

České shrnutí: Modernizace článku 102 Smlouvy o fungování Evropské Unie

I. Úvod

Předložená diplomová práce pojednává o reformě právní úpravy zneužití dominantního postavení soutěžitele na trhu podle článku 102 SFEU, tedy jednoho z ústředních témat soutěžního práva.²³⁷ Práce je zaměřená na vývoj reformy a její současný stav, s cílem posoudit její soulad s judikaturou soudů společenství a její vyhlídky na úspěch v rámci současného institucionálního rámce.

Čtenář je napřed ve druhé kapitole uveden do problematiky evropského soutěžního práva obecně. Významu, který má soutěžní právo pro fungování Evropské Unie je věnována zvláštní pozornost. Jsou představeny základní praktiky, proti kterým soutěžní právo bojuje, instituce, které soutěžní právo tvoří a vymáhají, a je vysvětlen vztah mezi národními a evropským režimem soutěžního práva. Kapitulu uzavírá pojednání o významu účinné a vyvážené právní úpravy zneužití dominantního postavení.

Ve třetí kapitole se tato práce zabývá judikaturou evropských soudů, která tvoří závaznou část systému evropského práva. Teprve judikatura naplňuje demonstrativní výčet uvedený ve čl. 102 SFEU životem. Tato kapitola proto představuje dobrý přehled toho, kam se v této oblasti ubírala právní praxe. Čtenář si také může udělat představu o systému, který judikatura vytvořila.

Čtvrtá kapitola uvádí důvody pro reformu současné právní úpravy. Popisuje principy, na kterých byl čl. 102 při vzniku Společenství vybudován a osvětluje jejich silné a slabé stránky. Druhá část kapitoly se zaměřuje konkrétně na slabiny současné úpravy, tak jak byla dotvořena padesátiletým vývojem. Problémem zejména je, že judikatura nevytvořila ve výkladu čl. 102 SFEU žádný ucelený systém. Srozumitelné testy, které umožňují posoudit, zda bylo určitým chováním dominantní postavení zneužito, byly vytvořeny jen pro některé formy zneužití. Podniky ani národní soutěžní úřady a soudy, které jsou podle nařízení č. 1/2003 spolupověřeny vymáháním

²³⁷ Konsolidované znění smlouvy o fungování Evropské unie (SFEU), OJ C [2008] I15/47.

evropského soutěžního práva, nemají pro aplikaci čl. 102 SFEU žádné vodítko.²³⁸ To odporuje principu právní jistoty.

Pátá kapitola se zabývá vývojem reformy, nejprve zprávou panelu ekonomických expertů EAGCP a poté vlastním „Discussion Paper“ Evropské Komise (tedy návrhem předestřeným k veřejné konzultaci). Ten byl vydán tři roky před „Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele.“ které byly publikovány v prosinci 2008 a představují zatím konečný stav reformy.²³⁹ Jejich obsah je předmětem šesté kapitoly, která nejprve pojednává o obecných principech Pokynů a o tom, jak upravují zjišťování tržní síly a definují koncept zneužití, vylučujícího ostatní soutěžitele. Další část kapitoly popisuje, jak se Pokyny vyrovnávají s jednotlivými formami zneužití dominantního postavení.

Sedmá kapitola pak pojednává o tom, kde jsou přednosti a nedostatky Pokynů. Soustředí se na to, jakou má tento dokument šanci uspět v současném institucionálním rámci a to především s ohledem na rozhodovací praxi soudů společenství a ve vztahu k národním soutěžním úřadům, soudům a podnikům. Poslední osmá kapitola shrnuje poznatky a uzavírá téma.

Toto shrnutí sleduje strukturu kapitol původní práce a podává jejich výtah.

II. Evropské soutěžní právo

Soutěžní právo je oblast práva zabývající se úpravou chování subjektů na trhu, zejména dohod a praktik, které omezují soutěž, a nabyváním a užíváním tržní síly. Soustředí se na to, aby volná hospodářská soutěž na trhu nebyla omezena způsobem, který škodí hospodářské prosperitě.²⁴⁰

Soutěžní právo se obvykle zabývá následujícími problémy:

- a) Protisoutěžními dohodami a chováním ve shodě s výměnou informací s cílem nebo efektem poškodit hospodářskou soutěž.
- b) Zneužitím dominantního postavení.

²³⁸ Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy. OJ [2003] L 1/1.

²³⁹ Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. OJ C [2009] 45/7.

²⁴⁰ MOTTA, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 39.

c) Spojeními soutěžitelů jako jsou fúze nebo akvizice.

d) Omezením hospodářské soutěže ze strany členských států, ať už ve formě státních subvencí nebo jinak.

Normy evropského soutěžního práva se nachází v pramenech různé právní síly, od práva primárního, přes právo sekundární až po právně nezávazné normy s pouhou silou přesvědčivosti. Po vstupu Lisabonské smlouvy v platnost ke dni 1. prosince 2009, byla původní čísla článků Smlouvy o Evropském Společenství přejmenována. Nově je tak evropské soutěžní právo v primárních pramenech obsaženo ve člancích 101-107 SFEU. Obsahově se ovšem články upravující evropské soutěžní právo nezměnily, jedná se tedy o pouhé přečíslování.

Aby bylo možno pochopit zvláštní povahu evropského soutěžního práva v kontrastu například s právem Spojených států, je třeba si uvědomit, že soutěžní právo v Evropské Unii slouží a od počátku sloužilo i „vyššímu“ cíli než je pouhé zachování soutěže na trhu. Je prostředkem sjednocení Evropy, vytvoření jednotného vnitřního trhu a odstranění bariér. Dalšími aspekty, které přispívají ke zvláštní povaze evropského soutěžního práva je společná měna Euro a také to, že se soutěžní právo v Evropě vyvinulo teprve po 2. světové válce a pravý rozkvět zažívá v posledních dvaceti letech. Jedná se tedy o poměrně mladou disciplínu, která se stále vyvíjí. S tímto vývojem souvisí, že evropské soutěžní právo bylo ve druhé polovině dvacátého století poznamenáno poměrně silným formalismem a na ekonomický efekt praktik, kterými se zabývá, se vážněji začalo soustředit až v novém miléniu. Od té doby byly ovšem reformovány v podstatě všechny oblasti evropského soutěžního práva. Oblast úpravy dominantního postavení soutěžitele na trhu je tak poslední „parní lokomotivou mezi TGV a Pendoliny.“²⁴¹

V Evropské Unii jsou tvorbou a vymáháním soutěžního práva pověřeny hlavně tyto instituce:

a) Rada Evropské Unie se zabývá hlavně tvorbou hlavních legislativních celků, jako je například Nařízení 1/2003.²⁴² Dále také deleguje pravomoci na Evropskou Komisi.

b) Evropská Komise je hlavní institucí pověřenou jak tvorbou tak vymáháním

²⁴¹ SHER, B. The Last of the Steam-powered Trains: Modernising Article 82. *European Competition Law Review*, 2004, 25(5), 243–246. s. 243.

²⁴² Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy. OJ [2003] L 1/1.

soutěžních norem. Vydává nejenom závazné právní instrumenty, ale vypracovává i doporučení a pokyny, které působí silou přesvědčivosti. Zároveň je v soutěžních věcech vyšetřovatelem i soudcem zároveň, ukládá a vymáhá opatření k nápravě nedostatků.

c) Tribunál je nové jméno Soudu prvního stupně, který se po účinnosti Lisabonské smlouvy stal instancí Soudního dvora Evropské Unie. Je odvolací instancí proti rozhodnutí Evropské Komise.

d) Soudní dvůr projednává odvolání proti rozhodnutí Tribunálu, a to výlučně v otázkách právních. Také slouží jako soud rozhodující řízení o předběžné otázce podle článku 267 SFEU. Velkou roli v soudním procesu hrají Generální advokáti, instance, která slouží obdobně jako soudce zpravodaj v českém systému, je nestranná, prezentuje soudu rozbor dané otázky a nemá rozhodovací pravomoci.

V Evropské Unii vedle sebe paralelně existují systémy soutěžního práva jednotlivých členských států s evropským soutěžním právem. Přestože jsou tyto systémy do velké míry kompatibilní, je samozřejmě třeba vyřešit jejich potencionální konflikt a aplikační přednost.²⁴³ Národní soutěžní úřady a soudy jsou po nabytí účinnosti Nařízení č. 1/2003 oprávněny aplikovat evropské soutěžní právo. Rozhodujícím aspektem, který činí aplikaci evropského práva nutnou, je vliv na obchod mezi členskými státy Unie. V případě konfliktu mezi normami národního a evropského soutěžního práva je podle nařízení 1/2003 rozhodující, zda se jedná o konflikt v oblasti článku 101 SFEU nebo článku 102 SFEU. V oblasti článku 101 SFEU je třeba vytvořit „rovné hrací pole pro všechny“, proto je nepřípustný přísnější národní režim, než jaký platí v evropském právu. V oblasti článku 102 SFEU je Nařízení benevolentnější a dovoluje členským státům ponechat v praxi přísnější režim, než jaký platí v evropském právu.

Na závěr této kapitoly je třeba vyzdvihnout význam, který má efektivní a vyvážená kontrola dominantního postavení. Podle evropské definice je dominantní podnik vybaven takovou hospodářskou silou, která mu umožňuje bránit zachování účinné hospodářské soutěže na relevantním trhu tím, že mu poskytuje možnost jednat do značné míry nezávisle na svých konkurentech, svých zákaznících a nakonec i spotřebitelích.²⁴⁴ Podle ekonomické teorie je cílem každého podniku stát se

²⁴³ KERSE, C.; KHAN, N. *EC Antitrust Procedure*. 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2005. para 5.56.

²⁴⁴ ECJ. Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental v Commission*. [1978]

monopolistou. Vidina monopolních zisků je motivace, která nutí podniky investovat a inovovat, což je ku prospěchu spotřebitele. Samotné dominantní postavení na trhu není trestné, trestné je jen jeho zneužití. Proto je nezbytné, aby panovala naprostá právní jistota o tom, co takové zneužití představuje. Zneužití nesmí být formulováno příliš široce, aby nebrzdilo proces dynamické soutěže, ale ani příliš úzce, aby nedocházelo k tomu, že podnik v dominantním postavení bude své síly beztrestně využívat k neprospěchu spotřebitelů.

V pohledu na evropskou úpravu dominantního postavení už dlouho panuje názor, že rovnováha mezi těmito dvěma nebezpečími je výrazně vychýlena směrem k příliš širokému vymezení zneužití. Bohužel se názory na správnou střední cestu výrazně liší, a to hlavně mezi německým a britským pojetím, a není snadné dosáhnout konsensu. Jak bude ukázáno v následujících kapitolách, přináší reforma zneužití dominantního postavení mnoho otázek a jen na málo z nich uspokojivě odpovídá.

III. Článek 102 SFEU a judikatura evropských soudů

Tato kapitola krátce představí koncept dominantního postavení a jeho zneužití a uvede typy zneužití, tak jak jsou uznávány teorií a praxí. Znění článku 102 TFEU je poměrně kusé a poskytuje jen demonstrativní výčet možných forem zneužívajícího chování, proto tvoří hlavní část této kapitoly judikatura, která teprve naplňuje a dotváří znění článku 102 SFEU. Protože se reforma jako taková a Pokyny ke článku 102 omezují jen na chování vylučující ostatní soutěžitele, bude představena judikatura jen s touto tematikou. Předpokládá se, že chování, které je na úkor spotřebitelů, bude upraveno reformou později.

Znění článku 102 SFEU je následující:

S vnitřním trhem je neslučitelné, a proto zakázané, pokud to může ovlivnit obchod mezi členskými státy, aby jeden nebo více podniků zneužívaly dominantního postavení na vnitřním trhu nebo jeho podstatné části.

Takové zneužívání může zejména spočívat:

a) v přímém nebo nepřímém vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek;

ECR 207. para65. & ECJ. Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co v Commission* [1979] ECR 471. para 38.

- b) v omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů;
- c) v uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži;
- d) v podmiňování uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisejí.

Z tohoto znění je tedy zřejmé, že pro trestnost chování jsou nezbytné dva prvky: dominantní postavení, tedy významná tržní síla a její zneužití. (třetím prvkem je vliv na obchod mezi členskými státy, ten je ale vcelku nesporný). Následující odstavce krátce představí oba koncepty, tak jak je pojímá současná praxe.

Dominantní postavení je taková pozice, která dává podniku možnost chovat se nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a konečně i spotřebitelích. Tento právní pojem přeložen do ekonomických termínů praxe znamená, že je možné o dominantním postavení uvažovat, pokud má společnost podíl na trhu vyšší než 40%. Tržní podíl je ovšem jenom indikátor tržní síly. K jejímu prokázání je třeba provést analýzu dalších faktorů, konkrétně postavení podniku a jeho nejbližších konkurentů, možnosti vstupu nebo expanze dalších soutěžitelů na trh a vyrovnávací kupní sílu. Analýzu tržní síly nelze provést na celém ekonomickém trhu, protože by neměla žádnou výpovědní hodnotu. Analyzuje se tržní síla na trhu produktů, které jsou k posuzovanému výrobku substituty v materiálním a geografickém měřítku, tedy na tzv. „relevantním trhu“.²⁴⁵

Prokázat chování, které dominantní postavení zneužívá, je druhým krokem posouzení případu podle článku 102 SFEU. Podnik v dominantním postavení má „zvláštní odpovědnost“ při svém chování na trhu.²⁴⁶ Praktiky, které by tak u jiného soutěžitele byly legitimním obchodním jednáním jsou pro dominantního soutěžitele zakázané. Zneužití je objektivní koncept, který nevyžaduje zavinění. Za zneužití je považováno takové chování, které poměřováno znaky nenarušené soutěže, vykazuje abnormality a škodí struktuře trhu tím, že nenarušuje i zbytkovou soutěž, která byla na trhu zachována. Jak bude uvedeno níže, vylučující zneužití může spočívat v mnoha rozdílných konkrétních praktikách. Nicméně, jelikož čl. 102 podává jen jejich demonstrativní výčet, není rozhodující forma chování, ale to, že předchází soutěži na trhu nebo ji poškozují.

²⁴⁵ MOTTA, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. Ch. 3

²⁴⁶ ECJ. Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co v Commission*. [1979] ECR 471. para 91

Teorie není jednotná v tom, jaké typy zneužití rozeznává. Někdy se uvádí zneužití vylučující, vykořisťující, odvetné a diskriminující.²⁴⁷ Někteří autoři uvádí jen zneužití vylučující, zaměřená na ostatní soutěžitele a zneužití vykořisťující, která spočívají ve zneužívání výhod, které podniku přináší dominantní postavení a jsou naměřena primárně proti zákazníkům a spotřebitelům.²⁴⁸ Komise ani soudy společenství nikdy formálně jakékoliv rozdělení neuznaly, ale Pokyny dávají tušit, že evropské instituce rozlišují rovněž vykořisťující a vylučující typy chování.

Následující odstavce přináší přehled judikatury uvedené v diplomové práci jako relevantní k vylučujícím zneužitím. První roky evropské rozhodovací praxe se potýkaly hlavně s vymezením základních témat, jako je dominance a její zneužití. V případě *Hoffman-La Roche v Commission*²⁴⁹ bylo rozhodnuto, že pro rozhodnutí, že se podnik dopustil zneužití, není třeba, aby spotřebitelům vznikla škoda. Nepřímá škoda v podobě poškozování struktury trhu plně postačí. V dalším ranném rozhodnutí *United Brands v Commission*²⁵⁰ se ESD zabýval hlavně základními kameny toho, jak soutěžní právo přispívá k integraci společného trhu. Toto rozhodnutí je stěžejní zejména kvůli výroku o tom, že relevantní trh je tvořen výrobky, které jsou vzájemně zaměnitelné. V pořadí vývoje další, tentokrát novější rozhodnutí *AKZO Chemie BV v Commission*²⁵¹ se opět zabývalo dominantním postavením jako takovým a stanovilo vyvrácenou domněnku dominance při tržním podílu nad 50%.

Z jednotlivých typů zneužití dominantního postavení se tento případ dále soustředil na definici pretorního chování a stanovil test pro jeho posouzení na základě struktury nákladů. Toto rozhodnutí později doplnil případ *Tetra Pak II v Commission*,²⁵² který zdůraznil, že dominant nemusí mít realistickou šanci ztráty z predace později nahradit. Z dalších typů zneužití, které se výrazně projeví v judikatuře je možno uvést rabaty a odmítnutí dodávek nebo licence. Konkrétně rabaty projednával SPS v případě

²⁴⁷ TEMPLE LANG, J. *Article 82 EC - The Problems and the Solution* [online]. Brussels: Institutions and Markets Series, 2009 [cit. 28/10/2009] dostupné na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467747.

²⁴⁸ MOTTA, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

²⁴⁹ ECJ. Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co v Commission*. [1979] ECR 471.

²⁵⁰ ECJ. Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental v Commission*. [1978] ECR 207.

²⁵¹ ECJ. Case 62/86 *AKZO Chemie BV v Commission*. [1991] ECR I-3359.

²⁵² ECJ. Case 333/94 *Tetra Pak II* OJ [1992] L 72/1.

Michelin II v Commission,²⁵³ který je kritizován jako bašta formalismu mezi novějšími rozhodnutími, protože zdůrazňuje, že výhody a slevy poskytované zákazníkům, které nejsou ospravedlněny snížením nákladů, jsou nelegální. Tento přístup byl dále potvrzen v rozsudku *British Airways v Commission*,²⁵⁴ který jde plně ve stopách Michelin II v tom, že slevy musí být ospravedlněny ekonomickými důvody. Co ale oběma rozsudkům nejvíc chybí, je jakákoliv řádná ekonomická analýza místo pužití pouhých předpokladů.²⁵⁵ Poslední zastávkou na cestě za ideálním řešením problematiky rabatů je prozatím Intel,²⁵⁶ jediné rozhodnutí podle článku 102 SFEU vydané po reformě. Přestože Komise aplikovala nové testy zmíněné v Pokynech na posuzované praktiky, které se týkaly slev, došla v podstatě ke stejnému právnímu názoru jako před existencí těchto testů.²⁵⁷ Rozhodnutí bylo odvoláno k Tribunálu a je třeba vyčkat výsledek.

Ještě problematičtější oblastí, než jsou rabaty, je ale odmítnutí dodávek a povinné poskytnutí licence. Tato problematika je ošemetná zejména proto, že povinné poskytnutí přístupu zbavuje dominantní podnik motivace inovovat a investovat, protože nebude moci plody svých investic užívat sám. Evropská praxe se již dlouho snaží najít správnou rovnováhu a osciluje mezi benevolentním a striktním přístupem. Benevolentnější přístup reprezentují případy *Commercial Solvents v Commission*,²⁵⁸ kdy ESD potvrdil, že je zneužitím přestat zásobovat existujícího zákazníka, aby dominant získal výhodu pro vlastní dceřinnou společnost a Magill,²⁵⁹ což je skutečně hraniční rozhodnutí v oblasti povinného poskytování licence. ECJ zde judikoval, že licence musí být poskytnuta, pokud existuje nový produkt, po kterém je potencionální poptávka a který dominant ani nikdo jiný neposkytuje. Nebylo už ovšem řečeno, jestli tyto podmínky musí být splněny kumulativně nebo alternativně. Striktnější přístup reprezentuje hlavně Oscar Bronner,²⁶⁰ případ, který poměrně volné hranice stanovené v případě Magill zase usměrnil. Bylo rozhodnuto, že vstup, který konkurent požaduje,

²⁵³ CFI. Case T 203/01 *Michelin v Commission (Michelin II)*. [2003] ECR II-4071.

²⁵⁴ ECJ. Case T/219/99 *British Airways v Commission*. [2003] ECR II-5917.

²⁵⁵ LOVDAHL GORMSEN, L. Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to? *Competition Law Review*, 2005, 2 (2). s. 1.

²⁵⁶ Commission. C 227/07 *Summary of Commission Decision - Intel* OJ [2009] C 227/13.

²⁵⁷ GERADIN, D. *Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?* [online] Tilburg: TILEC, 2010 [cit. 30/04/2010] available at: <http://ssrn.com/abstract=1569502>. s. 3.

²⁵⁸ ECJ. Cases 6/73 & 7/73 *ICI and Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223.

²⁵⁹ ECJ. Joined Cases 241/91 & 242/92 *RTE & ITP v Commission (Magill)* [1995] ECR I-743.

²⁶⁰ ECJ. Case 7/97 *Oscar Bronner v Mediaprint* [1998] ECR I-7791.

musí být neduplikovatelný, aby byl přístup poskytnut. Generální advokát Jacobs zdůraznil význam zachování motivace investovat a inovovat, která by mohla být poškozena příliš lehkovážným garantováním přístupu. Tento přístup sleduje i rozhodnutí ESD ve věci *IMS Health*.²⁶¹ Zde nejprve Komise povinné licencování práva duševního vlastnictví nařídila, byla ale revidována soudy ve smyslu, že produkt, který soutěžitel zamýšlel poskytovat, nebyl novým produktem, ale jen variací na produkt dominantní společnosti. Oproti tomu rozhodnutí *Microsoft v Commission*²⁶² je jeden z nejkontroverznějších případů posledních let, který se vrací k benevolentnímu přístupu. Bylo rozhodnuto, že Microsoft musí poskytnout informace, které jsou nezbytné k výrobě produktů, které s produkty Microsoft spolupracují nebo je inovují. Byl tedy opuštěn koncept nového produktu ve prospěch inovace. Dále byl zakázán vázaný prodej MP3 přehrávače integrovaného do operačního systému Windows.

IV. Důvody pro reformu článku 102 SFEU

Je třeba si uvědomit, že evropská úprava dominantního postavení vznikala po druhé světové válce hlavně na základě německé zkušenosti, kde bylo soutěžní právo zavedeno v procesu denacifikace. Evropské soutěžní právo se tak vyvíjelo hlavně pod názorovým vedením ordoliberalní norimberské školy. Ta mezi jiným vyznává názor, že svobodná hospodářská soutěž má sebedestruktivní tendence. Jinými slovy, to, co je v ekonomické teorii považováno za motivační nástroj, tedy konečné monopolní postavení nejefektivnějšího soutěžitele na trhu („vítěz bere vše“), je ordoliberalní školou považováno za potencionálně nebezpečné, a to ekonomicky, politicky i sociálně.

Hlavním cílem je tedy zachování struktury trhu a blahobyt spotřebitele je považován spíše za podružný cíl. Tento přístup je dodnes živý hlavně ve SRN a jeho horlivou zastánkyní je například generální advokátka J. Kokott.²⁶³ Většina ekonomické teorie ovšem považuje tento přístup za překonaný a soustřeďuje se spíše na to, odstranit bariéry vstupu na trh, protože potencionální monopolní zisky vždy přilákají konkurenci, pokud může na trh volně vstoupit. Samozřejmě analýza, která je se zaměřuje spíše

²⁶¹ ECJ. Case 418/01 *IMS Health* [2004] ECR I-5039.

²⁶² ECJ. Case T201/04 *Microsoft v Commission*. [2007] ECR II-3601.

²⁶³ GERADIN, D. *Is the Guidance Paper on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 102 TFEU to Abusive Exclusionary Conduct Useful?* [online] Tilburg: TILEC, 2010 [cit. 30/04/2010] available at: <http://ssrn.com/abstract=1569502>. s. 4.

formálním směrem, má i své výhody: poskytuje právní jistotu, protože je jasné, které chování je nepřipustné, a také přináší nízké náklady vynucování práva, protože komplexní ekonomická analýza je nákladná. Nicméně nevýhody formalistického přístupu jeho výhody předčí. Hlavně škoda na celkovém hospodářském blahobytu je zřejmá, protože je odstrašováno chování, které může být prospěšné a efektivní.

Prakticky jsou problémy s článkem 102 SFEU spatřovány hlavně ve vnitřní i vnější nejednotnosti. Vnitřně je považováno za problematické, že článek 102 SFEU nemá žádnou strukturu, že nejsou zpracovány srozumitelné ekonomické testy pro všechny druhy zneužití a že se Komise často řídí pouze svojí intuicí a ne skutečnou ekonomickou analýzou. Vnější inkonsistence spočívá hlavně v tom, že všechny ostatní velké oblasti soutěžního práva už byly reformovány směrem k ekonomickému přístupu, který se soustředí na efekt chování a ne na jeho formu. Je tak paradoxní, že např. dohody podle článku 101 SFEU, které jsou teoreticky horším proviněním, než zneužití dominantního postavení, by měly být posuzovány podle mírnějších měřítek.²⁶⁴

V. Vývoj reformního úsilí v EU

O reformě úpravy dominantního postavení se začalo konkrétněji mluvit po roce 2003, kdy Mario Monti, tehdejší komisař, reformu oznámil na konferenci v Itálii.²⁶⁵ Navenek se pak reformní úsilí Komise projevilo v několika větších celcích. Prvním z nich byla zpráva panelu ekonomických expertů EAGCP, objednaná Komisí. Krátce nato následoval Discussion Paper Komise, který vyzýval k veřejné konzultaci. Po třech letech pak reforma kulminovala vydáním Pokynů k prioritám Komise při prosazování článku 102 SFEU.

Zpráva poradní skupiny pro soutěžní politiku (EAGCP)²⁶⁶ byla v pravdě revoluční a přinesla mnoho debaty.²⁶⁷ Tento dokument se orientuje téměř cele pouze na ekonomickou stránku věci a probírá zneužití dominantního postavení ze zcela nového

²⁶⁴ SHER, B. The Last of the Steam-powered Trains: Modernising Article 82. *European Competition Law Review*, 2004, 25(5), 243–246. s. 244.

²⁶⁵ LOVDAHL GORMSEN, L. Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to? *Competition Law Review*, 2005, 2 (2). p. 1.

²⁶⁶ EAGCP. *An Economic Approach to Article 82 (Report for the EC Commission)* [online]. Brussels, 2005 [cit. 01/03/2010] dostupné na http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf.

²⁶⁷ AKMAN, P. Article 82 Reformed? The EC Discussion Paper on Exclusionary Abuses. *Journal of Business Law*, 2006, DEC, 816–829. p. 817

úhlu. Vychází z toho, že dominantní postavení není třeba dokazovat, protože podnik, který se na trhu dokáže chovat zneužívajícím způsobem a není signály trhu ovládnán, má zákonitě tržní sílu. Proto jediné kritérium, které je důležité, je zda byla spotřebitelům způsobena prokazatelná škoda. Dalším konceptem bylo zrušení jednotlivých typů zneužití a jejich nahrazení prostou jednou kategorií, kde kritériem je právě škoda způsobená spotřebiteli. Velikou nevýhodou tohoto dokumentu je to, že prakticky neposkytuje právní jistotu tržním subjektům, protože posouzení vlastního chování v tomto ohledu je pro ně takřka nemožné.²⁶⁸ Dalším negativem je to, že dokument absolutně nereflektuje politickou realitu, která v Komisi panuje. Hledání konsensu pro dokument, který se tak radikálně rozchází s dosavadní politikou Komise by byl nadlidský úkol.

Discussion Paper Komise byl oproti zprávě EAGCP výrazně konzervativnější.²⁶⁹ Komise osvětlila, že si přeje spíše evoluci než revoluci.²⁷⁰ Discussion Paper se také omezil pouze na vylučující chování a vykořisťující chování přenechal pozdější reformě. Dokument se vrací zpět k několika typům zneužití a posouzení tržní síly v klasickém smyslu. Jako cíl svých reformních snah uvádí dokument „ochranu soutěže na trhu jako prostředek zvýšení blahobytu spotřebitele a efektivní alokace zdrojů.“²⁷¹ Tento dialektický přístup kombinuje ordoliberalní zájem na ochraně struktury trhu s ekonomickým přístupem, který je zaměřen na spotřebitele. Otázka, kterou si kladou odborníci, je ovšem, zda je možné v praxi tyto dva přístupy spojit, aniž by ani jeden z nich sloužil jen jako alibi pro přístup druhý. Dokument nerozebírá, co považuje za škodu pro spotřebitele. Discussion Paper přichází s testem stejně výkonného soutěžitele, který později převzaly i Pokyny. Tento koncept nabízí test toho, zda je praktika týkající se ceny zneužitím. Dominantní podnik se ptá, zda by on sám (tedy hypotetický

²⁶⁸ TORBOL, P. Modernising Article 82: Combining Legal Certainty and an Effect-based Approach. [online] *Competition Law Insight*, 2005, 4. p 3. [cit. 05/02/2010] dostupné na

²⁶⁹ DG COMPETITION. *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* [online]. Brussels, 2005 [cit. 02/04/2010] dostupné na <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

²⁷⁰ KROES, N. *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82* [online]. New York: Fordham Corporate Law Institute, 2005 [cit. 25/03/2010] dostupné na <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

²⁷¹ DG COMPETITION. *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* [online]. Brussels, 2005 [cit. 02/04/2010] dostupné na <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. para 54.

soutěžitel se stejnou efektivitou a nákladovou strukturou) byl schopen obstát tváří v tvář určité cenové praxe. Dále dokument přichází s novou definicí nákladů a to s tzv. průměrnými eliminovatelnými náklady, která jsou podobné, ale přesnější než průměrné variabilní náklady a dále s tzv. dlouhodobými průměrnými přírůstkovými náklady, které jsou obdobou dlouhodobých celkových nákladů, ale umožňují připisovat náklady firmy jednotlivým produktům. Také tento koncept byl převzat do Pokynů. Mezi pozitiva tohoto dokumentu patří také to, že rozpracovává koncept ospravedlnění chování na základě efektivity, kterou přináší. Obecně je možno říci, že Discussion Paper navrhoval spíše systematizaci než modernizaci úpravy dominantního postavení. Tento přístup byl do značné míry přejet Pokyny ke článku 102 SFEU.

VI. Pokyny k prioritám Komise při prosazování článku 102 SFEU²⁷²

Tato kapitola představuje zatím poslední krok v reformě čl. 102 SFEU. Probírá Pokyny, které byly vydány po dlouhém očekávání v prosinci 2008. Zabývá se principy, na kterých jsou Pokyny vystavěny, dále obecnou částí, která pojednává o posouzení tržní síly a konceptu vylučujícího zneužití, a konečně uvádí konkrétní typy zneužití, kterými se Pokyny zabývají a jejich hlavních znaky. Tato kapitola má charakter ryze popisný, posouzení Pokynů je přenecháno další kapitole.

Cílem Pokynů není být právním dokumentem, jak výslovně stanoví.²⁷³ Představují jednostranné tvrzení Komise o tom, které případy bude v budoucnu považovat za prioritní, tudíž kterými se bude zabývat. V tomto smyslu je můžeme chápat jako jakési programové prohlášení Komise o tom, jaké je její smýšlení o článku 102 SFEU. Nicméně vzhledem k tomu, že tento dokument bude kvůli síle své přesvědčivosti používán národními soutěžními úřady a soudy, nelze podceňovat jeho význam.²⁷⁴ Mezi ústřední principy, na kterých jsou pokyny vystavěny, patří koncept tzv. „uzavření trhu narušujícího hospodářskou soutěž“, což je v Pokynech vysvětleno jako „narušení účinné hospodářské soutěže uzavřením trhu konkurentům protisoutěžním způsobem mající za následek nepříznivý dopad na prospěch spotřebitelů, ať již ve formě

²⁷² Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. OJ C [2009] 45/7.

²⁷³ ibid. para 3.

²⁷⁴ TEMPLE LANG, J. *Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty*. Brussels: Centre for European Policy Studies, September 2009 [cit. 27/10/2009] dostupné na <http://www.ceps.be/book/treatment-exclusionary-abuses-under-article-82-ec-treaty-comments-european-commissions-guidance>.

vyšší cenové úrovni, než jaká by se prosadila za jiných okolností, či ve formě jiné, například omezování kvality či výběru pro spotřebitele.²⁷⁵ Zda toto protisoutěžní uzavření trhu nastává, je zaštiťujícím testem při všech typech zneužití a rozhoduje o tom, zda Komise zasáhne, či ne.

Obecná část Pokynů se v oblasti analýzy tržní síly v podstatě drží tradičního přístupu. Nejsou poskytnuty žádné pevné hranice tržních podílů, pod kterými by podnik nemohl být shledán dominantním. Určitou hranici představuje prohlášení, že není pravděpodobné usoudit, že podnik je dominantní, pokud jeho tržní podíl leží pod hranicí 40%. Výslovně jsou ovšem připuštěny výjimky z tohoto pravidla.²⁷⁶ Jako pozitivní aspekt je třeba hodnotit, že Pokyny opustily presumpci dominance při tržním podílu nad 50%, tak jak ji stanovuje AKZO. Podíl na trhu zůstává pouhým indikátorem dominance a dále jsou posuzovány tradiční aspekty jako je tržní pozice nejbližších konkurentů, možnosti vstupu a expanze na trh a vyvažující kupní síla.

Dalším aspektem při posuzování zda došlo ke zneužití je právě protisoutěžní uzavření trhu. Při tomto testu Komise vytváří jakýsi hypotetický scénář, který představuje situaci na trhu, kdyby k údajně zneužívajícímu chování nedošlo. Tuto metodu hypotetického scénáře uplatňuje Komise velmi úspěšně například při spojování soutěžitelů. K vytváření této hypotetické situace Komise využije různé aspekty, které uvádí ve 20. odstavci Pokynů.²⁷⁷ V případě zneužití založeného na cenových strategiích se uplatní výše zmíněný test stejně výkonného soutěžitele, který dává při porovnání s různými druhy nákladů odpověď na otázku, zda-li je chování protisoutěžní.²⁷⁸ Která cena je již považována za zneužívající, je uvedeno u jednotlivých typů chování. Poněkud alarmující je, že Komise připouští možnost ochrany konkurenta, který je méně výkonný než dominant, a to protože na dominantní podnik vyvíjí zvláštní tlak.²⁷⁹ Tento přístup ale přináší nebezpečí, že Komise bude hájit spíše soutěžitele, než soutěž samotnou.

Velmi důležitým prvkem je fakt, že Pokyny přináší možnost zneužívající

²⁷⁵ Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele. OJ C [2009] 45/7. para 19.

²⁷⁶ ibid. para 14.

²⁷⁷ ibid. para 21.

²⁷⁸ ibid. para 23 a n.

²⁷⁹ ibid. para 24.

chování ospravedlnit, a to buď na základě objektivní nutnosti nebo efektivnosti.²⁸⁰ Samozřejmě je třeba, aby chování bylo v obou případech nezbytné a přiměřené. Zatímco objektivní nutnost, která je vymezena poměrně úzce, patrně nebude mít častého využití, je ospravedlnění z hlediska efektivnosti vystavěno na podmínkách čl. 101(3) a mohlo by tak nabýt širšího uplatnění. Zklamáním je ovšem v tomto ohledu požadavek, že chování nesmí vylučovat všechny nebo většinu zdrojů efektivní soutěže na trhu.²⁸¹ To bude bohužel v případě dominantního postavení už z podstaty věci často problémem. Na ordoliberalní přístup k ochraně trhu také ukazuje výslovné prohlášení, že chování monopolisty nebude pravděpodobně vyváženo efektivitou.²⁸² Je na dominantním podniku, aby objektivní nutnost nebo efektivnost přesvědčivě prokázal.

Mezi jednotlivé typy vylučujícího zneužívajícího jednání, tak jak je popisují Pokyny patří výhradní dohody (výhradní odběr a podmíněné rabaty), vázaný a spojený prodej, predátorské jednání a odmítnutí dodávek a zmenšování rozpětí. Vzhledem k tomu, že Pokyny jsou ve své podstatě ekonomický dokument a koncepty některých zneužití jsou značně technické, bude v tom shrnutí jejich obsah zjednodušen a popsán jen zkráceně.

Při výhradních dohodách se dominant snaží zákazníka odradit od kupování od konkurentů, ať už tím, že ho přímo zaváže dohodou, nebo ho motivuje poskytnutými slevami.²⁸³ Při výhradním odběru je hlavním aspektem, který bude Komise posuzovat, to, zda konkurenti soutěží o celý trh, nebo zda je už určitá část poptávky vázána k dominantovi.²⁸⁴ Významným faktorem je také trvání těchto výhradních závazků. Situace při podmíněných rabatech je značně složitější: rozhoduje, zda-li jde o slevu zpětnou, poskytnutou na všechno zboží po dosažení určitého objemu prodeje, nebo o slevu přírůstkovou, která je poskytována jen na jednotky, které jsou zakoupeny nad příslušný prahový objem.²⁸⁵ Přírůstkové slevy jsou obecně považovány za méně nebezpečné pro soutěž než zpětné slevy. Kritériem pro posouzení, zda je rabat zneužívající, je otázka, zda-li sleva, která je poskytnuta při nákupu nad určitý stanovený objem, přesahuje průměrné eliminovatelné náklady na výrobu jednotek, při jejichž

²⁸⁰ ibid. para 28 a n.

²⁸¹ ibid. para 30.

²⁸² ibid. para 30.

²⁸³ ibid. para 32.

²⁸⁴ ibid. para 36.

²⁸⁵ ibid. para 37.

nákupu je sleva poskytnuta.²⁸⁶ To je v případě zpětných slev spíše nepravděpodobné. Při ceně, která nepokrývá dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady jsou posuzovány další faktory, jako např. jestli mohou ostatní soutěžitelé vyvinout efektivní obranné strategie.²⁸⁷ Další rolí hraje při posouzení to, o jakou část nabídky se reálně na trhu soutěží.²⁸⁸

Vázaný prodej popisuje situaci, kdy zákazník musí k produktu dominantní firmy zakoupit i jiný její produkt nabízený na trhu, kde není firma dominantní.²⁸⁹ Dominant tak posiluje svoji pozici na vázaném trhu, ať už smluvně, nebo tím, že k sobě výrobky váže technicky. Spojený prodej popisuje, jak jsou produkty nabízeny na trhu a situaci, kdy se jejich spojený prodej zpravidla pozitivně odrazí na konečné ceně pro spotřebitele, ale někdy za cenu toho, že jsou vyloučeni soutěžitelé, kteří nabízejí jen jednu část svazku a nemohou tak konkurovat s výhodnou cenou spojených výrobků.²⁹⁰ Vázaný a spojený prodej mohou vést ke značným úsporám pro spotřebitele, proto je třeba je pečlivě uvážit.²⁹¹ Hlavní faktory, které bude Komise posuzovat je to, zda vázaný a spojený prodej vytváří překážky vstupu a expanze na trh a zda při spojeném prodeji přírůstková cena každého dalšího výrobku ve svazku pokrývá dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady spojené s jeho zahrnutím do spojeného prodeje.²⁹²

Posouzení predatorního chování využívá nákladových testů: pokud je cena výrobků pod průměrnými eliminovatelnými náklady, jedná se jednoznačně o protisoutěžní predatorní chování.²⁹³ Pokud je cena mezi průměrnými eliminovatelnými náklady a dlouhodobými průměrnými přírůstkovými náklady, bude Komise pátrat po dalších faktorech, jako je například přímý důkaz predanční strategie v podobě

²⁸⁶ Pro ilustraci jednoduchý příklad. Pokud je cena jednotky 120 a průměrné eliminovatelné náklady na její výrobu jsou 50, dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady jsou 90. Rabat je poskytnut při dosažení objemu 100 jednotek ve výši 1 na jednotku. Přírůstkový rabat by v tomto případě byl legální, protože výsledná cena jednotek zakoupených nad objem by byla 119. Zpětný rabat by byl zneužívající, protože cena jednotky zakoupené nad prahový objem by byla 20, jelikož by se v ní odrazila sleva za všechny předchozí zakoupené jednotky. Pokud by sleva na jednotku byla stanovena např. ve výši 0,4, záleželo by na posouzení dalších faktorů, jelikož výsledná cena by byla 80, tedy mezi průměrnými eliminovatelnými náklady a dlouhodobými průměrnými přírůstkovými náklady.

²⁸⁷ ibid. para 43.

²⁸⁸ ibid. para 41.

²⁸⁹ ibid. para 49.

²⁹⁰ ibid. para 48.

²⁹¹ ibid. para 49.

²⁹² ibid. para 60.

²⁹³ ibid. para 54.

korespondence.²⁹⁴ Pokyny užívají pro predatorní chování pojem obětování zisku, který je jedním z nejspornějších v celých Pokynech. Cena pod průměrnými eliminovatelnými náklady samozřejmě bude v naprosté většině případů zahrnovat obětování zisku, ale pro cenu v „šedém pásmu“ mezi oběma nákladovými hladinami je nesnadné posuzovat obchodní strategie podniku zpětně jako úmyslně nerentabilní.

Zmenšování rozpětí popisuje situaci, kdy podnik dominantní na vertikálně předcházejícím trhu účtuje cenu, která v porovnání s cenou účtovanou na navazujícím trhu neumožňuje ani stejně výkonnému soutěžiteli trvale obchodovat se ziskem na navazujícím trhu. Komise bude porovnávat dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady dominanta na navazujícím trhu s rozdílem mezi cenou produktu na navazujícím trhu a konečnou cenou produktu.²⁹⁵

Odmítnutí dodávek je téma s bohatou judikaturou a stále sporné. Pokyny se kloní spíše k benevolentnějšímu udělování přístupu, i když uznávají nutnost zachovat motivaci pro inovace a investice. Pojetí pokynů je velmi sporné v tom ohledu, že vyžadují zvláštní okolnosti pro možnost přerušení dodávek existujícímu odběrateli. Obecně jsou podmínky udělení přístupu následující: přístup musí být nezbytný, na následném trhu musí být eliminována veškerá efektivní soutěž, chování může způsobit škodu spotřebitelům, například protože předchází vstupu nových, inovovaných nebo vylepšených produktů na trh. Je třeba vyzvednout, že se Pokyny pro udělení přístupu spokojují s pouhou inovací produktu a nevyžadují produkt kompletně nový.

VII. Zhodnocení dopadů Pokynů ke článku 102 SFEU

Tato kapitola zhodnotí silné a slabé stránky pokynů a posoudí jejich dopad na praxi Soudního dvora Evropské Unie, národních soutěžních úřadů a soudů a v neposlední řadě jejich efekt pro podniky samotné.

Reakce na vydání pokynů byly smíšené. Většinově je úsilí Komise chváleno a zakončení reformy přijato s povděkem, ale jsou kritizována slabá místa, která Pokyny mají. Kritika se různí, ale některé připomínky se objevují soustavně a je třeba jim věnovat pozornost.²⁹⁶ Nejčastější kritikou je nedůslednost, s jakou Pokyny spojují

²⁹⁴ ibid. para 68.

²⁹⁵ ibid. para 80.

²⁹⁶ Souhrnně pro kritiku Pokynů viz. následující články:

TEMPLE LANG, J. *Article 82 EC - The Problems and the Solution* [online]. Brussels:

formalistický přístup se zaměřením na ekonomický efekt.²⁹⁷ Mezi další kritizované body patří neexistence hranic, pod kterými nemůže být podnik shledán dominantním, dále velký význam, který Komise přisuzuje subjektivním záměrům podniků, neexistence rozpracované teorie škody způsobené spotřebitelům, stanovení příliš mnoha předpokladů, které se v praxi nemusí ukázat jako pravdivé a připuštění toho, že někdy není třeba provádět ekonomickou analýzu vůbec. Dalším trnem v oku je nedostatečně rozpracovaný koncept ospravedlnění díky zvýšené efektivitě, který bezmyšlenkovitě kopíruje strukturu čl. 101(3). Mnoho kritiky se také soustřeďuje na test stejné výkonného soutěžitele, protože od dominanta vyžaduje znalost o nákladových strukturách, kterou podle čl. 101 SFEU mít nesmí. Z jednotlivých typů zneužití jsou kritizovány hlavně rabaty jako neuměřeně technicky složité a příliš přísné a dále predace, která se v šedé zóně příliš opírá o subjektivní záměry dominanta. Úprava odmítnutí jednat je kritizována jednoznačně jako příliš benevolentní a ohrožující inovace a investice a odrazující dominantní podniky od uzavírání dodávkových smluv vůbec. Hlavním bodem kritiky je, že dále otevírá propast mezi právní úpravou tohoto tématu ve Spojených státech a v Evropě.

Co se týče vlivu směrnic na rozhodovací praxi soudů, je především třeba vyčkat. Soudy se v minulosti neukázaly nakloněny ekonomické analýze a tak až rozhodnutí v případě *Intel* přinese odpověď na to, zda vzaly Pokyny na vědomí.²⁹⁸ Netřeba dodávat, že v ohledu na soudy Pokyny mohou působit skutečně jen silou argumentu, protože

Institutions and Markets Series, 2009 [cit. 28/10/2009] dostupné na

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1467747.

TEMPLE LANG, J. *Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty*. [online].

Brussels: Centre for European Policy Studies, September 2009 [cit. 27/10/2009] dostupné na

<http://www.ceps.be/book/treatment-exclusionary-abuses-under-article-82-ec-treaty-comments-european-commissions-guidance>.

KILLICK, J.; KOMNINOS, A. Shizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis. *Global Competition Policy*, 2009, FEB-09(1), 1–10.

PETIT, N. From Formalism to Effects? - The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC. *World Competition: Law and Economics Review*, 2009, Forthcoming.

EZRACHI, A. The European Commission Guidance on Article 82 EC - The Way in which Institutional Realities Limit the Potential for Reform. *Legal Research Paper Series*, 2009, 27, 1–31.

GUTERMUTH, A. Article 82 Guidance: A Closer Look at the Analytical Framework and the Paper's Likely Impact on European Enforcement Practice. *Global Competition Policy*, 2009, FEB-09(1), 1–14.

²⁹⁷ KILLICK, J.; KOMNINOS, A. Shizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis. *Global Competition Policy*, 2009, FEB-09(1), 1–10. s. 3.

²⁹⁸ Viz např. CFl. Case T/219/99 *British Airways v Commission*. [2003] ECR II-5917. para 28.

postrádají jakoukoliv právní závaznost. Vliv na národní soutěžní úřady a soudy bude pravděpodobně smíšený.²⁹⁹ Země jako Německo, s vysokou rezistencí vůči ekonomickému přístupu, budou přijetí principů stanovených v Pokynech odolávat.³⁰⁰ Jiné země Pokyny přijmou, ale je známo, že schopnosti a úroveň ekonomické analýzy se v jednotlivých státech velmi liší, proto bude úkolem Komise hlídat jednotu v aplikaci čl. 102 SFEU napříč Evropou.³⁰¹ Tuto pravomoc ovšem Komise postrádá u národních soudů a proto hrozí nebezpečí tzv. forum shopping, tedy toho, že si soutěžitelé budou vybírat režim, který je pro ně nejvýhodnější. Ve vztahu k podnikům je jistě pozitivní, že jsou nyní pravidla ke článku 102 SFEU soustředěna do jednoho dokumentu a systematizována. To zvyšuje právní jistotu a předvídatelnost.³⁰² Nicméně Pokyny kladou velké nároky na sebezposouzení podniků. Dále je taky problematické vyhovět národnímu režimu, který může být formalistický, evropskému režimu, který je kompromisem a režimu v ostatních jurisdikcích, který může být zaměřen výhradně na efekt chování.³⁰³

VIII. Závěr

Je možno uzavřít, že Pokyny ke článku 102 SFEU jsou vítaným dokumentem, protože přinášejí více systému a předvídatelnosti do právní úpravy dominantního postavení na trhu. Přestože Pokyny mnohé zklamaly polovičatým přístupem, je třeba vzít na vědomí institucionální realitu a nedostatek konsenzu na více převratném řešení. Pokyny jsou celkově slibným krokem správným směrem a je třeba vyčkat toho, jak nová praxe prosazování článku 102 SFEU naplní tento dokument životem.

²⁹⁹ GUTERMUTH, A. Article 82 Guidance: A Closer Look at the Analytical Framework and the Paper's Likely Impact on European Enforcement Practice. *Global Competition Policy*, 2009, FEB-09(1), 1–14, s. 10.

³⁰⁰ HEITZER, B. *Statement at the European Competition Day in Paris, 18-19 November 2008* [cit. 02/04/2010] dostupné na http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Diskussionsbeitraege/081127_ECD_Paris.pdf.

³⁰¹ EZRACHI, A. The European Commission Guidance on Article 82 EC - The Way in which Institutional Realities Limit the Potential for Reform. *Legal Research Paper Series*, 2009, 27, 1–31, s. 27.

³⁰² GUTERMUTH, A. Article 82 Guidance: A Closer Look at the Analytical Framework and the Paper's Likely Impact on European Enforcement Practice. *Global Competition Policy*, 2009, FEB-09(1), 1–14, s. 12.

³⁰³ *ibid.* s. 14.