

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA

RIGORÓZNÍ PRÁCE

Dominantní postavení a jeho zneužití v českém a komunitárním právu

Zpracovatel: Mgr. Vladimír Vavříček

Červenec 2011

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA

RIGORÓZNÍ PRÁCE

Dominantní postavení a jeho zneužití v českém a komunitárním právu

Dominant position and its abuse in the Czech and European Community
Law

Zpracovatel: Mgr. Vladimír Vavříček

Červenec 2011

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

V Novém Bohumíně dne 31. července 2011

Děkuji panu JUDr. Václavu Šmejkalovi, Ph. D. za cenné rady a postřehy, kterých jsem při zpracování této práce využil.

Obsah:

Obsah:.....	1
Úvodem	4
1. Dominantní postavení.....	8
1.1 <i>K pojmu dominantního postavení obecně</i>	8
1.2 <i>Dominantní postavení v komunitárním právu</i>	9
1.3 <i>Dominantní postavení v českém soutěžním právu</i>	21
2. Kolektivní dominance.....	25
2.1 <i>Kolektivní dominance v komunitárním právu</i>	26
2.1.1 <i>Ekonomické vazby – alfa a omega vývoje konceptu kolektivní dominance?</i>	27
2.1.2 <i>(Kolektivní entita), společná politika a vnitřní konkurence jako (další) důležité stavební kameny konceptu kolektivní dominance</i>	32
2.1.3 <i>Airtours kritéria</i>	34
2.1.3.1 <i>Transparentnost</i>	36
2.1.3.2 <i>Systém odvetných opatření</i>	37
2.1.3.3 <i>Absence dostatečné protiváhy</i>	39
2.1.3.4 <i>Airtours – zlom pro další vývoj aplikační praxe</i>	40
2.2 <i>Kolektivní dominance v právu českém</i>	43
2.3 <i>Oligopoly, oligopolní trhy</i>	45
3. Koncept zneužívání dominantního postavení.....	49
3.1 <i>Koncept zneužití dominantního postavení v komunitárním právu</i>	50
3.1.1 <i>Obecné úvahy</i>	50
3.1.2 <i>Generální klauzule aneb Základní stavební kameny konceptu zneužívání dominantního postavení</i>	52
3.1.3 <i>Obecně nad jednotlivými skutkovými podstatami zneužití</i>	58
3.1.4 <i>Vazba mezi dominantním postavením a jeho zneužitím</i>	61
3.1.5 <i>Vztah mezi čl. 101 a čl. 102 SFEU</i>	63
3.1.6 <i>Koncept objective justification a přiměřenosti</i>	67
3.1.7 <i>Další „výjimky“ z čl. 102 SFEU</i>	70
3.1.8 <i>Zneužití kolektivního dominantního postavení</i>	72
3.1.8.1 <i>Jednostranná zneužívací jednání a jejich rysy</i>	75
3.1.8.2 <i>Individuální či společná odpovědnost?</i>	78
3.1.8.3 <i>Paralelní aplikace článků 101 a 102 SFEU v prostředí kolektivní dominance</i>	80
3.2 <i>Zneužití podle českého práva</i>	82
3.2.1 <i>Rozdíl mezi koncepty zneužití dle OHS 1991 a OHS</i>	83
3.2.2 <i>Vztah generální klauzule zneužití a jeho jednotlivých skutkových podstat</i> 86	
3.2.3 <i>Újma jako znak zneužití dominantního postavení</i>	88
3.2.4 <i>ÚOHS v. zneužití kolektivní dominance</i>	90
4. Exkurs – Koncept monopolního postavení a jeho zneužití v antitrustovém právu Spojených států amerických.....	92
5. Reforma čl. 102 SFEU.....	95
5.1 <i>Důraz na více ekonomický a na následcích založený přístup</i>	95
5.2 <i>Diskusní materiál k dominanci</i>	97

5.2.1	Příliš málo či příliš mnoho ekonomie?	98
5.2.2	Posun v definici dominantního postavení a jeho zneužití	100
5.2.3	Přípustná obrana dominantních podniků: koncept obrany objective justification a efficiencies	103
5.3	<i>Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik</i>	106
5.3.1	Úvodní výklad	106
5.3.2	Rekalibrace pojmu dominantního postavení	109
5.3.3	Zásadní ekonomické koncepty Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik 111	
5.3.3.1	<i>Protisoutěžní uzavření trhů</i>	111
5.3.3.2	<i>Koncept „as efficient competitor“</i>	113
5.3.3.3	<i>Způsoby přípustné obrany podniků</i>	114
5.3.4	Náklady dominantanta a jeho cenová politika	116
5.3.5	Ekonomická analýza Komise v podmínkách jednotlivých vylučovacích praktik.....	117
5.3.6	Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik v mezinárodním kontextu soutěžního práva	118
5.3.7	Závěrečné poznámky	119
6.	Jednotlivé formy zneužívajících praktik	121
6.1	<i>Společný úvod k jednotlivým zneužívajícím praktikám</i>	122
6.2	<i>Vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek</i>	124
6.2.1	Komunitární právo	124
6.2.2	Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik.....	132
6.2.3	Česká právní úprava a judikatura	136
6.3	<i>Omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů</i> 138	
6.3.1	Komunitární právo	138
6.3.2	Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik.....	148
6.3.3	Česká právní úprava a judikatura	151
6.4	<i>Uplatňování rozdílných podmínek</i>	153
6.4.1	Komunitární právo	153
6.4.2	Česká právní úprava a judikatura	161
6.5	<i>Vázané prodeje</i>	162
6.5.1	Komunitární právo	162
6.5.2	Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik.....	167
6.5.3	Česká právní úprava a judikatura	169
6.6	<i>Výhradní dohody a věrnostní slevy</i>	170
6.6.1	Komunitární právo	170
6.6.2	Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik.....	177
6.6.3	Česká právní úprava a judikatura	181
6.7	<i>Komunitární úprava zneužívání práv duševního vlastnictví</i>	181
6.8	<i>Nad posledními rozhodnutími českých soudů</i>	185
7.	Exkurs – hospodářské postavení a jeho zneužití, ekonomická závislost, významná tržní síla... ..	188
7.1	<i>Koncept hospodářského postavení a jeho zneužívání</i>	189
7.2	<i>Koncept ekonomické závislosti (významné tržní síly) a jejího zneužívání</i> .	193
7.3	<i>Významná tržní síla v telekomunikačním sektoru</i>	197
	Závěr	199

Přehled použitých zkratk	203
Přehled použité literatury	205
1. Zkratky	205
2. Literatura	205
2.1 Knížní a časopisecká	205
2.2 Publikace dostupné elektronicky	208
2.3 Publikace a oznámení Komise	209
2.4 Publikace a oznámení ÚOHS	209
2.5 Další publikace a oznámení	210
3. Judikatura	210
3.1 Rozsudky ESD	210
3.2 Rozsudky Tribunálu	212
3.3 Rozhodnutí Komise	213
3.4 Rozhodnutí českých soudů	215
3.5 Rozhodnutí ÚOHS	216
3.6 Rozsudky federálních soudů USA	216
Resumé	218
Klíčová slova	221
Abstrakt	221

Úvodem

Tato rigorózní práce je věnována tématu dominantního postavení a jeho zneužití v českém a komunitárním právu, a to na komparativní bázi. Vychází z právního stavu ke dni 31. prosince 2010.

Myšlenkový koncept této práce však nespočívá pouze v opakování mnohokrát vyřčených manter s dominantním postavením a jeho zneužitím spojených. Nemalé úsilí jsem se totiž pokusil vložit jednak do zpracování a komentování nové, relevantní judikatury (ať komunitární či tuzemské) jednak do přiblížení reformy soutěžního práva na poli čl. 102 SFEU, která je nyní v plném proudu (byť tomu situace v podmínkách tuzemských příliš nenasvědčuje).

Jelikož však zneužití dominantního postavení není zdaleka jediným projevem nedovoleného použití tržní síly, dovolil jsem si také, v zájmu komplexního nastínění popisované problematiky, stručně pojednat o konceptech hospodářského postavení, ekonomické závislosti, resp. významné tržní síly a jejich zneužívání. Tyto další koncepty totiž přestávají skomírat na okraji zájmu odborné veřejnosti a především konceptu ekonomické závislosti, resp. jejího zneužití se po letech tuhých bojů o patřičné legislativní zakotvení dostává pozornosti málo vídané.

Při tvorbě jsem v části týkající se komunitární úpravy soutěžního práva vycházel z textů či komentářů předních evropských autorů věnujících se soutěžnímu právu (Monti, G., Stroux, S., Korah, V. aj.) a především pak textů rozhodnutí komunitárních soudů a Komise, v části věnované českému soutěžnímu právu jsem postupoval obdobně (z citovaných předních odborníků uvádím zejm. Bejčka, J. a Petra, M.¹), zejména jsem se však věnoval rozhodnutím českých soudů či ÚOHS, kterým až dosud nebyla poskytována příliš velká pozornost.

Jelikož jsou přístupy shora citovaných autorů k tématu hospodářské soutěže známy, zaměřil jsem především na judikaturu komunitárních, potažmo českých soudů, doplněnou o rozhodovací činnost příslušných soutěžních úřadů. V tomto ohledu jsem, zejména při zpracování pasáží této práce věnovaných českému soutěžnímu právu, do velké míry pominul jinak běžně citované statě našich předních komentátorů (Bejček, J., Munková, J., Kindl, J.) a pokusil se přinést výklad jejich myšlenkami nezatížený.

¹ Např. Petr, M. a kol. (2010), na které jsem se zčásti autorsky podílel.

Tato práce neslouží k dokonalé orientaci v tématu jí popisovaném – předpokládá totiž znalost, jakkoliv detailní či povrchní, základních pojmů soutěžního práva jako např. podnik (v českém právním prostředí soutěžitel), relevantní trh či obecně základních forem narušení hospodářské soutěže. Každý ze zmiňovaných pojmů by vydal na samostatnou práci, proto se v tomto ohledu (a, pohříchu, také v tom nejlepším případě) omezím pouze na telegrafické informace doplněné odkazy na příslušnou literaturu, kde se lze s nimi detailně seznámit.

Jako podniky² v dominantním postavení jsou jak v tuzemské, tak i komunitární právní úpravě shodně nazírány entity, které jsou schopny chovat se na relevantním trhu do značné míry nezávisle. Soutěžní právo zakazuje, aby tohoto svého postavení zneužívaly, tedy využívaly svou tržní sílu k újmě jiných podniků nebo spotřebitelů. Takové jednání se označuje za zneužívání dominantního postavení.

Oběma konceptům, tzn. jak konceptu dominantního postavení, tak i jeho zneužití se budu v rámci této práce detailně věnovat. V souladu se shora popsáním však nezůstane jen u nich.

Mé výchozí úvahy se budou pochopitelně odvíjet od konceptu dominantního postavení. Nejprve jej přiblížím na pozadí práva komunitárního, kde lze čerpat z nepřeberných zdrojů, zejm. však z rozhodovací činnosti Komise a komunitárních soudů. Vzápětí bude následovat výklad téhož z pohledu práva českého, kde bylo třeba zejm. vyzdvihnout přechod k materiálnímu pojetí tohoto konceptu, který byl legislativně zakotven společně s přijetím OHS.

Dominantní postavení na trhu může zaujímat jen jeden podnik. Nicméně, identickou situaci nelze vyloučit ani v případě plurality podniků. V takových případech se dovozuje tzv. kolektivní dominantní postavení, kterému je věnována kapitola druhá. Pro kolektivní dominantní postavení je charakteristické, že nebylo tak frekventovaným předmětem posuzování Komise či komunitárních soudů, natož ÚOHS jako dominantní postavení „prosté“. Tudíž k tomuto tématu neexistuje tak bohatá judikatura či literatura,

² Jsem si vědom toho, že komunitární právo pracuje s pojmem podnik (undertaking), zatímco česká právní úprava s pojmem soutěžitel. Jakkoliv bylo dříve otázkám identického obsahu obou pojmů věnováno v odborné literatuře nemálo prostoru, lze konstatovat, že dnes již o tom není sporu, tudíž je budu pro účely této práce v souladu s aktuální literaturou považovat za synonyma. V této souvislosti srov. Petr, M. a kol. (2010), str. 78 a násl.

jak je tomu v případě „prostého“ dominantního postavení. Přesto jsem se pokusil uvést i k této problematice nikterak malé množství poznámek. Podstatná část zmiňované kapitoly popisuje nahlížení kolektivní dominance z komunitárního pohledu. Adekvátní prostor byl však vymezen také související úpravě české, a to opět z důvodu nové právní úpravy přinesené OHS. Pro dokreslení případů plurality na straně podniků, která může mít soutěžně právní relevanci, jsem tuto kapitolu doplnil také stručným pojednáním o oligopolech.

Kapitola v pořadí třetí je vymezena komplexnímu objasnění konceptu zneužití dominantního postavení, které zahrnuje jak zneužití „prostého“, tak i kolektivního dominantního postavení, opět v členění na právo komunitární a české. K samostatné dílčí kapitole komentující českou právní úpravu jsem přistoupil, podobně jako v předcházejících případech, z důvodu zdůraznění rozdílu nové právní úpravy oproti právní úpravě předcházející, dílem také z důvodu potvrzení zcela zásadního významu vztahu mezi tzv. generální klauzulí zneužití dominantního postavení a jeho jednotlivými skutkovými podstatami, jak jsou v OHS příkladmo vyjmenovány, dílem však také s ohledem na skutečnost, že se české soudy v poslední době věnovaly více otázkám újmy způsobené protisoutěžním jednáním.

Stranou však nezůstane ani skutečně letmé seznámení s konceptem monopolního postavení a jeho zneužití v antitrustovém právu Spojených států amerických (kapitola čtvrtá).

Od konce 90. let minulého století začala Komise na poli čl. 101 SFEU a spojování podniků formulovat a následně též uskutečňovat odlišnou politiku v oblasti soutěžního práva. Tato politika spočívá ve větším důrazu na ekonomický a na následcích založený přístup (economic and effect-based approach), dále též „Nový přístup“. V posledních pěti letech jsme pak mohli být svědky snahy Komise dotáhnout do zdárného konce své úsilí zavést Nový přístup do všech oblastí soutěžního práva Společenství také reformou čl. 102 SFEU.

K podstatě a možným důsledkům tohoto přístupu na dosavadní chápání konceptů dominantního postavení a jeho zneužití, zejm. v kontextu stávající judikatury přináším komentář v kapitole páté. Tuto kapitolu jsem po určitém váhání zařadil „až“ jako pátou v pořadí, když jsem považoval za nezbytné postupně vymezit obecné pojmy dominantního postavení a jeho zneužití v komparovaných právních úpravách a zároveň

již „pracovat“ s projevy Nového přístupu při navazujících výkladech jednotlivých skutkových podstat zneužívajícího jednání. „Reformní“ kapitola tak představuje jistý předěl mezi „obecnou“ a „zvláštní“ částí této práce, když prvně jmenovaná část je jí završena a ta druhá již popisuje její jednotlivé projevy na případech z praxe.

Jak již bylo naznačeno, po těchto, více či méně teoretických výkladech následuje kapitola šestá obsahující popis nejrůznějších příkladů zneužití dominantního postavení, se kterými se lze ať v komunitární či české praxi setkat. Samostatná dílčí podkapitola pak komentuje jedno ze série posledních rozhodnutí českých soudů zabývajících se zneužitím dominantního postavení, na kterém je možné demonstrovat aktuální stav aplikace Nového přístupu v podmínkách České republiky.

Před samotným závěrem této práce pak budou mé poslední poznámky, v zájmu již zmiňovaného dosažení komplexního nahlédnutí právních institutů popisujících v českém právním prostředí (ne)dovolené použití tržní síly, věnovány krátkému pojednání o konceptech hospodářského postavení, ekonomické závislosti, resp. významné tržní síly a jejich zneužívání (kapitola sedmá). Nelze totiž opomenout jejich stoupající význam pro aplikační praxi či (alespoň v případě ekonomické závislosti) kontroverznost doprovázenou patřičným mediálním a politickým zájmem.

Závěrem tohoto úvodu si dovolím ocitovat jednoho z předních soudců Nejvyššího soudu Spojených států amerických, pana L. D. Brandeise.

Přihlédnu-li totiž k tomu, že v dnešní době jsou ekonomika a právo velmi těsně provázány, což platí zejména pro právo soutěžní, a ke směru, kterým se má soutěžní právo podle záměrů Komise ubírat, nezbude než vyzdvihnout nadčasovost (a dnes o to větší naléhavost) jednoho z jeho výroků, a sice: *„Lze se velmi těžko ubránit závěru, že právník, který nestudoval ekonomii [...] má velké předpoklady stát se veřejným nepřítelem“*.³

³ „One can hardly escape from the conclusion that a lawyer who has not studied economics [...] is very apt to become a public enemy.“ Frankel, O. K. (1934), str. 316.

1. Dominantní postavení

1.1 K pojmu dominantního postavení obecně

Za druhou základní (či další) formu narušení hospodářské soutěže⁴ se považuje zneužití dominantního postavení. Než však přistoupím k samotnému konceptu zneužití dominantního postavení (srov. kapitolu 3.) a jeho jednotlivým, typizovaným podobám (srov. kapitolu 6.), přiblížím nejprve nazírání dominantního postavení jako takového.

Respektování smluvní svobody na poli hospodářské soutěže zákonitě vede k tomu, že někteří účastníci trhu budou v konečném důsledku zvýhodněni a ostatní nikoliv, neboť k různým partnerům lze přistupovat s ohledem na rozmanitost trhu různě.

Již od počátku regulace soutěžního prostředí tak vyvstává otázka, kdy a jakým způsobem veřejnoprávně zasáhnout proti soutěžitelům, kteří se z pozice své tržní moci (market power) mohou v soutěžních vztazích chovat v pestrých indiferentních škálách (v souladu s dnešní terminologií se hovoří o tzv. dominantním postavení).

Samotný pojem dominantní postavení je potenciálně matoucí, když zahrnuje podniky se silnými pozicemi na trhu, za které tyto vděčí své výjimečné výkonnosti či kvalitě svých výrobků anebo strukturální absenci soutěže. Totéž se kupř. projevuje v rozhodovací činnosti komunitárních soudů, jež uvedenou dvojznačnost dominance také odráží, když vztahuje dominanci k tržní síle, zatímco druhým dechem dodává, že dominance se vztahuje k výjimečné výkonnosti podniků dokládané vysokými tržními podíly a soutěžními výhodami.⁵

Hospodářská soutěž je dynamickým procesem. Je bez pochyby, že samotnou existenci dominantního postavení nelze démonizovat a zabraňovat tak např. růstu podniků, což by a priori vedlo k ochraně malých či menších soutěžitelů (z hlediska jejich podílu na trhu) vůči velkým, k destrukci stejných podmínek podnikání jednotlivých tržních subjektů, diskriminaci úspěšnějšího soutěžitele a v neposlední řadě též ke znevýhodnění spotřebitele (tím, že by byl limitován v přístupu k výhodám

⁴ Tedy po tzv. zakázaných dohodách (srov. článek 101 SFEU, resp. ustanovení § 3 odst. 1 OHS).

⁵ Srov. Dethmers, F., Dodoo, N. (2006), str. 537.

vyplývající z lepšího postavení dominantního soutěžitele, mezi něž patří např. nižší cena výrobku vyplývající z úspor z rozsahu a technického rozvoje).

Sankcionovat tak přichází do úvahy až takové chování dominantního subjektu, jehož negativní projevy lze označit za zneužití.

1.2 Dominantní postavení v komunitárním právu

Je to možná s podivem, nicméně koncept dominance není obsažen v žádném komunitárním předpisu.⁶ Tohoto prostoru teprve beze zbytku využily oba komunitární soudy, zejm. ESD, který podal definici dominantního postavení a posléze ji dále rozvíjel.⁷

Za dominantní postavení je komunitárním právem v souladu s ustálenou judikaturou 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.*⁸

⁶ Koncept dominantního postavení se nicméně brzy do jisté míry využíval v právních řádech členských států a v článku 66 SESUO byl předchůdce dnešního dominantní postavení postulován jako dominující postavení, jež chránilo veřejné či soukromé podniky před účinnou soutěží na podstatné části společného trhu.

⁷ Aktivitě soudů pochopitelně předcházela aplikační praxe Komise, coby strážkyně smluv Společenství. Komise vždy zastávala stanovisko, že dominantní postavení je formou hospodářské síly, tedy schopnosti prosazovat podstatný vliv na dění na trhu. Závěry Komise byly postupem času taktéž akceptovány komunitárními soudy.

⁸ Rozsudek ESD 27/76 United Brands, odst. 65. Případ United Brands lze bezpochyby označit za mezník mezi rozhodnutími zabývajícími se konceptem dominantního postavení. Uvedená společnost - kolos v mezinárodním obchodě s ovocem - zaujímala 40 až 45% podíl na trhu čtyř relevantních členských států. Investovala ohromné částky do plantáží, rozsáhlého distribučního systému a kontroly nad procesem zrání ovoce, což uvádělo její konkurenty do nevýhody. Společnost United Brands disponovala dominantním postavením, protože její podíl na trhu byl mnohem vyšší než jakéhokoliv jejího konkurenta a protože byla schopná chovat se na trhu strategicky nezávislým způsobem. V podrobnostech srov. Joelson, M. R. (2006), s. 371.

Jedná se tedy o postavení předurčené silou, kterou podnik vládne, když zároveň mu tato síla, dávající mu moc chovat se do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a spotřebitelích, umožňuje bránit efektivní hospodářské soutěži. Ke zjištění dominantního postavení také není vyžadováno, aby dotyčný podnik eliminoval veškeré příležitosti soutěže na trhu,⁹ jinak řečeno, „*Komise nemusí prokazovat, že soutěžitelé podniku budou z trhu vyloučeni, a to i do budoucna, aby prokázala existenci dominantního postavení*“.¹⁰

Nauka¹¹ rozeznává čtyři koncepty dominantního postavení. První z nich je založen na ekonomickém přístupu, když dává dominanci na roveň s významnou tržní silou (substantial market power), která představuje sílu zvýšit ceny a omezit výstupy. Druhý vychází z toho, že dominance se definuje ve vztahu k obchodní síle (commercial power). Třetí přirovnává dominanci k síle vyloučit konkurenty s cílem získat sílu zvýšit ceny a omezit výstupy a konečně čtvrtý podotýká, že dominance je pouze jurisdikční záležitostí určení, zda se aplikuje čl. 102 SFEU či nikoliv.

Až do vydání *Diskusního materiálu k dominanci* a následně též *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*, které na něj v tomto ohledu navázaly, bylo možné konstatovat, že dosavadní praxe přistupovala k dominanci v komunitárním právu jako k mixu obou prvně uvedených konceptů s důrazem na obchodní sílu v některých velkých případech. Nicméně, oba zmiňované dokumenty představují výraznou změnu v posunu od chápání dominance coby (také) obchodní síly k jejímu chápání coby významné tržní síly (significant market power).

Pojem významné tržní síly byl až dosud, resp. po několik let vlastní jen sektoru elektronických komunikací.¹² Nicméně, definováním dominantního postavení coby zaujímání významné tržní síly (navíc po určitou dobu) se dominance stává významnou tržní silou pro všechny ekonomické sektory.¹³

Ekonomický koncept dominance se hlavně soustředí na ochranu spotřebitele, resp. dominantovu schopnost spotřebitele či spotřebitelský blahobyt poškodit.

⁹ Rozsudek ESD 27/76 United Brands, odst. 113.

¹⁰ Srov. rozsudek Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 99.

¹¹ Srov. Monti, G. (2006), str. 31.

¹² Srov. čl. 14 odst. 2 Rámcové směrnice, resp. ust. § 53 odst. 1 ZEK (potažmo část 7.3 této práce).

¹³ Srov. Monti, G. (2006), str. 33.

Významná tržní síla znamená, že dominantní podnik je připraven zužitkovat svou tržní sílu dokonce předtím, než nastoupí cestu jejího využití k vyloučení konkurentů,¹⁴ a může být měřena dvěma různými způsoby. Přímo metodou spočívající v tom, zda jsou dominantovy ceny nad jeho náklady, nebo metodou nepřímou (nad kterou panuje obecný konsensus) vycházející z měření tržního podílu dominanty, jeho konkurentů, překážek vstupu na trh a vyrovnávací kupní síly.¹⁵

V rozhodovací praxi komunitárních soudů se definice dominance poněkud odlišuje od prostého postavení dominance naroveň významné tržní síle, když podle ní je třeba zvážit obchodní sílu podniku a schopnost ji využít při konfrontaci se soutěží.¹⁶

V literatuře se v tomto smyslu též objevuje pojetí dominance coby schopnosti potlačit soutěž (ability to contain competition).¹⁷

Shora jsem podal definici dominantního postavení uvedenou ve věci *United Brands*. Z té je patrné, že chová-li se dominant do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a spotřebitelích, pak na nich není zcela nezávislý, přesto je na nich závislý méně než oni na něm. Jinými slovy, značná míra nezávislosti sice neznamená úplnou nezávislost, přesto nadále znamená nezávislost významnou. Sřetnou-li se tedy konkurenti s dominantem, ten je schopen je potlačit a ti naopak

¹⁴ Ibid. To má zvláště důležitý význam ve vztahu k *Diskusnímu materiálu k dominanci*, resp. *Pokynům pro posuzování vylučovacích praktik*, zejm. v kontextu s predátorskými praktikami a rabaty. Takové pojetí dominance totiž umožňuje Komisi nepožadovat při predátorském jednání důkaz o náhradě škod, které dominantní podnik svou cenovou politikou utrpěl (recoupment), prostě proto, že umožňuje Komisi předpokládat, že recoupment je možný. Tzn., že ustane-li dominantní podnik s predátorskými cenami, bude tam, kde byl předtím: a se zákazníky ochotnými platit nekonkurenční ceny (k problematice recoupment srov. blíže část 6.1.1 této práce). V kontextu rabatů pak dochází k tomu, že podnik je dominantním, protože někteří zákazníci považují za nezbytné kupovat jeho produkty. Takoví zákazníci jsou „donuceni“ kupovat dominantovy produkty ještě předtím, než se rabatem dosáhne efektu vyvolávajícího věrnost, který nebudou jeho konkurenti schopni překonat, což povede k jejich vyloučení z trhu (v této souvislosti se uvádí za příklad věc *Michelin II* – srov. rozsudek Tribunálu T-203/01 *Michelin II*). Takže role rabatů spočívá v tom, že prodlužují předcházející dominantní postavení nebo zabraňují tomu, aby bylo narušeno. Srov. Monti, G. (2006), str. 33.

¹⁵ Srov. Monti, G. (2006), str. 34. Nepřímá metoda byla použita jak v *Diskusním materiálu k dominanci*, tak *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik*. Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 12.

¹⁶ Srov. rozsudek ESD 85/76 *Hoffmann-La Roche*, odst. 51.

¹⁷ Srov. Monti, G. (2006), str. 38.

nejsou schopni mu oponovat stejnou taktikou. Dominant má totiž obchodní výhody, kterých se konkurentům nedostává. Podobně si dominant může zavázat spotřebitele rabaty, je-li jejich nevyhnutelným obchodním partnerem. Síla, kterou vládne dominant nad svými konkurenty či spotřebiteli, pochopitelně ztrácí na relevanci, definuje-li se dominantní postavení na základě přítomnosti významné tržní síly.¹⁸

Dovozuje se tedy, že popisuje-li se ve věci United Brands či též poté ve věci Hoffmann-La Roche pozice hospodářské síly, pak je to s odkazem na sílu zabránit účinné hospodářské soutěži a nikoliv poškození spotřebitelů jako v případě ekonomického konceptu dominance, ale poškození či narušení samotného soutěžního procesu, čímž se ovlivňují podmínky, za kterých se soutěž bude vyvíjet.¹⁹

V literatuře²⁰ se dále na zářných případech United Brands a General Electric²¹ demonstruje, že definice dominance tam obsažená je vlastní konceptu dominance coby obchodní síly, když použití ekonomického konceptu dominance by zřejmě v těchto případech ke zjištění dominantního postavení nevedlo. Uvážíme-li v této souvislosti, že Komise hodlá na základě *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* do budoucna zkoumat dominanci na základě ekonomického konceptu dominance, pak je zřejmé, že minimálně ve dvou výše zmiňovaných případech by podniky dominantními seznány nebyly.²²

¹⁸ Srov. Monti, G. (2006), str. 38.

¹⁹ Srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 39. V této souvislosti se také v literatuře odkazuje na význam dominance v komunitárním soutěžním právu popsany např. ve stanovisku Generální advokátky J. Kokott ve věci British Airways, kde bylo zdůrazněno, že *článek 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*. Srov. stanovisko Generální advokátky J. Kokott ve věci C-95/04 P British Airways, odst. 69.

²⁰ Srov. Monti, G. (2006), str. 39 až 42.

²¹ Srov. rozsudek Tribunálu T-210/01 General Electric. Tento případ bude ještě níže v rámci této kapitoly rozveden.

²² V této souvislosti srov. také část 5.3 této práce.

Konečně, důvodem, proč je ve Společenství upřednostňován koncept dominance založený na obchodní síle podniku, je jeho zájem na ekonomické svobodě vycházející z ordoliberalního chápání soutěže.^{23,24}

Koncept dominance přirovnávající dominanci k síle vyloučit či poškodit konkurenty s cílem získat významnou tržní sílu čerpá z tzv. *post-chicagské školy*²⁵ a posuzuje, zda je dominant schopen na trhu jednat tak strategickým způsobem, že získá významnou tržní sílu.²⁶ Tento přístup k dominanci je vlastní spíše antitrustovému právu Spojených států amerických.^{27,28}

Konečně, koncept dominance jako jurisdikčního kritéria předpokládá, že dominance by byla zjišťována podle toho, zda by bylo dosaženo určité hranice. Což se může jevit praktickým a prostým řešením. Jako ukazatele by mohly být např. využity tržní podíly. Takový postup by vyžadoval stanovení bezpečného přístavu (safe harbour), pod jehož imaginární hranicí by se o dominanci nejednalo. Stanovení odpovídající úrovně safe harbour by pak představovalo zcela klíčovou otázku,²⁹ když příliš nízká hranice by vedla k přehnaně vysokému vymáhání soutěžního práva (over-enforcement) a naopak příliš vysoká hranice k nedostatečnému vymáhání práva (under-enforcement).

²³ K ordoliberalismu srov. např. Petr, M. a kol. (2010), str. 8 a násl. Na tomto místě se omezím na konstatování, že základní hodnotu ordoliberalismu sice představovala svoboda jednotlivce, nicméně tuto bylo zapotřebí chránit jak před státní mocí, tak mocí nestátní či soukromou mocí hospodářskou (monopolistě a kartelistě). V této souvislosti se popisuje, že vliv oné moci soukromé na meziválečnou společnost byl obrovský. Proto ordoliberalní hnutí nahlíželo fungující hospodářskou soutěž jako nezbytný předpoklad pro taktéž fungující společnost. V jejich pojetí se však nemělo jednat o soutěž ledajakou, nýbrž „dokonalou“, tedy neumožňující žádnému z hráčů na trhu disponovat takovou tržní silou, která by mu umožnila zasahovat do svobody hráčů ostatních. Ibid., str. 9.

²⁴ V této souvislosti je možné opět odkázat na již zmiňované stanovisko generální advokátky J. Kokott ve věci British Airways, které je typickou ukázkou ordoliberalního přístupu (srov. stanovisko Generální advokátky J. Kokott ve věci C-95/04 P British Airways, odst. 69).

²⁵ Srov. např. Petr, M. a kol. (2010), str. 22 a násl.

²⁶ Srov. Monti, G. (2006), str. 43.

²⁷ Srov. kapitolu 4. této práce.

²⁸ Přesto, v literatuře se objevuje poznámka, že *Diskusní materiál k dominanci* prvky tohoto konceptu dominance obsahoval. Srov. Monti, G. (2006), str. 44. Do *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* však takový koncept dle mého názoru převzat nebyl.

²⁹ Srov. Monti, G. (2006), str. 48.

Jak již bylo zmíněno, při stanovování takových hranic by mohly být použity např. tržní podíly.

Je zřejmé, že definice dominantního postavení podaná ve věci *United Brands*, resp. poté ve věci *Hoffmann-La Roche* patří mezi ryze právní, což však dává pramálo smyslu v očích ekonomů, kteří, jak se dá očekávat, upřednostňují definici dominance jako držení významného množství tržní síly. Zmínil-li jsem ryze právní povahu definice dominantního postavení, pak samotní právníci ji považují za příliš vágní a tudíž nefunkční.³⁰ Na judikaturu komunitárních soudů se taktéž odvolává Komise v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik*, když konstatuje, že *dominantní postavení podniku [není] samo o sobě protiprávní a takovýto dominantní podnik je oprávněn soutěžit na základě svých výkonů [on the merits]*.³¹

Monopolista, jenž nečelí vůbec žádné soutěži, je dominantní per definitionem (dominant by definition).³² Původ vzniku monopolů bývá různý, zpravidla však souvisí s výlučnými právy vyplývajícími ze zákona (statutory monopoly)³³ nebo je výsledkem ekonomických či technologických faktorů (zde se jedná zejm. o faktické monopoly založené na essential facilities typu elektrických a telekomunikačních sítí, přístavů, letišť).

Zakázáno není samotné dominantní postavení nebo jeho získání,³⁴ ale jeho zneužívání (srov. čl. 102 SFEU), přičemž platí, že soutěžitelé v dominantním postavení mají zvláštní odpovědnost (special responsibility) nenarušit, případně nevyločit soutěž na relevantním trhu,³⁵ v jejímž důsledku jim může být zakázáno jednání, které by bylo u ostatních soutěžitelů považováno za nezávadné.³⁶

³⁰ Srov. Stroux, S. (2004), str. 87.

³¹ *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 1.

³² Rozsudek ESD 127/73 BRT a SABAM II, odst. 3 až 5.

³³ Rozsudek ESD C-147/97 a C-148/97 Deutsche Post, odst. 38.

³⁴ „I když konstatování existence dominantního postavení samo o sobě neznamená žádnou výtku vůči dotyčnému 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.“ Rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, bod 3 preambule.

³⁵ Rozsudek ESD 322/81 Michelin, odst. 57.

³⁶ Rozsudek Tribunálu T-111/96 ITT Promedia, odst. 139.

Z povahy článku 102 SFEU totiž vyplývá, 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 možno uložit sankci, pokud by se jednalo o chování nebo jednání podniků, které nejsou v dominantním postavení“.*³⁷

Uvedené platí bez ohledu na způsob, jakým bylo dominantního postavení dosaženo, zda např. vlastním (vnitřním) růstem vyplývajícím z vynikajících výkonů nebo technologických dovedností,³⁸ nabytím výlučných práv³⁹ nebo spojením podniků.^{40,41}

Jinými slovy, sama skutečnost, že soutěžitel disponuje dominantním postavením, jej vystavuje přísnější reglementaci oproti soutěžiteli, který takovým postavením nedisponuje, avšak nijak neprolamuje jeho základní právo chránit své obchodní zájmy.⁴²

Při zkoumání, zda podnik zaujímá dominantní postavení ve smyslu čl. 102 SFEU, se pak přikládá zásadní význam určení relevantního trhu a vymezení podstatné části společného trhu, kde by se daný podnik mohl případně dopustit zneužívání dominantního postavení, jež by bránilo účinné hospodářské soutěži.⁴³

Existence dominantního postavení se odvíjí od mnoha faktorů (struktura trhu, velikost tržních podílů nejbližších konkurentů dominantního podniku, překážky vstupu na trh, finanční zdroje, přístup k surovinám, technologická převaha nad konkurenty apod.).⁴⁴ V této souvislosti poznamenávám, že při zjišťování dominantního postavení

³⁷ Rozsudek Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 186.

³⁸ Rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 48.

³⁹ Rozsudek ESD C-241/91 P a C-242/91 P Magill, odst. 46.

⁴⁰ Rozsudek ESD 6/72 Continental Can, odst. 18 až 27.

⁴¹ V podrobnostech srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 384.

⁴² Rozsudek Tribunálu T-65/89 British Plaster Board, odst. 69.

⁴³ Rozsudek ESD C-7/97 Bronner, odst. 32.

⁴⁴ Faktory, kterými je dominantní postavení poměřováno, lze pro větší názornost (a podle klesající důležitosti) kategorizovat kupř. takto: (i) struktura trhu (monopolistické postavení, tržní podíly dominanta či nejbližších konkurentů, překážky vstupu, stabilní/dynamické a rychle se měnící trhy), (ii) struktura

lze využít také konceptu povinného obchodního partnera (obligatory trading partner), který byl vyvinut ve francouzském právu (partenaire obligatoire).⁴⁵

Koncept povinného obchodního partnera je pouze prostředkem zjišťování dominantního postavení ve vertikálním nebo konglomerátním kontextu a znamená, že pozici dominantního postavení je rovnocenná situace na trhu, kdy odběratel či dodavatel je na svém obchodním partnerovi ekonomicky závislý a nemá jinou, srovnatelnou alternativu. Zatímco Tribunál aplikoval koncept povinného obchodního partnera ve věci Deutsche Bahn,⁴⁶ Komise tento pojem ve svých rozhodnutích výslovně nepoužívala, jakkoliv se v nich právě zabývala dlouhodobou ekonomickou závislostí zákazníků na dodavateli.⁴⁷

Třebaže se v judikatuře ESD nepřiznává tržnímu podílu význam absolutní, stále je jeho význam podstatný.

Neméně důležitá je však i velikost tržních podílů „ostatních“ soutěžitelů na témže trhu, když *„podíly na trhu, které má dotyčný podnik vzhledem k podílům svých soutěžitelů, jsou platnými ukazateli dominantního postavení“*.⁴⁸

ESD při své rozhodovací činnosti vymezil hranice tržních podílů (jakási pásma), které mají v kombinaci s dalšími faktory různý vliv na prokazování dominantního

podniku (finanční zdroje, přístup k surovinám, technologická převaha nad konkurenty) a (iii) jednání na trhu (jedná se např. o uplatňování nepřiměřených či predátorských cen nebo vázacích praktik, což může indikovat, že se podnik chová do značné míry nezávisle na ostatních, tudíž zaujímá dominantní postavení. Srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 396. Přístup k faktorům uvedeným sub (iii), ač podávaný z věci United Brands, se však označuje za tautologický, když z něj vyplývá dovozování dominance z možné zneužívající povahy samotného jednání na trhu, a je-li postaveno na jisto, že podnik je dominantním, odvíjí se od tohoto zjištění úvahy, zda jeho jednání je skutečně zneužitím jeho dominantního postavení – srov. též část 3.1.8.3. K typizovaným skutkovým podstatám zneužití dominantního postavení srov. kapitolu 6. této části práce).

⁴⁵ Srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 402.

⁴⁶ Rozsudek Tribunálu T-229/94 Deutsche Bahn, odst. 57. Jednalo se o případ německých drah, kterým svědčil zákonný monopol na podtrhu služeb železniční dopravy a které favorizovaly německé přístavy tím, že účtovaly diskriminačně nízké ceny za kombinovanou železniční a námořní dopravu v případě, že přístavy původu nebo cíle cesty se nacházely na území Německa (a ne v Belgii či Holandsku). Z novějších rozhodnutí, kde byl pojem povinného obchodního partnera použit, uvádím rozsudek Tribunálu T-301/04 Clearstream (části 6.3.1 a 6.4.1).

⁴⁷ Rozhodnutí Komise ze dne 13. 12. 2000 Soda ash-Solvay (COMP/33.133-C).

⁴⁸ Srov. rozsudek Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 109.

postavení. V tomto ohledu lze za výrazného zjednodušení této problematiky shrnout, že i když

„se význam podílů na trhu může na jednotlivých trzích lišit, velmi významné podíly představují samy o sobě, až na výjimečné okolnosti, důkaz existence dominantního postavení [...] tomu tak je v případě 50% podílu na trhu“.^{49,50}

Také Komise se ke vztahu velikosti tržního podílu a existence dominantního postavení opakovaně vyjádřila. Připomenu v této souvislosti její rozhodnutí ve věci Microsoft.⁵¹ Komise v něm mj. uvedla, že tržní podíly mezi 70 a 80 % opodstatňují domněnku dominance, zatímco tržní podíly vyšší 50 % jsou, s výjimkou mimořádných okolností, důkazem existence dominantního postavení. Jelikož společnost Microsoft s tržním podílem vyšším než 90 % opanovala většinu relevantního trhu (tudíž se blížila pozici naprostého monopolu), mohlo být konstatováno, že zaujímal drtivé dominantní postavení (overwhelmingly dominant position).

Podíly na trhu se pochopitelně mohou v průběhu času měnit, nicméně

*„snížení dosud velmi významných podílů na trhu nemůže být samo o sobě důkazem neexistence dominantního postavení“.*⁵²

⁴⁹ Srov. rozsudek Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 100.

⁵⁰ Kupř. (i) silná domněnka existence dominance = tržní podíl překračující hranici 75 %, držený po relativně dlouhou dobu (pro prokázání dominantního postavení není většinou třeba posuzovat další kritéria - rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 41, 53 až 56, 59 až 60 a 67), (ii) domněnka existence dominantního postavení = tržní podíly pohybující se v průběhu posledních tří let v rozmezí 63 až 66 % (zvláště je-li potvrzeno velkým odstupem tržních podílů nejbližších konkurentů ve výši cca 15 % a 6 % - rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 63), (iii) pravděpodobná existence dominance = tržní podíl 40 až 55 % neumožňuje přijmout automaticky závěr o existenci dominantního postavení (nutně šetřit další kritéria, zejm. množství a sílu konkurentů - rozsudky ESD 27/76 United Brands, odst. 108 až 110 a 62/86 AKZO, odst. 60), (iv) nepravděpodobná existence dominance = tržní podíl 32 až 36 % není sám o sobě rozhodujícím důkazem existence dominantního postavení (rozsudek ESD C-250/92 Gøttrup-Klim, odst. 48) a (vi) neexistence dominance = tržní podíl méně než 10 % (rozsudek ESD 75/84 SABA II, odst. 85).

⁵¹ Rozhodnutí Komise ze dne 24. 3. 2004 Microsoft (COMP/C 3.37.792), odst. 435.

⁵² Srov. rozsudek Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 104.

Konečně, ani

*„[s]kutečnost, že se jedná o silně rostoucí trh, rovněž nemůže vyloučit použití pravidel hospodářské soutěže, a zejména pravidel článku [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 potenciální hospodářskou soutěž za omezenou“.*⁵³

V souvislosti s *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* lze předeslat, že dominantní postavení není podle nich pravděpodobné, je-li podíl podniku na relevantním trhu nižší než 40 %, mohou však existovat specifické případy pod touto prahovou hodnotou, které si rovněž zaslouží pozornost Komise.⁵⁴

Taktéž v posledních letech Komisí prosazovaný effect-based přístup k aplikaci čl. 102 SFEU nabádá nehledět toliko na tržní podíly, jejich mechanické podřazování do příslušné kategorie a dovozování dominance z vysokých tržních podílů, ač to je nepochybně projevem právní jistoty.⁵⁵ V této souvislosti překvapivě může posloužit již rozhodnutí ve věci Hoffmann-La Roche, neboť již tam se (na rozdíl od některých pozdějších, více „svazujících“ rozhodnutí) objevují prvky upřednostňující dynamičtější přístup k analýzám tržních podílů, včetně posuzování jednání rivalů⁵⁶ než v onom rádooby mechanickém přístupu podporovaném Komisí a Tribunálem v určitých případech (zejména v případě AKZO)^{57, 58}.

Zajímavou proměnou prošel také vztah Komise, resp. komunitárních soudů k dovozování dominantního postavení v případech intenzivní soutěže na trhu.

V minulosti Komise považovala intenzivní soutěž a klesající cenové hladiny za podporu toho, že dominantní postavení nelze shledat. Poté ESD nejprve ve věci United Brands konstatoval, že velmi živý soutěžní boj (very lively competitive struggle) nevylučuje zjištění dominantního postavení, pokud je taková soutěž omezena co do času

⁵³ Srov. rozsudek Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 107.

⁵⁴ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 14.

⁵⁵ Srov. Dethmers, F., Dodoo, N. (2006), str. 541.

⁵⁶ Srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 40.

⁵⁷ Srov. rozsudek ESD 62/86 AKZO.

⁵⁸ Srov. Dethmers, F., Dodoo, N. (2006), str. 541.

a nepokrývá celý relevantní trh,⁵⁹ načež konečně v případě Hoffmann-La Roche dovedl, že intenzivní soutěž není slučitelná se zjištěním dominantního postavení, konkrétně

*„[...] skutečnost, že podnik je donucen snížit své ceny pod tlakem cenového snížení jeho soutěžitelů, je obecně neslučitelná s nezávislým chováním charakteristickým pro dominantní postavení“.*⁶⁰

Takový závěr soudu se zdá být logickým – existují-li totiž přesvědčivé důkazy, že na trhu probíhá strukturální a intenzivní soutěž (oproti pouze „nějaké“ soutěži, tzn. výběrové či dočasné), pak nelze než dovést, že na trhu nezaujímá žádný z podniků dominantní postavení bez ohledu na tržní podíly či soutěžní výhody.⁶¹

Bohužel, tento přístup ESD byl do značné míry bagatelizován postupem Komise, a poté také Tribunálu, který jej potvrdil, v případě General Electric, kde bylo naopak shledáno, že

„[s]kutečnost, 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 nevyklučuje existenci dominantního postavení na tomto

⁵⁹ Srov. rozsudek ESD 27/76 United Brands, odst. 114, 118 a 119.

⁶⁰ Srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 71. ESD v odst. 70, tedy odstavci předcházejícím citovanému odstavci uvedl: „[n]icméně dokonce i existence účinné hospodářské soutěže na daném trhu nevyklučuje 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.“ Z konstrukce, kterou ESD zvolil, se dá tedy dovést, že odst. 71 (cenový ústupek) je výjimkou z odst. 70. Hovoří-li tedy ESD v odst. 70 o účinné soutěži (lively competition), pak soutěž v odstavci následujícím (ústíci v cenový ústupek) by měla být kvalitativně jinou, „intenzivnější“, pokud by měla odůvodňovat výjimku uvedenou v odst. 71. Odtud používám pracovní označení intenzivnější soutěž, a to pouze pro usnadnění výkladu. I kdybych se však v tomto svém úsudku (a pracovním členění na účinnou a „intenzivnější“ soutěž) mýlil, tak výsledek posuzování účinné soutěže na trhu bude po rozhodnutí ve věci General Electric stejný = bude považována za „pouhou“ relevantní okolnost.

⁶¹ Srov. Dethmers, F., Dodoo, N. (2006), str. 544.

*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“.*⁶²

V citovaném rozsudku byl tedy význam soutěže na trhu, ať již účinné (lively)⁶³ či intenzivnější⁶⁴ degradován na pouhou relevantní okolnost pro účely zjištění dominantního postavení.⁶⁵ Okolnost, která nemůže rozhodujícím způsobem zvrátit posuzování dominantního postavení. Tudíž ani jeho zneužití. V literatuře se dokonce objevil názor, že intenzivní soutěž na trhu by naopak mohla být důkazem zneužití dominantního postavení.⁶⁶ V této souvislosti se také dovozuje, že Tribunál přijal tzv. alternativní test⁶⁷ pro hodnocení dominance (ve smyslu předcházejícího výkladu tento

⁶² Srov. rozsudek Tribunálu T-210/01 General Electric, bod 10 preambule. Poté potvrzeno také např. v rozsudku Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 101.

⁶³ Ve smyslu odst. 70 rozsudku ve věci Hoffmann-La Roche.

⁶⁴ Ve smyslu odst. 71, ibid.

⁶⁵ Přestože se rozsudek ve věci General Electric odvolává na rozsudek ve věci Hoffmann-La Roche, pak struktura posledně uvedeného rozsudku, jak jsem již uvedl, byla nastavena poněkud jinak. Nejprve se totiž konstatovalo, že účinná soutěž není na překážku dominantnímu postavení, načež v následujícím odstavci se z takového pravidla „konstruovala“ výjimka ve prospěch „intenzivnější“ soutěže. Rozhodnutí ve věci General Electric však tuto situaci „otáčí“. Nejprve se konstatuje, že „intenzivnější“ soutěž nezakládá dominantní postavení, pak uvádí, že účinná soutěž dominantnímu postavení neodporuje, a uzavírá se, že „případná existence hospodářské soutěže“ (sic!) není okolností určující. Záměr Tribunálu také podporuje jeho konstatování v bodu 10 preambule rozsudku, kde se uvádí, že samotný finanční ústupek není neslučitelný s dominantním postavením (lze se však domnívat, že ve světle rozhodnutí Hoffmann-La Roche by takový ústupek dominanci vylučoval, srov. odst. 71, ibid.). Znovu opakují, že i kdybych se v tomto svém úsudku (a pracovním členění na účinnou a „intenzivnější“ soutěž) mýlil, tak výsledek posuzování účinné soutěže na trhu bude po rozhodnutí ve věci General Electric stejný = bude považována za „pouhou“ relevantní okolnost.

⁶⁶ Srov. Dethmers, F., Dodoo, N. (2006), str. 545.

⁶⁷ Ibid. Domnívám se však, že spíše než o přijetí šlo o jeho potvrzení, když takové pojetí dominance bylo již předtím vyjádřeno ve věci Hoffmann-La Roche, ze kterého ostatně Tribunál vycházel, a připomínám, že podle literatury byl tento test použit již také ve věci United Brands, když použití testu ekonomického

alternativní test odpovídá konceptu dominance založenému na obchodní síle). Klasický test dominance (ve smyslu předcházejícího výkladu tedy ekonomický koncept dominance) váže dominanci na tržní sílu. Kdežto tento alternativní test dominance přijatý Tribunálem ve věci General Electric definuje dominanci jako schopnost vyloučit konkurenty.⁶⁸ Tento přístup tak činí prostředky podniku určené k soutěžení (means to compete) důležitým ukazatelem dominance a má za následek, že čím více soutěže podnik na trhu „rozpoutá“, tím pravděpodobněji by mohl být shledán dominantním.

Avšak, jakkoliv při analýze means to compete Komise a komunitární soudy tendují k rozlišování na soutěžení na základě svých výkonů (competition on the merits) a na jiné soutěžení (tedy protisoutěžní), neexistuje obecný konsensus nad tím, co se přesně rozumí soutěžením na základě svých výkonů, což nevyhnutelně shora naznačené rozlišování poněkud podkopává.

Přikláním se spíše k názoru, že by význam „intenzivnější“ soutěže (cenové snížení) neměl být bagatelizován, jak se stalo v rozhodnutí General Electric, a podniky by tudíž neměly být shledány dominantními, pokud reagují na takovou soutěž vyvolanou svými konkurenty.⁶⁹

V judikatuře se konečně objevují zmínky o tzv. konceptu superdominance, s nímž je spjat mimořádně obtížný a zvláštní závazek (particularly onerous special obligation) stíhající soutěžitele, který zaujímá postavení drtivé dominance hraničící s monopolem (overwhelming dominance verging on monopoly).⁷⁰

1.3 Dominantní postavení v českém soutěžním právu

České soutěžní právo vymezuje dominantní postavení (srov. ust. § 10 OHS) i zákaz jeho zneužívání (srov. ust. § 11 odst. 1 OHS) principiálně shodně jako právo komunitární.

(„klasického“) by zřejmě ani nevedlo ke zjištění dominantního postavení této společnosti na trhu. Srov. Monti, G. (2006), str. 39 až 42.

⁶⁸ Srov. předcházející výklad ke konceptům dominance, se kterým je toto konstatování ve shodě. Pokud by nebyl použit zvolený test, dominance na trhu by v tomto případě zřejmě shledána nebyla.

⁶⁹ Srov. Dethmers, F., Dodo, N. (2006), str. 546.

⁷⁰ Srov. stanovisko Generálního advokáta N. Fennellyho ve věci C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, odst. 137.

OHS považuje za dominantní takové postavení soutěžitele (či v případě kolektivní dominance více soutěžitelů společně – ke kolektivní dominanci blíže v kapitole 2), které je charakterizováno chováním s prvky značné míry nezávislosti ve vztahu k jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům.^{71,72}

Tržní síla je pak oním atributem, který výše uvedené chování umožňuje (srov. ust. § 10 odst. 1 OHS) a považuje se proto za klíčový prvek kvalifikující chování dominantního soutěžitele. Jak ve svých úvahách shrnul Krajský soud v Brně,

*„[t]ato tržní síla přitom musí být tak velká, že umožňuje subjektu s takovou tržní mocí chovat se na relevantním trhu ve značné míře nezávisle, mimo jiné na spotřebitelích. Právě možnost soutěžitele při volbě strategie jeho soutěžního chování a vystupování na trhu jednat zcela nebo z velké části bez ohledu na případné reakce ze strany spotřebitelů je často základním identifikačním znakem dominantního postavení; [...]“.*⁷³

Lze tedy shrnout, že OHS nyní upravuje tzv. materiální pojetí existence dominance překonávající kritizované chápání tohoto institutu v OHS 1991.⁷⁴

V odst. 2 zmiňovaného § 10 OHS pak zákonodárce formuluje faktory, které je nutno komplexně při objektivním hodnocení tržní síly uvážit. Ve smyslu OHS je tudíž nutné chápat tržní sílu jako multikriteriální veličinu, jako měřítko umožňující daleko pružněji reagovat na reálnou situaci na trhu.⁷⁵

⁷¹ Takové ekonomicky silné postavení podniku na trhu pak umožňuje zabraňovat efektivní soutěži na trhu a chovat se ve značném rozsahu nezávisle na svých konkurentech, obchodních partnerech a spotřebitelích.

⁷² V původním vládním návrhu OHS (sněmovní tisk číslo 704) se za soutěžitele v dominantním postavení pokládal i soutěžitel, na němž jsou jeho dodavatelé nebo odběratelé závislí proto, že nemají alternativní řešení pro výkon své podnikatelské činnosti. V průběhu legislativního procesu bylo však od tohoto vládního záměru upuštěno, a tak se výše uvedené součástí platné právní úpravy nestalo. K mnohaleté novelizační iniciativě dotýkající se ekonomické závislosti a jejího zneužívání, včetně její (závěrečné?) proměny ve významnou tržní sílu a její zneužití srov. kapitolu 7. Exkurs - hospodářské postavení a jeho zneužití, ekonomická závislost, významná tržní síla...

⁷³ Rozsudek KS v Brně sp. zn. 31 Ca 142/2005 (Teplárenská společnost Hlinsko).

⁷⁴ Srov. náleží ÚS sp. zn. II. ÚS 192/05 (Telefónica O2).

⁷⁵ Rozsudek NSS sp. zn. 2 A 13/2002-OL (T-Mobile).

Při komplexním hodnocení tržní síly je nezbytné uvážit především tržní podíl (který představuje legislativní zkratku pro hodnotové vyjádření zjištěného objemu dodávek nebo nákupu na trhu daného zboží dosaženého soutěžitelem nebo soutěžiteli se společnou dominancí v období, které je zkoumáno), neboť otázka existence dominantního postavení je neoddělitelně spjata s vymezením relevantního trhu, resp. je nutno je posuzovat vždy právě v mezích tohoto trhu.⁷⁶

V předcházející právní úpravě (OHS 1991) bylo právě toto kritérium jediným (a po právu kritizovaným), ze kterého se případné dominantní postavení dovozovalo.

Ke kritice se dokonce připojil také Ústavní soud, ač obecně neměl příliš možností se ve věcech práva hospodářské soutěže vyslovovat, když se ve věci Telefónica O2 vyjádřil ke konceptu dominance podle OHS 1991 v tom smyslu, že

*„[j]de o prostor [interpretace § 9 OHS 1991], do kterého Ústavní soud nemůže vstupovat, byť je evidentní, že uvedená koncepce nerespektovala vývoj pojetí dominance v komunitárním právu a rozhodovací praxi [ESD] a později byla překonána. Nicméně i nedostatky právní úpravy bylo lze, alespoň do jisté míry, překlenout výkladem akcentujícím její smysl a účel“.*⁷⁷

Avšak ani nahlédnutím do OHS se nelze vyhnout konstatování, že postavení soutěžitele na relevantním trhu plní při vyvozování dominantního postavení hlavní úlohu (zvýšení tržního podílu se tak projeví snížením významu ostatních komponent tržní síly, s jeho klesáním pak zbývající znaky tržní síly nabývají na intenzitě).⁷⁸

V každém případě pak platí, že

„[j]e-li [...] prokázán tržní podíl ve výši 100 %, jímž soutěžitel disponuje po delší časové období, pak posouzení ostatních kritérií uvedených v § 10 odst. zákona [OHS], stejně jako případných kritérií dalších, nemůže vést k závěru opačnému, tj. k závěru o neexistenci tržní síly podle § 10 odst. 1 [OHS]; za této

⁷⁶ Srov. rozsudek NSS sp. zn. 7 As 58/2006 (UPC).

⁷⁷ Nález ÚS sp. zn. II. ÚS 192/05 (Telefónica O2).

⁷⁸ V této souvislosti znovu srov., co bylo uvedeno shora ke vztahu tržního podílu a prokazování existence dominance v komunitárním právu - část 1.2.

*situace tedy není třeba trvat na jejich toliko formálním posuzování a existenci dominantního postavení lze mít za prokázanou“.*⁷⁹

V zájmu právní jistoty koncipuje zákonodárce vyvratitelnou právní domněnku dominantního postavení, podle které nebude zaujímat dominantní postavení soutěžitel, jehož tržní podíl bude nižší než 40 %, pokud ÚOHS neprokáže opak (srov. ust. § 10 odst. 3 OHS).

Nový koncept dominance, s nímž OHS (inspirován komunitární úpravou) přišel, je tedy založen na tržní síle (srov. ust. § 10 odst. 1 a 2 OHS) a doplněn vyvratitelnou domněnkou dominance.⁸⁰ Mezi dalšími demonstrativně vyjmenovanými (a OHS nyní akcentovanými) ukazateli tohoto nově pojatého konceptu jsou uvedeny

- hospodářská a finanční síla soutěžitelů (toto kritérium bude zpravidla pojímat obchodní jmění a výši bezprostředně použitelných vlastních zdrojů a rezerv),
- právní nebo jiné překážky vstupu na trh pro další soutěžitele (zde se může jednat o celé spektrum překážek, např. o kapitálově náročné investice, dále náklady na rozvíjení potřebných technologií, na budování spletité a funkční infrastruktury, včetně distribuční sítě, enormní reklamní náklady nutné k proniknutí na trh dominantního soutěžitele),
- stupeň vertikální integrace soutěžitelů (tento faktor evokuje především případy lepšího přístupu k zásobovacím nebo naopak odbytovým zdrojům určitými soutěžiteli prostřednictvím osy výrobce – distributor),

⁷⁹ Rozsudek KS v Brně sp. zn. 31 Ca 142/2005 (Teplárenská společnost Hlinsko).

⁸⁰ OHS pracoval se dvěma úrovněmi dominance na trhu, a to (i) absolutní (charakterizovanou absencí dalších soutěžitelů na identickém relevantním trhu) a (ii) relativní (charakterizovanou sice přítomností konkurence na trhu, avšak konkurence nepodstatné). Podle ust. § 9 OHS 1991 se dominantní či monopolní postavení dovozovalo podle toho, zda soutěžitel sám nebo v dohodě s jinými soutěžiteli získal takové postavení na relevantním trhu, že nebyl vystaven soutěži vůbec (monopolní postavení), popřípadě nebyl vystaven soutěži podstatné (dominantní postavení), přičemž zákon současně pomocí fikce presumoval existenci dominantního postavení, dosáhl-li podílu na relevantním trhu 30 %. Nyní dle ust. § 10 OHS platí, že dominantní postavení na trhu má soutěžitel nebo společně více soutěžitelů (společná dominance), kterým jejich tržní síla umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích, ovšem ve vztahu k dosaženému tržnímu podílu (40 %) konstruuje „pouze“ vyvratitelnou právní domněnku (tedy připouští tzv. důkaz opaku) negativní (srov. „... *dominantní postavení nezaujímá ...*“). V podrobnostech srov. Petr, M., Vavříček, V. (2006).

- struktura trhu (vyvážená tržní struktura je jedním z předpokladů zajištění svobodného prostředí pro chování soutěžitelů) a
- velikost tržních podílů nejbližších konkurentů [tedy takových tržních podílů, vystihujících možnosti konkurentů, jejichž koexistence vznik dominantního postavení umožňuje (difúze tržních podílů mezi velké množství soutěžitelů bez tržní síly) či nikoliv (koncentrace tržních podílů v rukách tržně etablovaných a agilních konkurentů)].

2. Kolektivní dominance

V minulé kapitole se stal předmětem výkladu koncept dominantního postavení. V rámci ucelenosti výkladu této práce považuji za vhodné a účelné ji doplnit pojednáním o konceptech dalších, dominantnímu postavení více či méně podobných. To však až v závěru této práce.⁸¹

Na následujících řádcích bych totiž rád věnoval samostatný prostor konceptu kolektivní dominance, resp. v dikci OHS konceptu společné dominance (dikce OHS se tak spíše kloní k sekundárnímu označování kolektivní dominance v komunitárním právu jako joint dominant position; pro účely této kapitoly budu však inklinovat k pracovnímu označení kolektivní dominance v obou případech, resp. pro oba systémy práva), neboť si pro svá specifika vyžaduje zvláštní pozornosti.

Jak bude níže uvedeno, zatímco koncept kolektivní dominance prošel v komunitárním prostoru zřejmým vývojem, v podmínkách českého zákonodárství se s ním setkáváme teprve za platnosti a účinnosti OHS⁸² a jakkoliv se ÚOHS možnou aplikací tohoto institutu zabýval, nakonec se tak nikdy nestalo.⁸³

⁸¹ Srov. kapitolu 7.

⁸² OHS 1991 z koncepce kolektivního dominantního postavení a jeho zneužití nevycházel. S koncepcí kolektivní dominance tak ani nemohla pracovat česká právní věda, a to pro její nejasnost. Srov. Bejček, J. (1996), str. 128.

⁸³ Srov. níže další výklad týkající se rozhodnutí ÚOHS ve věcech Konzumní brambory, Bankovní kartel, Kartel stavebních spořitelén a také v případech Eurotel a T-Mobile (zde také mohl mít ÚOHS blízko k aplikaci doktríny o kolektivním dominantním postavení – to by však musel OHS 1991, který byl v dané věci aplikován, tento institut upravovat).

Ať tak či onak, koncept kolektivní dominance je ve srovnání s konceptem „klasické“ dominance, tedy single firm dominance v aplikační praxi jevem poměrně vzácným a takovým pravděpodobně pro nesoulad s právním a ekonomickým přístupem k tomuto konceptu ještě nějaký čas zůstane. Přesto se lze domnívat, že by měl být doménou spíše NSÚ než Komise.⁸⁴

2.1 Kolektivní dominance v komunitárním právu

Podobně jako v případě single firm dominance také koncept kolektivní dominance (collective dominance nebo joint dominant position) není obsažen v žádném komunitárním předpisu a objevuje se teprve v souvislosti s judikaturou komunitárních soudů a při kontrole spojování podniků Komisí.⁸⁵

⁸⁴ Ze znaků kolektivní dominance (Airtours kritéria – v podrobnostech srov. níže) lze usuzovat, že příznivější faktory jejího vzniku budou dány na trzích národních než na trhu Společenství (z pohledu kolektivně dominantních podniků se zdá být místní trh pro vytváření transparentního trhu a kontrolu chování zúčastněných členů v rámci případného uplatňování odvetného mechanismu příhodnějším; uvedený pohled taktéž svědčí NSÚ, který může chování zainteresovaných konkurentů snáze monitorovat).

⁸⁵ Tato práce otázky spojování podniků ponechává stranou. Omezím se proto na konstatování, že čl. 102 SFEU je limitován na případy zneužití existujícího (kolektivního) dominantního postavení, kdežto podle nařízení upravujícího spojování soutěžitelů, tj. Nařízení 4064/89, čl. 2 odst. 3 bylo možné prohlásit spojení za neslučitelné se společným trhem, pokud by mělo za následek podstatné narušení účinné soutěže na společném trhu tím, že vytváří nebo posiluje dominantní postavení, zejména že by jím vzniklo nebo bylo posíleno dominantní postavení. Nařízení 139/2004 pak přineslo širší koncept kolektivní dominance, když stanoví, že k prohlášení neslučitelnosti spojení postačí, že by jím zejména vzniklo nebo bylo posíleno dominantní postavení (čl. 2 odst. 3 Nařízení 139/2004; toto ustanovení umožňuje Komisi jednat proti oligopolům bez ohledu na to, zda budou mít koordinační efekty či nikoliv, tzn. i v případě, kdy spojení podniků pravděpodobně učiní koordinaci mezi zbývajícími podniky pravděpodobnější). Přístup Nařízení 139/2004 ke konceptu kolektivní dominance (srov. slovo zejména) je tedy širší. Nicméně, takové širší pojetí konceptu kolektivní dominance se nijak nedotýká rozsahu uplatňování čl. 102 SFEU, který zůstává limitován na případy zneužití existujícího (kolektivního) dominantního postavení. Interpretace konceptu kolektivní dominance Komisí a ESD, resp. Tribunálu ve věcech rozhodovaných do přijetí Nařízení 139/2004 proto zůstává relevantní a nepředjímá pojmání širšího konceptu dominance ve smyslu uvedeného Nařízení.

Vyjdu-li z čl. 102 SFEU, který výslovně zakazuje zneužití dominantního postavení jedním nebo více podniky (by one or more undertakings), lze předpokládat, že koncept kolektivní dominance bude do jisté míry „kopírovat“ koncept dominance „prosté“.

A vskutku: totéž, co bylo konstatováno ve vztahu k dominantnímu postavení (rozuměj ve vztahu ke zjištění, že určitý podnik má na trhu dominantní postavení, což není samo o sobě protiprávní, nýbrž znamená, že takový podnik má zvláštní odpovědnost nepřipustit, aby jeho jednání narušilo soutěž na společném trhu), se vztahuje na podniky, které mají kolektivní dominantní postavení. Přičemž dále platí, že

[z]jištění, 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 jakýmkoliv posouzením otázky, zda takové podniky zneužily své postavení na trhu.⁸⁶

Dosud popsané však v žádném případě nemá znamenat, že by koncept kolektivní dominance pouze a jednoduše následoval koncept dominance prosté. Opak je pravdou. Koncept kolektivního dominantního postavení totiž prošel zajímavým vývojem, z něhož pro účely této práce vybírám následující mezní události.⁸⁷

2.1.1 Ekonomické vazby – alfa a omega vývoje konceptu kolektivní dominance?

Zmínil-li jsem v úvodu této kapitoly, že již samotný 102 SFEU umožňuje postihovat dominantní postavení jak jednoho, tak i více podniků najednou, pak se může zdát poněkud překvapujícím, že Tribunál teprve v roce 1992⁸⁸ (tedy o několik desítek

⁸⁶ Rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, odst. 37 a 38.

⁸⁷ K podrobnému přehledu vývoje opatrného přístupu Komise ke konceptu kolektivního dominantního postavení, který začal případy dotýkajícími se posuzování protisoutěžního jednání zároveň podle čl. 101 odst. 1 a 102 SFEU srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 408 až 411.

⁸⁸ Jak uvádí Stroux, S. (2004), str. 109, v 70. letech minulého století vládla jistá neochota aplikovat 102 SFEU na více podniků. V letech 80. se tato „nálada“ poněkud změnila v obezřetné přijímání uvedené

let po případu United Brands – srov. shora kapitolu 1.2) ve věci Flat Glass potvrdil aplikaci konceptu kolektivní dominance na nezávislé podniky propojené ekonomickými vazbami, když uvedl, že

[n]eexistuje v principu nic, co by bránilo tomu, aby dvě nebo více nezávislých hospodářských jednotek [economic entities] byly mezi sebou spojeny takovými ekonomickými vazbami [economic links], na základě kterých společně zaujímají dominantní postavení vůči ostatním účastníkům stejného trhu.⁸⁹

možnosti, což vyvrcholilo v roce 1988 v případě Bodson (ESD zkoumal, zda cena za pohřební služby poskytované držiteli monopolních koncesí byla fair ve srovnání s cenami v oblastech, kde se takové koncese nevyskytovaly, neboť pohřební služby tam byly liberalizovány). Ve věci Bodson ESD formálně aplikoval čl. 102 SFEU na více než jeden podnik, jenž však tvořil část jedné a téže ekonomické jednotky (economic unit); srov. rozsudek ESD 30/87 Bodson, odst. 21. ESD se později ve své rozhodovací činnosti na toto rozhodnutí odvolává jako na rozhodnutí obsahující koncept kolektivní dominance, ačkoliv tento koncept není výslovně v uvedeném případě zmíněn.

⁸⁹ Ve věci Flat Glass Komise zjistila, že tři italské výrobce plochého skla zneužili svého kolektivního dominantního postavení na trhu tím, že podnikli kroky omezující schopnost spotřebitelů vybrat si své zdroje dodávek a limitovali možnosti trhu pro ostatní výrobce plochého skla ve Společenství (Komisí bylo vytýkáno sdělování stejných cen svým zákazníkům v datech navzájem si blízkých, nabízení stejných slev, používání stejné klasifikace hlavních zákazníků podle kategorií či úrovní a jednání ve shodě, které se skládalo z jednání nebo jiných kontaktů mezi výrobci, v nichž byla dohodnuta jednotnost cen, slev a klasifikace hlavních zákazníků). Pro pořádek se sluší dodat, že Komise také vytýkala uvedeným subjektům porušení čl. 101 SFEU, za které byly uvedené podniky pokutovány. Srov. rozhodnutí Komise ze dne 7. 12. 1988 Flat Glass (IV/31.906). V následujícím soudním řízení však Tribunál konstatoval, že Komise dostatečně neprokázala zjištění kolektivního dominantního postavení a zrušil rozhodnutí Komise v rozsahu, ve kterém bylo odkazováno na porušení čl. 102 SFEU (zatímco porušení čl. 101 SFEU před soudem obstálo). Pochybení Komise totiž spočívalo v tom, že nedokázala dostatečně odůvodnit své stěžejní tvrzení, že tři zmiňovaní výrobci vystupovali jako jediný subjekt (single entity) a nikoliv jako subjekty individuální (individuals). To ovšem také znamenalo, že se Tribunál nemusel detailně zabývat problematikou kolektivní dominance jako takovou. Srov. rozsudek Tribunálu T-68/89, T-77/89 a T-78/89 Flat Glass, odst. 343, 358 až 363 a 365. Jakkoliv bývá rozhodnutí Komise ve věci Flat Glass označováno jako první případ, kdy Komise aplikovala koncept kolektivní dominance, již v případě European Sugar Industry Komise pokládala dva podniky za mající dominantní postavení společně na holandském trhu s cukrem. Srov. rozhodnutí Komise ze dne 2. 1. 1973 European Sugar Industry (IV/26.918). Pro navazující soudní projednávání případu se v literatuře ponejvíce používá označení Suiker Unie, které jsem pro účely této práce převzal. Srov. rozsudek ESD 40/73 Suiker Unie.

Z uvedeného rozsudku je tedy zřejmé, že Tribunál se při stanovování konceptu kolektivní dominance soustředil na existenci určitých vazeb mezi podniky a tyto vazby nazval ekonomickými, jakkoliv pak dále ve svém rozhodnutí odkazoval na dohody či licenční smlouvy (tj. agreements and licences a měl tedy na mysli spíše „smluvní“ než „ekonomické“ vazby). Ve shodě s literaturou⁹⁰ se lze domnívat, že rozsah konceptu kolektivní dominance by neměl být limitován pouze na smluvní vazby (contractual links), a odkázal-li Tribunál ve svém rozhodnutí na dohody a licenční smlouvy, považoval je pouze za příklady vazeb ekonomických.

V další rozhodovací činnosti ESD či Tribunálu se test vyvinutý v případě Flat Glass (zaměřený na ekonomické vazby) objevuje v různých podobách, což dále přispívalo k rozšiřování konceptu kolektivní dominance na další možné případy společného jednání podniků.

Středem zájmu se stalo naplňování či vyjasňování pojmu ekonomické vazby,⁹¹ které lze s jistým zjednodušením kategorizovat na vazby mezi podniky smluvního⁹² (a vědom si skutečnosti, že poněkud předbímám ve výkladu) a strukturálního typu⁹³ a vazby vytvořené strukturou relevantního trhu samotného.⁹⁴

Příkladem může být rozhodnutí ve věci *Cewal*,⁹⁵ kde ESD pokročil v rozšíření konceptu kolektivní dominance, když ji pojal tak, že z výrazu *jeden nebo více podniků* použitého v čl. 102 SFEU vyplývá, že

⁹⁰ Vecchi, T. (2008), str. 390.

⁹¹ Prozkoumání ekonomických vazeb coby předpokladu pro zjištění existence tzv. kolektivní entity se např. objevilo v rozsudku ESD ve věci *Cewal*, jak je v této kapitole citován.

⁹² Srov. shora případ *Flat Glass*, kde ESD výslovně zmínil dohody a licence, nebo členství v nejrůznějších sdruženích (srov. v této kapitole cit. případy *Cewal* či *Atlantic Container Line*, kde vazbu mezi dotčenými podniky představovalo členství ve sdruženích provozujících námořní dopravu).

⁹³ Co se strukturální vazby v negativním smyslu týče, srov. rozhodnutí ESD ve věci *Wouters*, kde bylo konstatováno, že *vzhledem k absenci dostatečné strukturální vazby mezi nimi nemohou být členové [nizozemské advokátní] komory považováni za subjekt zajišťující kolektivní dominantní postavení pro účely čl. 102 SFEU* (rozsudek ESD C-309/99 *Wouters*, odst. 114), v pozitivním smyslu pak rozhodnutí Tribunálu ve věci *Irish Sugar*, co do vztahů mezi společnostmi *Irish Sugar* a *Sugar Distributors* (rozsudek Tribunálu T-228/97 *Irish Sugar*).

⁹⁴ Srov. v této kapitole cit. rozhodnutí ve věci *Gencor*.

⁹⁵ Rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P *Cewal*.

dominantní postavení může mít jedna nebo více hospodářských jednotek, které jsou na sobě právně nezávislé [legally independent], za předpokladu, že z ekonomického pohledu vystupují nebo jednají společně na příslušném trhu jako kolektivní entita [collective entity] vůči svým konkurentům, obchodním partnerům a spotřebitelům; je-li tato otázka zodpovězena kladně, pak je teprve možné zvažovat, zda taková kolektivní entita má dominantní postavení a její jednání zakládá zneužití.^{96,97}

ESD dále uvedl, že ke zjištění kolektivní dominance

nejdou nezbytnou podmínkou dohody či jiné právní vazby [links in law]; takové zjištění lze totiž učinit na základě jiných spojujících faktorů a bude záležet na ekonomické analýze, zejména na analýze dotčeného trhu.⁹⁸

Tím se ESD také dotkl problematiky vztahu zakázaných dohod podle čl. 101 odst. 1 SFEU a konceptu kolektivní dominance podle čl. 102 SFEU. Aniž bych na tomto místě chtěl příliš zabíhat do této problematiky, stručně v této souvislosti připojuji, že existence kolektivního dominantního postavení může vyplývat z povahy a podmínek takových dohod, a sice ze způsobu, jakým byly implementovány.

Jinými slovy, zakázané dohody podle čl. 101 odst. 1 SFEU samy o sobě nekonstituují kolektivní dominanci, ač v ní nepochybně vyústit mohou (když v jejím důsledku začnou dotčené podniky vystupovat na trhu jako kolektivní entita).⁹⁹ Taktéž samotný fakt, že

⁹⁶ Ibid., odst. 36 a 39.

⁹⁷ Později bylo v případě Atlantic Container Line judikováno, že *není nezbytné pro všechny dotčené podniky vystupovat nebo jednat společně na příslušném trhu jako kolektivní entita, postačí zjistit, že takové vazby jim umožňují se takto chovat*. Rozsudek Tribunálu T-191, 212 až 214/98, Atlantic Container Line, odst. 594 až 602.

⁹⁸ Rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, odst. 45.

⁹⁹ Ibid., odst. 43 až 45 a rozsudek Tribunálu T-191, 212 až 214/98, Atlantic Container Line, odst. 610. Ve věci Cewal se měl ESD vůbec poprvé zabývat tím, zda jednání ve shodě může obecně založit vazby požadované k existenci kolektivního dominantního postavení.

dohoda je zakázána podle čl. [101 odst. 1 SFEU], nebrání Komisi v tom, aby ji vzala do úvahy za účelem učinění závěru, zda je, v kontextu aplikace čl. [102 SFEU], postavení dotčených podniků na relevantním trhu kolektivní.¹⁰⁰

Konečně se po rozhodnutí v případě Cewal stalo zřejmým, že koncept kolektivní dominance lze podle čl. 102 SFEU aplikovat na případy, kdy několik podniků společně zaujímá dominantní postavení na relevantním trhu (a nevztahuje se tedy pouze na případy, kdy každý z podniků je sám o sobě dominantním podnikem).¹⁰¹

V uvedeném rozhodnutí tak dal ESD najevo, že koncept kolektivní dominance nalezne uplatnění tam, kde bude zjištěna existence oné kolektivní entity, která se bude těšit dominantnímu postavení na trhu. Zároveň je však z jeho přístupu ke konceptu kolektivní dominance patrný jistý odklon od případu Flat Glass. Ve věci Cewal totiž ESD poskytl vodítko, jakým způsobem lze existenci kolektivního dominantního postavení prokázat, a sice prověřením ekonomických vazeb nebo faktorů, které daly vzniknout spojení mezi dotčenými podniky.¹⁰²

Princip zvláštních (ekonomických) vazeb tedy i po rozhodnutí ve věci Cewal „zůstává“ použitelným, jsou však připuštěny i jiné okolnosti, ve smyslu rozhodnutí faktory,¹⁰³ na základě kterých lze zvažovat existenci kolektivní dominance – to by nepochybně stačilo k rozšíření konceptu kolektivní dominance jako takového. Nicméně, v této souvislosti je nutné ještě zdůraznit, že na rozdíl od rozhodnutí ve věci Flat Glass již nestačí pouhá vazba mezi dotčenými podniky (ve smyslu její existence) – je nutné,

¹⁰⁰ Rozsudek Tribunálu T-191, 212 až 214/98, Atlantic Container Line, odst. 610.

¹⁰¹ Rozsudek Tribunálu T-24/93 až T-26/93 a T-28/93 Cewal, odst. 60.

¹⁰² Rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, odst. 41.

¹⁰³ Jak uvádí Hladká, L. (2009), obecně lze za takové faktory považovat následující vlastnosti trhu: „podstatná koncentrace na nabídkové straně, symetrie, transparentnost trhu, roztržitěná strany poptávky, statická nebo klesající poptávka, standardizovaný či homogenní produkt, netrvanlivý produkt, možnost rychlé změny cen, cenová konkurence je důležitější než konkurence necenová, neelastická poptávka při konkurenční ceně, vysoký podíl fixních nákladů ve vztahu k variabilním nákladům, podobná nákladová struktura a výrobní procesy, zdlouhavý vstup nových konkurentů na trh, lokální charakter trhu, praktiky spolupráce a historie dohod narušujících soutěž v daném odvětví“.

aby taková vazba ovlivňovala způsob, jakým dotčené podniky jednají na trhu (effect-based approach).^{104,105}

2.1.2 (Kolektivní entita), společná politika a vnitřní konkurence jako (další) důležité stavební kameny konceptu kolektivní dominance

Jak jsem naznačil v předchozí části této kapitoly, koncept kolektivní dominance byl vystavěn na základech, které představují (vedle existence kolektivní entity, které byl tamtéž již věnován obsáhlejší prostor) společná politika (common policy) dotčených podniků ve vztahu k ostatním subjektům na trhu a úroveň konkurence (internal competition) mezi „spolčenými“ podniky.

Ve vztahu ke společné politice (stejnému způsobu chování) podniků vůči ostatním subjektům na trhu se ESD postupem času ustálil v názoru, že

*podniky [tvořící kolektivní entitu] musí být schopny přijmout [must be able to adopt] společnou politiku na trhu a jednat [ve smyslu čl. 102 SFEU] do značné míry nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a konečně i na spotřebitelích.*¹⁰⁶

Zároveň však platí, že *není potřeba prokázat, že se všechny tyto podniky ve skutečnosti chovaly podle takové společné politiky za všech okolností.*¹⁰⁷

¹⁰⁴ Toto pojetí konceptu kolektivní dominance umožnilo jeho aplikaci také na *oligopoly*. V podrobnostech srov. níže část 2.3 Oligopoly, oligopolní trhy.

¹⁰⁵ Téměř jeden rok před vydáním rozsudku ESD ve věci Cewal vydal Tribunál své rozhodnutí ve věci Gencor. Posléze uvedený případ pojednával o možném vytvoření duopolního dominantního postavení (kolektivní dominance) podle Nařízení 4064/89 a Tribunál v něm konstatoval, že ekonomické vazby vyžadované mezi podniky mohou jednoduše spočívat ve vazbách vyplývajících z oligopolistické vzájemné závislosti, dané určitými charakteristikami trhu. Jinými slovy, ekonomické vazby mohou také vycházet ze struktury trhu. Rozsudek Tribunálu T-102/96 Gencor, odst. 276.

¹⁰⁶ Srov. rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, odst. 62, nebo rozsudek Tribunálu T-228/97 Irish Sugar, odst. 46.

¹⁰⁷ Rozsudek Tribunálu T-191, 212 až 214/98, Atlantic Container Line, odst. 631.

V dobách dřívějších se totiž dovozovalo, že *k tomu, aby mohlo kolektivní dominantní postavení existovat, musí být dotčené podniky provázány do té míry, že se na trhu chovají [that they adopt] stejně.*¹⁰⁸

O podílu vzájemného soutěžení mezi „spolčenými“ podniky ve vztahu k ostatním subjektům na existenci kolektivního dominantního postavení pak ESD uvážil, že toto postavení ve smyslu čl. 102 SFEU *nevylučuje veškerou soutěž mezi [kolektivně dominantními] podniky a nevyžaduje, aby tyto podniky vystupovaly ve všech aspektech soutěže na relevantním trhu stejně.*¹⁰⁹

Jinými slovy, i mezi podniky, které mají kolektivní dominantní postavení, „určitá“ soutěž probíhat může. ESD tudíž pokračoval v precizaci rozsahu vlivu vzájemné soutěže mezi kolektivně dominantními podniky a vyslovil, že

*nedostatek efektivní soutěže [mezi podniky zajímajícími kolektivní dominantní postavení] je podstatným faktorem [significant factor] mezi těmi, které musí hrát roli ve zjišťování existence kolektivní dominance.*¹¹⁰

V každém případě však platí, že i když v rámci kolektivní entity

*může mezi jednotlivými podniky přetrvávat určitá míra soutěže [a může případně vyloučit kolektivní posuzování postavení podniků na trhu], tak tato okolnost nemá význam pro účely určení, zda je [zároveň] kolektivní postavení dominantním. Dominantní povaha postavení na trhu se [totiž] posuzuje poukázáním na stupeň závislosti ve vztahu ke konkurentům, zákazníkům a dodavatelům, když pouze tyto posledně uvedené faktory vztahující se k externí soutěži musí být vzaty v potaz.*¹¹¹

Z dosud uvedeného je tedy zřejmé, že naplnění znaků konceptu kolektivní dominance uvedených v této dílčí kapitole, zejm. však vnitřní soutěže mezi podniky

¹⁰⁸ Srov. rozsudek ESD C-140, 141 a 142/94 DIP/LIDL, odst. 26.

¹⁰⁹ Srov. rozsudek Tribunálu T-191, 212 až 214/98, Atlantic Container Line, odst. 655.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Srov. rozsudek Tribunálu T-191, 212 až 214/98, Atlantic Container Line, odst. 933 a 1042.

(a v rámci ní co do kritéria účinné soutěže) bude třeba pečlivě přezkoumat v rámci každého případu.

2.1.3 Airtours kritéria

V rámci úvodních výkladů týkajících se konceptu kolektivní dominance¹¹² jsem zmínil, že tento koncept se objevuje jak v souvislosti s judikaturou komunitárních soudů, tak při kontrole spojování podniků Komisí.¹¹³

Jakkoliv otázky spojování podniků nejsou předmětem této práce, považuji ve vztahu ke konceptu kolektivní dominance za nutné uvést alespoň následující.

Přezkoumávajíc spojování podniků v rámci Nařízení 4064/89 přijala Komise celou řadu rozhodnutí, v nichž se princip kolektivní dominance uplatnil.^{114,115}

Zcela zásadní význam pro koncept kolektivní dominance má však rozhodnutí ve věci Airtours,¹¹⁶ kde se Komise zabývala nepřátelským převzetím¹¹⁷ společnosti First Choice společností Airtours, které nakonec zakázala.¹¹⁸

¹¹² Srov. část 2.1 této práce.

¹¹³ Srov. zejm. Nařízení 4064/89.

¹¹⁴ K podrobnému přehledu vývoje opatrného přístupu Komise ke konceptu kolektivního dominantního postavení srov. opět Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 408 až 411.

¹¹⁵ Srov. např. rozhodnutí Komise ze dne 22. 7. 1992 Nestlé/Perrier (IV/M.190), týkající se francouzského trhu s lahvoými minerálními vodami. Jednalo se o první případ projednávaný Komisí poté, co byl ESD přijat koncept kolektivní dominance ve věci Flat Glass (srov. shora). Nebo rozhodnutí Komise ze dne 14. 12. 1993 Kali & Salz (IV/M.308), první případ, kdy se ESD mohl vyslovit ke kolektivní dominanci podle Nařízení 4064/89. Stalo se tak k odvolání proti rozhodnutí Komise o zamýšlené joint venture mezi dvěma společnostmi vyrábějícími potaš. Popř. srov. také rozhodnutí Komise ze dne 24. 4. 1996 ve věci Gencor (IV/M.619), první jednoznačný zákaz povolení spojení podniků na základě kolektivní dominance (týkající se trhu s platinou a rhodiem).

¹¹⁶ Rozhodnutí Komise ze dne 22. 9. 1999 Airtours (IV/M.1524).

¹¹⁷ Nabídka společnosti Airtours byla odmítnuta podílíky společnosti First Choice.

¹¹⁸ Komise zjistila, že spojení by mělo za následek vytvoření dominantního oligopolu/triopolu, který by se skládal z nově vzniknuvší entity a dalších dvou hlavních tour-operátorů na britském trhu souborných služeb pro pobyty v blízkých zahraničních destinacích, společností Thomson a Thomas Cook. Z pohledu Komise by tedy spojení vyústilo ve strukturu trhu, kdy by tito velcí tour-operátoři již nebyli motivováni k soutěži mezi sebou.

Rozhodnutí Komise ve věci Airtours se mělo stát začátkem nové politiky Komise, jejímž cílem byla přísnější kontrola oligopolů. Vedle toho, že to byl první případ, kdy se Komise snažila zabránit vzniku kolektivního dominantního postavení drženého více než dvěma podniky, Komise také přišla se širším pojetím definice kolektivní dominance.¹¹⁹

K odvolání společnosti Airtours Tribunál rozhodnutí Komise zrušil, když ve svém rozhodnutí mimo jiné předložil tři nezbytné podmínky pro to, aby mohlo být vytvořeno kolektivní dominantní postavení.^{120,121} Těmito podmínkami se staly transparentnost (transparency),¹²² systém odvetných opatření (adequate retaliation)¹²³ a absence dostatečné protiváhy (absence of countervailing power).¹²⁴

Než si však tyto podmínky přiblížíme, nemělo by zůstat stranou, že Tribunál nejprve obecně zvažoval koncept dominantního postavení (byť podle Nařízení 4064/89) a dospěl k přesvědčení, že takové postavení může nastat

v případě, kdy vzhledem k totožným vlastnostem relevantního trhu a změně v jeho struktuře [...] by každý člen dominantního oligopolu, vědom si společných zájmů, považoval za možné a hospodářsky rozumné, a tedy i výhodnější, trvale uskutečňovat stejný způsob chování na trhu s cílem prodávat za ceny vyšší než jsou ceny konkurenční, aniž by musel uzavřít smlouvu nebo postupovat ve vzájemné shodě ve smyslu článku [101 SFEU] [...] a aniž by

¹¹⁹ Rozhodnutí Komise ve věci Airtours způsobilo v době svého vydání pro svou kontroverzi značný rozruch. Odborná veřejnost proto dychtivě očekávala, jak v této věci k odvolání společnosti Airtours rozhodne Tribunál.

¹²⁰ Rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, odst. 62.

¹²¹ Tribunál v tomto rozhodnutí potvrdil své předchozí úvahy z rozhodnutí ve věci Gencor (rozsudek Tribunálu T-102/96 Gencor, odst. 163) a také úvahy ESD z rozhodnutí ve věci Kali & Salz (rozsudek ESD C-68/94 a C-30/95 Kali & Salz odst. 221), srov. odst. 59 rozhodnutí.

¹²² Trh musí být dostatečně transparentní k tomu, aby umožnil každému členu oligopolu poznat chování ostatních a přijmout a uplatňovat společnou politiku.

¹²³ Systém odvetných a odrazujících opatření dostatečný k tomu, aby zajistil soudržnost uvnitř dominantního oligopolu.

¹²⁴ Jedná se o absenci (byť potenciální) účinné protiváhy ze strany soutěžitelů a spotřebitelů.

*mohli skuteční nebo potenciální soutěžitelé nebo zákazníci a spotřebitelé účinně reagovat.*¹²⁵

Jinými slovy, Tribunál vyzdvihl potřebnost prokázat, že oligopolisté mohou trvale (lasting basis) uskutečňovat stejný způsob chování (common policy), stejně tak jako jeho hospodářskou rozumnost (economically rational). Proto stanovil ony tři podmínky pro vytvoření kolektivní dominance, které budou předmětem dalšího výkladu.

2.1.3.1 *Transparentnost*

Tribunál konstatoval, že vytvoření kolektivního dominantního postavení usnadňuje *skutečnost, že trh je dostatečně transparentní, aby umožnil každému členovi oligopolu poznat chování ostatních,*¹²⁶ a to *dostatečně přesně a okamžitě.*¹²⁷

V této souvislosti lze doplnit, že postupem času bylo shledáno, že dosud uvedené v žádném případě neznámá, že

*každý člen může v každém okamžiku znát do nejmenších podrobností přesné podmínky každého prodeje uskutečněného ostatními členy oligopolu, ale [vyžadovaná míra transparentnosti] musí jednak umožnit rozpoznat podmínky tiché koordinace a jednak představovat vážné riziko, že odchylující se chování, které by mohlo ohrozit tichou koordinaci, bude odhaleno ostatními členy oligopolu.*¹²⁸

Při vyjadřování se k dostatečné transparentnosti trhu Tribunál zdůraznil, že není dostačující, aby si každý člen dominantního oligopolu byl vědom toho, že vzájemně závislé chování mu může přinést prospěch.¹²⁹ Každý z členů totiž musí být také

¹²⁵ Rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, odst. 61.

¹²⁶ Ibid., odst. 156.

¹²⁷ Ibid., odst. 62.

¹²⁸ Rozsudek Tribunálu T-464/04 IMPALA, odst. 440. Ač byl tento rozsudek zrušen ESD (srov. rozsudek ESD C-413/06P, IMPALA), některé principy v něm vyjádřené zůstaly relevantními.

¹²⁹ Na druhou stranu, ztráty nejsou podstatné. Jak bylo uvedeno v rozhodnutí Komise ze dne 14. 5. 1997 Irish Sugar (IV/34.621, 35.059/F-3).

schopen zjistit, zda ostatní členové oligopolu přijímají stejnou strategii a zda ji dodržují.¹³⁰ Pochopitelně, k tomu je zapotřebí disponovat náležitými prostředky.

Aby byla tichá koordinace, která je charakteristická pro kolektivní dominantní postavení, uskutečnitelná, člen kolektivní entity musí být schopen odhadnout celkovou kapacitu (výroby, prodejů, služeb apod.), o níž rozhodli ostatní členové.

Jinými slovy,

stupeň transparentnosti je důležitý také proto, aby následně umožnil každému členovi oligopolu odhalit změny provedené ostatními [...] v oblasti kapacity [...], odlišit odchylky od jednotného způsobu chování od jednoduchého logického přizpůsobení se proměnlivému vývoji poptávky a nakonec určit, zda je v důsledku toho třeba případné odchylky potrestat.^{131,132}

2.1.3.2 *Systém odvetných opatření*

Druhou nezbytnou podmínkou kolektivní dominance, zmíněnou Tribunálem, je přítomnost odvetných opatření v případě jednání odchylovícího se od společného způsobu chování, která je nezbytná (indispensable) pro to, aby stav tiché koordinace mohl být nějakou dobu zachován.¹³³ Později bylo v rozhodovací praxi Tribunálu dovozeno, že v zásadě postačí

pouhá existence účinných odrazujících mechanismů, jelikož, přizpůsobí-li se členové oligopolu společné politice, není třeba uplatnit sankce – nejúčinnější odrazující prostředek je totiž takový, který nemusí být použit.¹³⁴

¹³⁰ Rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, odst. 62.

¹³¹ Ibid., odst. 159.

¹³² Tribunál usoudil, že okolnosti případu (tj. komplexnost plánovací procedury počtu pobytů, vývoj produktu a jeho propagace a proměnlivost poptávky) byly závažnou překážkou jakéhokoliv pokusu o tichou koordinaci.

¹³³ Rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, odst. 62.

¹³⁴ Rozsudek Tribunálu T-464/04 IMPALA, odst. 466.

Musí zde tedy existovat motivace neodchýlit se od společného jednotného způsobu chování na trhu, když proto, aby

*bylo společné dominantní postavení životaschopné, je třeba dostatek odrazujících faktorů pro zajištění trvalé motivace neodchylovat se od společného způsobu chování, což znamená, že si každý člen dominantního oligopolu musí být vědom toho, že by jeho silně soutěžní jednání s cílem zvýšit jeho tržní podíl vyvolalo stejné jednání ostatních podniků, takže by ze svého podnětu neměl žádnou výhodu.*¹³⁵

Aby odvetná opatření skutečně působila jako odrazující faktory, musí být provedena rychle a účinně, s každou prodlevou na takové účinnosti trati. S tím jsou spojeny také další potřebné atributy odvetných opatření jako jejich důvěryhodnost, přiměřenost, výhodnost nebo vůbec možnost jejich uskutečnění. Je nepochybné, že nebudou-li podniky věřit v to, že odvetných opatření bude použito, jinými slovy, že je musí očekávat, že budou dostatečně tvrdá, že jim přinesou výhody nebo že jsou vůbec realizovatelná, pak jaksi ztrácí na svém významu.¹³⁶ Jinými slovy,

*[m]ožnost odvetných opatření v určitém smyslu zajišťuje dlouhodobou soudržnost členů oligopolu a odrazuje každého z nich odchýlit se od společného chování.*¹³⁷

Tribunál v této souvislosti zdůraznil, že Komise nemusí

nezbytně prokázat existenci určitého „systému odvetných opatření“, více či méně přísného, ale musí v každém případě prokázat, že pro každého člena

¹³⁵ Rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, odst. 62.

¹³⁶ K dalším otázkám důvěryhodnosti a racionality používání odvetných opatření srov. Hladká, L. (2009) a literaturu jí uváděnou.

¹³⁷ Rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, odst. 194.

dominantního oligopolu existují tak odrazující faktory, že nemá zájem se odchýlit od společného chování k újmě ostatních členů oligopolu.^{138,139}

2.1.3.3 Absence dostatečné protiváhy

Konečně ve vztahu ke třetí podmínce kolektivního dominantního postavení, absenci dostatečné protiváhy vykonávané (potenciálními) soutěžiteli a spotřebiteli, Tribunál zdůraznil, že

*Komise [musí] rovněž prokázat, že by předvídatelná reakce skutečných a potenciálních soutěžitelů a spotřebitelů neohrozila výsledky očekávané v důsledku společného způsobu jednání.*¹⁴⁰

Co se dostatečné protiváhy působící ze strany soutěžitelů týče, Tribunál v projednávané věci podtrhl fakt, že nezáleží na tom, jak velcí musí být, ale zda by byli schopni zvýšit kapacitu proto, aby mohli využít příležitosti poskytnuté velkými tour-operátory v případě omezení jejich kapacit (tj. nedostatku produktů, k níž by podle Komise došlo, kdyby povolila spojení).¹⁴¹ K protiváze vykonávané zákazníky či spotřebiteli pak Tribunál dodal, že nestačí tvrdit (jak to učinila Komise), že taková protiváha neexistuje, poněvadž uvedené subjekty jednají izolovaně. Musí být totiž zjištěno, zda by byli zákazníci schopni reagovat na cenu odchodem k menším tour-operátorům nebo změnou druhu pobytu (blízké/vzdálené destinace).¹⁴²

¹³⁸ Rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, odst. 195.

¹³⁹ Tribunál podotkl, že vzhledem k okolnostem případu, založeným na vlastnostech relevantního trhu a způsobu jeho fungování, bylo rychlé a účinné provedení odvetných opatření obtížným. Tribunál proto nakonec odmítl, že by faktory uvedené Komisí mohly být za okolností případu dostatečným impulsem pro členy dominantního oligopolu, aby se neodchýlili od jednotného způsobu chování. Ibid., odst. 197 a 207.

¹⁴⁰ Ibid., odst. 62.

¹⁴¹ Ibid., odst. 214.

¹⁴² Což byl právě projednávaný případ.

2.1.3.4 *Airtours – zlom pro další vývoj aplikační praxe*

Rozhodnutí Tribunálu ve věci *Airtours* nepochybně představuje zlom v dosavadním nahlížení na koncept kolektivní dominance, avšak to neznamená, že by nějak otrásl tím, jak se dosud komunitární soudy v těchto otázkách vyjadřovaly.

Naopak, Tribunál dodal ke konturám závěrů v předešlých projednaných případech patřičný obsah a podtrhl nutnost ekonomického přístupu v otázkách kolektivní dominance. Stalo se tak zřejmým, že do budoucna bude třeba při posuzování kolektivní dominance vycházet z pečlivé ekonomické analýzy případu, podpořené právně dostačujícím způsobem.

Rozhodnutí Tribunálu se dá výstižně označit jako bolestivá porážka pro Komisi (a painful defeat for Commission), jejíž rozhodnutí, v melodramatickém slova smyslu, *nepřežilo kvůli chladnému kovu ekonomické teorie*.¹⁴³

Tribunál totiž Komisi mj. vytýkal, že její důkazy nemohly být podpořeny ekonomickou teorií, a chtěla-li se Komise odchýlit od interpretace charakteristik trhu, jak je podává ekonomická teorie, měla takovou nepoužitelnost ekonomické teorie adekvátně tomu vysvětlit.¹⁴⁴

Ve svém závěrečném hodnocení pak Tribunál shrnul, že rozhodnutí Komise

zdaleka nepodložilo prospektivní analýzu^[145,146] přesvědčivými důkazy, je stíženo celou řadou pochybení v posouzení faktorů důležitých k ohodnocení případného

¹⁴³ Srov. Stroux, S. (2004), str. 216 a násl.

¹⁴⁴ Rozsudek Tribunálu T-342/99 *Airtours*, odst. 147.

¹⁴⁵ Tzv. prospektivní analýza trhu je vlastní posouzení údajného kolektivního dominantního postavení. Tuto analýzu je Komise povinna provést v rámci kontroly spojování podniků, pokud jde o společné dominantní postavení, [a tato analýza] vyžaduje především pozorný přezkum okolností, jež jsou v každém konkrétním případě významné pro posouzení účinků spojení podniků na hospodářskou soutěž na relevantním trhu. Jinými slovy, Komise je povinna ověřit prostřednictvím prospektivní analýzy relevantního trhu, zda by spojení podniků, o kterém rozhoduje, vedlo k situaci, v níž by byla významně narušena účinná hospodářská soutěž na relevantním trhu. Srov. rozsudek ESD C-68/94 a C-30/95 *Kali & Salz*, odst. 59 a 63. Konečně v rámci prospektivní analýzy nelze na kolektivní dominantní postavení nahlížet pouze z hlediska statického k určitému okamžiku, v němž dochází ke spojení podniků a mění se struktura trhu, ale je nutno jej posoudit rovněž z hlediska dynamického, především s ohledem na jeho

*vytvoření společného dominantního postavení. Z toho vyplývá, že Komise zakázala spojení, aniž by právně dostačujícím způsobem prokázala, že by vedlo k vytvoření takového společného dominantního postavení tří hlavních tour-operátorů, jež by mohlo významně narušit účinnou soutěž na relevantním trhu.*¹⁴⁷

Z uvedeného je patrný důraz na odklon od (přehnaně) právního posuzování aspektů kolektivní dominance k ekonomickému, tj. aby bylo při posuzování kritérií zakládajících koncept kolektivní dominance vycházeno z ekonomického pojetí postavení na trhu, náležitě právně prokazaného, což bylo dále potvrzeno v rozhodovací činnosti ESD.¹⁴⁸

Rozhodnutí Tribunálu bylo taktéž přijato odbornou veřejností, protože z velké části potvrdilo námitky, které proti němu vznášela.¹⁴⁹ Přitom nejčastěji kritika přístupu

vnitřní soudržnost, stabilitu a otázku, zda protisoutěžní paralelní chování, k němuž by společné dominantní postavení vedlo, je dlouhodobě udržitelné. Rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, odst. 192.

¹⁴⁶ Pro hodnocení „náchylnosti“ oligopolistických trhů k vytvoření koordinovaných efektů na trhu vytvořila Komise pro účely své rozhodovací činnosti seznam (check list) charakteristik, na kterých je takové hodnocení založeno (jedná se např. o nízkou elasticitu poptávky, homogenitu produktu, podobnou strukturu nákladů, podobné tržní podíly, vysoké bariéry vstupu apod. – srov. přílohu II. směrnice Rady 90/387/EHS ze dne 28. června 1990 o vytvoření vnitřního trhu telekomunikačních služeb zavedením otevřeného přístupu k telekomunikační síti, ÚV L 192, 24. 7. 1990, s. 1). Je zřejmé, že z takového posuzování vyplývá obtížné vyhodnocování předvídatelných reakcí, obzvláště v případech, kdy mají předmětné podniky teprve vytvořit kolektivní dominantní postavení. Tribunál nicméně inklinuje spíše k přísnému prověření toho, zda je prospektivní analýza Komise v souladu s nezbytnými právními standardy (srov. rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, odst. 294). V podrobnostech srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 417.

¹⁴⁷ Rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, odst. 294.

¹⁴⁸ Srov. rozsudek ESD 413/06P IMPALA, odst. 125: „[...] je třeba zabránit mechanickému přístupu, který spočívá v odděleném ověření každého z uvedených kritérií samostatně, aniž by byl zohledněn celkový hospodářský mechanismus hypotetické tiché koordinace“.

¹⁴⁹ Srov. např. Korah, V. (2000), str. 315, kde se uvádí, že [r]ozhodnutí Komise zanechalo stávající praxi zmatenou. Již nikdy nebudeme vědět, na jaké teorii Komise pracuje. Nebo Motta, M. (2000), str. 199, který poznamenal, že [v]e stávajícím rozhodnutí [...] Komise použila koncept kolektivní dominance na průmyslové odvětví, jehož znaky [...] jsou do značné míry odlišné od těch, které charakterizovaly průmyslová odvětví v předcházejících případech posuzování kolektivního dominantního postavení.

Komise směřovala k tomu, že se Komise snažila silou přizpůsobit okolnosti případu svěřací kazajce kolektivní dominance, která mu, jak se nakonec ukázalo, „neseděla“.¹⁵⁰

Konečně, z dosavadního výkladu je také zřejmé, že obecně mělo spojování podniků na vývoj pojmu kolektivní dominance ve smyslu čl. 102 SFEU zvyšující se vliv, až bylo prakticky dosaženo jediného konceptu kolektivní dominance.¹⁵¹ Proto nepřekvapí, že rozhodovací praxe komunitárních soudů v oblasti spojování podniků získala na relevanci také pro posuzování kolektivní dominance dle čl. 102 SFEU. Zavedla-li Airtours kritéria do prostředí práva spojování podniků ekonomický koncept tiché koordinace¹⁵² a byla-li poté potvrzena v rozhodovací činnosti komunitárních soudů jako právní precedent, bylo jen otázkou času, kdy se tichá koordinace začne považovat za prvek prokazující existenci kolektivního dominantního postavení také při aplikaci čl. 102 SFEU. Tento čas se naplnil přijetím rozsudku ESD ve věci IMPALA.¹⁵³

Již před přijetím posledně uvedeného rozhodnutí ESD se objevily názory, že tichou koordinací coby prvek prokazující kolektivní dominantní postavení je možné dovodit z rozsudku ESD ve věci Cewal,¹⁵⁴ kde ESD připustil vedle zvláštních (ekonomických) vazeb i jiné okolnosti, ve smyslu rozhodnutí faktory, které ovlivňují chování podniku na trhu a na základě kterých lze usuzovat o existenci kolektivní dominance, popř. ještě předtím z rozhodnutí Komise ve věci Nestlé/Perrier.¹⁵⁵ Přesto, až do vydání rozhodnutí ve věci IMPALA nebyl v žádném z případů týkajících se možného kolektivního dominantního postavení dle čl. 102 SFEU použit test tiché koordinace coby měřítko pro jeho shledání.

V rozhodnutí ve věci IMPALA totiž ESD potvrdil, že skupina podniků může být shledána kolektivně dominantními před uskutečněním spojení, pokud Komise prokáže, že mezi sebou efektivně vstoupily do tiché koordinace. Krom toho ESD ve svém rozhodnutí označil za právní základ pro tichou koordinaci v předcházejícím (pre-existing) kolektivním dominantním postavení své rozhodnutí ve věci Cewal, jak bylo

¹⁵⁰ Srov. Stroux, S. (2004), str. 225.

¹⁵¹ Srov. Mezzanotte, F. E. (2009), str. 141.

¹⁵² Srov. rozsudek Tribunálu T-342/99 Airtours, zejm. odst. 58 až 63.

¹⁵³ Srov. rozsudek ESD C-413/06 P IMPALA.

¹⁵⁴ Srov. rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, odst. 45.

¹⁵⁵ Srov. rozhodnutí Komise ze dne 22. 7. 1992 Nestlé/Perrier (IV/M.190).

výše zmíněno,¹⁵⁶ a označil shledané prvky tiché koordinace za slučitelné s principy Airtours kritérií, která byla ve věci naplněna.¹⁵⁷

V tomto ohledu by tedy Komise mohla vyšetřovat možné porušení čl. 102 SFEU a spoléhat se přitom na principy tiché koordinace uvedené v rozhodnutí IMPALA. Jaký postoj k uvedené problematice však Komise zaujme, ukáže až její rozhodovací praxe.

2.2 Kolektivní dominance v právu českém

Jak jsem již zmínil v úvodních pasážích této kapitoly věnované konceptu kolektivní dominance, v podmínkách českého zákonodárství se s ním setkáváme teprve za platnosti a účinnosti OHS.¹⁵⁸ Není důvodu pochybovat o tom, že by se ÚOHS za nové právní úpravy odchyloval od chápání kolektivní dominance, jak jsem je podal shora v komunitárním „gardu“. Případy, kdy se ÚHOS zabýval možnými případy zneužití kolektivního dominantního postavení, uvádím ve zvláštní kapitole této práce.¹⁵⁹

Na tomto místě však za zmínku stojí dva případy z oblasti telekomunikačního sektoru (neodůvodněné účtování vyšších cen dvěma dominantními soutěžiteli za volání do sítě dalšího soutěžitele, nového operátora na trhu), kdy se sice ÚOHS myšlenkou kolektivní dominance podniků za platnosti a účinnosti OHS 1991 zabývat nemohl, nicméně se prozatím jedná o jediné dva případy, o kterých je mi známo, že se ke konceptu kolektivní dominance krátce mohl vyjádřit Nejvyšší správní soud¹⁶⁰ a posléze také Ústavní soud.¹⁶¹

Ve vztahu OHS 1991 a konceptu kolektivní dominance nezbylo Nejvyššímu správnímu soudu než konstatovat, že ÚOHS by mohl přistoupit k aplikaci doktríny

¹⁵⁶ Srov. rozsudek ESD C-413/06 P IMPALA, odst. 119.

¹⁵⁷ Ibid., odst. 123 a 124.

¹⁵⁸ OHS 1991 z koncepce kolektivního dominantního postavení a jeho zneužití nevycházel. S koncepcí kolektivní dominance tak ani nemohla pracovat česká právní věda, a to pro její nejasnost. Srov. Bejček, J. (1996), str. 128.

¹⁵⁹ Srov. část 3.2.4.

¹⁶⁰ Rozsudky NSS sp. zn. 2 A 12/2002-OL (Eurotel) a sp. zn. 2 A 13/2002-OL (T-Mobile).

¹⁶¹ Ústavní soud sice ve svém nálezu ÚS sp. zn. II. ÚS 192/05 (Telefónica O2) rozsudek NSS sp. zn. 2 A 12/2002-OL (Eurotel) zrušil, nicméně se ke konceptu kolektivní dominance nijak zvláště nevyjádřil; jeho význam je v této práci zmíněn v jiné souvislosti (srov. např. část 1.3.).

o kolektivním dominantním postavení (jejíž uplatnění by v daném případě bylo příhodné) – kdyby to ovšem OHS 1991 tehdy připouštěl. Konečně pak Nejvyšší správní soud potvrdil, že

*„[z]a nové právní úpravy by se již [ÚOHS] musel vypořádat s tím, zda existuje kolektivní dominantní postavení, tedy zda je dostatečně průhledný trh, na němž tyto soutěžitelé působí, zda tichá kooperace existuje v čase a zda předvídatelné reakce stávajících a budoucích konkurentů a také zákazníků neohrozí výsledky očekávané od společné strategie. [OHS] právě takovýto přístup již umožňuje, avšak dosavadní právní úprava k tomu prostor nedávala“.*¹⁶²

Zároveň však NSS na obranu OHS 1991 jedním dechem uvedl, že

*„[j]estliže nová právní úprava reaguje na pozvolný vývoj v této otázce na půdě EU, neznamena to popření zákonného vymezení postavení dominantního soutěžitele na trhu v předchozím zákoně, ani to, že by snad neměla být jako celek aplikována pro nesoulad s právem EU“.*¹⁶³

Institut kolektivní dominance ovšem nakonec v daném případě nebyl stěžejním pro zjištění postavení obou dominantních soutěžitelů na trhu, protože nebylo

*„vyloučeno, aby v případě, kdy je sledováno jednání namířené proti novému na trh vstupujícímu subjektu, nemohlo dojít ke zneužití dominantního postavení každým členem duopolu jednotlivě, zvláště za situace, kdy lze sledovat reakce druhého velkého konkurenta v relevantním čase a prostoru“.*¹⁶⁴

¹⁶² Srov. rozsudek NSS sp. zn. 2 A 12/2002-OL (Eurotel) nebo sp. zn. 2 A 13/2002-OL (T-Mobile).

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Srov. rozsudek NSS sp. zn. 2 A 12/2002-OL (Eurotel) nebo sp. zn. 2 A 13/2002-OL (T-Mobile).

2.3 *Oligopoly, oligopolní trhy*¹⁶⁵

V závěru kapitoly této práce pojednávající o konceptu kolektivního dominantního postavení bych se rád zastavil u oligopolů, resp. oligopolních trhů.

Jedná se o pojmy, které již byly na jiných místech této práce použity, a podle mého názoru si zasluhují samostatný, byť co do obsahu nijak přemrštěný prostor.

Oligopoly nejsou pojmem nikterak novým.¹⁶⁶ Z literatury se podává, že oligopoly jsou charakterizovány přítomností několika silných hráčů (few strong players) na trhu a vysokou úrovní transparence trhu (high level of transparency), která umožňuje podnikům monitorovat jednání každého z nich a jednostranně přizpůsobovat své jednání jednání jiných podniků (členů oligopolu).¹⁶⁷

Můžeme se také setkat s pojetím oligopolistických průmyslových odvětví jako takových, ve kterých je

*tak velký podíl celkového objemu produkce soustředěn v rukou tak malého počtu relativně velkých společností, že změna objemu produkce jakékoliv z těchto společností zřetelně [discernibly] ovlivní cenu na trhu.*¹⁶⁸

V případě, že oligopol zahrnuje podniky, které disponují přibližně stejnými podíly na trhu a podobným stupněm vertikální integrace,¹⁶⁹ hovoříme o tzv.

¹⁶⁵ Název této kapitoly by se dal také parafrázovat slovy „*Nejistota je největším nepřítelem oligopolu*“, která údajně pronesl soudce Nejvyššího soudu USA A. Kennedy ve věci Brooke Group [(rozsudek Nejvyššího soudu USA Brook Group, 509 U.S. 209 (1993)]. Srov. Stroux, S. (2004), str. 144.

¹⁶⁶ Již v roce 1516 sir Thomas Moore, který poprvé použil pojem oligopol, ve svém díle Utopie poznamenal, že ceny nemusí klesnout na konkurenční úroveň prostě kvůli přítomnosti více než jednoho dodavatele. Srov. Schumpeter, J. (1954).

¹⁶⁷ Srov. Vecchi, T. (2008), str. 385, kde se uvádí, že oligopoly nemusí nezbytně zaujímat na trhu dominantní postavení. Specifická vlastnost oligopolů totiž spočívá v tom, že se jedná o relativně velké hráče na trhu, ač žádný z nich není samostatně dominantním hráčem. Právě pro malý počet hráčů na trhu je si každý z nich vědom toho, jak se chová jiný, a že jejich chování je vztaženo a vzájemně závislé na jednání těchto jiných hráčů na trhu. Tato vzájemná závislost vede členy oligopolu k nalezení jakéhosi ekvilibria, které jim umožní na trhu koexistovat.

¹⁶⁸ Sullivan, A. (1977), str. 331.

symetrickém oligopolu. Je-li oligopol složen z podniků s různými podíly na trhu, tzn. z podniků různé velikosti a finančních zdrojů, jedná se o tzv. asymetrický oligopol.

V každém případě platí, že podíly na trhu musí být spíše konstantní,¹⁷⁰ jelikož jejich fluktuace v čase nebo progresivní pokles by mohly naznačovat určitou úroveň soutěže na trhu.¹⁷¹

Potíž s oligopoly či jejich zrádnost mohou spočívat v tom, že jejich prostřednictvím, tedy zvláštní strukturou trhu samotného, lze tržní sílu vykonávat protisoutěžním způsobem, přičemž taková tržní síla se nemusí opírat ani o dohodu či jednání ve shodě, ani o dominantní postavení na trhu.¹⁷²

Jinými slovy, mohlo by se jednat o protisoutěžní jednání, které uniká ze sevření čl. 101 a 102 SFEU, resp. § 3 odst. 1 a § 11 odst. 1 OHS. Ve svém smyslu se tedy jedná o jistý fenomén, který se stal předmětem zkoumání v celosvětovém rozměru, ve vztahu k evropským zeměpisným šířkám a délkám pak nejen evropské odborné veřejnosti,¹⁷³ ale také komunitárních soudů, Komise a potažmo také ÚOHS.¹⁷⁴

Z rozhodovací činnosti komunitárních soudů a Komise¹⁷⁵ je zřejmá snaha o to, aby na oligopoly mohl být vztažen koncept kolektivní dominance, a tím i jejich jednání mohlo být postihováno v rámci čl. 102 SFEU.

¹⁶⁹ Rozsudek Tribunálu T-342/99 *Airtours*, odst. 105 až 108.

¹⁷⁰ *Ibid.*, odst. 109 až 119.

¹⁷¹ V podrobnostech srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 414.

¹⁷² Konečně ve vztahu k monopolistům lze stručně uvést, že oligopolisté jsou při své volbě jednání na trhu nuceni brát v úvahu jednání svých „bratřů ve zbrani“ (tj. ostatních členů oligopolu), kdežto monopolisté, z povahy věci, se žádné vzájemné interakce účastnit nebudou a ani nemohou.

¹⁷³ Jakkoliv bylo provedeno mnoho ekonomických studií na téma oligopolů, neexistuje pouze jediná teorie oligopolu. Jistého ohlasu získala tzv. teorie hry, která se částečně liší od dřívějších ekonomických poznatků tím, že předpokládá, že každý manažer uskutečňuje svou nejlepší strategii založenou na kvalifikovaném odhadu, resp. posouzení nejlepší strategie protivníka; není to tedy tak, že by se manažeři na oligopolistických trzích pouze pokoušeli vzít do úvahy pravděpodobnou reakci konkurenta. V každém případě je z různých teorií zabývajících se oligopoly zřejmé, že při aplikaci soutěžního práva na oligopoly bude nutné vycházet z pečlivých ekonomických analýz. Blíže srov. Stroux, S. (2004), str. 35.

¹⁷⁴ Např. rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S 16/05 (*Bankovní kartel*), kde se zabýval možnou oligopolistickou strukturou trhu vytvořenou účastníky řízení.

¹⁷⁵ Srov. zejména *Diskusní materiál k dominanci*, ve kterém Komise shrnula pokusy rozšířit pole působnosti konceptu kolektivní dominance také na oligopoly s tím, že by jejich jednání poté mohlo být stíháno jako porušení čl. 102 SFEU. Jak bude v této práci uvedeno ještě na jiném místě (srov. kapitulu

Připomenu tedy některá rozhodnutí komunitárních soudů, která měla představovat menší či větší nakročení ke vztáhnutí konceptu kolektivní dominance také na oligopoly.

Začnu nepochybně rozhodnutím ESD ve věci Cewal.¹⁷⁶ Jak již bylo popsáno shora, v tomto rozhodnutí ESD přichází s tzv. effect-based pojetím konceptu kolektivní dominance. To je chápáno jako rozšíření sféry působení konceptu kolektivní dominance také na členy úzkého oligopolu (tight oligopoly), protože vedle zvláštních (ekonomických) vazeb jsou připuštěny i jiné okolnosti, ve smyslu rozhodnutí faktory, které ovlivňují chování podniku na trhu a na základě kterých lze uvažovat o existenci kolektivní dominance.¹⁷⁷ Struktura (oligopolistického) trhu pak sama o sobě vytváří vztah vzájemného propojení mezi podniky vedoucí k vědomému paralelnímu jednání, v rámci kterého se podniky prezentují nebo chovají jako kolektivní entita.¹⁷⁸

Jak již bylo také zmíněno výše, téměř jeden rok před vydáním rozsudku ESD ve věci Cewal vydal Tribunál své rozhodnutí ve věci Gencor.¹⁷⁹ V něm konstatoval, že ekonomické vazby vyžadované mezi podniky mohou jednoduše spočívat ve vazbách vyplývajících z oligopolistické vzájemné závislosti, dané určitými charakteristikami trhu.

5.), dokument, který nakonec z *Diskusního materiálu k dominanci vzešel*, tzn. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, se kolektivním dominantním postavením vůbec nezabývá (srov. odst. 4 *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*).

¹⁷⁶ Rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P Cewal.

¹⁷⁷ Před vydáním rozhodnutí ve věci Cewal se možnost zjištění kolektivního dominantního postavení na trhu založeného na pouhém paralelním jednání dovozovala z rozhodnutí Komise ve věci Nestlé/Perrier (rozhodnutí Komise ze dne 22. 7. 1992 Nestlé/Perrier (IV/M.190). Nicméně, teprve po vydání rozsudku ESD ve věci IMPALA lze pro účely aplikace čl. 102 SFEU konstatovat, že tichá koordinace prokazuje existenci kolektivního dominantního postavení. Srov. výše rozsudek ESD C-413/06 P IMPALA.

¹⁷⁸ Srov. znovu konstatování ESD ve věci Cewal, který uvedl, že ke zjištění kolektivní dominance *nejsou nezbytnou podmínkou dohody či jiné právní vazby [links in law]; takové zjištění lze totiž učinit na základě jiných spojujících faktorů a bude záležet na ekonomické analýze, zejména na analýze dotčeného trhu*. Ibid., odst. 45.

¹⁷⁹ Rozsudek Tribunálu T-102/96 Gencor.

Tribunál totiž ve svém rozhodnutí deklaroval, že

*z právního nebo hospodářského hlediska neexistuje žádný důvod vyjmout z pojmu „hospodářské vazby“ vztah vzájemné závislosti mezi členy úzkého oligopolu, v jehož rámci na trhu, který má příslušné vlastnosti, zejména pokud jde o koncentraci trhu, transparentnost a homogenitu výrobků, mohou předvídat vzájemné chování a jsou tedy silně motivováni přizpůsobovat své tržní chování tak, aby zejména maximalizovali svůj společný zisk omezením výroby za účelem zvýšení cen.*¹⁸⁰

Jinými slovy, ekonomické vazby mohou také vycházet ze struktury trhu jako takové (a nejen ze smluvních či strukturálních vazeb).

Uvedu-li v této souvislosti, že ve věci Irish Sugar¹⁸¹ bylo shledáno, že kolektivní dominanci lze také najít ve vertikálních vztazích,¹⁸² mj. proto, že

z rozhodovací činnosti komunitárních soudů nevyplývá ničeho, co by podporovalo závěr, že koncept kolektivního dominantního postavení je nepoužitelný ve vztahu ke dvěma či více podnikům ve vertikálním obchodním vztahu, a za předpokladu, že neexistuje mezera v aplikaci čl. [102 SFEU], nemůže být připuštěno, že by měly být podniky ve vertikálním vztahu, aniž by

¹⁸⁰ Ibid., odst. 276.

¹⁸¹ Ve věci Irish Sugar bylo shledáno zneužití kolektivního dominantního postavení, které zaujímal leader na irském trhu výroby cukru (Irish Sugar) s jeho hlavním irským distributorem (Sugar Distributors). Tribunál nejdříve připomněl, že i kdyby byly dvě společnosti považovány za nezávislé, nezabraňovalo by jim to v tom, aby byly společně dominantními. Vazby, požadované ke vzniku kolektivní dominance, byly Komisí shledány v blízkých vztazích mezi členy managementu obou společností, což bylo označeno jako dostačující. Tribunál přitom zdůraznil skutečnost, že společnost Irish Sugar držela ve společnosti Sugar Distributors 51% podíl, polovinu ředitelů společnosti Sugar Distributors představovali zástupci společnosti Irish Sugar, společnosti si mezi sebou rozdělovaly úkoly a mezi společnostmi probíhala společná měsíční setkání. Srov. rozsudek Tribunálu T-228/97 Irish Sugar, odst. 46 až 71.

¹⁸² Do rozhodnutí ve věci Irish Sugar byla diskutována a zjišťována pouze kolektivní dominance držená podniky na téže horizontální úrovni. Do té doby nebylo nikdy zvažováno, zda mohou být kolektivně dominantními také podniky, které jsou navzájem ve vztahu vertikálním (typicky výrobce a jeho distributor).

byly jakkoliv integrovány do té míry, aby tvořily jeden a tentýž podnik, oprávněny zneužívajícím jednáním využívat společné dominantní postavení,^{183,184}

právní možnosti kontrolovat oligopoly se zdá být dosaženo.

Závěrem této kapitoly věnované oligopolům se pozastavím nad historickými okolnostmi či pozadím postupného rozšiřování konceptu kolektivní dominance také na oligopoly.

Z literatury se podává,¹⁸⁵ že koncept kolektivní dominance (a s ním spojené postupné „vybroušení“ právních nástrojů určených k vypořádání se s protisoutěžním chováním oligopolů) byl rozšířen jako důsledek skutečnosti, že do počátku 90. let minulého století byla mohutně podporována konsolidace evropského průmyslu (zejm. ve formě spojování podniků). Tato konsolidace měla sloužit jakožto prostředek k dosažení vpravdě integrovaného evropského trhu a vytvoření velkých podniků schopných konkurovat svým protivníkům na mezinárodním poli.

Tyto okolnosti a vzrůstající důležitost ekonomie v soutěžním právu, která poukazovala na možné škodlivé následky oligopolu, přiměly Komisi a komunitární soudy jednat. Bylo totiž nezbytné na nastalou situaci reagovat. Své úsilí proto zmíněné instituce vložily do rozšíření působnosti stávajících článků SFEU obsahujících pravidla hospodářské soutěže. Plody takového úsilí, tj. prostředek kontroly oligopolistických trhů, přineslo přijetí a následné rozšíření konceptu kolektivní dominance podle čl. 102 SFEU.

3. Koncept zneužívání dominantního postavení

Po úvodních výkladech zaměřených na dovozování existence dominantního či kolektivního dominantního postavení mohu nyní směle přistoupit k popsání samotného

¹⁸³ Ibid., odst. 63.

¹⁸⁴ Co do důležitosti lze však za ještě významější zjištění označit konstatování Tribunálu, že kolektivní dominantní postavení může být zneužito i individuálně (tzn. jedním z kolektivně dominantních podniků). Ibid., odst. 66. Tento poznatek bude rozebrán níže v dílčí kapitole věnované zneužití kolektivního dominantního postavení (srov. část 3.1.8).

¹⁸⁵ Srov. Stroux, S. (2004), str. 109.

neblahého jednání podniků s takovým postavením na hospodářskou soutěž, a sice ke zneužití dominantního postavení.

Jak jsem již dal najevo, evropské ani české soutěžní právo nepostihuje dominantní postavení jako takové (per se),¹⁸⁶ nýbrž pouze jeho zneužití (abuse).

Obdobně jako v předchozích výkladech vyjdu i při výkladu konceptu zneužití dominantního postavení z komunitární úpravy, která se stala vydatným inspiračním zdrojem úpravy tuzemské.

Jednotlivé, typizované podoby zneužití budou poté následovat v navazujících komentářích (srov. kapitolu 6).

3.1 Koncept zneužití dominantního postavení v komunitárním právu

3.1.1 Obecné úvahy

Zkraje této kapitoly bych rád podotkl či připomněl, že jedině na dokonalém fungování konkurence ve Společenstvích jako celku mohl být založen tak náročný tržní systém, kterým vnitřní trh Společenství bezesporu je.

Účelem evropských pravidel hospodářské soutěže¹⁸⁷ tak nemůže být nic jiného než chránit své inner sanctum, svůj vnitřní trh před omezeními ze strany podniků. Jedině obchodních zábran prostý vnitřní trh splňuje maxima faktického vnitřního trhu, založeného jednak na odstranění státních omezení obchodu (cla, kvóty atd.), kterého již bylo v rámci komunitárního trhu dosaženo, a jednak na zabránění podnikům v narušování hospodářské soutěže, jež (disponováno nebezpečným destruktivním potenciálem) je schopno svými účinky odstraněné státní zábrany beze zbytku substituovat.

¹⁸⁶ „I když konstatování existence dominantního postavení samo o sobě neznamená žádnou výtku vůči dotyčnému 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.“ Rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, bod 3 preambule.

¹⁸⁷ Pouze pro pořádek připomínám, že normy upravující hospodářskou soutěž v užším slova smyslu (tj. zakázané dohody a zneužití dominantního postavení) jsou obsaženy především ve SFEU, a to v člancích 101 a 102 (až 105). Základním pramenem sekundárního práva obecné povahy je pak Nařízení 1/2003.

Konečně maximálního stimulu ekonomické činnosti a její efektivity lze docílit na základě působení pouze fair působících tržních sil. Takových sil, které hospodářskou soutěž coby prostředek k dosažení jednoho z hlavních cílů Společenství – podpory harmonického vývoje hospodářského života – nenarušují.

Ochrana popisovaného harmonického vývoje hospodářského života je z pohledu soutěžního práva vybudována na základních pilířích, z nichž velmi podstatným je zákaz zneužívání dominantního postavení.

Aniž bych jakýmkoliv způsobem chtěl předjímat následující poznámky ke konceptu zneužití dominantního postavení, lze dozor nad zneužitím dominantního postavení ve Společenstvích, značně zjednodušeně, stručně a výstižně charakterizovat jako velká očekávání a skromné úspěchy.

Jakkoliv se totiž jeví konstrukce skutkové podstaty zneužití dominantního postavení na první pohled vcelku jednoduchou (mezi adresáty normy patří dominantní podniky, kterým se zakazuje zneužívat jejich výsadního postavení), následnou interpretaci těchto obecných pojmů v konkrétním případě provázejí nemalé obtíže, neboť jak důkaz existence dominantního postavení, tak jeho zneužití nejsou při aplikaci právní úpravy snadno překonatelnou překážkou, včetně obtíží spojených s vymezením relevantního trhu.

Mezi další úskalí pak lze přiřadit i nároky na jednotlivé státy, resp. Komisi seznámit se s reálnými hospodářskými procesy tak, aby mohly nabídnout prostřednictvím svých orgánů to nejlepší řešení ...

Na druhou stranu mohou jak členské státy, tak Komise čerpat z obsáhlého fondu informací, úvah, pouček a pravidel, který byl dosud ze strany jak komunitárních soudů, tak Komise samotné k problematice zneužívání dominantního postavení vytvořen a jehož fundamenty na následujících řádcích osvětlím.

3.1.2 Generální klauzule aneb Základní stavební kameny konceptu zneužívání dominantního postavení

Jak jsem shora již nejednou uvedl, evropské soutěžní právo (stejně tak jako právo české) nepostihuje dominantní postavení per se, tedy jeho vytvoření, zaujímání či posílení, nýbrž pouze jeho zneužití.¹⁸⁸

Dle judikatury je cílem čl. 102 SFEU

*„zakázat podniku v dominantním postavení, aby posílil své postavení použitím jiných prostředků, než které spadají do hospodářské soutěže na základě výkonnosti“.*¹⁸⁹

Článek 102 SFEU zneužívání dominantního postavení nedefinuje (nepodává jeho obecnou definici), přesto je zakazuje,¹⁹⁰ načež také pro názornost demonstrativně vyjmenovává čtyři příklady zneužití dominantního postavení na trhu.¹⁹¹ Nicméně, stále platí, že

*povaha zákazu zneužití dominantního postavení a podmínek, které musí být naplněny k tomu, aby byl aplikován, ve smyslu článku [102 SFEU] nevyhnutelně vyjádřené v obecných pojmech, nejsou nepřesné a není nemožné je předvídat [not imprecise and impossible to foresee].*¹⁹²

¹⁸⁸ Rozsudek Tribunálu T-191 a 212 až 214/98 Atlantic Container Line, odst. 939.

¹⁸⁹ Rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 1070.

¹⁹⁰ „Se společným trhem je neslučitelné, a proto zakázané, pokud to může ovlivnit obchod mezi členskými státy, aby jeden nebo více podniků zneužívaly dominantního postavení na společném trhu nebo jeho podstatné části.“ Srov. čl. 102 SFEU.

¹⁹¹ Jedná se o (i) přímé nebo nepřímé vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek, (ii) omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů, (iii) uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži (diskriminace obchodních partnerů), a (iv) podmiňování uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisejí (tzv. junktimy).

¹⁹² Rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 130.

Lze připomenout, že *zákazy uvedené v čl. [102 SFEU] mají přímý účinek a přiznávají zúčastněným stranám práva, která musí národní soudy zabezpečit.*¹⁹³

Pokud jsem se v předcházejícím odstavci krátce dotkl otázek národních úprav členských států, pak rovněž stručně připojuji, že článek 102 SFEU dopadá na zneužití dominantního postavení, jakkoliv by snad bylo podporováno či umožňováno národní právní úpravou členských států.¹⁹⁴

Článek 102 SFEU se samozřejmě vztahuje jak na zboží, tak služby,¹⁹⁵ nezáleží na tom, zda přitom dominantní podnik vystupuje jako poskytovatel či naopak příjemce služeb.¹⁹⁶

Je třeba mít na paměti, že čl. 82 SES vždy podporoval evropskou integraci, resp. bylo možné na něj nahlížet jako na aplikaci obecných cílů Společenství uvedených zejm. v článku 3 odst. 1 písm. g) SES, tj. *vytvoření systému zajišťujícího, aby na vnitřním trhu nebyla narušována hospodářská soutěž,*¹⁹⁷ kteréžto

vytváří společně s ustanoveními článku 31 odst. 1, druhým pododstavcem článku 34 odst. 2, článkem 81 a článkem 86 [SES] ucelený systém ustanovení, která jsou všechna navržena k tomu zajistit na trhu majícím zvláštní rysy jednotného trhu soutěž, jež je účinná a nenarušená.^{198,199}

¹⁹³ Rozsudek ESD 155/73 Sacchi, odst. 18, 127/73 BRT a SABAM, odst. 16, popř. 66/86 Ahmed Saeed, odst. 32 nebo rozsudek Tribunálu T-51/89 Tetra Pak, odst. 42.

¹⁹⁴ Srov. rozsudky ESD 30/87 Bodson, odst. 24 a 13/77 INNO, odst. 34 a z rozsudků Tribunálu T-228/97 Irish Sugar, odst. 111 a T-128/98 Letiště Paříž, odst. 148.

¹⁹⁵ Rozsudek ESD 22/79 Greenwich Film, odst. 11.

¹⁹⁶ Rozsudek ESD T-219/99 British Airways, odst. 191.

¹⁹⁷ Srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 38, 27/76 United Brands, odst. 63 nebo 322/81 Michelin, odst. 29. Z rozsudků Tribunálu pak např. T-110/95, IECC, odst. 56.

¹⁹⁸ Rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 132.

¹⁹⁹ Jak bylo dosud patrné, vycházím v této práci zásadně z nového číslování SFEU (zavedeného Lisabonskou smlouvou). Popisují-li proto porušení (především) čl. 102 SFEU, pak pro účely zjednodušení tím mám principiálně na mysli i případy, ke kterým došlo před změnami provedenými právě Lisabonskou smlouvou. To však neplatí v případech, kdy bylo nutné použít „starého“ číslování, a to zejm. proto, že do stávajícího znění SFEU nebyla zcela či vůbec převzata ustanovení původních smluv. Jedná se zejm. o nově formulovaný čl. 3 odst. 3 SFEU, který nepřevzal dikci čl. 3 odst. 1 písm. g) SES (tzn., že Společenství vytvoří *systém zajišťující, aby na vnitřním trhu nebyla narušována hospodářská soutěž*).

V tomto ohledu je ještě možné připojit, že

„[č]lánek 82 [SES] se vztahuje nejen na jednání, která mohou způsobit přímou újmu spotřebitelům, ale rovněž na taková jednání, která jim způsobují újmu prostřednictvím ohrožení struktury účinné hospodářské soutěže zmíněné v čl. 3 odst. 1 písm. g) [SES]. Z toho 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. 82 druhého pododstavce písm. b) [SES], ale postačí ověřit, zda mělo účinek omezující hospodářskou soutěž“.^{200,201}

K otázce nutnosti prokazování míry vyloučení hospodářské soutěže na trhu k tomu, aby mohl být čl. 102 SFEU aplikován, a načasování zásahu Komise Tribunál uvedl, že

*„[n]ení nezbytné prokázat vyloučení veškeré hospodářské soutěže na trhu. Pro účely prokázání porušení článku [102 SFEU] je totiž třeba, aby dotčené [jednání] představovalo riziko vyloučení veškeré účinné hospodářské soutěže na trhu nebo aby takovou soutěž mohlo vyloučit. V tomto ohledu je třeba upřesnit, že skutečnost, že soutěžitelé podniku, který má dominantní postavení, nadále okrajově zůstávají v určitých „koutech“ trhu, nemůže postačovat k závěru, že taková hospodářská soutěž existuje“.*²⁰²

příčemž

Tento nedostatek by měl být napraven teprve novým Protokolem 27. K možným dopadům ne zcela totožného znění cit. článků smluv na postavení ochrany hospodářské soutěže ve Společenství srov. např. Petr, M. a kol. (2010), str. 16.

²⁰⁰ Rozsudek ESD C-95/04 P British Airways, bod 2 preambule.

²⁰¹ K formulaci citace srov. shora učiněnou poznámku o Lisabonské smlouvě.

²⁰² Rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 563. Takové riziko vyloučení veškeré účinné hospodářské soutěže pak musí být prokázáno Komisí. Ibid., odst. 564.

*„[p]ro účely použití čl. [102 SFEU] jsou [...] výrazy „představuje riziko vyloučení hospodářské soutěže“ a „může vyloučit veškerou hospodářskou soutěž“ nerozdílně používány soudem Společenství za účelem vyjádření stejné myšlenky, tedy že se článek [102 SFEU] nepoužije až od okamžiku, ve kterém již neexistuje, nebo již téměř neexistuje hospodářská soutěž na trhu. Pokud by Komise musela čekat až do doby, kdy budou soutěžitelé vyloučeni z trhu nebo kdy takové vyloučení bude dostatečně bezprostřední, předtím než by mohla zasáhnout na základě tohoto ustanovení, bylo by to zjevně v rozporu s jeho cílem, kterým je chránit nenarušenou hospodářskou soutěž na společném trhu, a zejména chránit dosud existující hospodářskou soutěž na relevantním trhu“.*²⁰³

Analýzou článku 102 SFEU pak dospívám k závěru, že k tomu, aby bylo možné jej na jednání podniků aplikovat, je zapotřebí zjistit přítomnost tří základních prvků – (i) existenci dominantního postavení na společném trhu či jeho podstatné části,²⁰⁴ (ii) jež podnik zneužil, (iii) čímž mohl být narušen obchod mezi členskými státy.

Principem skrývajícím se za zákazem zneužití dominantního postavení je zvláštní odpovědnost podniků zaujímajících dominantní postavení (special responsibility)²⁰⁵ nezasahovat svým jednáním do efektivní a nenarušené hospodářské soutěže na společném trhu, tj. nenarušit, případně nevyloučit soutěž na relevantním trhu.²⁰⁶ Proto lze dominantním podnikům zakázat jednání, které by bylo u ostatních soutěžitelů považováno za nezávadné.²⁰⁷ Z povahy článku 102 SFEU totiž vyplývá, 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

²⁰³ Ibid., odst. 561.

²⁰⁴ O dominantní postavení na podstatné části společného trhu se může jednat v případech, kdy se dominantní postavení vztahuje k celému území jednoho ze členských států. Srov. rozsudek ESD C-52/07 Kanal 5 a TV 4, odst. 22.

²⁰⁵ Tudíž nelze na koncept zneužití nahlížet jako na „penalizaci“ dominantních podniků za kvalitu jejich výrobků či služeb, které mohly přispět k dosažení dominantního postavení.

²⁰⁶ Rozsudek ESD 322/81 Michelin, odst. 57.

²⁰⁷ Rozsudek Tribunálu T-111/96 ITT Promedia, odst. 139.

*„který by ani nebylo možno uložit sankci, pokud by se jednalo o chování nebo jednání podniků, které nejsou v dominantním postavení“.*²⁰⁸

Vymezení pojmu zneužití, jak se již po mnoho desítek let traduje od rozhodnutí k rozhodnutí, se podává z rozsudku ESD ve věci Hoffmann-La Roche jako

*„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 ještě na trhu existuje, nebo rozvoji této hospodářské soutěže“.*²⁰⁹

Jinými slovy, úmysl způsobit újmu nemusí být k porušení čl. 102 SFEU prokázán, protože koncept zneužití dominantního postavení je konceptem objektivním, když nezáleží na zavinění²¹⁰ a na prostředcích, jimiž bylo uskutečněno, nebo na tom, zda bylo zneužitím dosaženo výsledku zamýšleného dominantním podnikem či

²⁰⁸ Rozsudek Tribunálu T-340/03 France Telecom, odst. 186.

²⁰⁹ Srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 91. Jedná se, z dnešního pohledu, o staříčkový případ obří švýcarské farmaceutické společnosti, zneužívající své dominantní postavení na trhu s vitamíny prostřednictvím věrnostních rabatů poskytovaných 22 největším odběratelům, což představovalo čtvrtinu její celkové dodávky. Na uvedený koncept zneužití bylo poté mnohokrát odkázáno, z novějších rozhodnutí Tribunálu uvádím např. T-155/04 SELEX, odst. 107 (potvrzeno rozsudkem ESD C-113/07 P SELEX).

²¹⁰ Nicméně, otázka úmyslu se může stát relevantní při zjišťování toho, na straně jedné, zda je určité jednání (jako např. odmítnutí dodávek nebo uplatňování nízkých cen) protiprávním, protože je založeno na vylučovací strategii, nebo na straně druhé, zda je takové jednání založeno na ospravedlnitelné obchodní strategii. Srov. níže část 3.1.6 Koncept objective justification a přiměřenosti. Otázka úmyslu se pochopitelně projeví při stanovování pokuty za porušení čl. 102 SFEU Komisí.

nikoliv.²¹¹ Konečně nezáleží ani na tom, zda bylo zamýšleno narušení hospodářské soutěže na trhu, kde nebyl dominantní podnik přítomen.²¹²

Uvedené ovšem také znamená, že i kdyby byly příslušné smlouvy

*„uzavřeny na žádost smluvních partnerů podniku, který zaujímá dominantní postavení, nemůže tato skutečnost vyloučit kvalifikaci takového jednání jako zneužití ve smyslu článku [102 SFEU]“.*²¹³

Také není nezbytné prokázat specifický účinek zakázaných praktik,²¹⁴ resp.

*„[p]ro účely uplatnění článku [102 SFEU] může být prokázání protisoutěžního účelu a účinku případně považováno za 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“.*²¹⁵

Jelikož procesním otázkám řízení vedeného Komisí tato práce věnována není, k prokazování porušení čl. 102 SFEU Komisí pouze stručně shrnuji, že

*„[i] když důkazní břemeno prokázat existenci okolností představujících porušení článku [102 SFEU] nese Komise, přísluší nicméně dotčenému podniku v dominantním postavení, a nikoliv 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“.*²¹⁶

²¹¹ Rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, odst. 149 a rozsudek Tribunálu T-203/01 Michelin II, odst. 245.

²¹² Rozsudek Tribunálu T-128/98 Letiště Paříž, odst. 173.

²¹³ Usnesení ESD C-552/03 P Unilever Bestfoods, odst. 129.

²¹⁴ Rozsudek Tribunálu T-203/01 Michelin II, odst. 258.

²¹⁵ Srov. rozsudek Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 195.

²¹⁶ Rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 688.

3.1.3 Obecně nad jednotlivými skutkovými podstatami zneužití

Výčet skutkových podstat zneužití dominantního postavení zakotvený v čl. 102 SFEU není vyčerpávající, jinak řečeno „výčet zneužívajících jednání obsažený v tomto ustanovení taxativně nevymezuje způsoby zneužití dominantního postavení zakázané [SFEU]“.²¹⁷

Jejich povaha vedla mnoho komentátorů na toto téma k závěru, že při přípravě článku 102 SFEU nepanovalo znepokojení nad monopolizujícími (vylučovacími) praktikami, ale nad přímým zneužitím tržní moci (vykořisťovací praktiky).²¹⁸

V raných epochách SFEU se proto aplikace čl. 102 SFEU koncentrovala na vykořisťovací praktiky uvedené demonstrativním výčtem v čl. 102 SFEU, nicméně postupem času bylo potvrzeno, že výčet skutkových podstat není uzavřený a může se týkat právě oněch vylučovacích praktik. Pochopitelně to souviselo s aplikační praxí Komise a rozpínání její působnosti, když právě Komise zaujala stanovisko, že článek 102 SFEU by se měl vztahovat také na praktiky dominantních podniků, jež budou mít za výsledek snížení úrovně soutěžního prostředí, typicky v důsledku fúzí či predátorského snižování cen (charakteristického to projevu vylučovacích praktik).²¹⁹

K tomu ESD ve věci Continental Can uvedl, že zákaz zneužití

*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 [effective competition structure] tak, jak je uvedeno v čl. 3 písm. [g] [SES].*²²⁰

²¹⁷ Ibid., odst. 860.

²¹⁸ Srov. Stroux, S. (2004), str. 87 a odkazy tam uvedené.

²¹⁹ V podrobnostech srov. str. 88 ibid.

²²⁰ Rozsudek ESD 6/72 Continental Can, odst. 26. K formulaci srov. poznámku učiněnou shora stran Lisabonské smlouvy.

Z čehož 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“.*²²¹

Mezi dalšími případy potvrzujícími pouhou demonstrativnost výčtu příkladů zneužití dominantního postavení uvedených v článku 102 SFEU figurují např. rozsudky ESD ve věcech (i) Tetra Pak II, kde se ESD také zabýval výkladem článku 102 písm. d) SFEU a konstatoval, že i pokud by nebyly naplněny znaky konkrétní skutkové podstaty, výčet skutkových podstat v článku uvedený není úplný, a prodej dvou výrobků společně může přesto představovat zneužití dominantního postavení, není-li objektivně ospravedlněn,²²² (ii) British Airways, ve kterém ESD uvedl, že

*„slevy a prémie poskytnuté podniky v dominantním postavení mohou být rovněž v rozporu s článkem [102 SFEU], i když neodpovídají žádnému z příkladů uvedených ve druhém pododstavci tohoto článku“.*²²³

a konečně též (iii) rozsudek Tribunálu ve věci Microsoft (potvrzující v tomto ohledu závěry rozhodnutí ve věci Tetra Pak II), kde Tribunál dovodil, že

*„vázaný prodej uskutečňovaný podnikem v dominantním postavení může porušovat článek [102 SFEU], i když neodpovídá příkladu uvedenému v čl. [102] druhém pododstavci písm. d) [SFEU]“.*²²⁴

Jak již bylo tedy shora naznačeno, článek 102 SFEU se aplikuje na (i) jednání dominantního podniku, který zneužívá svou tržní sílu k eliminaci ostatních

²²¹ Rozsudek ESD C-94/05 P British Airways, odst. 107.

²²² Srov. rozsudek ESD C-333/94 P Tetra Pak II, odst. 37.

²²³ Rozsudek ESD C-95/04 P British Airways, odst. 58.

²²⁴ Rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 861.

podniků nebo omezení, popř. narušení jejich aktivit, např. tím, že jim odmítá poskytovat dodávky, uplatňuje predátorské ceny, praktikuje vázané a spojené prodeje nebo zavazuje k výhradním odběrům či poskytuje nedovolené rabaty (monopolistické, predátorské či vylučovací praktiky),²²⁵ a také na (ii) jednání dominanty, které zahrnuje využití jeho tržní síly v obchodních vztazích s dodavateli či zákazníky k tomu, aby jim způsobil újmu, např. tím, že bude uplatňovat nepřiměřené ceny a podmínky, čímž bude ze svého jednání získávat nepřiměřené zisky nebo jiné výhody (vykořisťovací praktiky).²²⁶

Pochopitelně, členění na vylučovací a vykořisťovací praktiky není „vodotěsné“, v praxi se totiž mohou překrývat.²²⁷ Tak může docházet k tomu, že vykořisťovací praktiky mohou být pouze prostředkem k praktikám vylučovacím. Např. selektivní používání nepřiměřených cen nebo rabatů může být diskriminací mířící na eliminaci soutěžitele,²²⁸ věrnostní rabaty jsou navrhovány k tomu, aby ovlivnily přístup na trh u ostatních soutěžitelů,²²⁹ a vázání je ze své podstaty hlavně vylučovací praktikou.²³⁰

Koncept zneužití podaný ve věci Hoffmann-La Roche je však příhodnější pro vylučovací praktiky než pro praktiky vykořisťovací.²³¹

²²⁵ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* (kapitola 5. této práce).

²²⁶ K vylučovacím či vykořisťovacím praktikám srov. kapitulu 6. Již teď je však možné předeslat, že v praxi se vyskytlo mnohem více případů vylučovacích praktik než vykořisťovacích. Tuto dvojici dle literatury ještě doprovází tzv. strukturální praktiky (structural abuse) coby radikální forma praktik vylučovacích spočívající v eliminaci konkurenta fúzí nebo akvizicí [Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 420 a 421].

²²⁷ Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 419.

²²⁸ Rozsudek Tribunálu T-228/97 *Irish Sugar*, odst. 224.

²²⁹ Rozsudek ESD 40/73 *Suiker Unie*, odst. 523 až 527.

²³⁰ Rozsudek ESD C-333/94 P *Tetra Pak II*, odst. 34 až 37.

²³¹ Je zřejmě dílem ironie, že tato definice konceptu zneužití dominantního postavení, ač nejčastěji citována, téměř úplně přehlíží skutečnost, že vykořisťovací praktiky, které byly historicky hlavním předmětem čl. 102 SFEU, jsou také pokryty tímto článkem. Srov. Van Bael & Bellis (2005), str. 905.

3.1.4 Vazba mezi dominantním postavením a jeho zneužitím

Shora jsem popsal, že základním stavebním kamenem konceptu zneužití dominantního postavení dle čl. 102 SFEU je mj. samotná existence dominantního postavení.

Aplikace čl. 102 SFEU ovšem také předpokládá existenci vazby²³² mezi dominantním postavením a jeho zneužitím,²³³ byť ne nezbytně příčinné souvislosti, která je bez významu (is of no consequence).²³⁴ Zneužití dominantního postavení však musí vyvolat účinky na „dominantním“ trhu, popř. za výjimečných podmínek i trhu jiném, jak bude za chvíli uvedeno.

Z toho se v literatuře dovozuje,²³⁵ že dominantní podnik se může dopustit zneužití svého postavení, aniž by přitom využíval tržní sílu, která mu takové postavení propůjčuje, ale i praktikováním běžných obchodních postupů, po nichž obvykle sahají ostatní, „nedominantní“ podniky.²³⁶ Uvádí se to na příkladu nepřiměřených cen, které

²³² Přesto se v literatuře vyskytují názory, že takové vazby není třeba. Srov. Niels, G., Jenkins, H. (2005), str. 609. Tyto názory odůvodněně vycházejí z rozsudku ESD ve věci Hoffmann-La Roche, ze kterého se podává, že ze zneužití nevyplývá, že dominantní postavení je prostředkem, kterým bylo zneužití dominantního postavení dosaženo (srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 91). Přesto, judikatura od té doby urazila notný kus cesty a lze z ní dovodit, že odkazovaný soudní názor byl již překonán. Srov. rozsudek ESD C-333/94 P Tetra Pak II, odst. 27, který byl dále potvrzen rozsudkem Tribunálu T-228/97 Irish Sugar, odst. 167 a T-219/99 British Airways, odst. 127, jak bude následně rozebráno.

²³³ Rozsudek ESD C-333/94 P Tetra Pak II, odst. 27.

²³⁴ Rozsudek ESD 6/72 Continental Can, odst. 27.

²³⁵ Srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 423.

²³⁶ Samozřejmě za předpokladu, že tím může ovlivnit obchod mezi členskými státy ve smyslu čl. 102 SFEU. Tuto konstataci je třeba chápat ve smyslu rozsudku ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 91 a 120. ESD tento závěr vyslovil v situaci, kdy smluvním partnerem společnosti Hoffmann-La Roche byla také společnost Unilever, slovy ESD, mocný podnik (powerful undertaking). Tudíž bylo zjevné, že uzavřená smlouva nebyla výsledkem tlaku vyvinutého společností Hoffmann-La Roche na tohoto smluvního partnera. Dominantní podnik tedy nemusel využít svou tržní sílu, aby „donutil“ svého partnera k uzavření smlouvy. Zneužití dominantního postavení bylo dovozeno z povahy takové smlouvy, která obsahovala závazek výhradního odběru od společnosti Hoffmann-La Roche za situace, kdy byla úroveň hospodářské soutěže na trhu v důsledku přítomnosti dominantního podniku již oslabena. ESD v tomto duchu uzavřel, že taková smlouva by byla jedině přípustná v kontextu a za splnění podmínek uvedených

sice mohou být z pohledu dominantního podniku snadněji praktikovány, stejně tak ale mohou takové praktiky používat jiné podniky, když v jejich podání se jedná o běžný prostředek soutěžení (nabídnout nižší ceny než konkurent a získat podíl na trhu). Stále však platí, že takové jednání může být označeno za zneužití dominantního postavení jen tehdy, pokud bude mít za účinek podstatné omezení či narušení soutěže na relevantním trhu. Na dosud popsané nemá být nahlíženo jako na penalizaci dominantního podniku za kvalitu jeho výrobků, nýbrž je přičítáno zvláštní odpovědnosti, kterou má.

Navážu-li na předcházející myšlenku, trh, na kterém se dominantní podnik dopustil zneužití svého postavení, nemusí být identický s trhem, na kterém je takové dominantní postavení zaujímáno.

Předpokládaná vazba mezi dominantním postavením a tvrzeným zneužitím dominantního byla nalezena v případech, kdy zneužití mělo účinky na trzích odlišných od dominantního trhu.²³⁷ Ve věci *British Airways*, například, Tribunál poznamenal, že zneužití dominantního postavení spáchané na dominantním trhu s produktem, které má účinek na odděleném trhu (*separated market*), na němž podnik není podnikem dominantním, může spadat pod čl. 102 SFEU za předpokladu, že oddělený trh je dostatečně těsně spojen s prvním.²³⁸

Naopak, požadovaná vazba mezi dominantním postavením a tvrzeným zakázaným jednáním není běžně přítomná (*is normally not present*) v případech, kdy jednání na druhém trhu, odlišném od dominantního, vyvolává účinek na tomto druhém, nedominantním trhu.²³⁹ Ve věci *Tetra Pak II* nicméně ESD dovodil, že jednání na nedominantním trhu, které má účinky na nedominantním trhu, lze dát na roveň zneužití za předpokladu, že (i) nedominantní trh má blízké přidružovací vazby (*associated links*) k dominantnímu trhu a (ii) zvláštní okolnosti (*special circumstances*) odůvodňují použití čl. 102 SFEU.^{240,241}

v čl. 101 odst. 3 SFEU, nicméně žádná ze stran nepovažovala za nutné tuto příležitost (tohoto ustanovení) využít.

²³⁷ Např. rozsudek ESD 6/73 a 7/73 *Commercial Solvents*, odst. 21 a 22.

²³⁸ Rozsudek Tribunálu T-219/99 *British Airways*, odst. 127.

²³⁹ Rozsudek ESD C-333/94 P *Tetra Pak II*, odst. 27.

²⁴⁰ Rozsudek ESD C-333/94 P *Tetra Pak II*, odst. 27.

²⁴¹ ESD se tak přiklonil k extenzivnímu vymezení pojmu zneužívání, jak jej začala praktikovat Komise. Srov. rozhodnutí Komise ze dne 14. 7. 1999 *British Airways* (IV/D-2/34.780).

3.1.5 Vztah mezi čl. 101 a čl. 102 SFEU

Porovnáním znění čl. 101 a 102 SFEU lze dojít ke zjištění, že uvedené články se na první pohled liší v několika ohledech.

Jednak, jakkoliv čl. 101 SFEU předpokládá dohodu, rozhodnutí či jednání ve vzájemné shodě mezi dvěma nezávislými stranami, (už) jedna strana jednající samostatně může porušit čl. 102 SFEU zneužitím dominantního postavení. Přesto, díky čl. 102 SFEU připouští aplikaci tohoto ustanovení na vzájemně závislé jednání více než jedné strany.

Dále, na rozdíl od čl. 101 SFEU článek na něj navazující výslovně nekonstatuje, že by se měl vztahovat na jednání, jejichž cílem nebo výsledkem je vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na společném trhu.²⁴²

Nicméně, Tribunál již ve věci Michelin II uvedl, že zjištění protisoutěžního cíle a protisoutěžního výsledku jsou jedna a táž věc.²⁴³ A situaci lze dokreslit konstatováním téhož soudu ve věci British Airways, kde bylo judikováno, že

„ke zjištění porušení článku [102 SFEU] není nutné prokázat, že posuzované zneužití má konkrétní účinek na dotčených trzích, jelikož stačí důkaz o tom, že zneužívající jednání směřuje k omezení hospodářské soutěže.“²⁴⁴

Konečně, čl. 102 SFEU na rozdíl od čl. 101 SFEU neobsahuje žádné ustanovení o výjimce, na základě kterého by bylo možné na jinak zakázané zneužití dominantního postavení nahlížet jako na jednání, na něž by se takový zákaz nevztahoval.²⁴⁵ Ostatně z ustálené rozhodovací praxe komunitárních soudů se podává, že ve vztahu ke zneužití dominantního postavení nemůže být povolena žádná výjimka jakéhokoliv druhu.²⁴⁶

²⁴² Srov. čl. 101 odst. 1 SFEU.

²⁴³ Rozsudek Tribunálu T-203/01 Michelin II, odst. 239.

²⁴⁴ Rozsudek Tribunálu T-219/99 British Airways, odst. 293.

²⁴⁵ Ať už prostřednictvím blokové výjimky či podle čl. 101 odst. 3 SFEU pro dohody, které jsou ve výsledku prosoutěžní.

²⁴⁶ Srov. rozsudky ESD 66/86 Ahmed Saeed, odst. 32 a z rozsudků Tribunálu T-51/89 Tetra Pak, odst. 25 a T-191 a 212 až 214/98 Atlantic Container Line, odst. 1110. Hovoří-li se dále v této části o „výjimkách“ z aplikace čl. 102 SFEU, pak se samozřejmě nejedná o jakkoliv institucionalizované výjimky z čl. 102

Jak jsem shora osvětlil, podnik dopouštějící se zneužití tedy nemůže těžit ze žádné, SFEU v čl. 102 připuštěné, výjimky. Navíc se však nemůže zbavit své odpovědnosti za porušení čl. 102 SFEU ani v případě, že se bude po právu výjimky plynoucí z čl. 101 SFEU dovolávat.

Připouští se totiž paralelní aplikace²⁴⁷ obou uvedených článků SFEU, protože

*existence dominantního postavení nemůže být vyloučena skutečností, že podnik, který zaujímá dominantní postavení, formálně uzavřel dohodu, jejímž předmětem je společné určování tarifů, a proto spadá do působnosti zákazu omezujících dohod,*²⁴⁸

tudíž Komise může protiprávní jednání podniků stíhat jak podle jednoho z nich, tak i obou dohromady, na stejný skutkový základ.²⁴⁹

V této souvislosti srov. také usnesení ESD ve věci Unilever Bestfoods, kde soud konstatoval,

*„[...] že i když byly [zakázané] smlouvy uzavřeny na žádost smluvních partnerů podniku, který zaujímá dominantní postavení, nemůže tato skutečnost vyloučit kvalifikaci takového jednání jako zneužití ve smyslu článku [102 SFEU]“.*²⁵⁰

Jakkoliv však může být základem porušení čl. 102 SFEU jednání dominantního podniku vykazující známky dohody, která je vyjmuta ze zákazu podle čl. 101 SFEU, dominantní podnik přesto může být shledán narušitelem čl. 102 SFEU, neboť udělení výjimky podle článku [101 odst. 3] nezabraňuje aplikaci článku [102 SFEU].²⁵¹

SFEU, nýbrž koncepty či okolnosti případu, které venkoncem vyústily v situaci, kdy čl. 102 SFEU buďto nebyl aplikován vůbec, či se uvedené promítlo ve výši uložené pokuty. V tomto duchu srov. též Komisi zaváděnou úpravu efficiencies v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* (kapitola 5).

²⁴⁷ Tzn. případy, kdy je jednáním podniků zasaženo jak do čl. 101, tak do čl. 102 SFEU.

²⁴⁸ Rozsudek Tribunálu T-229/94 Deutsche Bahn, odst. 79.

²⁴⁹ Rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 116.

²⁵⁰ Usnesení ESD C-552/03 P Unilever Bestfoods, odst. 129.

²⁵¹ Rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, odst. 130.

Totéž platí pro požívání výhody plynoucích z blokové výjimky, když

*přípustnost aplikace článku [102 SFEU] na dohodu, na kterou se vztahuje bloková výjimka, je potvrzena analýzou schématu nařízení upravujících blokové výjimky.*²⁵²

Jakkoliv se snad může zdát, že paralelní aplikace čl. 101 a 102 SFEU se jaksí rozumí sama sebou, opak je pravdou.²⁵³

Z prvotních rozsudků ESD se naopak jeví, že paralelní aplikace obou uvedených článků SFEU na totéž jednání podniků je vyloučena.

V již zmiňovaném rozhodnutí ve věci Continental Can totiž vyslovil, že

článek [101 SFEU] se zabývá dohodami mezi podniky, rozhodnutími sdružení podniků a jednání ve shodě, zatímco článek [102 SFEU] se zabývá jednostranným jednáním,

*načež uzavřel, že oba články usilují o dosažení týchž cílů na různých úrovních.*²⁵⁴

Popsaná myšlenka rozdílu mezi úrovněmi aplikace zmiňovaných článků SFEU byla poté potvrzena v následujících rozhodnutích ESD, když se k ní ESD znovu přihlásil např. v rozsudku ve věci Züchner, kde bylo konstatováno, že

*článek [102 SFEU] pojednává o zneužití dominantního postavení a necílí na existenci jednání ve shodě, na která se výlučně použijí ustanovení článku [101 SFEU].*²⁵⁵

²⁵² Srov. rozsudek Tribunálu T-51/89 Tetra Pak, odst. 30.

²⁵³ V této souvislosti srov. zejm. Stroux, S. (2004), str. 110 a 111.

²⁵⁴ Rozsudek ESD 6/72 Continental Can, odst. 25.

²⁵⁵ Rozsudek ESD 172/80 Züchner, odst. 10. V této souvislosti srov. též rozsudek ESD 247/86 Alsattel, odst. 20.

Dosavadní odmítavý postoj ESD k paralelní aplikaci článků 101 a 102 SFEU se zmínil teprve v jeho rozhodnutí ve věci Ahmed Saeed, kde ESD připustil, že možnost, že mohou být aplikovány oba články [101 a 102 SFEU], nemůže být vyloučena, přičemž článek 102 SFEU mohl být aplikován, za určitých podmínek, na dohodu mezi podniky (tzn. pouze v případech, kdy se dominantnímu podniku podařilo vnutit svou cenovou politiku svým konkurentům, kteří dominantní postavení nezastávali).²⁵⁶

Konečně, přípustnost paralelní aplikace článků 101 a 102 SFEU znovu zdůraznil Tribunál v rozhodnutí ve věci Tetra Pak.²⁵⁷ V tomto rozhodnutí Tribunál navázal na myšlenkový posun ESD v nahlížení na možnost paralelní aplikace obou článků SFEU, který potvrdil s tím, že je třeba na ně nahlížet jako na komplementární ustanovení, poněvadž sledují společný obecný cíl vyjádřený v článku 3 odst. 1 písm. g) [SES],²⁵⁸ přitom ale zdůraznil, že představují dva nezávislé právní nástroje popisující různé situace.²⁵⁹

Ve stejném duchu pak navázal ESD v rozsudku ve věci *Cewal*, kde shrnul, že

z dikce článků [101 odst. 1 písm. a), b), d) a e)] a [102 písm. a) až d)] [SFEU] [je] zřejmé, že totéž jednání může být porušením obou [uvedených] ustanovení. Paralelní aplikace článků [101] a [102] [SES] proto nemůže být a priori vyloučena. Nicméně, cíle sledované každým z oněch ustanovení musí být rozlišovány.^{260,261}

²⁵⁶ Rozsudek ESD 66/86 Ahmed Saeed, odst. 37 a 46.

²⁵⁷ Rozsudek Tribunálu T-51/89 Tetra Pak.

²⁵⁸ Ibid., odst. 22. K formulaci této citace srov. poznámku zabývající se *Lisabonskou smlouvou*.

²⁵⁹ Rozsudek Tribunálu T-51/89 Tetra Pak. Tím se Tribunál přihlásil k rozsudku ESD ve věci *Continental Can*. Srov. shora.

²⁶⁰ Srov. Rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P *Cewal*, odst. 33. Cíle, ve kterých se oba články liší, byly vylíčeny takto: článek 101 se vztahuje na dohody, rozhodnutí a jednání ve shodě bez ohledu na postavení podniků na trhu, kdežto článek 102 SFEU popisuje zneužití pozice ekonomické síly. Ibid., odst. 34.

²⁶¹ Jak uvádí Stroux, S. (2004), na str. 113, ačkoliv článek 102 SFEU neobsahuje ekvivalent článku 101 odst. 1 písm. c) SFEU (tj. rozdělení trhů nebo zdrojů zásobování), přesto by takové jednání mohlo představovat zneužití kolektivního dominantního postavení podle článku 102 SFEU. Tím by tedy bylo možné rozšířit zjištění ESD v uváděném případě na všechna vyjmenovaná jednání uvedená v článku 101 odst. 1 na čl. 102 SFEU. Důvodem, proč se takové zrcadlové ustanovení článku 101 odst. 1 písm.

3.1.6 Koncept objective justification a přiměřenosti

V předcházející kapitole jsem objasnil, že čl. 102 SFEU (na rozdíl od čl. 101) neobsahuje výjimku, pro kterou by bylo možno jednání dominantního podniku ze zákazu zneužití vyjmout, jakkoliv by třeba takové jednání bylo v základu dohodou, které podle čl. 101 SFEU výjimka svědčí.²⁶²

Tento „nedostatek“ se nicméně podařilo Komisi ve spolupráci s komunitárními soudy nahradit tzv. konceptem objective (economic) justification doplněným konceptem přiměřenosti (dále též „koncept objective justification“),²⁶³ jehož úkolem bylo rozlišit, v jakých případech se jedná o zneužívající jednání dominantních podniků a kdy se mělo jednat o pouhé chránění jejich obchodních zájmů, tedy přijetí opatření obranné povahy založeného na kritériu hospodárnosti.

Z pohledu rozhodovací praxe komunitárních soudů to však nebylo nic revolučního, když tyto soudy v podobném duchu již postupovaly v jiných oblastech práva Společenství při interpretaci ustanovení SFEU týkajících se volného pohybu zboží a osob.²⁶⁴

V této praxi se vytvořily dva hlavní proudy možného odůvodnění jednání podniků: (i) objektivní nutnosti (objective necessity) a ochrana oprávněných obchodních zájmů (protection of legitimate commercial interests).²⁶⁵

c) SFEU neobjevilo také ve výčtu čl. 102 SFEU, by mohla být skutečnost (přestože znění generální zneužívací klauzule připouští pluralitu na straně zneužívajících podniků), že v čase přípravy uvedeného článku SFEU nebyla vzata v potaz aplikace článku 102 SFEU na více než dva podniky, požadované pro takové rozdělení trhů či zdrojů zásobování.

²⁶² Např. systém vázání věrnostními rabaty může být ku prospěchu zákazníkům dominanta, nicméně vede-li či alespoň může vést k eliminaci konkurentů dominanta, čl. 102 SFEU se uplatní.

²⁶³ V jazyce českém není snadné tento anglický obrat krátce, výstižně a přiléhavě přeložit, proto jej pro účely této práce používám v původním znění. Opisem by se snad dal přeložit jako koncept objektivně odůvodněného jednání podniku.

²⁶⁴ Přesto, aplikace tohoto konceptu v oblasti hospodářské soutěže vykazovala důležité rozdíly. V podrobnostech srov. Albors-Llorens, A. (2007), str. 1759 a 1760.

²⁶⁵ Z literatury se pak podává, že pouze Komise ve svém rozhodnutí ve věci Microsoft a Generální advokát F. G. Jacobs ve věci Syfait (srov. stanovisko Generální advokáta F. G. Jacobse ve věci Syfait, odst. 72) se snažili přijít s dalšími, sofistikovanějšími modely. Tyto však byly buď odmítnuty, resp. interpretovány jinak než Komise zřejmě zamýšlela (jako ve věci Microsoft Tribunálem v případě

Tak mohou dominantní podniky jednak argumentovat tím, že jejich jednání bylo objektivně nutné kvůli určitým vnějším příčinám²⁶⁶ nebo spočívalo v bránění jejich oprávněných obchodních zájmů (v souvislosti s oprávněnými obchodními zájmy podniky nejvíce operovaly s cílem jednání představovaným tzv. meeting competition, tedy „pouhém“ přizpůsobení se podmínkám jejich konkurentů za účelem minimalizovat své ztráty).²⁶⁷

ESD totiž již ve věci United Brands připustil, že dominantní podniky v zásadě mohou být oprávněny chránit své obchodní zájmy,²⁶⁸ resp. z následující judikatury komunitárních soudů vyplývá, že je nepochybné, že taktéž dominantní podniky by měly být oprávněny přijmout přiměřené kroky k tomu, aby bránily své postavení na trhu a mohly s ostatními soutěžit na základě svých výkonů, přičemž takové kroky by bylo možno spatřovat např. v prosazování výlučných práv průmyslového vlastnictví²⁶⁹ nebo v odmítnutí poskytnutí licence.²⁷⁰

Obě formy objective justification však poléhají dvěma přísným podmínkám. Prvá z nich spočívá v tom, že se zkoumá, zda jednání dominantního podniku odráží skutečnou motivaci za ním skrytou, a druhá v přiměřenosti jednání dominantanta ve vztahu k cíli, který hodlá dosáhnout, resp. ve vztahu k hrozbě představované jeho konkurenty.²⁷¹

S ohledem na skutečnou motivaci či účel jednání dominantního podniku lze připomenout, že koncept objective justification zůstává v praxi zasazen do rámce special responsibility, jak bylo vylíčeno shora, takže bude vždy na posouzení konkrétních okolností případu,²⁷² zda podnik v dominantním postavení jednal ještě

„nového“ objektivní kritéria posouzení formou testu motivace), nebo se jimi ESD vůbec nezaobíral z důvodů odmítnutí projednání žaloby z procesních důvodů (jako ve věci Syfait). Ibid., str. 1760 a rozsudky Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 704 až 712 a ESD C-53/03 Syfait.

²⁶⁶ Takto lze například nahlížet nedostatek dodávek k odůvodnění odmítnutí poskytnout dodávky (srov. rozsudek ESD 77/77 BP, odst. 33) a ochranu veřejného zdraví či bezpečnostní opatření k odůvodnění vázaných prodejů [(srov. rozhodnutí Komise dne 22. 12. 1987 Hilti (IV/30.787 a 31.488)].

²⁶⁷ Pojem meeting competition je mj. zmíněn také v části 5.3.3.3.

²⁶⁸ Srov. rozsudek ESD 27/76 United Brands, odst. 189.

²⁶⁹ Rozsudek ESD C-241/91 P a C-242/91 P Magill, odst. 49 a 50.

²⁷⁰ Rozsudek ESD 53/87 Renault, odst. 15 a 16 a Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 331.

²⁷¹ Rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 190.

²⁷² Výčet přípustných jednání pochopitelně neexistuje; toto je nutno posuzovat případ od případu.

v povoleném prostoru „sebeobrany“ či jej překročil a nastupuje jeho zvláštní odpovědnost. Při takovém hodnocení lze vyjít z rozhodnutí Tribunálu ve věci Sot. Lélos kai Sia, kde byla uvedená, leckdy nezřetelná hranice vymezena tak, že

*„i když dominantní postavení nemůže zbavit podnik nacházející se v takovém postavení práva chránit vlastní obchodní zájmy, pokud jsou ohroženy, a i když je nutno mu v přiměřeném rozsahu přiznat možnost jednat, jak uzná za vhodné, aby chránil uvedené zájmy, nemůže být takové chování povoleno, jestliže je jeho konkrétním účelem posílení tohoto dominantního postavení a jeho zneužití“.*²⁷³

Navíc,

*„[v] této souvislosti je tudíž třeba zjistit, zda subjekt zaujímající takovéto postavení využil možností, které z něj vyplývají, aby získal obchodní výhody, jež by nezískal v případě skutečné a dostatečně účinné hospodářské soutěže“.*²⁷⁴

Ve věci British Plaster Board stanovil Tribunál poměrně nízkou hranici pro rozlišování, zda bylo dominantovo jednání ve skutečnosti zaměřeno k posílení jeho pozice na trhu namísto toho, aby jevílo znaky meeting competition.²⁷⁵ Tribunál totiž uvedl, že kdykoliv dominantní podnik podnikne kroky, kterými zamýšlí ovlivnit či pravděpodobně ovlivní strukturu trhu, jeho aktivity nemohou být ospravedlněny, což velmi omezuje možnou argumentaci prostřednictvím meeting competition.

Konečně ve věci Irish Sugar Tribunál poprvé připustil, že za předpokladu, že by bylo jinak závadné jednání dominantanta v souladu se zájmy spotřebitelů, pak by bylo

²⁷³ Srov. rozsudek ESD C-468/06 až C-478/06 Sot. Lélos kai Sia, odst. 50. Případně také rozsudky Tribunálu T-65/89 British Plaster Board, odst. 117 a T-210/01 General Electric, odst. 306, popř. rozsudek ESD 27/76 United Brands, odst. 189. V této souvislosti lze jedním dechem dodat, že „[o]dmítnutí podniku, který má dominantní postavení, prodávat stěžejní komponent jeho soutěžitelům, je tak samo o sobě zneužitím tohoto postavení.“ Srov. rozsudek ESD 6/73 a 7/73 Commercial Solvents, odst. 24 a rozsudek Tribunálu T-210/01 General Electric, odst. 306.

²⁷⁴ Rozsudek ESD 27/76 United Brands, odst. 249.

²⁷⁵ Srov. rozsudek Tribunálu T-65/89 British Plaster Board, odst. 118.

odůvodnitelné a tedy přijatelné.²⁷⁶ V tomto ohledu bylo tedy vůbec poprvé připuštěno, že by zde mohl fungovat jistý koncept, se kterým přišla Komise o mnoho let později v rámci efficiency defence.²⁷⁷ Aby však nevznikla mýlka, jakkoliv Tribunál obecně do jisté míry sympatizoval s pojmem efektivita, nelze konstatovat, že by tím položil základy efficiency defence ve smyslu čl. 102 SFEU.²⁷⁸

V každém případě však platí, že taková obrana přípuštěná v rozhodovací činnosti komunitárních soudů ohledně čl. 102 SFEU

*nemůže vyústit ve vytváření výjimek z aplikace uvedeného ustanovení. Výlučným účelem těchto důvodů obrany je umožnit dominantnímu podniku prokázat nikoliv to, že předmětné praktiky by měly být povoleny, protože přinášejí určité výhody, ale pouze to, že účel těchto praktik je přiměřený k tomu, aby ochránil jeho obchodní zájmy tváří v tvář jednání třetích stran, a tudíž ve skutečnosti nezakládají zneužití.*²⁷⁹

Závěrem pak shrnuji, že byť je možnost protiútok (counter-attack) za určitých podmínek přípuštěna, musí být vždy přiměřená (proportionate) k nastalé hrozbě, přičemž by měla být vzata v úvahu ekonomická síla podniků navzájem se konfrontujících.²⁸⁰

3.1.7 Další „výjimky“ z čl. 102 SFEU

Jakkoliv se zdá, že z dosahu čl. 102 není pro dominantní podniky úniku, vyskytly se v praxi, vedle již popsaného konceptu objective justification, další případy,

²⁷⁶ Srov. rozsudek Tribunálu T-228/97 Irish Sugar, odst. 189.

²⁷⁷ V podrobnostech srov. části 5.2 nebo 5.3.

²⁷⁸ Srov. Dreher, M., Adam, M. (2007), str. 279.

²⁷⁹ Rozsudek Tribunálu T-191 a 212 až 214/98 Atlantic Container Line, odst. 1114.

²⁸⁰ Srov. rozsudek ESD 27/76 United Brands, odst. 190.

kdy čl. 102 SFEU nebyl aplikován, ač by za (jinak) běžných okolností posuzované jednání podniků v zákaz zneužití dominantního postavení vyústilo.²⁸¹

Literatura²⁸² v této souvislosti poukazuje na zanedbatelné případy (trivial cases), výjimečné obchodní podmínky (exceptional trading conditions) a poskytování služeb obecného hospodářského zájmu (services of general economic interest).²⁸³

Zanedbatelné případy, charakterizované tím, že ke zneužití dominantního postavení docházelo pouze po krátkou dobu a že bylo ukončeno brzy poté, co bylo odhaleno, mohou vést k neuložení pokuty či dokonce ke konstatování, že ke zneužití dominantního postavení nedošlo, *vždy ve světle všech faktorů, které daly vzniknout rozhodnutí Komise*.²⁸⁴

V žádném případě však, na rozdíl od čl. 101 SFEU,²⁸⁵ neexistuje hranice ve vztahu k velikosti dominantních podniků, „pod kterou“ by se čl. 102 SFEU neaplikoval. Každopádně, byla-li by nakonec taková hranice stanovena, musela by počítat s tím, že samotný koncept dominantního postavení pracuje s myšlenkou tržní síly, v rámci které se přihlíží k tržním podílům dosahujícím poměrně vysokých hodnot.²⁸⁶

Za výjimečných obchodních podmínek nemusí být jednání dominanta, jež by bylo za běžných okolností považováno za zneužití, zakázaným jednáním podle čl. 102 SFEU, zejm. v případech, kdy orgány členských států či Společenství nepřijaly opatření, která by se s danou situací vypořádala.²⁸⁷

²⁸¹ Jak už bylo naznačeno, *Diskusní materiál k dominanci* a poté i *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* však přicházejí s konceptem efficiencies, které také mohou odůvodnit jinak závadné jednání dominantního podniku. Srov. níže kapitolu 5. Reforma čl. 102 SFEU.

²⁸² Srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 424.

²⁸³ Srov. čl. 106 odst. 2 SFEU.

²⁸⁴ Srov. rozsudek ESD 26/75 General Motors, odst. 11 až 24. Naproti tomu srov. rozsudek ESD 226/84 British Leyland, odst. 11 až 34.

²⁸⁵ Jedná se o tzv. dohody de minimis.

²⁸⁶ Srov. kapitolu 1. této práce.

²⁸⁷ V odkazované literatuře slouží za vzor rozsudek ESD ve věci *BP*, ve kterém se jednalo o nadprůměrné omezení dodávek ropných produktů zákazníkům na vrcholu první ropné krize. V situaci, kdy jak orgány Společenství, tak orgány členských států neposkytly pokyny, jak rozmístit dodávky, bylo jednání společnosti Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV a dalších shledáno za nekolidující s čl. 102 SFEU. Srov. rozsudek ESD 77/77 BP, odst. 29 až 34. Uvedený případ se dá však rovněž nahlížet z pozice principu objective justification (ve formě objective necessity), když jakkoliv ESD uvedený

Konečně, poslední „výjimkou“ z aplikace čl. 102 SFEU, se může podle okolností případu stát poskytování služeb obecného hospodářského zájmu, a to za podmínek uvedených v čl. 106 odst. 2 SFEU.

Služby obecného hospodářského významu byly podrobně rozebrány na jiném místě,²⁸⁸ proto se zde omezím na konstatování, že podniky poskytující veřejné služby nemusí být v situacích, které by bylo možné běžně posuzovat jako porušení čl. 102 SFEU, shledány za narušitele čl. 102 SFEU, jestliže by aplikace zmíněného článku SFEU bránila plnění *zvláštních úkolů, jež jim byly svěřeny, a rozvoj obchodu nebude dotčen v míře, která by byla v rozporu se zájmem Společenství.*²⁸⁹

3.1.8 Zneužití kolektivního dominantního postavení

V předcházejících výkladech jsem se pokusil dostatečně objasnit koncept zneužití dominantního postavení ve variantě „single firm abuse of dominance“, tedy zneužití jedním podnikem, jehož dominantní postavení na trhu je dovozováno pouze s ohledem na jeho výkony.

V případě zneužití dominantního postavení kolektivní entitou, zejm. v případě oligopolu však vyvstávají jisté otázky, které si zaslouží samostatný prostor. Stěžejní otázkou se jeví být především to, zda lze jednání jednoho z podniků tvořících onu kolektivní entitu podřadit pod čl. 102 SFEU, kvalifikovat jako zneužití a nakonec, což je zřejmě nejdůležitější, komu takové jednání přičíst.

Uvedené nabývá na významu, uvážím-li, že z čl. 102 SFEU výslovně nevyplývá, že ke zneužití kolektivního dominantního postavení může dojít zneužívacím jednáním toliko jednoho podniku ze všech podniků tvořících kolektivní entitu. Jinak řečeno, prostým nahlížením čl. 102 SFEU lze zjistit, že zneužití musí být provedeno podnikem v dominantním postavení, což ovšem v případech dominance kolektivní vyvolává

koncept výslovně nezminil, jedná se o jeho zjevnou aplikaci, neboť na první pohled zneužívající jednání (diskriminační obchodní podmínky) bylo ospravedlněno objektivním, vnějším, na dominantním podniku nezávislým faktorem – nedostatkem dodávek.

²⁸⁸ Srov. např. Petr, M. a kol. (2010), str. 72 a násl.

²⁸⁹ Srov. čl. 106 odst. 2 SFEU.

otázku, zda se každý z podniků tvořících kolektivní entitu musí dopustit takového zneužívání jednání či nikoliv.

Nicméně, z *Diskusního materiálu k dominanci* lze vystopovat snahu Komise připustit, že je možné považovat jednostranné jednání (unilateral conduct) za zneužití kolektivního dominantního postavení v případě, kdy má jednání jednoho podniku, k němuž došlo na trhu, protisoutěžní následky a je projevem kolektivní dominance.²⁹⁰ V takovém případě lze však souhlasit s názory uvedenými v literatuře,²⁹¹ že popisovaný koncept Komise je nastaven příliš široce.

Nebylo by totiž vyloučeno, že by byly trestány také případy jednání představujícího pouze výraz vědomého paralelního jednání (conscious parallelism),²⁹² protože i ono může mít protisoutěžní dopady, což by ovšem v důsledku znamenalo např. omezení svobodného rozhodování členů oligopolu či obecně kolektivní entity reagovat na předchozí jednání ostatních členů.

Jinými slovy, pokud bych bez dalšího přijal cestu vytyčenou Komisí (která přitom vycházela z interpretace dosavadní judikatury komunitárních soudů, mj. z rozhodnutí ve věci *Irish Sugar*²⁹³), vědomé paralelní jednání či také tacitní koluze (tichá koordinace) by mohlo založit zneužití kolektivního dominantního postavení, když by mělo za následek posílení takového postavení.

Jakkoliv se budu některými aspekty takového přístupu zabývat v následujících dílčích kapitolách, považuji za vhodné již na tomto místě poznamenat, že jeho uplatňování by mohlo např. znamenat, že by bylo v rámci článku 102 SFEU postihováno *právo na racionální přizpůsobení se stávajícímu či předvídanému jednání svých konkurentů* (*right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors*), které bylo výslovně připuštěno, pokud se článku 101 SFEU týče.²⁹⁴

²⁹⁰ Srov. *Diskusní materiál k dominanci*, odst. 74 až 76. Každopádně, jak již bylo poznamenáno výše, pozdější materiál Komise, a sice *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, není problematice kolektivní dominance věnován.

²⁹¹ Srov. Vecchi, T. (2008), str. 394.

²⁹² Jakkoliv se může jevit protisoutěžním, paralelní jednání není nezbytně protiprávním.

²⁹³ Rozsudek Tribunálu T-228/97 *Irish Sugar*.

²⁹⁴ Srov. rozsudek ESD 40/73 *Suiker Unie*, odst. 173 a 174.

V této souvislosti se také sluší poznamenat, že obava Generálního advokáta N. Fennellyho vyjádřená v jeho stanovisku k věci Cewal a spočívající v tom, že článek 102 SFEU by mohl představovat alternativní a volnější měřítko ve vztahu k prokázání praktik jinak zakázaných dle článku 101 SFEU, by nabrala výrazných kontur, resp. by se stala realitou. Generální advokát N. Fennelly totiž ve svém stanovisku varoval před tím, aby nebyl článek 102 SFEU považován za jednoduché východisko pro obcházení slabin týkajících se důkazů jednání ve shodě.²⁹⁵

Závěrem této úvodní kapitoly učiním ve vztahu ke zneužití kolektivního dominantního postavení vědomým paralelním jednáním dvě finální poznámky, které lze z literatury vysledovat.²⁹⁶

Prvá z nich se týká polemiky nad tím, zda potřebu sankcionovat vědomé paralelní jednání nelze dovodit z důvodu symetrického přístupu k uvedené problematice, když předpokládané tiché koordinaci lze zabránit zákazem sloučení podniků dle komunitárních předpisů upravujících slučování podniků.²⁹⁷

V tomto ohledu lze podpořit názor, že uvedená polemika by měla ve prospěch článku 102 SFEU vyzníti negativně, neboť oba zmiňované právní nástroje se liší ve svém zorném úhlu pohledu. Zatímco totiž podle Nařízení 139/2004 musí Komise zaujmout prospektivní a strukturální pohled, skrze článek 102 SFEU smí být nahlíženo pouze minulé či stávající jednání podniků. Právě z důvodu obtíží, na které soutěžní právo naráží při ex post vypořádávání se s fenoménem tiché koordinace, umožňují pravidla slučování podniků ex ante zabránit vniku takových soutěžních struktur, kde by k ní mohlo pravděpodobně dojít.²⁹⁸

Druhá poznámka také zdržuje od používání konceptu kolektivní dominance ve vztahu k tacitní koluzi, když pro opačný případ nenachází rozumné nápravné opatření, které by mělo být v dané situaci uloženo. Předně je nutné znovu připomenout, že právo na racionální přizpůsobení se stávajícímu či předvídanému jednání svých konkurentů bylo podnikům přiznáno.²⁹⁹ Dále nelze než přisvědčit tomu, že ukládat konkurentům,

²⁹⁵ Srov. stanovisko Generálního advokáta N. Fennellyho ve věci Cewal, odst. 28.

²⁹⁶ Srov. Stroux, S. (2004), str. 115 a 116 a odkazy na další literaturu tam uvedené.

²⁹⁷ Srov. Nařízení 139/2004.

²⁹⁸ Srov. Stroux, S. (2004), str. 115.

²⁹⁹ Srov. rozsudek ESD 40/73 Suiker Unie, odst. 173 a 174.

aby nebrali v potaz jednání jejich souputníka, by bylo zjevně protismyslné, neboť by soutěžitelé byli vedeni, resp. nuceni k tomu, aby se chovali nerozumně. Tolik k případnému behaviorálnímu nápravnému opatření. Logicky nezbyvá než zmínit také *strukturální nápravná opatření*. Zde se lze přiklonit k tomu, že úvodní úvahy 60. let minulého století obhajující v této souvislosti ukládání strukturálních nápravných opatření typu rozdělování úzkých oligopolů v případech vědomého paralelního jednání byly již překonány.³⁰⁰

3.1.8.1 Jednostranná zneužívací jednání a jejich rysy

Koncept zneužití kolektivního dominantního postavení přímo vybízí k otázce, zda lze dovozovat porušení čl. 102 SFEU v případě, kdy bude uskutečněno jednostranné zneužívací jednání (unilateral abuse) v rámci jinak kolektivního dominantního postavení.

S uvedenou otázkou se vůbec poprvé setkal Tribunál ve věci Irish Sugar a uvedl k ní, že k porušení čl. 102 SFEU může dojít také v případě jednání jednoho z několika podniků, které společně zaujímají kolektivní dominantní postavení, a to i tehdy, když se takoví ostatní členové nechovají stejně či podobně.

Charakteristickým rysem, na kterém Tribunál zneužití kolektivního dominantního postavení založil, se stala skutečnost, že zneužívací jednání *musí být výrazem takového postavení a musí se vztahovat k využívání kolektivního dominantního postavení (exploitation of the joint dominant position)*.³⁰¹

Jakkoliv se dosud uvedené může na první pohled zdát zřejmým, přesto lze vyzorovat v oné relaci k využívání kolektivní dominance jisté úskalí, a to zejména ve vztahu k oligopolistickým trhům. Zasadím-li totiž tento charakteristický rys zneužití kolektivního dominantního postavení podávaný z rozhodnutí Tribunálu ve věci Irish Sugar do kontextu oligopolů, jak jsem je popsal výše v samostatné kapitole této

³⁰⁰ Srov. Stroux, S. (2004), str. 115.

³⁰¹ Srov. rozsudek Tribunálu T-228/97 Irish Sugar, odst. 66. Toto ustanovení bude rozvedeno podrobněji v následující části 3.1.8.2 Individuální či společná odpovědnost?

práce,³⁰² lze dospět k závěru, že jakékoliv jednání oligopolisty může být způsobilé zmiňovanou podmínku splňovat.³⁰³

Taková interpretace podmínek vyslovených Tribunálem by však zahrnovala i jednání, která lze ve shodě s výše uvedeným označit za paralelní jednání, nepředstavující nic jiného než racionální přizpůsobení se jednání jiného podniku kolektivní entity, což zřejmě nebylo záměrem Tribunálu.

V tomto ohledu lze souhlasit s komentáři uvedenými v literatuře,³⁰⁴ že popsané riziko nadbytečného a nežádoucího označování všech učiněných jednání za využití kolektivní dominance by mohlo být eliminováno tím, že by se definice jednostranného zneužití podávaná z rozhodnutí ve věci Irish Sugar interpretovala ve smyslu dalších, obdobných principů vyvinutých komunitárními soudy či Komisí, konkrétně takovému, který byl přijat ve vztahu ke konceptu komplexního déletrvajícího jednání (single and continuous infringement) podle čl. 101 SFEU.³⁰⁵

Ve vztahu ke komplexním (globálním) dohodám totiž bylo judikováno, že účastnil-li se dotýčný podnik buď jednoho či více prvků globální dohody, může být za ni činěn odpovědným (tedy i za jednání ostatních podniků na ní zúčastněných),

*„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“.*³⁰⁶

³⁰² Srov. část 2.3 Oligopoly, oligopolní trhy.

³⁰³ Stručně řečeno, podává-li se kolektivní dominantní postavení ze samotné struktury trhu, pak jakékoliv jednání ji využívající by mělo být právě využíváním kolektivní dominance.

³⁰⁴ Srov. Vecchi, T. (2008), str. 396.

³⁰⁵ Srov. např. Petr, M. a kol. (2010) str. 157. Pro pracovní účely této práce budu používat pojem komplexní či globální zakázané dohody ve smyslu dohod, na něž se tento koncept vztahuje.

³⁰⁶ Rozsudek Tribunálu T-67/00, T-68/00, T-71/00 a 78/00 JFE Engineering, odst. 370.

Je-li tedy jednostranné jednání projevem zakázané dohody dle čl. 101 SFEU a jednostranné zneužívání jednání projevem kolektivního dominantního postavení, pak se analogické řešení obou situací s ohledem na jejich podobnost samo nabízí.³⁰⁷

Pokud byli členové zakázané komplexní dohody činěni odpovědnými za jednostranná jednání jejích ostatních členů, pak z výše citovaného plyne, že se tak dělo proto, že měli povědomí o povaze takového jednání a o skutečnosti, že se vztahuje k dohodě, které se také účastnili.

Konečně, odpovídali-li členové dohody nejen kvůli tomu, že se v konkrétních případech jednalo o výraz dohody, ale také proto, že se takovým jednáním byl sledován společný cíl,³⁰⁸ pak z toho lze dovodit, že byli sankcionováni za jednání, ze kterého měli prospěch všichni členové dohody.

Vztaženo na situaci zneužití kolektivního dominantního postavení, jednostranné jednání podniku zaujímajícího s ostatními takové postavení by mělo být sankcionováno pouze tehdy, jestliže by z takového jednání profitovala kolektivní entita jako taková.

Domnívám se tedy, že touto optikou by tedy mělo také být nahlíženo jednostranné jednání ve smyslu rozhodnutí ve věci Irish Sugar a zneužití kolektivního dominantního postavení ve formě jednostranného jednání dovozováno teprve s ohledem na to, zda představuje projev kolektivního dominantního postavení, ostatní členové kolektivní entity si jej jsou vědomi (typicky v případě oligopolu ostatní na něm zúčastněné podniky) a je pro ně výhodou. Takovým způsobem by tedy bylo možné dostatečně odlišit pouhé paralelní jednání v rámci kolektivní entity a jednání, kterému lze již přičíst povahu zneužití.³⁰⁹

³⁰⁷ V podrobnostech k podobnosti obou situací srov. dále Rizza, C. (2000), str. 509.

³⁰⁸ Srov. rozsudek Tribunálu T-44/00 Mannesmannröhren-Werke, odst. 181, kde se uvádí, že „jednání, která jsou částí širšího celkového plánu a kterými je sledován společný cíl, mohou být považována za představující jedinou dohodu [...]. Pokud totiž Komise dokazuje, že podnik prostřednictvím své účasti na dohodách věděl nebo nutně musel vědět, že se tím začlenil do jediné dohody, může být jeho účast na dotyčných dohodách narušujících hospodářskou soutěž výrazem jeho přistoupení k této dohodě [...].“

³⁰⁹ Zneužitím kolektivního dominantního postavení by se tak mohly stát tzv. usnadňující praktiky (facilitating practices) a všechny ostatní praktiky, které splňují ona tři kritéria. Usnadňující praktiky odtud, že usnadňují koluzi (protiprávní kooperaci). Takové praktiky mohou sledovat jak cíl omezit soutěž mezi členy kolektivní entity (typicky oligopolu), tak cíl odradit ostatní podniky od vstupu na trh. Za usnadňující praktiky tedy bývá označováno protisoutěžní jednostranné jednání v rámci kolektivní entity, zejm. oligopolu, kterým jeden ze zúčastněných podniků dává najevo podnikům ostatním, jak se zachová.

3.1.8.2 *Individuální či společná odpovědnost?*

Pokud jsem v předcházející dílčí kapitole této práce ozřejmil, za jakých podmínek lze jednostranné jednání podniku zahrnout pod zneužití kolektivní dominance ve smyslu čl. 102 SFEU, pak je nyní nutné si přiblížit, kdo by měl být za takové jednání činěn odpovědným.

Mé úvahy budou opět oscilovat kolem rozsudku Tribunálu ve věci Irish Sugar, neboť toto rozhodnutí nejenže připustilo kolektivní dominantní postavení ve vertikálních vztazích,³¹⁰ ale za ještě významnější zjištění lze označit konstatování Tribunálu, že kolektivní dominantní postavení může být zneužito i individuálně/jednostranně (tzn. jedním z kolektivně dominantních podniků).³¹¹

Jinými slovy, v rozhodnutí Tribunálu se objevuje novátorské zjištění, že ne všechna tvrzená zneužití musí být spáchána všemi soutěžiteli.

Tribunál totiž ve svém rozhodnutí uvedl, že

[z]atímco 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 býti identifikováno jako jeden z projevů takového dominantního postavení. Proto podniky zaujímající společné dominantní postavení mohou uskutečňovat jak společné, tak individuální zneužívací jednání.^[312] Pro takové

Typickým příkladem usnadňujících praktik uváděným v literatuře [srov. Vechci, T. (2008), str. 398] je oznámení cen v předstihu učiněné podnikem vnímaném v oligopolu jako cenový leader. Vydáním takového oznámení vysílá cenový leader jasný signál, jaké převažující ceny by rád na trhu viděl, což s největší pravděpodobností povede k tomu, že je budou ostatní členové oligopolu následovat. Tímto způsobem mohou být ceny vyšroubovány k protisoutěžně vysokým hodnotám.

³¹⁰ Srov. část 2.3 Oligopoly, oligopolní trhy.

³¹¹ Komunitární pojetí se tak jeví být širší než pojetí antitrustového práva Spojených států amerických, které neumožňuje zachytit protisoutěžní jednání prováděné oligopolisty jednostranně. Srov. Stroux, S. (2004), str. 108.

³¹² Zmínku, že Komise již předtím považovala individuální zneužití kolektivního dominantního postavení za možné porušení čl. 102 SFEU, lze vypátrat v jejím rozhodnutí týkajícím se dánského přístavu Rødby, ve kterém Komise uvedla, že jedna ze dvou kolektivně dominantních stran odmítla přístup k přístavním zařízením (access to the port facilities). Srov. rozhodnutí Komise ze dne 21. 12. 1993 Rødby, odst. 13.

*zneužívací jednání postačí, aby se vztahovalo k využívání společného dominantního postavení, které podniky na trhu zaujímají.*³¹³

Zbývá tedy posoudit otázku, zda lze činit odpovědnými za jednostranné zneužití dominantního postavení také ostatní členy kolektivní entity.

V tomto ohledu si, podobně jako v předcházející dílčí kapitole, usnadním situaci analogickým nahlížením předkládané situace dle jednostranného jednání v rámci komplexních zakázaných dohod podle čl. 101 SFEU, a sice si položím otázku, zda lze pro komplexní dohody uplatňovaný princip odpovědnosti všech členů dohody za jednostranná jednání jednotlivců přenést také do prostředí čl. 102 SFEU.³¹⁴

Podle literatury³¹⁵ je nutné v tomto případě vycházet z klíčového rozdílu mezi oběma situacemi jednostranného jednání, který se vztahuje k ostatním členům dohody či kolektivní entity.

Je totiž třeba mít na paměti, že jsou-li ostatní členové dohody sankcionováni za individuální jednání jednoho z nich, pak se ve skutečnosti nejedná o přímou odpovědnost za konkrétní učiněné jednání jiného člena, ale o obecnou odpovědnost za uzavření zakázané dohody jako takové. To znamená, že bez ohledu na individuální jednání jednoho člena jsou ostatní členové dohody v každém případě odpovědni za porušení obecného zákazu uvedeného v čl. 101 SFEU tím, že se účastnili zakázané dohody. Rozšíření jejich, již tak existující odpovědnosti za porušení čl. 101 SFEU i na individuální jednání jednoho z nich tak lze považovat za následek, ačkoliv nepřímý, jejich protiprávního jednání.

Vyvozování odpovědnosti ostatních členů kolektivní entity za jednání jiného člena však vychází z diametrálně odlišného nahlížení právního základu věci. Z pouhého zaujímání kolektivního dominantního postavení totiž nelze, oproti uzavření zakázané dohody podle čl. 101 SFEU, dovozovat porušení čl. 102 SFEU – k tomu by došlo až v případě zneužití takového postavení. V tomto ohledu se proto jeví správným

³¹³ Srov. rozsudek Tribunálu T-228/97 Irish Sugar, odst. 66.

³¹⁴ Z pohledu jednotného uplatňování soutěžní politiky by nepochybně bylo vítané, kdyby se uvedený princip používal jednotně jak na jednání uvedená v čl. 101 SFEU, tak na jednání dle čl. 102 SFEU. Pokud by z jednostranného jednání profitovali všichni členové kolektivní entity, pak se může jevit správným, aby za něj také odpovídali tak jako v případě komplexních dohod podle čl. 101 SFEU.

³¹⁵ Srov. Vecchi, T. (2008), str. 399.

a rozumným činit ostatní členy kolektivní entity odpovědnými za jednostranné jednání jednoho z jejích členů pouze v případě, bude-li prokázáno, že s takovým jednáním souhlasili.³¹⁶

3.1.8.3 Paralelní aplikace článků 101 a 102 SFEU v prostředí kolektivní dominance

Jakkoliv jsem již otázku přípustnosti paralelní aplikace čl. 101 a 102 SFEU probral výše v rámci single firm abuse of dominance,³¹⁷ pak při stejném scénáři pro potřeby kolektivní dominance budu vycházet z poněkud odlišné výchozí pozice.

Tou bude hypotetická situace, ve které uzavřou zakázanou dohodu ve smyslu čl. 101 SFEU podniky, jež jsou jinak podniky kolektivně dominantními.

V literatuře³¹⁸ totiž vyvstala zajímavá otázka (doprovázená nikoliv jednoznačnými pohledy na její řešení), zda by taková zakázaná dohoda mohla být zneužitím kolektivního dominantního postavení podle článku 102 SFEU či zda by se její řešení mělo odehrávat pouze v režimu článku 101 SFEU.

³¹⁶ Zmínil-li jsem výše tzv. usnadňující praktiky, pak společná odpovědnost za ně by mohla nastat v případě, kdy by ostatní podniky v rámci kolektivní entity následně provedly stejné jednání, které představovalo zneužití dominantního postavení. Jak již bylo zmíněno výše, pouhé paralelní jednání spočívající např. ve zvýšení cen po cenovém oznámení o zvýšení cen jiného podniku, zejm. cenového leadera nemusí být nezbytně protiprávním jednáním či důkazem o dohodě, pokud podniky pouze racionálně přizpůsobují své jednání takovému, které provádějí zbývající členové kolektivní entity. Výhody limitovaného přístupu k odpovědnosti za jednostranné jednání člena kolektivní entity v případě zneužití kolektivního dominantního postavení shrnuje také Monti, G. (2001), str. 147, když uvádí, že *takový přístup je z právního hlediska konzistentní s pravidly stanovenými podle čl. [101 SFEU], když racionální reakce na jednání cenového leadera není protiprávní, a pouze tento leader, který iniciuje růst ceny, je trestán. Pokud budou zakázána pouze opatření, která usnadňují protisoutěžní jednání a nemohou být objektivně ospravedlněna, pak takový přístup přinese společností také dostatečnou ekonomickou svobodu.*

³¹⁷ Srov. část 3.1.5.

³¹⁸ Srov. Stroux, S. (2004), str. 112 a odkazy tam uvedené.

Jak jsem již zmínil výše,³¹⁹ problematika zakázaných dohod dle čl. 101 SFEU zakládajících případně též porušení 102 SFEU v podobě zneužití kolektivní dominance byla Komisí vznesena (ač tehdy neprokázána) ve věci Flat Glass.³²⁰

Jakkoliv Tribunál ve svém rozhodnutí nikterak nezpochybnil paralelní aplikaci uvedených článků SFEU, uvedl, že

pro účely zjištění porušení článku [102 SFEU] není postačující [...] „recyklovat“ skutková zjištění zakládající porušení článku [101 SFEU] a dovozovat z nich závěry, že strany dohody nebo protiprávní praktiky společně zaujímaly podstatný tržní podíl, že taková skutečnost sama o sobě vedla k zaujetí kolektivního dominantního postavení a že jejich protiprávní jednání zakládá zneužití takového kolektivního dominantního postavení,

čímž chtěl dát na srozuměnou, že je potřeba, aby byla náležitě uspokojena prokazovaná kritéria vyplývající z obou dotyčných článků SFEU.³²¹

Tento přístup byl poté potvrzen v případě Cewal, kde ESD, jak jsem již výše uvedl,³²² konstatoval, že *již z dikce obou předmětných článků, přestože jsou jejich cíle odlišné, je patrné, že mohou být porušena totožným jednáním.*³²³

Literatura se rovněž vyjádřila k tomu, zda může dohoda či jednání ve shodě ve smyslu článku 101 SFEU současně zakládat zneužití dominantního postavení podle článku 102 SFEU a dospěla k pozitivnímu závěru, když uzavřením dohody nebo jednáním ve shodě mezi sebou samými podniky účelově posilují soudržnost svého kolektivního dominantního postavení (collectivity of the collective dominance).³²⁴

³¹⁹ Srov. část 2.1.1 Ekonomické vazby – alfa a omega vývoje konceptu kolektivní dominance?

³²⁰ Srov. rozhodnutí Komise ze dne 7. 12. 1988 Flat Glass (IV/31. 906) a navazující rozsudek Tribunálu T-68/89, T-77/89 a T 78/89 Flat Glass.

³²¹ Srov. rozsudek Tribunálu T-68/89, T-77/89 a T 78/89 Flat Glass, odst. 360. Ovšem později Tribunál toto kritizované „recyklování“ připustil. Srov. rozsudek Tribunálu T-65/98 Van den Bergh Foods (potvrzeno ESD usnesením C-552/03 P Unilever Bestfoods).

³²² Srov. část 3.1.5.

³²³ Srov. rozsudek ESD C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, odst. 33 a 34.

³²⁴ Srov. Stroux, S. (2004), str. 113.

Konečně, existence kolektivního dominantního postavení může být prokázána skutečností, že podniky dohodou či jednáním ve shodě uskutečňují totožné zneužívací jednání,³²⁵ a to na základě analogie zásady podávané z rozhodnutí ve věci United Brands, spočívající v tom, že existenci dominantního postavení (single form dominance) lze vyvodit ze zneužívacího jednání podniku, doplněného důkazy založenými na tržních podílech.³²⁶

3.2 Zneužití podle českého práva

Podobně jako je tomu v případě konceptu dominantního postavení, tak i koncept zneužití dominantního postavení české soutěžní právo vymezuje principiálně shodně jako právo komunitární.³²⁷

Na tomto místě by tedy bylo možné plně odkázat na výklad předcházející, který se zabývá konceptem zneužití dominantního postavení v komunitárním právu.

Nicméně, v rámci této kapitoly bych rád poukázal na specifické problémy českého soutěžního práva, které vzbudily větší pozornost zdejších soudů, dále bych chtěl podtrhnout zásadní význam vztahu generální klauzule zneužití dominantního postavení a jednotlivých skutkových podstat příkladmo vyjmenovaných v ustanovení § 11 odst. 1 OHS a také uvedl případy, kdy se ÚOHS zabýval možnými případy zneužití kolektivního dominantního postavení.

Proto jsem se rozhodl tuto kapitolu rozdělit na čtyři základní okruhy, které si zaslouží zvláštní pozornost. A sice na (i) rozdíl mezi koncepty zneužití dle OHS 1991 a OHS, (ii) závěry zdejších soudů ke vztahu generální skutkové podstaty zneužití a jeho jednotlivých skutkových podstat, (iii) otázku újmy jiných soutěžitelů či spotřebitelů, jelikož k té se zneužívání dominantního postavení dle ust. § 11 odst. 1 OHS zakazuje a (iv) případy možného zneužití kolektivního dominantního postavení, kterými se ÚOHS ve své praxi dosud zabýval.

³²⁵ Ibid.

³²⁶ Srov. rozsudek ESD 27/76 United Brands, odst. 85 až 96. Tento přístup však bývá označován za tautologický. Srov. část 1.2.

³²⁷ Zneužívání dominantního postavení na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů je zakázáno. Dále se příkladmo uvádějí typické situace zneužití. Srov. § 11 odst. 1 OHS.

Závěrem této úvodní pasáže alespoň v krátkosti shrnu zásadní judikaturu Ústavního soudu k podstatě zneužití dominantního postavení.

Z rozhodovací praxe Ústavního soudu je zjevné, že se tento soud zabýval přezkumem rozhodnutí v soutěžních věcech velmi zřídka. Uvedená skutečnost však nic nemění na tom, že pokud se přece jen takové rozhodnutí stalo předmětem jeho judikatorní činnosti, přinesl vydaný nálezn obvykle hned několik, nahlíženo z pozice soutěžního práva, zásadních a pozoruhodných myšlenek, jako kupř. v nálezu ve věci Škoda automobilová.^{328,329}

Z konstatací Ústavního soudu v této věci vybírám, např. tu, že

„ekonomická konkurence je v demokratickém právním státě podmínkou uplatnění vlastnického práva i práva podnikat, paradoxně však, za určitých omezených podmínek, zároveň vede k jejich omezení,“

a že

*„omezenost konkurenčního prostředí monopolním, resp. dominantním postavením soutěžitele omezuje konkurenční tlak na něj chovat se fair. Soutěžním právem proto není v této souvislosti postihováno monopolní, resp. dominantní postavení soutěžitele a v prvním plánu jím není ani chráněn samotný spotřebitel, nýbrž je postihováno unfair jednání v situaci, kdy na jeho utváření neexistuje adekvátní tržní tlak konkurence“.*³³⁰

3.2.1 Rozdíl mezi koncepty zneužití dle OHS 1991 a OHS

Mám-li v úmyslu přiblížit ve shodě s názvem této dílčí kapitoly rozdíl mezi koncepty zneužití dominantního postavení podle stávající a předcházející české právní úpravy, pak se mé úvahy musí zákonitě odvíjet od samotného konceptu dominance.

³²⁸ Srov. nálezn ÚS sp. zn. III. ÚS 31/97 (Škoda automobilová).

³²⁹ Uvedený nálezn ÚS byl blíže rozebrán např. v Petr, M., Vavříček, V. (2006).

³³⁰ Ibid.

Tak jsem již v předcházejících výkladech dal najevo, že OHS na rozdíl od OHS 1991 (i) již připouští koncept kolektivní dominance (a jeho zneužití) a (ii) koncept dominance je v něm vystavěn na jejím materiálním pojetí (které je možno zneužít), akcentujícím tržní sílu jako klíčový prvek kvalifikující chování dominantního soutěžitele, když tu je nutné chápat jako multikriteriální veličinu, jako *měřítka umožňující daleko pružněji reagovat na reálnou situaci na trhu*.³³¹

Základními rozdíly mezi koncepty zneužití dominantního postavení dle OHS 1991 a OHS se zabýval také Ústavní soud ve věci Telefónica O2, a sice z pohledu možného zásahu do práva na spravedlivý proces zaručeného čl. 36 odst. 1 a 2 LPS, ke kterému mělo dojít opomenutím soudů zabývat se ve svých úvahách vedoucích k vydání příslušných rozhodnutí tím, zda nová právní úprava správního deliktu (rozuměj zneužití dominantního postavení dle OHS) není pro soutěžitele příznivější, což by pro dotčené soudy s ohledem na imperativ obsažený v čl. 40 odst. 6 LPS, znamenalo povinnost tuto úpravu aplikovat.

Ústavní soud dospěl k závěru, že

„zkoumané právní úpravy se liší, a bylo proto namístě se zabývat tím, zda by použití ustanovení [OHS], vymezujících skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení v hospodářské soutěži, bylo pro stěžovatelku výhodnější oproti aplikované právní úpravě předchozí“.³³²

Z jiného úhlu pohledu se k posuzování zneužití dominantního postavení soutěžiteli v materiálním smyslu postavil Nejvyšší správní soud ve věci T-Mobile.³³³

³³¹ Rozsudek NSS sp. zn. 2 A 13/2002-OL (T-Mobile).

³³² Nález ÚS sp. zn. II. ÚS 192/05 (Telefónica O2).

³³³ Srov. rozsudek NSS sp. zn. 2 A 13/2002-OL (T-Mobile), kde se jednalo o zvýšení ceny volání z vlastní sítě dominantního soutěžitele (RadioMobil, nyní T-Mobile) do sítě na trh vstupujícího mobilního operátora (Český Mobil, nyní Vodafone) ve vyšších cenách ve srovnání s cenou uplatňovanou při volání mezi dominantními operátory navzájem (tzn. Eurotel, nyní Telefónica O2 a RadioMobil, nyní T-Mobile). V podrobnostech srov. Petr, M., Vavříček, V. (2006).

V uvedeném případě rozhodoval Nejvyšší správní soud o situaci v základu velmi podobné věci Eurotel,³³⁴ s tím rozdílem, že ÚOHS³³⁵ vytýkané zvýšení ceny služby činilo 1 Kč (zatímco v případě Eurotel proběhlo skutečné zvýšení cen v rozmezí 1,20 Kč až 10 Kč/min v jednotlivých tarifech).

V projednávaném případě však (tj. na rozdíl od případu Eurotel) soud neshledal závěry ÚOHS správnými, když dle názoru soudu chyběl ÚOHS „*dostatečný argument, který by prokázal, že zvýšení ceny služby o 1 Kč narušilo fair prostředí trhu mobilní telefonie*“.³³⁶

Jinými slovy

*„za základ [ochrany hospodářské soutěže před jejím narušením] je třeba považovat právě zjištění, že k takovému narušení soutěže skutečně došlo, a to v materiálním, nikoliv jen formálním smyslu“.*³³⁷

V navýšení ceny, které ÚOHS neuznal jako oprávněné, soud naopak neshledal překážku pro vstup na trh,

*„který se vyvíjí tak dynamickým způsobem, včetně obecné poptávky po těchto službách – pouze tato rovina je pro posouzení, zda má [ÚOHS] zasáhnout či nikoliv, rozhodující a otázka oprávněně vytvořené ceny, jakož i újmy je doprovodným aspektem“.*³³⁸

Dovozování zneužití dominantního postavení ÚOHS z faktu neoprávněného rozdílu ceny sice bylo soudem označeno jako úvaha v abstraktní podobě a doktrinární rovině správná, leč „*promítnuta do reálných čísel zdá se být problém spíše*

³³⁴ Srov. rozsudek NSS sp. zn. 2 A 12/2002-OL (Eurotel).

³³⁵ Srov. rozhodnutí předsedy ÚOHS sp. zn. R 16/2001 (RadioMobil).

³³⁶ Srov. rozsudek NSS sp. zn. 2 A 13/2002-OL (T-Mobile).

³³⁷ Ibid.

³³⁸ Srov. rozsudek NSS sp. zn. 2 A 13/2002-OL (T-Mobile).

*marginální,“ neboť „jde o cenové zvýšení, jež se nikterak nevymyká běžnému pohybu cen na trhu“.*³³⁹

Nejvyšší správní soud uzavřel, že

„nelze rezignovat na očividnou schopnost trhu vypořádat se s celou řadou negativních jevů bez zásahu státu, který je třeba vnímat jako mezní řešení, kdy je zřejmé, že trh sám není schopen situaci zvládnout,“

a vycházející z respektu k ústavní svobodě podnikání, dal takovým rozhodnutím najevo,

*„že není ochoten přisvědčit každému zásahu státu, aniž by zvažoval jeho účelnost, přiměřenost a nezbytnost“.*³⁴⁰

3.2.2 Vztah generální klauzule zneužití a jeho jednotlivých skutkových podstat

Významem návěti ust. § 11 odst. 1 OHS, které je označováno za mající

„charakter generální klauzule, na jejímž základě lze postihnout chování dominantního soutěžitele, jež nelze subsumovat pod konkrétní skutkovou podstatu vymezenou pod písm. a) až g) [ust. § 11 odst. 1 OHS],“

resp. vztahem takové generální klauzule zneužití dominantního postavení k jeho jednotlivým, demonstrativně vyjmenovaným skutkovým podstatám, se obšírně zabýval Nejvyšší správní soud např. ve věci SAZKA.^{341,342}

³³⁹ Ibid.

³⁴⁰ Ibid. Obě rozhodnutí jsou blíže rozebrána např. in Petr, M., Vavříček, V. (2006).

³⁴¹ Rozsudek NSS sp. zn. 7 Afs 40/2007 (SAZKA).

³⁴² Zneužitím dominantního postavení ještě ve vztahu k OHS 1991 se NSS zabýval např. ve věci UPC. Ke konceptu generální klauzule zneužití obsažené již v OHS 1991 totiž NSS dovodil, že „ke zneužití

Nejvyšší správní soud v uvedeném případě vyšel ze struktury soutěžních předpisů, jíž je vlastní lpění na generálních klauzulích,

„tj. zcela obecných ustanoveních vymezujících základní znaky jednání, které není z hlediska obecných právních zásad a zásad vyplývajících z příslušného předpisu aprobováno a je třeba je pokládat za nedovolené,“

přičemž za *pojmové znaky* generální klauzule obsažené v návěti ust. § 11 odst. 1 OHS označil

„[disponování] takovou tržní silou, která příslušnému soutěžiteli umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích, a kumulativně pak její zneužití na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů“,³⁴³

načež uvedenou konstrukci nejprve přirovnal za *obdobnou komunitární předloze*³⁴⁴ a poté vylíčil jako *nezbytn[ou], neboť nikdy nelze normativně podat úplný výčet způsobů, kterými lze tržní moc zneužít na újmu ostatních účastníků trhu.*³⁴⁵

Ve vztahu k jednotlivým, typizovaným skutkovým podstatám zneužití, vyjmenovaným v jednotlivých písmenech cit. ust. OHS Nejvyšší správní soud navázal tím, že

„[o]becný zákaz zneužívání dominantního postavení vyslovený v generální klauzuli³⁴⁶ je doplněn demonstrativním výčtem zakázaných jednání, která jsou

monopolního (dominantního) postavení soutěžitelem může dojít i jinak než způsobem popsáním v [ust. § 9 odst. 3 OHS 1991]. Nelze při tom ani vyloučit, že zneužitím dominantního postavení na trhu může být i jednání, které by na jedné straně bylo ve prospěch jiných soutěžitelů, avšak na druhé straně by současně bylo na újmu konečného spotřebitele.“ Rozsudek NSS sp. zn. 7 As 58/2006 (UPC).

³⁴³ Rozsudek NSS sp. zn. 7 Afs 40/2007 (SAZKA).

³⁴⁴ Tj. článku 102 SFEU.

³⁴⁵ Rozsudek NSS sp. zn. 7 Afs 40/2007 (SAZKA).

³⁴⁶ Neboť OHS pochopitelně reprobuje *„jakékoliv zneužití dominantního postavení na trhu bez ohledu na to, v jaké formě se uskutečňuje, tj. bez ohledu na to, co je obsahem tohoto jednání a jaký je jeho vnější projev.“* Rozsudek NSS sp. zn. 7 Afs 40/2007 (SAZKA).

zvláště typická, opakují se nejčastěji a představují nejzávažnější rušivá jednání. Tento výčet je ovšem jen deklaratorní,³⁴⁷ postižitelná jsou i jiná jednání výslovně neuvedená, jestliže splňují znaky generální klauzule“.³⁴⁸

Konečně, Nejvyšší správní soud našel význam generální klauzule v tom,

„že pokud určité jednání naplňuje její jednotlivé znaky, i když není zachyceno zvláštní pojmenovanou skutkovou podstatou, je zakázaným jednáním se všemi důsledky, které z něho pro jednajícího vyplývají. Jakékoliv jednání, které naplňuje znaky uvedené v generální klauzuli, může tedy být sankcionováno jako zneužití dominantního postavení, a to i tehdy, jestliže je pod žádnou z demonstrativně vyjmenovaných skutkových podstat nebude možné podřadit“.³⁴⁹

3.2.3 Újma jako znak zneužití dominantního postavení

Z generální klauzule zneužití dominantního postavení je zřejmé, že dominantní postavení musí být zneužito na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů.³⁵⁰

Jinak řečeno, vznik újmy je jedním ze znaků skutkové podstaty uvedeného správního deliktu, postačí prokázání existující újmy³⁵¹ jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům, kteří jsou si v tomto ohledu rovni.

³⁴⁷ Takový výčet je tedy, jinak řečeno, nezbytné chápat „jako seznam typických jednání dominantanta, která, vzhledem ke svým závažným negativním důsledkům pro soutěžní prostředí, představují zneužití jeho postavení na relevantním trhu.“ Ibid.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ Srov. ust. § 11 odst. 1 OHS.

³⁵¹ Újma musí být prokázána jako újma existující, nelze se totiž spokojit se zjištěním, že újma pouze hrozí, popř. že dokonce hrozila. Srov. nález ÚS sp. zn. II. ÚS 192/05 (Telefónica O2). Jakkoliv byl tento právní názor vysloven ve vztahu k ustanovení § 9 odst. 3 OHS 1991, nepozbyl nic na aktuálnosti, neboť co se týče pojmového znaku újmy, je právní úprava zneužití dominantního postavení obsažená v ustanovení § 11 odst. 1 OHS obsahově totožná s právní úpravou předcházející.

K otázce identifikace či kvantifikace újmy lze ve shodě s judikaturou konstatovat, že

*„újma nemusí být identifikována ve vztahu ke konkrétnímu subjektu, či jakkoliv kvantifikována; postačí jen její druhové vymezení, konkrétně, je-li evidentní, že počínáním soutěžitele vznikla na straně konkrétního spotřebitele majetková újma. Jinými slovy vyjádřeno, o újmu spotřebiteli půjde tehdy, ocitne-li se konečný spotřebitel v situaci, kdy buď akceptuje výrazné zvýšení³⁵² [ceny] poskytovaných služeb [...] nebo na ně rezignuje, a to s ohledem na obtížnou substituci poskytovaných služeb ze strany konkurenčního soutěžitele“.*³⁵³

K otázce rozsahu újmy se vyjádřil také Ústavní soud ve věci Telefónica O2, ve které vyjádřil názor, že

*„újma zahrnuje veškeré škodlivé následky, které mají příčinnou souvislost s jednáním dominanta, a již s přihlédnutím k tomu, že újma musí vzniknout, nikoli toliko hrozit, je třeba ji pojmut široce. Kromě přímé materiální škody lze tak za újmu považovat ztrátu zákazníků, ztrátu postavení na trhu, potřebu překonávat v důsledku dominantova jednání vzniklé bariéry vstupu na trh, ale také vzniklou potřebu soutěžitele, u něhož je vznik újmy zkoumán, činit v bezprostřední reakci na dominantovo jednání i takové úkony, které by za jiných okolností činit nemusel, tj. potřebu aktivizovat se a odvracet pro něj nepříznivé dopady dominantova jednání. Újmu přitom není zapotřebí ve vztahu k jednotlivým účastníkům trhu přesně kvantifikovat (jako by tomu bylo v případě „škody“ – tedy materiální újmy vyjádřitelné v penězích), je však třeba konkretizovat, v čem taková újma spočívá“.*³⁵⁴

³⁵² V daném případě se jednalo o zvýšení o 289 %, resp. o 141 % a 98,8 %. Srov. rozsudek NSS sp. zn. 7 As 58/2006 (UPC).

³⁵³ Ibid. Obdobně, jak jsem uvedl k nálezů ÚS ve věci Telefónica O2, i tento právní názor byl vysloven ve vztahu k ustanovení § 9 odst. 3 OHS 1991. Zůstává však stále platným i za právní úpravy provedené OHS.

³⁵⁴ Citováno z nálezů ÚS sp. zn. II. ÚS 192/05 (Telefónica O2). V daném případě to znamenalo, že pokud se na trhu hodlal etablovat jiný soutěžitel (Český Mobil, nyní Vodafone) a musel vyvinout úsilí

Mám-li na závěr vybrat některé z pozdějších rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, ve kterém uvedený soud vyšel z úvah Ústavního soudu vyvozených v popisované věci Telefónica O2 k otázce újmy, pak by jim bylo např. rozhodnutí v případě SAZKA, kde byla újma ÚOHS a Nejvyšším správním soudem spatřována v tom, že obstaravatelé losů vydávaných dominantním soutěžitelem byli nuceni přizpůsobovat své jednání nepřiměřeným požadavkům dominantního soutěžitele, který jim ze své pozice diktoval smluvní podmínky garantující zaplacení veškerých aktivovaných losů, kterým uplynula lhůta splatnosti, bez ohledu na skutečnou poptávku.³⁵⁵

3.2.4 ÚOHS v. zneužití kolektivní dominance

V případě Konzumní brambory³⁵⁶ ÚOHS prověřoval výši prodejních cen konzumních brambor v konkrétních provozovnách maloobchodních obchodních řetězců na základě informací v médiích o zvyšování maloobchodních prodejních cen brambor při současně nízkých nákupních cenách tohoto zboží od jeho producentů.

Řízení bylo zahájeno jak pro možné porušení § 3 odst. 1, tak § 11 odst. 1 OHS. Možné porušení § 11 odst. 1 OHS bylo spatřováno ve zneužití společného dominantního postavení účastníků řízení stanovením nepřiměřeně vysokých prodejních cen brambor pro konečného spotřebitele. Vzhledem k tomu, že provedená analýza ÚOHS neprokázala nepřiměřeně vysoké prodejní ceny brambor ve smyslu § 11 odst. 1 OHS, nebylo ani potřebné dokazovat, zda se účastníci řízení společně nacházejí v dominantním postavení, a řízení bylo zastaveno.

k překonání překážky způsobené dominantem (Eurotel, nyní Telefónica O2), pak byla podmínka prokázání újmy podmínkou splněnou. Byť nově se etablojící soutěžitel nakonec v soutěži „uspěl“ a své místo na trhu našel, neznamenalo to samo o sobě neexistenci újmy, tu spočívající v potřebě překonat způsobené překážky při prosazování se na trhu.

³⁵⁵ Srov. rozsudek NSS sp. zn. 7 Afs 40/2007 (SAZKA).

³⁵⁶ Rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S 251/03 (Konzumní brambory).

Ve věci Kartelu stavebních spořitelén³⁵⁷ byly podkladem pro zahájení šetření ÚOHS stížnosti občanů na výši poplatků za vedení účtu stavebního spoření účastníků řízení a na zavedení nového poplatku – tzv. poplatku za úrokové zvýhodnění.

Možné porušení § 11 odst. 1 OHS účastníky řízení ÚOHS spatřoval ve zneužití společného dominantního postavení zpoplatněním úrokového zvýhodnění a uplatňováním rozdílných podmínek vůči klientům při stanovování poplatků souvisejících s vedením účtů stavebního spoření.

I v tomto případě bylo nakonec řízení ve věci možného porušení § 11 odst. 1 OHS zastaveno.

Konečně, při prošetřování Bankovního kartelu³⁵⁸ zahájil ÚOHS řízení obdobně jako ve věci Konzumní brambory³⁵⁹ pro možné porušení § 3 odst. 1 a § 11 odst. 1 OHS. Ve vztahu k § 11 odst. 1 OHS se mělo jednat o možné zneužití společného dominantního postavení účastníků řízení, které ÚOHS spatřoval ve stanovování a trendu zvyšování poplatků souvisejících s bankovními službami poskytovanými v rámci bankovních produktů pro fyzické osoby (nepodnikatele), bez objektivně ospravedlnitelných důvodů, a, resp. nebo v tvorbě nabídky služeb zahrnovaných do identických bankovních produktů, vedoucí u spotřebitelů ke snížení porovnatelnosti konkurenčních bankovních produktů poskytovaných účastníky řízení.³⁶⁰

³⁵⁷ Rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S 67/04 a rozhodnutí předsedy ÚOHS R 161/04 (Kartel stavebních spořitelén).

³⁵⁸ Rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S 16/05 (Bankovní kartel).

³⁵⁹ Rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S 251/03 (Konzumní brambory).

³⁶⁰ Zahájení správního řízení předcházelo šetření podnětů, které se týkaly navyšování poplatků za služby související s běžnými účty poskytované bankami v České republice a stanovení poplatku za zrušení běžného účtu. V období šetření podnětů ÚOHS obdržel řadu stížností na výši cen služeb poskytovaných v rámci produktů – běžných účtů a na účtování poplatku za zrušení běžného účtu jednotlivými bankami v České republice, který znemožňoval spotřebitelům přecházet od jedné banky k druhé. Stížnosti směřovaly nejen k nepřiměřenému nárůstu poplatků za služby spojené s běžným účtem, ale mj. rovněž k nedostatečné existenci konkurence mezi největšími bankami a možnému zneužití dominantního postavení těmito subjekty. ÚOHS se zabýval také informacemi z médií (především tisku a Internetu), které např. uváděly, že výše poplatků za služby spojené s běžnými účty a zisky z těchto poplatků plynoucí bankám v České republice byly výrazně vyšší ve srovnání s některými zeměmi EU (např. Německo, Rakousko, Velká Británie, Slovensko, Polsko, Maďarsko), přestože průměrná výše platů obyvatel

Co se týče možného porušení § 11 odst. 1 OHS zneužitím společného dominantního postavení účastníků řízení, ÚOHS nakonec dospěl k závěru, že účastníci řízení nezaujímalí na trhu kolektivní dominantní postavení ve smyslu § 10 OHS, tudíž se již prokazováním případného zneužití dominantního postavení dále nezabýval.³⁶¹

4. Exkurs – Koncept monopolního postavení a jeho zneužití v antitrustovém právu Spojených států amerických

Jak již bylo naznačeno shora, pokládám za nezbytné alespoň v minimálním rozsahu zmínit také některé principy antitrustového práva Spojených států amerických. Analýza zakázaných praktik je ve Spojených státech poněkud odlišná od Evropy. Do rámce odlišností také zapadá koncept monopolního postavení a jeho zneužití, který se vyvinul v antitrustovém právu Spojených států a je zakotven v právní normě konce 19. století (1890) – The Sherman Antitrust Act (dále též „Sherman Act“).³⁶² Porušení zákazu monopolizace vyžaduje dva prvky: dispozici monopolní silou na relevantním trhu a její svévolné získání či udržení (possession of monopoly power in the relevant market and the willful acquisition or maintenance of that power).³⁶³

Severoamerický koncept monopolního postavení oproti konceptu komunitárnímu a (nyní také) českému totiž zahrnuje schopnost podniku vyloučit soutěž na trhu a obecně vyžaduje tržní podíl 75 % a vyšší. Na tomto místě krátce připomínám (v podrobnostech srov. část 1.2), že podle komunitárního práva může být podnik shledán dominantním, ač disponuje tržním podílem podstatně menším (za určitých podmínek již 40 až 55 %) a není/nemusí být v jeho silách úplně soutěž vyloučit

některých z těchto zemí byla v přepočtu několikrát vyšší než obyvatel České republiky. Rovněž informace z médií se vztahovaly především k drobné klientele bank.

³⁶¹ ÚOHS uvedl, že z pohledu Airtours kritérií nebyly splněny podmínky systému odvetných opatření a absence dostatečné protiváhy. ÚOHS však také shledal, že mezi účastníky řízení nebyla vyloučena „[k]onkurence v takovém rozsahu, aby bylo možno konstatovat, že tito zaujímají kolektivní dominantní postavení na trhu a vystupují tedy fakticky jednotně ve vztahu k třetím subjektům, přičemž nemají motivaci konkurovat si mezi sebou navzájem a odklánět se od společné strategie.“

³⁶² Srov. Sherman Act, ust. § 2.

³⁶³ Rozsudek Nejvyššího soudu USA Grinnell, 384 U.S. 563, 571 (1966).

(„postačí“, když zabrání zachování účinné hospodářské soutěže na trhu). Je tedy patrné, že sítím konceptu monopolního postavení by mohly projít mnohé podniky, které by jinak v prostoru evropském stíhala ona zvláštní odpovědnost (special responsibility),³⁶⁴ v jejímž důsledku by jim mohlo být zakázáno jednání, které by bylo u ostatních soutěžitelů považováno za nezávadné.³⁶⁵

V antitrustovém právu Spojených států je zakázán již samotný pokus o vytvoření monopolního postavení (attempt to monopolize). V komunitárním, resp. českém soutěžním právu pokus o zneužití dominantního postavení k porušení čl. 102 SFEU, resp. ust. § 11 odst. 1 OHS nepostačuje, přestože však stále platí, že jednání, jež lze označit za zneužití dominantního postavení, může být v rozporu s čl. 102 SFEU, i když jím nebyl plně dosažen zamýšlený účinek (typicky eliminace konkurence). V tomto ohledu pak uzavírám, že Sherman Act zakazuje úmyslnou snahu získat (udržet, rozšířit) velkou tržní sílu, ať již procesem monopolizace či pokusem o ni, kdežto komunitární (a české) právo postihuje již získanou tržní sílu (a úmysl není nezbytným prvkem čl. 102 SFEU, resp. § 11 odst. 1 OHS, jedná se o objektivní princip).

Jakkoliv se zdá, že naznačené rozdíly v konceptech monopolního, resp. dominantního postavení a jejich zneužití představují pro dotčené právní systémy nepřeklenutelnou propast, byť představy ochrany hospodářské soutěže zmíněných systémů práva se pochopitelně mohou značně různit,³⁶⁶ nelze se ubránit dojmu, že se spíše jedná o rozdíly teoretického než praktického rázu.

Oba koncepty sledují shodný cíl: jednání „mocných“ podniků, jimž získaná, výrazná až drtivá či totální tržní síla vytváří pozici, kterou se tyto podniky na identickém trhu dále snaží upevnit, popř. ji přenést na trh jiný.

Na podobnosti mezi oběma režimy prosazování soutěžního práva ukazují také vydaná rozhodnutí, když se soustřeďují na potlačování protisoutěžního jednání oněch „mocných“ podniků. Jak vyplývá z literatury,³⁶⁷ případů namířených proti úsilí nedominantních podniků získat monopolní postavení je relativně málo. Tuto skutečnost odůvodňuje fakt, že k tomu, aby byla v dané věci shledána protiprávní monopolizace,

³⁶⁴ Rozsudek ESD 322/81 Michelin, odst. 57.

³⁶⁵ Rozsudek Tribunálu T-111/96 ITT Promedia, odst. 139.

³⁶⁶ Srov. také část 5.3.6.

³⁶⁷ Joelson, M. R. (2006), s. 378.

musí být předtím zjištěno, že dotyčný podnik svévolně získal či si udržel (willfully acquired or maintained) své monopolní postavení na rozdíl od růstu či rozvoje coby důsledku jeho vynikajících výrobků, obchodní prozíravosti nebo historické náhody či příležitosti (as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen or historical accident).³⁶⁸

Není proto překvapivé, že důležité případy, které byly v posledních letech rozhodovány na základě tvrzeného porušení ust. § 2 Sherman Act, měly ve skutečnosti tendenci být spíše případy (evropského) zneužití dominantního postavení.

Např. obvinění ve věci Microsoft³⁶⁹ nespočívalo v tom, že společnost Microsoft protiprávně získala monopolní postavení na trhu operačních systémů pro osobní počítače, nýbrž v tom, že tato společnost zneužila uvedené monopolní postavení k jeho udržení, zatímco se také snažila získat monopolní postavení na trhu jiném (tzn. webových prohlížečů).

Rozsudek ve věci Microsoft bývá v severoamerické antitrustové literatuře označován za milník (landmark) v historii antitrustového práva, který, ač jistě není dokonalý,³⁷⁰ by měl odolat zubu času jako precizní, intelektuálně poctivé a dobře odůvodněné shrnutí antitrustového práva ve vztahu k monopolům. Protipólem se jeví být rozsudek Nejvyššího soudu ve věci Trinko,³⁷¹ zabývající se vztahem antitrustové a telekomunikační regulace a možného rozšíření doktríny essential facilities, kterému je vytýkáno, že propadl při testu pečlivého odůvodnění (test of reasoned elaboration), jednoho z klíčových charakteristických znaků legitimního a přesvědčivého soudního názoru na věc.³⁷²

³⁶⁸ Rozsudek Nejvyššího soudu USA Grinnell, 384 U.S. 563, 571 (1966).

³⁶⁹ Rozsudek federálního odvolacího soudu USA Microsoft Corp., 253 F.3d 34.

³⁷⁰ First, H., Gavil, A. I. (2006).

³⁷¹ Rozsudek Nejvyššího soudu USA Trinko, 540 U.S. 398 (2004). Nejvyšší soud USA nepřisvědčil názoru, že porušení telekomunikačního zákona monopolistou (porušení povinnosti sdílet svou síť s konkurencí) by zakládalo porušení ust. § 2 Sherman Act, když uvedl, že telekomunikační zákon (1996) nezměnil antitrustové právo, ani nepřidal nové nároky a společnost Verizon neporušila dosavadní standardy antitrustového práva (tzn., že stěžovatelé v regulovaných oblastech průmyslu jsou limitováni prostředky, které taková regulace nabízí, bez možnosti uchýlit se k ochraně poskytované antitrustovým právem).

³⁷² Srov. např. Waller, S. W. (2006).

5. Reforma čl. 102 SFEU

5.1 *Důraz na více ekonomický a na následcích založený přístup*

Znění čl. 102 SFEU zůstalo bez ohledu na její četné změny, které ji od roku 1957 provázely, formálně nedotčeno. To však již nelze říci o kontextu, v němž byl čl. 102 SFEU aplikován, neboť ten se změnil enormně.

Kontext, který mám na mysli, zahrnuje nejen samotné rozšíření Evropské unie a jednotného trhu, ale také zásadní změny v podmínkách, ve kterých podniky poskytují své výrobky a služby, v mém chápání změny v podmínkách mechanismů fungování trhu, které se postupem času vyvíjely a byly formovány stále se rozvíjející ekonomickou teorií a jejími důkazy.

V průběhu času se také vyvíjela interpretace čl. 102 SFEU Komisí, pochopitelně za bedlivého dohledu komunitárních soudů.³⁷³

Od konce 90. let minulého století začala Komise na poli čl. 101 SFEU a spojování podniků formulovat a následně též uskutečňovat odlišnou politiku v oblasti soutěžního práva. Tato politika spočívá ve větším důrazu na ekonomický a na následcích založený přístup (economic and effect-based approach).

Nový přístup se tedy měl odklonit od formalistického (per se) přístupu, který spočívá v tom, že Komise, potažmo NSÚ aprobuje či naopak reprobuje celou řadu jednání na základě některých formálních charakteristik takových jednání. Ke konstatování, zda je zkoumané jednání závadným či nikoliv tedy nezáleží na tom, jaké má jednání důsledky, nýbrž zda naplňuje určité formální znaky.

V posledních pěti letech jsme svědky snahy Komise dotáhnout do zdárného konce své úsilí zavést Nový přístup do všech oblastí soutěžního práva Společenství také reformou čl. 102 SFEU.

Reforma čl. 102 SFEU sleduje zřejmý cíl – poskytnout dominantním podnikům jasná a srozumitelná pravidla, jež jim pomohou lépe posoudit, zda jejich konkrétní chování pravděpodobně vyvolá zásah Komise.

³⁷³ Srov. Lowe, P. (2009), str. 2 a 3.

První fázi zavádění Nového přístupu zahájila Komise v roce 2005.³⁷⁴ V prosinci roku 2005 vydala Komise *Diskusní materiál k dominanci* věnovaný jednomu z druhů zneužívajícího jednání – vylučovacím praktikám. Po publikaci *Diskusního materiálu k dominanci* následovalo v průběhu roku 2006 jeho rozsáhlé veřejné projednávání, z něhož vyplynula široká podpora rozšíření Nového přístupu také na pole čl. 102 SFEU. S odstupem dalších dvou let pak Komise své snažení v první fázi zavádění Nového přístupu završila dlouho očekávaným vydáním *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*, tedy dokumentu, který udává tón prioritám Komise při aplikaci čl. 102 SFEU na vylučovací jednání.

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik spatřily světlo soutěžního světa 3. prosince 2008 a byly publikovány v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. února 2009.

Druhá fáze zavádění Nového přístupu by pak měla podle Komise spočívat v přípravě dokumentu pokrývajícího druhý typ zneužívajícího jednání dominantů, a sice vykořisťovací praktiky. Přípravné práce na něm měly být Komisí zahájeny v roce 2009.^{375,376}

Na následujících řádcích převážnou část své pozornosti věnuji *Pokynům pro posuzování vylučovacích praktik*, coby symbolu Nového přístupu.

³⁷⁴ V této souvislosti srov. zprávu EAGCP s názvem „*Economic approach to Article 82*“ a projev komisařky pro hospodářskou soutěž paní Neelie Kroes na Fordham Corporate Law Institute ze dne 23. 12. 2005 na Prezentaci Komise věnované reformě čl. 102 SFEU.

³⁷⁵ Další rozvoj Nového přístupu, stejně tak jako dosavadní přehled všeho podstatného, co se v dané oblasti dosud událo, lze sledovat na Prezentaci Komise věnované reformě čl. 102 SFEU, ze které bylo při přípravě tohoto úvodního slova taktéž vycházeno.

³⁷⁶ V literatuře zaznívaly na adresu takového přístupu kritické hlasy. Rozlišování smyslu čl. 102 SFEU na základě vylučovací či vykořisťovací povahy jednání se spíše jeví být umělým, bez ohledu na fakt, že některá jednání mohou spadat do obou kategorií. Právem se i namítalo, že oddělené prověřování zneužívajícího jednání podle toho, do jaké z kategorií spadá, se může významně projevit na principu právní jistoty. Jakkoliv by totiž byly nakonec vydány odpovídající guidelines (což se stalo skutečností v podobě *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*), nezbylo by podnikům než vedle vyhodnocení svého jednání podle takových guidelines, zhodnotit je také podle tradičních principů vykořisťovacího jednání (např. diskriminace). Spokojit se pouze s tím, že jejich jednání není s guidelines v rozporu, totiž automaticky neznamená, že není vykořisťovacím jednáním. Srov. Mertikopoulou, V. (2007), str. 248.

Pozastavím se však krátce i nad *Diskusním materiálem k dominanci*, zejména z pohledu reakcí, které mezi odbornou veřejností vyvolal.

5.2 *Diskusní materiál k dominanci*

V roce 2005 probral i ty poslední členy odborné veřejnosti ze soutěžní letargie startovní výstřel oznamující začátek revize čl. 102 SFEU Komisí, a to v podobě *Diskusního materiálu k dominanci*. Jeho posláním se stala změna přístupu Komise k článku 102 SFEU tak, aby zapadl mezi effect-based přístup Komisí již uplatňovaný v rámci čl. 101 SFEU a spojování podniků, jak bylo shora popsáno, a začínající se objevovat v řízeních, která Komise tehdy vedla. Zvýšení přehlednosti či srozumitelnosti a předvídatelnosti postupu Komise ve vztahu k čl. 102 SFEU bylo mottem onoho materiálu. Za tímto účelem *Diskusní materiál k dominanci* mezi jiným poskytl podrobný výčet tehdy platného case law Komise a komunitárních soudů a posloužil jako základ pro následnou kritickou revizi činnosti Komise.

V této dílčí kapitole se však všem pasážím *Diskusního materiálu k dominanci* věnovat nehodlám. Důvod je nasnadě – jsou-li *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* jeho historickým vyústěním spočívajícím v zapracování, přepracování či úplném vypuštění některých jeho částí, pak jsou to právě *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, které se staly předmětem mého zájmu.

Jelikož však *Diskusní materiál k dominanci* znamenal onen první, metaforický výstřel Komise, co se Nového přístupu týče, který, jak již bylo zmíněno, vyvolal mezi odbornou veřejností nemalý zájem, bude také zmíněn v rámci kapitoly zabývající se *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* (především coby srovnávací měřítko „zamýšleného, přesto nezpracovaného“).

V rámci této kapitoly směřuji svou pozornost k zásadním reakcím, které *Diskusní materiál k dominanci* po svém zveřejnění vyvolal a které demonstrují hlavní prvky Nového přístupu a přitom je zpravidla lze také vztáhnout na pozdější *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*.

5.2.1 Příliš málo či příliš mnoho ekonomie?

Diskusní materiál k dominanci vzbudil mnoho rozbíhajících se názorů. Tyto názory mají však jedno společné. Vycházejí z vnitřního pnutí, které je *Diskusnímu materiálu k dominanci* vlastní. Pnutí mezi formálním přístupem ke zneužívajícímu jednání, jehož se chce Komise časem oprostít, a effect-based přístupem, jenž je naopak jejím cílem.

Zdůrazňuje-li se takový důraz na ekonomický přístup k vylučovacímu jednání, nabízí se otázka, zda je komunitárnímu právu vlastní, resp. není až příliš odvážný a nebude-li časem „přeekonomizováno“.³⁷⁷

Vydání *Diskusního materiálu k dominanci* předcházela kritika, že se ekonomický přístup v rámci čl. 102 SFEU aplikoval příliš málo. Proto se mj. navrhla efficiency defence, pravidla per se by měla být dokonale nahrazena effect-based přístupem a dominance na trhu by neměla být oddělována³⁷⁸ od samotného zneužití, přičemž vše se mělo udít v rámci dosavadní judikatury komunitárních soudů.³⁷⁹

Přeskočí-li rozbor efficiency defence, který bude následovat v další kapitole, pak rozbohem judikatury nezvratně dospějí k názoru, že s aplikací *per se* přístupu to není až tak vážné, jak by se mohlo na první pohled z *Diskusního materiálu k dominanci* zdát, když komunitární soudy ekonomické aspekty chování dominantních podniků rozhodně neopomíjely a věnovaly jim náležitou pozornost.³⁸⁰

Konečně, nelze ani tvrdit, že by se dosud nějakým způsobem oddělovalo dominantní postavení a jeho zneužití ve smyslu absence vazeb mezi nimi.³⁸¹

V tomto ohledu také stojí za připomenutí názor,³⁸² že důsledným lpěním na principech *Diskusního materiálu k dominanci*³⁸³ se rozsah působnosti čl. 102 SFEU

³⁷⁷ Na následujících řádcích uvádíme spíše kritické pohledy na *Diskusní materiál k dominanci*. Naopak, k jeho obhajobě srov. např. Niels, G., Jenkins, H. (2005), str. 610.

³⁷⁸ Podle některých autorů totiž není třeba dovozovat vazbu mezi dominantním postavením a jeho zneužitím, kdežto z ekonomického pohledu je taková souvislost klíčová. Srov. Dreher, M., Adam, M. (2007), str. 282.

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ Ibid. V této souvislosti srov. také část 3.1.4.

³⁸² Srov. Mertikopoulou, V. (2007), str. 250.

významně omezuje (zejm. tím, že uzavření trhu by nemělo být shledáno protisoutěžním, pokud nebude prokázáno poškození spotřebitelů, zavedením bezpečných přístavů a výjimek apod.) a bude jen obtížnějším shledat jak existenci dominantního postavení, tak i jeho zneužití. Důraz se klade na upřednostňování ekonomických testů, konceptů či analýz před samotným právním rámcem a právní jistotou, přičemž z dosavadní rozhodovací praxe komunitárních soudů plyne, že ekonomická analýza by měla být nahlížena pouze jako komplementární prvek zavedené právní analýzy. Je-li takto odhlíženo od rozhodovací praxe soudů a NSÚ a soudům členských států se předkládají jiné metody hodnocení možného narušení čl. 102 SFEU, pak by to mohlo vést k narušení dosavadního systému přístupu k uvedenému článku.

Lze se nepochybně ztotožnit s názorem, že systém soudní ochrany nemůže být nahrazen sérií fragmentárních ekonomických testů, zejména v případech, kdy s jistotou nemůže být na základě ekonomických modelů předpovězeno, zda dotyčné jednání zvyšuje či snižuje spotřebitelský prospěch,³⁸⁴ a že rozsáhlá ekonomická analýza a pečlivé používání komplikovaných testů může vyústit v dlouhé administrativní procedury s pochybným výsledkem.³⁸⁵

Také zřejmý odklon *Diskusního materiálu k dominanci od* dosavadního nahlížení na samotné dominantní postavení a jeho zneužití jako na jednání ohrožující strukturu trhu, resp. proces hospodářské soutěže jako takové, k předkládanému vázání zneužití na přinesení spotřebitelského blahobytu neodpovídá smyslu čl. 102 SFEU.

Kritizoval se také navrhovaný test stejně výkonného soutěžitele,^{386,387} který by znamenal, že se upřednostňuje zejména výrobní efektivnost a že soutěžní prostředí by neměla poznamenat ztráta méně efektivního (přesto stále dost efektivního) dominantova

³⁸³ Totéž však platí také pro lpění na *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik*.

³⁸⁴ Srov. Mertikopoulou, V. (2007), str. 245.

³⁸⁵ *Ibid.*, str. 251.

³⁸⁶ Což lze také přenést na *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*.

³⁸⁷ Tento test se zavedl pro cenové praktiky. „*Předpokládá se, že vysoce efektivní konkurent bude schopen úspěchu na trhu i přes cenové chování dominanta, zatímco méně efektivní soupeř může být z trhu vytlačen. Všeobecně se za zneužívající má pokládat takové chování dominanta, které je s to vytlačit hypotetického „stejně efektivního“ konkurenta, který má stejné náklady jako dominant. Vyloučit stejně efektivního konkurenta by tedy všeobecně bylo možné jen v případě, že dominant bude uplatňovat ceny pod svými vlastními náklady.*“ Srov. Bejček, J. (2008a), str. 7.

konkurenta na trhu, a tedy snížení úrovně soutěže. Zároveň by tím mohlo dojít k odstrašování nových zájemců od vstupu na trh (ti jsou zpočátku logicky méně efektivní nežli v prostředí se pohybující dominant).³⁸⁸

Na tomto místě podotýkám, že lpění na čistě effect-based přístupu nelze „naroubovat“ na stávající právní rámec zneužití dominantního postavení, když nelze pominout smysl, jenž vedl k potřebě přijetí čl. 102 SFEU: zakotvení zvláštní povinnosti dominantního podniku nezneužívat své postavení na trhu právě kvůli tomu, že takové zneužití v sobě nese nebezpečí pro strukturu trhu, konkurenty, zákazníky a konečně též spotřebitele. V tomto ohledu lze tedy shrnout, že výklad čl. 102 SFEU nelze redukovat na výklad jediného kritéria, kterým je spotřebitelský blahobyt, ale měl by v dlouhodobém horizontu sledovat ochranu hospodářské soutěže jako procesu.³⁸⁹

Zvýšeným důrazem na ekonomizaci soutěžního práva se rovněž kriticky zabývá přední česká literatura, přičemž pověstný trn v oku zde představuje rozsah a jednostrannost ekonomizace přístupu k soutěžnímu právu a jeho ekonomická instrumentalizace. Tak se mezi vytýkanými nedostatky objevují jednostranné prosazování spotřebitelského blahobytu jako cíle soutěžního práva a rezignace na normativní stránku a na dlouhodobé působení soutěžního prostředí v zájmu zachování otevřených trhů, přičemž se dospívá k závěru, že ekonomická efektivnost nedává konečnou odpověď na normativní otázku po cílech soutěžního práva. Stranou nezůstává ani zpochybnění normativního individualismu preferujícího zájmy jednotlivých členů společnosti redukované na krátkodobé zájmy ekonomické. Vedle toho se právem zdůrazňuje, že chráněnou hodnotou mohou být i určitá práva účastníků trhu.³⁹⁰

5.2.2 Posun v definici dominantního postavení a jeho zneužití

Jak jsem již nastínil v předcházejícím výkladu,³⁹¹ pojem dominantního postavení se může jevit matoucím či dvojznačným, když zahrnuje podniky se silnými pozicemi na trhu, za které vděčí své výjimečné výkonnosti či kvalitě svých výrobků

³⁸⁸ Srov. Mertikopoulou, V. (2007), str. 245.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Srov. Bejček, J. (2008a).

³⁹¹ Srov. část 1.1 této práce.

anebo strukturální absenci soutěže, což se venkoncem také odráží v rozhodovací činnosti komunitárních soudů.

Diskusní materiál k dominanci se proto snaží určitým způsobem výše uvedenou nejednoznačnost „usmířit“, ač se mu to příliš nedaří, když oba přístupy k dominanci míchá dohromady, zřejmě veden snahou vyhovět zastáncům jak formalistického (per se) přístupu, tak i více ekonomického přístupu.³⁹²

Diskusní materiál k dominanci představuje především ekonomický přístup k dominanci, což je pochopitelné. Tento ekonomický přístup je pak navázán na tržní sílu, a sice významnou tržní sílu.³⁹³ Při jejím určování má Komise na výběr z několika kritérií,³⁹⁴ která jako by demonstrovala rozpolcenost přístupu k dominanci naznačené shora – na straně jedné nabízí pozici upřednostňující ekonomický přístup vyžadující robustní ekonomickou a dynamickou analýzu, na straně druhé pak mechanické či statické posuzování tržní síly založené na nepřímých indiciích jako tržní podíl a předpokládané soutěžní nebo obchodní výhody.³⁹⁵

Tržní podíly pak znamenají toliko startovní bod pro zjišťování dominantního postavení,³⁹⁶ přestože je z praxe Komise známo, že vysokým tržním podílům často přikládá vysokou váhu.

V předcházejících výkladech jsem přiblížil čtyři základní koncepty dominantního postavení v komunitárním právu a osvětlil, že až do vydání *Diskusního materiálu k dominanci*, resp. *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*, byla dominance uchopována na základě mixu ekonomického konceptu dominance a konceptu dominance coby obchodní síly podniku.³⁹⁷

Z obou uvedených dokumentů je zřejmé, ostatně jak již v této práci několikrát zaznělo, že Komise hodlá v rámci Nového přístupu nasměrovat aplikaci článku 102 SFEU tak, aby odpovídala ekonomickému myšlení. Jinými slovy to znamená, že se má

³⁹² Srov. Dethmers, F., Dodoo, N. (2006), str. 537.

³⁹³ Srov. *Diskusní materiál k dominanci*, odst. 23 a 24. Totéž lze dovodit také u *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*, srov. *ibid.*, odst. 10.

³⁹⁴ Srov. *Diskusní materiál k dominanci*, odst. 24 až 32.

³⁹⁵ Srov. Dethmers, F., Dodoo, N. (2006), str. 538.

³⁹⁶ Srov. *Diskusní materiál k dominanci*, odst. 29. Obdobně *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 13.

³⁹⁷ Srov. část 1.2.

koncept dominance tak, jak byl dosud podáván v komunitární judikatuře, posunout k jeho ekonomickému chápání spočívajícímu na posuzování významné tržní síly. Což je problematické. Problematické v tom, že dominance v pojetí obou dokumentů může snížit počet podniků, které mohou být shledány dominantními, čímž se také následně v praxi omezí koncept zneužití dominantního postavení.³⁹⁸

Z literatury se také podává, že jakkoliv by mohl být posun k chápání dominance coby významné tržní síly vítán, pak Komise nevyužila příležitosti ke stanovení úrovní tržní síly, jejichž dosažení by „spustilo“ aplikaci čl. 102 SFEU.³⁹⁹

Mezi zajímavostí *Diskusního materiálu k dominanci* nepochybně patří ideový návrat⁴⁰⁰ Komise k principu podávanému z rozsudku ESD ve věci Hoffmann-La Roche,⁴⁰¹ a sice že intenzivní a strukturální soutěž je neslučitelná se zjištěním dominantního postavení.⁴⁰² Nicméně, v literatuře se objevila polemika,⁴⁰³ zda měl tento návrat nějakého praktického užítku vzhledem k povaze analýzy tržních podílů a soutěžních výhod v *Diskusním materiálu k dominanci* uvedených, minimálně s přihlédnutím k výsledku ve věci General Electric, kde přítomnost intenzivní soutěže na trhu sice znamenala pro Komisi, resp. Tribunál potvrzení schopnosti společnosti General Electric jednat nezávisle na svých konkurentech, nicméně to nemělo vliv na posouzení dominantního postavení (což byl zcela opačný závěr, než který by se dal ve věci vzhledem k předcházející judikatuře očekávat).⁴⁰⁴

³⁹⁸ Ibid., ve vztahu k tam uváděným případům, kde by mohl ekonomický koncept dominance selhat.

³⁹⁹ Srov. Monti, G. (2006), str. 34.

⁴⁰⁰ Leč návrat dočasný. K opaku srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 10. To je však pochopitelné, neboť se jedná o odraz konstatace Tribunálu ve věci General Electric (v podrobnostech srov. část 1.2).

⁴⁰¹ Srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 71.

⁴⁰² Tedy „intenzivnější“ soutěž, jak jsem si ji pro tyto účely definoval v části 1.2. Srov. *Diskusní materiál k dominanci*, odst. 27 věta poslední (takové ustanovení se však v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* nevyskytuje, ibid., odst. 10).

⁴⁰³ Srov. Dethmers, F., Doodoo, N. (2006), str. 545.

⁴⁰⁴ Srov. rozsudek Tribunálu T-210/01 General Electric, odst. 212 a 213. Uvedený rozsudek je rozebrán taktéž v části 1.2 ve vztahu k tzv. alternativnímu testu dominance.

5.2.3 Přípustná obrana dominantních podniků: koncept obrany objective justification a efficiencies

Na tomto místě považuji za vhodné zdůraznit, že v *Diskusním materiálu k dominanci* se přichází se systémem obrany umožňujícím dominantním podnikům uniknout z osidel Komise, pokud se vylučovacího jednání podle čl. 102 SFEU týče, prokáží-li tyto podniky, že jejich jednání bylo objektivně odůvodnitelné nebo vede k efektivnosti, která převáží negativní dopady jejich jednání na soutěž.⁴⁰⁵

Popisovaný systém obrany lze sice bezpochyby označit za jeden z hlavních motorů Komise při zavádění Nového přístupu, nicméně literatura poukazuje na jeho závažné nedostatky.

Již použití pojmu obrana (defence) se jeví problematickým, protože čl. 102 SFEU neobsahuje nic, co by podpořilo stanovení výjimky podobné té, kterou lze nalézt v čl. 101 odst. 3 SFEU.⁴⁰⁶ S o to větším podivem bylo lze k zavedení efficiencies⁴⁰⁷ přistupovat, uvážím-li, že jak Komise, tak komunitární soudy ve svých rozhodnutích týkajících se čl. 102 SFEU jejich existenci ani nepřipouštěly,⁴⁰⁸ dokonce je možno uvést, že jsou jim cizí.⁴⁰⁹ Efektivním způsobem lze samozřejmě dosáhnout legitimního cíle, ale nelegitimní cíle nelze odůvodňovat přínosy k efektivnosti, neboť by to vedlo k efektivnímu dosahování nežádoucích cílů.⁴¹⁰

Dále je třeba mít na paměti, že obrana efektivností chování, které by jinak bylo považováno ze zneužití, by vedla k popření presumpce illegality takového chování. Růst efektivnosti dominanta znamená další posílení jeho postavení, což v dlouhodobém pohledu potenciálně ohrožuje spotřebitele.⁴¹¹

⁴⁰⁵ Srov. *Diskusní materiál k dominanci*, odst. 77.

⁴⁰⁶ Což však platí také pro *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*.

⁴⁰⁷ V této práci se pokud možno v maximální míře přidržím toho, že termín efficiencies se v antitrustové literatuře používá nejčastěji bez překladu. Dá se připodobnit k přínosu či výhodě, a to jak pro zúčastněné subjekty, tak pro třetí osoby, včetně výhod celospolečenských (přínos k celkovému blahobytu - total welfare). Srov. Bejček, J. (2008a), str. 3.

⁴⁰⁸ Srov. Dreher, M., Adam, M. (2007), str. 279 nebo též části 3.1.5 až 3.1.7.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, str. 282.

⁴¹⁰ Srov. Mertikopoulou, V. (2007), str. 247.

⁴¹¹ Srov. Mertikopoulou, V. (2007), str. 247.

V tomto směru se také v literatuře uvádí,⁴¹² že je třeba provést změnu čl. 102 SFEU, aby byl předkládaný systém obran vůbec uplatnitelným.

Nadto je poukazováno na to, že se pojem obrana běžně užívá pro situace, kdy je zjištěno protiprávní jednání a zůstává na „obviněném“, aby nastalou situaci zvrátil ve svůj prospěch, tj. prokázal, že jeho jednání lze ospravedlnit či přináší výhody, které převažují nad jeho negativy. Což ovšem vede k tzv. dvojúrovňovému přístupu aplikace práva, kdy se v první úrovni zjišťuje porušení pravidel a v úrovni druhé poté přípustnost výjimky.

Jelikož však čl. 102 SFEU neobsahuje žádné výslovné ustanovení o podobné možnosti obrany podniku, jak je tomu naopak v čl. 101 odst. 3 SFEU, podává se z toho, že v zásadě by zkoumání případného objektivního odůvodnění jednání podniku (koncept objective justification) mělo být provedeno Komisí v rámci zjišťování možného zneužití dominantního postavení, jak tomu bylo dosud. V této souvislosti se tudíž hovoří o jednofázovém či jednoúrovňovém přístupu k aplikaci čl. 102 SFEU, dovozovanému také z judikatury komunitárních soudů.

Uvedené má nadto veledůležitou konsekvenci v otázkách důkazního břemene. Na rozdíl od právní úpravy týkající se zakázaných dohod totiž Nařízení 1/2003 neumožňuje přenášení důkazního břemene také pro řízení vedené podle čl. 102 SFEU.⁴¹³ Což však způsobuje, že Komise, NSÚ, popř. ten, kdo tvrdí, že se dominantní podnik dopustil zneužití svého postavení na trhu, nese v tomto ohledu také důkazní břemeno, a proto také možnost zvážit, zda povaha věci umožňuje využití shora konceptu objective justification, vše pod hrozbou, že neunes-li takové břemeno, „ztratí“ případ.

Potud tedy *Diskusní materiál k dominantci*⁴¹⁴ přenesením důkazního břemene pro dovolání se uvedených obran na dominantní podniky zřejmě konstituoval dvoufázový přístup k aplikaci čl. 102 SFEU, podobný struktuře čl. 101 odst. 1 a 3 SFEU, když takové přenesení v případě čl. 102 SFEU nemělo dle literatury právní oporu v Nařízení 1/2003 ani judikatuře, ze které naopak vyplývalo, že se posuzování odůvodněnosti

⁴¹² Srov. Albors-Llorens (2007), str. 1760 a násl.

⁴¹³ Srov. čl. 2 Nařízení 1/2003.

⁴¹⁴ Což však platí také pro *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*.

jednání dominantního podniku odehrávalo v rámci hodnocení zneužívajícího jednání a stíhalo stranu tvrdící takové zneužití.^{415,416}

Diskusní materiál k dominanci rozeznává dvě konstelace objective justification: (i) objektivní nutnost (objective necessity) a (ii) tzv. meeting competition defence.⁴¹⁷

V případě prvním se jedná o situace, kdy jinak závadné chování dominanta je vlastně nezbytným chováním uskutečněným na základě vnějších faktorů nezávislých na zainteresovaných stranách a zejm. na samotném dominantním podniku. Zde se při zvažování, zda je jednání dominanta objektivně nutné a přiměřené, zkoumají činitelé nacházející se vně dominantního podniku. Takovým jednáním pak může být shledáno jednání objektivně nutné z důvodu zdraví nebo bezpečnosti v souvislosti s povahou předmětného výrobku.⁴¹⁸

V případě druhém se pak jedná o chování dominanta, které by jinak bylo shledáno zneužívajícím, leč v daném případě se ve skutečnosti jedná o reakci dominanta na soutěžní chování jiných podniků, a to reakci minimalizující jeho ztráty (uvedené může nastat pouze v souvislosti s možným zneužívajícím jednáním na základě cenové politiky dominanta a striktně se zde vyžaduje test přiměřenosti).⁴¹⁹

Zde zjevně vycházela Komise z judikatury, která takovému členění odpovídá.⁴²⁰ Nicméně, literatura v tomto smyslu namítá, že podmínky, jež musí být obecně pro úspěšné uplatnění uvedených obran splněny, jsou dle judikatury již tak dost

⁴¹⁵ Srov. Albors-Llorens (2007), str. 1755. Uvádí-li se v *Diskusním materiálu k dominanci* v rámci poznámky pod čarou, že přenos důkazního břemene odůvodňuje judikatura (rozhodnutí Tribunálu T-203/01 Michelin II, odst. 111), pak je takové tvrzení přinejmenším odvážné, neboť v odkazované judikatuře takové odůvodnění výslovně nalezeno být nemůže, přičemž se předpokládá, že pokud by měl být dovozen tak závažný názor, jistě by jej Tribunál ve svém rozhodnutí výslovně uvedl. Ibid.

⁴¹⁶ Potvrzením konstrukce předpokládané *Diskusním materiálem k dominanci* se však v mezidobí zřejmě stal rozsudek Tribunálu ve věci T-201/04 Microsoft, který v této souvislosti uvádím v kapitole věnované obranám podle *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* (srov. část 5.3.3.3).

⁴¹⁷ Srov. *Diskusní materiál k dominanci*, odst. 77 až 83.

⁴¹⁸ Ibid., odst. 80, popř. srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 29.

⁴¹⁹ *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* však překvapivě k obraně meeting competition mlčí. Srov. níže část 5.3.

⁴²⁰ Srov. také část 3.1.6.

přísné, načež jejich další zpřísnění Komisí bude mít za následek, že koncept objective justification jen stěží dojde v praxi uplatnění.⁴²¹

Konečně totéž lze připojit k systému efficiencies, přenášejícímu strukturu čl. 101 odst. 3 SFEU do prostředí aplikace čl. 102 SFEU, který bude pro podniky jen stěží splnitelný.⁴²² Není bez zajímavosti, že kriticky se k efficiencies staví také přední česká literatura.⁴²³

5.3 Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik

5.3.1 Úvodní výklad

Obecně je možno konstatovat, že *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* posloužily Komisi k tomu, aby v nich formálně zdůraznila ekonomickou analýzu při posuzování jednostranného vylučovacího jednání podniků. Analýzu založenou na zkoumání následků takového jednání (economic effect-based analysis). Přesto se můžeme v literatuře setkat s názory, že jisté diskrepance Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik spočívají v tom, že přes snahu o zavedení effect-based analysis se v případě uvedeného dokumentu nakonec jedná o kombinaci takové analýzy s formalistickými pozůstatky minulosti.⁴²⁴

Komisi je také vyčítáno, že spíše než otázkám svého přístupu k vymáhání čl. 102 SFEU v budoucnu se věnuje usmíření mezi formalismem starého case law a ekonomickým přístupem jako takovým, což je zjevné již z úvodu *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*,⁴²⁵ kde se připomíná stará mantra zvláštní odpovědnosti dominantních podniků a že držení dominantního postavení samo o sobě není protiprávní, jako by snad o tom bylo nějakých pochyb.⁴²⁶

⁴²¹ Srov. Albors-Llorens (2007), str. 1761.

⁴²² Vzhledem k převzetí systému efficiencies do *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* jsou tyto rozebrány blíže v části 5.3.3.3.

⁴²³ Srov. Bejček, J. (2008a).

⁴²⁴ Srov. Killick, J., Assimakis, K. (2009), str. 1.

⁴²⁵ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 1.

⁴²⁶ Srov. Killick, J., Assimakis, K. (2009), str. 5 a 6.

Ať tak či onak, přijetí effect-based analýzy by mělo mít za následek, že Komise v případě prošetřování možného porušení čl. 102 SFEU odmítne přístup zneužití per se.⁴²⁷ To by však také na druhou stranu znamenalo, že jakékoliv jednání nebude nikdy nebo téměř nikdy dostatečně závadné na to, aby je bylo možno prohlásit za zneužívající per se, nebo naopak nebude tak „malicherné“, aby bylo per se nezávadné. Namísto toho se do budoucna předpokládá, že k rozhodnutí o konečném efektu zkoumaného jednání z pozice čl. 102 SFEU bude třeba zvážit jeho možné negativní (škodlivé následky) a pozitivní (efficiencies) účinky, které by mohlo přinést. Do jaké míry se to Pokynům pro posuzování vylučovacích praktik daří, zůstává v literatuře spornou otázkou.⁴²⁸

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik se zabývají problematikou dominantního postavení v podobě single dominance a tržní síly, stanoví obecný rámec analýzy používaný Komisí při posuzování, zda by měla věnovat svou pozornost rozličným formám chování dominantního vylučujícího ostatní podniky, a popisují aplikaci takového rámce na nejdůležitější typy vylučovacího jednání (predátorské jednání, výhradní odběry, rabaty, vázaný a spojený prodej a odmítnutí dodávek).⁴²⁹

V *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* Komise také shrnuje a objasňuje cíle své politiky na obecné úrovni, načež se konkrétně zaměřuje na řadu

⁴²⁷ Samozřejmě nikoliv bez výjimek pro určité nežádoucí extrémní situace. Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 22, který lze ve shodě se shora uvedeným označit jakou jistou reminiscenci per se přístupu.

⁴²⁸ Jak už tomu v praxi bývá, jsou *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* v této souvislosti vytýkány na straně jedné nemalé nedostatky [neboť údajně spočívají na kusé analýze optimálního výběru právních standardů a velmi nesouměrně (rozuměj, co do obsahu se málo věnují) zachází s možnými efficiencies ve vztahu k možným škodlivým dopadům – srov. Katsoulacos, Y. (2009), str. 6 až 9], na straně druhé je poukazováno na to, že *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* naopak poskytují podnikům jasné vodítko, které faktory za běžného stavu věci vezme Komise v úvahu při poměrování předmětného jednání čl. 102 SFEU, dále že přístup Komise nebude vždy vyžadovat provedení komplexní ekonomické či ekonometrické analýzy (k námitce, že pro podniky je uvedená analýza velmi komplikovaná, tudíž znejišťující), jakkoliv to jsou užitečné nástroje, a uzavírá se, že effect-based přístup v případech posuzování spojení či čl. 101 SFEU k větší nejistotě podniků nevedl. Srov. Lowe, P. (2009), str. 10.

⁴²⁹ Komise se tak v uvedeném materiálu jednak nezabývá vykořisťovacími praktikami jednak kolektivní dominancí a jejím zneužitím, kterým naopak věnovala nikoliv nepatrný prostor v *Diskusním materiálu k dominanci* (srov. odst. 43 až 53 a 74 až 76 *Diskusního materiálu k dominanci*). Srov. odst. 4 a 7 *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*.

klíčových prvků své politiky ve vztahu k jednostrannému jednání podle čl. 102 SFEU. Mezi takovými prvky nalezneme zaměření se na poškození spotřebitele (consumer harm), které patří mezi základní „rozbušky“ vedoucí k intervenci Komise, rozlišování mezi konceptem uzavření trhu (concept of foreclosure), který nemusí nezbytně představovat závadné jednání,⁴³⁰ a konceptem protisoutěžního uzavření trhu (concept of anti-competitive foreclosure), připuštění konceptu objective justification doplněného konceptem efektivnosti (efficiencies) a konečně řadu kritérií, která může Komise použít k tomu, aby na případech různých typů jednání ověřila, zda se může jednat o závadné jednání podniků či nikoliv (jinak řečeno, v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* Komise označuje indikující faktory závadného jednání a též důkazy potřebné k tomu, aby se možným vylučovacím chováním podniků mohla zabývat).

Svým způsobem se *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* stávají i jistou kodifikací minulého a stávajícího case law v oblasti soutěžního práva, jehož interpretace Komisí poskytne NSÚ mnohé cenné informace při aplikaci čl. 102 SFEU.

Ambicí *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* tedy není „stanovit“ právo⁴³¹ či se nějakým způsobem dotknout výkladu čl. 102 SFEU podávaného komunitárními soudy, natož způsobovat jakékoliv právně závazné následky.^{432,433} Přes tuto zjevnou deklaraci nezávaznosti lze však konstatovat, že v praxi budou mít *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* nepochybně vliv velký. Lze totiž předpokládat, že

⁴³⁰ K uzavření trhu pro ostatní podniky totiž může dojít aktivitou dominanta spočívající pouze v jeho výkonech, které budou ve prospěch spotřebitelů. V takových případech tedy nelze hovořit o protisoutěžním uzavření trhu.

⁴³¹ Jak trefně poznamenávají Killick a Assimakis, Komise má při obraně svých rozhodnutí před komunitárními soudy velmi vysokou úspěšnost, když ve vztahu k vynucování článku 102 SFEU za posledních 20 let neztratila jediný případ a celkově má v těchto řízeních úspěšnost 98 %. Takže může zůstat relativně klidná, neboť její zásahy budou posléze potvrzeny komunitárními soudy, byť by to bylo v konfliktu se stávajícími precedenty. Srov. Killick, J., Assimakis, K. (2009), str. 5.

⁴³² Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 3.

⁴³³ Pokud jsem již zmínil otázku ambicí, pak tyto jsou nepochybně oproti ambicím *Diskusního materiálu k dominanci* redukovány. Srov. Killick, J., Assimakis, K. (2009), str. 2.

se účastníci řízení budou tohoto materiálu dovolávat jako určitého právně-ekonomického standardu pro posuzování zneužívající povahy jejich jednání.⁴³⁴

Ostatně, jakkoliv by se měla praxe Komise v důsledku vydání *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* změnit, nemění to nic na tom, že Komise stále bude muset jednat v souladu s rámcem čl. 102 SFEU, jak byl dosud interpretován komunitárními soudy.⁴³⁵

Závěrem tohoto úvodního výkladu shrnuji či opakuji, že *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* v obecných pojmech potvrzují záměr Komise soustředit svou pozornost při vydávání rozhodnutí v oblasti čl. 102 SFEU především na jednání podniků mající potenciál poškodit spotřebitele a zvažovat možné ekonomické přínosy jinak závadného protisoutěžního jednání veskrze podobně, jak dosud činila při poměrování dohod kritérii čl. 101 odst. 3 SFEU a podle Nařízení 139/2004.⁴³⁶

5.3.2 Rekalibrace pojmu dominantního postavení

Než zmíním zásadní ekonomické koncepty, stojící v základech *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*, hodlám úvodem „předsadit“ a přiblížit změnu neméně významnou. Z pohledu vymezení samotného dominantního postavení je totiž možno v souladu s literaturou⁴³⁷ podotknout, že v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* dochází k rekalibraci tohoto pojmu.

⁴³⁴ Příkladem budiž případ České dráhy, ve kterém se účastník řízení *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*, resp. toho, aby podle nich ÚOHS postupoval, dovolával. Srov. rozhodnutí předsedy ÚOHS sp. zn. R 155/09 (České dráhy).

⁴³⁵ V tomto duchu srov. stanovisko Generální advokátky J. Kokott ve věci C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, odst. 28.

⁴³⁶ Lze souhlasit s názorem, že rabaty a vázané a spojené prodeje mohou být prostředky pro zdravou hospodářskou soutěž (mohou přinášet např. úspory z rozsahu nebo přinášet na trh produkty inovativními způsoby) a dokud bude hospodářská soutěž sloužit ku prospěchu spotřebitelů, měly by být dominantní podniky oprávněny tvrdě o své zákazníky soutěžit, byť by to mělo znamenat, že podniky, které neposkytují spotřebitelům takový přínos, by měly trh opustit. Srov. Lowe, P. (2009), str. 3 a 4 a též *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 6.

⁴³⁷ Srov. Gutermuth, A. (2009), str. 2.

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik totiž „zhušťují“ pojem dominance do formulace, že k tomu, aby byl podnik dominantním, musí po určitou dobu disponovat významnou tržní silou.⁴³⁸ Do popředí se zde tedy významně dostává prvek času, přičemž zpravidla bude postačovat období dvou let, byť mohou být v závislosti na okolnostech případu zvažována též delší či kratší období.⁴³⁹

Významné tržní síle se pak dominant těší v případech, kdy nečelí účinným soutěžním tlakům vyvolávaným existujícími konkurenty, hrozbou jejich expanze či vstupem nových konkurentů na trh, vyrovnávací kupní silou svých zákazníků (countervailing buying power) nebo jinými zdroji.⁴⁴⁰

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik také obsahují nové „soft“⁴⁴¹ pravidlo bezpečného přístavu (safe harbour), v němž budou moci zakotvit podniky s tržním podílem nižším než 40 %, když v takovém případě není podle Komise pravděpodobné, že by byly podniky dominantními.⁴⁴² Ve vztahu k tržním podílům vyšším 40 % naopak Komise vyjadřuje zvýšenou otevřenost přijmout ideu, že vysoké tržní podíly nezbytně nemusí být znakem dominantního postavení. Ostatně, tržní podíly jsou charakterizovány „pouze“ jako první užitečné náznaky struktury trhu, přičemž vyšší význam se přikládá podmínkám relevantního trhu, zejména dynamice trhu, míře odlišnosti výrobků a vývoji podílů na trhu v čase.⁴⁴³ Konečně, *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* již také nepovažují za velmi pravděpodobné zaujetí dominantní pozice na trhu v případech, kdy na něm podnik překročí 50% podíl.⁴⁴⁴ Sečteno, podtrženo: *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* zvyšují šance podniků

⁴³⁸ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 10.

⁴³⁹ *Ibid.*, odst. 11.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, odst. 12.

⁴⁴¹ V *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* Komise preferuje nahlížení tržních podílů coby prvních užitečných náznaků struktury trhu a relativního významu podniků působících na trhu než klasických safe harbour. Dovolil jsem si proto použít spojení soft safe harbour.

⁴⁴² *Ibid.*, odst. 14.

⁴⁴³ *Ibid.*, odst. 13.

⁴⁴⁴ Jakkoliv *Diskusní materiál k dominanci* vycházel z opaku (srov. *Diskusní materiál k dominanci*, odst. 31) a jakkoliv byl až dosud ve světle judikatury právě 50% podíl na trhu předpokladem pro držení dominantního postavení na trhu. Srov. rozsudek ESD 62/86 AKZO, odst. 60.

s významnými tržními podíly, že na ně nebude Komisi nahlíženo jako na podniky dominantní se všemi konsekvencemi z toho vyplývajícími.

5.3.3 Zásadní ekonomické koncepty Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik

V souladu s literaturou⁴⁴⁵ lze konstatovat, že *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* spočívají na třech důležitých ekonomických konceptech, a sice (i) protisoutěžního uzavření přístupu konkurentů k dodavatelům či spotřebitelům, (ii) hypotetického konkurenta stejně výkonného jako dominantní podnik (as efficient competitor), který by měl být před uzavřením trhu chráněn a (iii) ekonomické efektivnosti (efficiencies), jež je s to ospravedlnit jinak protisoutěžní jednání dominantních podniků.

5.3.3.1 Protisoutěžní uzavření trhů

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik přicházejí s novým pojmem protisoutěžního uzavření trhu. Koncept zneužívajícího jednání pro všechny typy vylučovacích praktik tam popisovaných totiž vychází z toho, že takové jednání musí vést právě k onomu protisoutěžnímu uzavření trhu. Protisoutěžní uzavření trhu charakterizují dva zásadní prvky: (i) uzavření trhu, které nastane tehdy, činí-li dominant svým stávajícím či potenciálním konkurentům přístup k zákazníkům obtížnějším či dokonce nemožným a (ii) poškození spotřebitelů z takového uzavření vyplývající.

Důraz na poškození spotřebitelů představuje úhelný kámen pohledu *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*.⁴⁴⁶ V této souvislosti se totiž předpokládá, že Komise

⁴⁴⁵ Srov. Botteman, Y., Ewing, K. P. (2009), str. 5.

⁴⁴⁶ Srov. Gutermuth, A. (2009), str. 4, kde autor popisuje také období příprav tohoto konceptu, kdy se vedla poměrně intenzivní diskuze, zda zneužití bude moci být nalezeno pouze na základě toho, že posuzované jednání má podstatný negativní dopad na strukturu trhu či proces soutěžení jako takový (což by jinak odpovídalo dosavadní praxi jak Komise, tak komunitárních soudů), nebo bude třeba navíc prokázat pravděpodobné poškození spotřebitelů v důsledku takového jednání. Výsledek disputací

zaměří své úsilí v oblasti vynucování čl. 102 SFEU na vylučovací jednání, jež vedou k poškození spotřebitelů.

Co se protisoutěžního uzavření přístupu konkurentů k dodavatelům či spotřebitelům týče, pak zde Komise předpokládá, že její prosazování čl. 102 SFEU bude zaměřeno na ta nejběžnější a nejzávažnější jednání poškozující spotřebitele, přičemž bude dbát na ochranu procesu soutěže, resp. na to, aby rozhodující záležitostí byla ochrana účinné hospodářské soutěže, nikoliv pouze ochrana konkurentů a už vůbec ne, či mírněji řečeno ještě méně těch, kteří přinášejí spotřebitelům menší prospěch.⁴⁴⁷

Dalo by se tedy očekávat, zaměřuje-li Komise svou pozornost tolik směrem ke spotřebitelům, že v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* nabídne „nějaký“ z testů, na základě kterého by se zjišťovalo poškození spotřebitelů. Nebo by mohla požadovat zvláštní důkazy k prokázání toho, zda posuzované jednání vedlo či může pravděpodobně vést ke zvýšení cen, menšímu výběru spotřebitelů či inovacím, tedy jinak typickým ukázkám poškození spotřebitele.

Nic takového se však neděje a neblahé dopady na spotřebitelský blahobyt jsou dovozovány z (obecného) konceptu pravděpodobného uzavření trhu narušujícího hospodářskou soutěž.⁴⁴⁸ Nevyžaduje se tedy nějaký specifický důkaz, který by měl prokázat pravděpodobné poškození spotřebitelů v důsledku protisoutěžního jednání podniků, nýbrž Komisi postačí „běžné“ indikátory jako postavení dominantního podniku, podmínky na relevantním trhu, postavení konkurentů dominantního podniku a zákazníků nebo dodavatelů vstupů, rozsah údajného zneužívajícího jednání a z důkazů ty, které se případně týkají skutečného uzavření trhu nebo přímo prokazují případnou strategii k vyloučení ostatních soutěžitelů,⁴⁴⁹ což spíše vypovídá o hledání důsledků zneužívajícího jednání na straně ostatních konkurentů, resp. jeho negativním dopadu na strukturu trhu, než že by se to týkalo samotných spotřebitelů. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* tak Komisi ponechávají poměrně široké pole působnosti pro to, aby mohla poškození spotřebitele dovést z nežádoucích dopadů jednání dominanta na

zachycený v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* je klasickým kompromisem mez oběma uvedenými přístupy.

⁴⁴⁷ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 6 a 7.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, odst. 20.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

strukturu trhu. Uvedené soustředění se Komise při její analýze možných škodlivých dopadů na otázku vyloučení a nikoliv otázku poškození spotřebitelů je Komisi také po právu vytýkáno literaturou.⁴⁵⁰

V této souvislosti se lze ztotožnit s názorem, že Komise koncepty uzavření trhu a poškození spotřebitele poněkud „odbyla“, pokud se analytického přístupu k uvedené problematice týče.⁴⁵¹ Pokud jsem totiž shora vyjmenoval klíčové indikátory, na jejichž základě bude Komise obecně dovozovat protisoutěžní uzavření trhu, není z takového výčtu zřejmé, které z nich vypovídají o otázce uzavření trhu a které naopak o poškození spotřebitele. Nadto se jedná o indikátory, jež by mohly být součástí běžné analýzy struktury trhu.⁴⁵²

5.3.3.2 *Koncept „as efficient competitor“*

Koncept stejně výkonného soutěžitele alias hypotetického konkurenta stejně výkonného jako dominantní podnik (as efficient competitor) hodlá Komise používat jako měřítko pro to, zda je jednání dominanta založené na cenách již jednáním zneužívajícím či nikoliv.

Významnou podporu uvedeného konceptu v tomto ohledu opět zaujímá poškození spotřebitele coby, jak bylo výše rozebráno, jeden z pilířů konceptu protisoutěžního uzavření trhu.

Komise totiž míní zasahovat pouze tehdy, jestliže dotyčné chování dominantního podniku může narušit či dokonce již narušuje hospodářskou soutěž ve vztahu k soutěžitelům, kteří jsou pokládáni za stejně výkonné jako samotný dominantní podnik.⁴⁵³ Popsáno jinými slovy, cenová politika dominantního podniku nebude zpravidla shledávána jako ústící v poškození spotřebitele, tudíž vyžadující zásah

⁴⁵⁰ Srov. Katsoulacos, Y. (2009), str. 9.

⁴⁵¹ Srov. Gutermuth, A. (2009), str. 4.

⁴⁵² Pouze v případě odmítnutí dodávek pracují *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* s jasnou dvojfázovou analýzou, když předpokládají uzavření trhu (vyloučení účinné soutěže na navazujícím trhu) a poškození spotřebitele. Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 85 a 86 až 88.

⁴⁵³ *Ibid.*, odst. 23.

Komise dle čl. 102 SFEU, bude-li mít za účinek „pouze“ uzavření trhu pro soutěžitele, kteří budou méně výkonní než dominantní podnik.⁴⁵⁴

Myšlenku, na níž je tento koncept založen, výstižně popisují Botteman a Ewing, když ji shledávají v zachování intenzivní cenové soutěže, aniž by bylo dominantním podnikům bráněno v nabízení nízkých cen, které nejsou cenami zneužívajícími.⁴⁵⁵

5.3.3.3 *Způsoby přípustné obrany podniků*

Konečně poslední ze shora popsanych, zásadních prvků *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* představuje koncept přípustné obrany, ospravedlňující jinak nežádoucí chování dominantů.

Takovou obranu je možné spatřovat jednak v institutu objective justifications, který jsem shora již přiblížil, v podání uvedeného dokumentu označovaného jako objektivní nutnost (objective necessity), jednak v institutu efektivnosti (efficiencies).

Ospravedlnění jednání dominantního podniku jeho objektivní nutností neznámá ve vztahu k dosavadní praxi Komise cosi převratného či revolučního. Komise bude stále přihlížet k tomu, zda je jednání dominanta skutečně nezbytné a přiměřené ve smyslu dosavadní judikatury.⁴⁵⁶ Přičemž platí, že podniky budou muset objektivní nutnost prokázat.

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik na rozdíl od *Diskusního materiálu k dominanci* se však ani slovem nezmiňují o tzv. meeting competition obraně,⁴⁵⁷ což

⁴⁵⁴ Za určitých okolností se však také připouští ochrana méně výkonného soutěžitele. Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 24. V tomto ohledu srov. také část 5.2. V odůvodnění, proč si Komise ponechala pravomoc šetřit možné porušení čl. 102 SFEU také v případech nepodléhajících testu stejně výkonného soutěžitele, se lakonicky uvádí, že popisovaný test je stejně jako celý koncept *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* pouze indikativním a že za určitých podmínek může být spotřebitele poškozujícím, tedy protisoutěžním také jednání vylučující méně výkonné soutěžitele. K příkladu takových zásahů se např. uvádí situace superdominance, kde je potřeba zachovat soutěžní podmínky k tomu, aby bylo zabráněno monopolizaci. Srov. Lowe, P. (2009), str. 9.

⁴⁵⁵ Srov. Botteman, Y., Ewing, K. P. (2009), str. 6.

⁴⁵⁶ V podrobnostech srov. část 3.1.6 Koncept objective justification a přiměřenosti.

⁴⁵⁷ Jak jsem již shora přiblížil, *Diskusní materiál k dominanci* totiž rozeznával dva druhy objektivně odůvodněného jednání podniků (objective justification): (i) objektivní nutnost (objective necessity) spočívající na vnějších faktorech, tj. faktorech netýkajících se dotčených podniků, zejm. podniku

poněkud znesnadňuje dominantním podnikům jejich soutěžní život, neboť by nepochybně uvítaly výslovné stanovisko Komise, zda jsou oprávněny srovnat své ceny s cenami konkurenčními, byť by to znamenalo ceny podnákladové.⁴⁵⁸

Efficiencies však již lze považovat za velmi důležitý inovativní prvek Nového přístupu v oblasti čl. 102 SFEU.⁴⁵⁹ Není tomu totiž tak dávno, co převažoval pohled, že čl. 102 SFEU neskýtá prostor pro možný způsob obrany dominantního podniku prostřednictvím efficiencies.^{460,461}

dominantního a (ii) tzv. meeting competition defence, která odůvodňovala jinak závadné jednání tím, že se v podstatě jednalo o reakci minimalizující ztrátu způsobenou soutěžním jednáním jiných podniků.

⁴⁵⁸ V níže rozebíraných případech Wanadoo, resp. France Télécom však Komise a po ní také Tribunál dospěly k závěru neexistence „absolutního práva ekonomického subjektu přizpůsobit se v dobré víře cenám dříve uplatňovaným jedním z jeho soutěžitelů, pokud jsou takové ceny nižší nežli náklady takového subjektu,“ byť v té souvislosti Tribunál připomněl, že je pravdou, že „přizpůsobení se podnikem v dominantním postavení cenám soutěžitelů není samo o sobě zneužívající nebo sankcionovatelné, nemůže být vyloučeno, že se takovým stane, pokud se netýká pouze ochrany jeho zájmů, avšak jeho cílem je posílit toto dominantní postavení a zneužít jej.“ Srov. rozsudek Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 182 až 187. S tím však nesouhlasil generální advokát J. Mazák, který vyslovil názor, že by měly existovat případy, kdy by byl dominantní podnik výjimečně oprávněn prokázat, že jeho ceny nastavené pod průměrnými variabilními náklady jsou objektivně ospravedlnitelné. Srov. stanovisko generálního advokáta J. Mazáka ve věci C-202/07 P France Télécom, odst. 95. ESD se však, podobně jako v případě problematiky recoupment, přiklonil na stranu Komise a Tribunálu, když konstatoval, že dominantní podnik „nemůže uplatňovat absolutní právo přizpůsobit se cenám svých soutěžitelů, aby odůvodni[[l] své chování, pokud takové chování představuje zneužití dominantního postavení.“ Srov. rozsudek ESD C-202/07 P France Télécom, odst. 47. Jakkoliv to z obou rozsudků komunitárních soudů není zcela zřejmé, je možné se přiklonit k tomu, že oba soudy (na rozdíl od Komise) nezastávají názor, že meeting competition je vždy nepřipustnou reakcí dominantanta, poklesnou-li ceny dominantního podniku pod průměrné variabilní náklady či průměrné celkové náklady. V projednávaném případě byly totiž soudy výrazně ovlivněny skutečností, že z interních materiálů společnosti Wanadoo vyplývalo, že účelem stanovení podnákladových cen byl záměr získat a udržet silné dominantní postavení. Lze proto spekulovat nad výsledkem řízení nebýt takových důkazů. Nicméně, kloním se k závěru, že meeting competition defence by bylo vhodné za určitých podmínek považovat za právoplatnou obranu při některých případech uplatňování below-cost cenových praktik.

⁴⁵⁹ Srov. již *Diskusní materiál k dominantanci*, odst. 84 až 92.

⁴⁶⁰ Srov. Gutermuth, A. (2009), str. 7.

⁴⁶¹ V tomto ohledu srov. také kritiku efficiencies snesenou v rámci pojednání o *Diskusním materiálu k dominantanci* (část 5.2), kterou lze přenést i na pole *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*. Zdá se však, že Komise setrvala na popisovaném systému prokazování také s přihlédnutím k závěrům Tribunálu

Inspirace efficiencies v čl. 101 odst. 3 SFEU či Nařízení 139/2004 je zjevná. Prokáží-li totiž dominantní podniky, že jejich jinak závadné jednání vede k podstatně vyšší efektivnosti, která převažuje nad případnými protisoutěžními účinky na spotřebitele,⁴⁶² tedy nevzniká „čisté“ poškození spotřebitele, bude je možné považovat za objektivně odůvodněné a nevyžadující zásah Komise. Efficiencies nebude zpravidla možné dovést v případech chování vylučujícího ostatní soutěžitele zachovávajícího, vytvářejícího či posilujícího tržní postavení blížící se monopolu.⁴⁶³

5.3.4 Náklady dominanta a jeho cenová politika

Klíčový test, podávaný v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik*, porovnává dominantovy náklady s prodejními cenami posuzovaných produktů. Za prvotní signál pro podezření, že dominant může stanovovat zneužívající ceny, bude

ve věci Microsoft, kde bylo konstatováno, že „[...] [i] když důkazní břemeno prokázat existenci okolností představujících porušení článku [102 SFEU] nese Komise, přísluší nicméně dotčenému podniku v dominantním postavení, a nikoliv 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.“ Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 (Microsoft), odst. 688. Nabízí se zde tedy paralela s důkazním břemenem podle čl. 101 odst. 3 SFEU, které bylo také nejdříve dovozeno v rozhodovací činnosti a teprve poté legislativně ukotveno v čl. 2 Nařízení 1/2003.

⁴⁶² Což dominantní podnik prokáže, když (i) v důsledku jeho chování bylo nebo pravděpodobně bude dosaženo vyšší efektivnosti, (ii) chování je nezbytně nutné k dosažení takovéto vyšší efektivnosti, (iii) pravděpodobná vyšší efektivnost převáží nad pravděpodobnými nepříznivými účinky na soutěž a prospěch spotřebitelů a konečně (iv) chování nevylučuje účinnou hospodářskou soutěž tím, že odstraní všechny stávající zdroje skutečné nebo potenciální soutěže nebo jejich většinu. Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 30. V literatuře se objevují výtky, že jakkoliv se Komise snažila koncept objective justification a obrany prostřednictvím efficiencies více systematizovat, tím více je obtížnějším při jeho využívání uspět, neboť ony čtyři předpokládané a shora popsání podmínky postrádají flexibilitu, zejména poslední z nich (nebude-li totiž naplněna, pak i sociálně žádoucí jednání přinášející efficiencies bude stále zakázáno). Srov. Killick, J., Assimakis, K. (2009), str. 6.

⁴⁶³ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 30. V této souvislosti je vhodné připomenout, že *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* nestanoví nejvyšší úroveň tržního podílu, která by zpravidla vylučovala aplikaci efficiencies.

Komise považovat skutečnost, že se takové ceny pohybují pod úrovní nákladů. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* proto operují se dvěma referenčními hodnotami pro porovnání nákladů, pomocí nichž má být zjištěno, zda ceny stanovované dominantním podnikem jsou již tak nízké, že vylučují právě onoho stejně výkonného konkurenta z trhu. Těmito hodnotami jsou *průměrné* eliminovatelné náklady (average avoidable cost, dále též „AAC“) a dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady (long-run average incremental cost, dále též „LAIC“). Komise považuje ceny nižší než AAC⁴⁶⁴ za ceny krátkodobě způsobující ztrátu (dominant jimi obětuje své zisky), jež může mít na straně stejně výkonného soutěžitele odstrašující účinek či jej dokonce vyloučit z trhu, čili za protisoutěžním způsobem uzavírající trh.⁴⁶⁵

LAIC zpravidla převyšují AAC⁴⁶⁶ a z důvodu použité Komisí v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* lze dovést, že Komise bude zpravidla za hranici mezi přijatelným a nepřijatelným stanovováním cen dominantním podnikem považovat právě LAIC. Totiž, prodejní ceny vyšší než LAIC běžně nebudou stejně výkonným soutěžitelům uzavírat trh. Poklesnou-li však pod LAIC, vyžádá si konstatování protisoutěžního uzavření trhu podrobnější analýzu. Důsledky pádu prodejních cen dominantanta pod jeho AAC jsou pak podány výše.

5.3.5 Ekonomická analýza Komise v podmínkách jednotlivých vylučovacích praktik

V *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* se Komise zabývá těmito specifickými formami vylučovacího jednání: (i) výhradními dohodami (exclusive dealing), (ii) vázaným a spojeným prodejem (tying and bundling), (iii) predátorským jednáním (predation) a (iv) odmítnutím dodávek a zmenšováním rozpětí (refusal to

⁴⁶⁴ Když AAC, zjednodušeně řečeno, obsahují veškeré náklady, kterým by mohlo být zabráněno, kdyby se dominantní podnik nedopustil uvedeného cenového jednání. AAC budou často odpovídat průměrným variabilním nákladům. Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 26.

⁴⁶⁵ Ibid.

⁴⁶⁶ Protože LAIC obsahují náklady, kterým nemohlo být zabráněno zdržením se posuzovaného jednání. LAIC se rozumí průměr všech (variabilních i fixních) nákladů tížících podnik při výrobě určitého výrobku; často budou odpovídat průměrným celkovým nákladům. Ibid.

supply and margin squeeze). Jejich výklad však pro větší názornost přináším v následující kapitole zabývající se jednotlivými formami zneužívajících praktik.⁴⁶⁷

5.3.6 Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik v mezinárodním kontextu soutěžního práva

Závěrem této dílčí kapitoly si dovoluji v krátkosti konstatovat, že svého času bylo aktuálním srovnání vizí *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* s vizemi jiného dokumentu neméně důležitého významu, který byl ve stejném období publikován na druhé straně Atlantiku, a sice se *Zprávou ke zneužívajícímu jednání*.

S ohledem na to, že *Zpráva ke zneužívajícímu jednání* byla po přibližně 9 měsících od své publikace stažena a nyní již tedy nepředstavuje (oficiální) politiku Ministerstva spravedlnosti Spojených států amerických,⁴⁶⁸ omezím se, s přihlédnutím k literatuře,⁴⁶⁹ pouze na stručná, shrnující konstatování. Konstatování prokazující, že jakkoliv oba dokumenty vycházely z podobných ekonomických konceptů a teorií a do jisté míry odstranily rozdíly v mezinárodním pohledu na pravidla upravující jednostranná jednání podniků, dospěly v podstatných otázkách ke značně se odchylojícím představám o prosazování soutěžního práva v boji proti dominantním podnikům.

Obecně řečeno, *Zpráva ke zneužívajícímu jednání* vycházela z předpokladu, že zásahy do soutěžního prostředí by měly být prováděny soutěžními orgány zdrženlivě a v tomto smyslu také stanovila nepoměrně vyšší standardy pro zásah.⁴⁷⁰

V jednotlivostech lze pak připomenout, že *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* nepřikládají takovou váhu prokazování skutečné újmy spotřebitelům jako *Zpráva ke zneužívajícímu jednání*, když Komisi postačuje prokázat, že dotyčné jednání pravděpodobně vyústí v protisoutěžní uzavření trhu.

⁴⁶⁷ Srov. kapitolu 6. této práce.

⁴⁶⁸ Zřejmě pro svou přílišnou vstřícnost k podnikům (srov. prohlášení ministerstva o stažení zprávy ze dne 11. 5. 2009, dostupné na http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2009/245710.htm; naposledy navštíveno 31. 12. 2010).

⁴⁶⁹ Srov. Botteman, Y., Ewing, K. P. (2009), str. 15.

⁴⁷⁰ Srov. Lowe, P. (2009), str. 12.

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik poměrují potenciální protisoutěžní účinky s navrženými prosoutěžními přínosy předmětného jednání, kdežto *Zpráva ke zneužívajícímu jednání* shledává dotyčné jednání protiprávním toliko tehdy, jestliže újma je podstatně nepřiměřená prosoutěžním přínosům.

Konečně, ve vztahu k jednání týkajícímu se cenové politiky dominantních podniků lze vzít v případě *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* za bernou minci, zda vést v dané věci vyšetřování ohledně pravděpodobných vylučovacích účinků jednání či nikoliv, měřítko představované LAIC, zatímco *Zpráva ke zneužívajícímu jednání* v tomto ohledu upřednostňuje AAC.

5.3.7 Závěrečné poznámky

Ve vztahu k *Pokynům pro posuzování vylučovacích praktik* lze v rámci této dílčí kapitoly v souladu s literaturou uzavřít,⁴⁷¹ že jejich výrazný přínos pro podniky představuje fakt, že nyní existuje (jeden celistvý) dokument, který vystihuje přístup Komise k vylučovacímu jednání. Už proto do jisté míry znamenají další posílení právní jistoty a posouzení pravděpodobnosti zásahu Komise.

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik pracují s, na pohled velmi přístupným, vzorcem možného zásahu proti vylučovacímu jednání dominantních podniků: Komise (i) po zjištění, zda podnik zaujímá na trhu dominantní postavení, provede (ii) sérii posouzení, zda je zkoumané jednání možno považovat za protisoutěžní uzavření trhu (tedy poškozující spotřebitele),⁴⁷² přičemž dospěje-li k pozitivnímu závěru, (iii) otevírá se prostor pro samotné podniky, aby v rámci své obrany (objektivní nutnost, efficiencies) přesvědčily Komisi, že jejich jinak závadné jednání je relevantně obhájitelné.⁴⁷³

Důraz kladený *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* na následky jednání dominantních podniků zcela nepochybně představuje odklon od přístupu posuzování

⁴⁷¹ Srov. Gutermuth, A. (2009), str. 12.

⁴⁷² V této souvislosti se hovoří o testu spotřebitelského blahobytu (consumer welfare balancing test), jehož výsledek právě může učinit zkoumané jednání protisoutěžním či naopak. Srov. Lowe, P. (2009), str. 11.

⁴⁷³ Ibid., str. 5 až 8.

zneužívajícího jednání založeného na pouhém naplnění několika formálních znaků. Přestože lze mít jisté výhrady k tomu, že reminiscence per se přístupu ke zneužití by se v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* daly ještě vypátrat, je možno obecně souhlasit s tím, že nevyjímají žádné z jednání z individuálního posuzování každého případu na základě toho, že je považováno za per se nedovolené.⁴⁷⁴

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik na straně jedné poskytují „podezřelým“ podnikům s významnými tržními podíly větší možnosti obrany, na straně druhé však již do budoucna nebude stačit, aby byly postačujícími pouze důkazy, prokazující možnost „obyčejného“ (a nikoliv tedy protisoutěžního) uzavření trhu.

Vedle nepochybných přínosů však *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* vykazují i zřejmá negativa.

Krom negativ zmíněných již v rámci pasáže o *Diskusním materiálu k dominanci* [zejm. absence právního základu pro efficiencies, přehnaný (?) důraz na ekonomickou analýzu a ochranu spotřebitele, opuštění tradiční konceptu dominance a jeho přechod na posuzování významné tržní síly] přenesených také do *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* lze poukázat také na další. Potenciálním dominantním podnikům totiž nezbude než nadále čelit určité nejistotě, co se posuzování jejich určitého obchodního jednání jako možného zneužívajícího jednání týče. Hodnocení vlastního jednání podnikem samotným totiž zpravidla nepostihne celou šíři komplikované analýzy, kterou v dané souvislosti *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* předpokládají. Obtíže může činit také prokazování efficiencies.

Prvkem, jenž může rovněž nezanedbatelným způsobem přispívat k nejistotě na straně podniků, zůstává významný prostor, ve kterém se Komise může pohybovat, bude-li zvažovat, k jakému z důkazů ve věci přihlédne, ale také jakou váhu přisoudí jednotlivým faktorům, jež představují část jejího hodnocení případu.

Konečně, jakkoliv se podniky mohou dokonale přizpůsobit *Pokynům pro posuzování vylučovacích praktik*, nelze pominout riziko, že navzdory tomu bude jejich jednání v očích NSÚ a soudů členských států stále závadným, když tyto uplatní ve vztahu k jednostrannému jednání podle čl. 102 SFEU přísnější přístup.^{475,476}

⁴⁷⁴ Srov. Lowe, P. (2009), str. 12.

⁴⁷⁵ Což by za stávajícího stavu mohl být např. případ Německa. Srov. Guterth, A. (2009), str. 13.

Závěrem tak nezbyvá než shrnout, že, měřeno pohledem dosažení vize zavést Nový přístup na pole čl. 102 SFEU, učinila sice Komise v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* nezbytný krok kupředu, nicméně tak ambiciózní cíl, který si v nich vytkla, tzn. zajistit větší srozumitelnost a předvídatelnost a pomoci podnikům lépe posoudit, zda určité chování pravděpodobně povede k jejímu zásahu na základě článku 102 SFEU, snad a priori ani naplněn být nemohl. Správnost této volby tak zůstává diskutabilní.

6. Jednotlivé formy zneužívajících praktik

Předmětem této dílčí kapitoly je vyústění předcházejících výkladů týkajících se obecných otázek dominantního postavení a jeho zneužití jak v systému komunitárního, tak i v systému českého práva do konkrétních podob zneužívajícího jednání.

Veden dosavadní výstavbou této práce publikace pojmu stejným způsobem i tuto dílčí kapitolu, když její podstatnou část věnuji přiblížení relevantní judikatury komunitárních soudů, resp. rozhodnutí Komise a část menší případům z české praxe, které považuji za významné.

Budu postupovat tak, že ke každé komentované skupině případů zneužívajících praktik nejprve uvedu dosavadní komunitární úpravu, naváží postojem Komise vyplývajícím z *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* a každou dílčí kapitolu pak uzavřu relevantní českou právní úpravou a judikaturou.

Specifickým otázkám aktuálního českého soudnictví v otázkách zneužití dominantního postavení pak věnuji samostatný příspěvek.

Při takto zvoleném postupu se pochopitelně nevyhnu překrývání, opakování či tříštění některých témat. Např. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* charakterizuje jejich specifická struktura upravující např. odmítnutí dodávek (včetně problematiky essential facilities či odmítnutí přístupu k právům duševního vlastnictví) a margin squeeze společně. Česká právní úprava pak přímo v OHS obsahuje samostatné skutkové podstaty týkající se predátorského jednání či přístupu k essential facilities.

⁴⁷⁶ Srov. čl. 3 odst. 2 Nařízení 1/2003. Ve vztahu k NSÚ však Komise ještě může situaci zachránit vlastním zahájením řízení v dané věci (srov. ibid., čl. 11 odst. 6), ve vztahu k soudům členských států již nikoliv.

Vědom si těchto nedokonalostí, přesto jsem zvolil tento kombinovaný přístup, neboť jej považuji za praktičtější.

Závěrem tohoto úvodního výkladu snad ještě poslední poznámku. Pro případ, že by se mi to, přes všechnu snahu, nepodařilo dostatečně jasně vyjádřit, pak na tomto místě avizuji, že z „komunitární“ části výkladu by měl být patrný vzrůstající vliv Nového přístupu, který jsem se snažil přiblížit zejména na příkladech z poslední doby, než abych se do hloubky věnoval případům z minulosti. Vzhledem k *Pokynům pro posuzování vylučovacích praktik* lze důvodně očekávat, že praxe se bude i nadále vyvíjet tímto směrem.

Vztaženo na „českou“ část, tak tato je naopak typická setrváváním na formalistickém přístupu k dominantnímu postavení a jeho zneužití, přičemž změnu v takovém přístupu v současné době, také s přihlédnutím k aktuálním soudním rozhodnutím, zřejmě očekávat nelze.⁴⁷⁷

6.1 Společný úvod k jednotlivým zneužívajícím praktikám

V souladu s předcházejícími výklady spočívá předmět této dílčí kapitoly v přiblížení si jednotlivých zneužívajících praktik, se kterými je možno se v praxi setkat, resp. se kterými se již setkaly komunitární soudy a Komise při prosazování čl. 102 SFEU.

Shora jsem nastínil, že v literatuře se objevuje členění takových praktik na vylučovací a vykořisťovací. Tento pohled také reflektuje Komise v rámci Nového přístupu, když *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* se zaměřují na praktiky vylučovací s tím,⁴⁷⁸ že práce Komise na přípravě dokumentu obdobného a věnovaného praktikám vykořisťovacím zůstávají na pořadu dne.⁴⁷⁹

Také jsem již shora připomněl,⁴⁸⁰ že na adresu takového přístupu zaznívají kritické hlasy, když rozlišování smyslu čl. 102 SFEU na základě vylučovací či

⁴⁷⁷ Této problematice jsem věnoval zcela specifickou část 6.8.

⁴⁷⁸ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 7.

⁴⁷⁹ Srov. *Prezentaci Komise věnovanou reformě čl. 102 SFEU*.

⁴⁸⁰ Srov. část 5.1 této práce.

vykořisťovací povahy jednání se spíše jeví být umělým, bez ohledu na fakt, že některá jednání mohou spadat do obou těchto kategorií.

Proto se i já v této práci přidržíme „klasického“ komplexního popisu jednotlivých zneužívajících praktik bez kategorického členění na praktiky vylučovací a vykořisťovací.

Základem mi přitom budou jednotlivé skutkové podstaty zneužívajícího jednání uvedené v čl. 102 SFEU, které poté doplním dvěma dílčími kapitolami věnovanými zneužití práv duševního vlastnictví a výhradním dohodám a rabatům.⁴⁸¹

Jak jsem již také shora uvedl, přiřadil jsem ke každému z probíraných témat adekvátní pasáž *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*.

Konečně, co se českého příspěvku k této problematice týče, tak pokud jsem shora popsal, že české právo vymezuje zneužití dominantního postavení principiálně shodně jako právo komunitární, pak totéž lze konstatovat také o jednotlivých případech zneužití dominantního postavení, které OHS vyjmenovává v ustanovení § 11 odst. 1 písm. a) až f).

Oproti znění čl. 102 SFEU, které zůstalo po celou dobu formálně nedotčeno a postupem času se „pouze“ rozšiřoval jeho výklad, totiž mohl OHS reagovat na změny v soutěžním právu mnohem snadněji.⁴⁸²

Tak OHS reflektuje čtyři základní skutkové podstaty obsažené v čl. 102 SFEU⁴⁸³ a zvláště také upravuje dva případy vylučovacích praktik: predátorské ceny⁴⁸⁴ a odmítnutí dodávek ve vazbě na essential facilities, resp. právo duševního vlastnictví.⁴⁸⁵

Jelikož bude v této kapitole podán nemalý výčet případů vztahujících se k typizovaným (ale také netypizovaným) projevům zneužití dominantního postavení

⁴⁸¹ Pro účely této kapitoly se zásadně omezím na pracovní označování jednotlivých skutkových podstat zneužití uvedených v čl. 102 SFEU na jejich označování pouze písmeny, tj. bez pododstavce, byť jsem si vědom, že komunitární soudy používají při subsumpci zneužívajícího jednání pod některou ze skutkových podstat čl. 102 SFEU označení včetně „pododstavce 2“.

⁴⁸² S ohledem na nedávné události doprovázející přijetí *Lisabonské smlouvy* snad ani nutné zvláště připomínat, jak náročným procesem by byla změna některého článku SFEU.

⁴⁸³ Srov. ust. § 11 odst. 1 písm. a) až d) OHS.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, písm. e).

⁴⁸⁵ *Ibid.*, písm. f).

(typizovanému zneužití rozuměj ve smyslu zneužití odpovídajícího zvláštní skutkové podstatě uvedené v příslušném právním předpisu) nehodlám totéž obšírně opakovat v podmínkách české judikatury, která starší komunitární praxi odpovídá. Ze starší české judikatury tak vyberu jen po několika ilustrativních případech.

6.2 Vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek

6.2.1 Komunitární právo

Z článku 102 písm. a) SFEU vyplývá, že zneužití dominantního postavení může spočívat v přímém nebo nepřímém vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek.⁴⁸⁶

Slovy Tribunálu ve věci Der Grüne Punkt

*„takové zneužití může zejména spočívat v přímém, nebo nepřímém vynucování nepřiměřených cen nebo jiných nerovných obchodních podmínek. Ke zneužití tak dochází, když podnik v dominantním postavení vyžaduje za své služby zaplacení poplatků, které jsou nepřiměřené ve vztahu k hospodářské hodnotě poskytované služby“.*⁴⁸⁷

Nepřiměřenost pak bude založena absencí rozumného vztahu ceny k ekonomické hodnotě zboží nebo služby.

V této souvislosti je možné uvést ještě obecnější soudní závěr, ze kterého je třeba při interpretaci čl. 102 písm. a) SFEU vycházet, a sice že *„veškerá hospodářská soutěž na základě cen nemůže být považována za legitimní“*.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ Díkce citovaného ustanovení je nápadně podobná dikci čl. 101 odst. 1 písm. a) SFEU, nicméně v oblasti kartelových dohod je třeba se soustředit na určování obchodních podmínek, zatímco při zneužívajícím jednostranném jednání na jejich vynucování.

⁴⁸⁷ Srov. rozsudek Tribunálu T-151/01 Der Grüne Punkt, odst. 121.

⁴⁸⁸ Srov. rozsudek ESD C-202/07 P France Télécom, odst. 106.

Převedeno do podmínek praxe, dominantní podnik se může dopustit zneužití svého postavení na trhu, jestliže svým zákazníkům z pozice dodavatele účtuje příliš vysoké ceny nebo od nich naopak z pozice odběratele požaduje ceny příliš nízké, popř. na svých dodavatelích či odběratelích požaduje jiné nerovné obchodní podmínky, což jsou projevy typicky vykořisťovacího jednání.

Nadto však komunitární soudy považují za formu cenového ujednání podle cit. ustanovení SFEU také predátorské ceny, tedy ceny tak nízké, aby jimi byli poškozeni konkurenti dominantního podniku.⁴⁸⁹ Predátorské ceny jsou však typickým příkladem vylučovacího jednání. Tudíž při aplikaci čl. 102 písm. a) SFEU mohou být nakonec postihována jak vykořisťovací, tak vylučovací cenová jednání dominantních podniků.

Přihlédneme-li k tomu, že čl. 102 písm. c) SFEU se také odvolává na uplatňování obchodních podmínek, a sice na jejich rozdílné uplatňování ke smluvním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou takoví partneři v soutěži znevýhodňováni, pak lze dojít k závěru, že na základě čl. 102 SFEU je možné postihovat cenové praktiky dominantního podniku účtujícího ceny, které jsou (i) příliš vysoké (z pohledu odběratele) či naopak příliš nízké (z pohledu dodavatele), tzn. excesivní ceny,⁴⁹⁰ (ii) příliš nízké a vedené úmyslem poškodit konkurenty, tzn. predátorské ceny, nebo (iii) nerovné do té míry, že jsou rozdílné mezi různými zákazníky, tzn. diskriminační ceny.⁴⁹¹

Hned několik protisoutěžních praktik tohoto druhu je možné si demonstrovat na případě rozhodnutí ESD ve věci United Brands.⁴⁹² Společnost United Brands byla Komisí obviněna hned ze čtyř možných projevů zneužití dominantního postavení, kterých se měla dopustit na německém, dánském a irském trhu a trhu Beneluxu, a to (i) zákazem dalšího prodeje nezralých banánů distributory, (ii) odmítnutím dodávek dánskému distributorovi, který podporoval prodej konkurenčních banánů, (iii)

⁴⁸⁹ Srov. rozsudek ESD 66/86 Ahmed Saeed, odst. 43.

⁴⁹⁰ Nadto se v literatuře uvádí, že excesivní ceny mohou být rozlišovány podle toho, zda jsou formou využívání tržní síly (jako v případě United Brands) nebo slouží jako prostředek odrazení od paralelních dovozů (jako v případě General Motors). Oba případy budou zmíněny níže. Srov. Van Bael & Bellis (2005), str. 910.

⁴⁹¹ Srov. Joelson, M. R. (2006), str. 379.

⁴⁹² Srov. rozsudek ESD 27/76 United Brands.

diskriminačními cenami mezi různými členskými státy a (iv) uplatňováním excesivních cen.

Zneužití dominantního postavení bylo ESD shledáno ve vztahu k zákazu dalšího prodeje nezralých banánů (zákaz vývozu omezující distributory v prodeji na jejich lokálních trzích) a odmítnutí dodávek dánskému distributorovi (protiprávní odmítnutí dodávek dlouhodobému distributorovi)⁴⁹³ a stejně tak i k obvinění z diskriminačních cen.

Ve vztahu k diskriminačním cenám totiž ESD podpořil závěry Komise, že prodej banánů distributorům v různých členských státech za rozdílné ceny⁴⁹⁴ byl za daných podmínek projevem diskriminační ceny,⁴⁹⁵ když takové stanovení ceny nebylo shledáno ekonomicky odůvodněným.

Ve vztahu k excesivním cenám byla společnost United Brands obviněna z toho, že prodávala svým německým, dánským, holandským, belgickým a lucemburským zákazníkům banány značky Chiquita za nepřiměřeně vysoké ceny, které byly místy dvojnásobné oproti cenám, které byly účtovány zákazníkům v Irsku. Nadto byly banány značky Chiquita prodávány za ceny o 20 až 40 % vyšší než neznačkové banány podobné kvality. Nicméně, v soudním projednávání věci ESD ve vztahu k excesivním cenám neshledal zjištění Komise za správné, když důkaz o „přemrštěné“ ceně měl být dle jeho názoru vystavěn na porovnání prodejní ceny banánů a nákladů na jejich produkci.⁴⁹⁶ Místo toho se Komise naopak soustředila na porovnání výše cen na evropském kontinentu s cenami v Irsku, na kterých společnost United Brands

⁴⁹³ K odmítnutí dodávek v podrobnostech srov. část 6.3.

⁴⁹⁴ Společnost United Brands účtovala rozdílné ceny pro rozdílné trhy tak, aby na takových trzích dosáhla pokud možno nejvyšších možných cen.

⁴⁹⁵ Podle čl. 102 písm. c) SFEU.

⁴⁹⁶ V daném případě se tedy mělo jednat o tzv. nákladový přístup ke stanovení excesivně vysoké ceny dominantním podnikem. Co do přístupu založeného na porovnání trhů taktéž pro případ stanovení excesivně vysoké ceny srov. rozsudek ESD ve věci SACEM II, ve kterém se jednalo o požadování přemrštěně vysokých cen po diskotékách francouzským sdružením vykonávajícím ochranu autorských práv SACEM (rozsudek ESD 110/88 SACEM II). Případ SACEM II je typickým případem stanovování nepřiměřeně vysokých cen na základě exkluzivních práv, zejm. práv duševního vlastnictví či monopolů povolených státem. V této souvislosti srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 430. K těmto případům lze konečně také připojit novější rozsudek ESD C-52/07 Kanal 5 a TV 4, který komplexně rozebírám v části 6.4.1.

prodělávala. ESD tedy v části týkající se nepřiměřeně vysoké ceny rozhodnutí Komise zrušil, byť nikterak nerozporoval, že podstatné rozdíly v cenách mezi členskými státy by mohly obecně indikovat „přemrštěnost“ ceny. Z celkového portfolia zneužívajících praktik shledaných v této věci Komisí to však byla jediná, kterou ESD nepodpořil.

Po rozhodnutí ESD ve věci United Brands byl princip, že účtování nepřiměřeně vysokých, resp. přemrštěných cen bez přiměřeného poměru k hospodářské hodnotě poskytnutého plnění může konstituovat zneužití dominantního postavení, potvrzen ESD ve věci General Motors.⁴⁹⁷

Ve věci Tetra Pak II pak bylo ESD postiženo zneužitím dominantního postavení výrobce kartónových obalů (krabic užívaných jako obalového materiálu pro mléko zpracovávané za vysokých teplot – UHT mléko), který se svým jednáním omezujícím další prodej a cenovými rozdíly založenými na národním principu protiprávně pokusil rozdělit trh Společenství na jednotlivé národní trhy.⁴⁹⁸

Z novějších případů excesivních cen stojí za zmínku rozhodnutí ve věci Der Grüne Punkt,⁴⁹⁹ nahlížející praktiky společnosti Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH (dále jen „DSD“) spočívající ve vyžadování zaplacení poplatku za všechny obaly uvedené na trh v Německu s logem Der Grüne Punkt. Chování DSD vyžadující zaplacení poplatku za všechny takové obaly (namísto obalů skutečně vrácených), přestože byl zúčastněnými podniky předložen důkaz, že pokud jde o množství obalů, pro které nepoužívaly systém DSD, byly právními předpisy uloženy povinnosti zpětného odběru a využití splněny prostřednictvím jiného kolektivního nebo individuálního systému, bylo shledáno zneužitím dominantního postavení. Účinky tohoto zneužití byly podle napadeného rozhodnutí dvojí a představovaly současně vykořisťování zákazníků DSD z důvodu nepoměru mezi požadovanou odměnou a poskytnutou službou a překážku vstupu soutěžitelů nabízejících alternativní řešení ve vztahu k systému DSD, vzhledem k nákladům spojeným se současným užíváním jiného systému než systému DSD.

⁴⁹⁷ Srov. rozsudek ESD 26/75 General Motors, odst. 12.

⁴⁹⁸ Srov. rozsudek ESD C-333/94 P Tetra Pak II.

⁴⁹⁹ Srov. rozsudek ESD C-385/07 P Der Grüne Punkt.

Ve vztahu k nepřiměřeně nízkým cenám účtovaným dominantním podnikem v postavení odběratele lze v souladu s literaturou⁵⁰⁰ odkázat na případ CICCE,⁵⁰¹ ve kterém ESD potvrdil, že dominantní odběratel (v extrémním případě jediný kupec na trhu, tzv. monopsonista) nebo skupina dominantních odběratelů může zneužít své postavení na trhu placením nepřiměřeně nízkých cen svým dodavatelům.⁵⁰²

V oblasti zakázaných cenových praktik mají své nepřehlédnutelné místo také rabaty⁵⁰³ a zneužití dominantního postavení formou tzv. predátorských cen (predatory pricing), tedy cen nastavených na takovou úroveň, jejichž cílem je odstranění nebo výrazné oslabení konkurence. Z hlediska soutěžního práva tedy není rozhodující samotná skutečnost, že cena je podnákladová, ale dopady, jaké má na soutěž.⁵⁰⁴

Otázkami predátorských cen se Komise a komunitární soudy zabývaly zejm. v případech AKZO,⁵⁰⁵ Tetra Pak II⁵⁰⁶ a v poslední době France Télécom.⁵⁰⁷

Judikatura se přitom ustálila na závěru, že za predátorské lze v zásadě bez dalšího (per se) považovat ceny nižší než průměrné variabilní náklady (average variable cost, dále též „AVC“)⁵⁰⁸ v rozsahu, v němž použitím takových cen podnik v dominantním postavení zřejmě sleduje pouze hospodářský cíl spočívající ve vyloučení svých soutěžitelů.⁵⁰⁹ Jinými slovy, takové ceny jsou považovány per se za zneužívající,

⁵⁰⁰ Srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 431.

⁵⁰¹ Rozsudek ESD 298/83 CICCE.

⁵⁰² V daném případě se jednalo o Evropskou asociaci filmového průmyslu, která si (nakonec neúspěšně) stěžovala u Komise na to, že poplatky, které tři francouzské televizní stanice platily distributorům za právo vysílat filmy, byly neodůvodněně nízké.

⁵⁰³ Tyto jsou rozebrány v samostatné části 6.6 této práce.

⁵⁰⁴ Srov. např. stanovisko Komise obsažené v rozsudku ESD 62/86 AKZO, odst. 64.

⁵⁰⁵ Rozsudek ESD 62/86 AKZO, kde se jednalo o případ nabízení organických peroxidů za podnákladové ceny s cílem vyloučit konkurenta.

⁵⁰⁶ Rozsudek ESD C-333/94 P Tetra Pak II, popisující případ prodeje kartónových obalů užívaných jako obalového materiálu pro pasterizované mléko za podnákladové ceny.

⁵⁰⁷ Rozsudek ESD C-202/07 P France Télécom, kde se jednalo o uplatňování predátorských cen v oblasti vysokorychlostního přístupu k Internetu (ADSL) v rámci plánu směřujícího k ovládnutí tohoto trhu ve významné fázi jeho rozvoje.

⁵⁰⁸ Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik v této souvislosti pracují s AAC, které lépe odrážejí možnou oběž dominantního podniku. Srov. Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik, odst. 64.

⁵⁰⁹ Rozsudek ESD C-202/07 P France Télécom, odst. 109.

protože jediným zájmem, který může podnik mít, aby takové ceny uplatňoval, je vyloučení jeho soutěžitelů (úmysl predace se předpokládá).⁵¹⁰

U cen vyšších než AVC, ale nižších než průměrné celkové náklady (average total cost, dále též „ATC“), je již třeba k jejich označení za zneužívající prokázat, že cenová politika dominantního soutěžitele byla motivována snahou konkurenci vyloučit, tzn. že byly stanoveny v rámci plánu, který má za cíl vyloučit soutěžitele (úmysl predace je třeba prokázat, a sice na základě významných a shodujících se indicií).⁵¹¹

Rozhodnutí ve věci France Télécom mělo také významné dopady na posuzování otázek recoupment,⁵¹² meeting competition defence⁵¹³ a z ekonomického pohledu také na potvrzení široké posuzovací pravomoci Komise při komplexním ekonomickém posouzení při výpočtu míry pokrytí nákladů dotčených podniků.⁵¹⁴

Predátorské ceny mohou být v praxi navíc kombinovány s tzv. křížovým financováním (cross-subsidization). Křížové financování je možno popsat jako přenášení nákladů dominantního podniku z jednoho trhu na trh jiný, což takovému podniku jednak umožňuje nabízet služby či produkty za podstatně výhodnějších podmínek než konkurenční nabídky jednak ale také může vést k narušení hospodářské soutěže.⁵¹⁵

⁵¹⁰ Srov. rozsudek Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 195.

⁵¹¹ Ibid. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* v této souvislosti pracují s tím, že Komise může, hodlá-li prokázat predátorskou strategii, prověřit, zda krátkodobé čisté příjmy byly nižší než ty, které mohly být očekávány z přiměřeného alternativního chování (v tomto ohledu se zřejmě jedná o variaci AKZO testu ve vztahu k cenám nižším než ATC stanovené s predátorským úmyslem). V podrobnostech srov. následující výklad v rámci této části.

⁵¹² Když u cen nižších než AVC nebo ATC (avšak zároveň vyšších než AVC) není nezbytné prokazovat, že dotčený podnik měl skutečnou šanci nahradit své ztráty. Srov. rozsudek Tribunálu T-340/03 France Télécom, odst. 227. V podrobnostech k otázkám recoupment srov. následující výklad v rámci této části.

⁵¹³ Když se konstatovalo, že právo podniku v dominantním postavení přizpůsobit se cenám soutěžitelů není absolutní, a i když takové postavení nemůže zbavit podnik je zaujímající práva chránit vlastní obchodní zájmy, pokud jsou ohroženy, a je také nutno mu v přiměřeném rozsahu přiznat možnost jednat, jak uzná za vhodné, aby chránil uvedené zájmy, takové chování nelze povolit, jestliže je jeho konkrétním účelem posílení tohoto dominantního postavení a jeho zneužití. Ibid., odst. 182 a 185.

⁵¹⁴ Ibid., odst. 162 a 163.

⁵¹⁵ Srov. Van Bael & Bellis (2005), str. 940. Případem křížového financování tam zmiňovaným je rozsudek ESD C-333/94 P Tetra Pak II.

Konečně, za zvláštní formu nepřiměřené cenové politiky bývá označováno také tzv. zmenšování rozpětí (margin squeeze).⁵¹⁶ Literatura předpokládá, že tato praktika se vyskytne v situaci, kdy je dominantní podnik aktivní jak na předcházejícím trhu (kde drží dominanci), tak i na trhu navazujícím, kde poskytuje svým konkurentům své produkty za takových cenových podmínek, které jim neumožňují docílit zisku a nakonec také na trhu vůbec zůstat. Naopak, dominantní podnik bude moci zůstat aktivním či ziskovým i na tomto navazujícím trhu, neboť si bude moci dovolit docílit zisku (na rozdíl od svých konkurentů) nebo bude schopen prostřednictvím křížového financování nahradit ztráty dosahované na navazujícím trhu zisky z trhu předcházejícího, kde zastává dominantní postavení.^{517,518}

Margin squeeze byl shledán v rozporu s čl. 102 SFEU ve věcech *British Sugar*⁵¹⁹ a *Deutsche Telekom*⁵²⁰ a Komise se touto praktikou v poslední době zabývala ve věci *Wanadoo España*,⁵²¹ což je projevem skutečnosti, že případy margin squeeze jsou v poslední době nejvíce patrné v telekomunikačním sektoru.

⁵¹⁶ Pro účely této dílčí části se přidržím původního anglického pojmu margin squeeze.

⁵¹⁷ Srov. Van Bael & Bellis (2005), str. 941.

⁵¹⁸ V této souvislosti se v literatuře objevuje názor, že v margin squeeze je třeba shledávat zneužití dominantního postavení teprve v případech, kdy existuje povinnost umožnit přístup (duty to permit access). Srov. Korah, V. (2007), str. 321.

⁵¹⁹ Srov. rozhodnutí Komise ze dne 18. 7. 1988 *Napier Brown/British Sugar* (IV/30.178).

⁵²⁰ Srov. rozhodnutí Komise ze dne 21. 5. 2003 *Deutsche Telekom* (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579), resp. rozsudek Tribunálu v téže věci (T-271/03 *Deutsche Telekom*). Rozsudek Tribunálu byl aktuálně potvrzen rozsudkem ESD (C-280/08 P *Deutsche Telekom*).

⁵²¹ Srov. rozhodnutí Komise ze dne 4. 7. 2007 *Wanadoo España* (COMP/38.784). V tomto případě se Komise zabývala jednáním společnosti Telefónica spočívajícím ve stanovování nepřiměřených cen v podobě margin squeeze na španělských širokopásmových trzích přístupu k Internetu. Ve sledovaném období nebylo podle zjištění Komise rozpětí mezi maloobchodními cenami společnosti Telefónica a cenou velkoobchodního přístupu na regionální úrovni na straně jedné a totéž rozpětí na celostátní úrovni na straně druhé dostatečné, aby pokrylo náklady, jež by musel vynaložit operátor stejně výkonný jako společnost Telefónica na poskytování maloobchodního širokopásmového přístupu (Komise použila as efficient competitor test). Komise označila cenové praktiky společnosti Telefónica za „konstruktivní“ odmítnutí dodávek. Podle tvrzení Komise margin squeeze omezilo hospodářskou soutěž tím, že vedlo k neudržitelným ztrátám u stejně výkonných konkurentů, kteří buďto byli nakonec nuceni trh opustit, anebo byla alespoň omezena jejich schopnost investovat a růst. Pokud přesto byli konkurenti schopni čelit společnosti Telefónica, pokud jde o ceny a výdaje na uvedení na trh, nebyli z dlouhodobého hlediska

Co do jiných obchodních nerovných podmínek lze pak dle literatury⁵²² poukázat např. na případy zákazů vývozu a omezení využití produktů uvedených v obchodních podmínkách dominantních podniků (coby dodavatelů) a případy, kdy sdružení hájící práva autorů požadují po svých členech, aby jim svěřili hájení jejich práv po nepřiměřeně dlouhou dobu a taktéž práv k jejich budoucím dílům.⁵²³

Z novějších případů mohu poukázat na rozsudek Tribunálu ve věci Der Grüne Punkt, kde tento soud dovodil, že

*„[s]tejně tak může podnik v dominantním postavení zneužívajícím způsobem ztížit vstup soutěžitelů na trh tím, že na sebe právně nebo fakticky váže odběratele svých služeb, a zabraňuje jim tak odebírat od konkurenčních dodavatelů“.*⁵²⁴

Co se posuzování cenových praktik dominantních podniků týče, pak je zřejmé, že pro Komisi nebylo vždy snadné určit, která cena je ještě cenou přiměřenou a která nikoliv. Nemělo by však zůstat stranou, že Komise se nikdy necítila být cenovým regulátorem či subjektem, který by chtěl zasahovat do vnitřních cenotvorných mechanismů jednotlivých podniků.⁵²⁵

schopni představovat pro společnost Telefónica silnou konkurenci s ohledem na trvalé ztráty, které utrpěli. Z chování společnosti Telefónica bylo také dovozeno, že pravděpodobně zapříčinilo opožděný vstup a růst konkurentů. Taktéž přímá újma způsobená chováním společnosti Telefónica zákazníkům byla pravděpodobně značná, neboť při neexistenci takového chování by pravděpodobně došlo k silnější hospodářské soutěži, což by přineslo větší výhody pro zákazníky v podobě nižších cen, většího výběru a inovací. Margin squeeze mělo konkrétní omezující účinky a nežádoucí dopad pro konečné uživatele, když kvůli němu patřily tehdejší španělské maloobchodní ceny k nejvyšším (či dokonce byly vůbec nejvyšší)

v EU-15 a míra rozšíření širokopásmového přístupu byla ve Španělsku nižší než průměr v EU-15.

⁵²² Srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 433.

⁵²³ Srov. rozsudek 127/73 BRT a SABAM II, odst. 6 až 12.

⁵²⁴ Srov. rozsudek Tribunálu T-151/01 Der Grüne Punkt, odst. 122.

⁵²⁵ Srov. Joelson, M. R. (2006), str. 380.

6.2.2 Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik se v oblasti nepřiměřených cen zabývají predací a problematikou margin squeeze.⁵²⁶

Komise zahajuje svůj výklad k predaci tím, že ji popisuje jako jednání, kterého se může dominantní podnik dopustit tak, že si v krátkodobém horizontu úmyslně způsobuje ztráty, popř. nechává ujít zisky,⁵²⁷ čímž v zájmu zachování či posílení své tržní síly sleduje cíl uzavřít trh svým konkurentům, ať již jejich vytlačení z trhu či vytvořením zábran pro jejich vstup na něj, to vše ke škodě spotřebitelů.

Jinými slovy, analýza Komise týkající se predátorského jednání podniků se zaměřuje na ekonomickou oběť a protisoutěžní uzavření trhu.⁵²⁸

Proti takovému jednání neváhá Komise zasáhnout,⁵²⁹ zejm. v případech, kdy ceny dominanta poklesnou pod AAC,⁵³⁰ příp. budou-li nad AAC, nicméně vedly ke ztrátě, které mohlo být zabráněno, jako součásti predátorské strategie.⁵³¹

V každém případě, obětování se dominantního podniku nemusí nevyhnutelně znamenat pouze ztráty, ale může být Komisí též nalezeno v nižších čistých výnosech, než by bylo možno očekávat v případě přiměřeného alternativního chování.⁵³²

Ohledně pravděpodobné škody způsobené dotyčným jednáním dominanta spotřebitelům se konstatuje, že tuto je možné očekávat, bude-li mít dominant ze své oběti prospěch.⁵³³ Při určení poškození spotřebitele se nepředpokládají komplikované výpočty zisků a ztrát, popř. dokazování celkových zisků, naopak je lze prokázat

⁵²⁶ Problematiku margin squeeze je možno také charakterizovat jako „konstruktivní“ odmítnutí dodávek a je tedy upravena v rámci odmítnutí dodávek. Tento přístup jsem akceptoval, tudíž úpravu margin squeeze v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* přináším v části věnované odmítnutí dodávek (6.3).

⁵²⁷ V této souvislosti se hovoří o oběti, když uvedené lze chápat také tak, že dominantní podnik krátkodobě obětuje své příjmy. Ibid., odst. 63.

⁵²⁸ Ibid., odst. 64 až 66 a 67 až 73.

⁵²⁹ Ibid., odst. 63.

⁵³⁰ Ibid., odst. 64.

⁵³¹ Tento dvojitý test je zřejmým pozůstatkem AKZO testu, jak bude zmíněn níže.

⁵³² Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 65.

⁵³³ Toto je zřejmě nejdůležitější změna v analýze Komise týkající se predátorského jednání.

posouzením pravděpodobnosti, že dominantovo chování vede k uzavření trhu, spolu s uvážením dalších činitelů jako např. překážek vstupu.⁵³⁴ Což jinými slovy znamená, že Komise nebude požadovat prokázání škody (přímo) spotřebitelům, ale spíše nemožnosti konkurentů pokračovat v jejich soutěžním jednání.⁵³⁵

Důraz na protisoutěžní uzavření trhu pojímaný z celkového zaměření *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* se projevuje rovněž v nahlížení na predátorské jednání dominantních podniků. Bude-li mít Komise k dispozici dostatečně spolehlivé údaje, použije analýzu týkající se stejně výkonného soutěžitele k určení toho, zda posuzované jednání je schopno poškodit spotřebitele, a tudíž představuje protisoutěžní uzavření trhu. Dodává se, že obvykle pouze cenová politika pracující s cenami nižšími než *LAIC* je schopna uzavřít trh stejně výkonným spotřebitelům.⁵³⁶ Dále bude Komise prošetřovat, zda a jakým způsobem podnákladová cenová politika omezuje pravděpodobnost, že konkurenti budou i nadále soutěžit, přičemž skutečnost, že konkurenti opustili trh, nemusí nezbytně prokazovat protisoutěžní uzavření trhu.

Komise proti predátorskému jednání zasáhne zpravidla tehdy, je-li pravděpodobné, že dominantní podnik bude schopen zvýšit své ceny nad úroveň přetrvávající na trhu před dotyčným chováním, postačovalo by však také, aby chování dominanta pravděpodobně zabránilo snižování cen nebo zpozdilo pokles cen, ke kterému by jinak došlo.⁵³⁷

Cenová analýza predátorského jednání stála vždy poněkud stranou od jiných typů jednostranného jednání podle čl. 102 SFEU.⁵³⁸ Dlouho předtím než se analýza založená na ekonomickém přístupu k čl. 102 SFEU stala rozšířenou, vydal ESD na základě údajů vycházejících z nákladů a prodejů své rozhodnutí ve věci *AKZO*.⁵³⁹

⁵³⁴ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 70 a 71.

⁵³⁵ Srov. Botteman, Y., Ewing, K. P. (2009), str. 12.

⁵³⁶ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 67.

⁵³⁷ *Ibid.*, odst. 71.

⁵³⁸ Srov. Janssens, T. (2009), str. 2.

⁵³⁹ Srov. rozsudek ESD 62/86 *AKZO*. Test použitý v uvedeném případě však do jisté míry pominul ekonomické účinky jednání v rozsahu, ve kterém zavedl pravidlo per se zákazu pro ceny nižší než AVC a důležitost zkoumání úmyslu vyloučit konkurenci u cen nižších než ATC. *Ibid.*, odst. 70 a 71. Test představený nyní Komisí v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* je mixem starších a novějších teorií a od *AKZO* testu se liší v několika ohledech. S odkazem na *AKZO* test Komise uvádí, že bude

Nebylo tedy divu, když Komise ve věci Wanadoo,⁵⁴⁰ jednom z nejdiskutovanějších případů v uplynulých letech, aplikovala tzv. AKZO test. Nadto se však Komise výslovně vyjádřila v tom smyslu, že součástí testu, kterým je zjišťováno možné predátorské jednání dominanta, není možnost nahrazení si utrpěných škod dominantem poté, co dosáhne zamýšleného výsledku svého jednání. Stanovisko Komise bylo poté promítnuto do *Diskusního materiálu k dominanci*⁵⁴¹ a následně potvrzeno také Tribunálem (srov. níže).

Z *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* nyní také zcela zřejmě vyplývá, že Komise při posuzování uvedeného vylučovacího jednání nebude požadovat důkaz o tom, že dominantní podnik si bude moci nahradit přinesenou obětí tím, že poté, co jeho predátorská strategie uspěje a podaří se mu konkurenty odstrašit od vstupu na trh či je z něj vyloučit, začne si účtovat vyšší ceny.⁵⁴² Právě ohledně otázky popisované náhrady (recoupment) se mezi Komisí a komunitárními soudy na straně jedné a generálním advokátem J. Mazákem rozhořela (na poměry soudcovského stavu) poměrně ostrá polemika. Příležitostí k ní se stalo právě projednávání případu uplatňování predátorských cen ve věci France Télécom.⁵⁴³

Jak jsem předeslal shora, ve zmiňovaném soudním případě se Tribunál postavil na stranu Komise a jejího konstatování, že možnost pokrýt ztráty, které dominantní podnik při uplatňování své cenové politiky utrpěl, nepředstavuje nezbytnou podmínku pro prokázání zneužívající povahy takové politiky.

považovat za obětí ceny nižší než AAC (AAC sice mohou být ve většině případů stejné jako AVC podávané z AKZO testu, nicméně AAC se zdají být vhodnějším měřítkem – v podrobnostech srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 26 a 64). Vedle toho může Komise, hodlá-li prokázat predátorskou strategii, prověřit, zda krátkodobé čisté příjmy byly nižší než ty, které mohly být očekávány z přiměřeného alternativního chování (v tomto ohledu se zřejmě jedná o variaci AKZO testu ve vztahu k cenám nižším než ATC stanoveným s predátorským úmyslem). V podrobnostech srov. Janssens, T. (2009), str. 4.

⁵⁴⁰ Srov. rozhodnutí Komise ze dne 16. 7. 2003 Wanadoo (COMP/38.233), ve kterém Komise pokutovala společnost Wanadoo Interactive za uplatňování predátorských cen v oblasti vysokorychlostního přístupu k Internetu (ADSL) v letech 2001 až 2002.

⁵⁴¹ Srov. *Diskusní materiál k dominanci*, odst. 122.

⁵⁴² Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 71.

⁵⁴³ Srov. rozsudek ESD C-202/07 P France Télécom. Jedná se o soudní pokračování případu Wanadoo. Srov. shora.

K odvolání se v dané věci generální advokát J. Mazák k předmětné otázce postavil zcela opačně nežli Komise a Tribunál, když rezolutně naléhal na ESD, aby odmítl dosavadní přístup Komise a Tribunálu a judikoval, že ke zjištění predátorského jednání je třeba přinést právě důkaz o možnosti pokrytí ztráty.⁵⁴⁴

Poslední slovo ve věci však měl ESD, který postoj Komise a Tribunálu potvrdil, když shledal správným závěr Tribunálu spočívající v tom, že „*prokázání pokrytí ztrát není nezbytným předpokladem konstatování praxe predátorských cen*“.⁵⁴⁵

ESD totiž konstatoval, že z jeho

*„judikatury [...] nevyplývá, že důkaz možnosti pokrýt ztráty utrpěné z důvodu použití cen nižších, nežli je určitá úroveň, podnikem v dominantním postavení představuje nezbytnou podmínku pro prokázání zneužívající povahy takové cenové politiky“.*⁵⁴⁶

To však v žádném případě neznamená, že by Komise nemohla takovou možnost pokrytí ztrát považovat za relevantní prvek při posuzování zneužívající povahy dotčené praxe,

*„jelikož může například přispívat – v případě použití cen nižších, nežli jsou [AVC] – k vyloučení jiných hospodářských odůvodnění, nežli je vyloučení soutěžitele, nebo k prokázání – v případě použití nižších cen nežli jsou [ATC], ale vyšších nežli jsou [AVC] – existence plánu, který má za cíl vyloučit soutěžitele“.*⁵⁴⁷

K otázce možnosti pokrytí ztráty pak ESD uzavřel, že její

„neexistence [...] nemůže postačovat k vyloučení toho, že dotčený podnik posílí své dominantní postavení zejména v návaznosti na opuštění trhu jedním nebo

⁵⁴⁴ Srov. stanovisko generálního advokáta J. Mazáka ve věci C-202/07 P France Télécom, odst. 110.

⁵⁴⁵ Srov. rozsudek ESD C-202/07 P France Télécom, odst. 113.

⁵⁴⁶ Ibid., odst. 110.

⁵⁴⁷ Ibid., odst. 111.

*více jeho soutěžitelé, takže úroveň hospodářské soutěže existující na trhu – která je již oslabena z právně z důvodu přítomnosti dotčeného podniku – bude dále redukována, a že spotřebitelé utrpí škodu z důvodu omezení jejich možností volby“.*⁵⁴⁸

Ve vztahu k možným efficiencí je Komise v případě predátorského jednání poněkud skeptická, nicméně výslovně připouští, že by jí v této souvislosti mohly být zvažovány dosahování úspor z rozsahu (economies of scale) neb rozšíření trhu (expanding the market).

6.2.3 Česká právní úprava a judikatura

Český „odraz“ dosavadního výkladu ke komunitárnímu vynuucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek lze nalézt v ustanovení § 11 odst. 1 písm. a) a e) OHS.

Ustanovení § 11 odst. 1 písm. a) OHS zakazuje dominantním podnikům přímé nebo nepřímé vynuucování nepřiměřených podmínek ve smlouvách s jinými účastníky trhu, zvláště vynuucování plnění, jež je v době uzavření smlouvy v nápadném nepoměru k poskytovanému protiplnění.

Ze starších případů takového zneužívajícího jednání lze uvést např. rozhodnutí ve věci Česká spořitelna,⁵⁴⁹ kde se jednalo o zneužití dominantního postavení na trhu služeb spojených s vedením spořicího účtu,⁵⁵⁰ nebo vynuucování nepřiměřených podmínek pod hrozbou zastavení dodávek v případě Znojmia.⁵⁵¹

⁵⁴⁸ Srov. rozsudek ESD C-202/07 P France Télécom, odst. 112.

⁵⁴⁹ Rozsudek VS v Olomouci sp. zn. 2A 5/97 (Česká spořitelna).

⁵⁵⁰ Ve smlouvách o spořicího účtu byly vynučovány tyto podmínky, které VS považoval za nepřiměřené: souhlas „s oprávněním spořitelny ze závažných důvodů a v souladu s právními předpisy obchodní podmínky měnit, doplňovat nebo zrušit vydáním podmínek nových“ a to, aby majitel účtu odpovídal za veškeré „škody a peněžní pohledávky vzniklé v důsledku ztráty, odcizení, padělání či pozměňování platebních instrumentů v rozporu s touto smlouvou a obchodními podmínkami“ [...]. Ibid.

⁵⁵¹ Srov. rozsudek VS v Olomouci sp. zn. 2 A 12/97 (Znojmia), kde soud neakceptoval požadavek trvalého charakteru na nepřiměřené zálohy (stanovené cca o 20% nad průměr srovnatelné měsíční platby

Z případů nových pak stojí za povšimnutí např. rozhodnutí ve věci SAZKA,⁵⁵² kde byl přenos obchodního rizika spojeného s prodejem stíracích losů na jejich obstaravatele⁵⁵³ označen za další negativní důsledek pro soutěž na relevantním trhu, svým obsahem srovnatelný s důsledkem předpokládaným dílčí skutkovou podstatou upravenou v § 11 odst. 1 písm. a) OHS.

Jak jsem již poznamenal shora v úvodních výkladech této kapitoly, OHS na rozdíl od čl. 102 SFEU obsahuje výslovné ustanovení o zákazu tzv. predátorských cen, když dominantnímu podniku zakazuje, aby dlouhodobě nabízel a prodával zboží za nepřiměřeně nízké ceny, což má nebo může mít za následek narušení hospodářské soutěže.⁵⁵⁴

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik však na rozdíl od OHS pracují s krátkodobým časovým horizontem pro stanovení predátorského jednání, přičemž k nabízení cen na nízké úrovni všeobecně po dlouhou dobu uvádí, že v takových případech je predátorské jednání méně pravděpodobné.

Kritérium „dlouhodobosti“ však uvádí také literatura.⁵⁵⁵

Otázkou predátorských cen se české soudy zabývaly ve věci UPC⁵⁵⁶ a zcela „čerstvě“ také ÚOHS ve věci Student Agency.⁵⁵⁷

v předchozím roce) pod pohrůzkou okamžitého přerušení dodávky, když takový postup označil za neférový a neproporcionální hrozbě nezaplacení v podstatě jedné splátky.

⁵⁵² Srov. rozsudek NSS sp. zn. 7 Afs 40/2007 (SAZKA). Rozhodnutí v této věci bylo mj. významné vymezením vztahu generální klauzule zneužití dominantního postavení a jeho jednotlivých skutkových podstat. Srov. část 3.2.2 této práce.

⁵⁵³ Hrozba, že obstaravatelům zůstanou losy, které nebudou moci vrátit společnosti SAZKA ani prodat zákazníkovi, měla výrazný vliv na chování společnosti SAZKA a obstaravatelů na relevantním trhu, přičemž tato hrozba vyplývala ze smluvního ujednání, jehož zařazení do obstaravatelské smlouvy nemohli obstaravatelé ovlivnit.

⁵⁵⁴ Srov. ust. § 11 odst. 1 písm. e) OHS.

⁵⁵⁵ Srov. Ritter, L., Braun, W. D. (2004), str. 455.

⁵⁵⁶ Srov. rozsudek NSS sp. zn. 7 As 58/2006 (UPC), resp. KS v Brně sp. zn. 31 Ca 44/2003 (UPC). Přestože nebylo dominantnímu podniku vytýkáno zneužití dominantního postavení formou stanovení a uplatňování predátorských cen, KS v Brně se této otázky dotkl v tom směru, že jednak vyjádřil smysl těchto cen, kterým je „dočasné obětování ziskovosti podnikání za cenu nastavení cen za produkty či služby na úrovni, která nepřipustí vstup potenciální konkurence na daný relevantní trh. Predátorské ceny tedy mohou potenciálně poškozovat konkurenci, tedy jiné soutěžitele,“ jednak dovodil zneužití dominantního postavení spočívajícího ve zvýšení cen, které bylo lze považovat za „predátorské“, na tržní

6.3 Omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů

6.3.1 Komunitární právo

Další formou zneužití dominantního postavení je podle čl. 102 písm. b) SFEU omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů. Z formulace cit. ustanovení SFEU vyplývá, že v těchto případech se vyžaduje přímé či nepřímé poškození spotřebitelů.

V rámci této skutkové podstaty se Komise a komunitární soudy zabývaly především protisoutěžním odmítnutím dodávek a jiným zabráněním vstupu na trh. V této souvislosti je možné krátce shrnout, že v praxi byly sankcionovány pouze případy, kdy realizace technického a obchodního rozvoje probíhala za abnormálních instrumentů. Komise totiž respektuje pravidlo, že technologický růst a investiční politika patří výhradně do sféry interních záležitostí toho kterého podniku.

K odmítnutí dodávek lze úvodem poznamenat, že

„[i] když si mohou podniky v zásadě zvolit své obchodní partnery, odmítnutí dodávat učiněné podnikem v dominantním postavení může být za určitých okolností, a není-li objektivně odůvodněné, zneužitím dominantního postavení ve smyslu článku [102 SFEU]“.⁵⁵⁸

Odmítnutí dodávek mohou být na roveň postaveny také některé obchodní podmínky, které jsou dominantními podniky požadovány.

úroveň (takovým jednáním totiž byli poškozeni spotřebitelé). Závěry KS v Brně byly poté potvrzeny také rozhodnutím NSS.

⁵⁵⁷ Srov. *Aktuality ÚOHS*. V uvedeném případě byla společnosti Student Agency uložena pokuta za zneužití dominantního postavení na trhu poskytování služeb veřejné linkové osobní autobusové dopravy na trase Praha – Brno a zpět. Zneužití dominantního postavení se měla uvedená společnost dopustit tím, že v určitém období používala nepřiměřeně nízké ceny (konkrétně snížila ceny kreditových jízdenek za jednosměrnou přepravu na 50 Kč, resp. 95 Kč) s úmyslem vyloučit konkurenta z trhu.

⁵⁵⁸ Srov. rozsudek T-201/04 Microsoft, odst. 319.

Co se odmítnutí dodávek týče, literatura⁵⁵⁹ rozlišuje dvě základní situace: odmítnutí dodávek konkurujícímu podniku a nekonkurujícímu podniku s tím, že prvně uvedenou kategorii lze rozdělit na dvě subkategorie, a to na odmítnutí dodávek existujícímu konkurentovi a odmítnutí dodávek novému či potenciálnímu konkurentovi.⁵⁶⁰

Mezi klasické případy odmítnutí dodávek stávajícímu konkurentovi bývá uváděno rozhodnutí ESD ve věci Commercial Solvents.⁵⁶¹ V tomto případě se jednalo o zneužití dominantního postavení v podobě odmítnutí poskytování dodávek chemických látek, které sloužily jako meziprodukt ve výrobě dalších látek používaných k léčbě tuberkulózy. Společnost Commercial Solvents Corporation, která držela světový monopol ve výrobě takových látek, přestala v rámci změny své obchodní strategie tyto látky dodávat na trh Společenství s tím, že sama začala vyrábět látky jako její dosavadní zákazník. Toto jednání považoval ESD za neslučitelné s čl. 102 SFEU, když uvedl, že

*„společnost v dominantním postavení na trhu surovin, která s cílem vyhradit tyto suroviny pro svou vlastní výrobu odvozených výrobků, odmítla jejich dodávání zákazníkovi, který byl sám výrobcem těchto odvozených výrobků, v důsledku čehož hrozilo vyloučení veškeré hospodářské soutěže ze strany tohoto zákazníka, využívala své dominantní postavení zneužívajícím způsobem ve smyslu článku [102 SFEU]“.*⁵⁶²

Uvedený závěr interpretoval Tribunál v jednom ze svých novějších rozhodnutí tak, že

⁵⁵⁹ Srov. Van Bael & Bellis (2005), str. 942.

⁵⁶⁰ Ve věci Atlantic Container Line Komise uvedla, že odmítnutí dodávek může mít tři podoby: (i) přímé odmítnutí dodávek, (ii) odmítnutí dodávek jinak než na základě podmínek, o kterých je dodavateli známo, že jsou přijatelné (konstruktivní odmítnutí) a (iii) odmítnutí dodávek na základě jiném než jsou rovné obchodní podmínky. Srov. rozhodnutí Komise ze dne 16. 9. 1998, Trans-Atlantic Conference Agreement (IV/35.134), odst. 553.

⁵⁶¹ Rozsudek ESD 6/73 a 7/73 Commercial Solvents.

⁵⁶² Ibid., odst. 25.

*„[o]dmítnutí podniku, který má dominantní postavení, prodávat stěžejní komponent jeho soutěžitelům, je tak samo o sobě zneužitím tohoto postavení“.*⁵⁶³

Podobné pravidlo bylo poté Komisí a komunitárními soudy v minulosti aplikováno např. ve věcech Hugin,⁵⁶⁴ Boosey & Hawkes⁵⁶⁵ a CLT.⁵⁶⁶

Principy týkající se přístupu na trh se ovšem začaly prosazovat také na poli poskytování finančních služeb. V této souvislosti vybírám aktuální rozsudek Tribunálu ve věci Clearstream,⁵⁶⁷ vůbec prvního rozhodnutí v tak složité oblasti, kterou představují zúčtování a vypořádání obchodů s cennými papíry.⁵⁶⁸ V daném případě bylo společnosti Clearstream⁵⁶⁹ vytknuto, že odmítla společnosti Euroclear Bank SA (dále jen „EB“) poskytnout určité služby týkající se přeshraničního zúčtování a vypořádání obchodů s cennými papíry a že tuto společnost cenově diskriminovala.

Komisí byla v této věci shledána dvě zneužívající jednání: (i) odmítnutí poskytovat služby odepřením přístupu do specifického systému společnosti Clearstream a diskriminace EB, pokud se jednalo o poskytování těchto služeb, a (ii) ukládání diskriminačních cen společnosti EB za poskytované služby.

⁵⁶³ Srov. rozsudek Tribunálu T-210/01 General Electric, odst. 306.

⁵⁶⁴ Srov. rozsudek ESD 22/78 Hugin, ve kterém bylo zneužívající jednání shledáno v odmítnutí dodávek potřebných náhradních dílů do pokladen.

⁵⁶⁵ Srov. rozhodnutí Komise ze dne 29. 7. 1987 BBI/Boosey & Hawkes (IV/32.279 – předběžné opatření), které bylo vydáno ve věci odmítnutí dodávek dominantním podnikem vyrábějícím dechové nástroje.

⁵⁶⁶ Srov. rozsudek ESD 311/84 CLT, týkající se zneužití dominantního postavení ve vztahu k telemarketingu.

⁵⁶⁷ Srov. rozsudek Tribunálu T-301/04 Clearstream. Ohledně tohoto případu se v této dílčí kapitole zaměřím především na odmítající charakter zneužívajícího jednání. Co do jeho diskriminačního rozměru odkazuji na následující dílčí kapitolu zabývající se obecně diskriminačním jednáním dominantních podniků.

⁵⁶⁸ Není proto bez zajímavosti, že s ohledem na okolnosti případu (první takové rozhodnutí, ukončení protiprávního jednání a rozvíjející se oblast přeshraničního zúčtování a vypořádání) nakonec Komise pouze konstatovala porušení čl. 102 SFEU, aniž by ukládala pokutu.

⁵⁶⁹ Jediným centrálním deponitářem cenných papírů, u kterého se ukládaly do úschovy cenné papíry emitované podle německého práva a uložené v hromadné úschově; tedy jediným subjektem, který mohl provádět primární zúčtování a vypořádání obchodů s těmito cennými papíry.

Klasifikace odmítnutí vycházela z řady faktorů, z těch nejdůležitějších stojí za zmínku fakt, že společnost Clearstream byla označena za nezbytného obchodního partnera⁵⁷⁰ EB, jež nemohla služby, které požadovala, nahradit, navíc odmítnutí poskytovat služby poškodilo inovace a hospodářskou soutěž na navazujícím trhu. Diskriminace EB byla pak Komisí přičtena liknavému přístupu vůči EB, který byl v rozporu s přiměřenými prodlevami, v nichž byly služby poskytnuty ostatním zákazníkům.⁵⁷¹

Diskriminační cenové chování Clearstream vůči EB pak bylo dovozeno z toho, že uplatňovala vůči EB vyšší ceny za transakce v době, kdy ukládala vnitrostátním centrálním deponitářům za stejné služby ceny nižší, aniž by toto jednání bylo objektivně odůvodněno a aniž by z něj vznikly výhody pro zákazníky.

Tribunál svým rozhodnutím zjištění Komise potvrdil, když připomněl dosavadní judikaturu vycházející z toho, že

„[...] aby mohlo být zjištěno zneužití ve smyslu článku [102 SFEU], je třeba, aby odmítnutí dotčené služby mohlo vyloučit veškerou hospodářskou soutěž na trhu ze strany žadatele o službu, aby toto odmítnutí nemohlo být objektivně odůvodněno a aby služba sama o sobě byla nezbytná pro výkon činnosti žadatele [...],“

příčemž

„[p]odle ustálené judikatury jsou výrobek nebo služba považovány za podstatné nebo nezbytné, pokud neexistuje žádná skutečná nebo potenciální náhrada [...]“.⁵⁷²

⁵⁷⁰ Jednalo se o faktický monopol, tudíž společnost Clearstream byla obchodním partnerem, kterého nebylo možné obejít.

⁵⁷¹ Přiměřené prodlevy činily méně než 4 měsíce, zatímco společnosti EB byl přístup k systému umožněn po více než 2 letech.

⁵⁷² Srov. rozsudek Tribunálu T-301/04 Clearstream, odst. 147.

A v tomtéž duchu připojil, že

*„[c]o se týče kritéria vyloučení veškeré hospodářské soutěže, není pro účely prokázání porušení článku [102 SFEU] nezbytné prokázat vyloučení veškeré hospodářské soutěže na trhu, ale je třeba prokázat, že dotčené odmítnutí představuje riziko vyloučení veškeré účinné hospodářské soutěže na trhu nebo že takovou soutěž může vyloučit. Takové riziko vyloučení veškeré účinné hospodářské soutěže musí být prokázáno Komisí“.*⁵⁷³

Případy odmítnutí dodávek novým, potenciálním konkurentům bývají nejčastěji demonstrovány na případech souvisejících s podstatnými zařízeními (essential facilities) nebo v případech odmítnutí práva poskytnout licenci.⁵⁷⁴

V této souvislosti se zejména uvádí případ Bronner,⁵⁷⁵ ve kterém byl ESD v rámci rozhodování o předběžné otázce vyzván, aby rozhodl o tom, zda skutečnost, že tisková skupina s velmi významným podílem na rakouském trhu deníků provozující jediný systém donášky novin do domu existující v Rakousku na celostátní úrovni (Mediaprint) odmítla za přiměřenou odměnu poskytnout přístup k uvedenému systému vydavateli konkurenčního deníku (panu Oskaru Bronnerovi), nebo s ním sice souhlasila, ovšem pouze pokud od skupiny koupí některé další služby, byla zneužitím dominantního postavení či nikoliv.

ESD nejprve připomněl své závěry z rozhodnutí Commercial Solvents⁵⁷⁶ a Magill⁵⁷⁷ a konstatoval, že

⁵⁷³ Srov. rozsudek Tribunálu T-301/04 Clearstream, odst. 148.

⁵⁷⁴ Jak ještě bude uvedeno dále v textu, této problematice je vymezena samostatná část 6.7 této práce.

⁵⁷⁵ Rozsudek ESD C-7/97 Bronner.

⁵⁷⁶ Tzn. jednání je zneužívající, pokud mohlo vyloučit veškerou hospodářskou soutěž ze strany konkurenčního podniku. Rozsudek ESD 6/73 a 7/73 Commercial Solvents.

⁵⁷⁷ Tzn. odmítnutí poskytnout licenci učiněné majitelem práva duševního vlastnictví, byť podnikem v dominantním postavení, nemůže být samo o sobě zneužitím tohoto postavení, avšak za výjimečných okolností může vést ke zneužívajícímu chování. Rozsudek ESD C-241/91 P a C-242/91 P Magill. Toto rozhodnutí bude ještě připomenuto v části věnované odmítnutí poskytnutí licence (6.7 této práce).

„[i] za předpokladu, že by tato judikatura týkající se výkonu práva duševního vlastnictví [Magill] byla použitelná na výkon jakéhokoliv majetkového práva, bylo by ještě třeba k tomu, aby [tento] rozsudek [...] mohl být užitečně uplatňován pro učinění závěru ohledně existence zneužití ve smyslu článku [102 SFEU] v situaci, jako je situace, která je předmětem [...] předběžné otázky, nejen, aby odmítnutí služby, kterou je donáška do domu, mohlo vyloučit veškerou hospodářskou soutěž na trhu deníků ze strany žadatele o službu a nemohlo být objektivně odůvodněno, ale rovněž, aby služba sama o sobě byla nezbytná k výkonu činnosti uvedeného žadatele v tom smyslu, že neexistuje žádná skutečná nebo potenciální náhrada uvedeného systému donášky do domu“.⁵⁷⁸

V projednávaném případě to pak znamenalo, že systém skupiny Mediaprint nebyl shledán nenahraditelným, když pan Bronner mohl, ať již sám či ve spolupráci s jinými vydavateli, vytvořit vlastní donáškový systém. ESD proto uzavřel, že povinnost dominantního podniku doručovat Bronnerovy tiskoviny neexistovala.

Tím se plynule dostávám k problematice podstatných zařízení (essential facilities), která představují jisté infrastrukturní zařízení ovládané dominantním podnikem a nezbytné pro to, aby na stejném trhu mohly působit vedle dominantního podniku také jiné podniky (v tomto ohledu se proto někdy označuje za kritické zařízení). Podle rozhodovací praxe totiž může být porušením čl. 102 SFEU dominantovo odmítnutí přístupu k takovému zařízení. Aplikace doktríny essential facilities má tedy zaručit přístup k zařízením, bez kterých ostatní podniky vůbec nemohou poskytovat jimi zamýšlené plnění. Vedle přímého odmítnutí přístupu lze však také postihovat situace, kdy dominantní podnik stanoví pro užívání podstatného zařízení tak obtížné či nevýhodné podmínky, že to jeho konkurenty staví do pozice, ve které jsou podstatným způsobem znevýhodněni v soutěži.

Z literatury^{579,580} se podává, že v praxi bývají za podstatná zařízení shledávány tzv. přirozené či administrativní monopoly, např. přístavní terminál, zařízení sloužící

⁵⁷⁸ Rozsudek ESD C-7/97 Bronner, odst. 41.

⁵⁷⁹ Srov. Joelson, M. R. (2006), str. 383.

v letecké či námořní dopravě, železniční síť nebo jiné rozvodné sítě, jinými slovy struktury či služby, které jsou pro jiné podniky z obchodního hlediska nezbytné k tomu, aby se mohly účinně zúčastnit soutěže na trhu.⁵⁸¹ Dlužno dodat, že doktrína podstatných zařízení se aplikovala v případech, kdy dominantní podnik jednak ovládal příslušné podstatné zařízení jednak sám aktivně takové zařízení na trhu užíval.⁵⁸²

Za případ odmítnutí dodávek nekonkurentovi bývá udáván již zmiňovaný případ United Brands.

V případě United Brands se jednalo o zvláštní druh odmítnutí, neboť tato společnost nebyla činná na trzích, na kterých se pohybovali její zákazníci. Jak jsem již uvedl shora, jednou ze zneužívajících praktik společnosti United Brands bylo odmítnutí dodávek dánskému distributorovi, který podporoval prodej konkurenčních banánů. K tomu ESD uvedl, že

*„[...] podnik, který má dominantní postavení pro distribuci výrobku – který těží z prestiže známé značky, která je oblíbená u spotřebitelů – nemůže ukončit dodávky bývalému zákazníkovi, který dodržuje obchodní zvyklosti, jestliže objednávky tohoto zákazníka nemají neobvyklý charakter“.*⁵⁸³

Z toho se v literatuře podává názor, že případy zahrnující ukončení dosavadních dodávek vyžadují zvláštní zvážení. Přitom stojí za povšimnutí, že odmítnutí dodávek v tomto případě nebylo namířeno přímo na konkurenta, přesto představovalo prostředek potrestání zákazníka za to, že prodával konkurenční produkty. V uváděné věci tedy odmítnutí dodávek znamenalo prostředek k prosazení zvláštního zneužití v podobě závazku nekonkurovat.⁵⁸⁴

⁵⁸⁰ K problematice srovnání přístupu k essential facilities v komunitárním právu a antitrustovém právu Spojených států amerických srov. Stratakis, A. (2006).

⁵⁸¹ Srov. např. rozsudky ESD, resp. Tribunálu a rozhodnutí Komise: T-128/98 Letiště Paříž, C-41/90 Höfner, C-179/90 Port of Genoa, rozhodnutí Komise ze dne 26. 2. 1992 British Midland/Aer Lingus (IV/33.544) a ze dne 21. 12. 1993 Sea Containers/Stena Sealink (IV/34.689 – předběžné opatření).

⁵⁸² Problematika essential facilities je také provázána s odmítnutím poskytnout licenci. Srov. část 6.7 této práce.

⁵⁸³ Srov. rozsudek ESD 27/76 United Brands, odst. 182.

⁵⁸⁴ Srov. Van Bael & Bellis (2005), str. 948.

Specifickou otázkou představuje odmítnutí dodávek sledující ochranu trhů, spočívající v limitaci paralelních vývozů či dovozů.

Z novějších rozhodnutí komunitárních soudů bych v této oblasti vybral rozsudek ESD ve věci Sot. Lélos kai Sia.⁵⁸⁵ V tomto případě se ESD zabýval předběžnou otázkou, zda farmaceutický podnik, který má dominantní postavení na vnitrostátním trhu některých léčivých přípravků, zneužívá své postavení tím, že odmítne vyhovět objednávkám, které jsou mu zaslány velkoobchodníky, protože tito provádějí paralelní vývoz uvedených léčivých přípravků do jiných členských států.⁵⁸⁶ Problematika byla o to komplikovanější, že zahrnovala státní regulaci cen léčivých přípravků.

ESD v rámci rozhodnutí o předběžné otázce nejprve shrnul dosavadní judikaturu, když připomněl, že

„[o]dmítnutí podniku v dominantním postavení na trhu daného výrobku vyhovět objednávkám bývalého zákazníka je zneužitím tohoto dominantního postavení ve smyslu článku [102 SFEU], jestliže toto chování, aniž by bylo objektivně odůvodněné, může vyloučit hospodářskou soutěž ze strany obchodního partnera,“

resp.

„[...] podnik, který má dominantní postavení pro distribuci výrobku – který těží z prestiže známé značky, která je oblíbená u spotřebitelů – nemůže ukončit dodávky bývalému zákazníkovi, který dodržuje obchodní zvyklosti, jestliže objednávky tohoto zákazníka nemají neobvyklý charakter [...] neboť odmítnutí prodeje by omezilo odbyt na úkor spotřebitelů a vytvořilo diskriminaci, která by mohla vést až k vyloučení obchodního partnera z relevantního trhu“.⁵⁸⁷

⁵⁸⁵ Rozsudek ESD C-468/06 až C-478/06 Sot. Lélos kai Sia.

⁵⁸⁶ Jednalo se o situaci, kdy řecká dceřiná společnost společnosti GlaxoSmithKline přerušila dodávky léčivých přípravků svým dlouholetým distributorům, kteří je distribuovali na řeckém trhu, ale i na trzích jiných členských států, a sama pak prostřednictvím jiné obchodní společnosti začala vyřizovat distribuci takových léčivých přípravků na řeckém trhu. Takové jednání v praxi sledovalo omezení paralelních vývozů na trhy jiných členských států, na kterých byla prodejní cena dotčených léčivých přípravků vyšší.

⁵⁸⁷ Rozsudek ESD C-468/06 až C-478/06 Sot. Lélos kai Sia, odst. 34 a 49.

Dále se ESD vypořádal s důsledky paralelního obchodu pro konečné spotřebitele, kde uvedl, že

*„[p]řitažlivost jiného zdroje zásobování, kterým je paralelní obchod v členském státě dovozu, však konkrétně spočívá ve skutečnosti, že tento obchod může na trhu tohoto členského státu nabídnout stejné výrobky za ceny nižší, než jsou ceny uplatňované na stejném trhu farmaceutickými podniky. Z tohoto důvodu může paralelní obchod i v členských státech, kde jsou ceny léčivých přípravků předmětem státní regulace, vyvíjet tlak na ceny, a vytvářet tedy finanční výhody nejen pro zdravotní pojišťovny, ale i pro dotčené pacienty, pro které zbývající část ceny léčivých přípravků, kterou musí zaplatit, bude nižší [...] [p]aralelní obchod s léčivými přípravky směřující z jednoho členského státu do jiného členského státu může stejně tak rozšířit výběr subjektům posledně uvedeného státu, které se zásobují léčivými přípravky prostřednictvím nabídkového řízení, v rámci kterého mohou paralelní dovozci nabídnout léčivé přípravky za nižší ceny“.*⁵⁸⁸

V této souvislosti se ESD také obecně vyjádřil k povaze praktik limitujících paralelní vývozy do ostatních členských států v tom smyslu, že

*„[p]raktiky podniku v dominantním postavení směřující k zamezení všem paralelním vývozům z jednoho členského státu do jiných členských států, tedy praktiky, které oddělováním vnitrostátních trhů odstraňují výhody účinné hospodářské soutěže v oblasti zásobování a cen, které tyto vývozy přinášejí konečným spotřebitelům v těchto jiných členských státech, proto nemohou být [...] vyňaty ze zákazu uvedeného v článku [102 SFEU]“.*⁵⁸⁹

Ke stupni regulace cen léčivých přípravků ESD podotkl, že tento nemůže vyloučit uplatnění pravidel hospodářské soutěže, tudíž nemůže zbavit jednání jeho

⁵⁸⁸ Rozsudek ESD C-468/06 až C-478/06 Sot. Lélos kai Sia, odst. 55 a 56.

⁵⁸⁹ Ibid., odst. 66.

zneužívajícího charakteru, resp. že státní zásah je naopak faktorem, který může vytvořit možnosti pro uskutečnění paralelního obchodu.⁵⁹⁰

S přihlédnutím k tomu, že dotyčný dominantní podnik však musí mít možnost chránit vlastní obchodní zájmy, jestliže obdrží neobvyklé objednávky, ESD v odpovědi na předběžnou otázku nakonec uvedl, že

*„[č]lánek [102 SFEU] musí být vykládán v tom smyslu, že podnik v dominantním postavení na relevantním trhu léčivých přípravků, který aby zabránil paralelním vývozům, které někteří velkoobchodníci uskutečňují z jednoho členského státu do jiných členských států, odmítne vyhovět objednávkám těchto velkoobchodníků, které mají obvyklý charakter, zneužívá své dominantní postavení. Předkládajícímu soudu přísluší rozhodnout o obvyklém charakteru uvedených objednávek vzhledem k rozsahu těchto objednávek ve vztahu k potřebám trhu uvedeného členského státu, jakož i vzhledem k předchozím obchodním vztahům udržovaným uvedeným podnikem s dotčenými velkoobchodníky“.*⁵⁹¹

Pokud se týče jiných odvětví než odvětví léčivých přípravků, pak ESD již v minulosti rozhodl, že jednání podniku v dominantním postavení sledující omezení paralelního obchodu s výrobky, které prodává, je zneužitím jeho dominantního postavení zejména v případech, kdy výsledkem takového jednání je omezení paralelních dovozů tím, že je neutralizována případně příznivější úroveň cen uplatňovaných v jiných oblastech prodeje ve Společenství⁵⁹² nebo jestliže má bránit zpětným dovozům, které jsou konkurencí pro distribuční síť tohoto podniku.⁵⁹³

⁵⁹⁰ Rozsudek ESD C-468/06 až C-478/06 Sot. Lélos kai Sia, odst. 67 a 69.

⁵⁹¹ Ibid., výrok.

⁵⁹² Srov. rozsudek ESD 26/75 General Motors, odst. 12.

⁵⁹³ Srov. rozsudek ESD 226/84 British Leyland, odst. 24.

Bylo totiž shledáno, že

*„paralelní dovozy požívají určité ochrany v právu Společenství v rozsahu, ve kterém podporují vývoj vzájemného obchodu a posílení hospodářské soutěže“.*⁵⁹⁴

K odmítnutí dodávek dochází také na poli práva duševního vlastnictví, zejm. v souvislosti s odmítnutím poskytnout licenci, kde se v poslední době proslavilo zejm. rozhodnutí Tribunálu ve věci Microsoft⁵⁹⁵ či zcela aktuálně ve věci AstraZeneca.⁵⁹⁶

K možným odůvodněním praktik dominantních podniků, kterými odmítaly dodávky svým zákazníkům, lze obecně odkázat na koncept objective justification blíže rozebraný na jiném místě této práce.⁵⁹⁷

6.3.2 Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik

Jak se k odmítnutí dodávek staví *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*? Odmítnutí dodávek se řadí mezi protisoutěžní jednání, proti kterým Komise v poslední době zasahovala nejčastěji. V *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* se navíc mohla opřít také o rozsáhlou judikaturu komunitárních soudů v této souvislosti nashromážděnou, což je zřejmé zejména z četných odkazů na rozhodnutí ve věcech IMS Health⁵⁹⁸ a Microsoft.⁵⁹⁹

Při uplatňování čl. 102 SFEU na jednání dominantních podniků vychází Komise z premisy, že obecně vzato jakýkoliv podnik by měl mít právo na to vybírat si své

⁵⁹⁴ Srov. rozsudek ESD C-373/90 X, odst. 12.

⁵⁹⁵ Rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft. S ohledem na zvláštní režim popisovaného odmítnutí dodávek jsem mu vyhradil samostatnou část (srov. část 6.1.6 této práce).

⁵⁹⁶ Srov. rozsudek Tribunálu T-321/05 AstraZeneca, kde bylo shledáno zneužití dominantního postavení ve formě zneužití řízení o dodatkovém ochranném osvědčení pro léčivé přípravky a postupů pro registraci léčivých přípravků v kombinaci s vytvářením překážek pro uvedení na trh generických léčivých přípravků a pro paralelní dovozy.

⁵⁹⁷ Srov. část 3.1.6, popř. 5.2 a 5.3.3.3 této práce.

⁵⁹⁸ Rozsudek ESD C-418/01 IMS Health.

⁵⁹⁹ Rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft.

obchodní partnery a volně nakládat se svým majetkem, ať již disponuje dominantním postavením či nikoliv. Komise si je vědoma, že v těchto případech může být uložení povinnosti dominantovi, aby zajišťoval dodávky, ve vztahu ke spotřebitelům kontraproduktivní, když lze očekávat její demotivující účinek na ochotu dominantů investovat do své činnosti.⁶⁰⁰

Z *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* vyplývá, že odmítnutí dodávek dokonce potenciálnímu konkurentovi na potenciálním navazujícím trhu⁶⁰¹ může obecně vyloučit účinnou hospodářskou soutěž na navazujícím trhu.⁶⁰² Je však třeba mít na paměti, že takové odmítnutí dodávek se nemusí dotýkat jen zboží či služeb. V úvahu totiž přicházejí také práva k duševnímu vlastnictví (intellectual property rights) nebo práva k přístupu k nezbytnému zařízení nebo síti (essential facilities or a network) a odmítnutí samotné se může týkat dodávek jak stávajícím, tak i novým zákazníkům.⁶⁰³ Vedle samotného odmítnutí dodávek je v téže části *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* upravena problematika tzv. margin squeeze, což konstruktivní odmítnutí dodávek.

Margin squeeze je pak chápáno jako situace, kdy dominantní podnik účtuje za výrobek na předcházejícím trhu cenu, která v porovnání s cenou účtovanou na navazujícím trhu neumožňuje ani stejně výkonnému soutěžiteli, aby na navazujícím trhu trvale obchodoval se ziskem.⁶⁰⁴

Zásah Komise pak bude možné obecně očekávat v případech, když se uvedená jednání budou vztahovat k výrobku či službě, které jsou objektivně nezbytné⁶⁰⁵ k účinnému soutěžení na navazujícím trhu a pravděpodobně povedou k vyloučení⁶⁰⁶

⁶⁰⁰ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 75.

⁶⁰¹ Navazujícím trhem se rozumí trh, pro nějž je odmítnutý vstup nezbytný k výrobě určitého výrobku nebo poskytování určité služby. Srov. *ibid.*, odst. 76.

⁶⁰² *Ibid.*, odst. 85.

⁶⁰³ *Ibid.*, odst. 78.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, odst. 80.

⁶⁰⁵ Objektivní nezbytnost může být spatřována v tom, že konkurenti dominantního podniku nejsou s to efektivně reprodukovat vstup dominantanta v dohledné budoucnosti. *Ibid.*, odst. 83.

⁶⁰⁶ Přičemž pravděpodobnost vyloučení je obecně vyšší tím, čím vyšší je podíl dominantanta na navazujícím trhu. *Ibid.*, odst. 85.

účinné soutěže na navazujícím trhu a poškození spotřebitele,⁶⁰⁷ u něhož se bude zkoumat, zdali z pohledu spotřebitelů pravděpodobné nepříznivé důsledky odmítnutí dodávek v průběhu času převáží nad negativními důsledky uložení povinnosti zajišťovat dodávky.^{608,609}

Toto je podle literatury⁶¹⁰ poměrně velký odklon od schématu, který Komise ohledně odmítnutí dodávek předložila v rámci *Diskusního materiálu k dominanci*⁶¹¹ a sáhla k němu zjevně potěšena soudním vítězstvím v případě Microsoft.⁶¹²

⁶⁰⁷ Pravděpodobnou újmu spotřebitelů lze dovést také v případech, kdy bude konkurentovi bráněno ve vývoji jeho nových produktů. Jak ještě uvedu níže, bránění vzniku nového výrobku, pro který existuje potenciální poptávka spotřebitelů, která je dle judikatury komunitárních soudů považována za jednu z podmínek kvalifikujících odmítající jednání dominantanta za zneužití jeho dominantního postavení (srov. např. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 335), bylo Tribunálem ve věci Microsoft kvalifikováno tak, že vedle omezení výroby nebo odbytu zahrnuje také omezení technického vývoje (ibid., odst. 647). Z *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* však, zdá se, vyplývá, že Komise učinila v tomto ohledu ještě krok kupředu, když považuje potlačení samotných inovací za dostatečnou skutečnost pro zjištění poškození spotřebitelů (srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 87). K takovému poškození pak mnohem pravděpodobněji dojde v případech, kdy odmítnutí ukončuje existující dodávkový vztah (ve srovnání s dodávkami, které dosud dominantní podnik nikomu nedodával). Srov. ibid., odst. 84.

⁶⁰⁸ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 86.

⁶⁰⁹ Ibid., odst. 81. Zvláštní situace může nastat v případě, kdy bude Komise posuzovat jednání podniků zapojených do regulovaných sektorů hospodářství, které jsou financovány ze státních prostředků nebo jejichž postavení na předcházejícím trhu se vyvíjelo v rámci ochrany zvláštních či výhradních práv. Ohledně takových podniků totiž Komise prohlašuje, že uvedená kritéria posuzovat nebude, neboť je zřejmé, že uložení povinnosti zajišťovat dodávky konkurentům na navazujícím trhu nemůže mít nepříznivé následky na motivaci dominantanta investovat či inovovat na předcházejícím trhu. Ibid., odst. 82.

⁶¹⁰ Srov. Killick, J., Assimakis, K. (2009), str. 7 a 8.

⁶¹¹ Tam totiž Komise rozlišovala mezi ukončením dodávek (stávajícího vztahu), odmítnutím (začít) dodávat novému zákazníkovi nenahraditelný vstup a odmítnutím poskytnout licenci k právům duševního vlastnictví. Toto rozlišení s sebou neslo jisté odstupňování „závažnosti“ situace, když podmínky pro zásah Komise v prvně zmiňovaném případě byly volnější (muselo být pouze prokázáno, že zákazník riskoval svou eliminací), přísnější v případě druhém (odmítnutý vstup musel být také nenahraditelným) a velmi přísné v případě třetím (kde navíc muselo být prokázáno, že odmítnutí poskytnout licenci blokuje vznik nového produktu, po kterém existuje spotřebitelská poptávka). Srov. *Diskusní materiál k dominanci*, odst. 207 a násl.

⁶¹² Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft. V literatuře se také objevily názory, že Komise se v případě oné třetí podmínky nutné pro konstatování odmítnutí dodávek, tj. poškození spotřebitele,

Z případných efficiencies se Komise nezdřáhá vzít v úvahu případy, kdy bude dominantní podnik ospravedlňovat své odmítnutí dodávek přiměřenou návratností investic, potřebných k jeho dalšímu rozvoji, nebo nepříznivým ovlivněním (úrovně) jeho vlastních inovací.⁶¹³

Pro zajímavost podotýkám, že úprava vymáhání čl. 102 SFEU, co se odmítnutí dodávek týče, bývá v literatuře označována jako zářný příklad skutečnosti, že hodnotící kritéria nabízená Komisí v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* podnikům, budou-li si chtít samy ověřit, zda jejich jednání může být Komisí posuzováno jako závadné či nikoliv, v praxi přinesou velké potíže. V této souvislosti se odkazuje na to, že Komise stále nepřikládá dostatečnou váhu vlivným komentátorům, kteří zdůrazňují důležitost předvídatelnosti (a odpovědnosti a vykonatelnosti) ve vymáhání soutěžního práva a argumentují proti volným úvahám při vydávání rozhodnutí NSÚ.⁶¹⁴

6.3.3 Česká právní úprava a judikatura

Taktéž skutková podstata uvedená v ustanovení § 11 odst. 1 písm. d) OHS si nezadá se svým obrazem v komunitárním právu. Tudíž také v českém právu platí, že dominantní podnik nesmí zneužívat své postavení na trhu tím, že zastaví nebo omezí svou výrobu, odbyt nebo výzkum a vývoj na úkor spotřebitelů.

V této souvislosti lze uvést zejm. případy týkající se odmítnutí dodávek. Přerušení dodávek během kontraktačního procesu bylo shledáno zneužitím dominantního postavení ve věci *Teplárenská společnost Hlinsko*.⁶¹⁵

podstatně odchýlila od již zmiňovaných rozhodnutí ve věcech *IMS Health* a *Microsoft*. Podle ní se totiž zabránění vzniku nového produktu (jak bylo konstatováno v případě *IMS Health*) a zabránění následujících inovací (*Microsoft*) Komisí posuzují jako „pouhé“ indikativní případy uvedené podmínky, kterou Komise označuje jako poškození spotřebitele. Srov. Killick, J., Assimakis, K. (2009), str. 8.

⁶¹³ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 89 a 90.

⁶¹⁴ Srov. Katsoulacos, Y. (2009), str. 9 a 10 a odkazy tam uvedené.

⁶¹⁵ V daném případě se situace měla tak, že dominantní podnik neuskutečnil dodávku pro svého odběratele, ač tak učinit měl, a samotné neuskutečnění dodávek souviselo s jednáním ohledně nové smlouvy mezi dominantním podnikem a jeho odběratelem, který nesouhlasil se zněním nové smlouvy (odběratel nehodlal přistoupit na změnu týkající se tvorby ceny za plnění dominantního podniku, jíž by měl nově platit). Přerušení dodávek tedy nevyplývalo z porušení povinností odběratele a dominantní

Znaky této skutkové podstaty však ve své podstatě nese také zvláštní forma jednání, která bývá označována jako pohodlný život (quiet life).

U vykořisťovacího zneužití dominantního postavení formou quiet life se v podstatě jedná o to, že dominantní podnik zůstává nečinný v situaci, kdy jeho nečinnost působí újmu spotřebitelům, která by mohla být snížena nebo vyloučena, pokud by nečinný nebyl, přičemž by bylo možné po něm takovou aktivitu spravedlivě požadovat.

Tímto specifickým jednáním se zabýval také Ústavní soud, a to ve věci Škoda automobilová.^{616,617}

V případě odmítnutí přístupu k essential facilities či odmítnutí přístupu k využití práva duševního vlastnictví, popř. též jiným sítím bez objektivního odůvodnění a za přiměřenou úhradu, se jedná o právní úpravu, kterou OHS na rozdíl od čl. 102 SFEU výslovně obsahuje.⁶¹⁸ Takové odmítnutí bude zneužívající praktikou, dojde-li k němu tehdy, pokud by za něj jinak byla poskytnuta přiměřená úhrada a dominantní podnik by své jednání objektivně neodůvodnil.

podnik k němu přistoupil teprve poté, co z důvodů, které nebylo možné přičítat odběrateli k tíži, stávající smlouvu vypověděl a trval na sjednání smlouvy nové, jejíž návrh však odběratel z důvodu tvrzené nevýhodnosti nehodlal akceptovat. Srov. rozsudek KS v Brně sp. zn. 31 Ca 142/2005 (Teplárenská společnost Hlinsko).

⁶¹⁶ Srov. náleží ÚS sp. zn. III. ÚS 31/97 (Škoda automobilová). V tomto případě bylo dominantnímu podniku vytknuto, že nedostatečně zajistil převod výroby plechových náhradních dílů na jiného výrobce. Tato skutečnost pak měla za následek nedostatek takových náhradních dílů na trhu. Dominantní podnik nepostupoval tak, aby k výpadku dodávek nedošlo. Podle názoru ÚS totiž byl dominantní podnik povinen „v rozumné proporcí k dalším svým podnikatelským aktivitám zajistit výrobu náhradních dílů tak, aby spotřebitelů bylo umožněno výrobky soutěžitele užívat po dobu jejich životnosti.“ Ve vztahu ke konstataci zneužití nehrála roli ani skutečnost, že dominantní podnik se takového jednání dopustil veden preferencí výroby nových vozů (tato skutečnost byla zohledněna až ve výši pokuty). Samotné jednání quiet life pak ÚS definoval jako „nevyvinutí všeho úsilí soutěžitele, jež od něj lze rozumně vyžadovat, k minimalizaci nepříznivých dopadů jeho rozhodnutí pro jiné soutěžitele nebo spotřebitele.“ Ibid.

⁶¹⁷ K dalšímu případu zneužití dominantního postavení formou quiet life, srov. např. případ RWE Transgas quiet life (rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S 52/2009).

⁶¹⁸ Srov. ust. § 11 odst. 1 písm. f) OHS.

Doktrínou essential facilities se soudy zabývaly např. v případech ČSAD Liberec⁶¹⁹ či ČESKÝ TELECOM.⁶²⁰

6.4 Uplatňování rozdílných podmínek

6.4.1 Komunitární právo

Znevýhodňování obchodních partnerů uplatňováním nerovných podmínek při rovnocenných dodávkách (diskriminaci obchodních partnerů) zakazuje ustanovení čl. 102 písm. c) SFEU.

Jinými slovy,

*„[č]lánek [102] druhý pododstavec písm. c) [SFEU] zakazuje jakoukoliv diskriminaci ze strany podniku v dominantním postavení závisící v uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži“.*⁶²¹

Klíčový význam zde má vymezení rovnocenného plnění. Praxe Komise vycházela z názoru, že rovnocenné plnění neznamená totéž co identické plnění a je třeba jej posuzovat s ohledem na cíle SFEU, aby tak bylo zabráněno znevýhodňování obchodních partnerů v soutěži.

Tato teze byla později ESD v již zmiňovaném případě United Brands rozvíjena konstatováním, že cenové podmínky je nutno srovnat a dále posuzovat ve vztahu ke

⁶¹⁹ Srov. rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 27/2006 (ČSAD Liberec). Skutkově bude tento případ popsán níže v části 6.4.2. Na tomto místě se proto omezím na konstatování, že KS v Brně ve věci dovodil, že autobusové nádraží není podstatným zařízením ve smyslu § 11 odst. 1 písm. f) OHS.

⁶²⁰ Rozsudek VS v Olomouci sp. zn. 2 A 10/2000 (ČESKÝ TELECOM). Vrchní soud k této problematice uvedl, že „[k]e zneužití dominantního či monopolního postavení může dojít také umožněním přístupu k podstatnému zařízení jen za podmínek, které jsou nevýhodnější, než kterými disponuje dominující podnik, a proto je schopnost skutečné konkurence podstatně omezena.“

⁶²¹ Srov. rozsudek ESD C-163/99 Portugalsko v. Komise, odst. 46.

všem obchodním partnerům společnosti působícím na společném trhu, nikoliv ve vztahu k odběratelům každého členského státu zvlášť.⁶²²

Nejčastější případy uplatňování rozdílných podmínek představuje cenová diskriminace, v rámci které se dominantní podniky dopouštěly diskriminačního jednání s cílem maximalizovat své zisky, rozdělit národní trhy či vyloučit soutěž na trhu.⁶²³

Ve výše podaných výkladech jsem již diskriminační jednání přiblížil na případech United Brands,⁶²⁴ Tetra Pak II⁶²⁵ a z nových případů také částečně ve věci Clearstream.⁶²⁶ V této kapitole bych chtěl navázat uvedením dalších nových rozhodnutí komunitárních soudů dotýkajících se problematiky diskriminace.

Nejdříve však krátce připomínám, že v případě Clearstream bylo společnosti Clearstream vedle zneužívajícího odmítnutí dodávek také vytknuto diskriminační jednání, a to diskriminace společnosti EB, pokud se jednalo o poskytování služeb přeshraničního zúčtování a vypořádání obchodů s cennými papíry a účtování diskriminačních cen společnosti EB za poskytované služby.

Diskriminace EB byla pak Komisí přičtena liknavému přístupu vůči EB, který byl v rozporu s přiměřenými prodlevami, v nichž byly služby poskytnuty ostatním zákazníkům.⁶²⁷

Diskriminační cenové chování Clearstream vůči EB pak bylo dovozeno z toho, že tato společnost uplatňovala vůči EB vyšší ceny za transakce v době, kdy účtovala vnitrostátním centrálním depozitářům za stejné služby ceny nižší, aniž by toto jednání bylo objektivně odůvodněno a aniž by z něj vznikly výhody pro zákazníky.

Rozhodnutí Tribunálu shledalo obvinění Komise opodstatněnými. Přitom Tribunál ve vztahu k diskriminačnímu jednání vyšel z dosavadní judikatury a nejprve k cenové politice dominantních podniků připomněl, že

⁶²² Srov. rozsudek ESD 27/76 United Brands.

⁶²³ Srov. Joelson, M. R. (2006), str. 385.

⁶²⁴ Srov. rozsudek ESD 27/76 United Brands.

⁶²⁵ Srov. rozsudek ESD C-333/94 P Tetra Pak II.

⁶²⁶ Srov. rozsudek Tribunálu T-301/04 Clearstream.

⁶²⁷ Přiměřené prodlevy činily méně než 4 měsíce, zatímco společnosti EB byl přístup k systému umožněn po více než 2 letech.

„[p]raxe diskriminačních cen ze strany podniku v dominantním postavení je zakázána článkem [102] druhým pododstavcem písm. c) [SFEU], který se vztahuje na zneužívání spočívající v uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži,“

a že

*„[dominantní] podnik nemůže používat umělé cenové rozdíly, které mohou způsobit znevýhodnění jeho zákazníků a narušit hospodářskou soutěž“.*⁶²⁸

V dalších částech svého rozhodnutí pak Tribunál vycházel také ze závěrů dalšího poměrně nového rozsudku ESD ve věci *British Airways*,⁶²⁹ jehož rozbor vzápětí následuje, a uzavřel, že

*„[v] projednávané věci použití, vůči obchodnímu partnerovi, rozdílných cen za rovnocenné služby, a to nepřetržitě v průběhu pěti let a podnikem majícím faktický monopol na předcházejícím trhu, nemohlo nezpůsobit soutěžní znevýhodnění téhož partnera“.*⁶³⁰

V případě *British Airways*⁶³¹ se Komise a poté oba komunitární soudy zabývaly jednáním společnosti *British Airways* (dále jen „BA“) na trhu služeb zprostředkovatelů letecké dopravy Spojeného království. Tato společnost, největší letecká společnost Spojeného království, uzavřela se zprostředkovateli služeb v cestovním ruchu usazenými na území tohoto členského státu a akreditovanými u příslušné asociace dohody, které dávaly nárok na základní provizi z prodeje letenek na lety organizované BA dosažené těmito zprostředkovateli a které rovněž zahrnovaly tři zvláštní režimy finančních pobídek (dále též „prémiové režimy“). Komise ve svém rozhodnutí

⁶²⁸ Srov. rozsudek Tribunálu T-301/04 *Clearstream*, odst. 169 a 170.

⁶²⁹ *Ibid.*, odst. 192 a 193.

⁶³⁰ *Ibid.*, odst. 194.

⁶³¹ Srov. rozsudek ESD C-95/04 P *British Airways*.

konstatovala, že uplatněním prémiových režimů vůči uvedeným zprostředkovatelům služeb v cestovním ruchu BA zneužila dominantní postavení, které mělo za cíl a účinek skrze odměňování věrnosti zprostředkovatelů služeb a rozdílné zacházení s nimi vyloučit soutěžitele BA z trhu letecké dopravy Spojeného království. Jinými slovy, uplatňované prémiové režimy měly vyvolat diskriminaci mezi dotyčnými zprostředkovateli služeb a vést k vyloučení konkurenčních leteckých společností.

Na tomto místě se omezím na obecné diskriminační aspekty posuzovaného jednání ve vztahu ke zprostředkovatelům letecké dopravy, zatímco posouzení samotné zneužívající povahy prémiových režimů ve smyslu rabatů je věnován samostatný prostor na jiném místě této práce.⁶³²

Diskriminační povahu jednání BA vůči zprostředkovatelům lze tedy spatřovat v tom, že vůči nim uplatnila rozdílné sazby provize podle toho, zda splnili své prodejní cíle ve srovnání s referenčním obdobím či nikoliv.⁶³³

Ke zvláštnímu zákazu diskriminace podle čl. 102 písm. c) SFEU nejprve ESD připomněl, že

„[tento] je součástí systému, který v souladu s [dominantní] čl. 3 odst. 1 písm. g) [SES] zajišťuje, aby na vnitřním trhu nebyla narušována hospodářská soutěž. Obchodní chování podniku v dominantním postavení nesmí narušovat hospodářskou soutěž na předcházejícím nebo navazujícím trhu, tzn. hospodářskou soutěž mezi dodavateli nebo mezi odběrateli tohoto podniku. Smluvní partneři uvedeného podniku nesmí být v soutěži mezi sebou zvýhodňováni ani znevýhodňováni,“

⁶³² Srov. část 6.6 této práce.

⁶³³ „Systém slev nebo prémie za výsledek poskytovaných podnikem v dominantním postavení, který s sebou v případě dosažení cílů smluvními partnery nese zvýšení sazeb uvedených slev nebo prémie nejen ve vztahu k nárůstu obrátu z nákupu nebo prodeje produktů podniku v dominantním postavení nad rámec těchto cílů, ale i ve vztahu k celkovému obrátu z tohoto nákupu nebo prodeje dosaženého během posuzovaného období, vede k rozdílnému odměňování za plnění stejné povahy ve smyslu článku [102] druhého pododstavce písm. c) [SFEU], tedy za nákup nebo prodej stejného množství produktů podniku v dominantním postavení podle toho, zda smluvní partneři dosáhli svých cílů ve srovnání s referenčním obdobím, či nikoliv.“ Srov. rozsudek ESD C-95/04 P British Airways, bod 3 preambule.

načež navázal tím, že

*„[p]roto, aby byly splněny podmínky použití čl. 82 druhého pododstavce písm. c) [SES], je třeba zjistit, že chování podniku v dominantním postavení na trhu je nejen diskriminační, ale že rovněž směřuje k narušení tohoto soutěžního vztahu, tzn. k narušení soutěžního postavení jedněch obchodních partnerů tohoto podniku ve vztahu k druhým“.*⁶³⁴

Z toho se tedy podává, že hranice oné soutěžní nevýhody, která je pro určení diskriminačního jednání podstatná, byla nastavena poměrně nízko, totiž, pokud dva podniky soutěží mezi sebou navzájem, pak jakékoliv netriviální rozdíly v zacházení s nimi vytvářejí prostor pro znepokojení.⁶³⁵

Ve vztahu k vymezení počátku diskriminace a důkazu zhoršení postavení dotčených soutěžitelů pak ESD připojil, že

*„[...] nic neodporuje závěru, že diskriminace obchodních partnerů, kteří se nacházejí v soutěžním vztahu, může být považována za zneužívající od okamžiku, kdy chování podniku v dominantním postavení z hlediska celkových okolností projednávaného případu směřuje k narušení hospodářské soutěže mezi obchodními partnery. V takové situaci nelze požadovat, aby byl dodatečně podán důkaz skutečného a kvantifikovatelného zhoršení soutěžního postavení jednotlivých obchodních partnerů“.*⁶³⁶

Konečně, ESD souhlasil se skutkovými zjištěními Tribunálu, co se existence soutěžní nevýhody týče, když uvedl, že Tribunál byl oprávněn

„[...] v rámci svého přezkumu dotčených prémiových režimů z hlediska čl. [102] druhého pododstavce písm. c) [SFEU] přímo bez podrobné

⁶³⁴ Srov. rozsudek ESD C-95/04 P British Airways, odst. 143 a 144. K formulaci této poznámky srov. shora učiněnou poznámku o Lisabonské smlouvě.

⁶³⁵ Srov. Subbioto, R., Snelders, R. (2008), str. 7.

⁶³⁶ Srov. rozsudek ESD C-95/04 P British Airways, odst. 145.

*mezifáze dospět k závěru, že možnosti uvedených zprostředkovatelů navzájem mezi sebou soutěžit byly ovlivněny diskriminačními podmínkami odměňování uplatňovanými BA“.*⁶³⁷

Poslední případovou studii, kterou hodlám v kontextu diskriminačního jednání na následujících řádcích zmínit, je také poměrně nové rozhodnutí ESD ve věci Kanal 5 a TV 4.⁶³⁸

V tomto případě se ESD v rámci rozhodnutí o předběžné otázce zabýval problematikou ochrany autorských práv,⁶³⁹ konkrétně sporu mezi soukromými televizními společnostmi Kanal 5 Ltd (dále jen „Kanal 5“) a TV 4 AB (dále jen „TV 4“) se švédskou organizací pro kolektivní správu autorských práv k hudebním dílům [Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa, dále jen „STIM“)]⁶⁴⁰ ohledně modelu stanovení poplatků za televizní vysílání hudebních děl chráněných autorským právem uplatňovaného STIM.

Co se týče samotného modelu stanovení poplatků, tak ten byl STIM navržen a používán tak, že STIM požadovala od obou shora zmíněných společností poplatky odpovídající procentnímu podílu jejich příjmů plynoucích z vysílání relací určených široké veřejnosti nebo podpůrně z reklamy nebo předplatných, přičemž tyto sazby se měly lišit v závislosti na odvysílaném objemu hudby. Zatímco po veřejnoprávním televizním kanálu Sveriges Television požadovala STIM paušální platbu, jejíž výše byla předem sjednána.

Předmětem posuzování ESD se staly dílem otázka nepřiměřené výše poplatků, dílem otázka diskriminačního charakteru poplatků.

⁶³⁷ Ibid., odst. 148.

⁶³⁸ Srov. rozsudek ESD C-52/07 Kanal 5 a TV 4.

⁶³⁹ Otázky nepřiměřených cen souvisejících s právy duševního vlastnictví jsem již zmínil v rámci části 6.2 této práce.

⁶⁴⁰ STIM je sdružením majícím ve Švédsku postavení faktického monopolu na trhu zpřístupňování hudebních děl chráněných autorským právem pro účely televizního vysílání a jeho členy jsou autoři a vydavatelé hudebních děl. Tito členové pak uzavírají se STIM přístupovou dohodu, kterou jí postupují právo na odměnu za veřejné provozování a provádění (provozovací práva), jakož i záznam a rozmnožování (mechanická práva) jejich děl.

Co se možné přemrštěnosti poplatků týče, bylo třeba zhodnotit, zda poplatky, které požadovala STIM, byly v přiměřeném poměru k hospodářské hodnotě plnění jí poskytnutých, která spočívala ve zpřístupňování výše uvedených děl, jež spravovala, televizním společností, které s ní uzavřely dohody o poskytnutí licencí. ESD zdůraznil, že by

*„v této souvislosti bylo vhodné nalézt přiměřenou rovnováhu mezi zájmem autorů hudebních děl chráněných autorským právem na získání odměny z titulu televizního vysílání těchto děl a zájmem televizních společností na vysílání těchto děl za rozumných podmínek“.*⁶⁴¹

Po shrnutí dosavadní relevantní judikatury týkající se případů SACEM,⁶⁴² Tournier⁶⁴³ a Coditel a další⁶⁴⁴ poskytl ESD první část odpovědi takto:

*„[č]lánek [102 SFEU] musí být vykládán v tom smyslu, že organizace pro kolektivní správu autorských práv, která má dominantní postavení na podstatné části společného trhu, toto postavení nezneužívá, jestliže z titulu odměny za televizní vysílání hudebních děl chráněných autorským právem užívá ve vztazích se soukromými televizními kanály model stanovení poplatků, podle něž výše těchto poplatků odpovídá určitému podílu příjmů těchto kanálů, za podmínky, že tento podíl je celkově úměrný objemu hudebních děl chráněných autorským právem, který skutečně je nebo může být televizí vysílán, ledaže by jiná metoda umožňovala přesnější určení a kvantifikaci užití děl i jejich sledovanosti, aniž by zároveň došlo k neúměrnému zvýšení nákladů na správu smluv a dohled nad užíváním zmíněných děl“.*⁶⁴⁵

⁶⁴¹ Srov. rozsudek ESD C-52/07 Kanal 5 a TV 4, odst. 29 a 31.

⁶⁴² Srov. rozsudek ESD 402/85 SACEM.

⁶⁴³ Srov. rozsudek ESD 395/87 Tournier.

⁶⁴⁴ Srov. rozsudek ESD 62/79 Coditel a další.

⁶⁴⁵ Srov. rozsudek ESD C-52/07 Kanal 5 a TV 4, výrok.

Nato se ESD zabýval otázkami možné diskriminační povahy poplatků vypočítaných STIM rozdílným způsobem podle toho, zda se jednalo o soukromé televizní společnosti, nebo společnosti veřejnoprávní, a sice, zda takové jednání představuje zneužívání dominantního postavení ve smyslu článku 102 písm. c) SFEU, přičemž podotkl, že

*„[...] pro zjištění, zda skutečnost, že organizace pro kolektivní správu autorských práv vypočítává poplatky vybírané z titulu odměny za televizní vysílání hudebních děl chráněných autorským právem různými způsoby podle toho, zda se jedná o soukromé televizní společnosti, nebo společnosti veřejnoprávní, představuje zneužití ve smyslu článku [102 SFEU], tomuto soudu přísluší zkoumat, zda může být taková praxe objektivně odůvodněná [...] Takovéto odůvodnění by mohlo vyplynout zejména z poslání a způsobů financování veřejnoprávních společností“.*⁶⁴⁶

Načež poskytl také druhou část své odpovědi takto:

*„[č]lánek [102 SFEU] musí být vykládán v tom smyslu, že organizace pro kolektivní správu autorských práv se může tím, že vypočítává poplatky vybírané z titulu odměny za televizní vysílání hudebních děl chráněných autorským právem různým způsobem podle toho, zda se jedná o soukromé televizní společnosti, nebo společnosti veřejnoprávní, dopustit zneužívání svého dominantního postavení ve smyslu zmíněného článku, jestliže vůči těmto společnostem uplatňuje rozdílné podmínky při plnění stejné povahy, a tím je znevýhodňuje v hospodářské soutěži, ledaže lze takovouto praxi objektivně odůvodnit“.*⁶⁴⁷

Z dosud uvedeného je tedy možné ve vztahu k diskriminačním cenovým praktikám uzavřít, že nejsou odsuzovány tam, kde se jeví, že jsou podloženy oprávněnými ekonomickými důvody, jako např. úsporou nákladů nebo intenzivní

⁶⁴⁶ Srov. rozsudek ESD C-52/07 Kanal 5 a TV 4, odst. 47.

⁶⁴⁷ Ibid., výrok.

soutěží, ale jsou podle čl. 102 SFEU napadnutelné tam, kde jsou zjevně nespravedlivé nebo jsou používány k vyloučení soutěže, popř. rozdělování na národní trhy.⁶⁴⁸

6.4.2 Česká právní úprava a judikatura

Také uplatňování rozdílných podmínek při shodném nebo srovnatelném plnění vůči jednotlivým účastníkům trhu, jimiž jsou tito účastníci v hospodářské soutěži znevýhodňováni, patří do OHS zakázaných zneužívajících praktik.⁶⁴⁹

Diskriminační jednání patří mezi jedny z ÚOHS často vyšetřovaných zneužívajících praktik.

Ve věci ČEZ bylo za zakázané jednání považováno snížení odběru hnědého uhlí pro výrobu elektrické energie pouze od jednoho z dlouhodobých dodavatelů, zatímco ostatních dodavatelů se takové snížení netýkalo.⁶⁵⁰

Za závadné jednání bylo také považováno odmítnutí vstupu na autobusové nádraží konkurenčním dopravcům ve věci ČSAD Liberec.⁶⁵¹

V poslední době se diskriminačním jednáním dominantního podniku zabýval také Krajský soud v Brně ve věci Linde Gas a.s.⁶⁵²

⁶⁴⁸ Srov. Joelson, M. R. (2006), str. 381.

⁶⁴⁹ Srov. ust. § 11 odst. 1 písm. c) OHS.

⁶⁵⁰ Rozsudek VS v Olomouci sp. zn. 2 A 3/2001 (ČEZ). Tento případ označil za zneužívající jednání podniku ČEZ, který řešil sníženou spotřebu hnědého uhlí pro výrobu elektrické energie (vzniklou v důsledku poklesu spotřeby elektrické energie v České republice) tak, že postupně snížil bez objektivního odůvodnění odběr hnědého uhlí pro výrobu elektrické energie pouze od jednoho z dlouhodobých dodavatelů, zatímco u ostatních dodavatelů tak neučinil. Společnosti ČEZ v té souvislosti nebylo vytýkáno samotné „*snížení objemu odběru uhlí a jeho ceny u části odběru, nýbrž nerovný přístup při řešení nové situace nastalé v důsledku poklesu odběru elektrické energie v ČR [...]*.“ Tzn., že z pohledu soutěžních pravidel „*nebylo nutné dodržet nasmlouvané kontrakty, ale řešení alespoň mělo akceptovat zásadu nediskriminace a proporcionality, tehdy zachovat východisko přibližně stejných možností pro všechny dodavatele*.“ Ibid.

⁶⁵¹ Srov. rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 27/2006 (ČSAD Liberec). Jednalo se o odepření přístupu k autobusovému nádraží soutěžiteli nově vstupujícímu na trh provozování osobní autobusové dopravy, na němž působil i dominantní podnik. Podstatnou roli ve věci sehrála skutečnost, že kapacita autobusového nádraží nebyla v posuzovaném období vytížena a že v jednání dominantanta byl obsažen prvek diskriminace ve vztahu k jiným provozovatelům autobusové dopravy, jež totéž autobusové nádraží využívat mohli.

6.5 *Vázané prodeje*

6.5.1 Komunitární právo

Poslední zvláštní skutkovou podstatou zneužití dominantního postavení, kterou SFEU výslovně zmiňuje, je podmiňování uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisejí.⁶⁵³

Obdobně jako v případě zneužívacích praktik podle čl. 102 písm. a) SFEU, tak i v případě vázaných obchodů je zřejmá podobnost, ne-li praktická totožnost dikce předmětného textu s dikcí zvláštní skutkové podstaty zakázaných dohod, v tomto případě ustanovení čl. 101 odst. 1 písm. e) SFEU.

V praxi tak může docházet k nejrůznějším způsobům vázání produktů či služeb nebo dokonce obojího mezi sebou.

Tato praktika je podle rozhodovací praxe Komise zvláště závažným a neospravedlnitelným porušením SFEU, jedná se totiž o jeden z nejefektivnějších (ač reprobovaných) prostředků k expanzi na terciární trhy.

V minulosti měly Komise a komunitární soudy příležitost vypořádat se s uvedenou formou zneužívajícího jednání např. v případech Hilti a Tetra Pak II.⁶⁵⁴

V prvně uváděném případě se v očích uvedených institucí jednalo o vázání výrobků patřících do tří odlišných trhů, na rozdíl od názoru jejich výrobce, že se jedná o jeden systém: nastřelovací pistole, zásobníku na hřebíky a samotných hřebíků do zásobníku.

Ve věci Tetra Pak II pak bylo vázání představováno neoddělitelností prodeje krabic užívaných jako obalového materiálu pro UHT mléko a patentovaných strojů nezbytných k užití těchto krabic. Dle názoru Komise byla taková smluvní ujednání součástí globální strategie, zaměřené na zavázání si klienta na celou dobu životnosti

⁶⁵² Toto rozhodnutí je rozebráno na jiném místě této práce (srov. kapitulu 6.8), a to v souvislosti s přetrvávajícím formalistickým přístupem českých soudů ke zneužití dominantního postavení.

⁶⁵³ K definici, resp. rozlišování vázaných a spojených prodejů srov. část 6.5.2 této práce.

⁶⁵⁴ Srov. rozsudky ESD C-53/92 P Hilti a C-333/94 P Tetra Pak II.

strojů, což mělo za následek vyloučení hospodářské soutěže na trhu s krabicemi a souvisejícími výrobky.

V obou případech se dotčené dominantní podniky snažily odůvodnit vázání výrobků tím, že tak činily v zájmu ochrany veřejného zdraví a bezpečnosti před jinými, neúplnými či poruchovými produkty. Nicméně, v této souvislosti bylo soudy konstatováno, že s těmito obavami se měly vypořádat příslušné orgány státní správy a nikoliv výrobci předmětných výrobků.

V rámci této dílčí kapitoly⁶⁵⁵ však např. svou pozornost k případu novějšímu, který vzbudil nemalou pozornost na obou březích Atlantského oceánu – rozhodnutí ve věci Microsoft.⁶⁵⁶

Tento případ byl již v literatuře mnohokrát rozebrán.⁶⁵⁷ Pro účely této práce se však omezím na, dle mého názoru, zásadní soudní zjištění.

Jádrem případu Microsoft bylo využití jeho kvazi monopolního⁶⁵⁸ postavení na trhu klientských osobních počítačů (PC) k narušení soutěže v „sousedních“ oblastech počítačových programů, když Microsoft „využil prostřednictvím „pákového efektu“ (*leveraging*) téměř monopolního postavení, které má na výrobním trhu, aby ovlivnil druhý výrobní trh“.⁶⁵⁹

Společnost Microsoft se svým operačním systémem Windows držela virtuální monopol nad operačními systémy pro PC. Po dlouhém a podrobném šetření vytkla Komise ve svém 300 stránek dlouhém rozhodnutí společnosti Microsoft u dvou praktik zneužití dominantního postavení.⁶⁶⁰

⁶⁵⁵ Téma vázaných prodejů je tématem velmi širokým, jejichž detailní popis neodpovídá zaměření této práce. Ke vskutku vyčerpávající analýze tohoto jevu srov. např. Langer, J. (2007).

⁶⁵⁶ Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft.

⁶⁵⁷ Srov. např. Subbioto, R., Snelders, R. (2008), str. 16, popř. Langer, J. (2008).

⁶⁵⁸ Sama Komise toto postavení označila za drtivé dominantní postavení (*overwhelmingly dominant position*), když činilo více než 90 %.

⁶⁵⁹ Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, bod 9 preambule.

⁶⁶⁰ Srov. Subbioto, R., Snelders, R. (2008), str. 16.

Jelikož se zneužívající jednání uvedené společnosti dá rozlišit na zneužití práv duševního vlastnictví ve formě odmítnutí dodávek (poskytnout licenci)⁶⁶¹ a vázání, v této kapitole se budu zásadně věnovat právě vázající praktice, zatímco druhou protisoutěžní praktiku společně se shrnujícími komentáři k tomuto případu uvedu ve zvláštní části této práce věnované zneužití práv duševního vlastnictví.⁶⁶²

Komise shledala zakázanou vázací praktiku společnosti Microsoft spočívající ve vázání multimediálního přehrávače Windows Media Player (dále jen „WMP“, vázaný produkt) na samotný operační systém Windows pro PC (vázající produkt). Zákazníkům tedy nebylo umožněno pořídit si operační systém Windows bez WMP.

Při „rozplétání“ případu Tribunál ve věci aplikoval analytický přístup, který byl předtím vyvinut v rámci shora uvedených případů Hilti a Tetra Pak II, a stanovil čtyři podmínky, ze kterých může Komise vycházet při rozhodování, zda chování podniku v dominantním postavení představuje zneužívající vázaný prodej: (i) vázající výrobek a vázaný výrobek jsou dva odlišné výrobky, (ii) dotčený podnik má na trhu vázajícího výrobku dominantní postavení, (iii) uvedený podnik nedává spotřebitelům volbu získat vázající výrobek bez vázaného výrobku a (iv) dotčené jednání omezuje hospodářskou soutěž. Nadto připojil, že Komise také zohlední skutečnost, že vázaný prodej není objektivně odůvodněn.⁶⁶³ Přičemž

*„[t]akové odůvodnění nemůže spočívat ve výhodách, které by vyplývaly ze skutečnosti, že vázaný prodej by zajišťoval jednotnou přítomnost výrobku na trhu. Nemůže být totiž připuštěno, aby byl tento výsledek uložen podnikem v dominantním postavení prostřednictvím vázaného prodeje“.*⁶⁶⁴

⁶⁶¹ Konkrétně se jednalo o odmítnutí poskytnout svým soutěžitelům „informace týkající se interoperability“ a povolit jejich využití pro vývoj a distribuci výrobků konkurujících výrobkům společnosti Microsoft na trhu operačních systémů pro servery určené k podpoře pracovních skupin.

⁶⁶² Srov. část 6.7 této práce.

⁶⁶³ Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 842, 843, 852 a 859.

⁶⁶⁴ Ibid., bod 15 preambule.

Tribunál také znovu potvrdil pouhou demonstrativnost výčtu zakázaných jednání uvedených v čl. 102 SFEU,⁶⁶⁵ z čehož

*„[...] vyplývá, že vázaný prodej uskutečňovaný podnikem v dominantním postavení může porušovat článek [102 SFEU], i když neodpovídá příkladu uvedenému v čl. [102] druhém pododstavci písm. d) [SFEU]. Komise tedy pro konstatování existence zneužívajícího vázaného prodeje oprávněně vycházela v napadeném rozhodnutí z článku [102] jako celku, a nikoliv výlučně z čl. [102] druhého pododstavce písm. d) [SFEU]“.*⁶⁶⁶

Tribunál také odmítl argument společnosti Microsoft, že se v daném případě nejedná o dva odlišné produkty, když uvedl, že otázka, zda jsou výrobky odlišné pro účely analýzy podle článku 102 SFEU, musí být posouzena s ohledem na poptávku spotřebitelů, a doplnil, že spotřebitelé často mohou požadovat komplementární produkty (za které byly označeny i WMP a operační systém Windows), ovšem nikoliv nezbytně z téhož zdroje. To však nic nemění na tom, že i komplementární výrobky mohou být pro účely čl. 102 SFEU považovány za odlišné výrobky. K odlišnosti výrobků přispěla také skutečnost, že na trhu existovaly nezávislé společnosti specializované v oblasti výroby a prodeje vázaného výrobku [do popředí se tak dostala specifická úloha prostředníků, kterou mají výrobci zařízení (OEM), kteří kombinují hardware a software pocházející z různých zdrojů, aby nabídli konečnému spotřebiteli to nejlepší řešení].⁶⁶⁷ Nadto Tribunál připomněl, že relevantním obdobím, ze kterého je třeba při posuzování odlišnosti výrobků vycházet, není doba, kdy vázání skončilo, nýbrž kdy začalo.

⁶⁶⁵ Učinil tak k výtce společnosti Microsoft, že Komise sama uznala, že se v daném případě nejednalo o „klasický“ vázaný prodej. Přesto Tribunál nakonec konstatoval, že skutečnosti zakládající zneužívající vázaný prodej, jak je shledala Komise, odpovídají v podstatě podmínkám stanoveným čl. 102 písm. d) SFEU.

⁶⁶⁶ Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 861.

⁶⁶⁷ Ibid., odst. 917, 922 a 923.

Krom toho Tribunál také připomněl, že

*„[...] i když je vázaný prodej dvou výrobků v souladu s obchodními zvyklostmi nebo když existuje přirozený vztah mezi oběma dotýčnými výrobky, může nicméně představovat zneužití ve smyslu článku [102 SFEU], ledaže by byl objektivně odůvodněn“.*⁶⁶⁸

K argumentu společnosti Microsoft, že se nemohlo jednat o vázání, když poskytování WMP nebylo nikterak zpoplatněno, Tribunál namítl, že z

„[...] čl. [102] druhého pododstavce písm. d) [SFEU] ani z judikatury v oblasti vázaných prodejů nevyplývá, že spotřebitelé musí nutně platit určitou cenu za vázaný výrobek, aby bylo možné mít za to, že jim jsou ukládána další plnění ve smyslu tohoto ustanovení,“

navíc

*„[a]ni čl. [102] druhý pododstavec písm. d) [SFEU], ani judikatura v oblasti vázaných prodejů nevyžadují, aby spotřebitelé byli nuceni používat vázaný výrobek nebo aby jim bylo zabráněno používat stejný výrobek dodávaný soutěžitelem podniku v dominantním postavení, k tomu, aby podmínka spočívající v podmínění uzavření smluv přijetím dalšího plnění mohla být považována za splněnou“.*⁶⁶⁹

Záleželo tedy pouze na tom, zda společnost Microsoft odepřela uživatelům možnost získat její operační systém Windows bez WMP, což v daném případě nebylo rozporováno.

Co se omezení soutěže týče, tak Tribunál označil za přesná zjištění Komise, kterými Komise vymezila tři různé způsoby, jimiž společnost Microsoft omezila soutěž: (i) omezila možnosti výrobců zařízení (OEM) instalovat na své produkty konkurenční

⁶⁶⁸ Ibid., odst. 942.

⁶⁶⁹ Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 861, odst. 969 a 970.

přehrávače médií, (ii) dále omezila možnosti spotřebitelů používat konkurenční přehrávače médií a (iii) konečně také dodavatele obsahu v možnosti podporovat konkurenční přehrávače médií kompatibilním obsahem.⁶⁷⁰

Tribunál také potvrdil cestu nastoupenou Komisí ohledně effect-based přístupu, když konstatoval, že pro účely uplatnění článku 102 SFEU v oblasti vázaných prodejů může Komise zkoumat

*„konkrétní účinky, které vázaný prodej již měl na trhu, jakož i způsob, jakým se měl tento trh vyvíjet, spíše než aby se spokojila se závěrem – jak to běžně činí ve věcech v oblasti zneužívajících vázaných prodejů –, že uvedený vázaný prodej má účinek vyloučení na trhu per se, což neznamená, že přijala novou právní teorii“.*⁶⁷¹

Konečně, Tribunál podpořil zjištění Komise, co se protiprávnosti vázání týkalo, když ani nepřistoupil na možná odůvodnění vzájemného jednání společnosti Microsoft, neboť uvedl, že vázání postavilo konkurenty společnosti Microsoft do nevýhodného postavení na trhu, zmrazilo inovace a odradilo od dalších investic na trhu.

6.5.2 Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik

Co nového v tomto směru přináší *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*?

Je nepochybné, že vázané a spojené prodeje získaly ohromnou popularitu v souvislosti s projednáváním v této práci hojně popisovaném případě Microsoft.⁶⁷²

Rozdíl mezi vázaným a spojeným prodejem *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik* klasicky spatřují v tom, že zatímco o vázaný prodej se obvykle jedná v případech, kdy zákazníci kupující jeden výrobek (který bývá označován za vázající výrobek) musí od dominantního podniku na technickém nebo smluvním

⁶⁷⁰ Srov. Subbioto, R., Snelders, R. (2008), str. 20.

⁶⁷¹ Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 1035.

⁶⁷² Ibid.

základě⁶⁷³ koupit též výrobek další (tzn. vázaný výrobek), spojený prodej spíše odkazuje na způsob, jakým jsou výrobky dominantem nabízeny a oceňovány (ať už ve formě čisté či smíšené).⁶⁷⁴

Intervenci Komise bude nutné zpravidla očekávat v případech, kdy dominantní podnik na vzájemném trhu, nikoliv nutně na vázaném trhu (v případě spojeného prodeje pak na jednom z trhů výrobků, které jsou jeho předmětem) dodává vázající a vázané produkty, které je možno označit za odlišné, a vázaný prodej pravděpodobně povede k protisoutěžnímu uzavření trhu.⁶⁷⁵

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik poté krátce popisují hned několik mechanismů, jakými mohou vázané a spojené prodeje protisoutěžním způsobem uzavřít trhy snižováním poptávky zákazníků po konkurenčních produktech, nicméně již postrádají specifikaci prahů či analytických metod, pomocí kterých by bylo zjištěno, kolik je již příliš.⁶⁷⁶

Za zmínku rovněž stojí poznámka Komise, že riziko protisoutěžního uzavření trhů považuje za pravděpodobnější v případě vázaných a spojených prodejů, které jsou technicky propojeny.⁶⁷⁷

Případné efficiencies lze podle Komise zvažovat zejm. v případech snížení distribučních, výrobních nebo transakčních nákladů.⁶⁷⁸

⁶⁷³ Technickém tedy, je-li vázající výrobek navržen tak, aby fungoval pouze s vázaným výrobkem a nikoliv konkurenčními alternativami, smluvním tedy, zaváže-li se zákazník při pořízení vázajícího výrobku taktéž k odebrání vázaného výrobku a nikoliv opět alternativy poskytované konkurenty. Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 48.

⁶⁷⁴ V případě varianty čistého prodeje jsou výrobky prodávány společně, a to v pevně stanovených poměrech, zatímco varianta prodeje smíšeného znamená, že výrobky sice jsou k dostání také samostatně, nicméně součet cen samostatných výrobků je vyšší než cena, za kterou jsou prodávány společně. *Ibid.*

⁶⁷⁵ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 50.

⁶⁷⁶ Srov. Botteman, Y., Ewing, K. P. (2009), str. 10.

⁶⁷⁷ Tak např. u vázaných prodejů prostřednictvím technického vázaného prodeje, jehož zrušení je nákladné, a u spojených prodejů, je-li pro konkurenty obtížné napodobit výrobky společně prodávané. Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 53 a 54.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, odst. 62.

6.5.3 Česká právní úprava a judikatura

Obdobně jako čl. 102 písm. d) SFEU také OHS v ustanovení § 11 odst. 1 písm. b) zakazuje dominantním podnikům vázání souhlasu s uzavřením smlouvy na podmínku, že druhá smluvní strana odebere i další plnění, které s požadovaným předmětem smlouvy věcně ani podle obchodních zvyklostí nesouvisí.

V této souvislosti lze uvést, že judikatura ve věci Vodárny a kanalizace⁶⁷⁹ za nesouvisející plnění označila „*nasmlouvaný příspěvek na zajištění akce, která bezprostředně nesouvisí s požadovaným plněním*“.⁶⁸⁰

V dalším ze starších případů Vrchní soud v Praze ve věci Jihočeský chovatel označil za zakázanou praktiku podmiňování uzavření smlouvy na uskladnění inseminačních dávek skotu uzavřením další smlouvy o počítačovém zpracování dat pro ústřední evidenci za úplatu.⁶⁸¹

Z novější judikatury lze uvést rozhodnutí ve věci ČESKÝ TELECOM týkající se vázání služeb v oblasti telekomunikačních tarifů.⁶⁸²

⁶⁷⁹ Rozsudek VS v Olomouci sp. zn. 2 A 9/97 (Vodárny a kanalizace).

⁶⁸⁰ Jednalo se o případ, kdy ve smlouvách, jejichž obsahem byl závazek druhé smluvní strany poskytnout finanční příspěvek určený na stavbu objektů veřejného vodovodu a kanalizace nebo objektů souvisejících na území obce, v níž se nacházelo sídlo poskytovatele příspěvku, byla použita formulace směřující „*k navození situace, při níž stavebník důvodně mohl předpokládat, že nezaplacení příspěvku může mít za následek komplikace při řízení před stavebním úřadem*.“ Tento postup přitom ani nebyl opřen o žádný právní předpis, který by sjednávání příspěvku jakkoliv předpokládal. Jinými slovy, uvedené jednání dle názoru soudu směřovalo k vynucení něčeho, co nebylo vůči protistraně poctivé (fair) a co by ani jinak nebylo možno vyžadovat při existenci řádné konkurence. Ibid.

⁶⁸¹ Srov. rozsudek VS v Praze sp. zn. 6 A 78/95 (Jihočeský chovatel). V daném případě bylo totiž zjištěno, že poškozený soutěžitel měl zájem na uzavření smlouvy o skladování inseminačních dávek a nikoliv smlouvy o počítačovém zpracování dat pro ústřední evidenci.

⁶⁸² Srov. rozsudek NSS sp. zn. 8 Afs 16/2007 (ČESKÝ TELECOM). V tomto případě bylo za zakázané označeno uplatňování cenových plánů (tzv. balíčky služeb), které vytvářelo „*bariéru pro rozvoj konkurence při poskytování veřejných telekomunikačních služeb určených domácnostem a podnikatelským subjektům prostřednictvím veřejných pevných sítí*.“ Podstatou závadného jednání bylo zejména takové nastavení struktury jednotlivých služeb dominantního podniku (balíčků), která způsobila, že jeho zákazníci byli nepřímo nuceni využít i těch služeb, které by jinak mohli odebírat od jeho konkurentů. Tím byli tito zákazníci motivováni neuskutečňovat odchozí volání s využitím služeb

6.6 Výhradní dohody a věrnostní slevy

6.6.1 Komunitární právo

Mezi vylučovacími zneužívajícími praktikami, které nejsou výslovně „pokryty“ ustanovením čl. 102 SFEU a které jsou přesto považovány za významná protisoutěžní opatření, sehrávají důležitou úlohu tzv. výhradní dohody (exclusive dealing) a věrnostní rabaty (loyalty rebates) či věrnostní slevy (fidelity discounts).⁶⁸³

Totíž,

*„[...] slevy a prémie poskytnuté podniky v dominantním postavení mohou být rovněž v rozporu s článkem [102 SFEU], i když neodpovídají žádnému z příkladů uvedených ve druhém pododstavci tohoto článku. Soudní dvůr takto [...] založil svůj závěr, že existuje účinek vyloučení plynoucí z věrnostních slev, na článku [102 SFEU] jako celku, a nikoliv výlučně na druhém pododstavci, písmenu b). Mimoto v rozsudku [40/73 Suiker Unie], který se týkal věrnostních slev, Soudní dvůr výslovně odkázal na čl. [102] druhý pododstavec písm. c) [SFEU], podle kterého jednání zakládající zneužití dominantního postavení mohou záviset zejména v uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži“.*⁶⁸⁴

V prvním případě se jedná o situace, kdy si dominantní podnik na sebe „váže“ své důležité zákazníky, čímž pochopitelně vylučuje ze soutěže své konkurenty, nebo je staví do jiné, soutěžně nevýhodné pozice na trhu.

konkurentů, když v opačném případě by jim platili za plnění, které již získali od dominantního podniku zdánlivě zdarma. Ibid.

⁶⁸³ Účelem této práce není podat vyčerpávající výčet všech rabatových schémat, která se mohou v praxi vyskytnout. V této souvislosti odkazují např. na Van Bael & Bellis (2005), str. 923 a násl.

⁶⁸⁴ Srov. rozsudek C-95/04 P British Airways, odst. 58.

V případech uvedených na druhém místě se předpokládá jakýsi finanční stimul, který má vést zákazníky k tomu, aby poptávali zboží výlučně od dominantního podniku. Tato praxe poškozuje jak konkurenty, tak i menší zákazníky, kteří nebyli schopni splnit množstevní podmínky pro účast na takových systémech slev.⁶⁸⁵

K závadné povaze výhradních dohod se vyjádřil ESD již ve věci Hoffmann-La Roche, když uvedl, že

*koncept zneužití dominantního postavení v zásadě zahrnuje jakýkoliv závazek odebírat dodávky výlučně od podniku v dominantním postavení, což přináší prospěch takovému podniku.*⁶⁸⁶

Z nejznámějších případů, kdy se ESD zabýval slevami, považuji za vhodné zmínit případy (opět) Hoffmann-La Roche a Michelin,⁶⁸⁷ ve kterých bylo zjištěno, že určité slevy poskytnuté dvěma podniky v dominantním postavení měly zneužívající povahu.

Rozsudek ve věci Hoffmann-La Roche se týkal slev poskytovaných podnikům provozujícím výrobu nebo prodej vitaminů, jejichž poskytnutí bylo zpravidla výslovně vázáno na podmínku, že smluvní partner bude během určeného období pokrývat svoji celkovou potřebu určitých vitaminů nebo alespoň její převážnou část právě u společnosti Hoffmann-La Roche. Popsaný systém slev byl shledán za zneužití dominantního postavení s tím, že poskytování věrnostních slev, které mělo přimět odběratele k výlučnému odběru u podniku s dominantním postavením, bylo neslučitelné s cílem nenarušené hospodářské soutěže na společném trhu.⁶⁸⁸

Na rozdíl od případu Hoffmann-La Roche neměli smluvní partneři společnosti Michelin ve stejnojmenné věci povinnost celkového ani částečného odběru u tohoto podniku. Nicméně, proměnlivé roční slevy poskytované uvedeným podnikem byly vázány na určité cíle. Totiž, aby bylo možno popisovaných slev využít, museli smluvní partneři dosáhnout individualizovaných prodejních cílů. V uvedené věci pak ESD

⁶⁸⁵ Srov. Joelson, M. R. (2006), str. 387.

⁶⁸⁶ Srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 121.

⁶⁸⁷ Srov. rozsudky ESD 85/76 Hoffmann-La Roche a 322/81 Michelin.

⁶⁸⁸ Srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 90.

stanovil soubor faktorů, které ho vedly k tomu, aby považoval předestřený systém slev za zneužití dominance. Základem tohoto systému bylo zejména poměrně dlouhé posuzované období, totiž jeden rok, způsob jeho fungování nebyl pro smluvní partnery transparentní a rozdíly mezi tržními podíly společnosti Michelin a jejich nejdůležitějších soutěžitelů byly velké.⁶⁸⁹

V obou zmiňovaných případech ESD dospěl k závěru, že slevy a prémie, které dominant poskytuje svým smluvním partnerům, nejsou nutně zneužívající povahy, tudíž zakázané článkem 102 SFEU. Zneužívající povahy jsou totiž pouze takové slevy nebo prémie, které nejsou odůvodněny žádným plněním hospodářské povahy.⁶⁹⁰

Ve věci Michelin bylo také shledáno, že množstevní slevy nejsou na rozdíl od věrnostních rabatů závadné, když soud uvedl, že

na rozdíl od množstevní slevy, která je spojena výhradně s objemem odběru od dotčeného výrobce, věrnostní rabat, který nabízením finančních výhod zákazníkům tenduje k tomu, aby jim bránil v získávání jejich dodávek od konkurenčních výrobců, je zneužitím ve smyslu článku [102 SFEU].⁶⁹¹

Zajímavými případy týkajícími se rabatů či slev se Komise, resp. komunitární soudy zabývaly v minulosti v případě Michelin II, v poslední době pak v případech Coca-Cola, Unilever Bestfoods či Tomra.⁶⁹²

Mezi zajímavé případy patří i tzv. anglické klauzule, které se mohou objevit ve výhradních dohodách a jejichž cílem je zmírnit závazek k výhradnímu odběru.⁶⁹³

⁶⁸⁹ Srov. rozsudek ESD 322/81 Michelin, odst. 81 až 83.

⁶⁹⁰ Srov. rozsudky ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 90 a 322/81 Michelin, odst. 73.

⁶⁹¹ Srov. rozsudek ESD 322/81 Michelin, odst. 71.

⁶⁹² Srov. rozsudek Tribunálu T-203/01 Michelin II, rozhodnutí Komise ze dne 22. 6. 2005 Coca-Cola (COMP/A.39.116/B2), usnesení ESD C-552/03 P Unilever Bestfoods a rozsudek Tribunálu T-155/06 Tomra Systems.

⁶⁹³ V rámci takové klauzule mohl zákazník, pokud získal od konkurentů podniku nabízejícího anglickou klauzuli nabídky za ceny, které byly příznivější než ty, které nabízel podnik nabízející anglickou klauzuli, požadovat právě od podniku nabízejícího anglickou klauzuli sjednocení cen na úroveň výhodnějších nabídek. Nevyhověl-li podnik nabízející anglickou klauzuli tomuto požadavku, mohl zákazník, odchýlně od jeho závazku uspokojovat své požadavky výhradně u podniku nabízejícího anglickou klauzuli, uspokojit své požadavky u konkurenčního podniku nabízejícího výhodnější podmínky, aniž by kvůli

Přestože mohly tyto praktiky v praxi přinést na první pohled „o něco více soutěže“ než běžné závazky k výhradnímu odběru, byly nakonec shledány zneužívajícími, protože ve skutečnosti dominantní podnik tímto způsobem získával informace⁶⁹⁴ o podmínkách na trhu, o alternativách, které se nabízely a o jednáních jeho konkurentů, což mělo velkou cenu pro vypracování jeho tržní strategie.⁶⁹⁵

Jak jsem však již předeslal výše, pozornost budu věnovat případu British Airways, který doplním krátkým shrnutím nedávno zveřejněného rozhodnutí Komise v případě Intel, jemuž za porušení čl. 102 SFEU Komise uložila pokutu ve výši přesahující 1 miliardu EUR.⁶⁹⁶

V jedné z předcházejících kapitol byl případ British Airways skutkově nastíněn a rozebrán pouze z obecného pohledu diskriminačního jednání společnosti BA.⁶⁹⁷

Na tomto místě krátce nastíním závěry ESD ve vztahu k posouzení samotné zneužívající povahy prémiových režimů. V této souvislosti ESD také bohatě čerpal ze svých rozsudků vydaných v již zmiňovaných případech Hoffmann-La Roche a Michelin.

ESD ve svém rozsudku přednesl dvojstupňový test, kterým je třeba poměřovat zneužívající povahu rabatů či slev.

tomu ztratil výhodu věrnostních rabatů poskytovaných v rámci smluv již realizovaných nebo realizovaných v budoucnu s podnikem nabízejícím anglickou klauzuli. Srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 102.

⁶⁹⁴ V rámci anglické klauzule totiž dominantní podnik od svých zákazníků požadoval či získával jejich souhlas k oznámení nabídek jeho konkurentů, přičemž, pochopitelně, tyto zákazníci mohli mít zjevný obchodní zájem tyto nabídky nezveřejňovat. Zákazníci tak byli povinni informovat podnik nabízející tuto klauzuli o výhodnějších nabídkách, které jim byly učiněny, čímž podnik nabízející anglickou klauzuli mohl snadno identifikovat své konkurenty.

⁶⁹⁵ Srov. rozsudek ESD 85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 107.

⁶⁹⁶ Srov. rozsudek ESD C-95/04 P British Airways a rozhodnutí Komise ze dne 13. 5. 2009 Intel (COMP/C-3/37.790).

⁶⁹⁷ Srov. část 6.4.1 této práce.

K určení zneužívající povahy zkoumaného systému slev nebo prémie⁶⁹⁸ je podle ESD nejdříve nutné

„[...] ověřit, zda mohou způsobit účinek vyloučení, tj. zda jsou na jedné straně způsobilé ztížit nebo dokonce znemožnit přístup na trh soutěžitelům podniku v dominantním postavení a na druhé straně způsobilé ztížit nebo dokonce znemožnit smluvním partnerům možnost volby mezi více zdroji zásobování nebo obchodními partnery,“

a pak

*„[...] zkoumat, zda jsou přiznané slevy a prémie objektivně hospodářsky odůvodněny. [...] podniku [je totiž] dovoleno, aby prokázal, že je jeho prémiový režim způsobující účinek vyloučení hospodářsky odůvodněn“.*⁶⁹⁹

První krok tohoto testu pak rozvinul konstatováním, že

*„[p]okud jde o účinek vyloučení, může takový účinek vyplývat ze slev nebo prémie za výsledek, tzn. ze slev nebo prémie, jejichž poskytnutí je podmíněno dosažením individuálně určených prodejních cílů s tím, že sazby prémie závisejí na vývoji výše obrátu z nákupu nebo prodeje produktů podniku v dominantním postavení u každého smluvního partnera během určeného období“.*⁷⁰⁰

Na konto druhého předestřenému kroku pak uvedl, že

„[p]osouzení existence hospodářského odůvodnění systému slev nebo prémie zavedeného podnikem v dominantním postavení se provádí na základě celkových

⁶⁹⁸ Které nepředstavují „prejudikované“ množstevní slevy či prémie vázané výlučně na objem nákupů (jak tomu bylo v případě Michelin), ani věrnostní slevy či prémie, neboť nezahrnují na straně smluvních partnerů žádný závazek výlučného odběru ani závazek pokrýt určitý díl svých potřeb u podniku v dominantním postavení (jako v případě Hoffmann-La Roche).

⁶⁹⁹ Srov. rozsudek ESD C-95/04 P British Airways, odst. 68 a 69.

⁷⁰⁰ Ibid., bod 1 preambule.

okolností jednotlivého případu [...] Je třeba určit, zda z hlediska hospodářské soutěže nepříznivý účinek vyloučení, který je důsledkem takového systému, může být vyvážen nebo dokonce převážen výhodami ve formě efektivnosti, ze které má prospěch i spotřebitel. Pokud není účinek vyloučení tohoto systému spojen s výhodami pro trh a spotřebitele nebo pokud překračuje meze toho, co je nezbytné k dosažení těchto výhod, je uvedený systém zneužívající povahy“.⁷⁰¹

K námitce BA, že v případě nebylo shledáno, zda její jednání bylo na úkor spotřebitelů,⁷⁰² ESD připomněl předcházející judikaturu a uvedl, že

„[č]lánek 82 [SES] se vztahuje nejen na jednání, která mohou způsobit přímou újmu spotřebitelům, ale rovněž na taková jednání, která jim způsobují újmu prostřednictvím ohrožení struktury účinné hospodářské soutěže zmíněné v čl. 3 odst. 1 písm. g) [SES]. Z toho 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. 82 druhého pododstavce písm. b) [SES], ale postačí ověřit, zda mělo účinek omezující hospodářskou soutěž“.⁷⁰³

Konečně, ESD potvrdil, že systémům slev a premií lze přiznat také diskriminační charakter ve smyslu čl. 102 písm. c) SFEU.⁷⁰⁴

Závěrem této dílčí kapitoly ještě v krátkosti zmíním rozhodnutí Komise ve věci Intel, které bylo vydáno po několika dlouhých letech samotného šetření případu.⁷⁰⁵

Zneužití dominantního postavení Komise shledala v tom, že společnost Intel používala strategii, jejímž cílem bylo uzavřít trh s „mozky počítačů“ (CPU) konkurentům.

⁷⁰¹ Ibid., odst. 86.

⁷⁰² BA totiž namítala, že její jednání mělo být posouzeno podle čl. 102 písm. b) SFEU, kde se předpokládá poškození spotřebitele.

⁷⁰³ Srov. rozsudek ESD C-95/04 P British Airways, bod 2 preambule. K formulaci citace srov. shora učiněnou poznámku o Lisabonské smlouvě.

⁷⁰⁴ Srov. kapitolu 6.4.1 této práce.

⁷⁰⁵ Rozhodnutí Komise ze dne 13. 5. 2009 Intel (COMP/C-3/37.790).

Konkrétně se jednalo o několik zneužívajících jednání vedených jednotnou strategií zabránit podniku AMD, jedinému významnému konkurentovi podniku Intel, ve vstupu na trh s CPU (v tomto smyslu byla proto jednotlivá zneužití součástí jediného porušení článku 102 SFEU). Takové jednání však mělo také významný doplňující účinek: uzavření přístupu na trh konkurentům, což mělo za následek významné omezení jejich schopnosti konkurovat společnosti Intel vlastnostmi jejich vlastních CPU, a nakonec také u konečných zákazníků, kterým tak bylo uměle bráněno volit si počítače podle vlastních představ.

Dle zjištění Komise „provozovala“ společnost Intel své protisoutěžní praktiky kumulativně na dvou úrovních distribučního řetězce (vůči hlavním výrobcům počítačů⁷⁰⁶ a hlavní spolupracující maloobchodní společnosti, která byla zároveň největší evropskou maloobchodní společností obchodující s počítači⁷⁰⁷), přičemž Komise je rozlišila jednak na podmíněné rabaty jednak na tzv. čistá omezení.

Podmíněnost zmiňovaných rabatů spočívala v tom, že výrobci počítačů⁷⁰⁸ museli od společnosti Intel nakupovat veškeré nebo téměř veškeré zásoby. Naroveň těmto rabatům byl ovšem také postaven mechanismus zavedený společností Intel vůči společnosti MSH, který spočíval ve vyplacení plateb podmíněných tím, že uvedená společnost bude prodávat výhradně počítače s CPU společnosti Intel.

Podmíněné rabaty podrobila Komise v souladu s Novým přístupem testu stejně výkonného soutěžitele, dále kritériím narušení hospodářské soutěže a újmy způsobené spotřebitelům a zabývala se také objektivními odůvodněními společností Intel v té souvislosti poskytnutými, načež dospěla k závěru, že podmíněné rabaty⁷⁰⁹ představovaly zneužití dominantního postavení.

Co se tzv. čistých omezení týče, ta shledala Komise v poskytování plateb hlavním výrobcům počítačů,⁷¹⁰ které byly vázány na podmínku, že tito výrobci odloží či zruší uvedení výrobků založených na CPU společnosti AMD na trh, popř. omezí jejich distribuci. Toto jednání dle názoru Komise přímo narušilo hospodářskou soutěž, když

⁷⁰⁶ Společnosti Dell, HP, NEC, Lenovo a Acer.

⁷⁰⁷ Společnost Media Saturn Holding (dále jen „MSH“).

⁷⁰⁸ Společnosti Dell, HP, NEC a Lenovo. Za zneužívající jednání byly však označeny jen podmíněné rabaty uplatňované vůči společnostem Dell, HP a NEC.

⁷⁰⁹ Poskytnuté společností Dell, HP, NEC a MSH.

⁷¹⁰ Společnosti HP, Acer a Lenovo.

bylo opožděno uvádění nových, plánovaných výrobků na trh, popř. bylo bráněno tomu, aby se již na trh uvedené, konkurenční výrobky rozšiřovaly. Takové praktiky se pochopitelně dotkly i spotřebitelů, kteří byli ve svém výběru omezeni, tedy měli v důsledku toho menší výběr, než by měli za běžných okolností. Poskytované platby navíc nebylo možné oprávněně odůvodnit, ani nesouvisely s efektivitou. Na základě těchto zjištění Komise označila tato omezení za zneužívající ve smyslu čl. 102 SFEU.

K rozhodnutí Komise v případě Intel je tak možné závěrem shrnout, že vykazuje znaky Nového přístupu.⁷¹¹

6.6.2 Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik

A co na to Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik?

V *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* Komise označuje výhradní dohody (exclusive dealing) za jednu z forem, kterou se může dominantní podnik pokusit uzavřít trh svým konkurentům a která spočívá v tom, že dominant brání svým konkurentům prodávat jejich výrobky zákazníkům. Takového bránění lze podle Komise jednoduše dosáhnout tím, že dominant ve své obchodní praxi zavede a využívá povinnost výhradního odběru (exclusive purchasing) nebo rabatů.⁷¹² Takže v tomto ohledu nic překvapujícího.

V této souvislosti lze připojit, že rabaty byly vždy považovány za nejtěžší vylučovací jednání.⁷¹³

⁷¹¹ Jak jsem již uvedl výše, pokuta uložená v tomto případě činila 1,06 miliardy EUR. Společnost Intel „pochopitelně“ s výsledkem řízení nesouhlasila a proti rozhodnutí Komise se brání u Tribunálu. Věci byla přidělena značka T-286/09. Ke dni 31. 12. 2010 byla ze soudního spisu veřejně k dispozici pouze podaná žaloba.

⁷¹² Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 32.

⁷¹³ Srov. *Sher, B.* (2009), str. 2. Nejtěžších ve smyslu nejhůře uchopitelných. Autor přitom poukazuje na rozdíly rabatů od jiných zneužívajících jednání dle čl. 102 SFEU, dokonce přirovnává rabaty k Frankensteinově monstru vytvořenému Komisí, které prostřednictvím restriktivních rozhodnutí komunitárních soudů způsobilo spoušť dlouho poté, co se Komise v názoru na ně posunula jiným směrem. Tyto rozdíly lze shrnout do dvou základních kategorií: (i) rabaty nemusí vždy představovat oběť (což nyní Komise výslovně doznává v odst. 37 *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*), což je v očích Komise činí obtížně podřaditelným pod použití prostředků odlišných od těch, které jsou používány při běžné soutěži, tedy klasickému testu zneužití dominantního postavení (srov. rozsudek ESD

Pozornost Komise budou zpravidla přitahovat spotřebitelské závazky odebírat zboží či služby výlučně od dominantního podniku (výhradní odběry – exclusive purchasing), pokud se ukáže pravděpodobným, že z takových závazků spotřebitelé jako celek nebudou mít prospěch. To se může stát zejména v případech, bude-li konkurenčním prodejcům bráněno ve vstupu na trh či v rozšiřování svých prodejtů.⁷¹⁴

V této souvislosti lze ještě připojit, že minimálně stejnou pozornost Komise si vyslouží případy, kdy dominantní podnik bude zároveň tzv. nevyhnutelným obchodním partnerem ať již pro všechny zákazníky či jejich většinu.⁷¹⁵ V takových případech se totiž dovozuje, že povinnost výhradního odběru i v krátkodobém horizontu může vést k protisoutěžnímu uzavření trhu.

Jinými slovy, Komise inklinuje k zásahu proti výhradním dohodám, když soutěžitelé nebudou schopni soutěžit o úplnou poptávku jednotlivých zákazníků a vyvíjet významný konkurenční tlak,⁷¹⁶ a to zejména v případech, kdy je závazek odběru dlouhodobé povahy či je dominantní podnik nevyhnutelným obchodním partnerem.

Podmíněné rabaty (conditional rebates), tedy rabaty poskytnuté zákazníkům s cílem odměnit je za konkrétní formu jejich nákupního chování,⁷¹⁷ pokud se faktorů a hodnotících metod týče, nedoznaly změn, tudíž dosavadní metodika jejich posuzování zůstává v platnosti.⁷¹⁸

85/76 Hoffmann-La Roche, odst. 91) a (ii) na rozdíl od ostatních zneužití založených na cenovém jednání, rabatová schémata se zaměřují na podskupinu prodejtů, což okamžitě činí jejich analýzu mnohem komplexnější (dává totiž vzniknout konstrukcím typu odečítání slevy od části prodejtů, která se označuje za spornou). Není proto divu, že Komise ve vztahu k rabatům přijala jisté bezpečnostní záklopky (které budou rozebrány dále v rámci následujícího výkladu). V podrobnostech *ibid.*, str. 11 a 12.

⁷¹⁴ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 34.

⁷¹⁵ Zpravidla kvůli tomu, že takový obchodní partner poskytuje dodávky povinných zásob (must stock item) nebo omezení kapacitních zásob ostatních dodavatelů způsobí, že část poptávky může uspokojit pouze on.

⁷¹⁶ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 36.

⁷¹⁷ *Ibid.*, odst. 37.

⁷¹⁸ V této souvislosti odkazuje Komise na postupy podávané z rozsudků Tribunálu ve věcech T-203/01 Michelin II a T-219/99 British Airways.

V této souvislosti je též vhodné poznamenat, že rabaty mohou vést k uzavření trhu, aniž by pro dominantní podnik nutně představovaly obět'.⁷¹⁹

Uzavírací efekt cenového jednání dominantanta bude v takových případech posuzován na základě porovnání odhadované efektivní ceny (estimated effective price, dále též „EEP“)⁷²⁰ a LAIC dominantního podniku, přičemž budou-li takové efektivní ceny vyšší než LAIC, obvykle to bude mít za následek, že rabat nemůže vést k protisoutěžnímu uzavření trhu.⁷²¹ V případě opačném, tedy budou-li EEP nižší než LAIC dominantanta, bude taková situace vyžadovat bližší zkoumání, přičemž padnou-li EEP dokonce pod úroveň AAC, je možné dovozovat protisoutěžní uzavření trhu.⁷²² Jinak řečeno, literatura⁷²³ výstižně popisuje základní analýzu, kterou Komise v případě rabatů provede, ve třech krocích: (i) zjištění části poptávky, která je sporná - o tu mohou konkurenti soutěžit (jedná se o tzv. contestability approach),⁷²⁴ (ii) nominální odečtení slevy od takové části, čímž se dospěje k EEP a (iii) pozorování, zda jsou stejně výkonní soutěžitelé schopni soutěžit i za této cenové úrovně, se silným předpokladem, že mohou, je-li EEP vyšší než LAIC.

Komise se také pečlivě věnuje samotnému efektu vyvolávajícímu či zvyšujícímu věrnost zákazníků v rámci rabatového schématu (zda se např. jedná o rabaty přírůstkové

⁷¹⁹ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 37. Právě onen prvek oběti odlišuje rabaty od predátorského jednání, které pro dominantanta znamená obět' vždy. Ibid.

⁷²⁰ Kterou představuje běžná (katalogová) cena produktu po odečtení rabatu, o který by zákazník přišel, kdyby změnil dodavatele – počítáno pro příslušné rozpětí prodeje a období. Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 41.

⁷²¹ Ibid., odst. 43.

⁷²² Ibid., odst. 44.

⁷²³ Srov. Sher, B. (2009), str. 4.

⁷²⁴ Ve vztahu k tzv. contestability approach se také v literatuře připomíná, že se jedná o podstatný odklon od *Diskusního materiálu k dominanci*, kde se pracovalo s tzv. komerčně realizovatelným podílem (commercially viable share) a sleva se odečítala od něj (nikoliv tedy od sporného podílu ve smyslu *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*). Což je oproti řešení předkládaného Komisí nyní zřejmý rozdíl. Stávající pohled se totiž zaměřuje na konkurenta z nabídkové perspektivy, zatímco pohled dřívější uvedenou problematiku nahlížel z poptávkové perspektivy. V praxi asi taková změna nic revolučního nepřinese, nicméně Komise v tomto ohledu takový obrat vůbec nevysvětluje, přičemž se dá konstatovat, že onen poptávkový model se právě zdá být více zaměřeným na spotřebitele, tudíž pravděpodobně lepším. Srov. Sher, B. (2009), str. 6.

či se zpětnou platností, nebo o standardizovaný, popř. individualizovaný systém rabatů).⁷²⁵ Načež uzavírá, že účinností bude pravděpodobněji dosaženo u standardizovaných a přírůstkových rabatů nežli rabatů individualizovaných a se zpětnou platností, když prvně uvedené rabatové systémy pravděpodobněji přinesou výhody dále přenášené na zákazníky jako např. náklady spojené s transakcemi či vyšší motivaci distributorů vyrábět a prodávat ve větším objemu.⁷²⁶

Závěrem této dílčí kapitoly uvádím jednak, že prostým srovnáním s prahem, který ohledně zásahů Komise proti rabatovým schémátům nastavil *Diskusní materiál k dominanci*, je tentýž pomyslný práh v případě *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* prostřednictvím určitých bezpečnostních záložek nastaven zdatelně výše, což umožňuje Komisi nezasahovat proti potenciálnímu protisoutěžnímu jednání,⁷²⁷ jednak že nová politika Komise ve vztahu k rabatům pozvolna směřuje k obecnému predátorskému standardu vylučovacího jednání.⁷²⁸

⁷²⁵ Srov. *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 42 a 45.

⁷²⁶ *Ibid.*, odst. 46.

⁷²⁷ Srov. Sher, B. (2009), str. 7, kde se uvádí pět základních rozdílů obou přístupů: (i) oba materiály pracují s jinak propracovanými „nákladovými laťkami“ – dle *Diskusního materiálu k dominanci* musí být EEP k tomu, aby byla oprávněnou, vyšší než ATC (srov. *Diskusní materiál k dominanci* odst. 156), kdežto v případě *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* za předpokladu, že EEP je vyšší než AAC, platí, že k ospravedlnění zásahu Komise bude třeba ještě jiných faktorů (*Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, odst. 44), (ii) bezpečný přístav (safe harbour) se rozšířil tím, že podnikům bylo umožněno snižovat ceny až k LAIC namísto ATC (srov. *ibid.*, odst. 43), (iii) v případech EEP pohybujících se mezi spodní (AAC) a horní (LAIC) hranicí bude třeba k zásahu Komise ještě prokázat, že konkurenti nemají k dispozici realistická a účinná protiopatření (*ibid.*), (iv) vše dosud popsáno je pouze jedním z aspektů, které budou začleněny do celkového posouzení (*ibid.*, odst. 45) a (v) Komise připouští možnou míru chyb a různé stupně přesnosti kvantitativní analýzy, které je potřeba vzít v úvahu při zvažování možného zásahu a vypořádat se s nimi (a tudíž mít jistotu správnosti potenciálního zásahu).

⁷²⁸ Obecnému predátorskému standardu vylučovacího jednání na základě ceny, což odpovídá konceptu stejně výkonného soutěžitele, když Komise se zde soustředí na to, aby dominantní podniky v rámci své cenové politiky pokrývaly své náklady.

6.6.3 Česká právní úprava a judikatura

Tak jako v právu komunitárním, tak i v právu českém jsou věrnostní rabaty považovány za zakázanou zneužívající praktiku, pokud se jedná o chování dominantního soutěžitele.

Problematika věrnostních rabatů byla v českém prostředí často projednávána v souvislosti se sektorem elektronických komunikací, zejm. jednáním mobilních operátorů. Za všechny případy vybírám rozhodnutí ve věci ČESKÝ TELECOM cenové plány, kde se NSS vyjádřil k povaze množstevních a věrnostních rabatů.⁷²⁹

6.7 Komunitární úprava zneužívání práv duševního vlastnictví

V závěrečném výkladu vybraných zneužívajících praktik bych rád přiblížil problematiku zneužití práv duševního vlastnictví. Práv, která velmi dlouho odolávala náporu soutěžního práva.

⁷²⁹ „Krajský soud [...] dospěl ke dvěma odlišným závěrům o charakteru tzv. smluvního hovorného - jako množstevního, nebo věrnostního rabatu. Posouzení této otázky je přitom zásadní pro závěr, zda bylo sankcionované jednání stěžovatele zneužitím dominantního postavení. Množstevní slevy, tedy slevy poskytované v návaznosti na odebrané množství zboží, nelze považovat za protisoutěžní, zejména za předpokladu, že podmínky pro poskytnutí takové slevy jsou předem známy a jsou pro všechny potenciální zájemce nediskriminační, zatímco jiné slevy či výhody poskytované dodavatelem zákazníkům, kteří se zaváží např. k odběru více druhů zboží, k odběru zboží výlučně od dodavatele, k odběru určitého minimálního množství zboží, k odběru zboží od dodavatele po určitou minimální dobu apod. (typicky se jedná právě o tzv. věrnostní rabaty), mohou vést k narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu, pokud jsou poskytovány soutěžitelem v dominantním postavení. Účelem věrnostních rabatů je aplikace rozdílných podmínek na srovnatelné transakce s rozdílnými obchodními partnery tak, že dva odběratelé zaplatí rozdílnou cenu za stejné množství stejného zboží. Tyto praktiky zpravidla vedou k tomu, že subjekt v dominantním postavení, který věrnostní rabaty poskytuje, upevňuje svoje postavení na trhu tím, že prostřednictvím těchto rabatů zavazuje zákazníky na delší dobu k tomu, že budou odebírat pouze jeho zboží, a ti nemají zájem přejít ke konkurenčním soutěžitelům, a tím tyto výhody ztratit, případně navíc zaplatit smluvní sankce. Rozsudek krajského soudu je pak ve zmíněné části nepřezkoumatelný [...].“
Srov. rozsudek NSS sp. zn. 8 Afs 57/2007 (ČESKÝ TELECOM cenové plány).

Argument ochránců těchto práv byl vždy prostý. Přeci odmítnutím poskytnout licenci nečiní osoby oprávněné s ní nakládat nic jiného, než vykonávají práva s ní spojená...

Možná zneužití dominantního postavení ve spojení s právy duševního vlastnictví se však neomezují jen na samotné odmítnutí poskytnout licenci. Velké množství sporů, které se v této souvislosti objevily, bylo vyvoláno aktivitami sdružení, která vykonávala ochranu takových práv. Navíc otázky ochrany duševních práv jsou také provázány s doktrínou essential facilities.⁷³⁰

Záběr uvedené problematiky je vskutku široký, nicméně pro účely této práce jsem se rozhodl věnovat maximální možný prostor, jak se zdá, dosud vrcholnému rozhodnutí v této oblasti, a to rozhodnutí Tribunálu ve věci Microsoft.⁷³¹

Toto rozhodnutí pochopitelně vycházelo z dosavadní judikatury, kterou neopomnělo náležitě připomenout a dále rozvinout.⁷³²

Ve vztahu k zmiňovaným sporům vyvolaným jednáním jednotlivých sdružení vykonávajících kolektivní správu práv duševního vlastnictví podotýkám, že již v předcházejících výkladech této práce jsem některá zásadní rozhodnutí v této oblasti zmínil.⁷³³

A nyní již k případu Microsoft. V kapitole věnované vázaným prodejm jsem zmínil druhou protisoutěžní praktiku, která byla společnosti Microsoft Komisí vytknuta, a sice vázání WMP na samotný operační systém Windows.

První zakázanou praktiku spatřovala Komise v odmítnutí dodávky, tedy v tom, že společnost Microsoft odmítla poskytnout svým soutěžitelům informace týkající se interoperability⁷³⁴ a povolit jejich další využití.⁷³⁵

⁷³⁰ Srov. část 6.3.1 této práce.

⁷³¹ Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft.

⁷³² Zejm. rozsudky ESD 238/87 Volvo, C-241/91 P a C-242/91 P Magill a C-418/01 IMS Health. Dále je možno připomenout také rozsudek Tribunálu ve věci T-504/93 Tiérce Ladbroke.

⁷³³ Zejm. rozsudky ESD 110/88 SACEM II, C-52/07 Kanal 5 a TV 4 (a další odkazy na rozsudky tam uváděné), 127/73 BRT a SABAM, 127/73 BRT a SABAM II.

⁷³⁴ Schopnost dvou programů vzájemně si vyměňovat a užívat informace za účelem umožnit každému z nich fungovat všemi stanovenými způsoby.

⁷³⁵ Komisí bylo vytknuto „odmítnutí společnosti Microsoft poskytnout svým soutěžitelům „informace týkající se interoperability“ a povolit jejich využití pro vývoj a distribuci výrobků konkurujících výrobkům

V rámci přezkoumávání rozhodnutí Komise Tribunál aplikoval analytický rámec vyvinutý na základě případů Magill a IMS.⁷³⁶

Vyšel tedy z konstatování, že odmítá-li podnik v dominantním postavení

„[...] poskytnout třetí osobě licenci na užití výrobku, který je předmětem práva duševního vlastnictví, nemůže být [tato skutečnost] sama o sobě zneužitím dominantního postavení ve smyslu článku [102 SFEU]. Výkon výlučného práva majitelem práva duševního vlastnictví může vést k takovému zneužití pouze za výjimečných okolností,“

načež ohledně vymezení oněch výjimečných okolností navázal tím, že

„[...] za výjimečné musí být považovány zejména následující okolnosti: zaprvé, odmítnutí se týká výrobku nebo služby nezbytné pro výkon dané činnosti na sousedním trhu; zadruhé, odmítnutí může vyloučit veškerou účinnou hospodářskou soutěž na sousedním trhu; zatřetí,^[737] odmítnutí brání vzniku nového výrobku, pro který existuje potenciální poptávka spotřebitelů,“
a uzavřel,

„[j]akmile je prokázáno, že existují takové okolnosti, odmítnutí majitele v dominantním postavení poskytnout licenci může porušit článek [102 SFEU], ledaže by bylo objektivně odůvodněné“.⁷³⁸

Výsledky aplikace uvedeného rámce vedly Tribunál k potvrzení zjištění Komise, když byly naplněny všechny shora uvedené podmínky pro shledání výjimečných okolností zneužití, a to (i) nezbytnost,⁷³⁹ (ii) okolnost, podle které dotčené odmítnutí

společnosti Microsoft na trhu operačních systémů pro servery určené k podpoře pracovních skupin.“
Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 36.

⁷³⁶ Rozsudky ESD C-241/91 P a C-242/91 P Magill a C-418/01 IMS Health.

⁷³⁷ Tribunál neopomněl zdůraznit, že tato třetí podmínka se týká pouze práva duševního vlastnictví.

⁷³⁸ Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 331 až 333.

⁷³⁹ *„Pro účely uplatnění článku [102 SFEU] na odmítnutí poskytnutí licence na trhu operačních systémů pro servery určené k podpoře pracovních skupin podnikem v dominantním postavení musí být „informace*

může vyloučit hospodářskou soutěž, nastala⁷⁴⁰ a (iii) omezení bránilo technickému vývoji na úkor spotřebitelů.⁷⁴¹

Konečně, společnosti Microsoft se ani nepodařilo prokázat objektivní odůvodnění vytýkaného odmítnutí.⁷⁴²

Za zneužívající praktiky byla společnosti Microsoft uložena, resp. potvrzena pokuta ve výši téměř 500 milionů EUR, doprovázená četnými nápravnými opatřeními, zejm. povinností poskytnout informace o interoperabilitě a dodávat systém Windows i bez WMP.⁷⁴³

o interoperabilitě“ považovány za „nezbytné“ zejména proto, že interoperabilita má velký význam pro hospodářskou soutěž na tomto trhu, a to i když důsledkem jejich nedostupnosti je pouze postupné, a nikoliv okamžité vyloučení hospodářské soutěže.“ Ibid., bod 7 preambule.

⁷⁴⁰ Ibid., odst. 620. Přitom Tribunál zopakoval, že „[...] [n]ení nezbytné prokázat vyloučení veškeré hospodářské soutěže na trhu. Pro účely prokázání porušení článku [102 SFEU] je totiž třeba, aby dotčené odmítnutí představovalo riziko vyloučení veškeré účinné hospodářské soutěže na trhu nebo aby takovou soutěž mohlo vyloučit. V tomto ohledu je třeba upřesnit, že skutečnost, že soutěžitelé podniku, který má dominantní postavení, nadále okrajově zůstávají v určitých „koutech“ trhu, nemůže postačovat k závěru, že taková hospodářská soutěž existuje“. Ibid., odst. 563.

⁷⁴¹ Podle Tribunálu bylo třeba vykládat podmínku bránění vzniku nového výrobku, pro který existuje potenciální poptávka spotřebitelů, ve smyslu čl. 102 písm. b) SFEU zakazujícího zneužívající jednání spočívající nejen v omezování výroby a odbytu, ale také technického vývoje na úkor spotřebitelů. Tudíž „okolnost týkající se vzniku nového výrobku nemůže být jediným parametrem umožňujícím určit, zda odmítnutí poskytnout licenci k výkonu práva duševního vlastnictví může být na úkor spotřebitelů ve smyslu čl. [102] druhého pododstavce písm. b) [SFEU]. Jak vyplývá ze znění tohoto ustanovení, k takové újmě může dojít v případě omezení nejen výroby nebo odbytu, ale i technického vývoje“. Ibid., bod 11 preambule. Bránění technickému vývoji bylo dovozeno tím, že před umělými zásahy společnosti Microsoft příslušný trh vykazoval známky vysoké úrovně soutěže a inovací.

⁷⁴² Srov. rozsudek Tribunálu T-201/04 Microsoft, odst. 711. V rámci vypořádávání se s možnými odůvodněními společnosti Microsoft Tribunál mj. uvedl, že „[...] pokud by pouhé držení práv duševního vlastnictví mohlo být samo o sobě objektivním odůvodněním odmítnutí poskytnout licenci, výjimka stanovená judikaturou by se nikdy nemohla uplatnit. Jinak řečeno, odmítnutí poskytnout licenci k výkonu práva duševního vlastnictví by nikdy nemohlo být považováno za porušení článku [102 SFEU], i když Soudní dvůr [již v předchozí judikatuře] prohlásil přesný opak.“ Ibid., odst. 690.

⁷⁴³ Tribunál však zrušil část rozhodnutí Komise týkající se vytvoření kontrolního mechanismu, včetně nezávislého zmocněnce, kterým mělo být zajištěno plnění povinností uložených společnosti Microsoft.

Pro případ Microsoft je příznačné, že zahrnoval nepřehledné množství důkazů technické povahy, které musely být náležitě zhodnoceny. Což však také činí jeho skutkovou stránku do budoucna stěží opakovatelnou.

Nicméně, z právního pohledu bylo rozhodnutí vystavěno na předcházející judikatuře a použilo právní standardy v ní popisované (co do odmítnutí dodávek/poskytnutí licence, tak i vázaných prodejů). Zůstává však pravdou, že stávající právní standardy jsou nastaveny poměrně vysoko, tudíž Komise nemusí svou pozici v případech odmítnutí dodávek či vázání vždy úspěšně obhájit.⁷⁴⁴

Jak jsem již zmínil v jedné z předcházejících kapitol, Tribunál v této věci aproboval přístup Komise, který se odkláněl od někdejšího *per se* přístupu (přičemž jej ani neoznačil za novou právní teorii), když byly pečlivě zvažovány účinky chování společnosti Microsoft a také touto společností předložená odůvodnění jejího jednání.

Zdá se však, že příběh společnosti Microsoft v kontextu evropského soutěžního práva jen tak ne(s)končí...⁷⁴⁵

Konečně, otázek možného zneužití práv duševního vlastnictví se dotýkají také *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*, a to v rámci odmítnutí dodávek.⁷⁴⁶

6.8 Nad posledními rozhodnutími českých soudů

Stávající česká praxe, na rozdíl od praxe komunitární, stále setrvává na formalistickém přístupu ke zneužití dominantního postavení – k této skutečnosti také uvedu jedno z posledních soudních rozhodnutí, a sice rozhodnutí Krajského soudu v Brně ve věci Linde Gas.⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ Srov. Subbiato, R., Snelders, R. (2008), str. 21.

⁷⁴⁵ Zatímco řízení o možném protiprávním vázání operačního systému Windows s prohlížečem Internet Explorer bylo ukončeno vydáním rozhodnutí o závazcích [srov. rozhodnutí Komise ze dne 16. 12. 2009 Microsoft (COMP/C-3/39.530 – vázaný prodej)], Komise stále vede řízení (COMP/39.294) v případě možného zneužití dominantního postavení opět na bázi *interoperability* (na základě stížnosti podané ECIS). Srov. tiskovou zprávu Komise MEMO/08/19 ze dne 14. 1. 2008, dostupnou na <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/19&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (naposledy navštíveno 31. 12. 2010).

⁷⁴⁶ Srov. část 6.3 této práce.

⁷⁴⁷ Srov. rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 35/2008 (Linde Gas).

Smyslem přiblížení tohoto rozhodnutí v žádném případě není jakékoliv zpochybňování jeho výsledku, tj. shledání zneužívajícího jednání. Hodlám však poukázat na to, že „opravdová“ ekonomická analýza případu v očích ÚOHS dosud nenabyla takového významu jako v případě rozhodnutí Komise, přičemž totéž lze pozorovat na straně soudů, když důkladnou ekonomickou analýzu účinků protisoutěžního jednání po ÚOHS zatím nevyžadovaly a naopak se spokojily s tím, že shledaly toliko formální znaky závadného jednání, na kterých pak vystavěly své konstatování o jeho zneužívající povaze.

Jinými slovy, pokusím se nastínit, že ve vztahu ke zneužití dominantního postavení v České republice stále přetrvává formalistický přístup, přičemž ten se v dohledné době asi jen tak nezmění.⁷⁴⁸

Ve věci Linde Gas⁷⁴⁹ se krajský soud zabýval jednáním společnosti Linde Gas (dříve LINDE TECHNOPLYN a.s.), která ve smlouvách zavazovala své zákazníky, aby odebírali technický plyn výhradně od ní, vedle toho uplatňovala výrazně rozdílné ceny ve vztahu ke stejným nebo srovnatelným dodávkám, a to bez objektivně ospravedlnitelných důvodů. Tímto jednáním měla společnost Linde Gas způsobit újmu ostatním soutěžitelům na relevantním trhu (konkurentům) a spotřebitelům.

Nahlíženo z pohledu tradičního, formalistického pojetí dominantního postavení a jeho zneužití, kdy ke konstatování zneužívající povahy přezkoumávaného jednání postačí, že jsou shledány některé z jeho formálních znaků, je všechno v naprostém pořádku.

Považte sami: soud zcela správně vymezil podmínky aplikace ustanovení § 11 odst. 1 písm. c) OHS, za které měl: (i) uplatňování rozdílných podmínek, (ii) shodná nebo srovnatelná plnění a (iii) znevýhodňování jiných účastníků v hospodářské soutěži. Tyto znaky se mu ve vytýkaném jednání bezpečně podařilo nalézt, stejně jako potvrdil závěry ÚOHS týkající se prokázání způsobené újmy.

Nicméně, stojí za to připomenout, že společnost Linde Gas se např. bránila tím (bezúspěšně), že za nedodržení sjednaného závazku výhradního odběru, jehož existence byla soudem ve věci potvrzena, nikdy neuplatnila pro ten případ sjednanou smluvní

⁷⁴⁸ Srov. ale část 5.3.1 k možným, resp. předpokládaným důsledkům působení *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*.

⁷⁴⁹ Srov. rozsudek KS v Brně sp. zn. 62 Ca 35/2008 (Linde Gas).

pokutu, nadto se někteří z jejích odběratelů ani tímto závazkem necítili být vázáni. Dále lze ze zjištění týkajících se způsobené újmy (jak spotřebitelům, tak konkurentům) reprodukovat, že někteří konkurenti byli přesto zčásti úspěšní, když se jim podařilo praktiky společnosti Linde Gas překonat (ani na tuto skutečnost však nebyl brán ohled). Nabízí se kacířská otázka... Snad i více než jedna.

Jak by situace mohla vypadat, pokud by se ve smyslu ekonomického přístupu měly zkoumat důsledky zkoumaného jednání? Bylo to s narušením hospodářské soutěže na trhu skutečně tak žhavé, když zde existovali konkurenti, kteří přes všechny úklady nastražené dominantním podnikem dokázali být úspěšní, tzn. nebyli vyloučeni ze soutěže o zákazníky? Bráno se značnou nadsázkou, přímo by se zde nabízelo provedení jakéhosi „quasi testu stejně výkonného soutěžitele“ jakkoliv vzdáleného testu používaného Komisí při hodnocení zneužívající povahy vylučovacích cenových praktik, jehož smyslem by bylo prokázat, že účinky jednání společnosti Linde Gas zřejmě neměly na soutěž tak zdrcující účinek, když se objevili konkurenti, kteří se přesto dokázali „na úkor“ dominantanta prosadit.

A co vzít do úvahy významný konkurenční tlak, který na společnost Linde Gas vyvíjeli konkurenti v rámci své cenové politiky a donutili ji v několika případech právě k vytýkanému jednání – nikoliv ovšem z pohledu meeting competition obrany, kterou se dominant také hájil (ač neúspěšně), nýbrž z pohledu přinejmenším nezanedbatelného postavení jeho konkurentů na trhu.

K nevytýkání sankcí za porušení výhradních závazků se lze postavit podobně – skutečně bylo v praxi (neboť se zaměřujeme na jeho důsledky) jednání dominantního podniku tak závažné, když se tento ani neobtěžoval sjednané „protisoutěžní“ závazky vymáhat a samotní zákazníci se jimi ani necítili být vázáni?

Mé úvahy se v tomto směru zcela zjevně stáčí k Novému přístupu, resp. závěru, že trend Komise spočívající (obecně) v důrazu kladeném na zjišťování skutečných následků zkoumaného jednání na soutěž, předpokládajícím v tomto ohledu důkladnou ekonomickou analýzu případu, ÚOHS zřejmě až tolik netrápí a soudy se s jeho přístupem dosud spokojily.

V tomto ohledu ukáže až čas, do jaké míry se na rozhodovací činnosti ÚOHS projeví *Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik*. Nelze pochopitelně vyloučit, že, než aby na ni samy čekaly, mohou soudy popsanou reakci uspíšit...

7. Exkurs – hospodářské postavení a jeho zneužití, ekonomická závislost, významná tržní síla...

Jak již bylo konstatováno, dominantní postavení a jeho zneužívání patří mezi základní instituty soutěžního práva.

Vzhledem k tomu, že předmětem soutěžního práva je posuzování, zda jednáním soutěžitelů nedochází k narušení hospodářské soutěže v důsledku uzavírání zakázaných dohod, zneužívání dominantního postavení či uskutečňování spojení, nemůže se soutěžní právo zabývat jinými (škodlivými) podobami jednání soutěžitelů na trhu – tento prostor se však vytváří na jiných úrovních ať veřejného (např. narušování tržního prostředí uplatňováním nepřiměřených cen - ve vztahu k cenové problematice připomínám, že ÚOHS není cenovým regulátorem, když jeho poslání nemůže být zaměřováno s působností orgánů v oblasti cenové kontroly, neboť jeho působnost se dotýká zvláště vymezeného předmětu, a také prostředky, jež k nápravě užívá, zákon samostatně vyjmenovává)^{750,751} či soukromého práva (otázky nekalosoutěžních praktik), případně na pomezí obou právních odvětví (např. ve vztahu k působení podniků, které, ač nejsou dominanty ve smyslu shora popsáném, disponují takovou tržní silou, která jim umožňuje, aby si v rámci smluvních vztahů vynutily pro sebe jednostranně výhodnější podmínky),⁷⁵² a to pro (zpravidla)⁷⁵³ jiné orgány než je ÚOHS.

V této souvislosti se v českém právním řádu (a jak bude níže uvedeno také v právních systémech dalších členských států) objevují vedle konceptu dominantního postavení a jeho zneužití koncepty další. V zájmu dosažení komplexního nahlédnutí právních institutů popisujících v českém právním prostředí (ne)dovolené použití tržní

⁷⁵⁰ Srov. rozsudek NSS sp. zn. 2 A 12/2002-OL (Eurotel). Poznámka je cílena na ust. § 1 a § 11 OHS 1991.

⁷⁵¹ Srov. zejm. z. č. 526/1990 Sb., o cenách, ve znění pozdějších předpisů.

⁷⁵² Srov. zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití.

⁷⁵³ Podle zákona České národní rady č. 265/1991 Sb., o působnosti orgánů České republiky v oblasti cen, ve znění pozdějších předpisů, provádějí kontrolu cenových předpisů tam vyjmenovaná ministerstva, jiné správní úřady, finanční ředitelství, kraje a obce. Spory z nekalé soutěže pak projednávají obecné soudy (srov. ust. § 9 odst. 3 písm. l) OSŘ). Dohled nad dodržováním zákona č. 395/2009 Sb. však provádí právě ÚOHS (srov. ust. § 5 cit. zákona).

síly, považují za vhodné a účelné doplnit svou práci na tomto místě o krátká pojednání o konceptech hospodářského postavení, ekonomické závislosti, resp. významné tržní síly a jejich zneužívání.

Jakkoliv se uváděné koncepty na první pohled zdají být pouhými hrátkami se slovy a projevem biblického zmatení jazyků, existují mezi nimi rozdíly, které se pokusím ve stručnosti popsat na následujících řádcích.

7.1 Koncept hospodářského postavení a jeho zneužívání

Pro účely této dílčí kapitoly budu nejprve, s ohledem na potřebu zdůraznění postupného vývoje v této oblasti, vycházet ze znění zákona o cenách do provedení jeho posledních změn zákonem č. 403/2009 Sb.⁷⁵⁴

Tedy, až do nedávna bylo možné konstatovat, že pojem hospodářské postavení se sice v zákoně o cenách vyskytoval již od jeho přijetí, nicméně definice hospodářského postavení v něm obsažena nebyla. Co do ustanovení o zneužití hospodářského postavení cit. zákon už tak na slovo skoupý nebyl.

Zakazoval totiž jak prodávajícímu, tak kupujícímu zneužívat své hospodářské postavení k získání nepřiměřeného hospodářského prospěchu kvalifikovanými prodejci či nákupy, resp. prodávajícímu navíc zakazoval zneužívat takové postavení k narušování tržního prostředí uplatňováním podnákladových prodejních cen.⁷⁵⁵

V literatuře⁷⁵⁶ se již tehdy objevil názor, že v hospodářském postavení lze spatřovat tak silné postavení na trhu, které umožňuje protistraně vnutit podmínky, za nichž se prodej či koupě uskutečňují. Do přijetí zákazu podnákladových cen⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ Srov. zákon č. 403/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 526/1990 Sb., o cenách, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 265/1991 Sb., o působnosti orgánů České republiky v oblasti cen, ve znění pozdějších předpisů, který nabyl účinnosti dne 18. listopadu 2009.

⁷⁵⁵ Problematice tzv. podnákladových cen se obsírně věnují Petr, M., Vavříček, V. (2006a).

⁷⁵⁶ Ibid.

⁷⁵⁷ Provedeného z. č. 377/2005 Sb., o doplňkovém dozoru nad bankami, spořitelními a úvěrními družstvy, institucemi elektronických peněz, pojišťovnami a obchodníky s cennými papíry ve finančních konglomerátech a o změně některých dalších zákonů (zákon o finančních konglomerátech). Jakkoliv se kolem této novelizace zákona o cenách strhl jistý „legislativní boj“ [srov. stenozáznam z projednávání návrhu zákona o finančních konglomerátech v Senátu dne 4. srpna 2005, senátní tisk č. 118, dostupný na:

uplatňovaných kupujícím bylo možno směle tvrdit, že při takovém prodeji či koupi bylo hospodářské postavení zneužíváno k dosažení výhodnějších podmínek – protistraně se tedy dostalo postavení nevýhodnějšího. Po přijetí zákazu podnákladových cen však bylo lze takový závěr učinit jen stěží (nebylo totiž pochyb o výhodnosti podnákladové ceny pro kupujícího). V této souvislosti byl nepochybně posunut význam samotného abuzivního jednání, které bylo až do přijetí zákazu podnákladových cen chápáno jako výhodné pro zneužívajícího a nevýhodné pro protistranu.

Hospodářské postavení ve smyslu zákona o cenách vždy představovalo určitý stupeň tržní síly určitého subjektu a koexistovalo tak vedle postavení dominantního (ve smyslu práva soutěžního, srov. výše); je však třeba zdůraznit, že se jednalo o zcela samostatné právní instituty, jejichž vzájemný vztah donedávna nebyl judikaturou náležitě vymezen.

Judikatura se totiž věnovala otázkám jiným, a to posuzováním hledisek při zneužití hospodářského postavení při sjednávání ceny⁷⁵⁸ nebo problematice ukládání pokut za porušení zákona o cenách.⁷⁵⁹

http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/historie?cid=pssenat_historie.pHistorieTisku.list&forEach.action=detail&forEach.value=s1717 (naposledy navštíveno 31. 12. 2010)], stala se nakonec tato, byť poněkud kontroverzní, novela součástí právního řádu České republiky. V této souvislosti srov. též dobové protichůdné články Bělohávek, A. J. (2005) a Pelikán, R. (2006).

⁷⁵⁸ Tak např. NSS konstatoval v rozsudku sp. zn. 6 A 45/2000, že hledisko cenového vývoje, z něhož je třeba podle ust. § 16 odst. 2 zákona o cenách vycházet při posuzování zneužití hospodářského postavení při sjednání ceny, váže zákon pouze na existenci srovnatelného trhu jako takového a cenový vývoj na něm, nikoliv však již na podmínku, že takovým trhem může být pouze trh, na němž existuje účinná soutěž, a uzavřel, že porovnání cenového vývoje na srovnatelných trzích je jedním z rozhodujících hledisek, z nichž se musí při posouzení zneužití hospodářského postavení v rámci sjednávání ceny vycházet, a zjištění takové ceny má zásadní význam jak pro samotný úsudek o porušení cenových předpisů, tak i pro případnou výši sankce, pokud k porušení cenových předpisů došlo.

⁷⁵⁹ Srov. rozsudek NSS sp. zn. 6 A 104/2000, ve kterém bylo judikováno, že „*cenový kontrolní orgán nemá na uvážení, zda pokutu podle § 17 odst. 1 zákona č. 526/1990 Sb., o cenách, uloží ve výši neoprávněně získaného majetkového prospěchu [písm. a)], nebo zda ji uloží do výše jednoho milionu korun [písm. b)]. Jestliže neoprávněně získaný majetkový prospěch vznikne a přitom je možno stanovit jeho výši, nemůže cenový kontrolní orgán uložit pokutu podle § 17 odst. 1 písm. b) citovaného zákona, ale je povinen provést dokazování, zjistit rozsah neoprávněně získaného majetkového prospěchu a jedině v takto stanovené výši uložit pokutu.*“

Teprve před pár lety se NSS v rámci tvrzeného kompetenčního sporu mezi ÚOHS a ERÚ vyjádřil také k povaze hospodářského postavení a jeho zneužití, když tyto kategorie poměřoval s postavením dominantním a jeho zneužitím.⁷⁶⁰

NSS označil hospodářské postavení ve smyslu zákona o cenách za postavení, která má každý na trhu, je tedy vlastní každému subjektu na trhu a nepředstavuje žádnou zvláštní kvalitu. Aby však mohlo být zneužito (a prodávající se tak kupř. neoprávněně obohacoval v důsledku stanovení nepřiměřeně vysoké ceny), musí se jednat o určité (silné) hospodářské postavení,⁷⁶¹ jež v závislosti na ekonomické síle prodávajícího může mít i dopad na celkové poměry na trhu, stále to jsou však jen ekonomické předpoklady a ekonomické dopady jednání v rozporu se zákonem o cenách.

Konečně, relaci skutkových podstat zneužití hospodářského a dominantního postavení vymezil NSS takto:

„[...] zneužít svého hospodářského postavení může zpravidla jen ten soutěžitel, který zaujímá na trhu silné ekonomické postavení; předpoklady k takovému jednání tak bude mít typicky právě dominant. To, že subjekt dopouštějící se kteréhokoli z těchto skutků [zneužití hospodářského postavení a zneužití dominantního postavení] bude obvykle nadán značnou ekonomickou silou, však ještě neznamena, že by měly být obě skutkové podstaty spojovány se stejnými právními následky. Ne každý, kdo zneužívá svého hospodářského postavení k získání nepřiměřeného hospodářského prospěchu prodejem za nepřiměřeně vysokou cenu, zároveň naplňuje předpoklady dominantního postavení; ten, kdo zaujímá dominantní postavení a zneužívá je, tak zase může činit zcela jinými metodami než prodejem za nepřiměřeně vysokou cenu. [...] Není tedy pravda, že každé zneužití dominantního postavení stanovením nepřiměřených cen je zároveň zneužitím hospodářského postavení [...]: skutková podstata zneužití dominantního postavení totiž v sobě nezahrnuje prvek získání nepřiměřeného

⁷⁶⁰ Usnesení NSS sp. zn. Komp 3/2006. Toto usnesení vycházelo z právního stavu platného před zavedením podnákladových cen do zákona o cenách.

⁷⁶¹ Když, jak NSS dodává, „ekonomicky nevýznamnému subjektu by trh takové jednání nedovolil.“

*hospodářského prospěchu, který je podstatným znakem deliktu podle § 2 odst. 3 zákona o cenách“.*⁷⁶²

Takové zřejmé rozlišení obou kategorií se nepochybně stalo jak pro rozhodovací praxi ÚOHS, tak ERÚ přínosným. Literatura se věnuje také dalším aspektům cit. usnesení.⁷⁶³

Jak jsem popsal v samotném úvodu této dílčí kapitoly, v důsledku legislativních změn zákona o cenách však dosud popisovaná úprava doznala výrazných změn, zejm. ve vztahu k obsahovému naplnění pojmu hospodářské postavení a k zákazu podnákladových cen, když tento byl ze zákona o cenách vypuštěn.

Stále platí, že jak prodávajícímu, tak kupujícímu se zakazuje kvalifikovanými nákupy⁷⁶⁴ zneužívat své hospodářské postavení k získání nepřiměřeného hospodářského prospěchu, nicméně už to není hospodářské postavení ledajaké nýbrž slovy zákona výhodnější.

Přibylo také ustanovení, které konečně obsahuje kritéria, podle nichž se hospodářské postavení určuje, přičemž výhodnější hospodářské postavení má takový prodávající nebo kupující, který sjednává ceny na trhu, aniž by při tom byl vystaven podstatné cenové soutěži.⁷⁶⁵

Vypuštěním zákazu podnákladových cen se tedy situace v cenové oblasti vrátila ke svému původnímu významu, který jím byl narušen, tedy k tomu, že možné zneužívací jednání lze opět chápat jako výhodné pro zneužívajícího a nevýhodné pro protistranu.

⁷⁶² Usnesení NSS sp. zn. Komp 3/2006.

⁷⁶³ Srov. např. Petr, M. a kol. (2010), str. 67 a násl.

⁷⁶⁴ Srov. § 2 odst. 5 písm. a) bod 1. a písm. b) bod 1. zákona o cenách.

⁷⁶⁵ Srov. demonstrativní výčet zahrnující objem prodaného nebo nakoupeného zboží, podíl na daném trhu, hospodářskou a finanční sílu, právní nebo jiné překážky vstupu na trh a míru horizontálního i vertikálního propojení s jinými osobami na daném trhu; srov. § 2 odst. 4 zákona o cenách. Inspirace kritérii tržní síly uvedenými v OHS je vcelku zjevná. Jakkoliv může být výhodnější hospodářské postavení určitou variací na ekonomický koncept dominantního postavení, přesto nadále platí judikatura NSS tyto koncepty striktně oddělující.

7.2 Koncept ekonomické závislosti (významné tržní síly) a jejího zneužívání

Ekonomická závislost, tj. taková reálná hospodářská síla určitého subjektu, která mu umožňuje vynutit si na svých obchodních partnerech, reálně hospodářsky slabších subjektech, jednostranně výhodné obchodní podmínky, je dalším z protipólů dominantního postavení. Na zneužití takového jednání se až dosud nemohla vztahovat pravidla o ochraně hospodářské soutěže, pokud hospodářsky silnější subjekt nedisponoval dominantním postavením. V případě zneužívání ekonomické závislosti se tak jedná o fenomén na pomezí mezi veřejnoprávní ochranou hospodářské soutěže (poskytovanou ÚOHS), a ochranou soukromoprávní, nekalosoutěžní (nad kterou bdí obecné soudy).^{766,767}

Vzhledem k negativním dopadům, které má takové jednání na hospodářskou soutěž, však poměrně dlouhou dobu existovaly pochybnosti, zda bylo možné jeho regulaci ponechat toliko soukromému právu, tj. zejm. pravidlům na ochranu před nekalou soutěží. Z historického vývoje boje o legislativní zakotvení konceptu ekonomické závislosti a zákazu jejího zneužití je navíc patrné, že se vůbec nejedná o záležitost, která by měla jednoznačné řešení či podporu.⁷⁶⁸

Nicméně, v evropském (a nám navíc geograficky velmi blízkém) prostoru se taková úprava již několik let vyskytuje,⁷⁶⁹ a ačkoliv ani komunitární právo tuto úpravu neobsahuje, je jím její zavedení výslovně umožněno.⁷⁷⁰

Ani po neúspěšných bojích myšlenka právního institutu ekonomické závislosti nezapadla. Její příznivci však opustili označení ekonomická závislost a snahu o to za každou cenu novelizovat OHS a vložili své úsilí do zcela nového (ve smyslu

⁷⁶⁶ Srov. ust. § 9 odst. 3 písm. l) OSŘ.

⁷⁶⁷ Srov. Petr, M. (2007).

⁷⁶⁸ Již od roku 1999 byly předkládány jak vládní, tak poslanecké (ať již samostatné či pozměňovací) návrhy zákonů. Stanoviska vlády k nim se také měnila. Srov. (i) PSP tisky 207, 446, 704 a 953 (volební období 1998 – 2002), (ii) PSP tisky 416 a 1214 (volební období 2002-2006) a (iii) PSP tisk 167 (volební období 2006 – 2009). Srov. <http://www.psp.cz> (naposledy navštíveno 31. 12. 2010).

⁷⁶⁹ Srov. slovenský z. č. 358/2003 Z. z., o obchodných reťazcoch, ve znění pozdějších předpisů, a ust. § 20 odst. 4 německého Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBI. I 1957, S. 1081.

⁷⁷⁰ Srov. např. bod 8 preambule Nařízení 1/2003.

samostatného) právního předpisu založeného na konceptu (na první pohled) jiném – konceptu významné tržní síly a jejího zneužívání. Úsilí marným nebylo, když dne 3. listopadu 2009, poněkud ve stínu podpisu *Lisabonské smlouvy* prezidentem republiky, Poslanecká sněmovna přehlasovala právě prezidentské veto návrhu zákona o významné tržní síle a jejím zneužití. Zákon samotný byl přijat a zveřejněn pod tímto číslem a názvem: zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití (dále též „zákon o významné tržní síle“), s nabytím účinnosti ke dni 1. února 2010.

Nová právní úprava je ve vztahu k OHS úpravou speciální, dotýkající se dodavatelsko-odběratelských vztahů bez rozdílu vah (tj. celého spektra hospodářství, byť ve své původní podstatě měla regulovat chování tzv. obchodních řetězců). Zákon své sepětí s OHS demonstruje tím, že pracuje s pojmy definovaným OHS, resp. na OHS na několika místech odkazuje (ust. § 2, § 7 a § 10 odst. 1 z. č. 395/2009 Sb.).

Významná tržní síla ve smyslu stejnojmenného zákona není ničím jiným než ekonomickou závislostí, jak ji známe z předešlých dlouholetých pokusů o prosazení, oblečenou do nového, slušivějšího kabátku:

*„[v]ýznamná tržní síla je takové postavení odběratele vůči dodavateli, kdy se v důsledku situace na trhu stává dodavatel závislým na odběrateli ve vztahu k možnosti dodávat své zboží spotřebitelům a kdy si odběratel vůči dodavateli může vynutit jednostranně výhodné obchodní podmínky“.*⁷⁷¹

Vztaženo k dominantnímu postavení, které je ve smyslu OHS chápáno jako postavení vycházející z absolutní situace na trhu, má významná tržní síla za východisko situaci na trhu relativní, existující jen mezi některými subjekty.

Jak bylo shora popsáno, dominantní postavení se na relevantním trhu usuzuje podle tržní síly soutěžitele (*erga omnes*)⁷⁷² coby multikriteriální veličiny, kde hraje prim tržní podíl. Koncept významné tržní síly naopak vychází ze vztahu mezi obchodními partnery, který je na jedné straně označován jako stav závislosti na odběrateli a zároveň na straně druhé korespondující možností odběratele vynutit si jednostranně výhodné

⁷⁷¹ Ust. § 3 odst. 1 zákona.

⁷⁷² Ve smyslu ostatních soutěžitelů a spotřebitelů.

podmínky. Není-li odběratel v dominantním postavení, soutěžněprávní regulaci OHS uniká; regulaci zákona o významné tržní síle a jejím zneužití však už uniknout nemusí – ten je totiž nastaven tak, aby byl způsobilý citlivěji (oproti OHS) regulovat odběratelsko-dodavatelské vztahy.

Inspirace materiálním pojetím dominantního postavení je v případě významné tržní síly zřejmá také z výčtu faktorů, ze kterých se významná tržní síla dovozuje (srov. ust. § 3 odst. 2 zákona o významné tržní síle). Podobně také nechybí (vedle kvalitativních kritérií hodnocení) podpůrné kvantitativní kritérium v podobě vyvratitelné právní domněnky disponováním významnou tržní silou, když podle ust. § 3 odst. 3 zákona platí, že [n]ení-li prokázán opak, má se za to, že významnou tržní sílu má odběratel, jehož čistý obrat přesáhne 5 mld. Kč.

Konečně, stejně jako existence dominantního postavení, tak i existence významné tržní síly není reprobována – zakazuje se pouze její zneužití, jehož demonstrativní výčet zákon rovněž přináší (srov. ust. § 4 zákona a zejm. jeho přílohy č. 1 až 6).

Strážcem nad dodržováním zákona byl povolán ÚOHS, který přitom bude postupovat stejně, jako postupuje v řízení ve věcech zakázaných dohod či zneužívání dominantního postavení a bude moci ukládat i nemalé pokuty (srov. ust. § 5 a § 7 zákona).⁷⁷³

Přijetí nového zákona okamžitě vyvolalo bohatou debatu,⁷⁷⁴ která ani po více než půl roce účinnosti zákona nijak neutuchá.⁷⁷⁵ Stalo se také veřejně známou skutečností, že zákonem se na podzim tohoto roku k podnětu Svazu obchodu a cestovního ruchu začala zabývat Komise.⁷⁷⁶

⁷⁷³ Srov. také možnost uložit závazky ve prospěch obnovení účinné hospodářské soutěže podle ust. § 6 zákona.

⁷⁷⁴ Srov. *Zprávu ke druhému dni konání Svatomartinské konference 2009.*

⁷⁷⁵ Srov. *Zprávu ke Konferenci o zákonu o významné tržní síle.*

⁷⁷⁶ Srov. např. <http://aktualne.centrum.cz/ekonomika/nakupy/clanek.phtml?id=677868> (naposledy navštíveno 31. 12. 2010).

Do jaké míry se legislativní zavedení nového institutu významné tržní projeví na dalším zatížení ÚOHS, když jeho personální kapacity se s touto agendou nijak nezměnily, ukáže až čas.^{777,778}

Zatím však ÚOHS „stihl“ zahájit v této oblasti sektorové šetření, poté také tři správní řízení (dosud však bez výsledku)⁷⁷⁹ a konečně také iniciativně zřídil odbornou skupinu k zákonu.⁷⁸⁰ Lze také podotknout, že již po nabytí platnosti zákona se začaly objevovat jisté praktiky některých odběratelů kontaktujících své dodavatele s žádostí o „prohlášení“, že tito dodavatelé se necítí být na odběrateli závislí.⁷⁸¹

Škoda jen nedůslednosti a přílišného novátorství zákonodárce spočívajících v tom, že označení nového institutu se doslova shoduje s pojmenováním vzešlým a již několik let používaným v telekomunikačním sektoru (significant market power) a požívajícím tedy jistého práva přednosti, jak je v této práci nastíněno.

Taktéž k přehlednosti a srozumitelnosti právního řádu jistě nepřispívá, objevují-li se v něm právní instituty stejného označení, leč v různých právních předpisech a s jiným obsahem. Takto není vyloučeno, že mezi laickou veřejností může docházet k záměně (promiscue) obou konceptů. V tomto ohledu se tedy jeví původní označení ekonomická závislost co do formy nezaměnitelným a co do obsahu též případnějším.

Každopádně lze konstatovat, že nová právní úprava přispěje do portfolia ochrany slabších subjektů na trhu, které se ve svých obchodních vztazích se silnější protistranou mnohdy dostávali do svízelných či dokonce neřešitelných situací. Ochrany, po níž bylo dlouhá léta voláno. Nemohu se však zbavit dojmu, že tato nová právní úprava by našla z pohledu koncepčního a systematického lepšího uplatnění zapracováním do obchodního zákoníku či zákona o cenách než do zcela samostatné právní úpravy.

⁷⁷⁷ Srov. *Zprávu ke druhému dni konání Svatomartinské konference 2009*, konkrétně komentář tehdejšího poradce předsedy ÚOHS pro oblast hospodářské soutěže pana Petra Gajduška. V této souvislosti uvádím, že na ÚOHS byl zřízen zvláštní odbor, který se má popisované problematice věnovat: Odbor kontroly tržní síly.

⁷⁷⁸ V poslední době bylo možno zaznamenat ve veřejných sdělovacích prostředcích zvýšenou kritiku odborné veřejnosti stran účelnosti existence zákona, když se vyskytly také hlasy nevylučující jeho zrušení.

⁷⁷⁹ Srov. *Zprávu ke Konferenci o zákonu o významné tržní síle*.

⁷⁸⁰ Srov. *Zprávu o zřízení odborné skupiny k zákonu o významné tržní síle*.

⁷⁸¹ Srov. *Stanovisko k některým praktikám odběratelů zemědělských a potravinářských produktů*.

7.3 Významná tržní síla v telekomunikačním sektoru

Jak jsem již předeslal, z vod teritoria stávající sektorové telekomunikační regulace se vynořil další koncept, jehož základ tkví v jisté kvalitě ekonomického postavení. Jedná se (znovu) o významnou tržní sílu a právě skromným přiblížením tohoto konceptu opustím variace na téma všelikých podob ekonomického postavení v českém právním řádu a uzavřu tuto ucelenou část práce.

Definici podniku s významnou tržní silou (*significant market power*) přinesl ZEK, přitom neučinil nic jiného, než že transponoval příslušná ustanovení z Rámcové směrnice.⁷⁸²

Podnikem s významnou tržní silou se ve smyslu zákona o elektronických komunikacích rozumí

*„[p]rávnícká nebo fyzická osoba vykonávající v jakékoliv formě trvalou hospodářskou nebo obchodní činnost v oblasti elektronických komunikací, která má samostatně nebo ve spojení s jedním nebo více subjekty na relevantním trhu takové ekonomické postavení, které jí umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na konkurenci, zákaznících a spotřebitelích [...]“.*⁷⁸³

Jedná se tedy o specifickou sektorovou právní úpravu pro oblast elektronických komunikací, kde uplatňuje svou působnost národní regulační úřad (v podmínkách České republiky ČTÚ), který analyzuje jednotlivé trhy elektronických komunikací a dohlíží, aby na nich probíhala efektivní soutěž.

Z definice podniku s významnou tržní silou a samotného zjišťování, zda podnik významnou tržní silou disponuje, je zjevná podobnost s definicí a zjišťováním dominantního postavení ve smyslu soutěžního práva.⁷⁸⁴ Z předpisů týkajících se

⁷⁸² Srov. čl. 14 odst. 2 Rámcové směrnice.

⁷⁸³ Ust. § 53 odst. 1 ZEK.

⁷⁸⁴ Srov. čl. 14 odst. 2 Rámcové směrnice. V cit. čl. se uvádí, že se jedná o postavení odpovídající dominanci (*position equivalent to dominance*), tedy postavení takové ekonomické síly, která mu umožňuje chovat se ve zjevné míře nezávisle na soutěžitelích, zákaznících a v konečném důsledku i na spotřebitelích. V této souvislosti srov. také část 1.2, co do pojmání konceptu dominantního postavení.

elektronických komunikací plyne, že jednotlivé trhy se definují a významná tržní síla na nich se zjišťuje za pomoci stejné metodologie, jaká se používá v soutěžním právu, ovšem s přihlédnutím k specifikům sektorového regulačního rámce, mezi které patří zejm. regulace ex ante.⁷⁸⁵

Regulace ex ante není speciální regulací v tom smyslu, že by nahrazovala ex post regulaci soutěžněprávní – tyto právní nástroje se mají navzájem doplňovat. Explicitně je tato skutečnost uvedena ve zmiňovaných pravidlech Komise, kde se jednoznačně uvádí, že nelze vyloučit, že by byla s ohledem na různé druhy problému na relevantních trzích vedena souběžná řízení podle ex-ante regulace i podle soutěžního práva.^{786,787}

Zákaz obdobný zákazu zneužívání dominantního či hospodářského postavení, popř. významné tržní síly ve smyslu zákona č. 395/2009 Sb. se v zákoně o elektronických komunikacích nevyskytuje. Zato se podnikům s významnou tržní silou (poté, co byly ČTÚ jako takové podniky stanoveny) ukládají určité povinnosti, jako např. nediskriminace, průhlednosti, umožnění volby a předvolby operátora, oddělené evidence nákladů a výnosů apod. (srov. ust. § 51 odst. 3 ZEK), jejichž neplnění je správním deliktem trestaným pokutou (ust. § 118 odst. 7 a odst. 11 ZEK).

⁷⁸⁵ Srov. *Pravidla týkající se SMP*.

⁷⁸⁶ *Ibid*, bod 31.

⁷⁸⁷ K problematice vztahu zákona o elektronických komunikacích a soutěžního práva srov. také Petr, M. (2006).

Závěr

V této práci jsem se pokusil shrnout vše podstatné, co dle mého názoru souvisí s koncepty dominantního postavení a jeho zneužití v komunitárním a českém právu. Obojí jak v podobě zaujímání dominantního postavení a jeho zneužití jediným podnikem, tak v podobě kolektivního dominantního postavení a jeho zneužití několika podniky. Vycházel jsem přitom z komparativní metody.

Z vývoje dominantního postavení a jeho zneužití v obou právních systémech je zřejmé, že česká právní úprava kráčí ve stopách právní úpravy komunitární, kde může čerpat z nepřeberného množství zdrojů.

V rámci komplexního nahlédnutí dominantního postavení a jeho zneužití v „evropském“ prostoru jsem také pro účely této práce minimalisticky zpracoval koncept monopolního postavení a jeho zneužití v antitrustovém právu Spojených států amerických. Přestože nepochybně existují mezi systémy soutěžního práva na obou březích Atlantiku jisté rozdíly, nelze je označit za propastné, když cíl, který sledují, je shodný: jednání „mocných“ podniků, jimž získaná, výrazná až drtivá či totální tržní síla vytváří pozici, kterou se tyto podniky na identickém trhu dále snaží upevnit, popř. ji přenést na trh jiný.

Zmiňované rozdíly bylo možné nejlépe demonstrovat na srovnání *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik se Zprávou ke zneužívajícímu jednání*, která svého času představovala oficiální politiku Ministerstva spravedlnosti Spojených států amerických. Jakkoliv totiž oba dokumenty vycházely z podobných ekonomických konceptů a teorií a do jisté míry odstranily rozdíly v mezinárodním pohledu na pravidla upravující jednostranná jednání podniků, dospěly v podstatných otázkách ke značně se odchylojícím představám o prosazování soutěžního práva v boji proti dominantním podnikům (zejm. ohledně míry zdrženlivosti zásahů soutěžních orgánů do soutěžního prostředí, váhy prokazování skutečné újmy spotřebitelům a upřednostňování jiných nákladových modelů při posuzování jednání týkajícího se cenové politiky dominantních podniků).

Soutěžnímu právu je vlastní, že se stále dynamicky vyvíjí. Reforma soutěžního práva je nyní v plném proudu, byť tomu situace v podmínkách tuzemských příliš

nenasvědčuje. Nejčerstvějším důkazem za všechny budiž Nový přístup, demonstrováný zejména na příkladu *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik*.

Výrazný přínos *Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik* pro podniky představuje fakt, že nyní existuje (jeden celistvý) dokument, který vystihuje přístup Komise k vylučovacímu jednání. Už proto do jisté míry znamenají další posílení právní jistoty a posouzení pravděpodobnosti zásahu Komise.

Celkově vzato však nezbyvá než shrnout, měřeno pohledem uskutečnění vize zavést Nový přístup na pole čl. 102 SFEU, že Komise sice učinila v *Pokynech pro posuzování vylučovacích praktik* nezbytný krok kupředu, nicméně tak ambiciózní cíl, který si v nich vytkla, tzn. zajistit větší srozumitelnost a předvídatelnost a pomoci podnikům lépe posoudit, zda určité chování pravděpodobně povede k jejímu zásahu na základě článku 102 SFEU, snad a priori ani naplněn být nemohl. Správnost této volby tak zůstává diskutabilní.

K Novému přístupu proto závěrem činím poznámku, že jakkoliv představuje soutěžní právo vcelku ojedinělé propojení právní regulace jako takové a ekonomické analýzy každého jednotlivého případu, pak jeho zjevný posun směrem k ekonomickému hodnocení případu není zřejmě posunem ideálním. S jistou dávkou nadsázky by se dalo konstatovat, že se obávám, aby na poli soutěžního práva nebylo časem „příliš mnoho ekonomie na úkor práva.“ Proto se v této práci také přikláním na stranu literatury přistupující k Novému přístupu střízlivě či obezřetně, resp. kriticky.

Ve vztahu k „metodickému uchopení“ vykořisťovacích praktik způsobem obdobným praktikám vylučovacím, resp. *Pokynům pro posuzování vylučovacích praktik* (a Komisí v budoucnu předpokládaným) je situace poněkud nepřehledná. Komise sice až dosud uváděla, že její práce na přípravě dokumentu věnovaného praktikám vykořisťovacím zůstávají na pořadu dne, nicméně k hmatatelnému posunu v této oblasti zatím nedošlo.⁷⁸⁸

Podobně jako tomu bylo v historii, i v případě Nového přístupu lze očekávat, že se česká aplikační praxe dříve či později té komunitární přiblíží, jakkoliv zatím za ní, zdá se, ztrácí. V každém případě je však patrné, že ÚOHS následuje Komisi v jí

⁷⁸⁸ Srov. *Prezentaci Komise věnovanou reformě čl. 102 SFEU*.

nastaveném trendu věnovat svou pozornost posuzování vylučovacích praktik,⁷⁸⁹ když k posuzování praktik vykořisťovacích přistupuje zdrženlivě.⁷⁹⁰

České soutěžní právo vymezuje dominantní postavení i zákaz jeho zneužívání principiálně shodně jako právo komunitární. Jak již bylo zmíněno, úvodní pochybnosti o identickém významu pojmu podnik a soutěžitel byly rozptýleny, jednotlivé skutkové podstaty zneužití dominantního postavení uvedené v OHS (oproti několik desítek let starým „vzorům“ uvedeným v čl. 102 SFEU) mohly využít postupného vývoje či časového odstupu a být podrobněji definovány či měněny.⁷⁹¹

Obdobně se lze vyjádřit také k prvku újmy, která absentuje v generální klauzuli zneužití dominantního postavení v čl. 102 SFEU, kdežto v ust. § 11 odst. 1 OHS je výslovně uvedena. Již v rozhodnutí ve věci *Continental Can*,⁷⁹² a poté např. *British Airways*⁷⁹³ však ESD uvedl, že „[č]lánek 82 [SES] se vztahuje nejen na jednání, která mohou způsobit přímou újmu spotřebitelům, ale rovněž na taková jednání, která jim způsobují újmu prostřednictvím ohrožení struktury účinné hospodářské soutěže.“

Důraz na poškození spotřebitelů pak představuje úhelný kámen pohledu Pokynů pro posuzování vylučovacích praktik. V této souvislosti se totiž předpokládá, že Komise zaměří své úsilí v oblasti vynucování čl. 102 SFEU na vylučovací jednání, jež vedou k poškození spotřebitelů.

Pro dokreslení situace připojuji, že vykořisťovací praktiky zahrnují využití tržní síly dominanta v obchodních vztazích s dodavateli či zákazníky k tomu, aby jim způsobil újmu, např. tím, že bude uplatňovat nepřiměřené ceny a podmínky, čímž bude ze svého jednání získávat nepřiměřené zisky nebo jiné výhody.

⁷⁸⁹ Srov. rozhodnutí ve věci *Student Agency* (srov. Aktuality ÚOHS).

⁷⁹⁰ Z posledních případů lze na tomto místě uvést rozhodnutí ÚOHS ve věci *Czech Coal* (rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S 69/2008), kdy ÚOHS zastavil řízení ve věci možného zneužití dominantního postavení obchodní společností *Czech Coal Services a.s.*, kterého se měla uvedená společnost dopustit tím, že uplatňovala ve smlouvách o prodeji a koupi hnědého uhlí uzavíraných se svými odběrateli, rozdílné ceny za shodné či srovnatelné plnění, a to bez objektivně ospravedlnitelných důvodů.

⁷⁹¹ Kritérium dlouhodobosti u predátorského jednání požadované OHS však poněkud koliduje s Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik, které pracují s krátkodobým časovým horizontem pro stanovení predátorského jednání a k nabízení cen na nízké úrovni všeobecně po dlouhou dobu uvádí, že v takových případech je predátorské jednání méně pravděpodobné.

⁷⁹² Rozsudek ESD 6/72 *Continental Can*, odst. 26.

⁷⁹³ Srov. rozsudek ESD C-95/04 P *British Airways*, bod 2 preambule.

Konečně, samotný závěr této práce jsem věnoval krátkému ohlédnutí za dalšími (ne)dovolenými způsoby použití tržní síly, se kterými český právní řád pracuje. Zneužití dominantního postavení se totiž nepokládá za jediný možný projev nedovoleného použití tržní síly. Proto jsem si také dovolil, stručně pojednat o konceptech hospodářského postavení, ekonomické závislosti, resp. významné tržní síly a jejich zneužívání. V případě těchto dalších projevů tržní síly lze shrnout, že se jedná o komplementární úpravu k soutěžnímu právu, které má zcela specifické postavení a velmi zjednodušeně řečeno „největší váhu“.

K zavedení zneužití významné tržní síly do českého právního řádu se stavím poněkud skepticky. Jakkoliv se v evropském prostoru taková úprava již několik let vyskytuje⁷⁹⁴ a komunitární právo její zavedení výslovně umožňuje.⁷⁹⁵ Lze sice konstatovat, že nová právní úprava přispěje do portfolia ochrany slabších subjektů na trhu, které se ve svých obchodních vztazích se silnější protistranou mnohdy dostávaly do svízelných či dokonce neřešitelných situací. Nemohu se však zbavit dojmu, že tato nová právní úprava by našla z pohledu koncepčního a systematického lepšího uplatnění zapracováním do obchodního zákoníku či zákona o cenách než do zcela samostatné právní úpravy. ÚOHS by měl být v oblasti antitrustu ponechán výsostný dozor nad dohlížením na možné zneužití dominantního postavení, rozšíření jeho působnosti také na zneužití významné tržní síly považuji za zbytečné tříštění jeho sil.

⁷⁹⁴ Srov. slovenský z. č. 358/2003 Z. z., o obchodných reťazcoch, ve znění pozdějších předpisů, a ust. § 20 odst. 4 německého Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBI. I 1957, S. 1081.

⁷⁹⁵ Srov. např. bod 8 preambule Nařízení 1/2003.

Přehled použitých zkratek

ESD	Soudní dvůr Evropské unie
Komise	Evropská komise
KS	Krajský soud
Lisabonská smlouva	Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství
LPS	Listina základních práv a svobod
Nařízení 1/2003	Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy
Nařízení 4064/89	Nařízení Rady (EHS) č. 4064/89, o kontrole spojování podniků
Nařízení 139/2004	Nařízení Rady (ES) č.139/2004, o kontrole spojování podniků
NSS	Nejvyšší správní soud
NSÚ	národní soutěžní úřad
OHS	zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), v platném znění
OHS 1991	zákon č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů
OSŘ	zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, v platném znění

Rámcová směrnice	Směrnice č. 2002/21/ES o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (rámcová směrnice)
SES	Smlouva o založení Evropského Společenství
SESUO	Smlouva o založení Evropského Společenství uhlí a oceli
SFEU	Smlouva o fungování EU
ÚOHS	Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
ÚS	Ústavní soud
ZEK	zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích), v platném znění

Přehled použité literatury

1. Zkratky

CMLR	Common Market Law Review
ECLR	European Competition Law Review
ECJ	European Competition Journal
GCP	The Online Magazine for Global Competition Policy

2. Literatura

2.1 Knižní a časopisecká

- Albors-Llorens, A. (2007): The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82. *CMLR*, 2007, č. 6, s. 1727
- Van Bael & Bellis (2005): *Competition Law of the European Community. Handbook 1 vol.*, 4th Edition, Kluwer Law International, 1682 s., 2005
- Bejček, J. (1996): *Existenční ochrana konkurence*. Masarykova univerzita, Brno, 369 s., 1996
- Bělohávek, A. J. (2005): Novela zákona o cenách – nepřímá novelizace OHS? *Právní zpravodaj*, 2005, č. 11, s. 10
- Botteman, Y., Ewing, K. P. (2009): *Guidance on Enforcement Priorities Regarding Exclusionary Abuses: A Comparative Overview*. *GCP*, 2009, February 2009, Release One
- Dethmers, F., Dodoo, N. (2006): The Abuse of Hoffman-La Roche: The Meaning of Dominance under EC Competition Law. *ECLR*, 2006, č. 10, s. 537
- Dreher, M., Adam, M. (2007): Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law. *ECLR*, 2007, č. 4, s. 278
- First, H., Gavil, A. I. (2006): Re-framing Windows: The Durable Meaning of the Microsoft Antitrust Litigation, *Utah Law Review*, 2006

- Frankel, O. K. (1934): *The Curse of Bigness*, Miscellaneous Papers of Louis Brandeis, US Justice Louis D. Brandeis, 'The Living Law'. The Viking Press, New York, 1934
- Gutermuth, A. (2009): *Article 82 Guidance: A Closer Look at the Analytical Framework and the Paper's Likely Impact on European Enforcement Practice*, GCP, 2009, February 2009, Release One
- Janssens, T. (2009): *The Commission Guidance on Predation: A Cautious Step In the Right Direction?*, GCP, 2009, February 2009, Release One
- Joelson, M. R. (2006): *An International Antitrust Primer: A Guide to the Operation of United States, European Union and Other Key Competition Laws in the Global Economy*. Kluwer Law International, 739 s., 2006
- Katsoulacos, Y. (2009): *Some Critical Comments on the Commission's Guidance Paper on Art. 82 EC*. GCP, 2009, February 2009, Release One
- Killick, J., Assimakis, K. (2009): *Schizophrenia in the Commission's Article 82 Guidance Paper: Formalism Alongside Increased Recourse to Economic Analysis*. GCP, 2009, February 2009, Release One
- Korah, V. (2000): *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. 7th edition, Hart Publishing, Oxford, 2000
- Korah, V. (2007): *Competition Law and Economics, Part VII: Modernisation of Article 82 of the EC Treaty*, Chapter 17: *Modernisation of Article 82* in Abel M. Mateus, Teresa Moreira, *Competition Law and Economics*. International Competition Law Series Volume 31, Kluwer Law International, 2007, s. 301
- Langer, J. (2007): *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition Law*. International Competition Law Series, sv. 30, Kluwer Law International, 296 s., 2007
- Langer, J. (2008): *The Court of First Instance's Microsoft Decision: Just an Orthodox Ruling in an On-Orthodox Case* Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, Judgment of the European Court of First Instance of 17 September 2007, not yet published. *Legal Issues of Economic Integration*, Kluwer Law International. 2008, sv. 35, č. 2, s. 183

- Lowe, P. (2009): The European Commission Formulates its Enforcement Priorities as Regards Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings. GCP, 2009, February 2009, Release One
- Mertikopoulou, V. (2007): DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Economic reform from a Legal Point of View. ECLR, 2007, č. 4, s. 241
- Mezzanotte, F. E. (2009): Tacit Collusion as Economic Links in Article 82 Revisited. ECLR, 2009, č. 3, s. 137
- Monti, G. (2001): The Scope of Collective Dominance under Articles 82 EC, CMLR, 2001, č. 1, s. 131
- Monti, G. (2006): The Concept of Dominance in Article 82. ECJ, 2006, č. 2, s. 31
- Motta, M. (2000): EC Merger Policy and the Airtours Case, ECLR 2000, s. 199
- Niels, G., Jenkins, H. (2005): Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down, ECLR, 2005, č. 11, s. 605
- Pelikán, R. (2006): Jak je to s novelou zákona o cenách. Právní zpravodaj, 2006, č. 1, s. 15
- Petr, M. (2006): K uplatnění soutěžního práva v oblasti telekomunikací. Právní rozhledy, 2006, č. 3, s. 107
- Petr, M., Vavříček, V. (2006a): Úprava podnákladových cen v České republice. Právní fórum: český právníkový měsíčník, 2006, č. 10, s. 358
- Petr, M. (2007): Právní úprava tzv. ekonomické závislosti, Právní zpravodaj, 2007, č. 5, s. 5
- Petr, M. a kol. (2010): Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR, 1. vydání, Praha, C. H. Beck, 624 s., 2010
- Petr, M., Vavříček, V. (2006): Právní úprava ochrany hospodářské soutěže ve světle judikatury, Jurisprudence, 2006, č. 2, s. 58
- Petr, M., Vavříček, V. (2006a): Úprava podnákladových cen v České republice. Právní fórum: český právníkový měsíčník, 2006, č. 10, s. 358
- Ritter, L., Braun, W. D. (2004): European Competition Law: A Practitioner's Guide, 3rd Edition, Kluwer Law International, 1248 s., 2004
- Rizza, C. (2000): La Posizione Dominante Collettiva nella Giurisprudenza Comunitaria, Concorrenza e Mercato, č. 8, s. 509

- Sher, B. (2009): Leveraging Non-Contestability: Exclusive Dealing and Rebates under the Commission's Article 82 Guidance, GCP, 2009, February 2009, Release One
- Schumpeter, J. (1954): History of Economic Analysis, Oxford University Press, New York, 1954
- Stratakis, A. (2006): Comparative Analysis of the US and EU Approach and Enforcement of the Essential Facilities Doctrine. ECLR, 2006, č. 8, s. 434
- Stroux, S. (2004): US and EU Oligopoly Control. International Competition Law Series Vol. 14, 288 s., Kluwer Law International, 2004
- Subbioto, R., Snelders, R. (2008): Antitrust Developments in Europe 2007. Kluwer Law International, 252 s., 2008
- Sullivan, A. (1977): The Law of Antitrust, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 916 s., 1977
- Vecchi, T. (2008): Unilateral Conduct in an Oligopoly according to the Discussion Paper on Art. 82: Conscious Parallelism or Abuse of Collective Dominance? in José Rivas (ed), World Competition Law and Economic Review, svazek 31, č. 3, Kluwer Law International, 2008, s. 385
- Waller, S. W. (2006): Microsoft and Trinko: A Tale of Two Courts. Utah Law Review, 2006, s. 901

2.2 Publikace dostupné elektronicky

- Bejček, J. (2008a): Ekonomický redukcionismus a normativní individualismus v evropském soutěžním právu? <http://www.law.muni.cz/edicni/dp08/files/pdf/obchod/bejcek.pdf>
(naposledy navštíveno 31. 12. 2010)
- Hladká, L. (2009): Kolektivní dominance: <http://www.epravo.cz/top/clanky/kolektivni-dominance-55792.html>
(naposledy navštíveno 31. 12. 2010)

2.3 Publikace a oznámení Komise

Diskusní materiál k dominanci – Diskusní materiál Komise k aplikaci čl. 82 Smlouvy na vylučovací zneužívání dominantního postavení: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (naposledy navštíveno 31. 12. 2010)

Pokyny pro posuzování vylučovacích praktik: Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, ÚV C 45, 24. 2. 2009, s. 7

Pravidla týkající se SMP: Pravidla Komise týkající se analýzy trhu a posuzování SMP významné tržní síly v režimu komunitárního regulačního rámce elektronických komunikačních sítí a služeb, ÚV C 156, 11. 7. 2002, s. 5

Prezentace Komise věnovaná reformě čl. 102 SFEU: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html> (naposledy navštíveno 31. 12. 2010)

2.4 Publikace a oznámení ÚOHS

Aktuality ÚOHS:

<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/student-agency-dostala-pokutu-za-zneuziti-dominance/>

<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/predseda-uohs-rozhodne-o-rozkladu-student-agency/>

(naposledy navštíveno 31. 12. 2010)

Stanovisko k některým praktikám odběratelů zemědělských a potravinářských produktů:

<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/stanovisko-uohs-k-nekterym-praktikam-odberatelu-zemedelskych-a-potravinarskych-produktu/> (naposledy navštíveno 31. 12. 2010)

Zpráva ke druhému dni konání Svatomartinské konference 2009:

<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/k-nazorove-nejbohatsim-tematum-konference-patrila-problematika-vyznamne-trzni-sily/> (naposledy navštíveno 31. 12. 2010)

Zpráva ke Konferenci o zákonu o významné tržní síle:

<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/vyznamna-trzni-sila-vyvolala-podle-ocekavani-rozsahlou-diskuzi/>

(naposledy navštíveno 31. 12. 2010)

Zpráva o zřízení odborné skupiny k zákonu o významné tržní síle:

<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/uohs-iniciativne-zridil-odbornou-skupinu-k-zakonu-o-vyznamne-trzni-sile/>

(naposledy navštíveno 31. 12. 2010)

2.5 Další publikace a oznámení

Stenopisy a sněmovní tisky Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky:

<http://www.psp.cz/sqw/hp.sqw?k=30> (naposledy navštíveno 31. 12. 2010)

Zpráva ke zneužívajícímu jednání: U.S. Dep't of Justice, Competition and Monopoly:

Single-firm conduct under section 2 of the Sherman Act (Sept. 8, 2008):

<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm> (naposledy navštíveno 31.

12. 2010)

Aktuality: <http://aktualne.centrum.cz/ekonomika/nakupy/clanek.phtml?id=67786>

(naposledy navštíveno 31. 12. 2010)

3. Judikatura

3.1 Rozsudky ESD

6/72 Continental Can, [1973] ECR 215

6/73 a 7/73 Commercial Solvents, [1974] ECR 223

40/73 Suiker Unie, [1975] ECR 1663

127/73 BRT a SABAM, [1974] ECR 51

127/73 BRT a SABAM II, [1974] ECR 313

155/73 Sacchi, [1974] ECR 409

26/75 General Motors, [1975] ECR 1367

27/76 United Brands, [1978] ECR 207

85/76 Hoffmann-La Roche, [1979] ECR 461
13/77 INNO, [1977] ECR 2115
77/77 BP, [1978] ECR 1513
22/78 Hugin, [1979] ECR 1868
22/79 Greenwich Film, [1979] ECR 3275
62/79 Coditel a další, [1980] ECR 881
100 až 103/80 SA Musique Diffusion française, [1983] ECR 1825
172/80 Züchner, [1981] ECR 201
322/81 Michelin, [1983] ECR 3461
228 a 229/82 Ford, [1984] ECR 1129
298/83 CICCE, [1985] ECR 1105
75/84 SABA II, [1986] ECR-3021
226/84 British Leyland, [1986] ECR-3263
311/84 CLT, [1985] ECR-3261
402/85 SACEM, [1987] ECR-1747
62/86 AKZO, [1991] ECR I-3359
66/86 Ahmed Saeed, [1983] ECR 803
247/86 Alsatel, [1988] ECR 5987
30/87 Bodson, [1988] ECR 2479
46/87 a 227/88 Hoechst, [1989] ECR 2859
53/87 Renault, [1988] ECR 6039
238/87 Volvo, [1988] ECR 6221
395/87 Tournier, [1989] ECR 2521
110/88 SACEM II, [1989] ECR 2811
C-41/90 Höfner, [1991] ECR I-1979
C-179/90 Port of Genoa, [1991] ECR I-5889
C-373/90 X, [1992] ECR I-131
C-241/91 P a C-242/91 P Magill, [1995] ECR I-743
C-53/92 P Hilti, [1994] ECR I-667
C-250/92 Gøttrup-Klim, [1994] ECR I-5641
C-68/94 a C-30/95 Kali & Salz, [1998] ECR I-1375
C-140, 141 a 142/94 DIP/LIDL, [1995] ECR I-3257

C-333/94 P Tetra Pak II, [1996] ECR I-5951
C-359 a 379/95 P Ladbroke Racing, [1997] ECR I-6265
C-395/96 P a C-396/96 P Cewal, [2000] ECR I-1365
C-7/97 Bronner, [1998] ECR I-7791
C-147 a 148/97 Deutsche Post, [2000] ECR I-825
C-344/98 Masterfoods, [2000] ECR I-11369
C-163/99 Portugalsko v. Komise, [2001] ECR I-2613
C-309/99 Wouters, [2002] ECR-1577
C-204, 205, 211, 213, 217 a 219/00 P Aalborg Portland, [2004] ECR I-123
C-82/01 P Letiště Paříž, [2002] ECR I-9297
C-418/01 IMS Health, [2004] ECR I-5039
C-53/03 Syfait, [2005] ECR I-4609
C-552/03 P Unilever Bestfoods, [2006] ECR I-9091
C-95/04 P British Airways, [2007] ECR I-2331
C-413/06 P IMPALA, [2008] ECR I-4951
C-468/06 až C-478/06 Sot. Lélos kai Sia, [2008] ECR I-7139
C-52/07 Kanal 5 a TV 4, [2008] ECR I-9275
C-113/07 P SELEX, [2009] ECR I-2207
C-202/07 P France Télécom, [2009] ECR I-2369
C-385/07 P Der Grüne Punkt, [2009] ECR I-6155
C-280/08 P Deutsche Telekom, dosud nepublikováno

3.2 Rozsudky Tribunálu

T-30/89 Hilti, [1991] ECR II-1439
T-51/89 Tetra Pak, [1990] ECR II-309
T-65/89 British Plaster Board, [1993] ECR II-389
T - 68/89, T - 77/89 a T 78/89 Flat Glass, [1992] ECR II-1403
T-83/91 Tetra Pak II, [1994] ECR II-755
T-504/93 Tiérce Ladbroke, [1997] ECR II-923
T-548/93 Ladbroke Racing, [1995] ECR II-2565
T-229/94 Deutsche Bahn, [1997] ECR II-1689

T-25 a další/95 Aalborg Portland, [2000] ECR II-491
T-110/95 IECC, [1998] ECR II-3605
T-102/96 Gencor, [1999] ECR II-753
T-111/96 ITT Promedia, [1998] ECR II-2937
T-228/97 Irish Sugar, [1999] ECR II-2969
T-65/98 Van den Bergh Foods, [2003] ECR II-4653
T-128/98 Letiště Paříž, [2000] ECR II-3929
T-191 a 212 až 214/98 Atlantic Container Line, [2003] ECR II-3275
T-219/99 British Airways, [2003] ECR II-5917
T-342/99 Airtours, [2002] ECR II-2585
T-44/00 Mannesmannröhren-Werke, [2004] ECR II-2223
T-67/00, T-68/00, T-71/00 a 78/00, JFE Engineering, [2004] ECR II-2501
T-151/01 Der Grüne Punkt, [2007] ECR II-1607
T-203/01 Michelin II, [2003] ECR II-4071
T-210/01 General Electric, [2005] ECR II-5575
T-271/03 Deutsche Telekom, [2008] ECR II-477
T-340/03 France Télécom, [2007] ECR II-107
T-410/03 Hoechst, [2004] ECR II-4451
T-155/04 SELEX, [2006] ECR II-4797
T-201/04 Microsoft, [2007], ECR II-3601
T-301/04 Clearstream, [2009] ECR II-3155
T-340/04 France Télécom, [2007] ECR II-573
T-464/04 IMPALA, [2006] ECR II-2289
T-321/05 AstraZeneca, dosud nepublikováno
T-155/06 Tomra Systems, dosud nepublikováno
T-286/09 Intel, řízení probíhá

3.3 Rozhodnutí Komise

Rozhodnutí Komise ze dne 2. 1. 1973 European Sugar Industry (IV/26.918),
73/109/EHS, ÚV L 140, 26. 5. 1973, s. 17

Rozhodnutí Komise ze dne 29. 7. 1987 BBI/Boosey & Hawkes (IV/32.279 – předběžné opatření), 87/500/EHS, ÚV L 286, 9. 10. 1987, str. 36

Rozhodnutí Komise dne 22. 12. 1987 Hilti (IV/30.787 a 31.488), 88/138/EHS, ÚV L 65, 11. 3. 1988, s. 19

Rozhodnutí Komise ze dne 18. 7. 1988, Napier Brown/British Sugar (IV/30.178), 88/518/EHS, ÚV L 284, 19. 10. 1988, str. 41

Rozhodnutí Komise ze dne 26. 7. 1988 Tetra Pak I (IV/31.043), 88/501/EHS, ÚV L 272, 4. 10. 1988., s. 27

Rozhodnutí Komise ze dne 7. 12. 1988 Flat Glass (IV/31.906), 89/93/EHS, ÚV L 33, 4. 2. 1989, s. 44

Rozhodnutí Komise ze dne 26. 2. 1992 British Midland/Aer Lingus (IV/33.544), 92/213/EHS, ÚV L 96, 10. 4. 1992, str. 34

Rozhodnutí Komise ze dne 22. 7. 1992 Nestlé/Perrier (IV/M.190), 92/553/EHS, ÚV L 356, 5. 12. 1992, str. 1

Rozhodnutí Komise ze dne 14. 12. 1993 Kali & Salz (IV/M.308), 94/449/ES, ÚV L 186, 21. 7. 1994, str. 38

Rozhodnutí Komise ze dne 21. 12. 1993 Sea Containers/Stena Sealink (IV/34.689 – předběžné opatření), 94/19/ES, ÚV L 15, 18. 1. 1994, str. 8.

Rozhodnutí Komise ze dne 21. 12. 1993 Rødby, 94/119/ES, ÚV L 55, 26. 2. 1994, str. 52

Rozhodnutí Komise ze dne 24. 4. 1996 Gencor (IV/M.619), 97/26/ES, ÚV L 11, 14. 1. 1997, str. 30

Rozhodnutí Komise ze dne 14. 5. 1997 Irish Sugar (IV/34.621, 35.059/F-3), 97/624/ES, ÚV L 258, 22. 9. 1997, str. 1

Rozhodnutí Komise ze dne 16. 9. 1998, Trans-Atlantic Conference Agreement (IV/35.134), 1999/243/ES, ÚV L 95, 9. 4. 1999, str. 1

Rozhodnutí Komise ze dne 14. 7. 1999 British Airways (IV/D-2/34.780), 2000/74/ES, ÚV L 30, 4. 2. 2000, s. 1

Rozhodnutí Komise ze dne 22. 9. 1999 Airtours (IV/M.1524), 2000/276/ES, ÚV L 93, 13. 4. 2000, s. 1

Rozhodnutí Komise ze dne 13. 12. 2000 Soda ash-Solvay (COMP/33.133-C), 2003/6/ES, ÚV L 10, 15. 1. 2003, s. 10

Rozhodnutí Komise ze dne 21. 5. 2003 Deutsche Telekom (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579), 2003/707/ES, ÚV L 263, 14. 10. 2003, s. 9

Rozhodnutí Komise ze dne 16. 7. 2003 Wanadoo (COMP/38.233), dosud nepublikováno

Rozhodnutí Komise ze dne 24. 5. 2004 Microsoft (COMP/C 3.37.792), 2007/53/ES, ÚV L 32, 6. 2. 2007, s. 23

Rozhodnutí Komise ze dne 22. 6. 2005 Coca-Cola (COMP/A.39.116/B2), 2005/670/ES, ÚV L 253, 29. 9. 2005, str. 21

Rozhodnutí Komise ze dne 4. 7. 2007 Wanadoo España (COMP/38.784), ÚV C 83, 2. 4. 2008, s. 6

Rozhodnutí Komise ze dne 13. 5. 2009 Intel (COMP/C-3/37.790), ÚV C 227, 22. 9. 2009, s. 13

Rozhodnutí Komise ze dne 16. 12. 2009 Microsoft (COMP/C-3/39.530 – vázaný prodej), ÚV C 36, 13. 2. 2010, s. 7

3.4 Rozhodnutí českých soudů

Nález ÚS ze dne 29. 5. 1997, sp. zn. III. ÚS 31/97 (Škoda automobilová)

Nález ÚS ze dne 11. 7. 2007, sp. zn. II. ÚS 192/05 (Telefónica O2)

Rozsudek NSS ze dne 21. 4. 2004, sp. zn. 6 A 45/2000

Rozsudek NSS ze dne 25. 8. 2004, sp. zn. 6 A 104/2000

Rozsudek NSS ze dne 21. 12. 2004, sp. zn. 2 A 12/2002-OL (Eurotel)

Rozsudek NSS ze dne 28. 1. 2005, sp. zn. 2 A 13/2002 (T-Mobile)

Rozsudek NSS ze dne 31. 1. 2007, sp. zn. 7 Afs 40/2007 (SAZKA)

Rozsudek NSS ze dne 4. 7. 2008, sp. zn. 7 As 58/2006 (UPC)

Rozsudek NSS ze dne 28. 7. 2008, sp. zn. 8 Afs 57/2007 (ČESKÝ TELECOM cenové plány)

Rozsudek NSS ze dne 30. 7. 2009, sp. zn. 8 Afs 16/2007 (ČESKÝ TELECOM)

Usnesení NSS ze dne 18. 12. 2007, sp. zn. Komp 3/2006

Rozsudek VS v Olomouci ze dne 11. 9. 1997, sp. zn. 2A 5/97 (Česká spořitelna)

Rozsudek VS v Olomouci ze dne 4. 12. 1997, sp. zn. 2 A 9/97 (Vodárny a kanalizace)
Rozsudek VS v Olomouci ze dne 9. 4. 1998, sp. zn. 2 A 12/97 (Znojmia)
Rozsudek VS v Praze ze dne 29. 1. 1999, sp. zn. 6 A 78/95 (Jihočeský chovatel)
Rozsudek VS v Olomouci ze dne 15. 5. 2001, sp. zn. 2 A 10/2000 (ČESKÝ
TELECOM)
Rozsudek VS v Olomouci ze dne 23. 10. 2001, sp. zn. 2 A 3/2001 (ČEZ)

Rozsudek KS v Brně ze dne 31. 1. 2006, sp. zn. 31 Ca 44/2003 (UPC)
Rozsudek KS v Brně ze dne 11. 4. 2006, sp. zn. 31 Ca 142/2005 (Teplárenská
společnost Hlinsko)
Rozsudek KS v Brně ze dne 30. 11. 2006, sp. zn. 31 Ca 133/2005 (SAZKA)
Rozsudek KS v Brně ze dne 6. 4. 2007, sp. zn. 62 Ca 27/2006 (ČSAD Liberec)
Rozsudek KS v Brně ze dne 15. 9. 2009, sp. zn. 62 Ca 35/2008 (Linde Gas)

3.5 Rozhodnutí ÚOHS

Rozhodnutí ÚOHS ze dne 2. 3. 2004, sp. zn. S 251/03 (Konzumní brambory)
Rozhodnutí ÚOHS ze dne 13. 12. 2005, sp. zn. S 16/05 (Bankovní kartel)
Rozhodnutí ÚOHS ze dne 19. 12. 2006, sp. zn. S 67/04 (Kartel stavebních spořitelén)
Rozhodnutí ÚOHS ze dne 24. 6. 2009, sp. zn. S 52/2009 (RWE Transgas quiet life)
Rozhodnutí ÚOHS ze dne 15. 12. 2009, sp. zn. S 69/2008 (Czech Coal)
Rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 9. 5. 2002, sp. zn. R 16/2001 (RadioMobil)
Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 18. 4. 2007, sp. zn. R 161/04 (Kartel stavebních
spořitelén)
Rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 6. 5. 2009, sp. zn. R 155/09 (České dráhy)

3.6 Rozsudky federálních soudů USA

Rozsudek Nejvyššího soudu United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966)
Rozsudek federálního odvolacího soudu United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34,
59 (D.C. Circ. 2001)

Rozsudek Nejvyššího soudu USA Verizon Communications Inc. v. Law Offices of
Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004)

Resumé

The purpose of my thesis is to analyse dominant position and its abuse in the Czech and European Community law, on the grounds of comparative basis. The reason for my research is to elaborate on the topic of dominant position and its abuse with regard to new practice of the courts and to take a closer look at reform of competition law in the field of Article 102 Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter only the “TFEU”).

The thesis is based on seven fundamental chapters, each of them dealing with different aspects of dominant position and its abuse or its relation to similar categories like economic position and significant market power.

I start my thesis with Introduction, describing opening thoughts, basic terminology used in the thesis, methodology and structure of the thesis.

Chapter One focuses on the dominant position. The chapter is subdivided into three parts. Part One analyzes the notion of dominant position in general. Part Two deals with dominant position as it follows from the European Community law, whereas Part Three addresses the issue of dominant position from perspective of the Czech law.

Chapter Two examines collective dominant position. The chapter consists of three parts. Part One focuses on collective dominance in the European Community law and is divided into two subparts dealing with economic relations and other basic principles of the concept of collective dominance. Part Two investigates collective dominance as it is addressed in the Czech law. Finally, Part Three is related to oligopolies.

Chapter Three is subdivided into two parts and provides complex clarification of the abuse of dominant position concept, including both “simple” and collective dominant position, again structured into two parts. Part One illustrates the approach of European Community law from various points of view (e. g. starting with general thoughts and so called general clause of abuse, continuing with general overview of particular types of abuse, relation between Articles 101 and 102 TFEU and ending with exemptions of application of Article 102 TFEU and abuse of collective dominant position). Part Two seeks to emphasize differences between old and new Czech principle governing abuse of dominant position, fundamental relation between the

general clause of abuse and individual types of abusive conduct and harm caused by the abusive conduct, closing with notes on abuse of collective dominant position.

Chapter Four briefly reviews concept of monopoly position and its abuse in the antitrust law of the United States of America.

Chapter Five concentrates on recent developments in the field of the dominant position and its abuse, namely so called economic and effect-based approach. In the last years the European Commission put a lot of effort to bring this approach into life in all areas of antitrust law. It has started so called reform of the antitrust law. Therefore, I found useful to illustrate fundamentals and possible impact of economic and effect-based approach on previous concepts of dominant position and its abuse as well as on previous practice of the courts. Chapter Five comprises of three parts dealing with the concept of more economic and effect-based approach in general (Part One), its introduction presented in *Discussion paper on dominance* (Part Two) and further developments in the *Commission's Guidance Paper on Art. 102 TFEU* (Part Three).

After more or less theoretical discourse on the topic of this thesis, Chapter Six shows description of different examples of abusive conduct, which can be found in both European and Czech practice. The Chapter starts with common introductory part (Part One), followed with examples of imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions (Part Two), limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers (Part Three), applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage (Part Four), tying and bundling (Part Five), exclusive agreements and fidelity rebates (Part Six) and abuse of intellectual property rights (Part Seven). Part Eight, in the light of the economic and effect-based approach, comments on a Czech court's decision dealing with abuse of dominant position.

Chapter Seven, led by the intent to achieve the global description of allowed or not allowed ways of power market's use, analyzes concepts of (i) economic position and its abuse (Part One), (ii) economic dependency (significant market power) and its abuse (Part Two) and (iii) significant market power in the telecommunication sector (Part Three).

I end my thesis my conclusion which follows Chapter Seven. The main aim of the thesis, it means to summarize all important facts and ideas which relate to the

concepts of single/collective dominant position and its abuse in the European Community law and the Czech law, by the means of comparative method, has been achieved. My thesis documents that, in regard to dominant position and its abuse, the Czech antitrust law follows, step by step, the European Community law and that the aims of the European and the American law system are the same. In my thesis, I'm rather sceptical, as far as the reform of competition law in the field of Art. 102 TFEU is concerned. I'm afraid, we may experience too much economics to law "detriment" in the future competition law. My thesis recognizes that the abuse of dominant position is not the only form of unlawful use of market power, but it still has the most significance as far as abuse of economic position, economic dependency or significant market power are in question. Again, I'm rather sceptical about introduction of significant market power and its abuse it into the Czech law system and entrusting the Czech antimonopoly office with competence to deal with it.

Klíčová slova

Dominantní postavení/Dominant position

Zneužití/Abuse

Abstrakt

Tato rigorózní práce zpracovává téma dominantního postavení a jeho zneužití v českém a komunitárním právu, a to na komparativní bázi. Analyzuje a komentuje novou, relevantní judikaturu a přibližuje reformu soutěžního práva na poli čl. 102 SFEU. V zájmu komplexního nastínění popisované problematiky stručně pojednává o konceptech hospodářského postavení, ekonomické závislosti, resp. významné tržní síly a jejich zneužívání a seznamuje také s konceptem monopolního postavení a jeho zneužití v antitrustovém právu Spojených států amerických.

This thesis addresses dominant position and its abuse in the Czech and in the European Community law, by the means of comparative method. Analyzes and comments on new, relevant courts practice and takes a closer look at reform of the competition law in the field of Art. 102 TFEU. For the sake of the global description of topic in question, the thesis briefly mentions concepts of economic position, economic dependency (significant market power) and their abuse and also presents concept of monopoly position and its abuse in antitrust law of the United States of America.