropského práva na případ, který se řešil jen podle práva českého.⁹⁰⁷ Není vůbec spolehlivé argumentovat tak, že evropská judikatura může v případech, kdy se evropské právo neaplikuje, sloužit jen jako komparativní ukázka. Již před vstupem do EU byla ČR zavázána uplatňovat soutěžní právo integrálně s právem evropským na základě čl. 64 Asociační dohody. Dokonce Ústavní soud potvrdil ústavní konformitu výkladové praxe ÚOHS, vycházející z evropských soutěžních pravidel, která vycházejí ze stejných hodnot a principů, na nichž je založen i ústavní řád České republiky.⁹⁰⁸

Doktrína ekonomického nástupnictví se dokázala prosadit i v zemi se stejnou tradicí judikatury- na Slovensku. Protimonopolný úrad Slovenskej republiky rozhodl o ekonomickém nástupnictví⁹⁰⁹ i v delikttní odpovědnosti právě s odkazem na *účel a smysl* správného řízení. Primárním objektem právní ochrany není individu-

⁹⁰⁵ Srov. J. KINDL v cit. práci, str. 791.

⁹⁰⁶ Jak J. Kindl tamtéž, str. 790, vyčítá cit. článku R. Nerudy a L. Gachové.

⁹⁰⁷ Řízení o tzv. benzinovém kartelu bylo vedeno pouze pro porušení § 3 odst. 1 ZOHS, a nikoliv též o porušení čl. 81 SES, který nebyl v době údajně protisoutěžního jednání distributorů pohonných hmot součástí českého právního řádu.

⁹⁰⁸ Nález ÚS ČR ze dne 29. 5. 1997, č. III, ÚS 31/97 (případ *Škoda automobilová...*).

⁹⁰⁹ Rozhodnutie č. 2005/65/R/1/093 z 9. září 2005.

ální zájem jednotlivých soutěžitelů, ale veřejný zájem na ochraně soutěže a jejích funkcí. Výrazem veřejnoprávního aspektu ochrany je koncepce objektivního principu odpovědnosti. Úřad konstatoval, že pokud existuje nástupnická společnost, která od zaniknuvší společnosti nabyla hmotné a osobní složky podnikání, pokračuje v ekonomických aktivitách zaniknuvší společnosti a v účasti na hospodářské soutěži na daném trhu a ovlivňuje jeho fungování, je možné takovému nástupci přisoudit odpovědnost za protiprávní jednání jeho právního předchůdce a uložit mu sankci. Odpovídá to cílům ochrany hospodářské soutěže tak, aby jednání, které negativně ovlivnilo fungování trhu a mělo být potrestáno, nezůstalo nepotrestáno jen z důvodů organizačních či strukturálních změn na straně podnikatelů. V jiném typově podobném rozhodnutí⁹¹⁰ se konstatuje, že nepřisouzení deliktního nástupnictví v takových případech by znamenalo, že organizační a strukturální změny by mohly být způsobem, jak se zbavit odpovědnosti za porušení zákona. Nelze předpokládat, že právní úprava měla takový úmysl, a proto je potřebné tuto situaci řešit pomocí práva. Krajský soud v Bratislavě dne 7. 11. 2007 mj. uznal, že Úřad aplikoval test ekonomického nástupnictví správně.⁹¹¹

Účastníkům řízení by měly být dány jiné a legitimní možnosti, jak se vyhnout právnímu nástupnictví do deliktní odpovědnosti, nežli prováděním účelových a úhybných organizačních změn.⁹¹² Jsou to např. důkladný audit před akvizicí (*due diligence*), a dále záruky, že po spolehlivou dobu prodávající subjekt nezanikne; samozřejmě by měly být záruky, že ev. protiprávní jednání bude k okamžiku akvizice ukončeno.

Obecně se projevuje v jednotlivém. Nelze odbýt principiální problém pouze tím, že v tomto konkrétním případě tzv. „benzinového kartelu“ byly okolnosti natolik specifické, že „evropská“ koncepce ekonomického nástupnictví nepřichází v úvahu. I kdyby tomu tak (třeba z procesních důvodů) bylo (pokud by se třeba NSS přiklonil k neaplikovatelnosti evropského práva a setrval by u kategorického dělení rozhodnutí na rozhodnutí *in rem* a *in personam*), latentně bude onen zásadní princip stále neřešen.

Je jasné, že nemusí být věrohodné akademicky vyzývat soud k odvážnějšímu a smysluplnějšímu rozhodování a k příklonu k doktríně ekonomického nástupnic-

⁹¹⁰ Rozhodnutie č. 2006/DZ/R/2/055 z 12. 5. 2006.

⁹¹¹ Srov. www.antimon.gov.article.aspx?c=432&a=2856. Nic na tom podle mého soudu nemění okolnost, že dotyčné řízení bylo na Slovensku vedeno již po jeho přistoupení k EU, a pro porušení nejen slovenského práva, ale i čl. 82 SES. Což smysl a účel slovenského (a jakéhokoliv jiného národního) práva na ochranu soutěže spočívá v tom umožnit jeho porušiteli vyhnout se sankci pouhou organizační změnou?

⁹¹² Jak se navrhuje v cit. Chandlerově práci, str. 71.

tví. Na druhé straně setrvání u rigidního a formalistního přístupu může vést kdykoliv v budoucnu nejen k pocitu právní absurdity a nespravedlnosti, ale i k rozporu s evropským právem.

Nemyslím, že je nezbytně nutné zavádět zvláštní právní úpravu⁹¹³, která by výslovně stanovila právní nástupnictví do povinnosti zaplatit pokutu (z toho důvodu, že takové nástupnictví prosazuje *jen* judikatorní doktrína), aby se překonala mechanistická aplikace jiné – též nikde nepsané (ale – pravda, o něco starší) doktríny dělby rozhodnutí na rozhodnutí *in rem* a rozhodnutí *in personam*.

Dobré důvody, které vedly k vývoji a zpřesňování doktríny ekonomického nástupnictví do deliktní odpovědnosti v evropském právu, jsou úplně totožné i v případech, kdy právo evropské není dotčeno. Jsou v souladu s právně politickým hodnocením, odpovídají smyslu a účelu zákona, jakož i potřebě spravedlnosti, a jsou i ekonomicky podložené. Vedou k rozhodování podle zdravého rozumu, a brání rozhodování protismyslnému a absurdnímu, které se odcizuje vlastnímu smyslu a účelu práva.

Nicméně – vzhledem k rigidnější české veřejnoprávní judikatorní kultuře, jíž by (ani při rozhodování o pokutách za porušení výlučně českého, a nikoliv i evropského práva) nemusel stačit odkaz na nutnost rozhodovat v souladu s veřejným zájmem⁹¹⁴ – explicitní zákonnou úpravu právního nástupnictví soutěžitelů jsem navrhoval⁹¹⁵ jako účelné řešení. V mezidobí se do textu zákona prosadila.⁹¹⁶

⁹¹³ Typu úpravy v § 57 odst. 3 a 4 zákona č. 337/1992 Sb. v platném znění (o správě daní a poplatků), kde se stanoví, že daňová povinnost vzniklá před smrtí fyzické osoby přechází na dědice, a že daňová povinnost zaniklých právnických osob přechází na jejich právní nástupce.

⁹¹⁴ Podle § 2 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb. (správní řád).

⁹¹⁵ BEJČEK, J. *Veřejný zájem, procesní nástupnictví a spravedlnost aneb „fiat lex (in stricto nonsensu), pereat iustitia?“* Právní rozhledy 2008, č. 12.

⁹¹⁶ Srov. § 21a odst. 4 ZOHS ve znění zák. č. 155/2009 Sb. (tzv. sedmé novely). Otázka právního nástupnictví je tak vyřešena na úrovni zákona, a nikoli jen judikatury. Pokud podle současné úpravy právnická osoba podezřelá z jednání v rozporu se ZOHS zanikne, vede se řízení s jejími právními nástupci.

14. ZÁVĚR

14.1. SHRNUTÍ

Kromě dílčích závěrů obsažených v jednotlivých kapitolách tohoto dílčího pracovního pojednání, jež není nutné proto opakovat, připojuji několik obecnějších poznatků a hodnocení, jichž se práce dobrala. Její příspěvek do jinak velmi bohatě strukturované diskuse mohl být jen nepatrný a dílčí. Nerovnoměrná musela být i pozornost věnovaná vybraným problémům; některé jsou probírány do větší hloubky a s praktickými implikacemi, jiné jsou jen načrtnuty, a k řadě otázek jsem se nedostal vůbec.

Právě v oblasti kontroly fúzí, již se zabývám v práci nejvíce, se prokázala vhodnost orientace na transparentní, účinnou a efektivní kontrolu podle homogeních pravidel v rámci ECN, jež zvládá tradiční rozdíly mezi různými úpravami národními.⁹¹⁷

Výše hodnocené Nařízení 1/2003 ve spojení s Nařízením 139/2004 výrazně ovlivnily eurokonformitu rozhodování českého ÚOHS a českých soudů v soutěžních věcech. Provedená analýza dokumentovala i zásadní kompatibilitu rozhodování českých orgánů s interpretačními a doktrinárními východisky evropského práva. Vlivům odvětvově politických tlaků musí přirozeně čelit každý orgán rozhodující o spojení soutěžitelů; korektní metodologie a spolupráce v rámci ECN pomáhá těmto tlakům čelit. Důvodem k rezignaci na prosazování transparentních hledisek v zájmu zachování účinné soutěže není ani okolnost, že v řadě případů z posledních let zvítězily národně egoistické zájmy velkých zemí, prosazujících svoje „národní šampióny“. To by spíše mělo být motivem právě k postoji o to angažovanějšímu.

⁹¹⁷ Srov. McNUTT, P. A.: *Law, Economics and Antitrust, Towards a New Perspective*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2005, str. 337 a násl.

14.2. NĚKTERÉ AKTUÁLNÍ PRÁVNĚ RELEVANTNÍ VÝZVY HOSPODÁŘSKÉ KRIZE V OBLASTI ANTITRUSTU

14.2.1. KRIZE REGULACE V KRIZI?

V souvislosti s finanční a následnou hospodářskou krizí, která v současnosti dominuje světu, se opět vrací otázka rozmývání hranic mezi soukromým a veřejným právem. Škodlivost státního paternalismu a dirigismu, oděného do právních forem reálného socialismu, je zřejmá. Na druhé straně selhání autoregulačních mechanismů v zemi s nejlépe organizovanými trhy ukázalo, že deregulace není též řešením. Možná nastává nová éra státního záchranného intervencionismu, který je doménou veřejného práva.

Dosud „módní“ deregulace se často zdůvodňovala třeba v oblasti fúzí a akvizic tak, že je potřebná, neboť posiluje globální tržní sílu velkých korporací.⁹¹⁸ Vedlo to ovšem k situaci, kdy je řada podniků (včetně finančních institucí, bank a pojišťoven) tak velkých, že je kvůli „dominovému efektu“ nebezpečné nechat je padnout (*too big to fail*). Smířlivá protitrustová politika posledních let v USA např. vedla v porovnání s posledními čtyřmi lety Clintonovy administrativy k poklesu šetření zabývajících se spojenými soutěžitelů o 60 % a počet fúzí napadených u soudu se snížil o 70 %, a byly schvalovány fúze dříve nemyslitelné (včetně fúzí ústíciích do monopolu) a fúze mezi přímými konkurenty s vysokými překážkami vstupu na trh.⁹¹⁹ Americké antitrustové právo, jež bylo v minulosti baštou proti zneužívání ekonomické síly, tuto funkci ztratilo a má indiferentní pohled na vylučovací strategie dominantů, které nic nepřinášejí spotřebitelům. O antitrustu se obecně uvažuje jinak, např. postih pro vykořisťovatelské zneužití excesivní cenou je třeba „hledat s lupou“ – platí heslo „*trust business, not antitrust*“.⁹²⁰

Přitom globalizace a nebyvalé rozšiřování a propojování dříve relativně samostatných národních trhů do vyšších celků vyžadují stejnorodé podnikatelské prostředí a jednotné standardy chování, které se dají nejnáze zavést právě prostředky práva veřejného. Globální charakter krize znamená iluzornost (možná až kontra-produktivnost) pokusů národních států o její zvládnutí. Národní „záchranné balíčky“ a ústup do „národních ulit“ je cestou k záhubě; snad zapůsobí poučení z vel-

⁹¹⁸ Srov. SOARES, A.: „*National Champions*“ *Rhetoric in European Law*, World Competition 2008, 31 (3), str. 367.

⁹¹⁹ KOHL, H., v anketě mezi specialisty pod názvem: *Perspectives on the Future Direction of Antitrust*, Antitrust, Vol. 22, Nr. 1, Summer 2008, str. 25.

⁹²⁰ FOX, E.: tamtéž, str. 23.

ké krize 30. let. Propojenost ekonomik řady zemí a hrozba dominového efektu (jeden padnuvší stát může strhnout druhé) přímo volá po koordinovaném mezinárodním postupu.

Výrazně proto vzrostla právě důležitost práva na ochranu hospodářské soutěže. Z podobných důvodů se nesmírně rozšířila a prohloubila právní úprava kapitálového trhu, kolektivního investování, bankovního a pojišťovacího práva, ochrany spotřebitele, ochrany duševního vlastnictví, a to v zásadě s posílením veřejnoprávních prvků regulace.⁹²¹

I v oblastech obchodního práva tradičně ovládaných zásadou autonomie smluvní vůle a smluvní svobody dochází k průniku zásahů veřejnoprávního charakteru, které mají ponejvíce za cíl chránit slabšího účastníka vztahu (spotřebitele, drobného investora, minoritního akcionáře apod.), ev. zvýšit všeobecně právní jistotu a zabránit zneužití postavení silnější strany a předcházet kriminalitě. Ztožňují se s hypotézou, že v soukromém právu dochází v poslední době ke značné „publicizaci“ (k prostupování zejména obchodního práva veřejnoprávními prvky) a že tento vliv práva veřejného spíše sílí mj. i tím, že roste intenzita státního dozoru vykonávaného státními orgány nového typu, tzv. nezávislými správními (zčásti „kvazijustičními“) orgány.⁹²²

Může zejména ožít otázka legalizace tzv. „strukturálních kartelů“ v reakci na krize.⁹²³

Je reálná ještě vyšší shovívavost a liberálnost při posuzování fúzí. Tzv. záchranné fúze (nejen bank) dneška mohou být danajským darem zítřka, protože banky potom budou ještě větší na to, aby „směly padnout“. Přitom antitrustové právo není schopno být pojistkou proti fúzím bank do této velikosti, přinášející multiplikační (dominový) krizový efekt do dalších odvětví a do celé ekonomiky.⁹²⁴ Kritériem schválení nebo nepovolení fúze je vliv spojení na soutěž, a ne absolutní ekonomická velikost spojených subjektů a potenciál dopadu zániku této korporace na ekonomiku.

⁹²¹ Srov. PELIKÁNOVÁ, I.: *Úvod do srovnávacího práva obchodního*, C. H. Beck, Praha 2000, str. 6.

⁹²² Tamtéž, str. 27–28, 45.

⁹²³ Dříve se kartely označovaly jako „děti nouze“ a nástroj k přežití nouze, později jim slušelo spíše označení „děti chamtivosti“; dnes by se pod tlakem krize snad měly posuzovat shovívavěji a opět by se mohly vracet jako „děti nouze“ pod heslem „kartelizace je nutná“ a se zdůvodněním, že bez ní nelze přežít, zajistit pracovní místa zaměstnancům, ergo též kupní sílu obyvatel a přežití dalších subjektů na této kupní síle závislých, atd., atp.?

⁹²⁴ Srov. FOER, A.: *Preserving Competition After the Banking Meltdown*, Global Competition Policy (American Antitrust Institute), Release one, December 2008, str. 6.

Pod heslem „*too big to fail*“ („příliš velký, než aby se mohl nechat padnout“) se mnohdy propaguje vynětí velkých korporací z tržního autoregulačního mechanismu včetně úpadku a vynuceného odchodu z trhu pro neschopnost se na něm udržet za normálních podmínek. Je to zhoubné, a je to forma přiznání, že tržní autoregulace nestačí, a že je na takové „velké“ nezbytné působit jinými regulačními nástroji.

V této souvislosti vynikne krátkozrakost politiky „národních šampionů“ příliš velkých na to, aby padli. Jsou-li tedy některé podniky „*too big to fail*“, nejsou současně „*too big to stay*“? Je přitom nutné uvážit, že v podstatě arbitrární tvrzená hranice „přílišné velikosti na to, aby se podnik mohl nechat padnout“, není v žádném zjištěném vztahu k velikosti, v níž onen podnik možná získá tržní moc (což je pojem kvalitativní a k velikosti obratu nebo podílu na trhu má jen volný vztah). Obdobně to platí o zákonem stanovených hranicích zásahu antimonopolních úřadů ve vztahu k povinnosti požádat o povolení fúzí – „příliš velký na padnutí“ nemusí být nutně a vždy dost velký na to, aby se fúze musela projednávat před antimonopolním úřadem. Proto prostředky antitrustového práva nemusejí v takových případech být vůbec použitelné.

Nedbalá a krátkozraká regulatorní práce v případě ekonomické krize a tzv. záchranných fúzí jako reakce na ni nesporně hrozí. Vždyť i proces schvalování dobře připravené fúze trvá řadu měsíců, ale v krizi se pomocí vynucených fúzí pod tlakem „zachraňovalo“ během pár dnů – v USA se píše o „*weekend mergers*“.⁹²⁵ Otázka potom je, zda jsou fúze (podle zákonných kritérií jinak protisoutěžní) zdůvodnitelné a přípustné proto, že mohou mít přínosy pro efektivnost kapitálového trhu. Jednou vznikuvší finanční síla se sotva ztratí. Možnost později dekoncentrovat (*unscramble the eggs*) je jen hypotetická.

Antitrust byl vždy dobrou náhradou za regulaci, protože zabezpečoval soutěž, a kde je soutěž, není regulace potřebná.⁹²⁶ Přitom ovšem „dominový efekt“ pádu řady bank, který by hrozil bez záchranné fúze, by přivodil takovou škodu ekonomice a v konečném důsledku spotřebitelům, že se do procesu posuzování takových fúzí nutně dostávají mimosoutěžní (soutěžně politická) kritéria, s nimiž zákon nepočítá.

Nezbytné je zajištění dlouhodobé soutěžeschopnosti ekonomiky i v období krize; překonání krize (a to často nesystémovými a „umělými“ prostředky) nelze obětovat konkurenci na trhu jakožto základní funkční předpoklad rozvoje a udržení chodu zdravé ekonomiky po překonání krize.

⁹²⁵ Tamtéž, str. 8.

⁹²⁶ Srov. EDLIN, A., S.: práce KOHL, H. cit. výše, str. 22.

Dodržování pravidel proti narušování soutěže rozhodně krizi nezpůsobilo a ani k ní nepřispělo. Postupy proti soutěži prodlužují ekonomické potíže a působí proti hospodářskému oživení. Záchranná opatření musejí být v souladu s dlouhodobými cíli. Dnešní řešení by se neměla stát zítřejšími problémy. Neměla by snižovat počet účastníků na trhu a zvyšovat bariéry vstupu, neměla by diskriminačně snižovat konkurenceschopnost jedněch ve prospěch druhých (např. neparаметrickou podporou oněch druhých). Zejména by se měla aplikovat standardní kritéria pro posuzování fúzí a tzv. záchranné fúze by měly splnit přísné testy kladené na *failing firm defence*. Každá krize je totiž dočasná, zatímco omezení soutěže může trvat velmi dlouho, a nebo dokonce může být nevratné.⁹²⁷

14.2.2. SOUTĚŽNÍ POLITIKA JAKO „NADREGULÁTOR“ REGULACE

Ještě zcela nedávno jsme byli i v EU svědky velké vlny deregulací, a navíc okrajování antitrustových zákonů. V USA byly de facto legalizovány vertikální cenové dohody⁹²⁸, jsou povolovány fúze do monopolu (i u nás se objevila jakási paralela⁹²⁹); v USA již nejsou antitrustové zákony bariérou proti megafúzím na trzích s vysokými překážkami vstupu. Potenciální vstup na řadu trhů je pouhou chimérou, vylučují se fúzemi malí konkurenti, což nevratně degraduje soutěž za cenu pouhých příslibů o „velkých přínosech“ fúze.⁹³⁰ Přitom ovšem v oblasti antitrustu bude přísnost (více a hlubší regulace) nebo shovívavost (spoléhání na autoregulaci) v konečném důsledku záviset více než na psaných zákonech na obsazení rozhodujících míst v příslušných institucích podle politického (tedy v důsled-

⁹²⁷ K tomu srov. Competition Policy and Financial Crisis (Lessons learned and the Way Forward) – A joint report by the Nordic competition authorities, Report from the Nordic competition authorities 2009, No 1, September 2009, str. 58–63; dostupné na <http://www.kilpailuvirasto.fi/tiedostot/Competition-Policy-and-Financial-Crises.pdf>.

⁹²⁸ Srov. rozsudek US Supreme Court v případě *Leegin v PSKS Inc*, z 28. 6. 2007; rozbor a komentář viz BEJČEK, J.: *K důvodnosti automatického zákazu vertikální cenové fixace*, Právník 2008, č. 8, str. 825–854.

⁹²⁹ Úřad pro ochranu hospodářské soutěže povolil svým prvostupňovým rozhodnutím ze dne 19. března 2009 spojení soutěžitelů AGROFERT HOLDING, a.s. a Agropol Group, a.s. Je však pravda, že negativní dopad na soutěž byl zmírněn tím, že souhlas se spojením Úřad podmínil splněním několika strukturálních závazků ve prospěch zachování účinné hospodářské soutěže, které účastník řízení před vydáním rozhodnutí přijal.

Blíže viz <http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/fuze-agrofert-agropol-povolena-s-podminkami/>.

⁹³⁰ Srov. FOX, E. v cit. práci, str. 23.

ku hodnotového) klíče – jak známo, jednoduchá odpověď na otázku, zda protitrustové právo přinese více škody nebo užítku je, že to opravdu nevíme.

O protitrustové politice se diskutuje obvykle z hlediska teorie a filosofie, a ne na základě důkazů o jejím ekonomickém dopadu.⁹³¹ Moudré je konstatování potvrzené zkušeností, že trh není soutěžní coby hypotéza nebo konstrukce, ale soutěžním se teprve *stává*; pravidla soutěže je nutno vytvořit, objeví se instituce, které vymezí hranice individuálních vzorců chování.⁹³² Zbožštění „neviditelné ruky trhu“ je v podstatě ideologizací věcné debaty a bezobsažným líbivým heslem, pokud nebere ohled na původní kontext, v němž jej Adam Smith použil; předpokládá nutnost fungujících společenských pravidel a norem, až při jejichž dodržování onen trh něco „zmůže“. Příznačné je, že v době A. Smitha se ekonomie ještě jmenovala „morální filosofie“, a byla hlouběji a intuitivněji hodnotově zakotvena nežli dnešní ekonomie.⁹³³

Je též možné pozorovat v rámci „krize soudnosti“ tlak na suspendování střízlivého přístupu k soutěžně, ekonomicky (z hlediska dlouhodobé strategie) i právně politicky nepřijatelným podporám lobbisticky zdatných výrobců (odvětví) z veřejných zdrojů („šrotovné“), jakož i nejrůznější snahy prosadit či zachránit se za cenu různých forem podbízení se ze zdrojů soukromých. Výzvou je např. posoudit, zda diskriminační z hlediska soutěžně právního může být takové jednání, jímž monopolista či dominant poskytuje určitou dobrovolnou výhodu jen vybraným subjektům na odlišném relevantním trhu.⁹³⁴

⁹³¹ Podobně WHITENER, M. D.: *Editor's Note: The End of Antitrust?*, Antitrust, Vol. 22, Nr. 1, (Fall 2007), str. 1.

⁹³² BUCHANAN, J.: *What Should Economist Do?*, Indianapolis, IN, Liberty Press, 1979, cit. podle PERA, A.: *Changing Views on Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law*, European Competition Journal, 2008, Vol. 4, 1, str. 130.

⁹³³ Srov. NIELS, G.: *The economist in court: guilty of theories that don't fit the facts*, Competition Law Review, 2007, Vol. 6, 4, str. 361.

⁹³⁴ ČEZ poskytovaly (podle zpráv v médiích – např. LUŇÁKOVÁ, Z.: *Šrotovné na pračky šetří antimonopolní úřad*, Hospodářské noviny z 16. 4. 2009, str. 13, 15) v rozporu se svým úzkým ekonomickým zájmem na vyšší spotřebě elektřiny tzv. „ledničkovné“ (příspěvek na nákup úspornějších ledniček), které však mohou spotřebitelé uplatnit pouze v dominantem vybraných obchodních řetězcích. Otázkou je rozsah této diskriminační podpory na úplně jiném trhu a ev. i jiný hlavní (marketingový) cíl ČEZ, jenž má navíc čistě ekonomicky zájem spíše na energeticky náročných spotřebitelích a spotřebičích... .

Porušování rovné soutěže protekcionismem, jež vedlo k prohlubování a zostřování velké meziválečné hospodářské krize, je dnes – zdá se⁹³⁵ – ztíženo politickým konsensem v rámci EU, který pokládá samostatné kroky národních států v tomto směru (jakýsi „reciproční nacionalismus“ jako řešení krize) za neúčinné až kontra-produktivní. Snaha o homogenní tržní a soutěžní prostředí v rámci EU a Evropského hospodářského prostoru, jejíž nezastupitelnou součástí je evropské soutěžní právo, je podle mého názoru pro překonání následků krize klíčová.

Nepříznivě zapůsobila např. snaha francouzského presidenta Sarkozyho na Lisabonské mezivládní konferenci v červnu 2007 zřít se při budoucích reformách smluvního systému EU „nezkreslené soutěže“ jakožto cíle Evropských společenství. Směřovalo by to evidentně k posílení odvětvově politických a národně egoistických změn na úkor hodnoty funkčního společného trhu, pro nějž je ovšem soutěž mezi podniky naprosto zásadní.⁹³⁶ Právní kontext, v němž se soutěžní právo aplikovalo po celá desetiletí, by byl ohrožen.

Role soutěžního práva jako dílčího cíle Společenství při vytváření společného trhu byla dosud zcela zásadní; jeho „tichá demontáž“ by proto mohla mít zcela zásadní účinky opačné. Podepsaná lisabonská smlouva pozitivisticky vzato na nutnost zachování soutěžního prostředí na vnitřním trhu prostě neodkazuje; přes úsilí komisařky pro soutěž bagatelizovat tuto změnu jako čistě sémantickou⁹³⁷ nelze vyloučit, že by mohla být (zejména v krizovém období) dobře použitelnou záminkou pro bujení národních egoismů a pro snížení soutěžního tlaku na společném trhu.

14.2.3. HYPERTROFIE EKONOMIZACE

Dá se vyzorovat „ekonomizace“ přístupu k chování silných hráčů na trhu, která pod pláštíkem krize umožňuje to, co by v normálních podmínkách bylo zne-

⁹³⁵ ...přes počáteční váhání zejména německé kancléřky Merkelové, která zprvu odmítala iniciativu Francie a Velké Británie na posílení ekonomicko-politických pravomocí Unie... srov. BECK, U.: *Krize jako šance*, Respekt 2009, č. 15, str. 74.

⁹³⁶ Naštěstí šlo jen asi o neuváženou (nebo možná i „uváženou“ jako „zkušební balonek“) politickou deklaraci, motivovanou snahou o zvýšení odvětvově politických a národně egoistických snah velkých států na úkor funkčního společného trhu. Na praxi národních ani komunitárních soutěžních úřadů a soudů se nic nezměnilo. Břítke odmítnutí těchto snah viz RITTNER, F.: *Der – unverfälschte – Wettbewerb: Grundlage und Ziel der EG*, WuW 2007, 10, str. 967.

⁹³⁷ WEITBRECHT, A.: *From Freiburg to Chicago and beyond: the first 50 years of European competition law*, E.C.L.R. 2008, 2, str. 88.

užitím tržní moci. (Téměř) vše prostupující ekonomické kalkulace se nevyhýbají ani právu. Zjišťují se tedy ekonomické náklady a přínosy v procesu uspokojování nejen ekonomických⁹³⁸, ale i právních voleb a vyvažuje se mezi nimi. Jako jedno z podpůrných a doplňkových kritérií je ekonomický přístup opodstatněný i v právu. Problém 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 (naštěstí!) předpokládat existence norem, které se prosadí i vzdor jejich ekonomické neefektivnosti.⁹³⁹

Ekonomizace práva je projevem liberalizačních (protikonzervativních) tendencí, jež se projevují nejen v akademické rovině, ale i v legislativě a právně aplikační praxi.⁹⁴⁰ 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 k naplnění ekonomického účelu regulace.⁹⁴¹ 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 soutěžního trhu, ale měly by místo toho být konečnými cíly 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 závalu a vlastně by nemělo vůbec být důležité.⁹⁴² Tento pohled je kontroverzní a není v Evropě zdaleka tak samozřejmě vítán, jako u velké části odborné

⁹³⁸ Srov. LEONI, B.: *Právo a svoboda*, Liberální institut, Praha, 2006, str. 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 v 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 nemožoucích a slabých, jejich sociální zabezpečení, apod., byť tyto nebudou ani dokonce rentabilní, ale čistě ztrátové. Napadají mně dva příklady podobné zřdnosti (z hlediska dnes převažujících společenských hodnot): starověké Sparty a (bohužel až příliš novověké) nacistické diktatury v Německu.

⁹³⁹ SCHÄFER, H. B., OTT, C.: cit. práce, str. 9.

⁹⁴⁰ Srov. k tomu též HURDÍK, J.: *Institucionální pilíře vývoje soukromého práva v dynamice vývoje společnosti*, C. H. Beck, Praha, 2007, str. 22 a násl.

⁹⁴¹ Podobnost tohoto směru s jednostranností marxistického materialismu a jeho učení o prvotnosti ekonomiky a odvozenosti základny je zarážející.

⁹⁴² PERA, A.: *Changing Views on Competition, Economic Analysis and EC Antitrust Law*, European Competition Journal, 2008, Vol. 4, 1, str. 143.

veřejnosti v USA. Určitá „amerikanizace“ přístupu k soutěžnímu právu nastala postupně a „plíživě“ zvýšením důrazu na používání ekonomických hledisek a analýz a též politickými deklaracemi funkcionářů Komise, aniž se ovšem změnil právní rámec soutěžního práva.⁹⁴³

Ordoliberalní tradice evropského soutěžního práva, ovlivněná německou kartelovou školou, se projevila v základním primárním právu EU: soutěžní režim je základním konstitutivním cílem Společenství, zakotveným v čl. 2 Římské smlouvy (SES). Dále jde o hodnotu, na niž se odvolávají další ustanovení SES (čl. 81 a 82), z nichž se dá dovodit, že přímým cílem soutěžního práva není ekonomická efektivnost a spotřebitelský blahobyt, ale zachování soutěžního procesu, jež k ekonomické efektivnosti a spotřebitelskému blahobytu dlouhodobě vede. Opětovně zdůrazňují, že spotřebitelský blahobyt je tedy chráněn nikoliv jako přímý objekt ochrany, ale nepřímým 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: narušení nebo vyloučení soutěže jako procesu (výměnou za dílčí a krátkodobé spotřebitelské přínosy) může poškodit růst a inovativnost, a tím i spotřebitelský blahobyt. Antritrust není jen jakousi součástí práva na ochranu spotřebitele; jeho cíle jsou makroekonomické⁹⁴⁴.

Krátkozraká ekonomizace⁹⁴⁵ je nebezpečná zejména právě v oblasti fúzí a akvizic, protože může nenapravitelně narušit nebo zničit strukturální základy zdravého a funkčního soutěžního prostředí. Jak konstatovala evropská generální advokátka⁹⁴⁶ v jednom konkrétním sporu, soutěžní pravidla obsažená v primárním evropském právu nebyla zamýšlena jen aby primárně chránila bezprostřední zájmy individuálních soutěžitelů a spotřebitelů, ale aby chránila strukturu trhu, a tím soutěž jako

⁹⁴³ Srov. WEITBRECHT, A.: cit. práce, str. 85.

⁹⁴⁴ Odhlédneme-li od skutečnosti, že jeho společenské dopady díky funkční soutěži jsou navíc širší, a tedy nejen ekonomické... .

⁹⁴⁵ 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 výborem 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).

⁹⁴⁶ Vyjádření Generální advokátky Kokkot v případě C-95 /04 P *British Airways v Commission* z 23. 4. 2006, bod 86.

takovou (jako instituci). Tak jsou nepřímou chráněni i spotřebitelé. Tam, kde je narušena soutěž, je nutno se obávat nevýhod pro spotřebitele.⁹⁴⁷

Zejména tendence ke koncentraci, zdůvodňované účastníky jako tzv. „obrana před krachem“, musejí být velmi pečlivě analyzovány a identifikovány⁹⁴⁸, neboť mohou být i záminkou, jak využít krizi k posílení tržní moci a poškození soutěže a spotřebitelů. A Evropská komise se ve skutečnosti nikdy nepřestala řídit myšlenkou, že funkční soutěž má vztah k určité struktuře trhu, která ji neznamená.⁹⁴⁹

Poučení z historie dokazuje, že faktické pozastavení působnosti soutěžního práva může vést k řízené kartelizaci a prodloužit o léta negativní dopady hospodářské krize.⁹⁵⁰ 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 zanedbané péče o strukturu trhu) čeká nové uspořádání finančního sektoru, který je tak důležitý pro kapitalistický systém, že se i politicky uznává nutnost zvláštního zacházení⁹⁵¹ (multiplikační dominový efekt, analogie klíčových prvků ekosystému, který se při jejich zhroucení rozpadá⁹⁵²). V EU se

⁹⁴⁷ 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.

⁹⁴⁸ 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/>.

⁹⁴⁹ Podobně PERA, A.: cit. práce, str. 159.

⁹⁵⁰ Srov. NERUDA, R., BOUČEK, M.: *Působení a role antimonopolních institucí v období ekonomické krize z hlediska soutěžního práva*, Infolist ÚOHS 2009, č. 3, str. 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.

⁹⁵¹ Politickým spouštěčem byl projev amerického presidenta 17. 6. 2009 – srov. APPELBAUM, B.: *Obama Defends Financial Overhaul*, The Washington Post, Thursday, June 18, 2009, str. 1, A14.

⁹⁵² Srov. FOER, A., cit. práce, str. 3–5.

výzva přijímá⁹⁵³ – 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. Nemám 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.

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? Některé příklady v práci uváděné dokumentují⁹⁵⁴, 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 „antitrustový fundamentalismus“ (vzývání funkční soutěže za všech okolností a za každou sociální cenu) není všeobecným řešením a reálným východiskem ve všech situacích a fázích společenského vývoje.

14.2.4. NESTABILNÍ SYSTÉM SLAĎOVÁNÍ TRVALE SE MĚNÍCÍCH ZÁJMŮ

Při vši úctě k zákonu není radno podléhat iluzi, že v oblasti spojování soutěžitelů je zákon jedinou a účinnou (pokud již věříme, že je hlavní) korekcí soukromých zájmů na fúzích. Jako memento zní Galbraithův postřeh, že „jestliže je podnik již velký, nemá žádný praktický důvod mít strach z ustanovení proti fúzím... ale protitrustové zákony jsou součástí amerického folklóru.“⁹⁵⁵

Vymanit se z „právního romantismu“ napomůže i Etzioniho již uvedený postřeh, že přímá či zprostředkovaná politická moc konkurentů může ovlivnit sou-

⁹⁵³ Srov. HÁJKOVÁ, K.: *Předsednictví končí úspěchem*, Hospodářské noviny z 16. 6. 2009, str. 8.

⁹⁵⁴ 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, Oxford 2003, str. 418 a násl.

⁹⁵⁵ Cit. podle MERTLÍK, P.: *Antimonopolní funkce vlády v procesu ekonomické reformy*, Politická ekonomie 2003, 2, str. 163.

těžní prostředí účinněji než tržní moc, neboť ti si mohou (v určitém rámci – pozn. JB) vytvořit pro sebe komfortní právní prostředí včetně antitrustové regulace.⁹⁵⁶

Posuzování fúzí je vysoce odborná, technicko-ekonomicky náročná záležitost, která navíc hraničí s prognostikou. Při přirozeném spojení s konfliktními politickými a dalšími mimosoutěžními hledisky a zájmy a s obvyklým tlakem na rychlost rozhodování je to pole, v němž se argumenty různého druhu a různé úrovně dají dobře využívat k zamaskování skutečných cílů a motivů jakéhokoliv rozhodnutí.

Pokud jde o konflikt mezi národními a nadnárodními úřady v rámci EU, je velmi dobře řešitelný pomocí platné úpravy. Nejde přitom jen o teoretickou možnost; v případě E.ON/Endesa (2006, cit. výše) byl zásah proti národnímu protekcionismu účinný.⁹⁵⁷

Konflikty mohou být i v rámci Komise, zejména o hodnotové pojetí kontroly fúzí (o širší nebo jen ryze ekonomický přístup). Některé velké členské státy mohou ovlivňovat „svoje komisaře“, aby prosazovaly schválení takových spojení, u nichž převažuje ekonomický a politický národní nebo odvětvově sektorový zájem nad hledisky zachování účinné soutěže na komunitárním trhu. Spojení těchto hledisek se zřeteli ideologickými (hodnotová orientace národní vlády a příslušného komisaře) nemůže zůstat bez vlivu na výsledek rozhodnutí Komise. Systémovou pojistkou proti hypertrofii politické vůle je možnost soudního přezkumu rozhodnutí. Soud prvního stupně Komisi po roce 2000 několikrát⁹⁵⁸ zrušil její rozhodnutí a cesta soudního přezkumu se stala reálnou součástí v procesu vyvažování zájmů dotčených při fúzi.

Kontrola fúzí jako by ztělesňovala veškeré rozpory obsažené v regulaci ochrany soutěže. Za běhu věcí a v konkrétních politicko-ekonomických kontextech se kladou otázky, jejichž řešení není neutrální a nestranné, ale jako obvykle je podloženo konkrétními okolnostmi a dopady. Míra svázanosti antitrustových úřadů pevnými pravidly nebo jejich nadání možností uvážení je jedním z takových problémů. Zapojení mimosoutěžních kritérií do rozhodování může být jakkoliv přesvědčivě teoreticky zpochybňováno, ale jejich vliv na konečné rozhodnutí dost dobře popírat nelze.

Komise se stala skutečným prosazovatelem soutěžního práva jakožto nástroje sjednocování evropského hospodářského prostoru a fungování jednotného trhu. To by nebylo bývalo možné, kdyby zůstala kontrola spojení (jakožto nejpraktičtějšího a strukturálního nástroje této politiky) v rukou národních soutěžních úřadů nebo

⁹⁵⁶ ETZIONI, A.: *Morální dimenze ekonomiky*, Victoria Publishing, Praha 1995. str. 185.

⁹⁵⁷ CINI, M., MCGOVAN, L.: cit. práce, str. 153.

⁹⁵⁸ Srov. případy *Airtours/First Choice*, *Schneider/Legrande*, *Tetra/Laval*.

dokonce jednotlivých vlád. Vytvoření zvláštního režimu „evropských fúzí“ a systém přenosu a sdílení působnosti jednotlivých antitrustových úřadů jsou pokrokem oproti dřívějšímu stavu, nicméně se staly i zdrojem problémů a třecích ploch v takto zájmově exponované oblasti.

Politickou kontroverznost⁹⁵⁹ z kontroly fúzí si nelze odmyslet. Kvazifederální prvky v rozhodování o fúzích v EU (systém tzv. *referrals*) sice zajišťují systémovou možnost jednotného měřítka a jednotné politiky, ale obsahovou rozpornost a obsahová kritéria posuzování fúzí řešit nemohou. Samotná Komise se neuzavírá novým hlediskům (zčásti vnuceným soudní mocí v rámci soudního přezkumu, zčásti pod tlakem obchodníků, pod vlivem ekonomické doktríny, s ohledem na rozdílná kritéria uplatňovaná zejména v USA, apod.) podrobuje svoje rozhodování zpětné vazbě a průběžně mění a hodlá měnit jeho podmínky.⁹⁶⁰

Internacionalizace a globalizace, jejímž současným nepříjemným důsledkem byla rychlost a razance dopadu problémů jedné země na celosvětovou ekonomiku, zmenšila význam národních hranic a mnohdy se dá říci, že je z ekonomického hlediska naprosto bagatelizovala. Tlak na homogenizaci pravidel soutěže bude proto patrně stále silnější. I v rámci EU jsou národní antitrustové zákony podobné tak jako snad v žádné jiné oblasti regulace. Je nesporná snaha o sladění přístupů EU a USA k ochraně soutěže, byť je zřejmě v pozadí stávajících rozdílu i něco iracionálně (hodnotově) zakotveného.

⁹⁵⁹ Úvahy k této otázce srov. u CINI, M., MCGOVAN, L., cit. práce, str. 160.

⁹⁶⁰ Srov. např. dřívější diskusi uzavřenou přijetím Oznámení Komise o nápravných prostředcích, které jsou přijatelné podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004 a podle nařízení Komise (ES) č. 802/2004 (OJ 2008/C 267/01), nebo současnou diskusi o revizi samotného nařízení Rady (ES) č. 139/2004.

SUMMARY

The book deals with selected essential problems of competition policy and competition law in Czech and European context with special regard to merger control as the core of competition policy.

First part analyzes conflict of goals in competition law. For competition policy is a mere policy, it must therefore be opportunist from time to time by its definition. Opportunism may, however, be an exception rather than a rule. Latest developments in European competition law (towards „economization“ of the assessment of competitive behavior and market structures), pursued by Czech law with a certain time lag, indicate a certain risk that sector-specific and topical (albeit possibly short-term) economic benefits, which are fairly easy to quantify and which may temporarily appear to be favorable for the consumers, may suppress the former emphasis on a more general and more long-term rationality of competition support, whose benefits lie more in the future and cannot be quantified as easily as specific more short-term benefits for individual sectors.

The emphasis on the welfare of the consumer, increased for instance by specific measures introduced by industrial policy, may sound good but may be double-edged. This dubious effect of a temporary or permanent suspension of competition in the interest of consumers is best characterized by the classical statement that competition is the consumer's best friend.

The most general goal of cartel regulations is to strengthen and maintain the market economy through legal mechanisms ensuring free competition and restricting excessive economic power in situations where such economic power jeopardizes efficiency of competition (i.e., performance of its „functions“). Such regulations cannot stipulate what specific competition or business is to be protected or supported but can protect and encourage economic competition in general, as a social phenomenon and as a social value at the foundation of the economic system of a market-oriented society.

Following catalogue of goals and their conflicts is presented and commented: welfare (overall welfare, consumer welfare, welfare of producers, or a combination thereof); consumer protection; protection of small and medium-sized undertakings; protection of specific groups of manufacturers; support of market integration; economic freedom; fighting the inflation; honesty and fairness, equity; individual protection of undertakings; social concerns, in particular labor market protection; political reasons, including political freedom guarantees; environmental protection; strategic reasons for industrial and business policy; health, political and hygienic

reasons; aspects of energy, transport and other infrastructure policy; cost savings; technical development support; support to international competitiveness of domestic undertakings; cultural and political reasons.

Resultant conflicts between effective competition and other goals should be a fairly exceptional matter. Competition policy and competition law both have tools enabling them to grant such exemptions in case that a particular competition value is found to carry a greater importance than the value of workable competition. Competition policy is the best „industrial policy“. Healthy growth of companies in an environment protected against competition and deformed by aid or exemptions from the application of antitrust laws is an unlikely option.

Second part of the study describes the importance of the control of market concentration as the central part of competition policy and indicates the most important incentives of undertakings to merge. Some substitutive forms of cooperation (instead of mergers) are introduced.

Forms of merges are discussed in the third part. An excursus on protection of investors within the hostile and friendly take-overs as a kind of mergers is added.

Fourth part of the book pursues the fundamental and essential concept of gaining control in the merged entity. Strict position of potentiality is defended and some recommendations are given to the Czech legislature that have already been accepted in substantial extent in the meantime.

Substantive test related to mergers assessment is addressed in the fifth chapter. Different concepts of the „dominant position test“ and the SLC test and SIEC test are discussed and compared with regard to European and Czech legal regulation and practice. The change of the criterion of assessment will probably be important for the merger control on oligopolistic markets, whereas the markets closed to monopoly and fragmented markets with many competitors will be hardly affected with this change.

Very topical and controversial issue of economization of the competition law and applying of „more economic approach“ is discussed in chapter six. The artificial „either-or“ concept of per-se norms and rule-of-reason assessment is denied. The author concludes that rule-of-reason and per-se are nothing but two methods of deciding whether the restrictions of competition are „unreasonable“, i.e. whether anticompetitive effects will be or not outweighed by pro-competitive effects. „More economic approach“ and its impact on all parts of competition law (agreements distorting competition, abuse of dominant position, control of mergers) is discussed as well with special attention devoted to price discrimination. The study

tries to collect, compare and analyze opinions of the international professional community on economic methods in assessing mergers.

Special part (chapter 7) is devoted to the efficiencies and their relationship to the standard of assessment (price standard, consumer welfare standard, total welfare standard etc.).

Some topical issues of assessing mergers under the influence of other than competitive point of view are involved in the chapter 8. The position of antitrust law in terms of a kind of „supra-regulation“ over the particular industry regulation is pointed out. A realistic standpoint is articulated towards the political (or even ideological) background of the decision what operations or industries will be exempted from the market mechanism and subordinated to a special industry regulation.

Fundamental problems of mergers in high-tech industries are analyzed in chapter nine. There are undoubtedly some particularities of intellectual property rights that justify special and sensitive approach to the owners of intellectual property rights. On the other hand, there are some cases where the full enforcement of antitrust law is legitimate, regardless of whether intellectual property rights or common „normal“ tangible property rights are involved or not. There is a scepticism about whether high-tech industries require special rules and instead only some special facts are admitted to be taken into consideration; consequently, the predictions of future conduct may be inherently more difficult.

Concentration is usually and generally supposed to be a potential endangering of competition because it lowers the number of competitors and it changes permanently and irreversibly the market structure, thus jeopardizing the basic functions of free markets. As mergers may, however, bring important efficiencies resulting i.a. in a substantial drop of prices, faster pace of innovation, a higher output and consequently the consumer welfare, different points of view have to be harmonized in the process of pre-merger assessment.

Some special issues have to be taken into account in this proceeding, be it performed on the basis of so-called „market dominance test“ or of the test of „substantial lessening of competition, such as:

- high-tech markets are extremely innovative and innovative markets are very dynamic and unstable;
- there is very often an extraordinary need for cooperation among competitors in the markets with new technologies induced by the necessity of sharing the risk of innovations, combining complementary technologies and permitting economies of scale and scope;

- many questions connected with the new technologies raise concerns about the proper use or even appropriateness of classical antitrust normative tools – for example defining relevant markets is difficult enough under any circumstances, but it can become far more difficult in high-tech industries;
- barriers to entry connected in some areas with high sunk costs caused by enormous costs of research and development force the competitors to share these costs either in a cooperative way or in a structural way (in the form of a merger);
- tension between extremely high front-end investments and modest marginal copies of additional copies may lead to making use of leveraging effects on connected markets (network efficiencies) and to recouping the profits from these markets by merging with the firms incumbent on those markets (internalization of network efficiencies);
- so-called effect of consumer „lock-in“ has an important role in network industries as well;
- switching costs connected with the change of the recently used network can effectively protect from new market shares redistribution at the market;
- so-called „critical mass“ of transactions to be effective may be high and decisive for the success of the new technology or product and may lead either to aggressive pricing policy or /and to merging;
- network efficiencies are very often connected with new technologies and network externalities connected with a strong intellectual property protection potentially consolidate the market dominance; technological follow-up relations between different products and services in high-tech industries may lead to many attempts to leverage one firm's position on one relevant market to the other upstream- or downstream- market in order to enhance the possibility of strategic network effects („gatekeeper effect“).

Chapters 10 and 11 address problems of „national champions and global players“ from the point of view of topical approach of national antitrust authorities and the Commission. Strictly denying opinion of detrimental support of „national champions“ at the costs of undistorted competition is expressed.

Chapter 12 deals with a detailed analysis of the decision making practice of the Czech antitrust authority in the area of market concentrations. The study tries to analyze the impact of different external and internal factors influencing this process. Both qualitative and quantitative analyses are introduced. Joining the EU, introducing higher turnover thresholds and other substantial changes in the national regulation following the new European merger control regulation... these and other

factors caused a rapid decrease in the number of notified mergers in the Czech republic. The number of forbidden mergers was (similarly to the EU, in terms of per miles) negligible. Some generalized lessons are expressed as the result of an analysis of most important merger cases in the Czech republic, such as:

- the importance of viewpoints other than single market shares was increasing;
- Czech antitrust authority made several times use of the concept of „efficiencies“;
- the approach to behavioral obligations remained unsteady; pre-notification procedure was introduced etc.

Following chapter 13 is devoted to specific and very topical problem of legal succession in merger decisions. Some proposals are expressed how to change Czech antitrust law in order to protect some undertakings from avoiding the penalty imposed by the antitrust authority to the merging parties in a way they reshape themselves in the course of merger procedure. Some of these proposals became already part of the regulation; nevertheless one important case is still pending from the past and the Supreme Administrative Court has not decided yet.

Some general observations are expressed in the last chapter. A question is raised whether the regulation is in crisis in a time of contemporary economic crisis. A parole „too big to fail“ is criticized and the practice of hasty „weekend and rescue mergers“ as well. Short term oriented economic policy is considered to be possible „supra-regulator“ of the antitrust regulation. National protectionist preferences to be observed in the EU are very dangerous and should be strictly rejected similarly as the effort to exclude and withdraw competition from the list of main goals of the EU.

Hypertrophy of short-term economic criteria at the cost of competitive process is criticized as an unstable and non-transparent pseudo-system of harmonizing ever changing short-term interests instead of preserving the long-term interest on workable competition.

SEZNAM LITERATURY

- AFTER, M.: *Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle (SLC –Test versus Marktbeherrschende Stellung – eine Frage der Semantik?)* Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 2003
- ALESE, F.: *(Fore)closing the Gap: the Commission's Draft Non-Horizontal Merger Guidelines – a "response" to Simon Bishop*, European Competition Law Review (E.C.L.R.) 2008, 3
- ANONYMUS: *Antitrust and the Information Age: Section 2, Monopolization Analyses in the New Economy*, Harvard Law Review 2001, 51
- ANONYMUS: *Competition Policy and Intellectual Property Rights*, OECD Journal of Competition Law and Policy, 2001, Nr.2, Vol. 3
- ANONYMUS: *European Economy No 5/2001 – The efficiency defence and the European system of merger control, Reports and Studies*, European Commission, DG IV, 2001
- APELBAUM, B.: *Obama Defends Financial Overhaul*, The Washington Post, Thursday, June 18, 2009
- AREEDA, P., KAPLOW, L.: *Antitrust Analysis (Problems, Text, Cases)*, 5th ed., Aspen Law & Business, 1997
- ARMENTANO, D. T.: *Proč odstranit protimonopolní zákonodárství*, Liberální institut, Praha 2000
- BACKHAUS, K. – PILTZ, K.: *Strategische Allianzen – eine neue Form kooperativen Wettbewerbs?* Zeitung für betriebswirtschaftliche Forschung, Sonderheft 1990, Nr. 27
- BAER, W. J.: *Antitrust Enforcement and High-Technology Markets*, ABA, San Francisco, 12. 11. 1998, dostupné na www.ftc.gov/speeches/otherspat6.htm
- BAKER, J. B.: *Competition policy as a political bargain*, Antitrust Law Journal, 2006, issue 2
- BÄR-BOUSSIÈRE, B.: *Protektionistische Gefahren der U.S. – Fusionskontrolle*, Nomos, Baden-Baden 1996
- BARTH, U.: *Innovationsmärkte in der Fusionskontrolle*, Nomos, Baden –Baden, 2003
- BARTLING, H.: *Schlußfolgerungen aus Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie für die Wettbewerbspolitik*, WuW 1993, 1

- BASEDOW, J.: *Competition policy in a globalized economy: from extraterritorial application to harmonization*, in NEUMANN, M., WEIGAND, J. (eds.) *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar, Cheltenham 2004
- BASEDOW, J.: *Mehr Freiheit wagen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002
- BASEDOW, J.: *Regulierung und Wettbewerb in marktwirtschaftlichen Ordnungen*, Rechtspolitisches Forum 14, Institut für Rechtspolitik, Trier 2003
- BAVASSO, A., LINDSAY, A.: *Causation in EC merger control*, *Journal of Competition Law and Economics* 3, 2007, issue 2
- BAXTER, S., DETHMERS, F.: *Unilateral Effects Under the European Merger Regulation: How Big is the Gap?* *E.C.L.R.* 2005, 7
- BECK, U.: *Krise jako šance*, *Respekt* 2009, č. 15
- BECHTOLD, R.: *GWB*, Verlag C. H. Beck, München 1999
- BEJČEK, J.: *K pojmům kontroly soutěžního chování a ovládání*, *Právní rozhledy* 2004, č. 15
- BEJČEK, J.: *Princip rovnosti a ochrana slabšího*, *Právní fórum* 2004, č. 4
- BEJČEK, J.: *Veřejný zájem, procesní nástupnictví a spravedlnost aneb „fiat lex (in stricto nonsensu), pereat iustitia?“* *Právní rozhledy* 2008, č. 12
- BEJČEK, J.: *Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu*, *Právní fórum*, 2008, č. 5
- BEJČEK, J.: *Decentralizovaná aplikace a modernizace evropského soutěžního práva*, sborník XV. Karlovarské právnické dny, Linde, Praha 2005
- BEJČEK, J.: *Existenční ochrana konkurence*, MU Brno 1996
- BEJČEK, J.: *K důvodnosti automatického zákazu vertikální cenové fixace*, *Právník* 2008, č. 8
- BEJČEK, J.: *K zákonu o ochraně hospodářské soutěže po prvním roce jeho účinnosti*, *Právní rozhledy* 2002, 10
- BEJČEK, J.: *Mergers and New Technologies*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Hart Publishing/Beck, 2005, 7
- BEJČEK, J.: *Obchodní řetězce a právní problémy jejich činnosti*, *Obchodní právo* 2000, č. 1
- BEJČEK, J.: *Ochrana investorů při převzetí podniku*, in TICHÝ, L. (ed.): *Fúze a akvizice v českém, evropském a německém právu – Mergers and Acquisitions im tschechischen, europäischen und deutschen Recht*, Universitas Carolina (sborníky 31) – Juristische Fakultät Ludwig-Maximilians-Universität München, Praha 2007

- BEJČEK, J.: *Právní význam cenových vybočení*, Právník 2009, 6
- BEJČEK, J.: *Princip rovnosti a ochrana slabšího*, Právní fórum 2004, č.4
- BEJČEK, J.: *Principy odpovědnosti statutárních a dozorcích orgánů kapitálových společností*, Právní rozhledy 2007, č. 16
- BEJČEK, J.: *Spor o přínosy fúzí*, Právní fórum 2006, č. 2
- BEJČEK, J.: *The new Commercial Code of the Czech Republic*, The John Marshall Law Review, Vol. 30, No 3, 1997
- BELLAMY & CHILD: *European Community Law of Competition*, 5th edition, Sweet & Maxwell, London 2001
- BERRINGER, CH.: *Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht*, Verlag C.H. Beck, München 2004
- BIKKER, J.: *Competition and efficiency in a unified European banking market*, Edward Elgar Publishing, Ltd., Cheltenham 2004
- BISHOP, S., RIDYARD, D.: *Prometheus Unbound: Increasing the Scope for Intervention in EC Merger Control*, E.C.L.R. 2003, 8
- BISHOP, S.: *(Fore)closing the Gap: the Commission's Draft Non-Horizontal Merger Guidelines*, E.C.L.R. 2008, 1
- BISHOP, S.M., WALKER, D.: *The Economics of EC Competition – Concepts, Application and Measurement*, 2nd Ed., Sweet & Maxwell, 2002
- BLOOM, M.: *The U.S. and EU Move Towards Substantial Antitrust Convergence on Consumer Welfare based Enforcement*, Antitrust, Summer 2005
- BÖGE, U.: *Der more economic approach und die deutsche Wettbewerbspolitik*, WuW 2004, 7–8
- BÖGE, U.: *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Monopolkommission, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005
- BORK, R. H.: *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, New York, 1978
- BOTTEMAN, Y.: *Mergers, standard of proof and expert economic evidence*, Journal of Competition Law and Economics, 2006, 2(1)
- BOWMAN, W., S, Jr.: *Patent and Antitrust Law – A Legal and Economic Appraisal*, Chicago –London, 1973
- BRANDENBURGER, N., CAMERON, S.: *EU Merger Control – Developments in 2004*, Antitrust Report, Winter 2005
- BRANDENBURGER, N., O'REGAN, M.: *EU Merger Control – Developments in 2005*, Antitrust Report 2006, issue 2

- BROCK, J. W.: *Antitrust, the „relevant market“ and the Vietnamization of American merger Policy*, The Antitrust Bulletin, Winter 2001
- BROUWER, O., GOYDER, J., MES, D.: *Developments in EC competition law in 2007: an overview*, C.M.L.R. 2008, 45
- BUCHANAN, J.: *What Should Economist Do?*, Indianapolis, IN, Liberty Press, 1979
- BUNDESKARTELLAMT: *Diskussionspapier – Das Unteragungskriterium in der Fusionskontrolle – Markbeherrschende Stellung versus Substantial Lessening of Competition*, dostupné na internetové stránce www.bundeskartellamt.de/w.Deutsch/publikationen/,
- BUNDESMINISTERIUM FÜR WIRTSCHAFT UND TECHNOLOGIE: *„Wettbewerbspolitik für den Cyberspace“*, Bonn, 2001
- BURGSTALLER, M.: *Marktbeherrschung oder „Substantial Lessening of Competition“?*, WuW 2003, 7–8
- CASSIMAN, B., COLOMBO, M. G. (ed.): *Mergers and Acquisitions – The Innovation Impact*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006
- CINI, M., MCGOVAN, L.: *Competition Policy in the European Union*, 2nd Ed., Palgrave Macmillan, London 2009
- CLARK, R. C.: *Firemní právo*, Victoria Publishing, Praha 1992
- DAVIDSON, K. M.: *GPRA and the street light effect: counting enforcement actions affets how the FTC’s Bureau of Competition will enforce its competition mission*, dostupné na www.antitrustinstitute.org/archives/files
- DAVIES WARD PHILIPPS & VINEBERG: *Flash*, Montreal, 6. 12. 2005
- DĚDIČ, J. a kol.: *Obchodní zákoník, komentář*, Polygon, Praha 2002
- DĚDIČ, J., BUČKOVÁ, I.: *Právní úprava take-over v České republice*, Právní rozhledy 1999, 2
- DĚDIČ, J.: *Schutz der Aktionäre durch das Übernahmeangebot*, Sammelband IX. Karlsbader Juristentage, Linde, Praha 1999
- DEMETRIOU, M., GRAY, M.: *Developments in EC competition law in 2006: an overview*, CMLR 2007, 44
- DEMSETZ, H.: *Antitrust: Concepts Reasoning, and the U.S. Experience*, Institute of Economic Research, Malmö, 1994
- DENZEL, U., HERMANN, M.: *Der Leitlinienentwurf der Europäischen Kommission zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse: Post-Chicago Ansätze in Brüssel*; WuW 2007, Nr. 6

- DENZEL, U.: *Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA*, Nomos, Baden-Baden 2004
- DESELAERS, W., SEELIGER, D.: *Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse*, EWS 2008, 3
- DRAUZ, G., REYNOLDS, M. (Ed.): *EC Merger Control*, Richmond Law and Tax Ltd., 2003
- DRAUZ, G.: *Vorstellungen der EU – Kommission zur Reform der europäischen Fusionskontrolle*, in SCHWARZE, J.: *Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002
- DREHER, M., ADAM, M.: *Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law*, E.C.L.R. 2007, issue 4
- DREHER, M.: *Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Kartellrecht*, WuW 2008, 1
- DREXL, J.: *Kontrola fúzí v budoucím mezinárodním kartelovém právu*, in: TICHÝ, L. (ed.): *Fúze a akvizice v českém, evropském a německém právu*, sborník 31, UK, Praha 2007
- DUBOW, B., ELLIOT, D., MORRISON, E.: *Unilateral Effects and Merger Simulation Models*, E.C.L.R. 2004, 2
- DVOŘÁK, S.: *Kontrola spojování soutěžitelů*, C. H. Beck, Praha 2002
- DYKJAER-HANSEN, K., HOEGH, K.: *Succession of Liability for Competition Law Infringements with Special Reference to Due Diligence and Warranty Claims*, E.C.L.R. 2003, 5
- EASTERBROOK, F. H.: *Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks*, 76 Geo. L.J., 1987
- EBEL/FUNKE: *Fusionskontrolle beim Unternehmenskauf*, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2002
- EBENROTH, C. T. – SCHICK, M.: *Vertikale strategische Allianzen und Allianznetzwerke im Europäischen Recht*, EWS 1994, 7
- EHLERMANN, C. D., VÖLCKER, S. B., GUTERMUTH, G. A.: *Unilateral Effects: The Enforcement Gap under the Old EC Merger Regulation*, World Competition 28 (2), 2005
- EHLERMANN, C. D.: *The Contribution of the EC Competition Policy to the Single Market*, C.M.L.R. 1992
- EMMERICH, V.: *Kartellrecht*, 9.A., C. H. Beck Verlag, München 2001
- EPPLER, E.: *Was heute links ist*, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung. 10. Dezember 2006, Nr. 49

- ERB, T. A KOL.: *Konsequenzen der Globalisierung für die Wettbewerbspolitik*, Peter Lang GmbH, Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2000
- ETZIONI, A.: *Morální dimenze ekonomiky*, Victoria Publishing, Praha 1995
- FACEY, B. A., HUSER, H.: *A Comparison of Horizontal Merger Guidelines, in Canada, The European Union and the United States*, Antitrust, Fall 2004
- FASTRICH, L. S.: *Verlustausgleich und Haftung in Aktienkonzernrecht*, in TICHÝ, L. – ed.: *Entwicklung des Rechts der Handelsgesellschaften*, UK Praha 2002
- FAULL & NIKPAY: *The EC Law of Competition*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford 2007
- FAULL & NIKPAY: *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 1999
- FIALA, T.: *Výhody a rizika plynoucí pro podnikatelské subjekty z nového systému prosazování soutěžních pravidel v rámci EU*, VOX, Praha 2004
- FIALA, T.: *Právo evropských společenství*, Právní rádce 2004, 4
- FISHER, F. M.: *Economic analysis and bright-line tests*, Journal of Competition Law and Economics, 2007, 4(1)
- FOER, A.: *Preserving Competition After the Banking Meltdown*, Global Competition Policy (American Antitrust Institute), Release one, December 2008
- FOUNTOUTAKOS, K., RYAN, S.: *A New Substantive Test for EU Merger Control*, ECLR 2005, 5
- 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
- FREEMAN, P.: *Is competition everything?* Competition Law Journal, 2008, vol. 7, issue 3
- FRIDRICH, M.: *Spor o „šampióny“ dělí Unii*, Hospodářské noviny z 10. 3. 2005
- GAL, M., FAIBISH, I.: *Six principles for limiting government-facilitated restraints on competition*, CMLR 2007, 44
- GALLINI, N. T., TREBILLCOCK, M. J.: *Intellectual Property Rights and Competition Policy: A Framework for the Analysis of Economic and Legal Issues*, in Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge – Based Economy, Calgary, 1998
- GALLOWAY, J.: *Convergence in International Merger Control*, The Competition Law Review 2009, Vol. 5, 2
- GALLOWAY, J.: *The Pursuit of National Champions: the Intersection of Competition Law and Industrial Policy*, E.C.L.R. 2007, Nr. 3

- GERADIN, D., PETIT, N.: *Price discrimination under EC competition law: another antitrust doctrine in search of limiting principles?*, Journal of Competition Law and Economics, 2006, 2 (3)
- GERADIN, D.: *Efficiency claims in EC competition law and sector-specific regulation*, draft paper, Workshop on Comparative Competition Law (*The Evolution of European Competition Law – Whose Regulation, Which Regulation?*), Firenze 12.–13. 11. 2004
- GERARD, D.: *Protectionist threat: against cross-border mergers: unexplored avenues to strengthen the effectiveness of Article 21 ECMR*, C.M.L.R. 2008, 45
- GERBER, J. D.: *Law and Competition in Twentieth Century Europe (Protecting Prometheus)*, Oxford University Press, Oxford 2003
- GEROSKI, P. A.: *Competition Policy and National Champions*, dostupné na www.competition.commission.org.uk
- GHIDINI, G.: *A Tale of Two Cultures? Some Comments on the Role of „Efficiencies“ on the Two Sides of the Atlantic*, IIC, Vol. 35, 2004, Nr. 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, Vol. 72, 2005
- GILBERT, R. J., TOM, W. K.: *Is Innovation King at the antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines Five Years Later*. Antitrust Law Journal, Vol. 69 (2001), Issue1
- GIRSCH, B.: *Fusionskontrolle in konzentrierten Märkten*, Berliner Wissenschaftsverlag, Wien – Graz 2002
- GLOGAROVÁ, J.: *K některým aspektům pojmu kontroly podle zákona o ochraně hospodářské soutěže a pojmu ovládní podle obchodního zákoníku*, Právní rozhledy 2008, 5
- GODDARD, G., CURRY, E.: *New Zealand's New Merger test...*, E.C.L.R. 2003, 7
- GÖTZ, G.: *Strategische Allianzen: Die Beurteilung einer modernen Form der Unternehmenskooperation nach deutschem und europäischen Kartellrecht*, Nomos, Baden-Baden 1996
- GUGLER, K., MUELLER, D. C., YURTOGLU, B. B., ZULEHNER, C.: *The effects of mergers: an international comparison*, International Journal of Industrial Organisation, 2003, 21
- HAHN, A.: *Oligopolistische Marktbeherrschung in der Europäischen Fusionskontrolle*, Duncker & Humblot, Berlin 2003

- HÁCHA, E. A KOL.: *Slovník veřejného práva československého*. sv. III., Brno, Nakladatelství Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1934
- HÁJKOVÁ, K.: *Předsednictví končí úspěchem*, Hospodářské noviny z 16. 6. 2009
- HANSEN, K. (Hrsg.): *Megafusionen: eine neue Herausforderung für das Kartellrecht?*, Bundeskartellamt, Berlin 2000
- HAVEL, B., PIHERA, V.: *Zákon o nabídkách převzetí, komentář*, C. H. Beck, Praha 2009
- HAYEK, F. A.: *Právo, zákonodárství a svoboda*, Academia, Praha 1991
- HEINEKE, T.: *Entlastungsgründe in der europäischen und US-amerikanischen Zusammenschlusskontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2003
- HEINEMANN, A.: *Antitrust Law and Internet*, in DREXL, J. (ed.): *The Future of Transnational Antitrust*, Staempfli, Bern 2003
- HEINEMANN, A.: *Immateriälgüterschutz in der Wettbewerbsordnung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 2002
- HEINEMANN, A.: *Intellectual Property Rights and Competition Policy – The Approach of the WTO Working Group on Trade and Competition*, in ZÄCH, R. (ed.): *Towards WTO Competition Rules*, Staempfli Publishers Ltd. Berne 1999 – Kluwer Law International, The Hague – London – Boston 1999
- HENDRICKS, K., MC AFEE, R. P., WILLIAMS, M. A.: *Evaluating the Likely Competitive Effects of Horizontal and Vertical Mergers: A New Approach*, Antitrust Report, Lexis Nexis, 2002
- HERDZINA, K.: *Wettbewerbspolitik*, 4. A., G. Fischer Verlag, Stuttgart 1995
- HERKENROTH, K.-E.: *Konzernierungsprozesse im Schnittfeld von Konzernrecht und Übernahmerecht*, Duncker & Humboldt, Berlin 1994
- HERRMANN, BUNTE, *Kartellrecht*, C. H. Beck, München 2003
- HEYER, K.: *A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust*, Antitrust Law Journal, 2005, Vol. 72
- HEYER, K.: *Predicting the competitive effects of mergers by listening to customers*, Antitrust Law Journal, 2007, Vol. 74
- HEYNE, P.: *Ekonomický styl myšlení*, VŠE, Praha 1991
- HILDEBRAND, D.: *Der more economic approach in der Wettbewerbspolitik*, WuW 2005, 5
- HIRSBRUNNER, S.: *Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle*, EuZW 2003, 23

- HLAWATI, E., BIRKNER, A., GRAF, W.: *Abwehrmaßnahmen gegen Hostile Takeovers*, Ecolex 2000
- HOFER, P., WILLIAMS, M., WU, L.: *Empirische Methoden in der Europäischen Fusionskontrolle*, WuW 2005, 2
- HOFMAN, H.: *Good Governance in European Merger Control: Due Process and Checks and Balances under Review*, E.C.L.R., 2003, 3
- HOPT, K., JESSEL – HOLST, CH., PISTOR, K. (edit.): *Unternehmensgruppen in mittel- und osteuropäischen Ländern*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003
- HOPT, K.: *Europäisches und deutsches Übernahmerecht*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 1997, 161
- HOPT, K.: *Übernahmen, Geheimhaltung, und Interessenkonflikte: Probleme für Vorstände, Aufsichtsräte und Banken*, ZGR 2002, 3
- HOVENKAMP, H.: *Federal Antitrust Policy*, 2nd Ed., St. Paul 1999
- HUDEMA, M.: *Brusel podezírá Francii, že protežuje domácí firmy*, Hospodářské noviny z 6.3.2006
- HUDEMA, M.: *Španělsko podmínkami fúze porušilo pravidla*. Hospodářské noviny z 28. 8. 2006
- HURDÍK, J.: *Institucionální pilíře vývoje soukromého práva v dynamice vývoje společnosti*, C. H. Beck, Praha, 2007
- HUTCHINGS, M.: *The Competition between Law and Economics*, E.C.L.R. 2004, 9
- CHAFEE, Z. jr.: *Unfair Competition*, Harvard Law Review 1940, 53
- CHANDLER, A.: *Successor liability for competition law infringements and how to avoid it*, Competition Law Journal 2006, Jordan Publ. Ltd., Vol. 5, Issue I
- CHRISTIANSEN, A.: *Die Ökonomisierung der EU-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?*, WuW 2005, 3
- CHURCH, J., WARE, R.: *Network Industries, Intellectual Property Rights and Competition Policy*, in *Competition Policy and Intellectual Property Rights in the Knowledge-Based Economy*, Calgary, 1998
- IMMENGA, F. A., LANGE, K. W.: *Entwicklungen des europäischen Kartellrechts im Jahr 2003*, RiW 2003, 12
- IMMENGA, U.: *Conflicts between Competition Policy and Industrial Policy*, in: ZÄCH, R. (ed.): *Towards WTO Competition Rules*, Staempfli Publishers Ltd., Berne 1999
- IMMENGA, U.: IMMENGA/MESTMÄCKER: *EG-Wettbewerbsrecht*, C. H. Beck, München 1997

- JAMES, CH.: *Antitrust in the early 21st Century*, dostupné z www.usdoj.gov/atr.public/speeches/11148.htm
- JANSEN, S. A.: *Mergers & Acquisitions*, 4. A., Gabler, Wiesbaden 2001
- JENNY, F. *The Design and Implementation of Merger Remedies in High-Technology Industries*. Paris: CERNA, January 17–18, 2002
- JHERING, R.: *Boj za právo*, Knihovna rozhledů XVIII, Praha 1897
- KAPLOW, V.: *Extension of Monopoly Power through Leverage*, Columbia Law Review, 1985, Nr. 85
- KATZ, M. L., SHELANSKI, H. A.: *Mergers and Innovation*, Antitrust Law Journal, 2007, Vol. 74, Issue 1
- KAUFER, E.: *Innovationspolitik als Ordnungspolitik*, in: Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, 1994
- KAUFHOLD, T.: *Das Eingreifs-kriterium in der europäischen Fusionskontrolle*, Nomos Vlg., Baden Baden, 2007
- KERBER, W.: *Should competition law promote efficiency?* 2nd ASCOLA Conference, 8. –9. 12. 2006, Paris
- KINDL, J.: *Do třetice k procesnímu nástupnictví zaniklých právnických osob v soutěžních věcech*, Právní rozhledy 2007, 21
- KINDL, J.: *Kontrola koncentrací po vstupu České republiky do Evropské unie*, Právní rozhledy 2004, 22
- KINDL, J.: *Pojem narušení hospodářské soutěže – obecná východiska a konkrétní aplikace*, Právní rozhledy 2005, 10
- KINNE, K.: *Internationale Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen in der deutschen und Europäischen Zusammenschlusskontrolle*, Hamburg 1997
- KIRCHNER, CH.: *Wettbewerbstheoretische Ansätze bei Ronald Coase*, Wirtschaft und Wettbewerb 1992, Nr. 7–8
- KIRZNER, I.: *Jak fungují trhy*, Liberální institut, Praha 1998
- KIRZNER, J. M.: *Wettbewerb und Unternehmertum*, Tübingen 1978
- KJØLBYE, L.: *The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81*, E.C.L.R. 2004, 9
- KLUMPP, U.: *Die „Efficiency Defense“ in der Fusionskontrolle*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2006
- KNIEPS, G.: *Wettbewerbsökonomie*, Springer Verlag, Berlin – Heidelberg, 2005
- KOHL, H.: *Perspectives on the Future Direction of Antitrust*, Antitrust, Vol. 22, Nr.1, Summer 2008

- KOKKORIS, I.: *The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours Case – the Eagerly Expected Debate: SLC v Dominance Test*, ECLR, 2005, 1
- KOKKORIS, I.: *Do Merger Simulation and Critical Loss Analysis Differ Under the SLC and Dominance Test?*, ECLR 2006, 5
- KOLASKY, W. J.: *Effectively Advocating Efficiencies in Merger Reviews*, Antitrust Report, Spring 2003
- KOLASKY, W.: *What is competition?*, speech on October 28, 2002, dostupné na www.usdoj.gov/atr/public/speeches
- KORAH, V.: *An Introductory Guide to EC Competition Law*, Hart Publishing, 8 th Ed., Oxford 2004
- KORAH, V.: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th Ed., Oxford 2000
- KÖRBER, T.: *Die Leitlinien der Kommission zur Bewertung nicht – horizontaler Zusammenschlüsse*, WuW 2008, 5
- KRATOCHVÍLOVÁ, E.: *Komise chce změnit zákony*, Hospodářské noviny z 13. 5. 2002
- KRAUSE, H. S.: *Das obligatorische Übernahmeangebot*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1996
- LEARY, T. B.: *Freedom As The Core Value Of Antitrust In The New Millenium*, přednáška z 6. dubna 2000 ve Washingtonu, dostupné na: www.ftc.gov/speeches/leary
- LEARY, T. B.: *The Economic Roots of Antitrust* (2004), dostupné na: www.ftc.gov/speeches/leary
- LEITÁO, M. M., ABRUNHOSA, A.: *Cooperative networking: bridging the cooperation – concentration gap*, ASCOLA Meeting, Firenze, 12. 11. 2004
- LEONI, B.: *Právo a svoboda*, Liberální institut, Praha, 2006
- LETZEL, H.-J.: *Das Pflichtangebot nach dem Übernahmekodex – mit Vorausschau auf das Pflichtangebot nach dem ÜbG*, NZG 2001, č. 6
- LEVIN, R. C. a kol.: *Appropriating the Returns from Industrial Research and Development*, Brooking Papers on Economic Activity 1987, Microeconomics
- LEVY, N.: *Dominance versus SLC: A Subtle Distinction?*, in DRAUZ, G., REYNOLDS, M. (Ed.): *EC Merger Control*, Richmond Law and Tax Ltd., 2003
- LIND, R.C., MUYSERT, P.: *Innovation and Competition Policy: Challenges for the New Millenium*, E.C.L.R. 2003, 2

- LINDER, B.: *Kollektive Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle*, Nomos, Baden-Baden 2005
- LINDSAY, A.: *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Thomson, Sweet & Maxwell, London 2006
- LIPKA, D. A KOL.: *Soutěžní politika*, Liberální institut, Praha 2005
- LÖFLER, H. F.: *Kommentar zur europäischen Fusionskontrollverordnung*, Luchterhand Vlg., Frankfurt am Main, 2001
- LORENZ, K.: *Takzvané zlo*, Mladá Fronta, Praha 1992
- LOWE, P., HELD, A.: *Modernisation and beyond: the role of competition policy in driving economic growth*, European Competition Journal, March 2005
- LUESCHER, CH.: *Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle Ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?* E.C.L.R. 2004, 2
- MAAHS, CH.: *Wettbewerbsschutz und Verbraucherinteressen im Lichte neuerer ökonomischer Methoden*, WuW 2005, 1
- MACHÁČEK, J.: *Průlom ve Francii?* Hospodářské noviny ze dne 4.10. 2006
- MARTIN, S.: *Globalization and the natural limits of competition*, in NEUMANN, M., WEIGAND, J.: *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004
- MAYER, CH.: *Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA*, Nomos Verlag, Baden Baden 2005
- MCNUTT, P. A.: *Law, Economics and Antitrust, Towards a New Perspective*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2005
- MERTENS, H.-J.: *Förderung von, Schutz vor, Zwang zu Übernahmeangeboten*, AG 1990, 6
- MERTIKOPOULOU, V.: *DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Reform from Legal Point of View*, E.C.L.R. 2007, 4
- MERTLÍK, P.: *Antimonopolní funkce vlády v procesu ekonomické reformy*, Politická ekonomie 2003, 2
- MESTMÄCKER, E. J., SCHWEITZER, H.: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Auflage, C. H. Beck, München, 2004
- MESTMÄCKER, E. J.: *Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik*, in: Monopollkommission: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Nomos, Baden-Baden 2005
- MISES, L.: *Liberalismus*, Liberální institut, Praha 1998

- MISCHE, H.: *Nicht-wettbewerbliche Faktoren in der europäischen Fusionskontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2002
- MLSNA, P.: *Regulace ex ante a ex post v oblasti elektronických komunikací*, Právní zpravodaj 2005, č. 6
- MODRALL, J. R., CIULLO, S.: *Gun-Jumping and EU Merger Control*, E.C.L.R. 2003, 9
- MONOPOLKOMMISSION: *Hauptgutachten 2002/2003 – Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“*, Nomos, Baden-Baden, 2005
- MONOPOLKOMMISSION: *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Monopolkommission, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005
- MONTALCINO, C.: *Substantive Tests – Are the Differences between the Dominance and SLC Tests Real or Semantic?*, in DRAUZ, G., REYNOLDS, M. (Ed.): *EC Merger Control*, Richmond Law and Tax Ltd., 2003
- MONTI, G.: *Article 81 and Public Policy*, C.M.L.R. 2002
- MONTI, M.: *EU Competition policy after May 2005*, Speech 03/489, Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, New York, 24.10. 2003
- MÖSCHEL, W.: *Der Oligopolmißbrauch im Recht des Wettbewerbsbeschränkungen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1974
- MOTTA, M.: *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2004
- MUELLER, D. C.: *Efficiency versus market power through mergers*, in NEUMANN, M., WEIGAND, J. (Eds.): *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar Publishing, Inc., Cheltenham 2004
- MUNKOVÁ, J.: *Narřízení o kontrole spojování podniků č. 139/2004 ES*, Právní rozhledy 2004, 12
- MUNKOVÁ, J., KINDL, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. C. H. Beck, 2007
- MUNKOVÁ, J., SVOBODA, P., KINDL, J.: *Soutěžní právo*, C. H. Beck, Praha 2006
- MUNKOVÁ, J.: *Narřízení o kontrole spojování podniků č. 139/2004 ES*, Právní rozhledy 2004, 12
- MUNKOVÁ, J.: *Reforma evropského soutěžního práva a její vliv na soutěžní předpisy a rozhodování soutěžních věcí Úřadem a soudy v ČR*, Právní rozhledy 2003, 7
- MUNKOVÁ, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*, Komentář, C. H. Beck Praha 2003

- NAGEL, B.: *Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, Nomos, Baden –Baden, 2003
- NALEBUFF, G. – BRANDERBURGUER, A.: *La Co-opétition*, Paris, Village Mondial, 1996
- NAVARRO, E., FONT, A., FOLGUERA, J., BRIONES, J.: *Merger control in the EU*, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford 2005
- NĚMEC, P.: *Strategická spojení mohou prokrestit cestu*, Hospodářské noviny z 24. 9.1998
- NĚMEC, P.: *Strategií jsou strategická spojení*, Hospodářské noviny z 4. 12. 1997
- NERUDA, R., BOUČEK, M.: *Působení a role antimonopolních institucí v období ekonomické krize z hlediska soutěžního práva*, Infolist ÚOHS 2009, č. 3
- NERUDA, R., GACHOVÁ, L.: *Ještě k procesnímu nástupnictví zaniklých právnických osob v soutěžních věcech*, Právní rozhledy 2007, č. 15
- NERUDA, R.: *K novému nařízení Rady o kontrole spojování podniků*, Právní rozhledy 2004, č. 9
- NERUDA, R.: *Kontrola spojování soutěžitelů v České republice v letech 2005 a 2006. II.část. Právní fórum*, 2007, č. 9
- NERUDA, R.: *Kontrola spojování soutěžitelů v České republice v roce 2004, I. a II. část, Právní fórum* 2005, č. 10, 11
- NERUDA, R.: *Modernizace evropského soutěžního práva a její dopad na české soutěžitele*, Právní fórum 2004, 7, a 2005, 1
- NERUDA, R.: *Společný podnik jako spojení soutěžitelů z pohledu práva na ochranu hospodářské soutěže*, Právní rozhledy 2004, č. 1
- NERUDA, R.: *Substantivní test v soutěžním právu*, Právní rozhledy 2008, č. 11
- NERUDA, R.: *Získání možnosti kontroly nad podnikem jako forma spojení podléhající povolení soutěžního úřadu*, Právní rozhledy 2005, č. 4
- NERUDA, R.: *Vybrané právní problémy posuzování fúzí a akvizic z hlediska soutěžního práva České republiky a Evropské unie*. Disertační práce, Brno, MU, 2008
- NERUDA, R.: *Kontrola spojování soutěžitelů v České republice v letech 2005 a 2006, I. část. Právní fórum*, 2007, č. 8
- NEUMANN, M., WEIGAND, J.: *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004
- NIELS, G.: *The economist in court: guilty of theories that don't fit the facts*, Competition Law Review, 2007, vol. 6, issue 4

- NITSCHÉ, R., THIELERT, J.: *Die ökonomische Analyse auf dem Vormarsch – Europäische Reform und deutsche Wettbewerbspolitik*, WuW 2004, 3
- NORDIC COMPETITION AUTHORITIES: *Competition Policy and Financial Crisis (Lessons learned and the Way Forward) – A joint report by the Nordic competition authorities*, Report from the 2009, No 1
- OECD: *Making International Market More Efficient through „Positive Comity“ in Competition Law Enforcement*, 6., 7. 5. 1995
- OECD: *Market Power and the Law. A Study of the Restrictive Business Practice Laws of OECD Member Countries and the EEC and ECSC Dealing with Market Power*, Paris 1970,
- OESTERLE, D. A.: *The Law of Mergers and Acquisitions*, 2nd Ed., West Group, St. Paul, 2002
- ONDREJOVÁ, D.: *Globalizace a národní šampioni*, Linde, Praha 2007
- ONDREJOVÁ, D.: *Národní šampioni a hospodářská soutěž*, Linde, 1. vyd., Praha 2007
- OPGENHOFF, C.: *Die Europäische Fusionskontrolle zwischen Wettbewerbsrecht und Industriepolitik*, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 2001
- PAAS, K. *Non-structural Remedies in EU Merger Control*. E.C.L.R., 2006, 5
- PAPPE, F., HOSSENFELDER, S., TÖLLNER, W.: *Kartellrechtpraxis und Kartellrechtsprechung*, RWS Verlag, Köln 2003
- PELIKÁNOVÁ, I.: *Úvod do srovnávacího práva obchodního*, C. H. Beck, Praha 2000
- PELLMANN, M.: *Significant Impediment to Effective Competition*, Nomos, Baden-Baden 2006
- PERA, A.: *Changing views of competition, economic analysis and EC antitrust law*, European Competition Journal, 2008, vol. 4
- PERROT, A.: *Appropriation of the Legal System by Economic Concepts“ Should Conflicting Goals Be Considered?“*, 2nd ASCOLA Conference, Paris, 8. 12. 2006
- PETR, M.: *K uplatnění soutěžního práva v oblasti telekomunikací*, Právní rozhledy 2006, 3
- PETR, M.: *Modernizace komunitárního soutěžního práva*. 1. vyd. Praha, C. H. Beck, 2008
- PETRASINCU, A.: *The European Commission's New Guidelines on the Assessment of Non-Horizontal Mergers – Great Expectations Dissatisfied*, E.C.L.R. 2008, 4

- PICOT, G. (Hrsg.): *Mergers & Acquisitions: Planung, Durchführung*, Schäffer – Poeschel, Stuttgart, 2000
- PITOFISKY, R.: *Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy*, dostupné na www.ftc.gov/speeches/pitofsky/ipf301.htm
- PORTER, M. E.: *Competition and Antitrust: Toward a Productivity – Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures*, The Antitrust Bulletin, Winter 2001
- PORTER, M. E.: *Competitive Advantage of Nations*, New York 1990
- RAISER, T.: *Recht der Kapitalgesellschaften*, 3.A., Verlag Franz Vahlen, München 2001
- RATLIFF, J.: *Súťažné právo ES a máj 2004 – účinok v ČR*, EMP 2004, č. 3–4
- RAUS, D., NERUDA, R.: *Fúze a akvizice na společném trhu ES a jejich posuzování z pohledu soutěžního práva po 1. květnu 2004*, Právní zpravodaj 2004, 5
- RAUS, D., NERUDA, R.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže, komentář*, 2. vyd., Linde, Praha 2006
- RAUS, D., NERUDA, R.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy*. Linde Praha, 2004
- RAUS, D.: *Nad další (tentokrát problematickou) novelou zákona o ochraně hospodářské soutěže*, Právní zpravodaj 2004, č. 10
- RAUS, D.: *Ochrana hospodářské soutěže na společném trhu ES a situace v ČR po 1. květnu 2004*, Právní zpravodaj 2003, č. 12
- REIMAN, C.: *Essential Functions vs Essential Facilities: Defining the amount of R&D protection in high-tech industries after IMS and Microsoft*, The Competition Law Review, Vol. 1, Issue 2, 2004
- RENCKENS, A.: *Welfare standards, substantial tests, and efficiency considerations in merger policy: defending the efficiency defense*, Journal of Competition Law and Economics, 2007, 5
- RIEHMER, K., SCHRÖDER, O.: *Praktische Aspekte bei der Planung, Durchführung und Abwicklung eines Übernahmeangebots*, Betriebsberater, 2001, 20
- RITTER, L., BRAUN, W.: *European Competition Law*, 3rd Ed., Kluwer Law International, 2004
- RITTNER, F.: *Der – unverfälschte – Wettbewerb: Grundlage und Ziel der EG*, WuW 2007, 10
- RITTNER, F.: *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 6.A., C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1999

- ROLL, R.: *The Hubris Hypothesis of Corporate Takeovers*, v: *Journal of Business* 1986, 59
- RÖLLER, L. H., STROHM, A.: *Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“*, speeches in 2005,
<http://europa.eu.int>
- ROSS, T. W., WINTER, R. A.: *The Efficiency Defense in Merger Law: Economic Foundations and Recent Canadian Developments*, *Antitrust Law Journal*, 2005, Vol. 72
- ROTHBARD, M. N.: *Ekonomie státních zásahů*, Liberální institut, Praha 2001
- SAMUELSON, P. A., NORDHAUS, W. D.: *Ekonomie*, Svoboda, Praha 1991
- SANGMEISTER, B.: *Die rule of reason und das per-se Konzept in der Rechtsprechung des Supreme Court der USA zu § 1 Sherman Act*, Carl Heymans Verlag KG, Köln 1975
- SERVATIUS, W.: *Die Konzernbildungskontrolle im deutschen Recht*, in TICHÝ, L. – ed.: *Entwicklung des Rechts der Handelsgesellschaften*,
- SHEPHERD, W. G.: *Public Policies Toward Business*, 8. Ed., Homewood, III, 1991
- SCHÄFER, H. B., OTT, C.: *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer Verlag, Berlin 2000,
- SCHLOSSBERG, R. S. (ed.): *Mergers and Acquisitions*, ABA, Chicago, 2nd Ed., 2004
- SCHMIDT, H., PRIGGE, S.: *Das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz*, Universität Hamburg, Institut für Kapitalverkehr, 2002
- SCHMIDT, I.: *More economic approach versus Justizabilität*, WuW 2005, 9
- SCHMIDT, I.: *The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic v Static Efficiency*, E:C.L.R 2007, 7
- SCHMIDT, I.: *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 7. A., Lucius et Lucius, Stuttgart 2001
- SCHMIDT, I.: *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 8. Aufl., Lucius & Lucius, Stuttgart 2005
- SCHULTE, J. (Hrsg.): *Handbuch Fusionskontrolle*, Luchterhand, München, 2005
- SCHWALBE, U., ZIMMER, D.: *Kartellrecht und Ökonomie*, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2006
- SCHWALBE, U.: *Marktbeherrschungs- oder SIEC – Test im GWB?* WuW, 2004, 10
- SCHWARZE, J.: *Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2002

- SMITH, A.: *Pojednání o původu a podstatě bohatství národů*, Praha, Liberální institut, 2001
- SOAMES, T., MAUDHHUIT, S.: *Changes in EU Merger Control*, E.C.L.R. 2005, 1
- SOARES, A.: „National Champions“ Rhetoric in European Law, *World Competition* 2008, 31 (3)
- SOMMER, U.: *Po fúzi firem akcionáři mnohdy zapláčou*, *Handelsblatt – Hospodářské noviny* z 3. 6. 2006
- STIGLITZ, J. E.: *Ekonomie veřejného sektoru*, Grada Publishing, Praha 1997
- ŠEMORA, V.: *K procesnímu nástupnictví ve správním řízení, zejména s ohledem na řízení o soutěžních deliktech*, *Právní rozhledy* 2007, 5
- ŠILHÁN, J.: *Objektivní ospravedlnění v právu proti zneužití dominantního postavení*, Dny práva (sborník z konference), MU Brno, 2008, dostupné na <http://www.law.muni.cz/edicni/dp08/files/5obchod.html>
- ŠÍMA, J.: *Ekonomie a právo*, VŠE Praha 2004
- ŠTENGLOVÁ/PLÍVA/TOMSA A KOL.: *Obchodní zákoník, komentář*, 7. vyd., C. H. Beck, Praha 2002
- THOMPSON, R.: Goodbye to „the Dominance Test“? Substantive Appraisal under the New UK and EC Merger Regimes, *Competition Law Journal*, vol.2, 2003–4
- TICHÝ, L. (ed.): *Fúze a akvizice v českém, evropském a německém právu*, sborník 31, UK, Praha 2007
- TICHÝ, L. – ed.: *Entwicklung des Rechts der Handelsgesellschaften*, Universita Karlova, Praha 2002, str. 8
- TICHÝ, L.: *Veřejné podniky v Evropě a v České republice*, UK, Praha 2000
- TICHÝ, L.: *Změna paradigmatu evropského soutěžního práva a její význam pro Českou republiku*, *Právní rozhledy* 2004, 2
- TOEPKE, U.,P.: *Per se Verbot und die Rule of reason: Der Wandel vom Automatismus des Kartellverbots in Section I Sherman Act zur „Per se perhaps“ Regel des United States Supreme Court*, *WuW* 1990, 7–8
- ULMER, P.: *Rule of Reason im Rahmen von Artikel 85 EWGV*, *Recht der internationalen Wirtschaft* 1985, 7
- ULSHÖFER, M.: *Kontrollerwerb in der Fusionskontrolle*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2003
- VALENTINE, D.: *Abuse of Dominance in Relation to Intellectual Property: U.S. Perspectives and the Intel Case*, The Israel International Antitrust Conference, Tel Aviv, November 15, 1999 – dostupné na www.ftc.gov/speeches

- VAN BAELE & BELLIS: *Competition Law of the European Community* (4th ed.), Kluwer Law International, The Hague, 2005
- VELJANOVSKI, C.: E. C. Antitrust in the New Economy“ *Is the European Commission’s View of the Network Economy Right?* E.C.L.R. 2001, 4
- VENIT, J.: *Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, CMLR, 2003
- VICKERS, J.: *Competition Economics and Policy*, E.C.L.R. 2003, 3
- VICKERS, J.: *Merger Policy in Europe. Retrospect and Prospect*, E.C.L.R. 2004, 7
- VOIGT, S., SCHMIDT, A.: *Switching to Substantial Impediments of Competition (SIC) can have Substantial Costs – SIC!*, E.C.L.R. 2004
- VÖLCKER, S.: *Developments in EU competition law in 2004: an overview*, CMLR 2005, 42
- VÖLCKER, S.: *Developments in EU competition law in 2005: an overview*, CMLR 2006, 43
- VON HINTEN-REED, N., CAMESASCA, P. D.: *European Merger Control: Tougher, Softer, Clearer?*, E.C.L.R. 2003, 9
- WEINBERG, M.: *The price effects of horizontal mergers*, Journal of Competition Law & Economics 4 (2), 2007
- WEISS, L., KELTON, CH.: *Change in Concentration, Change in Cost, Change in Demand, and Change in Price*, Cambridge, Mass., 1990
- WEITBRECHT, A.: *EU Merger Control in 2004 – An Overview*, E.C.L.R. 2005, 2
- WEITBRECHT, A.: *EU Merger Control in 2005 – An Overview*, E.C.L.R. 2006, 2
- WEITBRECHT, A.: *EU Merger Control in 2006 – the Year in Review*, E.C.L.R. 2007, 2
- WEITBRECHT, A.: *From Freiburg to Chicago and beyond: the first 50 years of European competition law*, E.C.L.R. 2008, 2
- WEIZÄCKER, C. CH.: *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik*, Monopolkommission, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2005
- WHISH, R.: *Competition Law*, 4th Ed., Butterworths, London 2001
- WHISH, R.: *Competition Law*, 5th Ed., Lexis Nexis, London/Edinburgh 2003
- WHITENER, M. D.: *Editor’s Note: The End of Antitrust?*, Antitrust, Vol. 22, Nr. 1, (Fall 2007)
- WILSON, J.: *Globalization and the Limits of National Merger Control Laws*, Kluwer Law International, 2003
- WIRTZ, B. W.: *Mergers & Acquisitions Management*, Gabler, Wiesbaden 2003

- WOLF, M.: *Effizienzen und europäische Zusammenschlusskontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 2009
- WURMNEST, W.: *Wettbewerbspolitik, Industriepolitik und der „more economic approach“*, ZWER 2005
- YDE, P. – VITE, M.: *Merger Efficiencies: The „Passing-On“ Fallacy*, Antitrust, Summer 2006, Vol. 20, Nr. 3
- ZÄCH, R. (ed.): *Towards WTO Competition Rules*, Staempfli Publishers Ltd, Berne 1994, Kluwer Law International
- ZIMMER, D.: *Ende gut, alles gut? – Bemerkung zur 7. GWB-Novelle*, WuW 2004, Nr. 7–8
- ZLÁMALOVÁ, L.: *Proč Evropa staví nacionalistické barikády*, Hospodářské noviny z 4. 4. 2006

SOUTĚŽNÍ POLITIKA A FÚZE V EVROPSKÉM KONTEXTU

prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.

Vydala Masarykova univerzita roku 2010
Spisy Právnické fakulty MU č. 366

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, V. Kratochvíl,
N. Rozehnalová, P. Mrkývka, J. Hurdík, R. Polčák, J. Šabata

1. vydání, 2010

Náklad: 200 výtisků

Tisk: Tribun EU s.r.o., Brno

ISBN 978-80-210-5067-9