

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta

Katedra evropského práva

**Dvojkolejnost právní úpravy dominantního postavení
v soutěžním právu EU**

(Duality of the legal regulation of a dominant position in EU competition law)

Jan Pavel, B.A.(Hons), LL.M.

Vedoucí práce: doc. JUDr. Pavel Svoboda, Ph.D., D.E.A.

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 6. dubna 2012

Prohlášení

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

V Praze dne 6. dubna 2012

Jan Pavel, B.A.(Hons), LL.M.

Poděkování

Na tomto místě bych rád poděkoval mému vedoucímu diplomové práce doc. JUDr. Pavlu Svobodovi, Ph.D., D.E.A, za cenné rady a připomínky poskytnuté během uskutečněných konzultací k této diplomové práci.

Jan Pavel, B.A.(Hons), LL.M.

Obsah

OBSAH	4
ÚVOD	6
1. ÚVODNÍ POZNÁMKY – OBECNÉ OTÁZKY SOUTĚŽNÍHO PRÁVA	7
1.1 HOSPODÁŘSKÁ SOUTĚŽ.....	7
1.2 „PODNIK“ A „SOUTĚŽITEL“.....	8
1.3 VNITŘNÍ TRH EU A ZÁKLADNÍ SVOBODY	10
1.4 SOUTĚŽNÍ PRÁVO OBECNĚ.....	11
1.4.1 Ordoliberalismus (Freiburská škola).....	13
1.5 SOUTĚŽNÍ PRÁVO EU	14
1.6 CÍLE SOUTĚŽNÍHO PRÁVA	16
1.7 RELEVANTNÍ TRH, TRŽNÍ PODÍL A HOSPODÁŘSKÁ A FINANČNÍ SÍLA	18
1.8 VYMEZENÍ ŘEŠENÉHO PROBLÉMU	22
1.9 METODY ZPRACOVÁNÍ DIPLOMOVÉ PRÁCE	23
1.10 SMYSL A CÍL DIPLOMOVÉ PRÁCE.....	24
2. DOMINANTNÍ POSTAVENÍ PODNIKU NA TRHU	27
2.1 DOMINANTNÍ POSTAVENÍ A EVROPSKÉ (UNIJNÍ) PRÁVO – SINGLE DOMINANT POSITION	28
2.1.1 <i>Koncepty dominantního postavení</i>	29
2.1.2 <i>Dominantní postavení a zvláštní odpovědnost dominanta</i>	31
2.1.3 <i>Dominantní postavení – význam tržního podílu a Relevantní trh</i>	32
2.2 KOLEKTIVNÍ DOMINANCE A EVROPSKÉ (UNIJNÍ) PRÁVO – JOINT DOMINANT POSITION	34
2.2.1 <i>Ekonomické vazby</i>	35
2.2.2 <i>Kolektivní (společná) politika</i>	36
2.2.3 <i>Kritéria Airtours</i>	36
3. ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍ POSTAVENÍ V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU	39
3.1 ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ V EVROPSKÉM (UNIJNÍM) PRÁVU	39
3.1.1 <i>Čl. 102 SFEU a obecné cíle soutěžní politiky</i>	41
3.1.2 <i>(Ne)Vyloučení hospodářské soutěže</i>	41
3.1.3 <i>Koncept „zneužití dominantního postavení“ v rámci čl. 102 SFEU</i>	42
3.1.4 <i>Relevantní trh a zneužití dominantního postavení</i>	44
3.1.5 <i>Demonstrativní výčet skutkových podstat v čl. 102 SFEU</i>	44
3.1.6 <i>Vazba mezi dominantním postavením a jeho zneužitím</i>	45
3.1.7 <i>Objective justification, přiměřenost a další výjimky</i>	46
3.2 ZNEUŽITÍ KOLEKTIVNÍHO DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ	47
3.2.1 <i>Individuální nebo společná „zvláštní“ odpovědnost dle čl. 102 SFEU?</i>	49
4. KONTROLA KONCENTRACÍ PODNIKŮ V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU	51
4.1 ÚPRAVA KONTROLY KONCENTRACÍ PODNIKŮ V EVROPSKÉM (UNIJNÍM) PRÁVU	51
4.1.1 <i>Soutěžní politika a vliv koncentrací na soutěž</i>	53
4.1.2 <i>Pojem „podnik“ a „kontrola“</i>	55
4.1.3 <i>Tzv. Evropská dimenze a notifikační povinnost</i>	57
4.1.4 <i>Relevantní trh</i>	58
4.2 FORMY KONCENTRACÍ (SPOJENÍ) PODNIKŮ	59
4.2.1 <i>Pozitivní vymezení</i>	59
4.2.2 <i>Negativní vymezení</i>	60
4.3 SUBSTANTIVNÍ TEST.....	61
5. DVOJKOLEJNOST PRÁVNÍ ÚPRAVY DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU A MÍRA REGLEMENTACE SOUTĚŽE	67
5.1 (DE)REGULACE A AUTOREGULACE V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU	68
ZÁVĚR	74

<i>OBECNĚ K VNITŘNÍMU TRHU, SOUTĚŽNÍMU PRÁVU A JEHO CÍLŮM...</i>	74
SHRNUTÍ ŘEŠENÉHO PROBLÉMU	75
<i>OBECNĚ K OTÁZCE „DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ“</i>	76
<i>DOMINANTNÍ POSTAVENÍ VS. VÝZNAMNÁ TRŽNÍ SÍLA V OBLASTI ELEKTRONICKÝCH KOMUNIKACÍ</i>	79
<i>VÝZNAM DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ DLE ČL. 102 SFEU A DLE NAŘÍZENÍ 139/2004</i>	81
<i>EVROPSKÁ DIMENZE SPOJENÍ PODNIKŮ A EVROPSKÁ DIMENZE ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ</i>	82
<i>REGULACE V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU - REGULACE EX POST ČI EX ANTE?</i>	84
RÉSUMÉ V AJ	88
RÉSUMÉ V ČR	89
SEZNAM POUŽITÝCH ZKRATEK	90
SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY A JINÝCH PRAMENŮ	91

Úvod

Předkládaná práce se zabývá otázkou dvojkoľejnosti dominantního postavení v evropském soutěžním právu. Cílem integračních snah při zakládání EU bylo vytvoření vnitřního trhu, zejm. celní unie. Aby bylo možné tohoto stavu dosáhnout, bylo nezbytné přijmout řadu integračních opatření a vytvořit právní rámec, resp. podmínky, za kterých by mohla hospodářská soutěž na vnitřním trhu efektivně fungovat. V této souvislosti byla přijata řada právních předpisů s platností pro celé území EU regulujících hospodářskou soutěž. Tato práce je však zaměřena na analýzu norem evropského soutěžního práva v souvislosti s hospodářskou soutěží upravujících dominantního postavení na trhu, tj. jednak čl. 102 SFEU zakazující restriktivní praktiky podniků ve formě zneužívání dominantního postavení a dále také Nařízení 4064/89 a později Nařízení 139/2004 upravující kontrolu podnikových koncentrací. V případě obou právních úprav je zásadní otázkou „dominantní postavení“ podniku na trhu, přičemž čl. 102 SFEU představuje kontrolu *ex post*, tj. vztahuje se až případné zneužití dominantního postavení a v tomto smyslu samo dominantní postavení není problémem a dále právní úprava kontroly podnikových koncentrací, která představuje *ex ante* kontrolu „dominantního postavení“, resp. umožňuje zakázat spojení podniků, v jehož důsledku by došlo k získání nebo posílení dominantního postavení podniku na trhu nebo v jehož důsledku by nastaly takové strukturální změny na trhu, že by hrozilo podstatné omezení nebo vyloučení soutěže. S ohledem na zvolené téma, práce obsahuje výklad o koncepcích dominantního postavení jako takového, dále o smyslu a podstatě systému postihování restriktivních praktik dle čl. 102 SFEU a kontrole podnikových koncentrací ve smyslu Nařízení 139/2004. Je zde dále také diskutována otázka minimalizace intervence veřejné moci v podobě vytváření regulace hospodářské soutěže a také konflikty, které vznikají v důsledku tohoto dvojího pojetí úpravy dominantního postavení, zejm. ve vztahu ke kontrole podnikových koncentrací a možným střetům aplikace tohoto nařízení s vlastnickým právem dotčených podniků k jejich zdrojům, smluvní svobodě a volnému pohybu kapitálu. S ohledem na uvedené práce obsahuje celkem pět kapitol, kdy první se věnuje úvodním poznámkám obecného soutěžního práva, vymezení řešeného problému a metodám a cílům této diplomové práce. Druhá až pátá kapitola se postupně věnuje otázkám dominantního postavení jako pojmu, zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU, kontrole podnikových koncentrací dle Nařízení 139/2004 a konečně míře regulace v této oblasti. Závěr této práce je potom věnován shrnutí tématu a řešeného problému a také cílům této práce vymezeným v čl. 1.10 této práce.

1. Úvodní poznámky – obecné otázky soutěžního práva

1.1 Hospodářská soutěž

Hospodářská soutěž je pojmem do značné míry velmi ambivalentním. Přesto lze vymezit, že ke znakům hospodářské soutěže obecně jistě patří jednak *existující trh* a dále *alespoň dva (soutěžitelé) subjekty*, s antagonickým chováním. Výstižně pak byl rozpracován model hospodářské soutěže O. Blackem¹, který jej vymezil takto: „*X soutěží s Y, pokud existují jednání Ax a Ay a cíle Gx a Gy tak, že X činí Ax s úmyslem dosáhnout Gx, Y činí Ay s úmyslem dosáhnout Gy, a X dosáhne Gx pouze pokud Y nedosáhne Gy.*“²

„*Účinná hospodářská soutěž*“ je pak pojem, se kterým pracuje nejen odborná literatura.³ Jak tedy tento pojem chápat? Tak například Bishop a Walter uvádí, že nelze dostatečně dobře chápat účinnou hospodářskou soutěž coby proces soutěžní rivality, protože toto vymezení neumožňuje určit, jaká míra rivality je zapotřebí, aby byla zachována účinná hospodářská soutěž. Uvedení autoři pak za nesprávný považují názor, který říká, že jakékoli omezení rivality mezi soutěžiteli/podniky by bylo možné považovat za protisoutěžní, avšak naopak mají za to, že některá omezení v tomto smyslu nejen, že *zvyšují efektivitu soutěže*, ale nepřímo tím také *blahobyť spotřebitelů*.^{4,5} Jako nevhodné dále Bishop a Walter spatřují pojetí účinné hospodářské soutěže definované na základě neexistence obchodního omezení ve smyslu volního chování soutěžitelů/podniků a poukazují na skutečnost, že toto pojetí by ale vůbec neodpovídalo realitě panující na trhu, přičemž pokud se zamyslíme nad pojmem „smlouva“, tak nelze než dospět k závěru, že jejím uzavřením k omezení volního chování účastníků na trhu rovněž dochází. Vyjdeme-li však z tohoto pojetí, tak pokud bychom dovedli tuto úvahu *ad absurdum*, bylo by nezbytné zrušit všechny smlouvy, které tedy z povahy věci jejich účastníky do jisté míry omezují. Toto pojetí lze proto považovat za zcela nepřijatelné. Bishop a Walter pak uzavírají, že nezáleží na konkrétní podobě procesu hospodářské soutěže, ale výsledcích, které z toho pro spotřebitele plynou.⁶

¹ Black, O. *Conceptual Foundations of Antitrust*, Cambridge University Press, 2005, chapter 1

² *Ibid.*, str. 10

³ např. Kindl, J. *Kartelové a distribuční dohody*, Praha : C.H. Beck, 2009, str. 38 a násl.

⁴ Bishop, S., Walker, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement*, Sweet & Maxwell, London 2002, str. 12 - 16

⁵ k uvedeným pojmům blíže - viz. čl. 1.6 této práce

⁶ Bishop, S., Walker, M. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement*, Sweet & Maxwell, London 2002, str. 16

1.2 „Podnik“ a „soutěžitel“

Hovoříme-li o pojmu „podnik“ a „soutěžitel“ v rámci soutěžního práva, jde jednoznačně o koncepci adresáta norem soutěžního práva, tj. o osobní působnost. Pokud jde o právo evropské (unijní) je tímto adresátem „podnik“. České soutěžní právo za tohoto adresáta označuje „soutěžitele“. Avšak i pojem „podnik“ není českému právu cizí, avšak poněkud v jiné souvislosti. Předmětem následujících odstavců proto bude stručné vymezení těchto pojmů.

V první řadě pojem „soutěžitel“ – vymezení lze nalézt v ust. § 2 odst. 1 ZOHS, který uvádí, že soutěžitelem se rozumí: „...fyzické a právnické osoby, jejich sdružení, sdružení těchto sdružení a jiné formy seskupování, a to i v případě, že tato sdružení a seskupení nejsou právnickými osobami, pokud se účastní hospodářské soutěže nebo ji mohou svou činností ovlivňovat, i když nejsou podnikateli.“

Jak jsme si již výše uvedli, evropské (unijní) právo pak pracuje s pojmem „**podnik**“. Předně je třeba uvést, že pojem „podnik“ ve smyslu evropského (unijního) práva a význam slova „podnik“ dle dikce ust. § 5 ObchZ nelze ztotožňovat, neboť „podnik“ dle českého práva (ust. § 5 ObchZ⁷), jako předmět právních vztahů, se vyznačuje docela jiným obsahem. V české legislativě se tento pojem na jiném místě již nenachází. Pojem „podnik“ je využíván v rámci evropského (unijního) práva ve spojení s čl. 101 a 102 SFEU (dříve čl. 81 a 82 a násl. SES) a také ve vztahu k právní úpravě veřejných podpor poskytovanými členskými státy ve smyslu čl. 107 SFEU (dříve čl. 87 a násl. SES). Dále je možné se s tímto pojmem setkat samozřejmě v procením Nařízení 1/2003.⁸ ESD se vymezení podniku zabýval, zřejmě v nejčastěji citované rozhodnutí ve věci *Höfer&Elser/Marcitron Gmb*,⁹ ve kterém uvedl, že „podnikem“ má být chápána každá jednotka, která vykonává hospodářskou činnost¹⁰ Právní forma jednotky nebo způsob financování pak není rozhodný.¹¹ Z citované definice vyplývají charakteristické prvky pojmu „podnik“ ve smyslu evropského (unijního) práva, a to skutečnost, že se jedná o *entitu (jednotku) bez ohledu na způsob jejího financování a právní formu* a dále, že tato entita *vykonává hospodářskou činnost*.

⁷ k pojmu „podnik“ - ust. § 5 zák. č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku ve znění pozdějších předpisů – Podnikem se rozumí: „...soubor hmotných, jakož i osobních a nehmotných složek podnikání. K podniku náleží věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které patří podnikateli a slouží k provozování podniku nebo vzhledem k své povaze mají tomuto účelu sloužit. Podnik je věc hromadná. Na jeho právní poměry se použijí ustanovení o věcech v právním smyslu. Tím není dotčena působnost zvláštních právních předpisů vztahujících se k nemovitým věcem, předmětům průmyslového a jiného duševního vlastnictví, motorovým vozidlům apod., pokud jsou součástí podniku.

⁸ Nařízení Rady (ES) č. 1/2003, ze dne 16. 12. 2002, o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v čl. 81 a 82 SES – dostupné z - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:08:02:32003R0001:CS:PDF>

⁹ rozhodnutí ESD ve věci *Höfer & Elser/Marcitron Gmb*, C-41/90, odst. 21

¹⁰Ibid.

¹¹Ibid.

Zcela nerozhodné dále také je, zda entitou, resp. jednotkou uvažována fyzická nebo právnická osoba, což ostatně plyne, kromě jiného, také z rozhodnutí ESD ve věci *Hydrotherm/Compact*, podle něhož pod pojmem „podnik“ v evropském (unijním) soutěžním právu je třeba spatřovat hospodářskou jednotku i pokud se po právní stránce předmětná hospodářská jednotka sestává z několika osob, přičemž je nerozhodno, zda fyzických nebo právnických.¹² Výše uvedené také podepírá rozhodnutí Tribunálu (dříve SPS) ve věci *Shell*, ve kterém Tribunál uvedl, že „podnik“ jako pojem ukazuje na hospodářské jednotky sestávající se z jednotné organizace jak osobních, tak i hmotných a nehmotných složek, jež z dlouhodobého hlediska sleduje ekonomický cíl.¹³ Z citovaného rozhodnutí Tribunálu se podává již určitá podobnost vymezení „podniku“ jako věci hromadné ve smyslu ust. § 5 ObchZ. I. *Pelikánová* k této problematice uvádí s odkazem na rozhodnutí ESD ve věci *Vodafone Airtouch/Mannesmann*,¹⁴ že pojem podniku v evropském (unijním) právu byl zřejmě zdrojem inspirace pro ust. § 5 ObchZ (viz výše), nicméně současně dodává, že tato skutečnost nic nemění na tom, že z právního pohledu je pojetí „podniku“ v evropském (unijním) právu a „podniku“ v českém ObchZ odlišné.¹⁵ Konečně, *Munková* vymezuje jako znaky „podniku“ jednak *existenci hospodářské entity, resp. hospodářské jednotky* (bez ohledu na její právní formu), s *trvalým výkonem hospodářské činnosti*, přičemž je zapotřebí, aby hospodářská jednotka *sledovala hospodářský cíl*.¹⁶

V evropském (unijním) právu rovněž lze více samostatných entit (hospodářských jednotek) považovat za jediný podnik. Toto je však podmíněno existencí takového vzájemného vztahu, z jehož povahy lze usuzovat o tom, že více podniků (charakterizovaných těmito vztahy) tvoří jedinou ekonomickou jednotku.¹⁷ Ke stejnému závěru dospěl i Tribunál ve věci *Dradenauer Stahlgesellschaft mbH*, kde konstatoval, že pokud právně se odlišující fyzické nebo právnické osoby tvoří hospodářskou jednotku, musí být považovány za jediný podnik ve smyslu pravidel hospodářské soutěže na evropské (unijní) úrovni.¹⁸

Pokud jde o **výkon hospodářské činnosti** dlužno doplnit, že tento pojem není

¹² rozhodnutí ESD ve věci *Hydrotherm/Compact*, 170/83, odst. 11

¹³ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Shell*, T - 11/89, odst. 311

¹⁴ analýza rozhodnutí ESD ve věci *Vodafone Airtouch/Mannesmann* – dostupná z http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1795_en.pdf

¹⁵ *Pelikánová, I. Komentář k obchodnímu zákoníku*, 3. vyd., I. díl, Praha : LINDE Praha, a.s., 2003, str. 69-70

¹⁶ *Munková, J. Podnik jako adresát normy v soutěžním právu*, Právní rozhledy č. 17/2004

¹⁷ *Kindl, J. Kartelové a distribuční dohody*, Praha : C.H. Beck, 2009, str. 72

¹⁸ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Dradenauer Stahlgesellschaft mbH*, T-234/95, odst. 124

v evropském (uniijním) právu vůbec legislativně definován.¹⁹ Jeho obsah je dán judikaturou, která považuje za hospodářskou činnost jakoukoli činnost, jejíž podstata je v nabízení zboží nebo služeb na určitém relevantním trhu.²⁰ Poměrně zevrubněji se pojmem hospodářské činnosti zabýval například *Odudu*. Dle jeho názoru lze činnost považovat za hospodářskou, pokud *i) spočívá v nabízení zboží nebo služeb na trhu, ii) je s ní spojeno hospodářské nebo finanční riziko, a iii) předmětná činnost má potenciál k tomu, aby generovala zisk.*²¹

1.3 Vnitřní trh EU a základní svobody

Ve smyslu čl. 26 odst. 2 SFEU (dříve čl. 14 odst. 2 SES) je třeba vnitřní trh chápat jako prostor bez vnitřních hranic, kde je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu. Vnitřní trh je tedy území členských států, na němž se uskutečňují základní tržní svobody v rámci systému nezkreslené soutěže²² a je jedním ze stádií hospodářské integrace.²³ Jedná se v tomto smyslu o propojení ekonomik členských států do jednoho ekonomického celku, což dovoluje optimální alokaci práce a kapitálu, kdy podnikatelské subjekty působící na tomto trhu mohou přesouvat svůj kapitál a investice do pro jejich podnikatelský záměr výhodnějších míst. Běžní pracovníci také mohou různě migrovat do míst, kde je vyšší poptávka po jejich práci a kvalifikaci, tj. do míst, kde budou rovněž lépe za svou práci odměňováni. Hovoříme-li pak o plné integraci, je nepochybné, že je možná toliko za situace, kdy budou odstraněny všechny překážky pohybu hospodářských faktorů,²⁴ což nepochybně vylučuje zásahy do národních ekonomik ze strany států. Přesto však existuje řada překážek bránících volnému pohybu na vnitřním trhu, které lze členit na fyzické, právní, daňové, technické a jiné. Příkladem fyzických překážek jsou nepochybně kontroly na hranicích, technických pak technické normy a administrativní kontroly, daňových jsou to rozdíly daňových režimů a konečně příkladem právních překážek jsou to dozajista různá povolovací řízení pro výkon práce, poskytování služeb, pohyb kapitálu z důvodu původu těchto hospodářských faktorů. Volnému pohybu je proto třeba rozumět tak, že

¹⁹ Dle *Kindla* definice v čl. 4 odst. 4 Šesté směrnice Rady č. 77/388/EEC o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obratu nemůže sloužit pro účely výkladu uvedeného pojmu, neboť pojem podniku je pojmem primárního práva a vykládat jej pomocí definic obsažených v normách sekundárního práva je diskutabilní. – viz Kindl, J. Kartelové a distribuční dohody, Praha : C.H. Beck, 2009, str. 77

²⁰ např. rozhodnutí ESD ve věci *Komise vs. Itálie*, 118/85, odst. 7

²¹ *Odudu*, O. The Boundaries of EC Competition Law, The Scope of Article 81, Oxford University Press, 2006, str. 26-45

²² Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011, str. 401 a násl.

²³ *Ibid.*, str. 401

²⁴ *Ibid.*, str. 403

hospodářské faktory se používají na celém území trhu, jakoby pocházely z tuzemského prostředí.²⁵

Hospodářské faktory, jak již bylo uvedeno, představují základní svobody vnitřního trhu EU, a to *volný pohyb zboží, osob, služeb, kapitálu a plateb*. Pro účely této práce si jen ve stručnosti shrneme podstatu uvedených svobod vnitřního trhu EU. Svobodami vnitřního trhu se jednotlivě v této části práce pro obsahovou náročnost a také s ohledem na téma této práce zabývat nebudeme. Některé otázky týkající se zejm. volného pohybu kapitálu, budou v souvislosti s otázkou spojování soutěžitelů rozebrány v souvislostech v následující kapitole této práce.

1.4 Soutěžní právo obecně

Soutěžním právem obecně rozumíme soubor právních norem upravujících vztahy mezi soutěžiteli/podniky, kteří vystupují na trhu v rámci hospodářské soutěže.²⁶ Nicméně i soutěžní právu lze říci, že systémem ambivalentním (ostatně jako hospodářská soutěž) zahrnujícím všeobecnou kontrolu *chování subjektů na trhu* (interně diferencovanou podle zájmu), které reguluje.²⁷ Naproti tomu je však nutné soutěžní právo také vnímat jako soubor právních norem sloužících k ochraně soukromého (individuálního) zájmu na zachování dobrých mravů v rámci hospodářské soutěže, jinými slovy jako ochranu proti nekalému-soutěžnímu chování.²⁸ Soutěžní právo je ovládáno zásadou *legální licence*, tedy principem co není zakázáno, je dovoleno, přičemž budeme-li definovat podmínky účasti v soutěžních vztazích, nutno použít negativního vymezení, tj. definovat nežádoucí jednání, které normy soutěžního práva proto zakazují. Protože je soutěžní právo *právem deliktním*,²⁹ je překročení zákazu v něm vymezeným samozřejmě sankcionováno, neboť jen těžko si představit efektivnost normy soutěžního práva bez možnosti následného postihu. Delikty mají v rámci soutěžního práva povahu jednak *správní*, ale také *civilní*, a to zejm. ve vztahu k *převažujícímu zájmu*, které je soutěžním právem chráněno a potencionálně ohroženo. Tedy, je zde jednak uvažován soukromý zájem jednotlivých podniků/soutěžitelů na poskytnutí ochrany jejich vztahů, které mají s ostatními účastníky soutěže v horizontální úrovni, pokud jeho jednání vybočuje z mezí, které mu soutěžní právo nezakazuje a je v rozporu s *dobrymi mravy soutěže*, nebo je na druhé straně uvažován zájem států, ev. v případě vnitřního trhu EU zájem EU, na existenci soutěže jako takové, tj. aby soutěž nebyla

²⁵ Ibid., str. 403

²⁶ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 23

²⁷ Ibid., str. 24

²⁸ Ibid., str. 24

²⁹ Ibid., str. 25

jednáním jejích účastníků narušena. Zde je třeba doplnit, že tohoto stavu (omezení, vyloučení nebo zkreslení soutěže) je možné ze strany podniků/soutěžitelů dosáhnout i jejich legitimním jednáním, nicméně optikou soutěžního práva jednáním zakázaným.³⁰

Soutěžní právo upravující ochranu hospodářské soutěže (soutěžní právo v užším smyslu) postaveno na **třech základních pilířích**. **Prvním pilířem** je zákaz koluzivního jednání ve formě dohod narušujících hospodářskou soutěž, tj. kartelových dohod, **druhým** pak zákaz restriktivních praktik v podobě zákazu zneužití dominantního postavení, a v nespolední řadě **třetím**, který upravuje spojování soutěžitelů (resp. kontrolu koncentrací podniků) jako preventivního nástroje ochrany hospodářské soutěže, resp. ochrany před vznikem strukturálních změn na trhu, které by mohly narušit účinnou hospodářskou soutěž.³¹ Prvé dva ze zmíněných pilířů představují ochranu hospodářské soutěže *ex post*, tj. je zde postihováno již nastalé narušení hospodářské soutěže nebo jeho bezprostřední hrozba. Třetí pilíř jako úprava prevence je naproti tomu tedy ochranným nástrojem soutěžního práva *ex ante*.

Podstatnou otázkou soutěžního práva je také, s ohledem na možné odlišné vnitrostátní soutěžní politiky a soutěžní politiku evropskou, jednání, kdy účinnou hospodářskou soutěž mohou narušit státy, orgány EU nebo veřejná moc obecně. Mám zde jednak na mysli zadávání veřejných zakázek a poskytování státních podpor, ale především (ne)přijímání legislativy, která v důsledku může bránit v efektivní soutěži a v případě EU může do značné míry popírat svobody vnitřního trhu (posledně popsaná problematika bude diskutována níže). Předmětem soutěžního práva pak nemůže být jakékoli jednání podniku/soutěžitele, ale jen takové jednání, dle jeho povahy lze dovodit, že je způsobilé narušit nebo negativně ovlivnit účinnou hospodářskou soutěž. Podstatné je zde potom nepochybně to, zda a jakou tržní silou podnik/soutěžitel disponuje, tj. zda disponuje schopností přijmout takovou strategii, která umožní své konkurenty z trhu vytlačit, ev. soutěž zcela vyloučit tím, že zvýší ceny nad tržní úroveň. Jednání takové povahy lze dozajista vnímat jako podstatné snížení, resp. *narušení hospodářské soutěže* a v této souvislosti i velice pravděpodobné *snížení spotřebitelského blahobytu*, jehož maximalizace je důsledek plnění cílů soutěžní politiky.³² Tržní síla vystupuje do popředí zejména, pokud jde o jednostranné (nekoordinované) praktiky podniků/soutěžitelů v tzv. dominantním postavení a kteří jsou schopni chovat se na trhu do jisté míry nezávisle a využívat svojí tržní sílu k újmě ostatních podniků/soutěžitelů a nepřímo i konečných spotřebitelů právě díky povaze tohoto

³⁰ Ibid., str. 26

³¹ Ibid., str. 27

³² Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 1

dominantního postavení. Málo patrná je potom role tržní síly v případě zakázaných dohod, uvážíme-li, že soutěžní právo obecně zakazuje veškeré formy koordinace podniků/soutěžitelů způsobilé narušit účinnou hospodářskou soutěž.³³ K této otázce přistupuje pravidlo „*de minimis*“ postavené na zásadě, že koordinované jednání podniků/soutěžitelů, kteří s ohledem na povahu trhu disponují toliko zanedbatelnou tržní silou, nejsou považována za zakázaná, neboť se u těchto jednání obvykle nenaplnuje koncept narušení hospodářské soutěže, které je vyžadováno jako *podstatné*.

1.4.1 Ordoliberalismus (Freiburská škola)

Koncepčně se nachází základy hospodářské soutěže v Evropě v úvahách „*ordoliberalismu*“ coby názorového proudu tzv. *Freiburské školy*. Ordoliberalismus jako názorový proud vznikl ve 30. letech 20. století, a to zejm. v souvislosti s pádem tzv. *Výmarské republiky* a návazností na kritiku nacionálně-socialistického hospodářského systému.³⁴ Freiburská škola byla vystavěna na myšlence vzájemně podmíněného hospodářského a společenského řádu a jejími představiteli byli zejm. **L. Erhard, W. Röpke a W. Eucken**.³⁵ Tento názorový proud velmi kriticky vnímal možnost existence přirozeného řádu a harmonie jako nezvratné ekonomické zákonitosti v ekonomice, do které nebylo možné zasáhnout.³⁶ Ordoliberalisté měli také za to, že ponechání úplné volnosti vývoji hospodářské soutěže by neznamenal dosažení žádoucího stavu a vytvoření hospodářského řádu, přičemž poukazovali na vysoký stupeň kartelizace zejm. německé ekonomiky.³⁷ S ohledem na to, bylo tedy vhodné vytvořit (alespoň) rámcové normy pro ekonomické jednání podniků/soutěžitelů.³⁸ Z těchto úvah se proto podával závěr, že hospodářský řád by měl být založen na volné (svobodné) hospodářské soutěži, která vede k efektivnímu rozmístování vzácných zdrojů, kdy je soutěž koordinována tržními cenami. Samozřejmě i zde bylo nutné, aby došlo, pro účely zajištění efektivní hospodářské soutěže, k vytvoření podmínek pro její zachování, tj. aby bylo možné kontrolovat soutěžně nevhodné a škodlivé spontánně na trhu vznikající monopolní struktury. Podstata této myšlenky potom spočívala v tom, že dosáhnout fungující (účinné) hospodářské soutěže lze pouze za situace, kdy žádný z podniků/soutěžitelů nebude disponovat tržní silou v takovém rozsahu, aby mohl zasahovat do svobod trhu ostatních podniků/soutěžitelů. Tento koncept byl tedy

³³ Ibid., str. 2

³⁴ Gerber, D. *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 2003, str. 232 a násl.

³⁵ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. *Soutěžní právo*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, Praha 2006, str. 21

³⁶ Ibid., str. 21

³⁷ Holman, R. a kol. *Dějiny ekonomického myšlení*, 2. vyd., Praha : C.H. Beck, 2001, str. 352

³⁸ Krabec, T. *Ordoliberalismus a sociální tržní hospodářství*, *Politická ekonomie* č. 6, str. 884

postaven jako sebeochranný nástroj chránící hospodářskou soutěž před tím, aby byla narušena svými sebedestruktivními vlastnostmi.³⁹ Zde lze tedy spatřovat základ zákazu koluzivního jednání v podobě kartelových dohod a monopolů (resp. zneužití tohoto dominantního postavení). Bylo však zřejmé, že monopoly nelze zlikvidovat zcela, a proto mělo soutěžní právo vytvořit standard chování podniku/soutěžitele, který je v superdominantním postavení. Tento vzorec chování byl postaven na zákazu jakéhokoli jednání v rámci soutěže (pokud nevyšla zcela vyloučena), které by běžným podnikům (v nedominantním postavení) nebylo k dispozici. Jednoduše řečeno, monopolisté by jako monopolisté vůbec neměli jednat. Přesto, že lze v současnosti uvažovat o názorech ordoliberalistů jako o anachronických a do značné míry překonaných, nelze nevidět významný vliv, který tento názorový proud měl na formování evropského (unijního) soutěžního práva.⁴⁰

1.5 Soutěžní právo EU

Nyní se dostáváme již k současnému evropskému (unijnímu) soutěžnímu právu. Pojem „komunitární právo“ bude užíván již jen s ohledem na historické souvislosti analyzované materie. Z předešlého článku je zcela zřejmé, že tzv. Freiburská škola a názorový proud ordoliberalistů měl na vývoj současného evropského (unijního) soutěžního práva jistě nezanedbatelný vliv, což bylo způsobeno především tím, že v 50. letech 20. století, kdy bylo soutěžní právo do SES zahrnuto, byly k dispozici německé zkušenosti, kde bylo soutěžní právo postaveno právě na již zmíněné ordoliberalistické koncepci.⁴¹ Na evropské úrovni bylo soutěžní právo vnímáno především jako nezbytný nástroj pro vytvoření *společného trhu*. Prointegračnímu pojetí „komunitárního“ soutěžního práva odpovídalo zejm. zájmové zaměření Komise, která se sledovala, jako protisoutěžní praktiky, především vertikální dohody, neboť právě tento typ koluzivního jednání mohl znamenat omezení volného obchodu mezi členskými státy Společenství. Tato skutečnost se odráží i v judikatuře ESD, a to především v rozhodnutí ve věci *Costen a Grundig*,⁴² kde došlo k dohodě o dělení trhu. Společnost Grundig se tehdy zavázala dodávat své produkty do Francie společnosti Costen, coby výhradnímu odběrateli v daném členském státě. ESD zde pak judikoval, že cílem předmětného ujednání mezi společnostmi Grundig a Costen bylo nepochybně izolování francouzského trhu.⁴³ Komise se však naproti tomu

³⁹ Budzinski, O. Monoculture versus diversity in competition economics, Cambridge Journal of Economics, 2008, vol. 32, No. 2, str. 306

⁴⁰ Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 10

⁴¹ Budzinski, O. Monoculture versus diversity in competition economics, Cambridge Journal of Economics, 2008, vol. 32, No. 2, str. 307

⁴² rozhodnutí ESD ve věci *Costen a Grundig*, 56 a 58/64

⁴³ srov. Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 12

v zásadě vůbec nevěnovala dohodám upravujícím horizontální vztahy a také otázce zneužívání dominantního postavení, a to až do 70. let minulého století. Změna zájmového zaměření Komise k horizontálním dohodám je zřejmá až v 90. letech 20. stol. V této době začal růst v praxi ESD a Komise význam ekonomické analýzy; pozornost byla také věnována přínosům fungující (účinné) hospodářské soutěže, tj. zejm. na vyšší efektivitu hospodářského procesu jako takového a zcela jistě s tím souvisejícímu spotřebitelskému blahobytu, který představuje jeden z cílů soutěžního práva obecně.

Pokud jde o hmotněprávní pravidla soutěžního práva na komunitární a posléze unijní úrovni je možné konstatovat, že po dobu své existence zůstala v základu *de facto* totožná. V poslední době spíše kosmetických změn doznala úprava soutěžního práva EU v souvislosti s ratifikací tzv. *lisabonské smlouvy*. Před lisabonskou úpravou byla úprava soutěžního práva obsažena v **čl. 81 SES** (zakázané, kartelové dohody) a **čl. 82 SES** (restriktivní praktiky ve formě zneužití dominantního postavení). *Lisabonská úprava* se pak samotného obsahu těchto článků nedotkla a znamenala toliko přečíslování článků. Materie zakázaných dohod je nově předmětem **čl. 101 SFEU**, zneužití dominantní postavení potom **čl. 102 SFEU**. Přesto k jistým změnám v úvodní dekádě tohoto století po čtyřiceti letech došlo, a to v roce 2004 spolu s rozšířením EU, kdy bylo nahrazeno tehdejší procesní **Nářízením č. 17** upravující provádění čl. 85 a 86 (později čl. 81 a 82),⁴⁴ od kterého se odvíjel postup Komise a NSÚ od roku 1962, procesním **Nářízením č. 1/2003** (v současné době k provádění čl. 101 a 102 SFEU).⁴⁵ Zde je namístě znovu podtrhnout, že v tehdejších komunitárních a stejně tak i nyní v unijním soutěžním právu jsou zakázané všechny tímto právem reprobované praktiky (samozřejmě s ohledem na zákonem předvídané výjimky). Ostatně ze stejného postulátu vycházelo i nahrazené procesní Nářízením č. 17. V posledních více jak dvaceti letech svůj vývoj zaznamenal i třetí pilíř soutěžního práva, totiž kontrola koncentrací podniků, kde původní právní úprava tohoto preventivního nástroje ochrany hospodářské soutěže nežádoucím narušením struktury trhu provedená **Nářízením č. 4064/1989**⁴⁶ byla nahrazena rovněž s platností od roku 2004 **Nářízením č. 139/2004**.⁴⁷

⁴⁴ Nařízení Rady (EHS) č. 17 o provádění čl. 85 a 86 Smlouvy, ÚV P 13, 21. 2. 1962

⁴⁵ Petr, M. Modernizace komunitárního soutěžního práva, Praha : C.H. Beck, 2008

⁴⁶ COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings – dostupné z – <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

⁴⁷ COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) – dostupné z – http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_en.htm

Evropskou (unijního) právní úpravou z oblasti soutěžního práva se budeme blíže zabývat a jeho příslušné instituty budou analyzovány v souvislosti s úpravou dominantního postavení v relevantních člancích následujících kapitol této práce.

1.6 Cíle soutěžního práva

Obecně lze říci, že cíle soutěžního práva jsou v zásadě odraz politické volby. Je proto velice obtížné je hodnotit pohledem správnosti či nesprávnosti. Dochází zde totiž k prolínání jednak roviny normativity, tak i fakticity práva, tj. představy o cílech soutěžní politiky nepochybně ovlivňuje to, co je samotným právem. V tomto smyslu se nabízí dvě otázky, a totiž co je tedy cílem soutěžní politiky a zda je takových cílů více nebo snad jeden? Je nepochybné, že se jedná o otázky spíše diskusního rázu, avšak odborná literatura se shoduje na tom, že cílem soutěžního práva (nerozhodno zda vnitrostátního či unijního) musí být ochrana samotné soutěže jako procesu, nikoli však individuálních podniků/soutěžitelů.⁴⁸ Obdobně se k této otázce staví i americká judikatura, kdy soudce Eastbrook se k této věci uvedl v rozhodnutí *Ball Memorial Hospital*, když, kromě jiného, konstatoval, že hospodářská soutěž „...je nemilosrdný proces, kde podnik snižující své náklady a zvyšující prodeje, zraňuje své rivaly, a to mnohdy i smrtelně, přičemž podnik nejvíce sázející na ceny, si zajistí největší prodeje, a tak ušetrí konkurenci největší rány. Čím jsou ale tyto ušetřené rány hlubší, tím větší je potencionální prospěch spotřebitelů. Takové poškození rivalů je proto vedlejším produktem intenzivní soutěže a soutěžní právo není mastí na jejich rány.“⁴⁹ Obdobně se k této věci vyjádřil i Nejvyšší správní soud ČR ve svém rozsudku č.j.: 2 A 11/2002-OL-227, když uvedl, že účelem zákona (ZOHS) je ochrana ekonomického jevu jako je konkurence a nikoli tedy ochrana jednotlivých soutěžitelů, neboť ti jsou proti narušitelům soutěžního procesu chráněni výkonem pravomoci ÚOHS.⁵⁰

Stejně jako v předešlém případě panuje shoda rovněž na názoru, že základním, a zřejmě také jediným kritériem pro posouzení, zda došlo nebo nedošlo k narušení soutěžního procesu je dozajista *spotřebitelský blahobyt*, resp. maximalizace spotřebitelského blahobytu.⁵¹ Pokud pak jde o škodu na straně podniků/soutěžitele vzniklou v důsledku narušení hospodářské soutěže, je

⁴⁸ Madill, L. Mexis, A. Consumer at the of the EU competition policy, Competition Policy Newsletter, 2009, č. 1 – dostupné na http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_7.pdf; srov. Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 30; Kindl, J. Kartelové a distribuční dohody, Praha : C.H. Beck, 2009, odst. 98

⁴⁹ rozsudek federálního odvolacího soudu USA ve věci *Ball Memorial Hospital*, 784 F.2d 1325, 1338 (7th Cir. 1986)

⁵⁰ rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR, č.j.: 2 A 11/2002-OL-227, ze dne 21. 10. 2004

⁵¹ k tomu srov. Madill, L. Mexis, A. Consumer at the of the EU competition policy, Competition Policy Newsletter, 2009, č. 1 – dostupné na http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2009_1_7.pdf; srov. Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 30; Kindl, J. Kartelové a distribuční dohody, Praha : C.H. Beck, 2009, odst. 98

třeba k ní jistě přihlédnout, a to tehdy, jestliže praktika, jejímž prostřednictvím byla škoda způsobena, signifikantně ovlivnila efektivitu tohoto podnik/soutěžitele. Uvážíme-li potom významnost poškozeného soutěžitele, lze usuzovat i na poškození spotřebitelů (nepřímo), avšak v delším časovém úseku.⁵² Konečně, výsledkem účinně probíhající hospodářské soutěže je zachování jejich neefektivnějších účastníků, tj. dochází k selekci na trhu působících podniků/soutěžitelů. Velice pregnantně tuto skutečnost podpořila v roce 2005 *Neelie Kroes* (komisařka Komise pro hospodářskou soutěž), která v projevu na Fordham Corporate Law Institute v New Yorku k tématu „Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82“ uvedla - „*Mám ráda agresivní konkurenci vč. soutěže ze strany dominantních podniků a nezajímá mě, zda to může poškodit konkurenční podniky do té doby, dokud v konečném důsledku profitují spotřebitelé.*“⁵³ Avšak zůstává zde otázka, zda je to právě ona maximalizace spotřebitelského blahobytu, která má být do budoucna tím jediným cílem soutěžního práva obecně? Pokud bychom toto přijali, dozajista by to vedlo ke zjednodušení aplikace soutěžního práva na všech jeho úrovních, neboť v případě toliko jednoho kritéria by odpadla nutnost kompromisu při vyvažování sledovaných cílů, pokud jich bude více. *Monti* ve smyslu evropského (unijního) soutěžního práva poukazuje na tři pilíře jeho cílů, a to i) **ochrana ekonomické svobody**⁵⁴, **integrace vnitřního trhu, efektivita**.⁵⁵ Ochrana ekonomické svobody je potom dána ordoliberalní tradicí, integrace vnitřního trhu je současně i obecným cílem EU a konečně efektivita je tradičním cílem soutěžního práva.

Obdobně jako *Monti* vnímá cíle evropského (unijního) soutěžního práva například *Odudu*, dle kterého je však nejpodstatnějším cílem evropského soutěžního práva maximalizace efektivity.⁵⁶ Pokud jde o integraci vnitřního trhu, je třeba doplnit, že jde především o obecný cíl EU, nadto o cíl, který v podstatné míře dosažený, neboť vnitřní trh je již vytvořen. Hovoříme zde tedy spíše o „doplňkovém“ cíli, jak např. vyplývá i z *Pokynů Komise k vertikálním omezením*.⁵⁷ Za nástroj k dosažení maximalizace spotřebitelského blahobytu považují integraci vnitřního trhu

⁵² Pera, A. Auricchio, V. Consumer Welfare, Standard of proof and the Objectives of Competition Policy, European Competition Journal, vol. 1, 2005, No. 1, str. 158

⁵³ proslov Komisařky pro hospodářskou soutěž Neelie Kroes ze dne 23. září 2005: Fordham Corporate Law Institute, New York, „Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82“, SPEECH/05/539

⁵⁴ k ordoliberalní tradici viz čl. 1.4.1 této práce

⁵⁵ Monti, G. Article 81 and Public Policy, Common Market Law Review, 2002, vol. 39, str. 1057 - 1099

⁵⁶ Odudu, O. The Boundaries of EC Competition Law, The Scope of Article 81, Oxford University Press, 2006, str. 10 - 16

⁵⁷ Pokyny Komise k vertikálním omezením – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:CS:PDF>

*Pokyny Komise o použitelnosti čl. 81 odst. 3 SES,*⁵⁸ přičemž samotná integrace vnitřního trhu byla vždy považována za nástroj k zajištění efektivního fungování vnitřního trhu EU. Jde-li o vnitrostátní soutěžní práva členských států EU vč. českého, nelze samozřejmě z povahy věci cíl v podobě integrace trhu jakkoli uvažovat pro jeho primárně přeshraniční aspekt.

Uvažujeme-li nad cílem ochrany ekonomické svobody, je zde patrné dvojí možné pojetí efektivity v soutěžním právu, neboť existuje zde jistý střet s cílem v podobě spotřebitelského blahobytu, přičemž spotřebitelský blahobyt je indiferentní dle podoby, kterou na sebe bere proces hospodářské soutěže, předpokládáme-li však, že hospodářský proces vede k efektivním výsledkům. *Monti* k této otázce navrhuje, aby uvedené dva cíle byly v rámci posuzování čl. 101 odst. 3 SFEU, který současně stanoví prioritu pro ekonomickou svobodu, vyvažovány, když uvedený čl. 101 odst. 3 SFEU jednoznačně zakazuje udělit výjimku restriktivní dohodě, která by soutěž na podstatné části trhu vylučovala.⁵⁹ Ordoliberalní názorový proud zde pak upřednostňuje ekonomickou svobodu a tvrdí, že samotný proces hospodářské soutěže by měl být chráněn, i v případě, že je neefektivní, neboť považují svobodu za konečný cíl, a naproti tomu efektivitu za cíl nepřímý, odvozený.⁶⁰

1.7 Relevantní trh, tržní podíl a hospodářská a finanční síla

Otázka relevantního trhu, tj. jeho vymezení, je základním předpokladem pro posuzování jakéhokoli soutěžního případu. Určení relevantního trhu má pro účely prosazování soutěžního práva, zejm. veřejného (public enforcement) za cíl systematické prokazování omezení, se kterými jsou podniky konfrontováni v rámci hospodářské soutěže. K identifikaci konkurentů dotčených podniků je pak podstatné tento trh vymežit z hlediska produktů, které se na něm nacházejí, stejně jako z hlediska jeho zeměpisný rozměr. Tato informace pak slouží podnikům k identifikaci dalších účastníků stejného trhu, a to za účelem intenzivní soutěže, tj. zabránění podnikům s větší tržní silou chovat se nezávisle na konkurenčním tlaku.⁶¹ Vymezení relevantního trhu tedy stanovuje rámec, ve kterém je Komisí a NSÚ aplikováno soutěžní právo a politika hospodářské soutěže. Právě vymezení relevantního trhu pak umožňuje vypočtení *podílu na trhu*, což poskytuje, kromě jiného, informaci o *tržní síle* toho kterého subjektu zejm. pro účely posouzení

⁵⁸ Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:CS:PDF>

⁵⁹ *Monti*, G. Article 81 and Public Policy, *Common Market Law Review*, 2002, vol. 39, str. 1064

⁶⁰ *Odudu*, O. The Boundaries of EC Competition Law, The Scope of Article 81, Oxford University Press, 2006, str. 16 - 17

⁶¹ 27. výroční zpráva Komise o politice hospodářské soutěže, 1997, dostupná z - http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html

otázky dominantního postavení na daném trhu nebo dopadů spojení podniků na hospodářskou soutěž (samozřejmě také pro aplikaci čl. 101 SFEU).⁶² Určení *stupně tržní síly* je tedy hlavním smyslem a cílem definice relevantního trhu. Tato skutečnost odpovídá současným více ekonomickým přístupem Komise k prosazování soutěžního práva, který je založen na názoru, že předběžný filtr pro identifikaci soutěžních problémů nabízí právě tržní síla.⁶³ Tržní síla pak bývá v odborné literatuře definována jako schopnost podniku omezit produkci a zvýšit ceny na významnou dobu nad konkurenční úroveň tak, aby podnik mohl profitovat z monopolistických zisků.⁶⁴ Vliv na tržní sílu, resp. pozici na daném relevantním trhu má pak tržní podíl podniku a také podmínky samotného trhu.⁶⁵ Na druhé straně se ale Komise domnívá, že nízké podíly na trhu obvykle značí neexistenci významné tržní síly.⁶⁶

Tržním podílem je pak hodnotové vyjádření objemu dodávek na nákupu na trhu v případě posuzovaného podniku za určité období. Aby tedy bylo možné zjistit velikost tohoto podílu, je třeba nejprve vymezení relevantní výrobové a relevantní zeměpisný trh v určitém časovém období.⁶⁷ Tribunál k tomuto ve svém rozhodnutí *Atlantic Container Line* uvedl, že uznává význam délky trvání významného tržního podílu před konstatováním existence dominantního postavení.⁶⁸ Petr M. k citovanému rozhodnutí však konstatuje, že Tribunál zde ale nespécifikoval požadovanou dobu a s odkazem na právní literaturu uvádí, že doba pěti let by měla být dostatečná s tím, že doba tří let na dynamicky se rozvíjejících trzích by mohla být považována za příliš krátkou na to, aby bylo možné dovodit z vysokého tržního podílu, že v tomto případě existuje dominantní postavení. K otázce zjišťování tržních podílů Komise ve svém *Sdělení o definici relevantního trhu* uvádí, že údaje o objemu a hodnotě prodeje jsou sice podkladem pro výpočet podílů na trhu, existují však i jiné údaje, které mohou poskytnout užitečné informace,

⁶² Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, ÚV C 372, 9. 12. 2005, odst. 2

⁶³ Monti, G. *Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, str. 124

⁶⁴ Jones, A., Suftrin, B. *EC Competition Law*, Third edition, Oxford University Press, 2008, str. 58

⁶⁵ V *Pokynech pro posuzování horizontálního spojení* pak Komise uvádí, že „...posílením tržní síly podniků se rozumí schopnost jednoho nebo více podniků zvyšovat ceny za účelem dosažení vyššího zisku, snižovat výrobu, zužovat výběr nebo zhoršovat jakost zboží a služeb, omezovat inovace nebo jiným způsobem ovlivňovat parametry hospodářské soutěže. Čím větší je podíl na trhu, tím pravděpodobněji podnik získá tržní sílu. Některé podniky mají větší vliv na proces hospodářské soutěže než by naznačovaly jejich podíly na trhu nebo podobná měřítka. Podnik může být například nedávným novým subjektem na trhu, od něhož se očekává, že v budoucnu vyvine významný konkurenční tlak na ostatní podniky na trhu. Podobně podnik s relativně malým podílem na trhu může být přesto významnou konkurenční silou, pokud slibuje výrobky ve vývoji.“ Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), odst. 27, 37, 38 – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26107_cs.htm

⁶⁶ *Ibid.*, odst. 14

⁶⁷ srov. Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 118

⁶⁸ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Atlantic Container Line*, T-191 a 212 až 214/98, odst. 894

pokud jde o určité výrobky na průmysl, například kapacitu, počet účastníků nabídky na trhu, jednotky parku letadel ve vzdušném prostoru, nebo rezervy v odvětvích, jako je např. hornictví. V praxi je obvykle možné zjistit celkovou velikost trhu a podíly na trhu z tržních zdrojů, tj. odhadů společností, studií objednaných od průmyslových poradců a/nebo obchodních sdružení. Není-li to možné, nebo nejsou-li dostupné odhady spolehlivé, požádá Komise obvykle jednotlivé dodavatele na relevantním trhu o informace o jejich vlastních prodejkách pro výpočet celkové velikosti trhu a podílů na trhu.⁶⁹ Podle *Petra M.* je ale potřeba věnovat pozornost především obratu na relevantním trhu zboží, neboť celkový obrat je optikou vlivu na dotčený trh nepřesným vodítkem, protože nelze vyloučit, že silný podnik s řadou různých aktivit může být na daném trhu toliko podružně a dále podnik s významným postavením na zeměpisném trhu má na vnitřním trhu EU jen malou pozici. Celkový obrat podniku tedy automaticky nemůže založit úvahu, že má na daném trhu rozhodující vliv. Tribunál ve svém rozhodnutí ve věci *Union Pigments* k této otázce zdůraznil, že ačkoli podíly na trhu nejsou rozhodující pro učinění závěru, že podnik patří do silné hospodářské entity, jsou nicméně Relevantní pro zjištění vlivu, který podnik na trhu může mít.⁷⁰

Podstatná pro určení tržní síly podniku je také otázka bariér vstupu na trh, tj. zda je podnik schopen své postavení na trhu udržet. Tržní bariéry jsou specifickými vlastnostmi trhu poskytující stávajícím podnikům výhody oproti podnikům, které by chtěly na trh vstoupit. Komise pak v *Pokynech pro posuzování horizontálních spojení* upřesnila formy překážek vstupu na trh.⁷¹

⁶⁹ Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, ÚV C 372, 9. 12. 2005, odst. 53 - 55

⁷⁰ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Union Pigments*, T-62/02, odst. 152

⁷¹ Odst. 71 *Pokynů* - „a) právní výhody zahrnující situace, v nichž regulativní překážky omezují počet účastníků trhu, například omezením počtu licencí. Zahrnují rovněž celní a necelní obchodní překážky; b) zavedené podniky mohou též využívat technických výhod, jako je přednostní přístup k nezbytným zařízením, přírodním zdrojům, inovaci a výzkumu a vývoji nebo právu duševního vlastnictví, což jakémukoli podniku ztěžuje úspěšné soutěžení. Například v některých průmyslových odvětvích by mohlo být obtížné získat základní vstupní materiály nebo jsou výrobky či postupy chráněny patenty. Jiné faktory, jako jsou úspory z rozsahu nebo působnosti, distribuční a prodejní sítě, jakož i přístup k důležitým technologiím, mohou vytvářet překážky vstupu; c) kromě toho mohou překážky vstupu existovat kvůli zavedenému postavení podniků působících na trhu. Obtížný může být zejména vstup do konkrétního průmyslového odvětví, protože je nutné účinně soupeřit se zkušenostmi nebo pověstí, přičemž obojí může zájemce o vstup získat s obtížemi. V této souvislosti se berou v úvahu takové faktory jako loajalita spotřebitelů ke konkrétní značce, těsnost vztahů mezi dodavateli a zákazníky, význam propagace či reklamy nebo jiné výhody spojené s pověstí. Překážky vstupu zahrnují též situace, v nichž se zavedené podniky již zavázaly k vybudování velké nadbytečné kapacity nebo v nichž mohou bránit vstupu náklady, jimž jsou vystaveni zákazníci při přechodu k novým dodavatelům.“ - Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), odst. 71 – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26107_cs.htm

Komise se v dalším zaměřuje na zjištění, zda může dojít k takovému vstupu podniku na trh, který by byl protiváhou snížení produkce a zvýšení cen, tj. zkoumá, zda by byl vstup natolik rychlý a trvalý, že by odradil od využívání tržní síly nebo od jejího využívání odradil.⁷²

Hlavním cílem vymezení trhu (výrobního i zeměpisného), je systematické zjišťování existence a síly tlaku ze strany konkurence, jemuž jsou podniky na daném trhu vystaveny. Díky tomuto vymezení lze zjistit, zda existuje na daném trhu dominantní postavení a je-li zneužíváno, v případě kontroly koncentrace podniků lze „předvídat“ dopad na Relevantní trh spojením podniků a konečně v případě koluzivního jednání v podobě zakázaných dohod, lze zjistit, zda jde o vztah horizontální či vertikální. K otázce vymezení relevantního trhu se vyjádřil i Krajský soud v Brně ve věci *ČSAD Liberec*, kde konstatoval, že „*relevantním trhem se rozumím prostorový a časový souběh nabídky a poptávky po takovém zboží ve formě výrobků nebo služeb, které je z hlediska uspokojování určitých potřeb uživatelů těchto výrobků nebo služeb shodné nebo vzájemně zastupitelné. Vymezuje-li se relevantní trh, pak se zkoumá, čím a kde jsou potřeby spotřebitelů uspokojovány.*“⁷³ Oborná literatura pak pracuje s pojmem **relevantní časový trh**⁷⁴ – neboť je třeba Relevantní trh vnímat jako celek, a totiž Relevantní výrobní trh ve spojení s relevantním zeměpisným trhem v čase. Tak je třeba věc vnímat zejm. proto, že v případě spojování soutěžitelů (koncentrací podniků) se zaměřujeme na vývoj tržních podílů v budoucnosti, naproti tomu v případě zakázaných dohod a zneužití dominantního postavení zkoumané tržní podíly, které držely podniky v době uskutečnění toho kterého koluzivního jednání. Nejvyšší správní soud se k této věci vyjádřil v rozhodnutí *T-Mobile*, kde uvedl, že „*vlastní časová definice relevantního trhu bývá jistým úskalím. Trhy mohou být od sebe časově odděleny tím, že se stejný druh zboží prodává v různou dobu nebo se časem mění poměry na trhu. Rozhodující jsou pak změny, jež vedou ke změně soutěžní situace na trhu. Proto je třeba zjišťovat, jak rychle mohou podnikatelé daný trh opustit, ale co je důležitější - na něj vstoupit. Prodávající a kupující, výrobky a služby náleží ke stejnému relevantnímu trhu tehdy, když existuje reálná možnost, aby se věcně relevantní produkce či služby směňovaly mezi nabízejícími a kupujícími ve stejném časovém období. Pokud se pro určité časové období zásadně změní poměry na vymezeném věcně relevantním trhu, je třeba tento trh vymežit i z hlediska časového, např. v období po uvedení nového výrobku na trh se na příslušném relevantním trhu nebo věcném trhu*

⁷² srov. Monti, G. *Competition Law*, Cambridge University Press, 2007, str. 146; také Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 120

⁷³ rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci *ČSAD Liberec*, č.j. 62 Ca 27/2006-171 – dostupné z - http://www.compet.cz/fileadmin/user_upload/sbirky_rozhodnuti/rozsudky/62Ca_27_2006_171.pdf

⁷⁴ např. Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 124

*mohou změnit podíly, a to jen za určité časové období.*⁷⁵

Komise dále specifikuje (již dříve zmíněné pojmy) výrobní a zeměpisný trh, a to tak, že **relevantní výrobní trh**⁷⁶ zahrnuje všechny výrobky a/nebo služby, které jsou spotřebitelem s ohledem na jejich vlastnosti, ceny a zamýšlené použití považovány za zaměnitelné nebo zastupitelné a **relevantní zeměpisný trh**⁷⁷ zahrnuje oblast, ve které se dotyčné podniky účastní dodávky a poptávky výrobků nebo služeb, kde jsou podmínky hospodářské soutěže dostatečně stejnorodé a která může být odlišena od sousedních zeměpisných oblastí, protože zejména podmínky hospodářské soutěže jsou v těchto oblastech zjevně odlišné.

Pro účely této práce, resp. těchto úvodních článků, se dále nebudeme podrobněji zabývat vymezením výrobního a zeměpisného trhu.⁷⁸ Podstatné pro tuto práci je však definování relevantního trhu pro v případě dominantního postavení a v případě kontroly spojování podniků. Tyto dvě otázky budou, kromě jiného, předmětem následující kapitoly, kde se otázkou definování relevantního trhu v předmětném rozsahu budeme zabývat zevrubněji. Otázku definování trhu v případě zakázaných dohod necháme, s ohledem na téma této práce, stranou.

1.8 Vymezení řešeného problému

Jak vyplývá z názvu tématu této práce, otázka **dominantního postavení** je zde zcela zásadní, neboť tento prvek je podstatnou součástí jak právní úpravy restriktivních praktik ve smyslu **čl. 102 SFEU**, tak **Nařízení 139/2004** o kontrole podnikových koncentrací. Čl. 102 SFEU a Nařízení 139/2004 tedy jsou základními právními úpravami, které budou v následujících kapitolách ve vztahu k danému tématu analyzovány.

Myšlenka této práce vychází z toho, že evropské soutěžní právo (stejně jako většina vnitrostátních soutěžních zákonů) vytvořila *dvě koleje posuzování právě dominantního postavení* podniku na trhu, kdy zjednodušeně řečeno čl. 102 SFEU zabraňuje zneužití dominantního postavení podniku na trhu, přičemž jeho dominantní postavení je nutnou podmínkou aplikace článku, nicméně nezakázanou. Naproti tomu Nařízení 139/2004 zabraňuje tomu, aby se podnik

⁷⁵ rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ve věci *T-Mobile*, č.j. 2 A 13/2002-OL-424 – dostupné z - http://www.nssoud.cz/files/SOUDNI_VYKON/2002/0013_2A__0200424A_prevedeno.pdf

⁷⁶ Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, ÚV C 372, 9. 12. 2005, odst. 7

⁷⁷ *Ibid.*, odst. 8

⁷⁸ bližší výklad k pojmu **relevantní výrobní trh** a **relevantní zeměpisná trh** - viz např. Neruda, R. Relevantní trh a otázky související v teorii a praxi soutěžního práva (první část), *Právní rozhledy*, 2004, č. 12; Neruda, R. Relevantní trh a otázky související v teorii a praxi soutěžního práva (druhá část), *Právní rozhledy*, 2004, č. 13

spojením s jiným do dominantního postavení dostal nebo toto postavení posílil, tj. v případě tohoto Nařízení 139/2004 (a dříve Nařízení 4064/89) je již dominantní postavení v zásadě nežádoucí jev, jehož dosažení může být postihováno zrušením nebo neplatností spojení podniků. Soutěž jako taková je však velmi dynamický proces, ve kterém je vznik dominanty v zásadě přirozeným důsledkem konkurenčního boje nebo také důsledkem hospodářské krize. Takto přirozeně vzniknuvší dominant je z dosahu jakéhokoli postihu či uložení podmínek a závazků ze strany Komise, pokud svého postavení nedosáhl zakázanou praktikou, nicméně ani vznik dominanty právní cestou, tj. spojením podniků, není samozřejmě nic protiprávního, naopak je toto přepokládáno vnitrostátními úpravami jako možnost růstu podniku, rozvoje, inovací, vstupu na nové trhy v rámci vnitřního prostoru, nebo na trhy mimo něj apod. Rozdíl však je zde v tom, jakým způsobem bylo dominantní postavení na trhu získáno nebo posíleno. Úprava čl. 102 SFEU respektuje smluvní svobodu, vlastnické právo podniků k jejich zdrojům a jistě není ani prostředkem omezujícím tržní svobody, zejm. volného pohybu kapitálu, tj. postihuje jednání *ex post*, které je považováno za zneužití, pokud je podnik v dominantním postavení. To se však nedá říci o úpravě podnikových koncentrací ve smyslu Nařízení 139/2004, které nejen že omezuje svobody vnitřního trhu, když neumožňuje v určitých situacích průchod investice do jiného podniku za účelem spojení s ním, ale zejm. omezuje smluvní svobodu a vlastnické právo spojovaných podniků k jejich zdrojům, kapitálu. Omezení, které představuje Nařízení 139/2004 je dle preambule tohoto nařízení vyváženo veřejným zájmem na tom, aby nedocházelo k takovým strukturálním změnám na trhu, které by v důsledku znamenaly narušení (snížení) hospodářské soutěže, zejm. tím, že podnik spojením získá nebo posílí své dominantní postavení. Je tedy zřejmé, že na otázku dominantního postavení je nazíráno pokaždé jinou optikou, avšak společným cílem je, aby nedošlo k narušení účinné hospodářské soutěže – v jednom případě zneužitím dominantního postavení a v druhém tím, že se předpokládá, že nabyté postavení by bylo k tíži soutěže zneužito a vytvořily by se překážky trhu, které jsou spojené s existencí dominanty na něm. S ohledem na odlišné pojetí úpravy v zásadě stejného prvku, bude následující text této práce zaměřen na koncepční prvky každé z úprav a na konflikty, které zde v souvislosti s přijetím zejm. Nařízení 4064/89 a posléze Nařízení 139/2004 o kontrole podnikových koncentrací, vznikly.

1.9 Metody zpracování diplomové práce

S ohledem na teoretické zaměření této diplomové práce jsou v ní použity metody zpracování odpovídající jejímu právnímu zaměření. Z hlediska povahy práce se jedná o kvalitativní výzkum exogenního typu, neboť zde budou analyzovány právní předpisy soutěžního

práva a příslušné soft law z produkce Komise. Základní metodou použitou této práci potom je *analýza*, a to analýza právních předpisů evropského soutěžního práva a dále také knižní a časopisecké literatury a zejm. potom judikatury SDEU a Tribunálu, která se vztahuje k předmětnému tématu této práce. Další z použitých metod je *deskripce*, tj. identifikované jevy jsou popsány a porovnány v časové ose (zejm. Nařízení o kontrole podnikových koncentrací). Poznátky, které vyplynou z analýzy dané materie, jsou zpracovány pomocí *syntézy*, tj. jsou složeny do příslušného celku; dále pak pomocí *indukce*, tj. jsou dovozovány závěry z jednotlivostí; a v neposlední řadě také *dedukce, abstrakce, zobecnění a ohraničení*.

Podle subkategorií analýzy, byly v následujícím textu její následující typy – *relační analýza*, tj. je zde zkoumán vztah mezi analyzovanými jevy; *systémová analýza* – v tomto případě se dozajista jedná o systém, jsou tedy v rámci výkladu zkoumány vlastnosti tohoto systému; *kauzální analýza* – je zde zkoumán vliv vnějšího prostředí, tj. příčiny a účinky právních úprav; a konečně *komparatistická analýza* – v tomto případě jde o srovnání na toliko evropské úrovni zkoumaných obdobných prvků.

1.10 Smysl a cíl diplomové práce

S ohledem na předmětné téma je cílem této práce v první řadě definovat koncepty zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU kontroly podnikových koncentrací ve smyslu Nařízení 4064/89 a Nařízení 139/2004 ve světle právní úpravy, ale zejm. výkladové judikatury SDEU a Tribunálu. Vzhledem k tomu, že se jedná o právní úpravy regulující prvek v podobě *dominantního postavení*, je dále cílem této práce porovnat smysl těchto právních úprav, jejich účinky na hospodářskou soutěž, konkurenční podniky a spotřebitele a také shodné a rozdílné prvky. Kromě koncepčního vymezení předmětných institutů, se práce rovněž zabývá obecnými otázkami soutěžního práva a soutěžní politiky EU jako jsou zejm. cíle, jichž má regulace dosáhnout a v těchto souvislostech jsou předmětné právní instituty uvažovány (což je mimochodem i smyslem vymezení obecných otázek soutěžního práva v 1. kapitole této práce). Samostatná kapitola je potom věnována otázce míry reglementace v oblasti evropského soutěžního práva s ohledem na vymezení diplomového problému, tj. dvojkolejnosti právní úpravy dominantního postavení, neboť právě úroveň regulace obecně odpovídá i úrovni omezení podniků v rámci trhu, zejm. co do smluvní svobody, ale také co do vlastnického práva ke svým zdrojům apod. Tato práce si však nečinila ambice položit vyčerpávající výklad o otázce zneužití dominantního postavení ani o otázce kontroly podnikových koncentrací, a také tomu tak není. Jistě by zde mohla být uvažována také např. otázka bariér pro investice strategických podniků,

konečně také porovnání s vnitrostátními právními úpravami členských států EU v rámci stejné materie, nicméně s ohledem na prostor, který má tato diplomová práce k dispozici to nebylo účelné. V souvislosti s rozebíraným tématem byla rovněž uvažována otázka sektorové regulace (v oblasti elektronických komunikací) jako zástupce odvětvové *ex ante* regulace chování na trhu – diskutována je zde otázka účelnosti tohoto systému právě v tomto odvětví v souvislosti s účelem *ex ante* kontroly podnikových koncentrací v rámci obecného soutěžního práva. Co je však podstatné zde říci, že obsah této práce vychází zásadně a jen z právní úpravy evropského soutěžního práva, byť by se řada srovnání s vnitrostátními úrovněmi nabízela. Je tomu tak cíleně, s ohledem na rozdílnosti, které v tomto smyslu existují, přičemž analýza tohoto typu by zřejmě slušela spíše kvalifikační práci vyššího řádu, kde je k tomu i podstatně více prostoru.

S ohledem na vše výše uvedené se práce bude zabývat těmito dílčími problémy:

- *Jaká je pozice právní úpravy zneužití dominantního postavení v soutěžním právu EU?*
- *Jaká je pozice právní úpravy kontroly podnikových koncentrací v soutěžním právu EU?*
- *Jaký význam má dominantní postavení podniku při aplikaci čl. 102 SFEU a aplikaci Nařízení 4064/89 a Nařízení 139/2004?*
- *Do jaké míry je odůvodněna existence ex ante kontroly podnikových koncentrací v soutěžním právu EU s ohledem na veřejný zájem na ochraně procesu hospodářské soutěže na vnitřním trhu EU?*
- *Odpovídá míra regulace dominantního postavení v EU potřebám vnitřního trhu, resp. je možné uvažovat o tom, že by kontrola ex ante, byla nadbytečnou, budeme-li předpokládat, že hospodářská soutěž je nejlepší autoregulátor a vhodnější by bylo aplikovat toliko tradiční kontrolu ex post?*
- *Lze uvažovat o tom, že obratová kritéria na úrovni EU v rámci kontroly ex ante diskriminují podniky působící na trzích, kde je reálné, že tohoto obratu lze dosáhnout a naopak nedůvodně zvýhodňuje podniky na trzích, kde jejich hospodářská činnost takového obratového potenciálu nedosahuje?*
- *Lze odůvodnit kontrolu podnikových koncentrací účinky hospodářské krize, kdy v důsledku pádu příliš velkých podniků docházelo k „dominovému efektu“, a tedy k narušení soutěže, a to za účelem zabránění jejich dalšímu záchrannému spojování, které by v době po odeznění krize způsobilo, že již jsou natolik velcí, že nemohou padnout, aby nezpůsobily krizi další?*
- *Lze tedy považovat kontrolu ex ante za vhodný doplněk kontroly ex post, která má jistě v soutěžním právu své nezastupitelné místo?*

Cílem této práce je tedy snaha zodpovědět výše položené otázky, vč. těch, které budou pokládány v průběhu výkladu. Samozřejmě, je třeba říci, že nelze na všechny otázky odpovědět jednoznačně, budou proto uvažovány varianty možných důsledků a účinků na hospodářskou soutěž, stejně jako na evropské soutěžní právo samotné. Úvahy v souvislosti s předestřenými problémy jsou obsahem závěru této práce, kde je rovněž rozebíraná materie shrnuta.

2. Dominantní postavení podniku na trhu

Než se začneme zabývat evropskou právní úpravou „dominantního postavení“ je třeba předně tento pojem vymežit jako takový. Jak ostatně již z předešlého textu vyplývá, pojmová otázka „dominantního postavení“ je klíčovou pro posuzování koluzivního jednání ve smyslu čl. 102 SFEU (zneužití dominantního postavení) a dílem též v případě kontroly koncentrací podniků ve smyslu Nařízení 138/2004 (jak bude níže rozebráno).

V první řadě, budeme-li o soutěži uvažovat jako o sice regulovaném, ale přece jen volně se rozvíjícím „organismu“, v němž je existence podniků podmíněna jejich výkonností, vstupem potencionální konkurence a vlastním střetem s ní, je zřejmé, že při respektování smluvní svobody může dříve či později dojít k tomu, že jeden z podniků bude ve výhodnější pozici a ostatní nikoli. V tomto smyslu již od počátku regulace soutěže vyvstává otázka, zda a ev. jakým způsobem veřejnoprávními nástroji zasáhnout proti účastníku soutěže, který se díky své tržní síle (market power) chová nezávisle na svých konkuretech a využívá svého postavení k „deformaci“ trhu, na němž působí ve svůj prospěch. Terminologií dnešního soutěžního práva bychom řekli, že se jedná o podnik v dominantním postavení. Ovšem je třeba vzít v úvahu důvody, které takový podnik do tohoto postavení dovedly, totiž do dominantního postavení se může dostat podnik díky své výkonnosti a kvalitě produktů (což jistě nelze podniku vyčítat) a nebo díky strukturální absenci trhu (což podniku lze vyčítat pouze tehdy, došlo-li k této situaci jen jeho protisoutěžním jednáním s úmyslem omezit nebo vyloučit soutěž). Z uvedeného se tedy nabízí jakási dvojznačnost otázky dominantního postavení, resp. v jednom případě je dominance vnímána jako důsledek výjimečné výkonnosti, kterou dokládá vysoký tržní podíl a soutěžní výhody a na druhé straně je to tržní síla, která je k dominanci vztahována.⁷⁹ Soutěž jako taková je tedy velmi dynamický proces, ve kterém je vznik dominantanta v zásadě přirozeným výsledkem konkurenčního boje nebo také hospodářské krize. Obecně ale je třeba říci, že dominantní postavení nelze *a priori* považovat za soutěž deformující, neboť tato úvaha by na jedné straně bránila přirozenému růstu podniků a na straně druhé by nedůvodně zvýhodňovala malé a střední podniky a tím i diskriminovala úspěšného účastníka trhu, což by dozajista vedlo též ke znevýhodnění spotřebitele,⁸⁰ jehož maximální blahobyt by měl být výsledkem realizace cíle soutěžního práva, totiž zachování účinné hospodářské soutěže (resp. zachování soutěže jako procesu). Z uvedeného

⁷⁹ Dethmers, F., Dodoo, N. The Abuse of Hoffmann-La Roche: The meaning of Dominance under EC Competition Law, *European Competition Law Review*, 2006, č. 10, str. 537

⁸⁰ srov. také Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 237

vyplývá, že soutěžní právo by mělo sankcionovat účastníka trhu v dominantním postavení až ve chvíli, kdy tohoto svého postavení zneužije, přičemž však je ale problematické toto jednoznačně konstatovat, pokud bychom měli odlišit od úmyslného koluzivního jednání na jedné straně a konkurenční obranou (která je přirozenou reakcí na chování konkurentů v rámci trhu) na straně druhé.

2.1 Dominantní postavení a evropské (unijní) právo – single dominant position

Předně, vymezení dominantního postavení v soutěžním právu EU není nijak vymezeno. Předchůdcem tohoto pojmu byl koncept „*dominujícího postavení*“, který byl předmětem čl. 66 SESUO.⁸¹ Nerozvinutost tohoto konceptu dala prostor komunitárním soudům k jeho výkladu. Jako první se takového výkladu dopustil a pojem dominantní postavení definoval ESD ve svém rozhodnutí ve věci *United Brands*,⁸² které lze v tomto ohledu považovat za mezník mezi rozhodnutími týkajícími se konceptu dominantního postavení. ESD v předmětném rozhodnutí pak konstatoval, že za „*dominantní postavení je považována taková pozice hospodářské síly, která podniku umožňuje zabraňovat zachování účinné hospodářské soutěže na relevantním trhu tím, že mu dává sílu chovat se do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a konečně i na spotřebitelích.*“⁸³ Podstatná je zde tedy síla, kterou má podnik k dispozici a kterou strategicky vládne, když je to právě ona, dokáže bránit efektivní hospodářské soutěži tím, že dává podniku prostor chovat se na trhu do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a spotřebitelích. ESD v rozhodnutí *United Brands* dále konstatoval, že pro účely zjištění, zda je podnik v dominantním postavení není vyžadováno, aby došlo k veškeré eliminaci příležitostí na trhu.⁸⁴ Tribunál v rozhodnutí ve věci *France Télécom* pak doplnil tuto koncepci tak, že Komise nemusí prokazovat, že soutěžitelé podniku budou z trhu vyloučeni, a to i do budoucna, aby prokázala existenci dominantního postavení.⁸⁵

⁸¹ Dominující postavení, jež chrání veřejné či soukromé podniky před účinnou soutěží na podstatné části spoleného trhu.

⁸² Případ *United Brands* – jednalo se o společnost obchodující s ovocem. Tato společnost zaujímala 40 – 45 % podíl na relevantních trzích čtyř členských států, ve velkém investovala do plantáží, distribučních sítí a kontroly nad procesem zrání ovoce. Tyto skutečnosti uváděly její konkurenty do nevýhody a společnost *United Brands* tedy disponovala dominantním postavením, neboť její tržní podíl byl pochopitelně vyšší než podíly ostatních konkurentů, což jí umožňovalo chovat se na trhu strategicky nezávislým způsobem - rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, 27/76

⁸³ rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, 27/76, odst. 65

⁸⁴ *Ibid.*, odst. 113

⁸⁵ rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 99

2.1.1 Koncepty dominantního postavení

Odborná literatura⁸⁶ rozeznává čtyři různé koncepty dominantního postavení, a to:

- 1) **ekonomický koncept** – tento koncept staví na roveň dominanci a významnou tržní sílu, která pak představuje sílu zvýšit ceny a omezit výstupy (*substantial market power*),
- 2) **koncept obchodní síly** – tento koncept uvažuje vztah mezi dominancí a obchodní silou (*commercial power*),
- 3) **koncept síly eliminace konkurence** – tento koncept spatřuje dominanci ve schopnosti vyloučit konkurenty s cílem zvýšit ceny a omezit výstupy, a konečně
- 4) **koncept určení aplikovatelnosti čl. 102 SFEU** – podle tohoto konceptu je dominance toliko jurisdikční záležitostí určení, zda bude aplikován čl. 102 SFEU.^{87,88}

Tehdejší komunitární právo, resp. tehdejší praxe považovala za dominanci kombinaci ekonomického konceptu a konceptu obchodní síly. Tato praxe existovala až do vydání *Diskusního materiálu k dominanci a Pokynu pro posuzování vylučovacích praktik*. Oba zmíněné dokumenty posunuly chápání dominance od konceptu obchodní síly ke konceptu významné tržní síly. Jak bude rozebráno níže, koncept *významné tržní síly* je vlastní jen oblasti regulace sektoru elektronických komunikací, avšak *Petr M.* k tomuto dodává, že definováním dominantního postavení coby zaujímání významné tržní síly, zejm. po delší dobu, se dominance stává významnou tržní silou pro všechny ekonomické sektory.⁸⁹ Ekonomický koncept staví do popředí především otázku ochrany spotřebitele, tj. sílu nebo schopnost spotřebitele svým jednáním na trhu poškodit. *Monti* pak v tomto smyslu doplňuje, že významná tržní síla především znamená, že dominant má možnost a je připraven využít svojí tržní sílu dokonce i před tím, než tuto sílu využije k eliminaci konkurence v rámci svého trhu.⁹⁰ Významnou tržní sílu pak lze identifikovat a hodnotit dvěma metodami – *první* se zaměřuje na to, zda jsou ceny dominantního podniku nad jeho náklady (tzv. přímá metoda), a *druhá* vychází z měření tržního podílu dominantního podniku, jeho konkurentů překážek vstupu na trh a vyrovnací kupní síly (tzv.

⁸⁶ Monti, G. The Concept of Dominance in Article 82, *European Competition Journal*, 2006, str. 31

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ shodně také Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 238 a násl.

⁸⁹ *Ibid.*, str. 239

⁹⁰ Monti, G. The Concept of Dominance in Article 82, *European Competition Journal*, 2006, str. 33

nepřímá metoda).⁹¹ Druhá z uvedených metod je odbornou veřejností spíše přijímána, což dokladuje i skutečnost, že právě tato metoda byla použita v *Diskusním materiálu k dominanci i v Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik*.⁹² Významné je v otázce významné tržní síly rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, kde se definice dominance odlišuje od pouhého postavení na roveň významné tržní síle a ESD v tomto smyslu dodává, že podstatná je zde také síla obchodní a schopnost podniku tuto obchodní sílu využít při konfrontaci se soutěží.⁹³ Odborná literatura pak také pracuje s konceptem dominance v podobě *ability to contain competition*, tj. schopnosti potlačit soutěž.⁹⁴ Vrátime-li se k rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, ze kterého vyplývá, že dominantní je podnik, který je schopen chovat se *do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a spotřebitelích*, je zřejmé, že ona závislost není úplná, avšak přesto, že nejde o plnou závislost, je na dominantní podnik závislý na konkurentech, zákaznících a spotřebitelích méně, než oni na něm. Jedná se tedy pojmově o závislost *významnou*. Obchodní výhody, které pak má dominant k dispozici mu pomohou potlačit konkurenci, a naproti tomu konkurence toto opětovat nikterak nemůže, neboť se jim oněch obchodních výhod poněkud nedostává. Ve vztahu se spotřebiteli dominant užívá svojí sílu prostřednictvím rabatů, pokud je jejich nevyhnutelným partnerem. Avšak definuje-li se dominantní postavení na základě existence významné tržní síly, není síla, kterou vládne na svými konkurenty a spotřebiteli, jak bylo uvedeno, podstatná. V souvislosti s rozhodnutím ESD ve věci *United Brands* a následně ve věci *Hoffmann-La Roche*, kde je popsána otázka hospodářské síly, je dovozováno, že pozice hospodářské síly je posuzována s ohledem na sílu zabránit účinné hospodářské soutěži a nikoli s ohledem na poškození spotřebitelů (viz ekonomický koncept dominance). Podstatou je tedy poškození či narušení samotného procesu hospodářské soutěže. K významu dominance se také ve věci *British Airways* vyjádřila Generální advokátka *J. Kokott*, která uvedla, že „čl. 102 SFEU nebyl navržen k tomu, aby pouze nebo primárně chránil bezprostřední zájmy soutěžitelů či spotřebitelů, ale strukturu trhu, tudíž soutěž jako takovou (jako instituci), která již byla oslabena přítomností dominantního podniku na trhu. Tímto způsobem jsou pak nepřímě chráněni i spotřebitelé.“⁹⁵ V této souvislosti stojí za povšimnutí, že koncept dominance, jak je předestřen v rozhodnutí *United Brands* a dále i např. v rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*,⁹⁶ je postaven na obchodní síle, nicméně jak je zřejmé z *Pokynů Komise*

⁹¹ Ibid., str. 34

⁹² Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání čl. 82 Smlouvy na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, ÚV C 45, 24. 2. 2009, odst. 12

⁹³ rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 51

⁹⁴ Monti, G. The Concept of Dominance in Article 82, *European Competition Journal*, 2006, str. 36; shodně také Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 239

⁹⁵ stanovisko Generální advokátky *J. Kokott* ve věci *British Airways*, C-95-04, odst. 69

⁹⁶ rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*, T-210/01

pro posuzování vylučovacích praktik bude do budoucna dominance zjišťována na základě *ekonomické koncepce dominance*, což pokud bychom tento přístup aplikovali na výše uvedené případy, ani jedna ze společností za dominantní označeny nebyly. V tomto smyslu je třeba doplnit, že v rámci EU je upřednostňován koncept obchodní síly zejm. s ohledem na vliv ordoliberalního pojetí soutěžního práva, které do zajištění bylo podkladem pro vytváření soutěžního práva v Evropě.

Konečně, *koncept eliminace konkurence* (bod 3.) je postaven na tzv. post-chicagské škole. Podstatou tohoto konceptu je posouzení, zda je podnik schopen natolik strategicky jednat na trhu, že získá významnou tržní sílu. Tento koncept je aplikován především v soutěžním právu v USA. V nespolední řadě je zde koncept *jurisdikčního kritéria*. Tento poslední koncept se zdá být poměrně prostým a jednoduchým řešením, neboť zde by bylo toliko zjišťováno, zda bylo dosaženo určité hranice. Petr M. k tomuto uvádí, že ukazatelem by mohly v případě tohoto konceptu být např. tržní podíly s tím, že takový přístup by musel využívat tzv. *safe harbour* (*bezpečného přístavu*), v rámci kterého by se o dominanci nejednalo.⁹⁷ Zde by však bylo klíčové stanovit onu hranici, neboť pokud by byla hranice příliš nízká, docházelo by k přehnanému vymáhání soutěžního práva a naproti tomu, pokud by byla hranice příliš vysoká, bylo by zase vymáhání soutěžního práva nedostatečné.

2.1.2 Dominantní postavení a zvláštní odpovědnost dominanta

Pro účely této práce je zásadní (jak bude později rozvedeno v souvislosti s otázkou koncentrací podniků) konstatování Komise v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* v reakci na judikaturu ESD a Tribunálu, že „dominantní postavení podniku není samo o sobě protiprávní a takovýto dominantní podnik je oprávněn soutěžit na základě svých výkonů.“⁹⁸ Obdobně se k tomuto postavil i Tribunál ve věci *Microsoft*, když konstatoval, že *„I když konstatování existence dominantní postavení samo o sobě neznamena žádnou výtku vůči dotčenému podniku, tento podnik má nicméně, bez ohledu na příčiny takového postavení, zvláštní odpovědnost za to, že jeho chování nebude na újmu účinné a nenarušené hospodářské soutěži na společném trhu.“*⁹⁹ Z uvedeného rozhodnutí se tedy podává, že dominantní postavení samo o sobě zakázáno není, teprve až jeho zneužívání, avšak podnik v dominantním postavení má ***zvláštní odpovědnost*** nenarušit nebo nevyločit soutěž. Toto podtrhuje opět Tribunál

⁹⁷ Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 241

⁹⁸ Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání čl. 82 Smlouvy na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, ÚV C 45, 24. 2. 2009, odst. 1

⁹⁹ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04, bod 3. preambule

v rozhodnutí *France Télécom*, kde uvádí, že „podniky v dominantním postavení mohou být za specifických okolností zbaveny práva chovat se nebo jednat způsobem, který není sám o sobě zneužitím a za který by ani nebylo možné uložit sankci, pokud by se jednalo o chování nebo jednání podniků, které nejsou v dominantním postavení.“¹⁰⁰ Toto pravidlo lze samozřejmě vztáhnout na jakéhokoli dominantanta bez ohledu na to, zda své dominantní postavení získal svými výjimečnými výkony, technickými dovednostmi, nebytím výlučných práv nebo spojením podniků.¹⁰¹ V tomto smyslu lze uzavřít, že podnik v dominantním postavení, ačkoli nejednal jakkoli protiprávně, je stíhán přísnější reglementací oproti podnikům, které tohoto postavení nedosáhly. Zde je pak významné konstatování Tribunálu ve věci *British Plaster Board*, kde soud uvedl v souvislosti s přísnější reglementací dopadající na dominantanta, že „toto však nijak neprolamuje jeho základní právo chránit své obchodní zájmy.“¹⁰² Tribunál tedy potvrdil, že podnik v dominantním postavení, přestože nesmí své postavení na trhu zneužívat, má právo, ostatně jako jeho konkurenti nemající dominantní postavení, nejen na konkurenční obranu v rámci konkurenčního tlaku jeho konkurentů, ale také na jiné chování trhu za předpokladu, že dostojí své zvláštní odpovědnosti pramenící z jeho dominantního postavení.¹⁰³

2.1.3 Dominantní postavení – význam tržního podílu a Relevantní trh

Dle rozhodnutí ESD ve věci *Bronner*, je při zkoumání dominantního postavení podniku (ve smyslu čl. 102 SFEU) podstatné určení jednak *relevantního trhu* a *vymezení podstatné části společného trhu*, kde bude zkoumáno ev. koluzivní jednání podniku dle čl. 102 SFEU.¹⁰⁴ Tržní podíl, v rámci zjišťování dominantního postavení, je stále významným prvkem, byť ESD ve svých rozhodnutích nepřiznává význam absolutní. Nicméně Tribunál k tomuto připomíná, že podstatné i zjištění tržních podílů ostatních konkurentů, což konstatoval v již několikrát zde citovaném rozhodnutí *France Télécom*¹⁰⁵ a dále doplňuje, že „význam podílů na trhu se může na jednotlivých trzích lišit, velmi významné podíly představují samy o sobě, až na výjimečné okolnosti, důkaz existence dominantního postavení.“¹⁰⁶ Tribunál v zápětí doplnil, že toto platí v případě podílu na trhu 50 %. Pomyslná pásma dominance vymezila i Komise ve svém

¹⁰⁰ rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 186

¹⁰¹ rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72, oodst. 18 a násl.

¹⁰² rozhodnutí Tribunálu ve věci *British Plaster Board*, T-65/89, odst. 69

¹⁰³ srov. také Ritter, L., Braun, W.D. *European Comptition Law: A Practicioner Guide*, Third Edition, Kluwer Law International, 2004, str. 384

¹⁰⁴ rozhodnutí ESD ve věci *Bronner*, C-7/97, odst. 32

¹⁰⁵ „podíly na trhu, které má dotýčný podnik vzhledem k podílům svých soutěžitelů, jsou platnými ukazateli dominantního postavení.“ - rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 109

¹⁰⁶ *Ibid.*, odst. 100

rozhodnutí ve věci *Microsoft*, kde konstatovala, že tržní podíly mezi 70 – 80 % opodstatňují domněnku dominance, avšak tržní podíly vyšší 50 % představují důkaz dominance.¹⁰⁷

V souvislosti s významem tržního podílu při zjišťování dominance je jeho proměnlivá velikost, tj. jeho výše se může s ohledem na podmínky trhu měnit a nabízela se tak otázka, do jaké míry může mít takový výkyv vliv na posouzení koluzivního jednání podniku (toto je samozřejmě mimo diskusi v případě kontroly koncentrací podniků, neboť tam se odhadují možné strukturální změny, které rovněž přesností neoplývají, nadto jde toliko o odhad). Nicméně Tribunál se s touto otázkou vypořádal konstatováním, že „*snížení dosud velmi významných podílů na trhu nemůže být samo o sobě důkazem neexistence dominantního postavení. ...(...)... A dále, že skutečnost, že se jedná o silně rostoucí trh, rovněž nemůže vyloučit použití pravidel hospodářské soutěže, a zejm. pravidel čl. 102 SFEU, zvláště když dotčený podnik měl vždy mnohem vyšší podíl na trhu než podíl na trhu prvního z jeho soutěžitelů, což je platným ukazatelem dominantního postavení, a když sám považuje hospodářskou soutěž za omezenou.*“¹⁰⁸ Komise v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik*, že má-li podnik tržní podíl pod hranicí 40 %, není pravděpodobné, že byl v dominantním postavení.¹⁰⁹

Nicméně, přes skutečnost, že otázka tržního podílu je jistě významným prvkem v rámci zjišťování dominance, Komise začala prosazovat tzv. *Effect-based* přístup, který je postaven na tom, aby nedocházelo k mechanickému podřazování tržních podílů do kategorií a dovozování dominance z vysokých tržních podílů,¹¹⁰ byť takto Komise i ESD často případy řešily.¹¹¹

Otázka také je zjišťování dominantního postavení v případě *intenzivní soutěže*. Komise totiž zprvu konstatovala, že v tomto případě, nelze dominantní postavení shledat, avšak ESD ve věci *United Brands* již tuto možnost nevyloučil, když uvedl, že živý soutěžní boj nevylučuje zjištění dominantního postavení, pokud je taková soutěž omezena co do času a nepřekrývá celý Relevantní trh.¹¹² Ve věci *Hoffmann-La Roche* pak uvedl, že „*skutečnost, že podnik je donucen snížit své ceny pod tlakem cenového snížení jeho soutěžitelů, je obecně neslučitelná s nezávislým*

¹⁰⁷ rozhodnutí Komise ve věci *Microsoft*, COMP/C 3.37.792, ze dne 24. 3. 2004, odst. 435

¹⁰⁸ rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 104, 107

¹⁰⁹ Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání čl. 82 Smlouvy na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, ÚV C 45, 24. 2. 2009, odst. 14

¹¹⁰ Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 244

¹¹¹ např. ESD ve věci *AKZO* – rozhodnutí ESD, 62/86

¹¹² Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 245

chováním charakteristickým pro dominantní postavení.“¹¹³ Avšak posléze v rozhodnutí ve věci *General Electric* Tribunál naopak uvedl, že „skutečnost, že podnik je donucen snížit své ceny pod tlakem cenového snížení jeho soutěžitelů, je obecně neslučitelná s nezávislým chováním charakteristickým pro dominantní postavení. Nicméně, dokonce i existence účinné hospodářské soutěže na daném trhu nevylučuje existenci dominantního postavení na tomto trhu, přičemž uvedené postavení je především charakterizováno schopností chovat se v rámci své tržní strategie bez nutnosti přihlížet k této hospodářské soutěži a bez utrpění škody z důvodu tohoto chování. Případná existence hospodářské soutěže na trhu je sice Relevantní okolností zejména pro účely posouzení existence dominantního postavení, ale není sama o sobě okolností v tomto ohledu určující.“¹¹⁴ Z uvedeného rozhodnutí se tedy podává, že degradace významu účinné hospodářské soutěže na pouhou Relevantní okolnost, která tedy není rozhodujícím faktorem. Ovšem stejně tak se tato okolnost vztahuje na otázku zneužití dominantního postavení. Kriticky se pak k názoru obsaženému v rozhodnutí *General Electric* staví např. *Petr M.* nebo také *Dethmers* a *Dodoo*, podle kterých by význam intenzivní soutěže neměl být bagatelizován, jak se stalo v tomto rozhodnutí s tím, že podniky neměly být shledány dominantními, reagoj-li na soutěž vyvolanou jejich konkurenty.¹¹⁵

2.2 Kolektivní dominance a evropské (unijní) právo – joint dominant position

Kolektivní dominance, neboli *joint dominant position*. Stejně jako v předešlém případě vymezení kolektivní dominance není předmětem žádné předpisu EU. Svůj základ získal koncept kolektivní dominance v čl. 102 SFEU, který obecně zakazuje zneužití dominantního postavení jedním či více podniky. Základ konceptu dominantního postavení, jak byl specifikován v předešlých článcích, lze aplikovat i v tomto případě, avšak pro účely kolektivní dominance dále platí, že zjištění, že dva nebo více podniků mají kolektivní dominantní postavení, musí v zásadě vycházet z ekonomického posouzení postavení, které na relevantním trhu zaujímají dotčené podniky, před jakýmkoli posouzením otázky, zda takové podniky zneužily své postavení na trhu.¹¹⁶

¹¹³ rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 71

¹¹⁴ rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*, T-210/01, bod 10 preambule; potvrzeno rozhodnutím Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 101

¹¹⁵ Dethmers, F., Dodoo, N. The Abuse of Hoffmann-La Roche: The meaning of Dominance under EC Competition Law, *European Competition Law Review*, 2006, č. 10, str. 546; Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 247

¹¹⁶ rozhodnutí ESD ve věci *Cewal*, C-395/96 a C-396/96, odst. 37 - 38

2.2.1 Ekonomické vazby

Koncept kolektivní dominance na nezávislé podniky propojené ekonomickými vazbami byl potvrzen rozhodnutím Tribunálu ve věci *Flat Glass*, který konstatoval, že „*neexistuje v principu nic, co by bránilo tomu, aby dvě nebo více nezávislých hospodářských jednotek byly mezi sebou spojeny takovými ekonomickými vazbami, na základě kterých zaujímají společné dominantní postavení vůči ostatním účastníkům stejného trhu.*“¹¹⁷ Ekonomické vazby mohou být v tomto smyslu smluvní povahy s tím, že se může jednat tedy zejm. o smlouvy, licence, členství v různých sdruženích, ale také za určitých podmínek mohou zakládat příslušné vazby mezi podniky smlouvy, rozhodnutí sdružení nebo jednání ve vzájemné shodě, ale samy o sobě nemusí být dostačující. Ovšem nejedná se ani o podmínku nezbytnou.^{118,119} Podniky mohou být také (ekonomicky) propojeny strukturálními vazbami jako např. křížové vlastnictví účastí na podniku, vzájemné či společné členství ve statutárních a dozorčích orgánech nebo pasivní investice.^{120,121} Konečně, Tribunál ve svém rozhodnutí ve věci *Gencor* konstatoval, že ekonomické vazby mohou být vytvořeny strukturou samotného relevantního trhu.¹²²

Koncept kolektivní dominance pak byl rozšířen rozhodnutím ESD ve věci *Cewal*, kde soud vyložil čl. 102, resp. spojení *jeden nebo více podniků* tak, že dominantní postavení může mít jedna nebo více hospodářských jednotek, které jsou na sobě právně nezávislé za předpokladu, že z ekonomického pohledu vystupují nebo jednají na příslušném trhu jako kolektivní entita vůči svým konkurentům, obchodním partnerům a spotřebitelům s tím, že pokud je tato otázka zodpovězena kladně, pak je teprve možné zvažovat, zda taková kolektivní entita má dominantní postavení a její jednání zakládá zneužití.¹²³ Petr M. k tomuto uvádí, že koncept kolektivní dominance lze podle případu *Cewal* aplikovat toliko na případy, kdy několik podniků zaujímá společně dominantní postavení na relevantním trhu a zároveň nelze aplikovat na případy, kdy jsou podniky samy o sobě dominantní.¹²⁴

¹¹⁷ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Flat Glass*, T-68/89, T-77/89, T-78/89, odst. 343, 358 a násl.

¹¹⁸ Hladká, L. Kolektivní dominance – dostupné na - <http://www.epravo.cz/top/clanky/kolektivni-dominance-55792.html>

¹¹⁹ rozhodnutí ESD ve věci *Cewal*, C-395/96 a C-396/96

¹²⁰ Hladká, L. Kolektivní dominance – dostupné na - <http://www.epravo.cz/top/clanky/kolektivni-dominance-55792.html>

¹²¹ srov. rozhodnutí Tribunálu ve věci *Flat Glass*, T-68/89, T-77/89, T-78/89; nebo také rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, T-228/97

¹²² rozhodnutí Tribunálu ve věci *Gencor*, T-102/96

¹²³ rozhodnutí ESD ve věci *Cewal*, C-395/96 a C-396/96, odst. 36, 39

¹²⁴ Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 254

2.2.2 Kolektivní (společná) politika

Ve vztahu kolektivní dominance a společné politiky podniků ESD drží poměrně konstantní názor, že podniky musí být schopny přijmout společnou politiku na trhu a jednat do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a spotřebitelích,¹²⁵ avšak není zde nutné prokázat shodnost chování podniků dle společné politiky vždy a ve všech případech.¹²⁶ Názor, že podniky se musejí chovat za každých okolností stejně, byl poměrně rychle překonán.¹²⁷ Pokud jde o otázku vzájemného soutěžení podniků v kolektivní dominanci ESD uvedl, že toto postavení nevyklučuje veškerou soutěž mezi těmito podniky a ani nevyžaduje shodné vystupování podniků na relevantním trhu.¹²⁸

2.2.3 Kritéria Airtours

Otázka kolektivní dominance je a byla v praxi Komise spojena s Nařízením 4064/89 o kontrole spojování podniků. V této souvislosti vydala Komise řadu rozhodnutí, ve kterých byl princip kolektivní dominance uplatněn. Příkladem zde může být rozhodnutí Komise ve věci *Nestlé/Perrier*.¹²⁹ Zde Komise rozhodovala poprvé od přijetí koncepce kolektivní dominance dle rozhodnutí *Flat Glass* (jak je specifikováno výše). Dále rozhodnutí Komise ve věci *Kali & Salz*¹³⁰ nebo také ve věci *Gencor*, kde došlo k prvnímu zákazu spojení podniků na základě kolektivní dominance.¹³¹

Začátek nové politiky Komise zacílené na přísnější kontrolu oligopolů znamenalo významné rozhodnutí Komise ve věci *Airtours*, kde se společnost *Airtours* pokusila nepřátelsky převzít společnost *First Choice* a toto spojení bylo Komisí zakázáno, neboť Komise zjistila, že spojení by mělo za následek vytvoření dominantního oligopolu, který by se skládal z nově vzniklého podniku a dvou hlavní tour operátorů na britském trhu souborných služeb pro pobyty v zahraničních destinacích. Podle názoru Komise by toto spojení nemotivovalo k soutěži mezi sebou.¹³² V rozhodnutí *Airtours*, kromě změny politiky kontroly přišla Komise i se širším pojetím kolektivní dominance. Společnost *Airtours* se proti rozhodnutí Komise odvolala, načež Tribunál

¹²⁵ rozhodnutí ESD ve věci *Cewal*, C-395/96 a C-396/96, odst. 62

¹²⁶ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Atlantic Container Line*, T-191 a 212 až 214/98, odst. 631

¹²⁷ tento názor je obsažen např. v rozhodnutí ESD ve věci *DIP/LIDL*, C-140, 141, 142/94, odst. 26

¹²⁸ *Ibid.*, odst. 655

¹²⁹ rozhodnutí Komise ve věci *Nestlé/Perrier* ze dne 22. 7. 1992, IV/M.190 – jednalo se spojení v rámci francouzského trhu s minerálními vodami.

¹³⁰ rozhodnutí Komise ve věci *Kali & Salz* ze dne 14. 12. 1993, IV/M.308 – zde šlo o první případ, kdy se ke konceptu kolektivní dominance v rámci Nařízení 4064/89 o spojování podniků mohlo vyslovit ESD.

¹³¹ rozhodnutí Komise ve věci *Gencor* ze dne 24. 4. 1996, IV/M.619

¹³² rozhodnutí Komise ve věci *Airtours* ze dne 22. 9. 1999, IV/M.1524

předmětné rozhodnutí zrušil s tím, vymezil tři podmínky, které musejí být splněny, aby mohlo být vytvořeno kolektivní dominantní postavení, a to¹³³

- 1) **Transparentnost (*Transparency*)** – tj. aby trh byl natolik transparentní k tomu, aby umožnil každému členovi oligopolu poznat chování ostatních a přijmout a uplatňovat společnou politiku,
- 2) **Systém odvetných opatření (*Adequate retaliation*)** – tj. aby systém odvetných opatření byl dostatečný k tomu, aby zajistil soudržnost uvnitř dominantního oligopolu, a konečně
- 3) **Absence dostatečné protiváhy (*Absence of countervailing power*)** – tj. absenci účinné protiváhy ze strany konkurentů a spotřebitelů uvnitř dominantního oligopolu.¹³⁴

Tribunál se dále vypořádával s otázkou, kdy kolektivní dominantní postavení může nastat, přičemž vyzdvihl potřebnost prokázat možnost oligopolistů uskutečňovat stejný způsob chování trvale a dále také hospodářskou rozumnost.¹³⁵ S ohledem na tento závěr pak Tribunál koncept výše popsaných třech podmínek kolektivní dominance.

Ad 1) Transparentnost

Podstatou této podmínky tedy je, že kolektivního dominantního postavení je možné dosáhnout snáze, pokud je trh dostatečně transparentní, aby umožnil každému členovi oligopolu poznat chování ostatních.¹³⁶ Tribunál v tomto smyslu doplnil, že ono poznání je třeba dostatečně přesné a okamžité.¹³⁷ V rozhodnutí *IMPALA* pak bylo upřesněno, že podnik v tomto kolektivním dominantním postavení nemusí znát do nejmenších podrobností podmínka každého prodeje člena oligopolu, avšak je třeba, aby umožnil rozpoznat podmínky tiché koordinace a zároveň představoval riziko, že pokud se odchýlí od tiché koordinace, bude to ostatními členy

¹³³ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Airtours*, T-342/99, odst. 62

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Tribunál v rozhodnutí konstatoval, že dominantní postavení (podle Nařízení 4064/89) může nastat „v případě, kdy vzhledem k totožným vlastnostem relevantního trhu o změně v jeho struktuře, by každý člen dominantního oligopolu, vědom si svých společných zájmů, považoval za možné a hospodářsky rozumné, a tedy i výhodnější, trvale uskutečňovat stejný způsob chování na trhu s cílem prodávat za vyšší ceny, než jsou ceny konkurenční, aniž by musel uzavřít smlouvu nebo postupovat ve vzájemné shodě ve smyslu čl. 101 SFEU, a aniž by mohli skuteční nebo potenciální soutěžitelé na zákazníci a spotřebitelé reagovat.“ - rozhodnutí Tribunálu ve věci *Airtours*, T-342/99, odst. 61

¹³⁶ *Ibid.*, odst. 156

¹³⁷ *Ibid.*, odst. 62

odhaleno.¹³⁸ Jako podstatné pak Tribunál označil zjištění, zda ostatní členové oligopolu přijímají stejnou strategii a také zjištění, zda je tato strategie ze strany všech dodržována.¹³⁹

Ad 2) Systém odvetných opatření

Systém odvetných opatření je druhou podmínkou existence kolektivního dominantního postavení, postavený na existenci odvetných opatření v případě odchylného jednání od oné tiché koordinace. Tento prostředek dozajista slouží pro účely zachování takové tiché koordinace. Tribunál opět v rozhodnutí ve věci *IMPALA* doplnil k této podmínce, že postačí pouhá existence účinných odrazujících mechanismů s tím, že pokud se všichni členové dohodnou na společné politice, není třeba uplatňovat sankce.¹⁴⁰ Tribunál v tomto smyslu uzavřel, že „nejúčinnější odrazující prostředek je totiž takový, který nemusí být použit.“¹⁴¹ Pokud by však bylo nutné užít odvetných opatření, je zcela nezbytné, aby tak bylo učiněno rychle a účinně. *Petr M.* k tomuto doplňuje, že každá prodleva účinnost snižuje s tím, poukazuje na to, že spojení s dalšími atributy odvetných opatření, mezi kterými spatřuje důvěryhodnost, přiměřenost, výhodnost a vůbec možnost uskutečnění odvetných opatření.¹⁴² Co se pak týče prokazování této podmínky, Tribunál konstatoval, že Komise nemusí prokazovat existenci určitého systému odvetných opatření, na druhou stranu však musí prokázat, že pro každého člena dominantního oligopolu existují tak odrazující faktory, že nemá zájem se odchýlit od společného chování k újmě ostatních členů.¹⁴³

Ad 3) Absence dostatečné protiváhy

K této poslední podmínce konceptu kolektivního dominantního postavení Tribunál k otázce jejího prokázání uvedl, že Komise musí prokázat, že by předvídatelná reakce skutečných nebo potenciálních soutěžitelů a spotřebitelů neohrozila výsledky očekávané v důsledku společného způsobu jednání.¹⁴⁴ Zároveň však ale nepostačuje tvrzení, že protiváha neexistuje a musí být proto zjištěno, zda by spotřebitelé byli schopni reagovat na cenu odchodem k jinému, menšímu konkurentovi.

¹³⁸ rozhodnutí Tribunálu ve věci *IMPALA*, T-464/04, odst. 440

¹³⁹ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Airtours*, T-342/99, odst. 62

¹⁴⁰ rozhodnutí Tribunálu ve věci *IMPALA*, T-464/04, odst. 466

¹⁴¹ *Ibid.*, odst. 466

¹⁴² *Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 260

¹⁴³ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Airtours*, T-342/99, odst. 195 – k tomu Tribunál doplnil, že v posuzované věci bylo s ohledem na vlastnosti relevantního trhu a způsobu jeho fungování, rychlé a účinné použití odvetných opatření velmi obtížné a tedy odmítl argument Komise, že okolnosti případu mohly být dostatečným impulsem pro členy dominantního oligopolu, aby se neodchýlili od jednotného způsobu chování. - rozhodnutí Tribunálu ve věci *Airtours*, T-342/99, odst. 197, 207

¹⁴⁴ *Ibid.*, odst. 62

3. Zneužití dominantní postavení v soutěžním právu EU

V předešlé kapitole jsme si vymezili otázku dovozování „dominantního postavení“. Tato kapitola bude již zaměřena na onu první „kolej“ z dvojkolejné právní úpravy dominantního postavení, a totiž na otázku *zneužití* tohoto dominantního postavení. V tomto smyslu vycházíme z toho, že soutěžní právo obecně nepostihuje dominantní postavení *per se*, ale až jeho ev. zneužití, zároveň je ale dominantní postavení podniku obligatorním prvkem aplikace čl.102 SFEU. Předmětem následujících odstavců nebude přílišné zkoumání otázky posuzování jednotlivých skutkových podstat zneužití dominantního postavení, ale spíše koncepční vymezení a účel této úpravy, které jako takové pro potřeby této práce postačuje, neboť práce si neklade ambice podat vyčerpávající výklad o veškeré aplikační praxi v tomto smyslu a modifikacích obecných skutkových podstat zneužití dominantního postavení, ale toliko o zařazení čl. 102 SFEU do systému soutěžního práva s ohledem na soutěžní politiku EU v této oblasti a její cíle a dále na základní prvky posuzování jednání podniků v dominantním postavení v rámci soutěže.

Nelze pochybovat o tom, že projekt uspořádání vnitřního trhu na výsost náročný na realizaci i udržení žádoucího stavu. Uvážíme-li pak soutěžní problémy, které se odehrávají na úrovni jednotlivých členských států a postrádají tedy vymezený tzv. evropský prvek, je zcela zřejmé, že o to obtížnější je řešení soutěžních problémů, které již evropský rozměr mají. Je proto zcela pochopitelné, že EU, její orgány i členské státy se snaží chránit svůj vnitřní trh před omezeními. Formování a udržení vnitřního trhu je založeno jednak na odstranění omezení obchodu v podobě vnitrostátní regulace členských států, tj. zejm. odstranění cel a kvót, čehož bylo již dosaženo a jednak na ochraně hospodářské soutěže před koluzivním jednáním podniků. Jedním z pilířů ochrany hospodářské soutěže je pak ochrana před zneužitím dominantního postavení.

3.1 Zneužití dominantního postavení v evropském (unijním) právu

Základem ochrany hospodářské soutěže v podobě institutu *zneužití dominantního postavení*, je čl. 102 SFEU, který uvádí, že: „*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.*“ Tribunál ve věci *Atlantic Container Line* definoval cíl této generální klauzule tak, že jejím cílem je zakázat podniku v dominantním postavení, aby posílil své postavení použitím jiných prostředků, než které spadají

do hospodářské soutěže na základě výkonnosti.¹⁴⁵ V tomto smyslu je z hlediska aplikace zajímavé, že čl. 102 SFEU zakazuje jednání, které přímo neupravuje s tím, že demonstrativně vyjmenovává čtyři možné příklady zneužití dominantního postavení, když uvádí, že takové zneužívání může zejména spočívat:

- a) v *přímém nebo nepřímém vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek;*
- 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 nesouvisí.*¹⁴⁶

Vzhledem k povaze pramene práva, ve kterém je tento článek obsažen, má čl. 102 SFEU přímý účinek.¹⁴⁷ Tato skutečnost však přináší výkladové problémy, které nestojí jen na otázce samotného dominantního postavení, ale také na typizaci jednání, které lze pod čl. 102 SFEU podřadit. Konečně, nelze zapomínat na skutečnost, že čl. 102 SFEU dopadá i na jednání podniků, které by bylo ze strany členských států tolerováno nebo snad i podporováno.¹⁴⁸ ESD ve věci *Hoffmann-La Roche* vysvětlil povahu uvedeného zákazu tak, že „*povaha zákazu zneužití dominantního postavení a podmínek, které musí být naplněny k tomu, aby byl aplikován, ve smyslu čl. 102 SFEU nevyhnutelně vyjádřených v obecných pojmech, nejsou nepřesné a není možné je předvídat.*“¹⁴⁹

V neposlední řadě je třeba doplnit, že čl. 102 SFEU není určen k zabránění restriktivním praktikám na regionálních nebo místních trzích, ale je určen k ochraně vnitřního trhu EU.¹⁵⁰ Čl. 102 SFEU je tedy namířen na restriktivní praktiky, které mají tzv. *evropskou (unijní) dimenzi zneužití*. Tato skutečnost se podává jednak z povahy a smyslu právní úpravy a evropské soutěžní politiky, ale explicitně je tato skutečnost vyjádřena slovním spojením v čl. 102 SFEU „*na vnitřním trhu nebo jeho podstatné části*“. Pro posouzení této otázky je pak podstatný význam dotčeného trhu pro soutěž v rámci EU, tj. hospodářský význam, který se vyznačuje v souladu

¹⁴⁵ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Atlantic Container Line*, T-191 a 212 až 214/98, odst. 939

¹⁴⁶ čl. 102 (odst. 2) SFEU

¹⁴⁷ srov. např. rozhodnutí ESD ve věci *Sacchi*, 155/73, odst. 18

¹⁴⁸ srov. např. rozhodnutí ESD ve věci *Bodson*, 30/87, odst. 24; nebo později rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, T-228/97, odst. 111

¹⁴⁹ rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 130

¹⁵⁰ Ovšem doplníme jistou samozřejmost, a totiž, že i vnitřní trh je závislý na stavu (narušení/nenarušení) regionálních a místních trhů, neboť jejich souhrnem je právě vnitřní trh tvořen.

s ustálenou judikaturou ESD určitým počtem obyvatel. Trhy, které zahrnují území členského státu, jsou pro tyto účely vždy považovány za podstatnou část společného trhu.¹⁵¹ Velikost členského státu pak není rozhodující.¹⁵²

3.1.1 Čl. 102 SFEU a obecné cíle soutěžní politiky

Smyslu čl. 102 SFEU (dříve tedy čl. 82 SES) se ESD věnoval ve věci *Hoffmann-La Roche* a dále ve věci *British Airways*. Ve stručnosti lze závěry ESD k tomuto článku ve vztahu k obecným cílům Unie parafrázovat tak, jednak tedy tento systém ochrany slouží k vytvoření systému zajišťujícího, aby na vnitřním trhu nebyla narušována soutěž.¹⁵³ Čl. 102 SFEU se tak vztahuje nejen na jednání, která mohou způsobit přímou újmu spotřebitelům, ale rovněž na taková jednání, která jím způsobují újmu prostřednictvím ohrožení struktury účinné hospodářské soutěže zmíněné (dříve) v čl. 3 odst. 1 písm. g) SES. Z uvedeného proto vyplývá, že za účelem rozhodnutí o případné zneužívající povaze chování podniku v dominantním postavení není nutné zkoumat, zda bylo toto chování na úkor spotřebitelů ve smyslu čl. 102 druhého pododstavce písm. b) SFEU, ale postačí ověřit, zda mělo účinek omezující hospodářskou soutěž.¹⁵⁴ Blíže k obecným cílům soutěžního práva (politiky) viz čl. 1.6 této práce.

3.1.2 (Ne)Vyloučení hospodářské soutěže

V souvislosti se zneužitím dominantního postavení byla nastolena otázka nutnosti prokázání míry vyloučení hospodářské soutěže a v neposlední řadě též doba, kdy má Komise proti zneužívajícímu jednání zasáhnout. Těmito otázkami se ve své rozhodovací praxi zabýval Tribunál, a to ve věci *Microsoft*, kde konstatoval, že není nutné, aby Komise prokázala vyloučení veškeré hospodářské soutěže na trhu. Jako podstatné shledal Tribunál toliko, aby posuzované jednání představovalo *riziko* vyloučení veškeré účinné hospodářské soutěže na trhu nebo aby takové jednání bylo způsobilé soutěž vyloučit.¹⁵⁵ Tribunál pak k této otázce uzavřel, že ke konstatování existence soutěže, nemůže postačovat skutečnost, že konkurenti podniku v dominantním postavení, nadále v určitých částech trhu okrajově zůstávají.¹⁵⁶ Nadto Tribunál ve stejném rozhodnutí upřesnil, že pro použití čl. 102 SFEU se výrazy „představuje riziko vyloučení hospodářské soutěže“ a „může vyloučit veškerou hospodářskou soutěž“ vykládají shodně za

¹⁵¹ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Deutsche Bahn*, T-229/94

¹⁵² Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011, str. 543

¹⁵³ rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 38

¹⁵⁴ rozhodnutí ESD ve věci *British Airways*, C-95/04, bod 2 preambule

¹⁵⁵ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04, odst. 563

¹⁵⁶ *Ibid.*, odst. 563

účelem vyjádření myšlenky, že se čl. 102 SFEU nepoužije až za situace, kdy k vyloučení hospodářské soutěže došlo.¹⁵⁷ V tomto smyslu je třeba výrok Tribunálu vyložit tak, že by bylo v rozporu s cíli soutěžního práva a cíli EU, mezi které patří chránit nenarušenou soutěž a tedy existující soutěž na trhu, pokud by Komise musela čekat na okamžik vyloučení soutěže nebo naprosté bezprostřední hrozby vyloučení.¹⁵⁸ Pokud bychom přijali opačný závěr, byly bychom vždy (a zejm. Komise) toliko svědky destrukce soutěže a trhu, kde zásah Komise by již cíle soutěžního práva těžko naplnil, zejm. pokud by došlo k úplnému vyloučení soutěže, neboť i kdyby byl podnik za případné koluzivní jednání posléze postižen, jen těžko by se účinná hospodářská soutěž obnovovala, resp. vyžadovalo by to značně dlouhou dobu. Sankce by tak do značné míry postrádala smysl, a krom vyloučení soutěžního procesu, by v důsledku toho byl ještě více neblaze stížen nepřímý cíl v podobě maximálního blahobytu spotřebitele. Bylo by totiž možné předpokládat, že sankce Komise by dosahovala astronomické částky, která by se však později promítla do cen produktů a služeb minimálně do doby, než by k obnovení soutěže došlo.

3.1.3 Koncept „zneužití dominantního postavení“ v rámci čl. 102 SFEU

Koncept zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU má svůj základ ve třech podmínkách, které musí být splněny. Tyto podmínky jsou následující:

1. *existence dominantního postavení na společném trhu nebo jeho podstatné části,*
2. *zneužití takového dominantního postavení, a*
3. *možnost narušení obchodu mezi členskými státy.*¹⁵⁹

Zde se rovněž vracíme k předešlé kapitole o dovozování dominantního postavení,¹⁶⁰ resp. ke *zvláštní odpovědnosti*, kterou podnik v tomto postavení má. V této souvislosti bych připomněl rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, kde přesto, že soud označil dominantní postavení za právu neodporující, avšak přisoudil podnikům v dominantním postavení zvláštní odpovědnost spočívající v tom, že jejich chování nebude na újmu účinné a nenarušené hospodářské soutěže na

¹⁵⁷ Ibid., odst. 561

¹⁵⁸ Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 272 a násl.

¹⁵⁹ vymezení tří podmínek – viz čl. 102 SFEU (1. odst.)

¹⁶⁰ viz čl. 2.1.2 této práce

společném trhu,¹⁶¹ a v této souvislosti může být podniku v dominantním postavení zakázáno jednání, které by jinak v případě nedominantního podniku zneužitím nebylo.¹⁶²

Pokud jde o samotný pojem „zneužití“, jeho definice se podává z rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, kde soud uvedl, že: „objektivní koncept, který se vztahuje na chování podniku v dominantním postavení, které může ovlivnit strukturu trhu, na němž je právě v důsledku přítomnosti tohoto podniku stupeň hospodářské soutěže již oslabený, a jehož účinkem je to, že za použití prostředků odlišných od těch, které jsou používány při běžné soutěži výrobků nebo služeb na základě plnění hospodářských subjektů, brání zachování stupně hospodářské soutěže, který na trhu existuje, nebo rozvoji této hospodářské soutěže.“¹⁶³ Z uvedené rozhodnutí ESD se tedy podává, že jde o koncept objektivní, který tedy z povahy věci nevyžaduje zavinění, resp. úmysl k porušení čl. 102 SFEU. Relevantní nejsou ani prostředky, jimiž bylo takového stavu dosaženo a ani skutečnost, zda dominantní podnik dosáhl cíle svým jednáním zamýšleného. Z hlediska vymezení relevantní trhu se dále z rozhodnutí Tribunálu ve věci *Letiště Paříž* podává, že není ani rozhodno, zda bylo narušení hospodářské soutěže na trhu, kde nebyl dominantní podnik přítomen, resp. nebyl dominantním na tomto trhu.

Další zásadní otázkou je v této souvislosti prokázání *přímého účinku* koluzivního jednání. Z rozhodnutí Tribunálu ve věci *Michelin II.*, se podává, že ani prokázání této skutečnosti ze strany Komise není nezbytné, neboť Tribunál v tomto smyslu judikoval, že „pro účely uplatnění čl. 102 SFEU může být prokázání protisoutěžního účelu a účinku případně považováno jedno a totéž. Pokud je totiž prokázáno, že sledovaný účel chování podniku v dominantním postavení je omezení hospodářské soutěže, toto chování může mít rovněž takový účinek.“¹⁶⁴ Konečně, samotné porušení čl. 102 SFEU, je prokazováno samozřejmě Komisí, která nese důkazní břemeno ve vztahu k okolnostem představujícím porušení čl. 102 SFEU. Na podniku v dominantním postavení pak možnost odůvodnit Komisi své jednání a předložit důkazy

¹⁶¹ „....,I když konstatování existence dominantní postavení samo o sobě neznamená žádnou výtku vůči dotčenému podniku, tento podnik má nicméně, bez ohledu na příčiny takového postavení, zvláštní odpovědnost za to, že jeho chování nebude na újmu účinné a nenarušené hospodářské soutěži na společném trhu.“ - rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04, bod 3. preambule

¹⁶² „....,podniky v dominantním postavení mohou být za specifických okolností zbyveny práva chovat se nebo jednat způsobem, který není sám o sobě zneužitím a za který by ani nebylo možné uložit sankci, pokud by se jednalo o chování nebo jednání podniků, které nejsou v dominantním postavení.“ - rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 186

¹⁶³ rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 91

¹⁶⁴ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Michelin II.*, T-203/01, odst. 258

k takovému tvrzení. Pokud tak podnik v dominantním postavení učiní, leží potom na Komisi, aby prokázala, že argumenty a důkazy, které podnik uplatnil, neobstojí.¹⁶⁵

3.1.4 Relevantní trh a zneužití dominantního postavení

Výklad obsažený o relevantním trhu a tržních podílech vymezený v předešlé kapitole,¹⁶⁶ zabývající se identifikací dominantního postavení lze v plném rozsahu aplikovat samozřejmě i na případy zneužití takového postavení. Pro již jen ve stručnosti - vysoké tržní podíly významným způsobem předznamenávají dominantní postavení na daném trhu. V tomto smyslu je dále podstatný také vztah mezi tržní podíly podniků, a to zejm. těch nejbližších největších, existence vyvinuté prodejní sítě, technologický náskok podniku před jeho konkurenty a také samozřejmě absence potencionální konkurence.¹⁶⁷ ESD k této problematice v rozhodnutí ve věci *AAMS* uvedl, že soutěžitel, který má značně velký tržní podíl a drží jej po určitou dobu prostřednictvím objemu výroby a rozsahem dodávek, které reprezentuje, aniž by podniky držící menší podíly na trhu byly schopny rychle pokrýt poptávku od subjektů, které by se rády rozloučily s podnikem s největším tržním podílem, je díky tomuto podílu v pozici síly, která jej činí nevyhnutelným obchodním partnerem a které jen díky této skutečnosti zajišťuje podniku, alespoň po relativně dlouhou dobu, svobodu jednání, která je zvláštním znakem dominantního postavení.¹⁶⁸ V případě rozhodování o zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU pak Komise vymezuje Relevantní trh pokaždé znovu s každým takovým koluzivním jednáním, tj. musí pokaždé znovu provést analýzu podmínek hospodářské soutěže.¹⁶⁹

3.1.5 Demonstrativní výčet skutkových podstat v čl. 102 SFEU

Jak již bylo uvedeno dříve v této práci, výčet skutkových podstat zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU není zdaleka vyčerpávající. K této skutečnosti se vyjádřil např. *Stroux*, dle kterého je to způsobeno tím, že dříve panovalo více znepokojení nad přímým zneužitím tržní moci, tj. nad vykořisťovacími praktikami podniků, než nad vylučovacími

¹⁶⁵ z rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04, odst. 688 – „i když důkazy nese Komise, přísluší nicméně dotčenému podniku v dominantním postavení, a nikoli Komisi, aby v daném případě uplatnil před koncem správního řízení případně objektivní odůvodnění a v tomto ohledu uvedl argumenty a předložil důkazy. Komisi dále přísluší, pokud hodlá učinit závěr, že existuje zneužití dominantního postavení, aby prokázala, že argumenty a důkazy uplatněné uvedeným podnikem nemohou obstát a že tedy uvedené odůvodnění nelze přijmout.“

¹⁶⁶ viz čl. 2.1.3 této práce

¹⁶⁷ viz rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, bod 15 preambule

¹⁶⁸ rozhodnutí Tribunálu ve věci *AAMS*, odst. 51

¹⁶⁹ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Clearstream*, T-301/04, odst. 48

praktikami.¹⁷⁰ Komise v rámci své aplikační praxe později došla k závěru, že čl. 102 SFEU by se měl vztahovat rovněž na praktiky dominantních podniků, které vylučují soutěž, tj. důsledky fúzí a predátorské snižování cen.¹⁷¹ K této otázce se rovněž vyjádřil ESD ve věci *Continental Can*, kde konstatoval, že „zákaz zneužití (dominantního postavení) nemíří pouze na praktiky, které mohou způsobit škodu spotřebitelům přímo, ale též na takové, které jsou jim ke škodě prostřednictvím jejich dopadu na účinnou strukturu soutěže...“^{172,173} K dalším rozhodnutím potvrzujícím skutečnost, že čl. 102 SFEU obsahuje toliko demonstrativní výčet je obsažen např. v rozhodnutích ESD ve věci *Tetra Pak II*.¹⁷⁴, ve věci *British Airways*¹⁷⁵ nebo také v rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*.¹⁷⁶

3.1.6 Vazba mezi dominantním postavením a jeho zneužitím

Z předešlých odstavců vyplývá, že je to právě existence dominantního postavení, na které stojí koncept zneužití dominantního postavení a v tomto smyslu je to základní podmínkou pro aplikaci čl. 102 SFEU. Ovšem samo dominantní postavení nestačí, je třeba jeho zneužití, tj. musí existovat vazba mezi dominantním postavením podniku a zneužívající praktikou, kterou mu umožňuje právě jeho postavení na trhu.¹⁷⁷ Přesto, existují názory vycházející z rozhodnutí *Hoffmann-La Roche*, ze kterého, kromě jiného, plyne, že ze zneužití nevyplývá, že dominantní postavení je prostředkem, kterým bylo toto zneužití dosaženo^{178,179} Nicméně, přes názorový rozkol, je třeba, aby zneužití vyvolalo účinek na trhu, kde je dominant účastníkem soutěže – nemusí však nutně jít o trh, kde zaujímá dominantní postavení. *Ritter* a *Braun* v tomto smyslu pak dovozují, že dominantní podnik se může dopustit zneužití dominantního postavení ve smyslu

¹⁷⁰ Stroux, S.US and EU Oligopoly Kontrol, International Competition Law Series, vol. 14, Kluwer International Law, 2004, str. 87

¹⁷¹ Ibid., str. 88

¹⁷² rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72, odst. 26

¹⁷³ z citovaného rozhodnutí potom vyplývá i závěr obsažený následně v rozhodnutí ESD ve věci *British Airways*, C-94/05, odst. 107 – „za účelem rozhodnutí o případné zneužívající povaze chování podniku v dominantním postavení není nutné zkoumat, zda bylo toto chování na úkor spotřebitelů ve smyslu čl. 102 druhého pododstavce písm. b) SFEU, ale postačí ověřit, zda mělo účinek omezující hospodářskou soutěž.“

¹⁷⁴ Zde se ESD zabýval výkladem čl. 102 písm. d) SFEU a uvedl, že i pokud nebyly naplněny znaky konkrétní skutkové podstaty, výšet skutkových podstat v článku uvedený není úplný, a prodej dvou výrobků společně může přesto představovat zneužití dominantního postavení, pokud není objektivně ospravedlněn – rozhodnutí ESD ve věci *Tetra Pak II*, C-333/94, odst. 37

¹⁷⁵ V tomto rozhodnutí ESD uvedl, že „slevy a prémie poskytnuté podniky v dominantním postavení mohou být rovněž v rozporu s čl. 102 SFEU, i když neodpovídají žádnému z příkladů uvedených v druhém pododstavci tohoto článku.“ – rozhodnutí ESD ve věci *British Airways*, C-95/04, odst. 58

¹⁷⁶ Tribunál v tomto rozhodnutí uvedl, že „vázaný prodej uskutečňovaný podnikem v dominantním postavení může porušovat čl. 102 SFEU, i když neodpovídá příkladu v čl. 102 písm. d) SFEU – rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04, odst. 861

¹⁷⁷ Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 277

¹⁷⁸ srov. Neils, G., Jenkins, H. Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effect Breaks Down, European Competition Law Review, 2005, č. 11, str. 609

¹⁷⁹ viz rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 91

čl. 102 SFEU, avšak i aplikací běžných obchodních postupů – nemusí se výslovně jednat o zneužití své tržní síly.¹⁸⁰ Toto však lze jen za předpokladu, že jednání podniku může ovlivnit ochod mezi členskými státy, aby byly naplněny podmínky čl. 102 SFEU. Uvážíme-li nazpět myšlenku, že zneužití bude mít účinek na jiném trhu, na němž není podnik v dominantním postavení, lze zde poukázat na případ *British Airways* – v této věci Tribunál připustil existenci zneužití dominantního postavení na trhu odlišném, než je trh, kde podnik toto dominantní postavení zaujímal s tím, že oba tyto trhy musí být úzce propojeny.¹⁸¹ Pokud jde o vazbu mezi koluzivním jednáním podniku a jeho dominantním postavením, lze nadto uvést, že nemusí a obvykle také není přítomna v situaci, kdy podnik v dominantním postavení jedná na nedominantním trhu, na kterém také vzniknou účinky.¹⁸²

3.1.7 Objective justification, přiměřenost a další výjimky

V případě zneužití dominantního postavení dle čl. 102 SFEU nepřichází v úvahu žádná výjimka z aplikace tohoto článku, jak lze například vysledovat v případě zakázaných dohod dle čl. 101 SFEU. Tento řekněme “problém“ byl nahrazen konceptem *objective justification* ve spojení s konceptem *přiměřenosti*.¹⁸³ Zde přichází na řadu již zmíněný problém v podobě obranného chování dominanta proti jednání jeho konkurentů na trhu. Tento koncept je tedy prostředek k tomu, jak rozlišit, zda se jedná o zneužití dominantního postavení nebo zda jde toliko o obranné chování dominanta. Praxe pak vytvořila dvě možná odůvodněné neaplikace čl. 102 SFEU, přičemž první řešilo otázku *objektivní nutnosti* a druhé *ochranu oprávněných obchodních zájmů*.¹⁸⁴ Zde je pak třeba připomenout rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, kde již ESD připustil skutečnost, že podniky v dominantním postavení mají právo chránit své obchodní zájmy, tj. přijmou odůvodněné kroky k ochraně svého postavení na trhu.¹⁸⁵ Ve stejném rozhodnutí ESD nadto definoval dvě podmínky, které se musejí zkoumat, aby koncept *objective justification* bylo možné aplikovat, a to jednak i) skutečnou motivaci jednání dominanta a ii) přiměřenost jeho jednání ve vztahu k cíli, resp. hrozbě, kterou představují ostatní účastníci

¹⁸⁰ Ritter, L., Braun, W.D. *European Competition Law: A Practitioner Guide*, Third Edition, Kluwer Law International, 2004, str. 423

¹⁸¹ V uvedené věci Tribunál poznamenal, že zneužití dominantního postavení spáchané na dominantním trhu s produktem, které má účinek na odděleném trhu, na němž podnik není podnikem v dominantním postavení, může spadat pod čl. 102 SFEU za předpokladu, že oddělený trh je dostatečně spojen s prvním. – viz rozhodnutí Tribunálu ve věci *British Airways*, T-219/94, odst. 127

¹⁸² K tomuto rozhodnutí ESD ve věci *Tetra Pak II*, kde soud konstatoval, že jednání na nedominantním trhu, které má účinky na nedominantním trhu, lze dát na roveň zneužití za předpokladu, že nedominantní trh má blízké přidružovací vazby k trhu dominantnímu a existují zvláštní okolnosti odůvodňující použití čl. 102 SFEU. – rozhodnutí ESD ve věci *Tetra Pak II*, C-333/94, odst. 27

¹⁸³ Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 282

¹⁸⁴ *Ibid.*, str. 282

¹⁸⁵ rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, 27/76, odst. 189

trhu.¹⁸⁶ Otázka posouzení, zda podnik jednal v prostoru jakési „dovolené“ obrany, je však nepochybně závislá na konkrétních okolnostech případu. Hranice pro rozlišování toho, zda bylo jednání dominanta zaměřeno na posílení jeho dominantního postavení byla (poměrně níže) stanovena v rozhodnutí Tribunálu *British Plaster Board*, kde soud uvedl, že kdykoli dominantní podnik podnikne kroky, kterými zamýšlí ovlivnit či pravděpodobně ovlivní strukturu trhu, jeho aktivity nemohou být ospravedlněny.¹⁸⁷ Naproti tomu však Tribunál, později ve věci *Irish Sugar* připustil, že pokud by dominant jednal zakázaně, avšak v souladu se zájmy spotřebitelů, bylo by takové jednání odůvodnitelné.¹⁸⁸ Konečně ve věci *Atlantic Container Line* Tribunál doplnil, že připuštěním obrany dominantnímu podniku je nikoli to, že by měly být povoleny, ale pouze to, že účel těchto praktik je přiměřený tomu, aby chránil jeho obchodní zájmy.¹⁸⁹

Kromě výše uvedeného konceptu *objective justification*, lze spatřovat ještě další výjimky, a to v podobě i) zanedbatelných případů,¹⁹⁰ ii) výjimečných obchodních podmínek a iii) poskytování služeb obecného hospodářského zájmu.¹⁹¹

3.2 Zneužití kolektivního dominantního postavení

Podstatu konceptu zneužití dominantního postavení jsme si vymezili v předešlých odstavcích. Stejný koncept v jeho základu lze aplikovat i na zneužití kolektivního dominantního postavení, budeme-li považovat jednající za kolektivní entitu – nicméně zde se však nabízí otázky, čl. 102 SFEU nijak neřešené. První z nich je, zda lze koluzivní jednání toliko jednoho člena kolektivní entity považovat za zneužití dominantního postavení a v této souvislosti také, kdo nese za toto koluzivní jednání onu „zvláštní“ odpovědnost, tj. zda je odpovědný toliko jednající podnik nebo zda odpovídají všichni členové kolektivní entity společně.

Komise v tomto smyslu relativně připustila, a to v *Diskusním materiálu k dominanci*, možnost považovat jednostranné jednání v rámci kolektivní dominance za zneužití dominantního postavení, a to za předpokladu, že jednání jednoho podniku bude mít protisoutěžní následky a je

¹⁸⁶ Ibid., odst. 190

¹⁸⁷ rozhodnutí Tribunálu ve věci *British Plaster Board*, T-65/89, odst. 118

¹⁸⁸ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, T-228/97

¹⁸⁹ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Atlantic Container Line*, T-191 a 212 – 214/98, odst. 1114

¹⁹⁰ Tento koncept je postaven na skutečnosti, že ke zneužívání docházelo pouze po krátkou dobu a bylo brzy ukončeno potom, co bylo odhaleno. Zde pak může dojít ke konstatování porušení čl. 102 SFEU a neuložení pokuty, nebo ke konstatování, že ke zneužití v tomto případě nedošlo. - k tomu např. rozhodnutí ESD ve věci *General Motors*, 26/75, odst. 11 a násl.

¹⁹¹ viz čl. 106 odst. 2 SFEU

projevem kolektivní dominance.¹⁹² Kriticky se pak k tomuto konceptu staví *Petr M.*, který uvádí, že v tomto smyslu nebylo vyloučeno, že by byly trestány také případy jednání představující pouze výraz vědomého paralelního jednání, neboť i ono může mít v důsledku protisoutěžního účinek, což by však ale znamenalo omezení svobodného rozhodování členů oligopolu reagovat na jednání jeho ostatních členů.¹⁹³ Jinými slovy, tato skutečnost by měla za následek, že ve smyslu čl. 102 SFEU by bylo postihováno právo na racionální přizpůsobení se stávajícímu či předvídanému jednání svých konkurentů, které však bylo s ohledem na rozhodnutí ESD ve věci *Suiker Unie* ve vztahu k čl. 101 SFEU připuštěno.¹⁹⁴ Generální advokát *N. Fennelly* ve věci *Cewal* vyjádřil myšlenku k tomuto výkladu, a totiž, že by čl. 102 SFEU takto představoval toliko alternativní nebo nižší měřítko ve vztahu ke koluzivnímu jednání dle čl. 101 SFEU.¹⁹⁵ *Fennelly* v tomto smyslu varoval, aby čl. 102 nebyl považován za jednoduché východisko pro obcházení slabin nedostatku důkazních prostředků pro prokázání *jednání ve vzájemné shodě*.¹⁹⁶ *Petr M.* v návaznosti na tento výklad dále definoval s odkazem na odbornou literaturu dvě otázky.¹⁹⁷ První otázkou je, zda potřebu sankcionovat vědomé paralelní jednání nelze dovodit z důvodu symetrického přístupu k dané problematice, když předpokládané tiché koordinaci lze zabránit zákazem sloučení podniků ve smyslu Nařízení 139/2004. Na tuto otázku si odpovídá negativně s tím, že v případě Nařízení 139/2004 musí Komise přijmout prospektivní a strukturální pohled, naproti čemuž v případě čl. 102 SFEU jde o nazírání do minulého nebo současného jednání podniku, tj. díky této obtížnosti v případě *ex post* kontroly (čl. 102 SFEU) umožňuje soutěžní právo vzniku takových soutěžních struktur zabránit v rámci kontroly *ex ante* (Nařízení 139/2004). Druhá otázka se vztahuje k právu na racionální přizpůsobení se stávajícímu či předvídanému jednání svých konkurentů, které jak bylo výše poznamenáno, bylo ESD ve věci *Suiker Union* přiznáno. V tomto smyslu *Petr M.* dovozuje, že ukládat podnikům, aby nebraly v potaz jednání svých konkurentů, by bylo zjevně protismyslné, neboť by podniky byly vedeny k tomu, aby se chovaly nerozumně.¹⁹⁸

¹⁹² Diskusní materiál Komise k aplikaci čl. 82 Smlouvy na vylučovací znežívání dominantního postavení, odst. 74 - 76 – dostupný na – <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

¹⁹³ Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 286

¹⁹⁴ rozhodnutí ESD ve věci *Suiker Unie*, 40/73, odst. 173 - 174

¹⁹⁵ Stanovisko Generálního advokáta N. Fennellyho ve věci *Cewal* - Opinion of Advocate General N. Fennelly delivered on 29 October 1998 related to CEWAL joined cases, ECR 2000 Page I-01365, para 28; *in* Norinder, H., Anderson, E. Appraisal of Joint Dominance in the Landscape of Co-opetition, EU Competition Law, University of Lund, Autumn 2009, str. 6

¹⁹⁶ *Ibid.*, str. 6

¹⁹⁷ Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 287

¹⁹⁸ *Ibid.*, str. 287

3.2.1 Individuální nebo společná „zvláštní“ odpovědnost dle čl. 102 SFEU?

S ohledem na výše uvedené tedy klíčovou otázkou, zda-li bude za jednostranné koluzivní jednání ve smyslu čl. 102 SFEU v případě kolektivní dominance, postižen toliko podnik, který se zakázaného jednání dopustil nebo kolektivní entita jako taková.

Zásadní je pro toto téma rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, kde soud uvedl, že k porušení čl. 102 SFEU může dojít i v případě jednání jednoho z několika podniků, které společně zaujímají dominantní kolektivní postavení, a to i tehdy, když se takoví ostatní členové nechovají stejně či podobně.¹⁹⁹ Tribunál zde definoval charakteristické rysy zneužití kolektivního dominantního postavení, a to tak, že i) zneužívací jednání musí být výrazem takového postavení a ii) musí se vztahovat k využívání kolektivního dominantního postavení.²⁰⁰ S ohledem na předešlý výklad v případě oligopolních podniků, lze dospět k závěru, že za podmínky uvedené Tribunálem by jakékoli jednání takového oligopolisty splňovalo, tj. podává-li se kolektivní dominantní postavení ze samotné struktury trhu, pak jakékoli jednání ji využívající by mělo být právě využíváním kolektivní dominance. Podíváme-li se na tento problém optikou čl. 101 SFEU, lze dospět k závěru, že jednostranné jednání může být projevem zakázané dohody dle čl. 101 SFEU.²⁰¹ Pokud tedy členové zakázané dohody jsou činěni odpovědnými za jednostranná jednání účastníků zakázané dohody, je to tak proto, že měli povědomí o povaze takového jednání a o skutečnosti, že se vztahuje k dohodě, které se účastní. Pokud by nešlo o výraz dohody, pak jde o společný cíl, který takové jednání sleduje, a ze kterého tedy měli všichni členové prospěch. Pokud bychom tedy tento model vztáhli na zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU, pak by členové kolektivní entity měli být sankcionováni za jednostranná jednání svých členů, ze kterých výhody těžila kolektivní entita jako celek. Lze tedy uzavřít, že sankcionovat členy kolektivní entity za jednostranná jednání jejich členů lze s ohledem na závěry v rozhodnutí *Irish Sugar* za předpokladu, že takové jednostranné jednání představuje projev kolektivního

¹⁹⁹ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, T-228/97, odst. 66

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ k tomu rozhodnutí Tribunálu ve věci *JFE Engineering*, T-67 a 68/00, T-71/00 a T-78/00, odst. 370 – „podnik, jak správně uvádí Komise, může být činěn odpovědným za globální dohodu narušující soutěž dokonce i tehdy, je-li prokázáno, že se přímo zúčastnil pouze jednoho nebo více prvků tvořících dohodu, jestliže jednak mohl nebo musel nutně vědět, že tajná dohoda, na níž se účastní, zvláště prostřednictvím pravidelných jednání organizovaných během několika let, byla součástí celkového schématu určeného k narušení normálního fungování hospodářské soutěže a jednak toto schéma zahrnovalo celý soubor prvků tvořících dohodu narušující hospodářskou soutěž (rozsudek *PVC II*, bod 61 výše, bod 773).“

dominantního postavení, ostatní členové o tomto jednání věděli a těžili z tohoto jednání všichni výhody, což lze (předmětné jednání) dostatečně odlišit od pouhého paralelního jednání.²⁰²

Co se týče samotné otázky „odpovědnosti“ za zneužití kolektivního dominantního postavení, lze vycházet rovněž z rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, kde soud konstatoval, že všechna tvrzená zneužití nemusí být spáchány všemi soutěžiteli.²⁰³ Porovnáme-li tuto situaci opět s aplikací čl. 101 SFEU, lze konstatovat, že z povahy věci jsou ostatní členové zakázané dohody odpovědní za jednostranná jednání jiných členů dohody v rámci obecné odpovědnosti za uzavření zakázané dohody, nejedná se však o přímou odpovědnost za jednání jednoho člena. Bez ohledu na jednání kteréhokoli člena jsou tedy všichni odpovědní za porušení čl. 101 SFEU. Toto je však odlišný koncept, než v případě zneužití kolektivního dominantního postavení, neboť z existence kolektivního dominantního postavení nelze dovodit totéž co z existence zakázané dohody dle čl. 101 SFEU. Dominance jako taková (na rozdíl od zakázané dohody) není zakázaná, je zakázáno až zneužití takového postavení. Lze tedy uzavřít, že odpovědné za jednostranná jednání člena kolektivní entity lze činit ostatní její členy, pokud je spolehlivě prokázáno, že s tímto jednáním souhlasili.²⁰⁴

²⁰² Stroux, S.US and EU Oligopoly Kontrol, International Competition Law Series, vol. 14, Kluwer International Law, 2004, str. 115; shodně také Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 290

²⁰³ Tribunál v tomto rozhodnutí, kromě jiného, konstatoval, že „zatímco existence společného dominantního postavení může být dovozena z postavení, které dotčené ekonomické entity společně zaujímají na předmětném trhu, zneužití nemusí nezbytně být jednáním všech příslušných podniků. Musí být pouze schopno být identifikováno jako jeden z projevů takového dominantního postavení. Proto podniky zaujímající společně dominantní postavení mohou uskutečňovat jak společně, tak individuální zneužívající jednání. Pro takové zneužívající jednání postačí, aby se vztahovalo k využívání společného dominantního postavení, které podniky na trhu zaujímají.“ – rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, T-228/97, odst. 66

²⁰⁴ Petr, M. a kol. Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 291

4. Kontrola koncentrací podniků v soutěžním právu EU

Kontrola podnikových koncentrací je, jak jsme si uvedli v úvodu této práce, třetím z pilířů soutěžního práva, resp. třetím nástrojem ochrany účinné hospodářské soutěže. S ohledem na téma této práce dlužno doplnit, že právě tato právní úprava je „druhou“ kolejí z oné „dvojkolejné“ právní úpravy dominantního postavení v soutěžním právu EU vedle koncepce zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU (viz předešlá kapitola této práce). Stejně jako v předešlém případě, výklad týkající se podnikových koncentrací se v následujících článcích bude věnovat toliko hmotněprávním otázkám, neboť tato práce je postavena na vymezení a zhodnocení koncepcí úpravy, nikoli na procesním postupu (správním řízení) Komise nebo NSÚ. Za „druhou kolej“ právní úpravy dominantního postavení kontrolu podnikových koncentrací označuji zejm. proto, že společným prvkem v porovnání s čl. 102 SFEU je právě dominantní postavení s tím, že na rozdíl od čl. 102 SFEU se nejedná o kontrolu *ex post*, ale o kontrolu *ex ante*, sledující výrazně změny struktury vnitřního trhu, které by mohly v důsledku koncentrace podniků nastat. Čl. 102 SFEU přes společný prvek dominance, je na druhou stranu zaměřen na postihování zneužívajících praktik podniků, které již v dominantním postavení na relevantním trhu jsou.

4.1 Úprava kontroly koncentrací podniků v evropském (unijním) právu

Právní úprava kontroly podnikových koncentrací doplňuje systém ochrany účinné hospodářské soutěže obsažený v čl. 101 a 102 SFEU. V důsledku vývoje a rozšiřování vnitřního trhu bylo zapotřebí původní systém doplnit o kontrolu *ex ante*, neboť se zdála být úprava restriktivních praktik nedostačující pro některé typy transakcí, které potencionálně mohly účinnou hospodářskou soutěž narušit. Stejně jako v případě čl. 101 a 102 SFEU není ani právní úprava kontroly koncentrací zaměřena na individuální zájem jednotlivce, neboť k tomuto slouží příslušné instituty práva obchodního. Tedy, kontrola koncentrací je ochranný nástroj sloužící k zachování předpokladů účinné hospodářské soutěže. Vzhledem k tomu, že právní úprava kontroly koncentrací byla poprvé přijata až v roce 1989, a to po mnoha letech intenzivní diskuse, bylo nutné tento „nežádoucí“ jev regulovat pomocí tehdejší úpravy obsažené v SES, přičemž Komise v tomto smyslu preferovala aplikaci čl. 82 SES (nyní čl. 102 SFEU) – jednalo se o tzv. *strukturální zneužití dominantního postavení*.²⁰⁵ Zásadní pro tuto otázku bylo rozhodnutí Komise²⁰⁶ a poté ESD ve věci *Continental Can*. V této věci Komise vztáhla na spojení podniků

²⁰⁵ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 255

²⁰⁶ rozhodnutí Komise ve věci *Continental Can* ze dne 9. 12.1971, 1972 L 7/25

čl. 82 (nyní čl. 102 SFEU) o zneužití dominantního postavení, přičemž ESD poté zde konstatoval, že ke zneužití dominantního postavením může dojít, když podnik v dominantním postavení posiluje své postavení takovým způsobem, že nově nabytý stupeň dominance podstatným způsobem limituje hospodářskou soutěž na trhu tak, že zůstanuvší podniky jsou závislé na superdominantním podniku.²⁰⁷

Jak již bylo uvedeno, po intenzivní debatě nad problematikou podnikových koncentrací, bylo přijato **Nařízení č. 4064/89 o kontrole koncentrací mezi podniky**.²⁰⁸ Přijetí předmětné nařízení předcházela řada důvodů, vč. problematické aplikace tehdejšího čl. 82 SES (nyní čl. 102 SFEU). Nicméně jeho vznik byl odůvodněn dále i) dosažením cílů čl. 3 odst. f) Smlouvy, tj. zavést systém zajišťující, že nebude narušována hospodářská soutěž na společném trhu,²⁰⁹ ii) nezbytností s ohledem na dotváření vnitřního trhu, a to do roku 1992,²¹⁰ iii) zrušením hranic, což vede k velkým změnám v uspořádání uvnitř Společenství, zejména formou spojování,²¹¹ iv) nedostatečností čl. 81 a 82 SES (nyní čl. 101 a 102 SFEU) pro kontrolu všech činností, jako je spojování soutěžitelů, které jsou neslučitelné se systémem nenarušené hospodářské soutěže²¹² apod. V zásadě lze shrnout, že cit. nařízení bylo přijato v důsledku obavy Společenství z takových strukturálních změn s ohledem na rozšiřování vnitřního trhu, které by přesto, že by k těmto změnám došlo postupem právem předvídaným a dovoleným (spojování podniků), mohly natolik změnit strukturu hospodářské soutěže na relevantních trzích, že by zde soutěž mohla být i vyloučena. Po cca deseti letech aplikace tohoto nařízení začala vyvstávat potřeba revidovat stávající systém, a to zejména s ohledem na to, že nařízení v tomto smyslu by mělo být více přizpůsobeno výzvám integrovanějšího trhu a budoucímu rozšíření EU²¹³ (toto bylo v době před plánovaným rozšířením EU v přístupové vlně v roce 2004, kdy přistoupila i ČR). Opět po intenzivní diskuzi bylo přijato nové revidované nařízení o podnikových koncentracích, a to **Nařízení č. 139/2004**.²¹⁴ S tímto nařízením byla přijata současně i další právní úprava, a to **Nařízení č. 802/2004** k provedení Nařízení č. 139/2004 – toto nařízení upravuje procesní otázky

²⁰⁷ rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72, odst. 25 - 26

²⁰⁸ COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings – dostupné z <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

²⁰⁹ Ibid., bod 1 preambule

²¹⁰ Ibid., bod 2 preambule

²¹¹ Ibid., bod 3 preambule

²¹² Ibid., bod 6 preambule

²¹³ COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), bod 6 preambule – dostupné z http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_en.htm

²¹⁴ Ibid.

týkající se podání Komisi, lhůt apod.²¹⁵ Přijaty byly dále také *Pokyny pro posuzování horizontálních spojení*.²¹⁶

4.1.1 Soutěžní politika a vliv koncentrací na soutěž

Soutěžní politika může v zásadě vznikat ve čtyřech základních směrech (různě i nakombinovaných). Jde tedy o přístup regulační, strukturální, resignační nebo vlastnický.²¹⁷ Jak potom napovídá předešlý výklad, kontrola podnikových koncentrací tedy bude zástupcem strukturálního přístupu, preferujícího udržení soutěžních struktur. V tomto ohledu by bylo možné uvažovat o tom, že pokud by tento systém efektivně fungoval, bude *ex post* kontrola nadbytečnou, tj. čl. 101 a 102 SFEU, coby zástupci regulačního přístupu k chování podniků v rámci soutěže. Podle stanoviska *OECD* však ale stále platí, že „*i tam, kde se přísně vynucují opatření vůči protisoutěžním spojením podniků a proti monopolizaci, má stále místo systém kontroly chování*.“²¹⁸ Fúze pak ovlivňují soutěžní strukturu především tím, že snižují počet podniků v rámci trhu, které si navzájem konkurují. V tomto důsledku dochází samozřejmě i ke snížení soutěžního tlaku, který je pro intenzivní soutěž nezbytný, zvyšuje se také riziko vzniku tržní dominance nebo monopolu. Konečně vysoká tržní síla umožňuje zvyšování cen a současného snižování produkce, tj. je prostředkem ke zneužití postavení podniku na trhu. Ovšem pokles účastníků na trhu, posunuje do popředí kontrolu chování v podobě čl. 101 a 102 SFEU. Funkcí kontroly podnikových koncentrací je proto udržet volné trhu a předcházet vzniku tržní moci. Avšak jen těžko si představit systém kontroly koncentrací, který by bránil v účelně restrukturalizaci, což by mohlo mít paradoxně důsledek v podobě překážky dlouhodobému zvyšování efektivity soutěže a samozřejmě také zvyšování blahobytu spotřebitelů. Naopak zde je třeba si ale také uvědomit, že krátkodobý efekt (výhody) pro spotřebitele se v dlouhodobém horizontu může obrátit proti němu, a to z důvodu vyloučení soutěže.²¹⁹

Konečně, je zde dále také otázka posuzování horizontálních a vertikálních fúzí. Obecně lze říci, že vertikální fúze jsou co do dopadu na soutěž poněkud spornější, než fúze horizontální, neboť mohou vést k vytvoření lepšího přístupu spojujících se subjektů k odbytovým a

²¹⁵ Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal L 133*, 30/04/2004 P. 0001 – 0039 – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0802:EN:HTML>

²¹⁶ Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126107_cs.htm

²¹⁷ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 29

²¹⁸ 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

²¹⁹ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 50

zásobovacím možnostem a otevírají jim trhy, kam neměly do té doby přístup, tj. účastníci takového spojení so mohou dostat na jiné trhy, přičemž tržní síla, kterou disponují na jednom trhu se může přenést i na trh podřazený nebo jiný, což v důsledku může účinnou soutěž narušit. Co je však ale podstatnější, obecně v případě fúzí jde o rozhodnutí o způsobu využití vlastnického práva spojujících se subjektů, tj. mohl by zde vyvstat v případě kontroly koncentrací a jejich hodnocení střet se smluvní svobodou, kdy její jakékoli omezení by mělo být řádně odůvodněno a také střet s výkonem vlastnického práva spojujících se subjektů. Existuje proto tzv. *koncentrační privilegium*, dle kterého vlastníci výrobních prostředků by měli sami rozhodnout, jakým způsobem své prostředky co možná nejefektivněji využít.²²⁰ Konečně, v nespolední řadě je zde argument označující kontrolu fúzí za přežitek, když se problematizuje vhodnost měřítko národní ekonomiky pro posuzování přípustnosti fúzí,²²¹ přihlédneme-li nadto k tomu, že je obecně uznáváno, že fúze sama o sobě může přinést nejen užitek jejím účastníkům, ale také i spotřebitelům, navíc nelze vyloučit ani pozitivní dopad na samotnou soutěž. Tyto argumenty jsou do jisté míry lze vyvrátit položením vysokých kritérií, opravňujících státní zásah do koncentrace, neboť nelze přehlížet, že zde existuje veřejný zájem na zachování účinné hospodářské soutěže. Na druhé straně, jak už bylo uvedeno, je zde soukromý zájem účastníků fúze na optimalizaci využití svých prostředků, resp. jejich vlastnického práva a dosáhnout ekonomických příležitostí a výhod, kterých by jinak obtížně dosahovali, a o které jsou ochotni se podělit se spotřebiteli.²²² V tomto je třeba spatřovat důvod, proč vlastně k žádnému obecnému zákazu fúzí nikde nedošlo a koncentrace podniků se zakazuje až za situace, kdy by se takto koncentrovaný podnik dostal do postavení, kdy by jej bylo velice obtížné donutit, aby se o přínosy získané fúzí podělil se spotřebiteli, resp. došlo by k zcela opačnému účinku.²²³ Odborná literatura²²⁴ pak shrnuje námitky proti kontrole koncentrací tak, že má být stranám ponechána volnost v rozhodování o ev. fúzích a volbě mezi interním a externím růstem, a že se má stát, resp. orgány EU zajímat až o chování subjektů na trhu po této fúzi bez ohledu na strukturu trhu, tj. staví do popředí regulaci chování *ex post* upravenou v čl. 101 a 102 SFEU.

Výše položenými argumenty se budeme dále zabývat ve shrnutí k této kapitole a v člancích zabývajících se vybranými problémy dvojkolejně úpravy „dominantního postavení“ podniků, jeho zneužitím, a strukturálním změnám trhu.

²²⁰ Schulte, J.L. Handbuch Fusionskontrolle, Luchterhand, München 2005, str. 18

²²¹ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 54

²²² Ibid.

²²³ Mestmäcker, E. J. Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, in Monopollkommission: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Nomos, Baden-Baden 2005, str. 31

²²⁴ např. Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 54

4.1.2 Pojem „podnik“ a „kontrola“

V případě kontroly koncentrací podniků je namístě nejprve vymezit pojmy „podnik“ a „kontrola“. Ve smyslu evropského práva pojem „*podnik*“ byl vymezen v úvodní kapitole této práce, zabývající se obecnými otázkami soutěžního práva; nebudeme se proto již toto vymezení zde opakovat.²²⁵ Nicméně doplňme, že na pojem „podnik“ je třeba nahlížet optikou právní úpravy, které je aplikována. Tedy, budeme-li aplikovat Nařízení 139/2004 je třeba upřesnit, že v případě koncentračních operací, které se týkají *entit*, jež nejsou podniky, a to především s ohledem na jejich neúčast v hospodářské soutěži (nevykonávají hospodářskou činnost), se samozřejmě příslušné nařízení vztahovat nebude. Jako příklad lze uvést sloučení oborových organizací.²²⁶

Pojem „*kontrola*“ – tento pojem má strukturální charakter. Nařízení 4064/89 stanovilo, že kontrola je toliko *možnost* vykonávat rozhodující vliv na činnost podniku, Nařízení č. 139/2004 na této skutečnosti nic nemění. Získání kontroly pak znamená, že jeden nebo více podniků na právním nebo faktickém základě nabude způsobilost činit strategická rozhodnutí za jeden nebo více jiných podniků.²²⁷ V zásadě se jedná o koncentraci rozhodovací moci o podnikatelských zdrojích. Ve věci *Crédit Lyonnais/BFG Bank* pak Komise k tomuto konstatovala, že k získání kontroly *de iure* nad akciovou společností postačuje získání 50 % účasti na společnosti s hlasovacími právy zvýšenými o jeden hlas (nejtěsnější nadpoloviční většina hlasů).²²⁸ Z tohoto lze pak vycházet, pokud nejsou-li položeny překážky v podobě kvalifikované většiny, blokační minority s právem veta atd. Slovy Komise jde tedy o získání kontroly, pokud je na podnik přenesena moc činit úplně nebo částečně podnikatelská rozhodnutí, v důsledku čehož neprobíhá tvorba vůle v podniku (kontrolovaném) nezávisle.²²⁹ V případě kontrolního vlivu je dále zkoumáno, zda existuje ve vztahu k obchodní politice, podle níž se podnik chová. Toto je splněno, pokud má podnik právo činit rozhodnutí, resp. mít vliv na rozhodnutí týkajících se obsazení orgánů společnosti, dohod o hlasovacích a volebních oprávnění atd.²³⁰ Dle čl. 3 odst. 2 Nařízení 139/2004 se *kontrola*, „*skládá z práv, smluv nebo jiných prostředků, které jednotlivě*

²²⁵ viz čl. 1.2 této práce

²²⁶ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 263

²²⁷ Faull, J., Nikpay A. The EC Law of Competition, Oxford University Press, 1999, str. 210

²²⁸ rozhodnutí Komise ve věci *Crédit Lyonnais/BFG Bank*, ze dne 11. 1. 1993, IV/M.296; srov. také rozhodnutí Komise ve věci *Klöckner&Co.AG/Computer 2000 AG*, ze dne 5.9.1994, IV/M.492

²²⁹ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 89

²³⁰ Ritter, F. Wettbewerbs – und Kartellrecht, 6.A., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1999, str. 355

nebo společně a s ohledem na dané skutečnosti nebo právní předpisy poskytují možnost rozhodujícího vlivu v určitém podniku, zejména:

- a) vlastnickými právy nebo právem užívání celého nebo části majetku podniku;
- b) právy nebo smlouvami, poskytujícími rozhodující vliv na složení, hlasování nebo rozhodování orgánů podniku.²³¹

Z uvedeného plyne, že k základním prvkům zde patří jednak i) *potencialita kontroly*, ii) *nerozhodnost právního titulu*, a iii) *rozhodující vliv*. První ze znaků se podává již ze samého Nařízení 139/2004, totiž že za spojení podniků lze považovat situace, kdy je jinému podniku dána *toliko možnost*, aby takovou kontrolu vykonával, přičemž není rozhodné, zda k takovému vlivu na podnik došlo či nikoli – postačí tedy jen možnost kontrolu vykonávat.²³² Pod rozsah pojmu *kontrola* spadají právní, faktické, přímé, nepřímé, výlučné i společné možnosti, jakými onen vliv vykonávat, tj. nezáleží na tom jaký právní titul má podnik k dispozici nebo jaká rozhodná skutečnost v tomto smyslu nastala.²³³ A konečně otázka *rozhodujícího vlivu* – zde je třeba říci, že míra vlivu, kterou by bylo možné označit za rozhodující, není v žádném právním předpise vymezena, tuto otázku je tedy třeba posuzovat individuálně. Nadto Nařízení 139/2004 ani v této věci nepracuje se žádnými domněnkami, nicméně, aby bylo možné vliv označit jako rozhodující, musí je jednat o vliv nepochybně výrazný, avšak nemusí být absolutní.²³⁴ Za rozhodující vliv lze považovat i vliv omezený nebo sdílený. Je zde tedy dána široká míra diskrece při posuzování, zda některý podnik vykonává nad jiným kontrolu. Nicméně s ohledem na princip právní jistoty vydala Komise Oznámení o pojmu koncentrace²³⁵, vycházející z předešlé rozhodovací praxe tehdy komunitárních soudů a své vlastní. Pokud jde o rozhodující vliv, lze shrnout, že pro posouzení této skutečnosti, tj. její existence, je podstatné, aby byl vykonáván v okruhu i) rozhodnutí ohledně ustanovení řídicích osob dotčeného podniku (viz výše); ii) rozhodnutí týkajících se finančních, obchodních a investičních plánů dotčeného podniku nebo také iii) rozhodnutí týkajících se strategických oblastí z hlediska výběru technologií či vývoje produktů.²³⁶

²³¹ Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal L 133*, 30/04/2004 P. 0001 – 0039 – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0802:EN:HTML>

²³² Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 88

²³³ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, Praha 2006, str. 265

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid., str. 266

²³⁶ Ibid.

4.1.3 Tzv. Evropská dimenze a notifikační povinnost

Nařízení 139/2004 vymezuje kontrolu koncentrací za předpokladu určitého významu a rozsahu pro vnitřní trh EU. Čl. 1 Nařízení 139/2004 definuje literaturou nazvanou *evropskou dimenzi*, do jejíž míry je třeba, aby spojení zasáhlo, pokud na něj má být aplikováno předmětné nařízení. Tato koncepce je postavena s ohledem na cíle nařízení²³⁷ na kritériu obratu spojovaných podniků. Jedná se o obratové testy, kdy první sleduje obrat ve světovém měřítku, druhým je test evropského obratu a posledním je tzv. dílčí test.²³⁸ Proto, aby se koncentraci podniků vztahovalo Nařízení 139/2004 je třeba, aby:

- celosvětový obrat všech zúčastněných podniků přesahoval 2,5 miliard EUR (*test obratu ve světovém měřítku* – čl. 1 odst. 3 písm. a) Nařízení 139/2004);²³⁹
- obrat v EU přesahoval u alespoň dvou zúčastněných podniků 100 milionů EUR (*test evropského obratu* – čl. 1 odst. 3 písm. d) Nařízení 139/2004);²⁴⁰ a konečně
- obrat všech zúčastněných podniků přesahoval 100 milionů EUR v každém z alespoň tří členských států a celkový obrat každého z alespoň dvou zúčastněných podniků představoval 25 milionů EUR v každém z uvedených členských států (*tzv. dílčí test* – čl. 1 odst. 3 písm. b), c) Nařízení 139/2004).²⁴¹

Pokud jsou naplněna výše uvedená obratová kritéria, tj. je splněna podmínka *evropské dimenze spojení*, aktivuje se tzv. *notifikační povinnost*, která ve smyslu čl. 4 odst. 1 Nařízení 139/2004 znamená, že spojení podniků s významem pro celou Unii (evropská dimenze) musí být oznámena Komisi před svým uskutečněním a po uzavření dohody, oznámení veřejného návrhu smlouvy o koupi akcií nebo nabytí kontrolního podílu. Oznámení v tomto smyslu může být rovněž učiněno, jestliže dotčené podniky prokáží Komisi záměr v dobré víře uzavřít dohodu nebo, v případě veřejného návrhu smlouvy o koupi akcií, jestliže již veřejně oznámily záměr učinit takovýto návrh, za podmínky že zamýšlená dohoda či nabídka by vedla ke spojení s významem pro celou Unii. Čl. 4 odst. 2 Nařízení 139/2004 pak vymezuje okruh subjektů, kteří tuto notifikační povinnost mají, a to tak, že spojení podniků fúzí nebo ze získáním společné kontroly, musí být oznámeno společně účastníky fúze nebo stranami, které společnou kontrolu

²³⁷ Bod 10 preambule Nařízení 139/2004 – „Je vhodné, aby se mělo za to, že spojení s významem pro celé Společenství existuje, pokud společný celkový obrat dotčených podniků přesahuje stanovené prahové hodnoty; tak je tomu, bez ohledu na to, zda podniky provádějící spojení mají své sídlo nebo svoji hlavní oblast činnosti ve Společenství, za předpokladu, že zde provozují podstatnou činnost.“

²³⁸ Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011, str. 547

²³⁹ Před novelou činila hranice 5 miliard EUR.

²⁴⁰ Před novelou činila hranice 250 milionů EUR.

²⁴¹ Tento test nahradil dřívější tzv. dvoutřetinový test – viz Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011, str. 547

získaly. Ve všech ostatních případech mají notifikační povinnost osoby nebo podniky, které získaly kontrolu nad jedním nebo více podniky nebo nad jejich částmi.

4.1.4 Relevantní trh

Pro posouzení účinků spojení na hospodářskou soutěž je nezbytné řádné vymezení relevantního trhu.²⁴² Kromě obecných východisek uvedených k této problematice v úvodní kapitole této práce, je třeba říci, že chce-li Komise rozhodnout o tom, že spojení je neslučitelné se společným trhem, musí provést poměrně precizní analýzu relevantního trhu a subjektů na něm působících, tj. velice detailně zjistit, jaká je na daném trhu aktuální struktura soutěže a jaké má s ohledem na vývoj tendence. Bez takto zaměřené analýzy by jen těžko mohla Komise předpovídat, jaký vliv by mělo spojení podniků na daný trh, resp. zda by strukturu trhu mohlo dané spojení negativně ovlivnit. Obecně je ale třeba doplnit, že spojení mezi podniky působícími na jiném trhu, obvykle nemá okamžitý potenciál vytvořit nebo posílit dominantní postavení na trhu v důsledku tohoto spojení. Nicméně ale platí, že čím větší je podíl na trhu, tím pravděpodobnější je, že spojení povede k významnému posílení tržní síly.²⁴³ Slučitelnost se společným trhem pak lze předpokládat u spojení podniků s omezeným podílem na trhu. V tomto smyslu již původní Nařízení 4064/89²⁴⁴ a stejně tak i Nařízení 139/2004²⁴⁵ uvedlo hranici tržního podílu na společném trhu nebo jeho podstatné části, která není-li překročena, lze předpokládat slučitelnost spojení se společným trhem, a to 25 %. Čl. 101 a 102 SFEU však tímto nejsou nijak dotčeny.²⁴⁶ V porovnání s vymezením relevantního trhu v případě zneužití dominantního postavení, je třeba v případě spojování soutěžitelů vzít především v úvahu tzv. **geografické vymezení trhu**. Dle čl. 9 odst. 7 Nařízení 139/2004 vymezuje tento trh jako **zeměpisný referenční trh**, který je „...tvořen oblastí, ve které dotčené podniky působí v rámci poptávky po či nabídky výrobků a služeb, ve které jsou podmínky hospodářské soutěže dostatečně homogenní a kterou lze odlišit od sousedních oblastí zejména z toho důvodu, že podmínky hospodářské soutěže jsou v těchto oblastech znatelně odlišné.“

²⁴² Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), odst. 27 – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26107_cs.htm

²⁴³ Ibid., odst. 18

²⁴⁴ Bod 15 preambule Nařízení 4064/89 – „...vzhledem k tomu, že spojování, které z důvodu omezeného podílu na trhu spojujících se podniků nemůže narušit účinnou hospodářskou soutěž, lze pokládat za slučitelné se společným trhem; že, aniž jsou dotčeny články 85 a 86 Smlouvy, existuje náznak v tomto smyslu, zejména tam, kde podíl na trhu daných podniků nepřesahuje 25 % na společného trhu nebo jeho podstatné části...“

²⁴⁵ Bod 32 preambule Nařízení 139/2004 – „Spojení, které z důvodu omezeného podílu na trhu spojujících se podniků nemůže narušit účinnou hospodářskou soutěž, lze pokládat za slučitelné se společným trhem. Aniž jsou dotčeny články 81 a 82 Smlouvy, existuje náznak v tomto smyslu zejména tam, kde podíl daných podniků na trhu nepřesahuje 25 % na společného trhu nebo jeho podstatné části.“

²⁴⁶ Ibid.; srov. také Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), odst. 18 – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26107_cs.htm

4.2 *Formy koncentrací (spojení) podniků*

V první řadě, odborná literatura²⁴⁷ rozlišuje mezi spojením v širším a užším smyslu. Za spojením v širším smyslu je považována jistá kooperace (společné podniky, strategické aliance, zájmová společenství, hospodářská sdružení apod.), vyznačující se především právní samostatností, ale dílem také hospodářskou samostatností (v oblastech mimo kooperaci). Naproti v případě spojením v užším smyslu účastníci spojením ztrácí svojí hospodářskou samostatnost (fúze a akvizice) a prostřednictvím převzetí podniku nebo založení nového podniku. Nařízení 139/2004 se pak vztahuje především na spojením v užším smyslu, nicméně i na případy určitého vlivu podniku (rozhodující vliv) na jiný podnik.

Vzhledem k tomu, že vymezení formy spojením v zásadě nepředstavuje výkladový problém, a s ohledem na téma této práce, nebudeme při vymezení forem spojením zacházet do přílišných detailů, které nemají pro účel této práce až takový význam. Následující výklad proto bude spíše teoreticky podkladový, zaměřený na stručné seznámení s touto materií. Zde však ještě připomeňme, že veškeré formy spojením musí dosahovat tzv. *evropské dimenze*, tj. určitých obrátových kritérií, jak bylo vyloženo výše.²⁴⁸

4.2.1 **Pozitivní vymezení**

Ve smyslu Nařízení 139/2004²⁴⁹ budou posouzením Komise podléhat taková spojením vytvářející trvalou strukturální změnu spojujících se podniků, a to:

- **fúze** dříve na trhu samostatných subjektů. Může se jednat o fúzi sloučením (absorpci jednoho podniku druhým) nebo splynutím (vznik jednoho, nového, silného podniku splynutím dvou a více slabších podniků),²⁵⁰
- **nabytí podniku nebo části podniku** jiného účastníka soutěže.²⁵¹ Zde se jedná o *akvizici*. Oproti fúzi je zde podstatné hledisko, resp. identifikace subjektu, jehož obrát

²⁴⁷ např. Wirtz, B.W. Mergers & Acquisition Management, Gabler, Weisbaden 2003, str. 13; srov. také Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 70

²⁴⁸ viz čl. 4.1.3 této práce

²⁴⁹ dle čl. 3 odst. 1 Nařízení 139/2004 –., *Spojení se považuje za vzniklé, jestliže dojde ke změně kontroly na trvalém základě v důsledku:*

a) *fúze dvou či více původně nezávislých podniků nebo částí podniků, nebo*

b) *získáním, jednou či více osobami již kontrolujícími nejméně jeden podnik nebo jedním či více podniky, ať již na základě koupě cenných papírů nebo majetku, smlouvy či jiným způsobem, přímé nebo nepřímé kontroly nad celkem nebo částmi jednoho či více podniků.*“

²⁵⁰ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 70 - 71

²⁵¹ Zde se však musí jednat o podstatnou část majetku, jehož převzetí umožní kontrolu, přičemž zda je ona část majetku „podstatná“ podléhá zkoumání její kvality, tj. zda je této nabyté části majetku přiřaditelný příslušný obrát.

- bude zjišťován pro účely zásahu a notifikační povinnosti.²⁵² Z hlediska možnosti vykonávat kontrolu nad jiným podnikem, zde však není rozdíl od fúze nijak podstatný
- **nabytí možnosti přímé nebo nepřímé kontroly nad jiným podnikem (soutěžitelem)** – Zde je příkladem nabytí obchodního podílu, s nímž je spojena většina hlasovacích práv, ale získáním minoritního podílu s právem veta (např. akcie se zvláštními hlasovacími právy). Pokud jsou akcie dostatečně rozptýleny akcie, může být schopen kontroly i zcela absolutně menšinový akcionář (v tomto smyslu může Komise podmínit schválení fúze požadavkem stažení zástupců minorit z představenstva);²⁵³
 - **vznik společné kontroly nad podnikem (joint-venture)** – musí se jednat o společně kontrolovaný podnik, který je však zároveň schopen dlouhodobě plnit všechny funkce samostatné hospodářské jednotky,²⁵⁴ tj. musí mít k dispozici zdroje k trvalému výkonu všech funkcí, které na trhu vykonávají ostatní společnosti.²⁵⁵ Je zde tedy podmínka plnohodnotnosti funkcí, přičemž pokud by nebyla splněna, existovala by možnost spojení posuzovat ve smyslu čl. 101 SFEU, jako zakázanou dohodu.

4.2.2 Negativní vymezení

Naproti tomu, za ve smyslu Nařízení 139/2004 za koncentraci podniků nelze považovat²⁵⁶:

- **nabytí majetkové účasti bankami a pojišťovny**, pokud nabytí majetkové účasti je pouze dočasné a slouží k následnému zřízení – toto zahrnuje obchodování cennými

²⁵² Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 71

²⁵³ Ritter, L., Braun, W.D. European Competition Law: A Practitioner Guide, Third Edition, Kluwer Law International, 2004, str. 514

²⁵⁴ Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 72

²⁵⁵ Neruda, R. Společný podnik jako spojení soutěžitelů z pohledu práva na ochranu hospodářské soutěže, Právní rozhledy, č. 1, 2004, str. 8; nebo také Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 268 a násl.

²⁵⁶ čl. 3 odst. 5 Nařízení 139/2004 – „Spojení nevzniká, jestliže:

a) úvěrové instituce nebo jiné finanční instituce nebo pojišťovny, jejichž obvyklá činnost zahrnuje úkony a obchodování s cennými papíry na vlastní nebo cizí účet, jsou dočasnými držiteli cenných papírů, které získaly v určitém podniku za účelem jejich dalšího prodeje, pokud na základě těchto cenných papírů nevykonávají hlasovací práva z nich plynoucí, aby určovaly soutěžní chování daného podniku, nebo pokud tato hlasovací práva vykonávají pouze za účelem přípravy prodeje celého podniku nebo jeho části, či jeho majetku, nebo prodeje těchto cenných papírů s tím, že všechny tyto prodeje se uskuteční do jednoho roku ode dne, kdy tyto cenné papíry byly získány; tato lhůta může být na žádost prodloužena Komisí v případech, kdy takové instituce nebo pojišťovny mohou prokázat, že ve stanovené lhůtě nebyl prodej skutečně možný;

b) kontrolu získá osoba na základě právních předpisů členského státu, týkajících se zrušení podniku, konkurzu, platební neschopnosti, zastavení plateb, vyrovnání nebo podobných řízení;

c) úkony uvedené v odst. 1 písm. b) provádějí majetkově propojené společnosti uvedené v čl. 5 odst. 3 Čtvrté směrnice Rady 78/660/EHS ze dne 25. července 1978 založené na čl. 54 odst. 3 písm. g) Smlouvy, o ročních účetních závěrkách některých forem společností [6], avšak za předpokladu, že hlasovací práva spojená s nabytými podíly jsou vykonávána, zvláště pokud jde o jmenování řídicích a dozorčích orgánů podniků, v nichž mají podíly, pouze za účelem zajištění plné hodnoty těchto investic a nikoliv aby bylo přímo či nepřímo ovlivňováno chování těchto podniků v hospodářské soutěži.“

papíry za účelem prodeje celého podniku nebo jeho části, a to s tím, že takový převod je nutné uskutečnit do jednoho roku od okamžiku nabytí majetkové účasti (*tzv. bankovní klauzule*);²⁵⁷

- *získání kontroly nositelem veřejného pověření* - zde se jedná o situace, kdy se podnik dostane do insolvence a je na jeho majetek prohlášen konkurs, nebo mu byla povolena reorganizace či narovnání apod.
- *získání kontroly prostřednictvím tzv. účastnických společností* – zde je z působnosti nařízení vyňato získání kontroly uvedenými subjekty, pokud hlasovací práva spojená s nabytými podíly vedou toliko k zachování investice a neslouží přímo jen k účelovému určování chování kontrolovaného podniku (*tzv. lucemburská klauzule*).²⁵⁸

4.3 Substantivní test

V předešlých odstavcích této práce jsme se zmínili o několika změnách, které do problematiky podnikových koncentrací přineslo Nařízení 139/2004 oproti dřívější právní úpravě. Kromě procesních změn, které měly po zkušenosti s aplikací Nařízení 4064/89, zajistit větší efektivnost postupu komise v rámci kontroly koncentrací podniků, doznalo změn i právo hmotné, a to zejm. kritérium pro vyslovení zákazu spojení. Dle dřívějšího nařízení bylo jediným kritériem po zákaz spojení podniků to, zda došlo posílení nebo získání dominantního postavení na trhu. Nařízení 139/2004 modifikovalo toto kritérium a definovalo novou podmínku v podobě „*podstatné překážky soutěže*“ (*significant impediment of effective competition*).

V právních úpravách soutěžního práva se lze setkat se třemi základními druhy substantivních testů. Prvním z nich je *test dominance (test vzniku a posílení dominantního postavení)* dále *test podstatného snížení konkurence (substantial lessening of competition test – SLC)* a konečně posledním z modelů je *test veřejného zájmu (public interest test)*.²⁵⁹

Podstatou testu dominance je posouzení, zda spojením podniků dojde k posílení tržní moci tak, že tato nově nabytá moc mu umožní chovat se na trhu do značné míry nezávisle na konkurenci a spotřebitelích, tj. zda je v dominantním postavení, nebo jej podnik v důsledku spojení získal (obecně k otázce dominance viz 2. kapitola této práce). Základem je zde posouzení tržních podílů, resp. nejen tržních podílů spojovaných subjektů nebo koncentrovaného podniku,

²⁵⁷ Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011, str. 546 - 547

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Kokkoris, I. The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours case – the Eagerly Expected Debate: SLC vs. Dominance test, European Competition Law Review, No. 1, 2005, str. 41 - 44

ale také ostatních konkurentů na trhu. K uvedenému je aplikován tzv. *Herfindahl-Hirschmannův index (HHI)*.²⁶⁰ Tento index je aplikován za účelem zjištění koncentrace na trhu před spojením a po něm. Dále je zkoumána finanční síla a zdroje subjektů, stupeň vertikální integrace, propojenost subjektů nebo také schopnost podniku obrátit se na jiné obchodní partnery apod.²⁶¹

Test SLC je postaven na posouzení, zda v důsledku koncentrace podniků došlo, nebo může dojít k podstatnému snížení soutěže, resp. konkurence na relevantním trhu. Tento test však nevychází z toho, že podstatně snížit lze soutěž toliko za předpokladu, že koncentrovaný podnik je dominantní nebo získal dominantní postavení. Podstatná zde je pak otázka, zda spojení podniků povede k vytvoření nebo posílení tržní síly nebo ke zlepšení podmínek jejího využití.²⁶² Tento test tedy, oproti předešlému testu dominance, bere v úvahu více soutěžní podmínky na trhu, je díky němu možné přesněji posoudit ev. oligopolní dominanci, lze také lépe vyhodnotit existenci *efficiencies*, tj. přínosů ze spojení. Test SLC má historický základ např. USA, kde je upraven v čl. 7 Clayton Act.²⁶³

Posledním, je tzv. *test veřejného zájmu*. Podstatou tohoto testu je promítnutí veřejného zájmu do posouzení spojení tak, že koncentrace podniků může být povolena i v případě, že naruší hospodářskou soutěž, avšak na tomto spojení je veřejný zájem. Základem je pak zde, aby újma, která vznikne narušením hospodářské soutěže, byla dostatečně vyvážena přínosy, které přinese posuzované spojení.²⁶⁴

Nařízení 4064/89 ve svém čl. 2 odst. 2 stanovilo, že spojení, která *nevytvářejí ani neposilují dominantní postavení*, v jehož důsledku by byla *významně* narušena účinná hospodářská soutěž na společném trhu nebo na jeho podstatné části, se prohlásí za slučitelná se

²⁶⁰ blíže k otázce *Herfindahl-Hirschmannova indexu* – např. Neruda, R. Substantivní test v soutěžním právu, Právní rozhledy, 11/2008, 16. roč., str. 385, pozn. 4

²⁶¹ srov. Ibid., str. 385 a násl.

²⁶² Ibid., str. 386

²⁶³ čl. 7 Clayton Act – „*No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.*“ – dostupné na - <http://www.stolaf.edu/people/becke/antitrust/statutes/clayton.html>

²⁶⁴ Neruda, R. Substantivní test v soutěžním právu, Právní rozhledy, 11/2008, 16. roč., str. 386

společným trhem. Komise přitom brala v úvahu při hodnocení spojení jednak potřebu zachování a rozvoje účinné hospodářské soutěže na společném trhu a dále tržní postavení dotyčných podniků a jejich hospodářskou a finanční sílu, stávající alternativy pro dodavatele a uživatele, jejich přístup k dodávkám nebo na trh, právní nebo jiné překážky vstupu na trh, směry vývoje nabídky a poptávky, pokud jde o příslušné zboží a služby, zájmy zprostředkovatelů a konečných spotřebitelů a technický a hospodářský vývoj, je-li to ku prospěchu spotřebitelů a nebrání to hospodářské soutěži.²⁶⁵ Z uvedeného plyne, že fúze, která nedosahovala hranice dominantního postavení, byla bez dalšího prohlášena za slučitelnou se společným trhem. Komise sice brala v úvahu řadu jiných faktorů v rámci posouzení koncentrace, nicméně tyto uvažovala až ve chvíli, kdy bylo zjištěno, že ono kritérium dominantního postavení je prolomeno. Tj. i fúze, která založila nebo v jejímž důsledku bylo posíleno dominantní postavení, nemusela být nutně bez dalšího prohlášena za neslučitelnou se společným trhem. Tento *test dominance* však dle některých názorů nedokázal předem zachytit všechny hrozby pro soutěž, které by mohly z fúze nastat. Na druhou stranu bylo začlenění testu dominance do původního nařízení o koncentracích výhodné, neboť ESD by již v té době vypořádán s pojmem „dominantní postavení“ a v této otázce existuje výkladová shoda i s Komisí.²⁶⁶ Přesto je v tomto smyslu zajímavé, že až do konce účinnosti Nařízení 4064/89 nebyla vyřešena otázka, a totiž, zda se Substantivní test obsažený v tomto nařízení nesestává z dvou testů. Ani ESD na tuto otázku nedokázal jednoznačně odpovědět na otázku, zda pro účely prohlášení spojení za neslučitelné se společným trhem postačí konstatování, že je podnik v dominantním postavení, nebo že jej spojením získal.²⁶⁷ Z uvedených důvodů byla přijata koncepce *podstatného snížení (narušení) hospodářské soutěže*, která má být schopna zachytit jak *jednostranné*,²⁶⁸ tak i *koordinované*²⁶⁹ účinky fúzí.²⁷⁰

²⁶⁵ čl. 2 odst. 2 Nařízení 4064/89 - COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings – dostupné z - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>

²⁶⁶ K otázce dominantního postavení blíže viz 2. kapitola této práce.

²⁶⁷ Luescher, Ch. Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?, *European Competition Law Review*, No. 2, 2004, str. 74

²⁶⁸ Jednostranné, neboli nekoordinované efekty fúzí spočívají v odstranění konkurenčních podniků na trhu v důsledku fúze. To má za následek snížení soutěžního tlaku na zůstanuvší podniky. Pokud koncentrovaný podnik zvýší ceny produktů, pak spotřebitel nakoupí u subjektu stojícího mimo fúzi, což však tento subjekt bude rovněž motivovat k tomu, aby rovněž zvýšil ceny svých produktů.

²⁶⁹ Koordinované jednání je chápáno jako důsledek snížení počtu podniků na trhu, které může vést ke kolektivní dominanci (viz výše – čl. 2.2 této práce). Takové snížení konkurence zvyšuje pravděpodobnost, že dojde ke koordinaci zbylých podniků, a to bez toho, aby se dopustily restriktivních praktik ve smyslu čl. 101 SFEU. Této situaci pak napomáhá přehlednost trhu. – viz Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 105 - 106

²⁷⁰ Dubow, B., Elliot, D., Morrison, E. Unilateral Effect and Merger Simulation Models, *European Competition Law Review*, No. 2, 2004, str. 114

S ohledem na cíle politiky kontroly podnikových koncentrací (viz výše v této práci) byl v novém Nařízení 139/2004 upraven nový test SIEC (*significant impediment of effective competition*), a to v ust. čl. 2 odst. 3 cit. nařízení, dle kterého spojení, které zásadně naruší účinnou hospodářskou soutěž na společném trhu nebo na jeho podstatné části, zejména v důsledku vzniku nebo posílení dominantního postavení, bude prohlášeno za neslučitelné se společným trhem.²⁷¹ Z uvedeného ustanovení tedy vyplývá, že není vyloučen zákaz spojení v případě, že test dominance nebyl splněn, tj. postačuje, pokud bude narušena hospodářská soutěž, avšak test dominance jako takový rovněž zůstal.²⁷² Podoba současného substantivního testu je tedy kombinací jak testu dominance, tak testu SLC. Naproti testu v Nařízení 4064/89, tento nový Substantivní test nevyžaduje jako podmínku zákazu spojení skutečnost, že podnik je nebo spojením získal, nebo posílil své dominantní postavení. Přes zřejmou promyšlenost nové úpravy k zajištění zachycení jak jednostranných, tak i koordinovaných účinků fúze, Neruda poukazuje na problém v tom smyslu, že pojem „podstatného narušení hospodářské soutěže“ je třeba vykládat restriktivně, a to tak, že kromě situací, kdy vede spojení k podstatnému narušení hospodářské soutěže v důsledku vzniku nebo posílení dominantního postavení, se vztahuje už jen na protisoutěžní efekty spojení plynoucí z nekoordinovaných jednání nedominantních podniků.²⁷³ Neruda dále uvádí, s odkazem na odbornou literaturu,²⁷⁴ že aplikace nového testu nevedla k častějším intervencím Komise a nadto i nadále, stejně jako v době předešlé, je téměř vždy výlučným podkladem pro závěr, že spojení vede k podstatnému narušení účinné hospodářské soutěže na trhu zjištění, že v důsledku fúze či akvizice dojde k posílení nebo vzniku dominantního postavení.²⁷⁵ Lze tedy uzavřít, že přes změnu substantivního testu, lze z prozatimní aplikační praxe dovodit, že *de facto* je to „dominantní postavení“, které je základem pro posouzení účinků spojení na trh.

Pokud jde o aplikaci testu SIEC na aplikaci jednotlivých typů negativních dopadů spojení na trh je třeba říci, že Komise pro tyto účely vydala *Pokyny pro posuzování horizontálních spojení*. S těmito pokyny jsme pracovali již předešlých dvou kapitolách této práce, a to jak ve vztahu k otázce dominantního postavení, tak v případě otázky jeho zneužití. Pro úplnost je však

²⁷¹ čl. 2 odst. 3 Nařízení 139/2004 - COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126096_en.htm

²⁷² Vickers, J. Merger Policy in Europe: Retrospect and Prospect, *European Competition Law Review*, No. 7, 2004, str. 455

²⁷³ Neruda, R. Substantivní test v soutěžním právu, *Právní rozhledy*, 11/2008, 16. roč., str. 388; srov. také Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. *Soutěžní právo*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006, str. 341 - 342

²⁷⁴ Faull, J., Nikpay, A. *The EC Law of Competition*, Second edition, New York, Oxford University Press, 2007, str. 467 - 468

²⁷⁵ *Ibid.*, str. 388 - 389

třeba doplnit, že předmětný dokument Komise rozlišuje dvě situace, kdy spojení vede k podstatnému narušení hospodářské soutěže. Příkladem první situace je *odstranění významného konkurenčního tlaku* na podnik, který zvýší svojí tržní sílu, a to bez jakékoli koordinace mezi subjekty (tzv. *nekoordinované efekty*²⁷⁶). Druhým případem jsou tzv. *koordinované efekty*, kdy podniky zůstanuvší na narušeném trhu začnou mezi sebou koordinovat, resp. vzniká riziko kolektivní dominance. Co se týká konkrétních podob negativních dopadů té či oné situace, odkazují na 2.a 3. kapitulu, kde byly hrozby spojené s dominantním postavením, kolektivním dominantním postavením i zneužitím dominantního postavení blíže popsány. Nedošlo sice k vymezení těchto negativních dopadů přímo v souvislosti se zkoumáním trhu v rámci SIEC testu, avšak bez dalšího se i takto lze uvedený výklad na tuto situaci použít, neboť smyslem *ex ante* kontroly je sledování a vyhodnocování struktury trhu, tak aby na tomto trhu nedošlo právě ke zneužití dominantního postavení (tj. lze zde aplikovat skutkové podstaty zneužití vč. všech jejich modifikací) nebo aby nedošlo k takovému snížení počtu soutěžitelů, že je soutěž téměř vyloučena nebo podstatně omezena (toto je příklad také kolektivního dominantního postavení a chování podniků na oligopolních trzích – viz výše)

Závěrem k této kapitole tedy zbývá již jen ve stručnosti uvést, že ***spojení podniků nesmí být uskutečněno***, před jeho povolením ze strany Komise, tj. rozhodnutím, že spojení je slučitelné se společným trhem. Toto však nebrání uskutečnění veřejného návrhu smlouvy o koupi akcií nebo sledu operací s cennými papíry, včetně těch převoditelných do jiných cenných papírů, přijatých k obchodování na trhu jakým je burza cenných papírů, v jejichž důsledku je od rozdílných prodávajících získána kontrola za podmínky, že spojení bude neprodleně oznámeno Komisi a nabyvatel nevykonává hlasovací práva spojená s těmito cennými papíry nebo tak činí pouze s cílem zachovat plnou hodnotu svých investic na základě výjimky udělené Komisí (viz výše v této práci).²⁷⁷ Dle ust. čl. 7 odst. 3 Nařízení 139/2004 pak dále platí, že Komise může na základě žádosti udělit výjimku z povinností, jak jsou výše specifikovány výjimku, přičemž vezme v úvahu mimo jiné dopady odkladu uskutečňování spojení na jeden nebo více podniků, kterých se spojení týká, nebo na třetí stranu a hrozbu pro hospodářskou soutěž představovanou tímto spojením. Komise pak udělení výjimky může být podmínit splněním podmínek a povinností zajišťujících podmínky účinné hospodářské soutěže. O výjimku je možné požádat a může být udělena Komisí kdykoliv, ať již před oznámením či po uskutečnění transakce.²⁷⁸ K vynucení těchto podmínek má Komise samozřejmě k dispozici systém sankčních opatření

²⁷⁶ Vznik nebo posílení dominantního postavení, nebo vznik nekoluzivního oligopolu.

²⁷⁷ čl. 7 odst. 2 Nařízení 139/2004

²⁷⁸ čl. 7 odst. 3 Nařízení 139/2004

v podobě jednak nesplatnosti provedené transakce²⁷⁹ nebo také pokuty až do výše 10 % celkového obrátu dotčeného podniku.²⁸⁰

²⁷⁹ viz čl. 7 odst. 4 Nařízení 139/2004

²⁸⁰ Pokuty jsou ve smyslu čl. 14 odst. 2 Nařízení 139/2004 ukládány, pokud podnik:

„a) neoznámí spojení; b) uskuteční spojení v rozporu s článkem 7 Nařízení; c) uskuteční spojení prohlášené za neslučitelné se společným trhem rozhodnutím podle čl. 8 odst. 3 Nařízení nebo nepřijmou opatření nařízená rozhodnutím podle čl. 8 odst. 4 nebo 5 Nařízení; nebo d) nesplní podmínku nebo povinnost uloženou rozhodnutím podle čl. 6 odst. 1 písm. b), čl. 7 odst. 3 nebo čl. 8 odst. 2 druhého pododstavce Nařízení.“

5. Dvojkolejnost právní úpravy dominantního postavení v soutěžním právu EU a míra reglementace soutěže

V předešlých kapitolách této práce jsme se zabývali hmotněprávní otázkou dominantního postavení v soutěžním právu EU. Dominantní postavení na trhu, je potom zásadní otázkou v rámci soutěžní politiky a právní úpravy restriktivních praktik obsažené v čl. 102 SFEU zaměřené na zneužití dominantního postavení na trhu a také právní úpravy kontroly podnikových koncentrací obsažené v Nařízení 139/2004, jehož cílem je zabránění strukturálním změnám právě zejm. v důsledku nabytí nebo posílení dominantního postavení v důsledku spojení podniků. Sluší se zde také doplnit, že před přijetím první právní úpravy kontroly podnikových koncentrací (Nařízení 4064/89) to byl právě čl. 82 SES (nyní čl. 102 SFEU), který byl aplikován Komisí a ESD na spojení podniků, a to v podobě tzv. strukturálního zneužití dominantního postavení. Z uvedeného tedy plyne, že otázka dominantního postavení podniku je v případě obou těchto právních úprav zásadní. Jinak řečeno, obě právní úpravy regulují otázku dominantního postavení podniku, každá z nich samozřejmě poněkud jiným způsobem, přičemž čl. 102 SFEU coby *ex post* kontrola chování podniků v dominantním postavení, jejímž cílem je zamezení zneužití tohoto postavení a na druhé straně Nařízení 139/2004 coby kontrola *ex ante*, sloužící k ochraně hospodářské soutěže před podstatnými strukturálními změnami, které by mohly narušit (snížit) hospodářskou soutěž právě v zejména v důsledku nabytí nebo posílení dominantního postavení. Právní úprava podnikových koncentrací má tedy sloužit jako preventivní nástroj k tomu, aby nedocházelo ke zneužití dominantního postavení, které by podnik spojením mohl dosáhnout nebo k podstatnému omezení nebo vyloučení soutěže.

Podíváme-li se však na obě právní úpravy (jak bylo vyloženo v kapitole 3. a 4. této práce) nabízí se zde otázka, proč, když obecně není dominantní postavení samo o sobě protiprávní a původně bylo sankcionováno toliko v rámci kontroly *ex post* až jeho zneužití, existuje právní úprava, která vzniku dominantního postavení brání jen proto, že bylo dosaženo právní cestou (spojení podniků) a nikoli přirozeným vývojem soutěže, kde silní hráči díky svým výjimečným kvalitám jednoduše vytlačí svojí konkurenci na okraj. Nakonec otázka spojení soutěžitelů je vyřešena ve většině vnitrostátních úprav vyspělých zemí a smysl její existence je odůvodněn nejen růstem trhu, zejm. pak trhu vnitřního a vývojem soutěže, ale také možnostmi technologických inovací, expanzí na jiné trhy atd., což nemusí nutně znamenat samo osobě omezení soutěže, i kdyby se se jednalo o dominantní podnik a mnohdy je tomu naopak. Argumenty, které vedly ke vzniku Nařízení 4064/89 vyzvaly zejm. ze skutečnosti, že nebyl

dobudován vnitřní trh, ba co více, bylo plánováno jeho rozšiřování spojené přístupováním evropských zemí do ES. Přesto, může zájem na dobudování vnitřního trhu a tedy budování procesu soutěže převážit nad soukromými zájmy, zejm. pak užívání svého vlastnického práva ke zdrojům, smluvní svobodu a v neposlední řadě také do značné míry omezit volný pohyb kapitálu v rámci vnitřního trhu, přičemž právě existence volného pohybu kapitálu podmiňuje existenci ostatních tržních svobod v podobě volného pohybu zboží, služeb a osob? Nepochybně lze konstatovat, že v této oblasti je právní úprava dominantního postavení dvojkolejná a zejm. Nařízením 139/2004 do jisté míry tyto tržní svobody omezuje vč. užívání vlastnického práva, na druhé straně však lze pochopit snahu budovatelů vnitřního trhu o jeho dostavění, které se však nemůže obejít bez určitého stupně omezení jinak základních parametrů vnitřního trhu, tj. pokud bylo cílem spojení států do EU dobudovat vnitřní trh, pak lze říci, že regulace soutěže směřující do její struktury je odůvodnitelná a bylo tak činěno ve veřejném zájmu na zachování účinné hospodářské soutěže. Ovšem nabízí se potom otázka, vycházející z toho, že vnitřní trh je již dobudován, a to, zda regulace zejm. kontroly podnikových koncentrací není již v tomto okamžiku nadbytečná, resp. do jaké míry je stále odůvodněně omezení tržních svobod, smluvní svobody a vlastnického práva soutěžitelů k jejich zdrojům Nařízením 139/2004 (které bylo mimochodem přijato zejm. s ohledem na rozšiřování vnitřního trhu přístupovací vlnou v roce 2004), když cíle Unie v podobě vybudování vnitřního trhu již bylo dosaženo?

S ohledem na uvedené otázky a polemiky nad dvojkolejností právní úpravy dominantního postavení, se budeme v následujících článcích této práce zabývat zejm. mírou (de)regulace v rámci soutěžního práva a v neposlední řadě již položenými otázkami střetu veřejného zájmu na zachování účinné hospodářské soutěže a soukromých zájmů podniků a ostatně i obecných cílů soutěžního práva.

5.1 (De)Regulace a autoregulace v soutěžním právu EU

V souvislosti s tímto tématem se nabízí hned otázka, zda právní regulace v soutěžním právu není přespříliš a zda by nebylo moudré zvolit cestu „rozumné“ regulace.²⁸¹ Uvažujeme-li o hospodářské soutěži jako o autoregulatorovi, čímž nepochybně je, je třeba si položit další otázku, a to směřující do smyslu právní regulace, tj. zda je zapotřebí. *Bejček* v tomto smyslu uvádí (vycházející z R. Jheringa), že právní regulace má smysl pouze tehdy, nepůsobí-li tržní autoregulace a ani individuální regulace (kdy se monopolista může chovat řekněme „neškodlivě“

²⁸¹ např. Sadil, J. O smysluplné regulaci, *Hospodářské noviny* z 5. 7. 2006, str. 15

ze strachu z odvrácení přízně spotřebitelů).²⁸² Autoregulace soutěže by se pak dala považovat za žádoucí stav s tím, že regulace za její možný substitut, avšak neaplikovatelný apriorně ani paralelně s autoregulací, tj. regulace soutěže by měla přijít až ve chvíli, kdy tržní autoregulace selhává.²⁸³ Z pojmu „regulace“ lze také jednoduše dovodit (vztaženo na soutěž), že se jedná o zúžení prostoru pro hospodářskou svobodu podniků, naproti čemuž „deregulace“ lze chápat za jeho rozšíření (a jejím předpokladem je samozřejmě předešlá regulace). Pokud jde o regulaci jednotlivých odvětví, pak je nutné vycházet z určitého předsudku výměnou za vyšší právní jistotu – zde potom nerozhoduje mechanismus soutěže (konkurence), ale systém pevně daných pravidel a rozhodování příslušných orgánů. Podstatné je, jak doplňuje *Bejček*, zda je onen *předsudek* při vytváření regulace dostatečně odůvodněn a s ohledem na dosavadní praxi, zda je této regulace zapotřebí.²⁸⁴ Pokud bychom ale na předsudek rezignovali a neregulovali prostředí, kde funguje autoregulace, snížila by se právní jistota, avšak bylo by možné uvažovat o zvýšení naděje na spravedlivé rozhodování v jednotlivých případech, tj. za uvážení všech okolností věci. Zde je pak nutné podtrhnout, že konkurenční tlak je nezastupitelným systémem racionalizace ekonomického chování podniků. Soutěžní právo jako takové je nástrojem zajišťujícím funkčnost soutěže ve prospěch ekonomické efektivity. Podstatné proto také je, jaké hodnoty právní regulace sleduje, přičemž právě tyto jsou výsostně politickým rozhodnutím, ostatně jako soutěžní politika celkově.

Čemu se zde však chceme zde dobrat je, zda mocenské zásahy na základě soutěžního práva, zejm. případech evropského úrovně, se mají omezit toliko na kompenzace tržního selhání na vnitřním trhu, jako je selhání konkurence, externality, neúplné trhy apod.? A dále, měl by mocenský zásah v tomto smyslu sloužit k napravování rozhodnutí jednotlivců, kteří jej učinili evidentně v rozporu se svými zájmy? Tyto otázky jsou sice spíše politického rozměru, neboť i cíle soutěžního práva, stejně jako podoba regulace je politickým rozhodnutím. Odpovědět tyto otázky proto není snadné a těžko se omezit na hodnocení ve smyslu špatné a správné. Příznačnější je zde spíše vhodné a méně vhodné, ev. potencialně škodlivé. Přesto si dovoluji k tomuto tématu krátkou úvahu – není pochyb o tom, že hospodářská soutěž je sama o sobě (ve své podstatě) autoregulátorem, přičemž úroveň její reglementace je na úrovni EU poměrně vysoká, a to přes veškeré deregulační snahy. Jak již bylo uvedeno, význam regulace soutěžního práva EU je dán tehdejší výstavbou vnitřního trhu, který byl provázen řadou integračních opatření k zajištění jeho fungování, jako např. odstranění cel a kvót. Před přijetím Nařízení 4064/89 byla v oblasti dominantního postavení regulace zaměřena na restriktivní praktiky ve

²⁸² Bejček, J. Regulace a soutěž, Právní fórum, č. 3, 2007, str. 87 a násl.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ Ibid.

smyslu nynějšího čl. 102 SFEU, tj. Komise zde zasahovala až ve chvíli, kdy došlo k narušení hospodářské soutěže zneužitím dominantního postavení podniku, tj. *ex post*, přičemž i tato koncepce doznala poměrně dynamického vývoje (viz kapitola 3. této práce). Úroveň regulace soutěže nebyla tolik signifikantní, jak je tomu dnes, a přesto se nedá říci, že by systém vnitřního trhu systematicky selhával natolik, aby bylo nutné regulaci chování soutěžitelů na trhu zpřísnit nebo rozšířit. Konečně, úpravě kontroly podnikových koncentrací se díky tomu dostalo velmi intenzivní diskuse. ES tehdy vedeno myšlenkou rozšíření vnitřního trhu se začalo obávat, že uvolněním vnitrostátních trhů nově přistupujících členských států, dojde k přemíře využívání vnitrostátních úprav spojování soutěžitelů, kteří tak budou v tomto důsledku expandovat na ostatní trhy dřívějších členských států, což by paradoxně však intenzivní soutěž mohlo spíše posílit, než jí omezit. S ohledem na smluvní svobodu tak byla přijata koncepce kontroly koncentrací směřující toliko do otázky dominantního postavení podniků, jehož získání nebo posílení nemělo být ze strany Komise tolerováno (viz kapitola 4. této práce – test dominance dle Nařízení 4064/89). ES zde bylo vedeno oním „předsudkem“, že podnik, získající dominantní postavení se dozajista zneužití svého dominantního postavení dopustí a naruší tím tak dlouze bodovaný vnitřní trh, který nebyl v té době dobudován, a pod tímto „strašákem“ se uchýlilo k regulaci spojování podniků. Ze strany ES je to možno vnímat jako „obránný“ krok, který měl s ohledem na nepředvídatelný vývoj v rámci rozšíření vnitřního trhu zabránit jeho eventuální destabilizaci, což je zřejmě legitimním cílem, pokud by se jednalo o právní úpravu prozatímní, která slouží jako pojistka zachování soutěže (např. sektorové regulace – viz závěr). Avšak mám za to, že intervence moci byla v tomto ohledu zřejmě poněkud unáhlená, neboť o okamžitém selhání vnitřního trhu jako celku zde nemohla být řeč, nadto i kdyby se k tomu schylovalo, nestalo by se tak velice pravděpodobně s ohledem na řadu výjimek a přechodných režimů, kterým přistoupivší státy z počátku nepochybně podléhaly (jako bylo např. uvolnění pracovního trhu). Navíc se nedomnívám, že ob stojí jako odůvodnění mocenské intervence v podobě Nařízení 4064/89 argument, že na podobné transakce bylo obtížně aplikovatelné ust. nynějšího čl. 102 SFEU, neboť i s tímto problémem se Komise a později ESD v rámci možností vypořádal např. ve věci *Continental Can*,²⁸⁵ kde byla řešena otázka tzv. *strukturálního zneužití dominantního postavení* v souvislosti se spojením podniků. V zásadě stejné důvody, jako při přijetí Nařízení 4064/89, opanovaly přijetí revidovaného Nařízení 139/2004 – rovněž je zde paralela s rozšířením vnitřního trhu, odstraněním hranic atd. ve spojení s přístupovou vlnou v roce 2004, kdy přistoupila i ČR. Zde došlo k formální změně přístupu v posuzování spojení podniků, kdy již dominantní postavení není tou nejzásadnější otázkou, ale je to výhled na strukturální změny na

²⁸⁵ rozhodnutí Komise ve věci *Continental Can* ze dne 9. 12. 1971, 1972 L 7/25

trhu, které by potenciálně mohly narušit (snížit) hospodářskou soutěž, tj. není zde skálopevná podmínka zjištění dominantního postavení (jeho posílení nebo získání) a Komise má k dispozici mnohem více prostoru, kde může proti spojujícím se podnikům zasahovat. Tato situace pak může vést ke dvěma důsledkům, tj. jednak k tomu, že může dojít k hodnocení více hledisek a posouzení spojení potom spíše odpovídá možným rizikům na trhu a na druhé straně, může díky této širší diskreci docházet k neodůvodněným zásahům do smluvní svobody, vlastnického práva a volného pohybu kapitálů, neboť sleduje-li právní úprava při svém výkladu cíle soutěžního práva, které jsou politickým rozhodnutím, je její aplikace do určité míry také na tomto politickém rozhodování závislá, přičemž změna politiky soutěže sice není pravděpodobná, nicméně tento prostor zde díky novému Nařízení 139/2004 existuje. V neposlední řadě je zde otázka, do jaké míry je podoba soutěžního práva EU odrazem partikulární soutěžní politiky velkých členských států EU, jako je Německo a Francie, které nejen, že jsou geograficky dostupnější pro přístupivší východoevropské země, resp. podniky z těchto zemí, ale s ohledem na stupeň rozvoje ekonomiky bylo možné očekávat, že hospodářská soutěž bude v tomto důsledku ovlivněna zejm. na jejich území, což bylo nepochybně v rozporu s předpokládaným vývojem soutěže na jejich vnitrostátní úrovni. Nicméně toto stejné platilo i opačně, neboť i podniky dosavadních členských států mohly expandovat na trhy států přistupujících a to ještě snáz, neboť opačně nefungovaly žádné razantní přechodné režimy, zabraňující „integračnímu šoku“. Současná situace v této oblasti je tedy taková, že existuje *dvojkolejná právní úprava dominantního postavení*, a to *ex post* v podobě čl. 102 SFEU (viz kapitola 3. této práce) a kontrola *ex ante* obsažená v Nařízení 139/2004 (viz kapitola 4. této práce). S ohledem na předešlý výklad o regulaci, považuji *předsudek* v podobě nenávratných strukturálních změn nebo nutnosti zneužití dominantního postavení v případě podnikových koncentrací za anachronický a nabízí se otázka, zda-li tato právní úprava hospodářskou soutěž v rámci vnitřního trhu spíše dlouhodobě nepoškozují, vyjdeme-li z toho, že konkurenční boj a soutěž jako taková je nejlepším autonomním autoregulátorem.

Uvažujeme-li v tom smyslu, že pro opuštění autoregulace a příklon k odvětvové regulaci, je zapotřebí dostatek významných důvodů, lze shrnout tyto důvody v rámci *Basedowa* pojetí tak, že důvodem zde může být:

- *tržní selhání* – ničivá soutěž, externalit, monopol
- *politicky důležité ekonomické a mikroekonomické cíle* – jako je obrana, bezpečnost, zavedení soutěže v monopolistickém prostředí (jako mohou být např. telekomunikace), energetika

- *oportunistické chování účastníků trhu*
- *asymetrické informace a motivace účastníků trhu.*²⁸⁶

Je zřejmé, že výše uvedené podmínky, resp. důvody se vztahují k otázkám sektorové regulace jako je případ elektronických komunikací, nicméně pokud budeme vycházet z toho, že každá regulace obecně je výsledkem politické úvahy a nálady, tak i tato v sobě musí skrývat určitý motiv. Pokud bychom odhlédli od tlaků zájmových skupin, které právní úpravu dozajista významně ovlivňují, můžeme přihlídnout k výše uvedenému vymezení důvodů vzniku regulace a vztáhnout toto vymezení i na případ soutěžního práva, resp. jeho části v rámci takového celku jakým je EU.

S ohledem na výše uvedené vymezení a i přes nastíněné sporné otázky, pak lze k odůvodněnosti existence dvojí právní úpravy dominantního postavení konstatovat, že dozajista není produktem tržního selhání, avšak motivem její existence, a zejm. přijetí Nařízení 4064/89 a později Nařízení 139/2004 jsou jistě důležité politické a ekonomické důvody. Předně, nelze mít za zlé dřívějším členským státům EU to, že se snaží, aby jim obtížně čitelný partner v podobě nově přistupující země jakýmkoli způsobem nenarušil stav soutěže, který do doby jeho přistoupení byl. Považuji však za sporné, do jaké míry byla tato obava odůvodněna. Přesto zájem na zachování účinné hospodářské soutěže v rámci vnitřního trhu, jako veřejný zájem převážil nad zájmy soukromými s tím, že systém kontroly čl. 102 SFEU i Nařízení 139/2004 dle politiky soutěžního práva EU je zaměřen především na zachování účinné hospodářské soutěže a nikoli přímo na zájmy soukromé, jejichž efektivní uplatňování však existenci soutěže jako takové vyžaduje. Je také nepochybné, že spojování podniků může strukturu soutěže narušit, avšak problém kontroly podnikových koncentrací je, že toto narušení presumuje s ohledem na odhad, jakým se bude v tomto důsledku trh ubírat, ke kterému také však nemusí dojít. Dovolím si tvrdit, že právní úprava zneužití dominantního postavení je v soutěžním právu zcela namístě a na její existenci a aplikaci by do budoucna nemělo být v zásadě nic měněno. V případě spojování podniků lze zhodnotit, že v době dřívější dozajista svůj smysl nacházela, avšak mám za to, že jejím předním motivem byla obtížná aplikace čl. 102 SFEU na transakce typu spojení podniků, což však nepovažuji za legitimní důvod pro to, aby byla zhušťována reglementace hospodářské soutěže, která sama o sobě má řadu sebeochranných mechanismů, aby tomu bylo zabráněno. Tomuto také odpovídá skutečnost, že Komise za dobu existence Nařízení o kontrole

²⁸⁶ Basedow, D. Regulierung und Wettbewerb in Marktwirtschaftlichen Ordnungen, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, Trier 2003, str. 4 - 5

podnikových koncentrací těchto spojení zakázala toliko méně než 1% z oznámených spojení, přičemž ročně jich jsou Komisi oznamovány řádově stovky.²⁸⁷ Do jaké míry slouží toto nařízení jako nástroj prevence, lze proto velmi těžko odhadovat.

²⁸⁷ Do dne 20. 3. 2012 bylo z celkového počtu 4857 spojení zakázáno toliko 21 z nich – viz také např. Evropský parlament, zneužití dominantního postavení a vyšetřování spojování společností – dostupné na - http://circa.europa.eu/irc/opoce/fact_sheets/info/data/market/rules/article_7196_cs.htm

Závěr

Jak bylo uvedeno v úvodní kapitole této práce (viz čl. 1.8 – 1.10 této práce), závěr je dán prostor pro shrnutí analyzované problematiky (alespoň základní) a zodpovězení v úvodu a průběhu práce položených otázek.

Obecně k vnitřnímu trhu, soutěžnímu právu a jeho cílům...

Vnitřní trh EU je tedy prostor bez vnitřních hranic, kde je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu, tj. prostor, kde se uskutečňují základní tržní svobody v rámci systému nezkreslené soutěže²⁸⁸ a je jedním ze stádií hospodářské integrace.²⁸⁹ Vnitřní trh EU také znamená propojení ekonomik členských států do jednoho ekonomického celku, a to za účelem alokace práce a kapitálu. Hovoříme-li pak o plné integraci, je nepochybné, že je možná toliko za situace, kdy budou odstraněny všechny překážky pohybu hospodářských faktorů.²⁹⁰ Hospodářské faktory pak představují základní svobody vnitřního trhu EU, a to ***volný pohyb zboží, osob, služeb, kapitálu a plateb***. S ohledem na vývoj vnitřního trhu EU a stav hospodářské soutěže v jednotlivých členských státech, bylo nutné pro účely propojení trhů vytvořit právní rámec chování podniků v soutěži vztahující se na území celé Unie, tj. vytvořit evropské soutěžní právo. Obecně se soutěžním právem rozumí soubor právních norem upravujících vztahy mezi soutěžiteli/podniky, kteří vystupují na trhu v rámci hospodářské soutěže,²⁹¹ zahrnujícím všeobecnou kontrolu *chování subjektů na trhu* (interně diferencovanou podle zájmu), které reguluje na jedné straně a nástroj ochrany soukromého (individuálního) zájmu na zachování dobrých mravů v rámci hospodářské soutěže na straně druhé. Obecně je soutěžní právo postaveno na **třech základních pilířích**, a to **1)** na zákaz koluzivního jednání ve formě dohod narušujících hospodářskou soutěž, tj. kartelových dohod (kontrola *ex post*), **2)** na zákaz restriktivních praktik v podobě zákazu zneužití dominantního postavení (kontrola *ex post*), a **3)** na kontrole spojování podniků/soutěžitelů jako preventivního nástroje ochrany hospodářské soutěže, resp. ochrany před vznikem strukturálních změn na trhu, které by mohly narušit účinnou hospodářskou soutěž (kontrola *ex ante*). Stejně tomu tak je i v případě evropského soutěžního práva, kde jsou uvedené tři pilíře obecného soutěžního práva vtěleny do **čl. 101 SFEU** (zakázané dohody), **čl. 102 SFEU** (zneužití dominantního postavení) a **Nařízení 139/2004** (kontrola podnikových koncentrací). Právní úprava soutěžního práva a zejm. její aplikace, je odrazem

²⁸⁸ Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T. Evropské právo, 4. vydání, C.H.Beck, Praha 2011, str. 401 a násl.

²⁸⁹ Ibid., str. 401

²⁹⁰ Ibid., str. 403

²⁹¹ Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo, 1. vydání, C.H. Beck, Praha 2006, str. 23

soutěžní politiky, která definuje **cíle**, jichž má být v rámci soutěže dosaženo, přičemž cíle soutěžního práva jsou otázkou politické volby. Soutěžní právo potom působí jako stimul k tomu, aby podniky nenarušovaly hospodářskou soutěž praktikami, obsaženými v uvedených třech pilířích, které by mohly mít za následek, kromě jiného, výrazné oslabení (narušení) účinné hospodářské soutěže. Odborná literatura se v zásadě shoduje na tom, že základním, a mnohdy i jediným, kritériem pro posouzení, zda byla či nebyla hospodářská soutěž narušena, je **spotřebitelský blahobyt**, resp. jeho maximalizace. Důsledkem účinné hospodářské soutěže je potom zachování jejich nejefektivnějších účastníků. V případě evropské úrovně *Monti* definoval tři pilíře cílů evropského (unijního) soutěžního práva, a to **1) ochrana ekonomické svobody, 2) integrace vnitřního trhu, a efektivita soutěže.**²⁹² Vzhledem k tomu, že soutěžní právo v Evropě vychází z ordoliberalní tradice,²⁹³ doplňme, že ordoliberalisté v tomto smyslu upřednostňují ekonomickou svobodu coby cíl soutěžního práva, neboť mají za to, že proces soutěže by měl být chráněn, i když je soutěž neefektivní, neboť „*svoboda je konečným cílem, zatímco efektivita je jen nepřímým cílem odvozeným.*“²⁹⁴ Obecně však lze uzavřít, že soutěžní právo slouží k ochraně účinné hospodářské soutěže, tj. samotný proces soutěže. Ekonomická efektivnost a spotřebitelský blahobyt je potom dlouhodobý důsledek existence účinné hospodářské soutěže. Spotřebitelský blahobyt je proto rovněž cílem nepřímým. *Bejček* v tomto smyslu připomíná, že pokud by existovala spotřebitelská orientace soutěžního práva (namísto orientace na samotný proces soutěže), bylo by to nejvíce nebezpečné právě pro spotřebitele, neboť narušení soutěže (výměnou za krátkodobé výhody pro spotřebitele) by jistě ke spotřebitelskému blahobytu nevedlo.²⁹⁵ Nadto je třeba si uvědomit, že soutěžní právo není součástí práva na ochranu spotřebitele, neboť cíle soutěžního práva jsou svojí povahou makroekonomické.

Shrnutí řešeného problému....

Pro tuto práci tedy byla a je klíčovou otázkou dominantního postavení, neboť tento prvek podstatnou součástí jak právní úpravy restriktivních praktik ve smyslu čl. 102 SFEU, tak Nařízení 139/2004 o kontrole podnikových koncentrací (jak bude níže shrnuto). Myšlenka této práce vycházela z toho, že evropské soutěžní právo (stejně jako většina vnitrostátních soutěžních zákonů) vytvořila dvě koleje posuzování právě dominantního postavení podniku na trhu, kdy zjednodušeně řečeno čl. 102 SFEU zabraňuje zneužití dominantního postavení podniku na trhu, přičemž jeho dominantní postavení je nutnou podmínkou aplikace, nicméně nezakázanou.

²⁹² Monti, G. Article 81 and Public Policy, *Common Market Law Review*, 2002, vol. 39, str. 1057 - 1099

²⁹³ viz čl. 1.4.1. této práce

²⁹⁴ Odudu, O. *The Boundaries of EC Competition Law, The Scope of Article 81*, Oxford University Press, 2006, str. 16 - 17

²⁹⁵ Bejček, J. *Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu*, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 360

Naproti tomu Nařízení 139/2004 zabraňuje tomu, aby se podnik spojením s jiným do dominantního postavení dostal nebo toto postavení posílil, tj. v případě tohoto nařízení je již dominantní postavení v zásadě nežádoucí jev, jehož dosažení může být postihováno zrušením nebo neplatností spojení podniků. Ovšem soutěž jako taková je však velmi dynamický proces, ve kterém je vznik dominanty v zásadě přirozeným důsledkem konkurenčního boje nebo také důsledkem hospodářské krize. Takto přirozeně vzniknuvší dominant je z dosahu jakéhokoli postihu či uložení podmínek a závazků ze strany Komise, pokud svého postavení nedosáhl zakázanou praktikou, nicméně ani vznik dominanty právní cestou, tj. spojením podniků, není samozřejmě nic protiprávního, naopak je toto přepokládáno vnitrostátními úpravami jako možnost růstu podniku, rozvoje, inovací, vstupu na nové trhy v rámci vnitřního prostoru, nebo na trhy mimo něj apod. Rozdíl však je zde v tom, jakým způsobem bylo dominantní postavení na trhu získáno nebo posíleno. Úprava čl. 102 SFEU respektuje smluvní svobodu, vlastnické právo podniků k jejich zdrojům a jistě není ani prostředkem omezujícím tržní svobody, zejm. volného pohybu kapitálu, tj. postihuje jednání *ex post*, které je považováno za zneužití, pokud je podnik v dominantním postavení. To se však nedá říci o úpravě Nařízení 139/2004, které nejen že omezuje svobody vnitřního trhu, když neumožňuje v určitých situacích průchod investice do jiného podniku za účelem spojení s ním, ale zejm. omezuje smluvní svobodu a vlastnické právo spojovaných podniků k jejich zdrojům, kapitálu. Omezení, které představuje Nařízení 139/2004 je dle preambule tohoto nařízení vyváženo veřejným zájmem na tom, aby nedocházelo k takovým strukturálním změnám na trhu, které by v důsledku znamenaly narušení (snížení) hospodářské soutěže, zejm. tím, že podnik spojením získá nebo posílí své dominantní postavení. Je tedy zřejmé, že na otázku dominantního postavení je nazíráno pokaždé jinou optikou, avšak společným cílem je, aby nedošlo k narušení účinné hospodářské soutěže – v jednom případě zneužitím dominantního postavení a v druhém tím, že se předpokládá, že nabyté postavení by bylo k tíži soutěže zneužito a vytvořily by se překážky trhu, které jsou spojené s existencí dominanty na něm. S ohledem na odlišné pojetí úpravy v zásadě stejného prvku, byla tato práce zaměřena na koncepční prvky každé z úprav a na konflikty (jak bude níže shrnuto a zhodnoceno), které zde v souvislosti s přijetím zejm. Nařízení 4064/89 a posléze Nařízení 139/2004 o kontrole podnikových koncentrací, vznikly.

Obecně k otázce „dominantního postavení“...

Jak už bylo několikrát zde uvedeno, dominantního postavení na trhu lze dosáhnout jednak cestou přirozenou, tj. v rámci konkurenčního boje nebo cestou právní, a totiž spojením soutěžitelů/podniků. Dominantní postavení jako pojem bylo poprvé definováno rozhodnutím

ESD ve věci *United Brands*, kde soud konstatoval, že za „*dominantní postavení je považována taková pozice hospodářské síly, která podniku umožňuje zabraňovat zachování účinné hospodářské soutěže na relevantním trhu tím, že mu dává sílu chovat se do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a konečně i na spotřebitelích.*“²⁹⁶ Takto stanovená koncepce byla doplněna rozhodnutím Tribunálu ve věci *France Télécom*, kde soud uvedl, že Komise nemusí prokazovat, že konkurenti dominanta byli z trhu vyloučeni, aby prokázala existenci dominantního postavení. V odborné literatuře se dále vyvinuly čtyři koncepty dominantního postavení, a to *ekonomický koncept, koncept obchodní síly, koncept síly eliminace konkurence a koncept určení aplikovatelnosti čl. 102 SFEU* (viz kap. 2.1.1 této práce).²⁹⁷ V souvislosti s koncepty dominance je potom zajímavý vývoj judikatury a praxe Komise v tomto ohledu, neboť ESD uvedl, že definice dominance se odlišuje od pouhého postavení na roveň významné tržní síle s tím, že podstatná je také síla obchodní a schopnost podniku jí v soutěži využít.²⁹⁸ Z obdobného pojetí dominance stojící na obchodní díle rovněž vycházely i rozhodnutí ve věci *United Brands* a rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*,²⁹⁹ ovšem podle *Pokynů Komise pro posuzování vylučovacích praktik* bude do budoucna dominance zjišťována na základě *ekonomické koncepce dominance*. Pokud by byl koncept preferovaný Komisí aplikován při rozhodování ve věci *United Brands* i *General Electric*, ani jeden z těchto podniků by dominantními seznány nebyly. Zde je tedy velice patrný koncepční vývoj v otázce definice dominantního postavení. Konečně, s pozicí dominanta je spojena dále zvláštní odpovědnost, jak bylo vymezeno v rozhodnutí *Microsoft*, kde Tribunál konstatoval, že „*I když konstataování existence dominantní postavení samo o sobě neznamená žádnou výtku vůči dotčenému podniku, tento podnik má nicméně, bez ohledu na příčiny takového postavení, zvláštní odpovědnost za to, že jeho chování nebude na újmu účinné a nenarušené hospodářské soutěži na společném trhu.*“³⁰⁰ Toto bylo potvrzeno i v rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*.³⁰¹ S ohledem na povahu zvláštní odpovědnosti dominanta Tribunál ve věci *British Plaster Board* uvedl, že to však neznamená, že by podnik v tomto postavení nemohl chránit své obchodní zájmy.³⁰² Vliv judikatury na koncept dominantního postavení a zvláštní odpovědnosti dominanta je tedy zásadní a v tomto ohledu byla judikatura i konzistentní. Nekonzistence judikatury lze pak spatřovat v této

²⁹⁶ rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, 27/76, odst. 65

²⁹⁷ Monti, G. The Concept of Dominance in Article 82, *European Competition Journal*, 2006, str. 31

²⁹⁸ rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 51

²⁹⁹ rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*, T-210/01

³⁰⁰ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04, bod 3. preambule

³⁰¹ Tribunál zde uvedl, že „*podniky v dominantním postavení mohou být za specifických okolností zbaveny práva chovat se nebo jednat způsobem, který není sám o sobě zneužitím a za který by ani nebylo možné uložit sankci, pokud by se jednalo o chování nebo jednání podniků, které nejsou v dominantním postavení.*“ - rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 186

³⁰² rozhodnutí Tribunálu ve věci *British Plaster Board*, T-65/89, odst. 69

souvislosti s otázkou zjišťování dominantního postavení v případě *intenzivní soutěže*, kde ESD zprvu konstatoval, že podnik, který je nucen snížit ceny pod tlakem konkurence, není nezávislým na konkurenci, což je charakteristické pro dominantní postavení.³⁰³ Posléze však v rozhodnutí ve věci *General Electric* Tribunál naopak uvedl, že „...dokonce i existence účinné hospodářské soutěže na daném trhu nevylučuje existenci dominantního postavení na tomto trhu....(...) Případná existence hospodářské soutěže na trhu je sice relevantní okolností zejména pro účely posouzení existence dominantního postavení, ale není sama o sobě okolností v tomto ohledu určující.“³⁰⁴ Kromě toho, že Tribunál zjemnil svůj dříve uvedený postoj, tak navíc degradoval významu účinné hospodářské soutěže na pouhou relevantní okolnost. V tomto smyslu však odborná literatura kriticky, ve vztahu k uvedenému stanovisku Tribunálu, tvrdí, že podniky by neměly shledány dominantními, reagoj-li na soutěž vyvolanou jejich konkurenty.³⁰⁵

Koncept *kolektivního dominantního postavení* doznal rovněž v rámci výkladové judikatury poměrně dynamického vývoje, kde nejprve se jednalo o *ekonomické vazby*, které spojovaly podniky do dominantního postavení (viz rozhodnutí Tribunálu ve věci *Flat Glass*; ESD ve věci *Cewal* – viz čl. 2.2.1 této práce). Zásadní však pro otázku posouzení existence kolektivní dominance se stalo rozhodnutí Tribunálu ve věci *Airtours*, ze kterého se vyvinula tzv. *Airtours kritéria*, kdy Tribunál vymezil tři podmínky, které musejí být splněny, aby mohlo být vytvořeno kolektivní dominantní postavení, a to³⁰⁶ **transparentnost; systém odvetných opáření a absence dostatečné protiváhy** (blíže viz čl. 2.2.3 této práce). Stručně shrnuto, Tribunál spatřuje existenci kolektivní dominance za podmínky, že podniky mají možnost poznat na trhu své chování v tomto důsledku uplatňovat společnou politiku; dále musí existovat odvetná opatření zajišťující soudržnost kolektivního dominantanta a konečně, že reakce konkurence a spotřebitelů na takové jednání existenci této kolektivní entity nemůže ohrozit, např. tím, že by spotřebitel odešel k jinému konkurentovi. Koncept vytvořený Tribunálem lze potom považovat za velmi důmyslný, ovšem s ohledem na povahu podmínek lze předpokládat, že Komise bude v nesnadné situaci, pokud se bude chtít s těmito podmínkami důstojně vypořádat v rámci posuzování konkrétního jednání, neboť i hodnocení těchto kritérií stojí do značné míry na odhadu pravděpodobnosti, zejm. pokud jde o jednání konkurentů a spotřebitelů. Ostatně, nesnadné je

³⁰³ rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76, odst. 71

³⁰⁴ rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*, T-210/01, bod 10 preambule; potvrzeno rozhodnutím Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03, odst. 101

³⁰⁵ Dethmers, F., Dodoo, N. The Abuse of Hoffmann-La Roche: The meaning of Dominance under EC Competition Law, *European Competition Law Review*, 2006, č. 10, str. 546; Petr, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR*, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010, str. 247

³⁰⁶ rozhodnutí Tribunálu ve věci *Airtours*, T-342/99, odst. 62

také hodnocení otázky dostatečnosti odvetných opatření, které může podnik aplikovat v dané věci, neboť nelze najisto postavit, že podniky v rámci kolektivní entity budou mít k dispozici stejný, nebo alespoň stejně účinný odvetný systém.

Dominantní postavení vs. významná tržní síla v oblasti elektronických komunikací...

K otázce dominantního postavení přistupuje poměrně obdobný koncept, založený právě na koncepci dominance v podobě tzv. *významné tržní síly*. Tento koncept se vyvinul v rámci sektorové regulace v oblasti elektronických komunikací. Sektorová regulace se zásadně týká takových odvětví, kde hospodářská soutěž dlouhodobě neprobíhala (energetika, telekomunikace) a pro účely liberalizace a odbourávání bariér pro volnou soutěž vznikají v těchto sektorech také specializované orgány, které mají svými zásahy napomáhat dotváření soutěžního prostředí, avšak nikoli na evropské úrovni, ale na úrovni vnitrostátní. V ČR je to v oblasti elektronických komunikací Český telekomunikační úřad. Vzhledem k tomu, že smyslem existence těchto orgánů je vytvářet podmínky pro existence soutěže do budoucna, jedná se regulaci *ex ante*. Sektorová regulace tedy zásahy vyloženě potřebuje, má-li k vytvoření podmínek soutěže dojít. Tento systém regulace je tedy podstatně odlišný od toho, který je aplikován na soutěž obecně, neboť soutěžní orgány ve většině případů zasahují až *ex post*. Z pohledu evropského práva tvoří základ sektorové regulace elektronických komunikací tzv. *předpisový rámec elektronických komunikací*, který je tvořen pěti směrnicemi z roku 2002 – nejpodstatnější z nich je pak tzv. *rámcová směrnice*³⁰⁷ a dále také tzv. *soutěžní směrnice*.³⁰⁸ Cílem těchto směrnic bylo podpoření přechodu této oblasti do prostředí spravedlivé a rovné hospodářské soutěže bez regulace *ex ante* s tím, že pokud vznikne účinná hospodářská soutěž, omezí se sektorové regulační aktivity na minimum. Jak již bylo uvedeno, trh elektronických komunikací je takové povahy, že nebylo možné spoléhat na obecnou soutěžní regulaci a bylo tedy nutné zavést systém ukládání povinností *ex ante* těm subjektům, které mají sílu ovlivnit chování daného trhu, tj. subjektům s *významnou tržní silou*. Pojem *významné tržní síly* přitom do značné míry odpovídá pojmu *dominantního postavení* užívaného v rámci obecného soutěžního práva. Vymezení pojmu *významné tržní síly* je potom obsaženo v čl. 14 rámcové směrnice, dle kterého je za podnik s významnou tržní silou považován takový podnik, který sám nebo ve spojení s jinými podniky zaujímá dominantní postavení, tj. takové postavení ekonomické síly, která mu umožňuje chovat se ve zjevné míře nezávisle na soutěžitelích, zákaznících a spotřebitelích. V zásadě lze říci, že se jedná o ekvivalentní pojem

³⁰⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. 3. 2002 o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (tzv. rámcová směrnice)

³⁰⁸ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/77/ES ze dne 7. 3. 2002 o hospodářské soutěži na trzích s elektronickými sítěmi a službami (tzv. soutěžní směrnice)

s pojmem dominantního postavení, přičemž však rozdíl zde leží v tom, že hodnocení tržní síly v případě elektronických komunikací probíhá *ex ante*, aniž by toto postavení bylo jakkoli zneužito ve smyslu obecných ustanovení soutěžního práva. Dle čl. 14 odst. 3 rámcové směrnice je pak třeba dovozovat, že pokud podnik disponuje významnou tržní silou na určitém trhu, lze jej rovněž považovat za podnik s významnou tržní silou i na trhu úzce souvisejícím, pokud tomu odpovídá povaha vazeb mezi trhy, která musí umožňovat přesouvání síly z jednoho trhu na druhý, čímž je posilována tržní síla podniku. Smysl ukládání *ex ante* povinností je v tom, aby podniky užíváním své tržní síly nenarušovaly soutěž. Podstatná zde potom je analýza relevantních trhů, kterou provádějí vnitrostátní orgány. Pokud potom vnitrostátní regulační orgán zjistí, že na relevantním trhu není účinné konkurenční prostředí, určí podle čl. 14 rámcové směrnice podnik, ev. podniky s významnou tržní silou na daném trhu a uloží takovým podnikům vhodné zvláštní regulační povinnosti nebo zachová či změní povinnosti již uložené.

Porovnáme-li potom systém sektorové regulace s právní regulací podnikových koncentrací, jsou zde patrné významné systémové podobnosti. Pomineme-li skutečnost, že Nařízení 139/2004 pracuje s pojmem „dominantní postavení“ a *rámcová směrnice* regulující oblast elektronických komunikací s pojmem „významné tržní síly“, které lze považovat za ekvivalentní, nacházíme zde shodu jednak v tom, že jde v obou případech o kontrolu *ex ante*, tj. o kontrolu *předstižnou*, byť úprava kontroly podnikových koncentrací je součástí obecného soutěžního práva; dále že lze podniku uložit povinnosti nebo závazky k zachování účinné soutěže, aniž by své postavení jakkoli zneužil s tím rozdílem, že v případě podnikových koncentrací se tak děje zejm. v rámci řízení o povolení spojení a v případě elektronických komunikací průběžně s tím, že regulační úřad může povinnosti ukládat kdykoli dojde na základě analýzy trhu k tomu, že soutěž není účinná. Stejně tak v obou případech lze podmínky v průběhu upravovat. Z uvedeného pohledu jde tedy o systém dosti podobný – rozdíl zde však je v účelu, jehož má taková kontrola *ex ante* dosáhnout. V případě sektorové regulace elektronických komunikací je zřejmé, že jsou naplněny důvody pro to, aby takováto regulace vznikla (viz kapitola 5. této práce), tj. nepochybně trhy v této oblasti selhávaly. Za účelem vybudování soutěže je tedy nepochybné, že podobný *ex ante* mechanismu musel být vybudován, ovšem jak vyplývá z výše uvedeného, jen do doby, než bude účinná soutěž existovat, přičemž dosažením tohoto bodu, tj. liberalizace trhu a odstranění bariér volné soutěže apod., bude tato regulace omezena na minimum stejně jako regulační opatření, neboť již nebudou zapotřebí. Podíváme-li se potom na systém kontroly podnikových koncentrací, je zřejmé, že ke vzniku tohoto systému nevedla snaha vytvořit účinnou hospodářskou soutěž na vnitřním trhu, neboť ten do zajista v roce

1989 a ani později v roce 2004 neselhával jako v případě uvedených sektorově regulovaných oblastí. Mám tedy za to, že *ex ante* element má nastoupit pouze v případě, kdy soutěž neexistuje, nebo je natolik narušená, že dosažení zdravě konkurenčního boje je během na velmi dlouhou trasu. Kontrola podnikových koncentrací se však aplikuje na trhy, kde účinná hospodářská soutěž probíhá a smyslem zamezení spojení podniků je obava z možného narušení hospodářské soutěže, která však vyvěrá z odhadu vývoje na trhu, který však může být jiný, než je Komisí v danou dobu posuzován. Nadto, jak již bylo dříve uvedeno v otázce míry reglementace hospodářské soutěže, kde je účinná hospodářská soutěž, není regulace zapotřebí, neboť soutěž sama je nejlepším autoregulátorem.

Význam dominantního postavení dle čl. 102 SFEU a dle Nařízení 139/2004...

Dominantní postavení, jak už bylo mnohokrát řečeno, se spojujícím prvkem právní úpravy restriktivních praktik ve smyslu čl. 102 SFEU i kontroly spojování podniků dle Nařízení 139/2004. Z relevantních kapitola této práce a zejm. z dikce obou právních úprav vyplývá, že v případě zneužití dominantního postavení, má dominantní postavení podniku význam jen potud, že z tohoto podniku vytváří adresáta čl. 102 SFEU pokud by zamýšlel tohoto dominantního postavení zneužít, neboť pohledem tohoto ustanovení, samo dominantní postavení, jeho získání nebo posílení protisoutěžní jednání nezakládá, pokud tohoto podnik nedosáhl praktikou čl. 102 SFEU zakázanou. Tedy, dominantní postavení se zde zkoumá zejm. pro účely zjištění, zda došlo k restriktivní praktice v takovém rozsahu, že by mohla být narušena nebo snížena účinná hospodářská soutěž, neboť praktika obdobná, provedená nedominantním podnikem, by zřejmě takové dopady na soutěž neměla, naopak by se podnik takovým jednáním zřejmě sám poškodil, neboť reakce silnějších konkurentů by mohla jeho tržní pozici oslabit. Sebepoškozování podniků chybným rozhodováním zakázané není a soutěžní právo ani neslouží k tomu, aby takováto chybná rozhodnutí podniků napravovalo, navíc čl. 102 SFEU neslouží ani k tomu, aby primárně chránil zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů, ale strukturu trhu, tj. samotnou soutěž.

Význam dominantního postavení podniku dle Nařízení 139/2004 je poněkud komplikovanější v důsledku změny substantivního testu, který byl obsažen v původním Nařízení 4064/89. Dle původního Nařízení 4064/89 bylo v rámci substantivního testu při spojování podniků zjišťováno, zda koncentrovaný podnik získal nebo posílil své dominantní postavení na trhu, tj. šlo čistě o test dominance, kde význam dominantního postavení byl tedy signifikantní. Ve smyslu tohoto testu v podání Nařízení 4064/89 byla prohlášena za slučitelná se společným trhem ta spojení, která nevytvářela ani neposilovala dominantní postavení na společném trhu

nebo jeho podstatné části, tj. spojení, které neposilovalo dominantní postavení, ani jej nezískalo, bylo prohlášeno za slučitelné se společným trhem bez dalšího. Pokud koncentrovaný podnik dominantního postavení dosáhl nebo jej posílil, Komise uvažovala další hlediska s ohledem na strukturu trhu, tj. mohlo stát, že i takové spojení bude nakonec povoleno. Ovšem mám za to, že i spojení, která nedosahují dominantního postavení, mohla významně narušit hospodářskou soutěž ve smyslu uvedeného nařízení, což Komise zřejmě cíleně přehlížela. S novým Nařízením 139/2004 přišel nový substantivní test v podobě *testu podstatného snížení účinné hospodářské soutěže* (SIEC), který byl reakcí na kritiky, že test dominance není schopen pokrýt všechny účinky fúzí (viz čl. 4.3 této práce). Tento test formálně změnil význam otázky dominantního podniku, když ust. čl. 2 odst. 3 cit. nařízení stanovuje, že spojení, které zásadně naruší účinnou hospodářskou soutěž na společném trhu nebo na jeho podstatné části, zejména v důsledku vzniku nebo posílení dominantního postavení, bude prohlášeno za neslučitelné se společným trhem. Z uvedeného tedy plyne, že za neslučitelné se společným trhem může být prohlášeno i spojení, které neposiluje ani nevytváří dominantní postavení. Zdálo by se tedy, že Komise dostala mnohem širší prostor pro to, aby toto nařízení bylo na spojení podniků aplikováno, nicméně ani nyní s novým substantivním testem k masovému zakazování spojování ze strany Komise nedochází. Přičemž i přes zřejmě novou povahu substantivního testu, musí být pojem „podstatného narušení hospodářské soutěže“ vykládán restriktivně. Z nynější aplikace nařízení lze proto dovodit, že i nadále je pro posouzení účinků spojení na trhu základním východiskem zjištění dominantního postavení. K významu dominantního postavení v případě podnikových koncentrací lze tedy uzavřít, že dominantní postavení bylo a je i nyní základním pojítkem mezi spojením a jeho zakázáním.

Evropská dimenze spojení podniků a evropská dimenze zneužití dominantního postavení...

Evropská dimenze spojení podniků, stejně jako evropská dimenze zneužití dominantního postavení představuje význam a rozsah toho kterého jevu pro vnitřní trh EU, přičemž jejím dosažením se aktivuje aplikace evropského (unijního) práva. Evropská dimenze zneužití dominantního postavení je stanovena územně tak, že je třeba, aby k tomuto zneužití došlo na vnitřním trhu EU nebo na jeho podstatné části, kdy území členského státu bez ohledu na jeho rozlohu je podstatnou částí vnitřního trhu. Toto je logické vyústění toho, že každý stát má své místní, regionální trhy, kde zneužití nepřesahující jejich rámec nemůže evropský vnitřní trh ohrozit a v tomto případě se aplikuje vnitrostátní soutěžní právo. Mám za to, že zde rozsah zneužití opravňující zásah Komise pak musí být jednoznačně podstatný v rámci vnitřního trhu.

Pokud zde potom uvážíme všechny různé podnikatelské sektory a oblasti, tak není zde podstatný jejich obrat a záleží na vymezení trhu a zjištění dominantního postavení. Specialitou je však v tomto smyslu evropská dimenze spojení podniků, neboť ta je postavena na obratových kritériích – je zde hodnocen světový obrat v miliardách EUR; evropský obrat ve stovkách milionů EUR a dílčí test pracuje se stovkami i desítkami milionů EUR. Pokud by měl koncentrovaný podnik obrat v těchto astronomických číslech, byl by jistě způsobilý do budoucna se nějaké té restriktivní praktiky dopustit, ovšem stejně je zde podmínka zejm. v onom posílení nebo získání dominantního postavení, přičemž dozajista získat nebo posílit dominantní postavení na trhu mohou podniky v rámci spojení, vyvíjející hospodářskou činnost např. na území deseti členských států (což by jistě splňovalo evropskou dimenzi pro účely zneužití dominantního spojení), avšak těchto obratových kritérií zdaleka nedosahují, neboť v prostředí všech hospodářských činností a na jejich relevantních trzích nelze těchto obrátů dosáhnout. Lze namítnout, že by se na ně vztahovala vnitrostátní úprava a za spojení by podniky mohly být postižení obdobně, to však nemění nic na tom, evropské pojetí tohoto *ex ante* systému kontroly podnikových koncentrací by tyto obratově slabší podniky, byť by spojením v rámci několika členských států z působnosti Nařízení 139/2004 diskvalifikovalo, přičemž na druhou stranu by se na ně vztahoval čl. 102 SFEU v případě zneužití svého dominantního postavení, neboť by podmínku evropské dimenze pro zneužití splňovaly. V tomto smyslu se nabízí otázka, zda systém kontroly podnikových koncentrací nediskriminuje podniky působící v oblasti, kde lze tohoto obratu v rámci spojení dosáhnout poměrně snáze, jako např. soukromé aerolinie apod. a neodůvodněně zvýhodňuje ostatní, když uvážíme, že sice mají obecně větší obrat, nicméně odpovídající struktuře nákladů a příjmů v této oblasti. Spatřuji tedy v těchto obratových kritériích poněkud nerovnost mezi podniky v rámci vnitřního trhu obecně. Těžko usuzovat, zda by bylo lepší se zde vydat cestou úpravy obratových kritérií na oblasti hospodářských činností, podle toho, zda jsou schopny určitý obrat v rámci své činnosti vyprodukovat. Dále je zde problém v tom, že v praxi může Komise jednomu podniku díky například souběhu jednání, nebo i v případě paralelního jednání vyměřit sankci při aplikaci čl. 102 SFEU a současně i aplikaci Nařízení 139/2004, což u nízko obratových odvětví, kde není a zřejmě je nemožné dosáhnout evropské dimenze spojení, nelze. Pokud evropská právní úprava zneužití dominantního postavení a kontroly podnikových koncentrací sleduje v zásadě stejný cíl, tj. zachování účinné hospodářské soutěže na vnitřním trhu a brání jejímu narušení, lze konstatovat, že přístup dle čl. 102 SFEU je rovný ke všem účastníkům vnitřního trhu, neboť není rozhodné, zda je podnik dominantní na větším nebo menším trhu při zachování podmínky evropské dimenze zneužití s tím, že takto ani není posuzováno, zda podle velikosti trhu, nebo jeho obratových možností je to či ono porušení

větší nebo menší. Jinými slovy rozsah narušení hospodářské soutěže se poměřuje toliko ve vztahu k relevantnímu trhu. Naproti tomu v případě spojování podniků Nařízení 139/2004 v tomto ohledu ke všem spojením rovněž nepřistupuje, přičemž mám za to, že i koncentrovaný podnik na nízkoobratovém trhu má potenciál soutěž na něm probíhající podstatně narušit ve smyslu tohoto nařízení. Pojetí podstatného narušení hospodářské soutěže je tak nutně třeba vnímat toliko v kontextu příslušné právní úpravy a zřejmě nikoli podle reálného stavu na trhu.

Regulace v soutěžním právu EU - regulace ex post či ex ante?

Kapitola pátá této práce byla věnována zprvu obecné otázce regulace, deregulace a autoregulace hospodářské soutěže v soutěžním právu EU. Uvedli jsme si, že pokud jde o regulaci jednotlivých odvětví, pak je nutné vycházet z určitého *předsudku* výměnou za vyšší právní jistotu – zde potom nerozhoduje mechanismus soutěže (konkurence), ale systém pevně daných pravidel a rozhodování příslušných orgánů. Podstatné potom je, zda je onen *předsudek* při vytváření regulace dostatečně odůvodněn a s ohledem na dosavadní praxi, zda je této regulace zapotřebí.³⁰⁹ Rezignace na předsudek a neregulovanost prostředí, kde funguje autoregulace, by snížila právní jistotu, avšak bylo by možné uvažovat o zvýšení naděje na spravedlivé rozhodování v jednotlivých případech, tj. za uvážení všech okolností věci. Zde je pak nutné podtrhnout, že konkurenční tlak je nezastupitelným systémem racionalizace ekonomického chování podniků. V předmětné kapitole jsem se pustil do úvahy nad okolnostmi, které vedli k vytvoření systému dvojkolejné právní úpravy dominantního postavení, tj. zejm. vytvoření oné „druhé“ koleje v podobě Nařízení 4064/89 a později Nařízení 139/2004 o kontrole podnikových koncentrací, vedle čl. 102 SFEU. K této úvaze se však již znovu vracet nebudu (a v tomto smyslu odkazuji na čl. 5.1 této práce) a pokusím se zde nastínit poněkud jiný pohled na regulaci v rozebírané problematice. Připomeňme jen zde vymezení významných důvodů v podání *Basedowa*, které by odůvodňovaly odvětvovou regulaci. K těmto důvodům patří především ***tržní selhání*** a dále ***politicky důležité ekonomické a mikroekonomické cíle, oportunistické chování účastníků trhu a asymetrické informace a motivace účastníků trhu.***³¹⁰ Dozajista lze bez větších úvah říci, že v případě sektoru elektronických komunikací, kde jednak neexistovala soutěž a jednak je tato oblast spojena s politicko-ekonomickými cíli, je sektorová úprava snažící se vybudovat hospodářskou soutěž zcela odůvodnitelná. Stejně tak jsem toho názoru, že právní úprava hospodářské soutěže bez ohledu na její úroveň (vnitrostátní, evropská), musí umět reagovat na hrozby, které paradoxně samo právo obvykle do soutěže přináší, jako jsou i hrozby spojené

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Basedow, D. Regulierung und Wettbewerb in Marktwirtschaftlichen Ordnungen, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, Trier 2003, str. 4 - 5

s problematikou spojování podniků. Ovšem v případě soutěžního práva EU se při budování vnitřního trhu nepostupovalo s pečlivostí „stavitelé chrámů,“ kdy na místo nějaké formy regulace *ex ante*, která by spíše odpovídala situaci, kdy se soutěž na trhu vytváří (jako v případě elektronických komunikací), byla přijata právní úprava chránící hospodářskou soutěž *ex post*, která však doznávala své současné podoby poměrně složitě přes výklad tehdejších komunitárních soudů. Je samozřejmé, že otázka spojování podniků v rámci vnitrostátních úprav byla o mnoho mladší, než počátek vnitřního trhu a vznik *ex post* regulace chování podniků na trhu je spíše vlastní regulaci v rámci hospodářské soutěže obecně, přesto ponechávat *ex ante* regulaci hospodářské soutěže v době, kdy je již vnitřní trh EU vybudován vybízí skutečně k otázce, zda je tento stav výsledkem toho, že vnitřní trh není natolik pevný a soutěž na něm neprobíhá tak účinně, jak by se mohlo zdát, nefungují sebezáchovné mechanismy soutěže ani stávající kontrolní mechanismy *ex post*, a je tedy zájem na širší reglementaci v této oblasti, nebo je to jen dodnes neodstraněný přežitek vzniklý v době poměrně výrazného rozšiřování vnitřního trhu? Opravdu těžko soudit, uvážíme-li navíc, v kolika případech byly obě nařízení o podnikových koncentracích skutečně k zákazu využity (za celou dobu existence tohoto typu *ex ante* kontroly došlo k zákazu celkem 21 spojení z téměř 5000 oznámení spojení podniků).

Podívejme se ale na věc z jiného pohledu – v posledních letech probíhala a nyní ještě probíhá po celém světě hospodářská krize. Tato krize poměrně vyzkoušela autoregulační mechanismy v zemi s nejrozvinutějšími trhy, jako jsou Spojené státy americké. Deregulace v případě fúzí a akvizic se zdůvodňovala zejm. posílením globální tržní síly velkých podniků.³¹¹ Tato situace potom způsobila, že řada podniků, jako jsou banky, pojišťovny atd., dosáhly takové velikosti, že v rámci hospodářské krize je nebylo možné nechat padnout, což jak se ukázalo v případě USA, ale také v případě řady zemí EU vedlo jednoduše k „dominovému efektu,“ který nepochybně nebyl cílem deregulací soutěže zamýšleným. Na tomto příkladu o to více zajímavější, že ani velké časem a krizemi prověřené trhy a podniky na nich, stejně jako soutěžní úřady, nejsou schopni bezpečně podobu a strukturu soutěže odhadnout, neboť zde nastala mnohokrát zcela opačná situace, kdy právě pád dominanty narušil hospodářskou soutěž v důsledku následného dominového efektu a nikoli jeho chování ve vztahu k ostatní konkurenci nebo spotřebitelům, které je soutěžním právem kontrolováno a sankcionováno, ev. označeno za neslučitelné s trhem. Je proto otázka, zda globalizace a spojování vnitrostátních trhů, nevyžaduje jednotné standardy chování, které lze samozřejmě nejúčinněji zavést právní úpravou. Situace v EU, kde došlo k propojení ekonomik členských států je právě příkladem onoho dominového

³¹¹ srov. např. Soares, A. „National Champions“ Rhetoric in European Law, *World Competition*, 2008, 31, str. 367

efektu, kde nepadají podniky, ale rovnou i samotné členské státy (Řecko, Portugalsko, Irsko), což v rámci této krize zřejmě vyžaduje koordinovaný postup v regulaci trhů a hospodářská soutěž jako takové. Důsledky krize zde potom pokládají řešení v podobě *záchranných fúzí*, u kterých lze ale očekávat, že z důvodů krize, budou spíše prohlašovány za slučitelné se společným trhem, než před tím, kdy k zákazu došlo pouze ve 21 případech. Tj. ani hospodářská krize pozici kontroly podnikových koncentrací v konstrukci soutěžního práva EU příliš neposiluje, na druhou stranu je ale třeba uvážit, že podniky, které se nyní spojí ze záchranných důvodů za posvěcení Komise za účelem utišení krize, jednou mohou doznat takové velikosti, že už vůbec nebudou moci padnout, po tom co krize odezní, neboť by způsobily, byť třeba jen místních trzích, krizi další. Jinak řečeno, dnešní řešení, by nemělo být zítřejším problémem. *Bejček* k tomuto dodává, že lze uvažovat o vynětí velkých korporací z tržního autoregulačního mechanismu vč. úpadku s tím, že je třeba si přiznat, že tržní autoregulace nestačí a že je nutné na takovéto velké korporace působit jinou regulační silou.³¹² Ovšem na evropské úrovni je zde poměrně problematické k situaci takto přistupovat, neboť je zde vyžadován široký konsensus v rámci celé EU, což je nepochybně nesnadným cílem, navzdory tomu, je však pozice evropského soutěžního práva nezastupitelnou součástí v rámci prostředků pro překonání krize.

Pokud budeme uvažovat o provázanosti kontroly *ex post* (čl. 102 SFEU) a *ex ante* (Nařízení 139/2004) lze uvažovat ve dvou směrech, a totiž, že:

- se tyto instituty doplňují a tvoří celek právní úpravy dominantního postavení, kdy *ex ante* kontrola podnikových koncentrací, jako prevence slouží ke kontrole spojování skutečně obrátově výkonných podniků, jejichž rozměry by v budoucnu mohly způsobovat problémy, pokud by přišla jakákoli další hospodářská krize, resp. jejich možný pád by mohl způsobit dominový efekt, přičemž kontrola *ex post* tradičně postihuje až zneužití dominantního postavení, tj. jednalo by se o oboustranné účinné ohraničení chování podniků na trhu, a to vše ve veřejném zájmu na zachování účinné hospodářské soutěže; nebo

- kontrola *ex ante* v tomto smyslu nepůsobí jako prostředek prevence a navíc vytváří jiný standard chování podnikům, který jim může ne zcela důvodně bránit ve využívání svého vlastnického práva ke zdrojům a vůbec ve smluvní svobodě, když je skutečností, že do dominantního postavení se může dostat i cestou „pouhého“ konkurenčního boje bez právních způsobů získání dominance, nadto jednáním nezakázaným.

³¹² Bejček, J. Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010, str. 355

Obecně mám za to, že s ohledem na různé situace mohou platit oba tyto přístupy. Předně pozice kontroly *ex post* v podobě dle čl. 102 SFEU je jen těžko zastupitelná kontrolou *ex ante* s ohledem na přirozenou (nikoli právní) cestu k získání dominantního postavení na trhu. Není proto pochyb, že čl. 102 SFEU je zcela na svém místě, nadto respektuje tržní svobody podniků a jejich vlastnická práva dokud svého dominantního postavení nezneužijí, což je zcela legitimní účel. Obecně je také zřejmé, že v sektorech, kde nefunguje soutěž, existuje regulace *ex ante*, jejímž cílem je účinnou hospodářskou soutěž vytvořit, jak tomu je např. v sektoru elektronických komunikací. Avšak kontrola podnikových koncentrací není sektorovou regulací, ale regulací obecného soutěžního práva, a tak je nutné o ní i uvažovat. Pokud lze respektovat regulační opatření v rámci sektoru bez soutěže, kde trh selhává, nebo i z jiných důvodů, které tyto řekněme „ne zcela soutěžní“ zásahy regulačních úřadů legitimují, pak je otázkou zda obdobné mocenské zásahy soutěžních úřadů vč. Komise, lze řádně odůvodnit (jako u sektorové regulace) v oblasti, kde trhy a soutěž v nich působí v zásadě účinně a bez jakýchkoli pochyb je postavit jako hospodářské soutěži prospěšné. Obecně mám však za to, že jakákoli regulace *ex ante*, a zejm. kontrola spojování soutěžitelů, sluší spíše skutečně jen oněm sektorům, které jsou soutěžním problémy zmítané, ovšem nelze přehlížet důsledky poslední hospodářské krize, kdy s ohledem na pády velkých podniků a následný dominový efekt, se jeví kontrola *ex ante* jako řešením. Otázkou zde je, zda dočasným, či stálým. Závěrem bych proto chtěl jen dodat, že vytvoření *dvojkolejně právní úpravy dominantního postavení v soutěžním právu EU*, bylo reakcí na právní instituty obchodního práva, které začaly připouštět spojování podniků, což ve světle rozšíření vnitřního trhu a jisté míry nestability dílčích trhů v jeho rámci, bylo odůvodnitelné stejně, jako nyní uvážíme-li důsledky hospodářské krize a také skutečnost, že k zákazům spojení za celou historii existence tohoto typu kontroly docházelo toliko sporadicky. Ovšem i s ohledem na tyto skutečnosti je zřejmé, že nejzásadnější v tomto ohledu je právní úprava zneužití dominantního postavení ve smyslu čl. 102 SFEU (ona první kolej), která má v soutěžním právu EU svojí nezastupitelnou pozici.

Résumé (EN)

The presented work addresses the issue of the double-tracking nature of a dominant position in European competition law. The aim of the integration efforts during the establishment of the EU was the creation of an internal market, especially the customs union. In order to achieve this state, it was necessary to take a number of integration measures and create a legal framework, i.e. conditions, under which economic competition in the internal market could operate effectively. In this context a variety of legislation valid for the whole EU territory has been accepted. However, in the context of the economic competition this work analyzes the legislation on market dominance carried out first in Article 102 of TFEU (Treaty on the Functioning of the European Union) prohibiting restrictive business practices in the form of abuse of a dominant position and also in Council Regulation (EEC) No 4064/89 and later in Council Regulation (EC) No 139/2004 regulating the control of concentrations between undertakings. In case of both the legislations the crucial question is the "dominant position" of an enterprise in the market, while Article 102 of TFEU represents the *ex post* control, i.e. applies only to the possible abuse of the dominant position, and in this sense the dominant position itself is not the problem, and also the legislation on control of corporate concentrations, which represents the *ex ante* control of the "dominant position", i.e. can prohibit a merger, as a result of which there would be a gain or strengthening of a dominant position in the market, or as a result of which such structural changes would occur in the market that could substantially reduce or eliminate competition. With regard to the presented subject, the work includes the interpretation of the concepts of a dominant position itself, as well as the meaning and essence of the system of prosecution of restrictive practices under Article 102 of TFEU, and the control of corporate concentrations within the meaning of Regulation 139/2004. It also further discusses the issue of minimizing public authority intervention in the form of creating regulations of economic competition, and also the conflicts that arise from this dual approach to treatment of a dominant position, particularly in relation to the control of corporate concentrations, and the possible conflicts of the application of this regulation with the right of ownership of the relevant business to their resources, the freedom of contract and the free movement of capital.

Résumé (ČJ)

Předkládaná práce se zabývá otázkou dvojkolejnosti dominantního postavení v evropském soutěžním právu. Cílem integračních snah při zakládání EU bylo vytvoření vnitřního trhu, zejm. celní unie. Aby bylo možné tohoto stavu dosáhnout, bylo nezbytné přijmout řadu integračních opatření a vytvořit právní rámec, resp. podmínky, za kterých by mohla hospodářská soutěž na vnitřním trhu efektivně fungovat. V této souvislosti byla přijata řada právních předpisů s platností pro celé území EU. V této práci je však analyzována v souvislosti s hospodářskou soutěží právní úprava dominantního postavení na trhu provedená jednak čl. 102 SFEU zakazujícím restriktivní praktiky podniků ve formě zneužívání dominantního postavení a dále také Nařízení 4064/89 a později Nařízení 139/2004 upravující kontrolu podnikových koncentrací. V případě obou právních úprav je zásadní otázkou „dominantní postavení“ podniku na trhu, přičemž čl. 102 SFEU představuje kontrolu *ex post*, tj. vztahuje se až případné zneužití dominantního postavení a v tomto smyslu samo dominantní postavení není problémem a dále právní úprava kontroly podnikových koncentrací, která představuje *ex ante* kontrolu „dominantního postavení“, resp. umožňuje zakázat spojení podniků, v jehož důsledku by došlo k získání nebo posílení dominantního postavení podniku na trhu nebo v jehož důsledku by nastaly takové strukturální změny na trhu, že by hrozilo podstatné omezení nebo vyloučení soutěže. S ohledem na předestřené téma, práce obsahuje výklad o koncepcích dominantního postavení jako takového, dále o smyslu a podstatě systému postihování restriktivních praktik dle čl. 102 SFEU a kontrole podnikových koncentrací ve smyslu Nařízení 139/2004. Je zde dále také diskutována otázka minimalizace intervence veřejné moci v podobě vytváření regulace hospodářské soutěže a také konflikty, které vznikají v důsledku tohoto dvojího pojetí úpravy dominantního postavení, zejm. ve vztahu ke kontrole podnikových koncentrací a možným střetům aplikace tohoto nařízení s vlastnickým právem dotčených podniků k jejich zdrojům, smluvní svobodě a volnému pohybu kapitálu.

Seznam použitých zkratk

SES	- Smlouva o Evropském společenství
SFEU	- Smlouva o fungování Evropské unie
ESD	- Evropský soudní dvůr (předchůdce SDEU)
SDEU	- Soudní dvůr Evropské unie (nástupce ESD)
EU	- Evropská unie
Tribunál	- nástupce Soudu prvního stupně
SPS	- Soud prvního stupně (předchůdce tzv. Tribunálu)
ES	- Evropská společenství
Komise	- Evropská komise
NSÚ	- národní soutěžní úřad
ÚOHS	- Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
Nařízení 4064/89	- COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings
Nařízení 139/2004	- COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation)
ObchZ	- zák. č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník v platném znění
ZOHS	- zák. č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže v platném znění

Seznam použité literatury a jiných pramenů

Literatura

- *Bejček, J.* Soutěžní politika a fúze v evropském kontextu, Masarykova univerzita, Brno, 2010
- *Bishop, S., Walker, M.* The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement, Sweet & Maxwell, London 2002
- *Black, O.* Conceptual Foundations of Antitrust, Cambridge University Press, 2005, chapter 1
- *Faull, J., Nikpay A.* The EC Law of Competition, Oxford University Press, 1999
- *Faull, J., Nikpay, A.* The EC Law of Competition, Second edition, New York, Oxford University Press, 2007
- *Holman, R. a kol.* Dějiny ekonomického myšlení, 2. vyd., Praha : C.H. Beck, 2001
- *Jones, A., Sufrin, B.* EC Competition Law, Third edition, Oxford University Press, 2008
- *Kindl, J.* Kartelové a distribuční dohody, Praha : C.H. Beck, 2009
- *Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J.* Soutěžní právo, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2006
- *Pelikánová, I.* Komentář k obchodnímu zákoníku, 3. vyd., I. díl, Praha : LINDE Praha, a.s. Praha 2003
- *Petr, M. a kol.* Zakázané dohody a zneužití dominantního postavení v ČR, 1. vyd., Praha : C.H. Beck, 2010
- *Petr, M.* Modernizace komunitárního soutěžního práva, Praha : C.H. Beck, 2008
- *Ritter, L., Braun, W. D.* European Competition Law: A Practitioner Guide, Third Edition, Kluwer Law International, 2004
- *Ritter, F.* Wettbewerbs – und Kartellrecht, 6.A., C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1999
- *Schulte, J. L.* Handbuch Fusionskontrolle, Luchterhand, München 2005
- *Stroux, S.* US and EU Oligopoly Control, International Competition Law Series, vol. 14, Kluwer International Law, 2004
- *Tichý, L., Arnold, R., Zemánek, J., Král, R., Dumbrovský, T.* Evropské právo, 4. vyd., Praha : C.H.Beck, 2011
- *Wirtz, B. W.* Mergers & Acquisition Management, Gabler, Weisbaden 2003

Články, studie, prohlášení, stanoviska

- *Basedow, D.* Regulierung und Wettbewerb in Marktwirtschaftlichen Ordnungen, Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, Trier 2003

- **Bejček, J.** Regulace a soutěž, Právní fórum, č. 3, 2007
- **Budzinski, O.** Monoculture versus diversity in competition economics, Cambridge Journal of Economics, 2008, sv. 32, č. 2
- **Dethmers, F., Dodoo, N.** The Abuse of Hoffmann-La Roche: The meaning of Dominance under EC Competition Law, European Competition Law Review, 2006, č. 10
- **Dubow, B., Elliot, D., Morrison, E.** Unilateral Effect and Merger Simulation Models, European Competition Law Review, No. 2, 2004
- **Gerber, D.** Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Oxford University Press, 2003
- **Hladká, L.** Kolektivní dominance – dostupné na - <http://www.epravo.cz/top/clanky/kolektivni-dominance-55792.html>
- **Kokkoris, I.** The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours case – the Eagerly Expected Debate: SLC vs. Dominance test, European Competition Law Review, No. 1, 2005
- **Krabec, T.** Ordoliberalismus a sociální tržní hospodářství, Politická ekonomie č. 6
- **Luescher, Ch.** Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?, European Competition Law Review, No. 2, 2004
- **Madill, L. Mexis, A.** Consumer at the of the EU competition policy, Competition Policy Newsletter, 2009, č. 1
- **Mestmäcker, E. J.** Die Interpendenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, in Monopollkommission: Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Nomos, Baden-Baden 2005
- **Monti, G.** Article 81 and Public Policy, Common Market Law Review, 2002, vol. 39
- **Monti, G.** Competition Law, Cambridge University Press, 2007
- **Monti, G.** The Concept of Dominance in Article 82, European Competition Journal, 2006
- **Munková, J.** Podnik jako adresát normy v soutěžním právu, Právní rozhledy č. 17/2004
- **Neils, G., Jenkins, H.** Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effect Breaks Down, European Competition Law Review, 2005, č. 11
- **Neruda, R.** Relevantní trh a otázky související v teorii a praxi soutěžního práva (první část), Právní rozhledy, 2004, č. 12
- **Neruda, R.** Relevantní trh a otázky související v teorii a praxi soutěžního práva (druhá část), Právní rozhledy, 2004, č. 13
- **Neruda, R.** Společný podnik jako spojení soutěžitelů z pohledu práva na ochranu hospodářské soutěže, Právní rozhledy, č. 1, 2004
- **Neruda, R.** Substantivní test v soutěžním právu, Právní rozhledy, 11/2008, 16. roč.

- *Norinder, H., Anderson, E.* Apraisal of Joint Dominance in the Landscape of Co-opetition, EU Competition Law, University of Lund, Autumn 2009
- *Odudu, O.* The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81, Oxford University Press, 2006
- *Pera, A. Auricchio, V.* Consumer Welfare, Standard of proof and the Objectives of Competition Policy, European Competition Journal, vol. 1, 2005, č. 1
- *Sadil, J.* O smysluplné regulaci, Hospodářské noviny z 5. 7. 2006
- *Soares, A.* „National Champions“ Rhetoric in European Law, World Competition, 2008, 31
- *Vickers, J.* Merger Policy in Europe: Retrospect and Prospect, European Competition Law Review, No. 7, 2004
- stanovisko Generální advokátky J. Kokott ve věci *British Airways*, C-95-04
- stanovisko Generálního advokáta N. Fennellyho ve věci *Cewal* - Opinion of Advocate General N. Fennelly delivered on 29 October 1998 related to CEWAL joined cases, ECR 2000 Page I-01365
- proslov Komisařky pro hospodářskou soutěž Neelie Kroes ze dne 23. 9. 2005; Fordham Corporate Law Institute v New Yorku: „Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82“, SPEECH/05/539

Právní předpisy, smlouvy, soft law, výroční zprávy, jiné dokumenty

- Smlouvy – SES, SFEU, SEU
- COUNCIL REGULATION (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings – dostupné z - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989R4064:EN:HTML>
- COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) – dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126096_en.htm
- Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 7 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, *Official Journal L 133* , 30/04/2004 P. 0001 – 0039 – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0802:EN:HTML>
- Nařízení Rady (EHS) č. 17 o provádění čl. 85 a 86 Smlouvy, ÚV P 13, 21. 2. 1962
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. 3. 2002 o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (tzv. rámcová směrnice)
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/77/ES ze dne 7. 3. 2002 o hospodářské soutěži na trzích s elektronickými sítěmi a službami (tzv. soutěžní směrnice)

- Pokyny Komise k vertikálním omezením – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:CS:PDF>
- Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci – dostupné na - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:CS:PDF>
- 27. výroční zpráva Komise o politice hospodářské soutěže, 1997, dostupná z - http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html
- Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, ÚV C 372, 9. 12. 2005
- Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03)
 - dostupné z - http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126107_cs.htm
- Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství, ÚV C 372, 9. 12. 2005
- Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání čl. 82 Smlouvy na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, ÚV C 45, 24. 2. 2009
- Diskusní materiál Komise k aplikaci čl. 82 Smlouvy na vylučovací znežívání dominantního postavení – dostupný na – <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
- 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

Rozhodnutí

Rozhodnutí ESD (SDEU)

- rozhodnutí ESD ve věci *Höfer & Elser/Marcitron Gmb*, C-41/90
- rozhodnutí ESD ve věci *Hydrotherm/Compact*, 170/83
- rozhodnutí ESD ve věci *Costen a Grundig*, 56 a 58/64
- rozhodnutí ESD ve věci *United Brands*, 27/76
- rozhodnutí ESD ve věci *Hoffmann-La Roche*, 85/76
- rozhodnutí ESD ve věci *Continental Can*, 6/72
- rozhodnutí ESD ve věci *Bronner*, C-7/97
- rozhodnutí ESD ve věci *AKZO*, 62/86
- rozhodnutí ESD ve věci *Cewal*, C-395/96 a C-396/96
- rozhodnutí ESD ve věci *DIP/LIDL*, C-140, 141, 142/94
- rozhodnutí ESD ve věci *Sacchi*, 155/73

- rozhodnutí ESD ve věci *Bodson*, 30/87
- rozhodnutí ESD ve věci *British Airways*, C-95/04
- rozhodnutí ESD ve věci *Tetra Pak II*, C-333/94
- rozhodnutí ESD ve věci *General Motors*, 26/75
- rozhodnutí ESD ve věci *Suiker Unie*, 40/73
- rozhodnutí ESD ve věci *Vodafone Airtouch/Mannesmann*

Rozhodnutí Tribunálu

- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Shell*, T - 11/89
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Atlantic Container Line*, T-191 a 212 až 214/98
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Union Pigments*, T-62/02
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *France Télécom*, T-340/03
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *General Electric*, T-210/01
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Microsoft*, T-201/04
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *British Plaster Board*, T-65/89
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Flat Glass*, T-68/89, T-77/89, T-78/89
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, T-228/97
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Gencor*, T-102/96
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Atlantic Container Line*, T-191 a 212 až 214/98
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Airtours*, T-342/99
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *IMPALA*, T-464/04
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Deutsche Bahn*, T-229/94
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Michelin II.*, T-203/01
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *AAMS*
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Clearstream*, T-301/04
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *JFE Engineering*, T-67 a 68/00, T-71/00 a T-78/00
- rozhodnutí Tribunálu ve věci *Dradenauer Stahlgesellschaft mbH*, T-234/95

Rozhodnutí Komise

- rozhodnutí Komise ve věci *Microsoft*, COMP/C 3.37.792, ze dne 24. 3. 2004
- rozhodnutí Komise ve věci *Nestlé/Perrier* ze dne 22. 7. 1992, IV/M.190
- rozhodnutí Komise ve věci *Kali & Salz* ze dne 14. 12. 1993, IV/M.308
- rozhodnutí Komise ve věci *Gencor* ze dne 24. 4. 1996, IV/M.619
- rozhodnutí Komise ve věci *Airtours* ze dne 22. 9. 1999, IV/M.1524
- rozhodnutí Komise ve věci *Continental Can* ze dne 9. 12.1971, 1972 L 7/25
- rozhodnutí Komise ve věci *Crédit Lyonnais/BFG Bank*, ze dne 11. 1. 1993, IV/M.296
- rozhodnutí Komise ve věci *Klöckner&Co.AG/Computer 2000 AG*, ze dne 5.9.1994, IV/M.492

Rozhodnutí soudů USA

- rozsudek federálního odvolacího soudu USA ve věci *Ball Memorial Hospital*, 784 F.2d 1325, 1338 (7th Cir. 1986)

Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR a Krajského soudu v Brně

- rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ve věci *T-Mobile*, č.j. 2 A 13/2002-OL-424
- rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR, č.j. 2 A 11/2002-OL-227 ze dne 21. 10. 2004
- rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci *ČSAD Liberec*, č.j. 62 Ca 27/2006-171

Internetové zdroje

- Studentská elektronická knihovna The Nottingham Trent University –
- Studentská elektronická knihovna The Nottingham Trent University -
- <http://circa.europa.eu>
- www.eurofound.europa.eu/
- <http://eur-lex.europa.eu/>
- <http://www.stolaf.edu>
- <http://ec.europa.eu/>
- <http://europa.eu>
- www.compet.cz/
- www.nssoud.cz
- www.justice.gov

Klíčová slova - Keywords

evropské soutěžní právo – european competition law

hospodářská soutěž – economic competition

dominantní postavení – dominance position

zneužití dominantního postavení – abuse of dominant position

kontrola koncentrací podniků - control of concentrations between undertakings

Název diplomové práce v anglickém jazyce

„Duality of the legal regulation of a dominant position in EU competition law“