

Univerzita Karlova v Praze

Právnická fakulta

Katedra Evropského práva

RIGORÓZNÍ PRÁCE

**EKONOMICKÁ A PRÁVNÍ ANALÝZA
HORIZONTÁLNÍCH KARTELOVÝCH DOHOD**

Mgr. Jiří Konečný

Únor 2007

**Prohlašuji, že jsem tuto rigorózní práci zpracoval samostatně a že jsem vyznačil
prameny, z nichž jsem pro svou práci čerpal, způsobem ve vědecké práci
obvyklým.**



.....

Mgr. Jiří Konečný

EKONOMICKÁ A PRÁVNÍ ANALÝZA
HORIZONTÁLNÍCH KARTELOVÝCH DOHOD

OBSAH

I. ÚVOD.....	1
1. Obecný úvod.....	1
2. Cíl a struktura práce, použité metody a definice	2
3. Evropské soutěžní právo v České republice a současné Evropě	3
II. KARTELY A EKONOMIE V EVROPĚ – HISTORICKÝ EXKURS	6
1. Vliv římského práva	6
2. Kapitalismus a Evropa před první světovou válkou.....	7
3. Kartelové prostředí v Rakousku-Uhersku	9
4. Německo na přelomu 19. a 20. století	11
5. První speciální kartelové zákony v Evropě	14
6. Československý kartelový zákon	16
7. Francie	18
8. Velká Británie.....	19
9. Poválečný vývoj kartelového práva v Evropě do přijetí Smlouvy o ES	20
10. Amerika jako vzor	21
III. EKONOMICKÁ TEORIE KONKURENCE	24
1. Keynesova kritika laissez-faire.....	24
2. Ordoliberalismus jako základ pro moderní kartelové právo	25
3. Chicagská a Harvardská škola.....	27
4. Ideál dokonalé konkurence.....	28
5. Monopol	31
6. Monopolistická konkurence	32
7. Realita: Oligopol, nedokonalá konkurence	32
8. Přijatelná konkurence a právo hospodářské soutěže	34
9. Tržní síla.....	35
10. Kartelové stimuly	39

IV. EKONOMICKÁ ANALÝZA V ROZHODOVACÍ PRAXI	43
1. Analýza.....	43
2. Vliv rozhodnutí o kartelu na soutěžitele.....	46
3. Relevantní trh	49
V. PLATNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA V EU	54
1. Smlouva o ESUO – první evropská kartelová norma	54
2. Základní pojmy článku 81 Smlouvy o ES.....	55
3. Generální klauzule – koncept dohody	57
4. Generální klauzule – vyloučení, omezení nebo narušení soutěže na společném trhu	60
5. Individuální výjimky	65
6. Blokové výjimky	67
7. Pravidlo de minimis.....	68
VI. HORIZONTÁLNÍ KARTELY.....	70
1. Dohody o cenách	71
2. Dohody o omezení nebo kontrole výroby a odbytu,	73
3. Dohody o rozdělení trhu.....	74
4. Dohody o specializaci.....	76
5. Dohody o výzkumu a vývoji a poskytování technologií.....	78
6. Dohody o standardizaci	82
7. Dohody o výměně informací	83
8. Dohody o společném nákupu	85
9. Dohody o komercializaci.....	86
10. Další typy dohod.....	88
VII. ZÁVĚR.....	90
X. SEZNAM LITERATURY A DALŠÍCH PRAMENŮ	93
1. Použitá literatura.....	93
2. Odborné časopisy	95
3. Internet.....	96

I. ÚVOD

1. Obecný úvod

Ústředním tématem této diplomové práce je kartelové právo jako součást práva hospodářské soutěže. Na rozdíl od tradičních a obecných oborů práva, jejichž rozvoj probíhal většinou postupně po dlouhá staletí, soutěžní právo vznikalo a vzniká impulzivně, motivováno potřebou reagovat na stále rychlejší vývoj ekonomik, světových či lokálních, a dá se říci, že tempo jeho rozvoje stále akceleruje. Jeho vazba na hospodářství je ve srovnání s jinými obory neobvykle oboustranná a přímá: Právní úprava hospodářské soutěže vychází z výsledků pohybů a situace na trhu, s cílem tuto situaci nějakým způsobem usměrňovat; změny v právní úpravě se pak promítají do ekonomického chování subjektů na trhu fungujících. Těžko bychom hledali podnikatele, který by soutěžní právo mohl úplně přehlížet – na většině trhů funguje alespoň nějaká míra konkurence a vzájemné působení soutěžitelů tvoří páteř ekonomik. Povinnosti ukládané v oblasti kartelů, spojování soutěžitelů, státních dotací a veřejných zakázek tak spoluutvářejí realitu dnešní ekonomické praxe.

Vzhledem k úzkému spojení soutěžního práva a ekonomiky je jasné, že legislativu výrazně ovlivňují ekonomické teorie. Hrají totiž roli jakéhosi můstku mezi soutěžním právem a hospodářstvím, skrze ně zákonodárce vnímá výsledky ekonomiky a z nich pak čerpá podklady pro (v jeho domněn) ideální regulaci. Teorie dokonalé konkurence, které bude ještě věnováno dost prostoru níže, může být dokladem toho, že i samotné kořeny soutěžního práva tkví v ekonomické teorii.

Paradox soutěžního práva v kontextu jeho ekonomických základů, kterého se tato práce bude v celém svém průběhu dotýkat, tkví v konfliktu zákonodárce jakožto regulátora, vedeného makroekonomickými cíli, s konkrétními zájmy (mikro) ekonomických subjektů. Premisa, že prospěch hospodářství jako celku musí být ku prospěchu i jednotlivým podnikatelům, v řeči evropského zákona „podnikům“¹, a v podmínkách horizontálních kartelových dohod pak konkurentům (podnikům působícím na stejné úrovni trhu, definice je rozebírána níže), totiž může být zpochybněna odkazem na nadřazenost principu volného trhu a svobody podnikání. V jiném úhlu pohledu, bližším konkrétním otázkám soutěžního práva, jde na straně jedné o konflikt snahy o eliminaci

¹ „undertaking“

tržní síly jednotlivých subjektů na trhu (tak, aby konkurence byla co největší) a přirozené snahy daných subjektů o prosperitu, získání tržní síly a následně zisku na straně druhé. Protože je samozřejmě obtížné či spíše nemožné váhu těchto základních axiomů poměřovat, bude nutné podrobit je zkoumání zesponu, při analýze konkrétních jednání soutěžitelů.

2. Cíl a struktura práce, použité metody a definice

Hlavním cílem této práce je popis současné právní úpravy horizontálních kartelových dohod v právu Evropské unie (dále i jen „EU“) ve vzájemné interakci s ekonomickými principy, které toto právo ovlivňují. Pozornost bude věnována jak právu primárnímu a sekundárnímu, tak judikatuře Evropského soudního dvora včetně Soudu první instance, která toto právo dotváří.

Co se týče definice horizontálních dohod, můžeme začít u Oznámení Komise – Pokyny k aplikaci čl. 81 Smlouvy o ES na smlouvy o horizontální spolupráci²:

K spolupráci horizontální povahy dochází v případě, že jsou dohody nebo jednání ve shodě realizovány na stejné úrovni trhu; většinou se jedná o spolupráci mezi soutěžiteli.

Podrobněji se však definici horizontálních dohod věnuje tato práce níže.

Zkoumán bude vliv ekonomie na jednotlivé části předmětné právní úpravy, s akcentem na použití ekonomických postulátů při aplikaci práva hospodářské soutěže na konkrétní horizontální kartelové dohody, a to jak v rovině obecné, při posuzování náležitostí společných všem horizontálním kartelovým dohodám, tak v rovině zvláštní, tedy s přihlédnutím k jednotlivým typům ujednání, na něž se právní úprava vztahuje.

Tato práce se v zásadě nezabývá procesními otázkami soutěžního práva, v určitých pasážích se však samozřejmě přesahy a exkursy do procesního práva objevují, neboť právě režim uplatňování soutěžního práva může mít a má významný vliv na chování podniků v konfrontaci se soutěžním právem.

Po úvodních odstavcích zabývajících se problematikou této práce obecně jsem se v druhé kapitole zaměřil na historický výklad ukazující vývoj právní úpravy kartelových dohod, v pozdějších fázích s detailnějším popisem situace v Evropských společenstvích, včetně historie úpravy kartelů. Prostor je věnován rovněž nástinu hospodářských

² Commission notice: Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements, OJ 2001/C 3/02, čl. 1, bod 1.1

poměrů, které soutěžní právo v historii utvářely. Třetí kapitola se v návaznosti na historický výklad zabývá ekonomickou teorií, která je pro právo hospodářské soutěže relevantní, jak z pohledu historického (tedy s popisem škol ekonomického myšlení, které se teorií konkurence nejnámenněji zabývaly), tak z pohledu čistě praktického, aplikací základních ekonomických postulátů na hospodářskou soutěž. Čtvrtá kapitola se věnuje praktickému využívání ekonomických teorií při aplikaci soutěžních norem a zároveň rozebírá některé aspekty ingerence soutěžního práva a rozhodování do hospodářského života podniků. Od ekonomického myšlení se pak již dostáváme k platné právní úpravě, pátá kapitola pojednává o evropském kartelovém právu, vycházejícím z čl. 81 Smlouvy o ES a dotvářeným sekundárními normami, pokyny a dalšími předpisy vydávanými Komisí bez přímé obecné právní závaznosti a dále pak judikaturou Evropského soudního dvora a Soudu první instance. Pro potřeby analýzy horizontálních kartelů budou stručně rozebrány základní pojmy a ustanovení evropského soutěžního práva a jejich výklad a aplikace ze strany Komise, Evropského soudního dvora a Soudu první instance. Kapitola šestá je již onou „zvláštní částí“ této rigorózní práce, neboť dále člení a analyzuje jednotlivá typická protisoutěžní ustanovení horizontálních dohod, přičemž základní důraz je kladen na ekonomický aspekt a dopad předmětných smluv. Pro názornost jsou uváděny příklady judikatury a zároveň Závěrečné shrnutí a obecnější pohled na problematiku a perspektivy regulace hospodářské soutěže jsou obsaženy v kapitole sedmé.

Co se týče metod použitých při tvorbě této rigorózní práce, je na prvním místě samozřejmě nutno jmenovat analýzu a kompilaci odborných publikací a článků kapacit v dané oblasti, jak ze strany práva, tak z pohledu ekonomie. Důležitou složkou této práce je studium rozhodnutí publikovaných Evropskou Komisí, judikatury Evropského soudního dvora a Soudu první instance, Úřadu jakož i uvádění názorů evropské a české jurisprudence atd.

3. Evropské soutěžní právo v České republice a současné Evropě

Česká právní úprava soutěže, dovolíme-li si ještě po vstupu do EU o české právní úpravě vůbec hovořit, má některá další specifika, kterých se pokusím v dalším výkladu

dotknout. Zejména půjde o vztah soutěžního práva a transformující se ekonomiky³ a dále pak o adaptaci vyvíjejícího se národního právního odvětví na standardy již relativně velmi zralého a vyspělého soutěžního práva Evropských společenství. Přestože tedy bude ve většině následujícího textu týkajícího se České republiky řeč o předpisech odvozených od předpisů komunitárních a nebo přímo na komunitární právo, chtěl bych se pokusit reflektovat i národní stránku věci, ať už v historickém exkursu či v částech věnujících se platnému právu.

Již v úvodu by bylo dobré zmínit alespoň několik základních přínosů, které může pro české hospodářství v posledních fázích procesu transformace na tržní hospodářství znamenat dobře fungující soutěžní právo:

- Podpora zdravého fungování hospodářství a konkurence je důležitá pro rozvoj demokracie jako takové, lepší rozdělování důchodu v rámci společnosti, potírání korupce apod.
- Soutěžní právo je nesmírně důležité pro podporu středního a malého podnikání, které by mělo tvořit základní pilíř ekonomiky a které v postkomunistické zemi muselo být vybudováno prakticky z ničeho.
- Soutěžní právo musí postupovat v souladu s privatizačním procesem. Je pravděpodobné, že kdyby proběhnuvší privatizace měla více na zřeteli některé premisy soutěžního práva, mohlo se zabránit některým jejím negativním výsledkům.
- Obecným pravidlem by také mělo být, že účinná ochrana hospodářské soutěže zajišťuje, aby nejefektivnější subjekty na trhu prosperovaly, zejména pak na úkor větších, ale v jádru méně efektivních soutěžitelů, kteří by jinak k udržení svého podílu na trhu využívali metod soutěžním právem postihovaných. Ve finále by pak národní ekonomika jako celek měla být více konkurenceschopná ve srovnání s okolními zeměmi.

Domnívám se, že při správné a důsledné aplikaci a zejména při náležitém sledování chování podniků na trhu, může působnost evropského soutěžního práva s jeho propracovaností a komplexností výše naznačené cíle českému hospodářství přiblížit.

³ Ačkoliv transformační povaha českého hospodářství se projevuje spíše než v kartelovém právu, kterého se týká tato práce, v dalších odvětvích soutěžního práva v širokém slova smyslu, tedy v oblasti státních podpor a v menší míře též spojování soutěžitelů a veřejných zakázek.

Většina evropských ekonomik, zejména pak ekonomiky největší a tradičně nejsilnější v čele se Spolkovou republikou Německo a Francií, prochází v počátku 21. století jistou formou recese spočívající zejména v nízkém růstu ekonomiky a vysoké nezaměstnanosti. Soutěžní právo by pak obdobně jako u transformujících se ekonomik mělo být jedním z nástrojů, jejichž správné fungování napomůže překonání nezdravého vývoje hospodářství v zemích EU, a to právě prostřednictvím výše uvedených principů.

II. KARTELY A EKONOMIE V EVROPĚ – HISTORICKÝ EXKURS

1. Vliv římského práva

Kontinentální civilně-právní myšlení bylo a je ovlivněno římským právem a vyvíjeno na jeho základech. Římské právo tak mělo značný dopad na velké občanskoprávní kodifikace devatenáctého století a utváření právního vědomí národů kontinentální Evropy a její jurisprudence. Z pohledu práva ovlivňujícího hospodářskou soutěž byly významné zejména tři doktríny římského práva:

- Princip spravedlivé ceny:

Pro každou obchodní transakci existuje podle římského práva jisté rozmezí, ve kterém je možné považovat sjednanou cenu za spravedlivou. Pokud se cena tomuto rozmezí vymyká, je třeba ji považovat za nespravedlivou, což má v římském právu za následek neplatnost celé dohody.

Ačkoliv tento princip jako takový již (zejména mluvíme-li o obchodním právu) není obecně v právních řádech evropských zemí užíván, měl – samozřejmě ve spojení s křesťanskou, zejména katolickou tradicí – značný vliv na právní myšlení. V soutěžním právu pak jeho odrazy vidíme zejména v otázkách dominantního postavení, kde „nespravedlivá cena“ může být zásadním indikátorem zneužití dominance. Ale i v kartelovém právu, na které se zaměřuje tato práce, je možné jeho vliv vystopovat: Považujeme-li totiž určení cen kartelovou smlouvou za jedno z nejtěžších provinění proti hospodářské soutěži, je to proto, že cenu má stanovit trh na základě střetu nabídky a poptávky⁴; je-li cena stanovena jinak, považujeme ji za stanovenou uměle, v případě kartelu pak obvykle na úkor spotřebitelů a v delším horizontu na úkor konkurence, což je chápáno jako nesprávné – viz níže.

- Princip zákazu zneužití slabosti či nouze druhé strany:

Tento princip je dosud uplatňován zejména v zemích s kontinentální právní tradicí⁵.

Nahlížíme-li na vztahy mezi jednotlivými účastníky na trhu, projevuje se zejména v právní úpravě zákazu zneužití dominantního postavení podle čl. 82 Smlouvy o ES,

⁴ Byť v praxi je způsobů tvorby ceny v mikroekonomické praxi mnoho, platí, že pokud nereflktují vztah mezi nabídkou a poptávkou, pak buď podnik prodělává (cena je nižší), a nebo jsou jeho výrobky neprodejně (cena je vyšší).

⁵ Země angloamerické právní tradice (common law) tento princip s výjimkou práva na ochranu spotřebitele v zásadě neuvádějí.

případně v konceptu „klíčových zařízení“⁶. V poslední době se navíc v některých zemích EU začíná vedle tradičních nástrojů kartelového práva v některých národních právních řádech objevovat i skutková podstata tzv. zneužití ekonomické síly. Ta spočívá v definování a zákazu resp. jiném omezení jednání soutěžitelů, kteří, ačkoliv nenaplní předpoklady pro dominanci, uplatňují vůči svým ekonomicky slabším obchodním partnerům nevyvážené a jednostranně nevýhodné obchodní podmínky. Obvykle se však jedná o vertikální vztahy – dodavatel vs. odběratel atp.

Ovšem co se týče horizontálních kartelových dohod, není princip zákazu zneužití slabosti druhé strany nijak zvlášť reflektován, obvykle se má za to, že strany účastníci se kartelu jednájí dobrovolně, anebo jsou k takovému jednání nuceni trhem, což stále ještě můžeme pokládat za formu dobrovolného jednání. Není však vyloučeno, že pokud by v evropském právu začal být více akcentován fenomén zneužití ekonomické síly, mohl by v evropském právu princip zákazu zneužití slabosti slabší strany být teoreticky uplatňován i v případě horizontálních dohod – právě v případě „vynucených“ kartelů, například radikálním rozlišením v postihu iniciátorů a vůdčích osob kartelu na jedné straně a stran, které byly ke kartelizaci iniciátory donuceny.

- Princip zákazu monopolu:

Římské právo obsahovalo jistá ustanovení směřující proti monopolizaci trhu. V zásadě se orientovalo na ukládání pokut za zneužití postavení na trhu s některými typy zboží, zejména zboží svou povahou nezbytného. Právní předpisy v této oblasti existovaly především na místní úrovni.⁷ Současné právo EU tento princip neobsahuje a omezuje pouze zneužití dominance a na rozdíl od převládajícího přístupu ve Spojených státech amerických nepostihuje v zásadě dominanci jako takovou. Z podstaty věci se tento princip horizontálních dohod nemůže uplatnit – monopolista nemá k uzavření horizontální smlouvy příslušné partnery (jiné konkurenty).⁸

2. Kapitalismus a Evropa před první světovou válkou

⁶ „essential facilities“

⁷ Dále viz Roman Piotrowski, *Cartels and Trusts: Their Origin and Historical Development from the Economic and Legal Aspects*, Londýn, 1933

⁸ Zde se dotýkáme otázky definice horizontální dohody, resp. jejích účastníků, které se budeme věnovat později. Pokud totiž akceptujeme nejširší definici soutěžitelů na stejném trhu jako možných účastníků horizontální dohody, mohl by teoreticky monopolista uzavřít horizontální dohodu s tzv. potenciálním soutěžitelem, tj. podnikem, který by se za jistých podmínek mohl stát konkurentem monopolisty.

První počátky uvažování nad ochranou hospodářské soutěže v dnešním slova smyslu se váží k devatenáctému století a vzestupu liberalismu. Snaha chránit ekonomickou svobodu byla v té době chápána jako základní kámen ekonomického myšlení a odstranění bariér bránících volnému trhu bylo hlavním cílem. Již před Adamem Smithem mluvili o zásadní roli konkurence fyziokraté, ale až „neviditelná ruka trhu“ dokázala postavit ochranu soutěže do středu zájmu. Smith říkal, že „volná soutěž svobodných jednotlivců toužících po osobním prospěchu produkuje bohatství“.⁹ Již u Smithe také vidíme jiné než čisté ekonomické přínosy hospodářské soutěže – mluví např. o přínosu pro technický pokrok a lepší alokaci bohatství v rámci společnosti. Rozdílem mezi vnímáním soutěže ve společnosti v období úvodního, řekněme čistého liberalismu, a tím dnešním, byl přístup k principu regulace jako takové; regulační zásahy svrchu byly a priori odmítány jako škodlivé a proto v zásadě nepřipadaly v úvahu ani za účelem podpory hospodářské soutěže.

Industrializace, probíhající v Evropě již od konce osmnáctého století pak ve století devatenáctém přinesla do ekonomiky nový fenomén – mechanizaci. Touha po co nejvyšší úspornosti a efektivitě výroby přinesla komplexní posun od kvality a osobního přístupu ve výrobě směrem k produktivitě a minimalizaci nákladů. Míra úspěchu v této oblasti pak určovala i míru úspěchu na trhu. To samo sebou znamenalo, že konkurence se přestala odehrávat mezi mnoha malými subjekty (což je – jak bude ještě rozebíráno, pro soutěž pozitivní), ale stávala se soubojem menšího počtu velkých hráčů. Se zvyšováním objemu produkce také stoupá podíl exportu zboží za hranice národních států. Původní důvěra v teorii samospasitelné hospodářské soutěže se pomalu začínala vytrácet. Další ránu čistému liberalismu zasadily první velké hospodářské krize ke konci devatenáctého století, počínající pádem vídeňské burzy v r. 1873. Zklamání z neřízeného trhu vedlo od konkurence k spojování ekonomických subjektů ve větší celky, tedy kartelizaci; v Německu a Rakousku-Uhersku pak byl tento vývoj obzvlášť patrný.

Poměrně jednoduché by bylo hledání paralely s vývojem ve filozofii a společenských vědách: Konec devatenáctého století byl také dobou Nietzscheho a Darwina. Nietzscheho filozofie dává ospravedlnění vítězi soutěže, nadčlověku, kterému je dáno vést ostatní, a celá koncepce Darwinova, zejména pak ve dvacátém století dopracovaná

⁹ „competitive interaction of free individuals seeking personal gain produces wealth“; Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Cause of the Wealth of Nations*, poprvé vydáno 1776

idea „sociálního darwinismu“ může být v kontextu hospodářské soutěže použita jako argument podporující jednu ze zásadních námitek proti regulaci soutěže: „Čím jiným je soutěž než procesem směřujícím k nalezení vítěze a eliminaci konkurence?“ Ale zpět k historii.

Předmětem spolupráce soutěžících firem byl v daném období zřejmě zejména nátlak na vládu, tedy z dnešního pohledu jakýsi lobbying. Z pohledu druhé strany, tedy ze strany státu, mohla být spolupráce s velkými hráči na trhu rovněž o něco výhodnější než stav velké konkurence: Chce-li stát provádět regulační zásahy do ekonomiky, je pro něj bezesporu jednodušší ovlivňovat činnost několika málo subjektů, než složitě kontrolovat široké spektrum podnikatelů.

Jakkoliv se ale může zdát, že konec devatenáctého století byl pro hospodářskou soutěž samotnou obdobím spíše nešťastným, z pohledu práva hospodářské soutěže ho lze chápat i jako období velmi inspirující. Ukázalo se, že kartely a soutěž je zapotřebí regulovat.

V tuto chvíli je na místě krátce zmínit i ekonomický směr jdoucí proti volné konkurenci, nabírající na síle, a to komunitarismus, v nejradikálnější podobě reprezentovaný marxismem. Z myšlenky, že v jednotě spočívá síla a postulátu, že výdělek jednoho znamená ztrátu druhého, bylo dále dovozováno, že soutěž mezi jednotlivci musí nutně vést ke ztrátě. Zejména pak v situaci, kdy si subjekty na trhu nejsou vzájemně rovny musí zákonitě dojít k tomu, že slabší je silnějším eliminován, což bylo vykládáno jako obecná újma, neboť koexistence obou subjektů by vedla k většímu obecnému blahu. Zjevně ku prospěchu vývoje soutěžního práva však tento směr zůstává pouze v rovině teorie a evropské zákonodárství neovlivňuje.

Vraťme se tedy zpět k podmínkám, které v hlavních evropských státech určovaly vývoj soutěžního práva, a k zásadním historickým etapám, v nichž se tvořily základní principy známé v dnešních dnech.

3. Kartelové prostředí v Rakousku-Uhersku

Rakousko-uherská monarchie byla řízena centrálně z Vídně. Přes 50% obyvatelstva říše pracovala na konci devatenáctého století stále ještě v zemědělském sektoru a velkou roli v ekonomice hráli ještě řemeslníci, což ani v jednom případě tradičně nejsou skupiny nakloněné přílišnému liberalismu. Nejvyššími elitami společnosti byla až do druhé

poloviny devatenáctého století stále rodová šlechta, která neměla pro potřeby průmyslu (tedy alespoň ve srovnání s Německem a Anglií) příliš velké pochopení, protože jí jednoduše nepatřil. Role aristokracie se zmenšovala až po revolucích roku 1848 a vojenských porážkách ve válkách s Francií a Pruskem. Uvolnění podmínek pro buržoazii vedlo k hospodářskému růstu v druhé polovině devatenáctého století, až do deprese počínající rokem 1873.

V následujícím období proto právě v Rakousku-Uhersku a ostatních němčinou ovládaných zemích dochází k rozvoji kartelů, zejména v těžkém průmyslu, těžbě a ocelářství. V devadesátých letech pak již lze říci, že kartely dominují ve všech klíčových odvětvích průmyslu. Nástup kartelů je podporován také silným státním protekcionismem, především ve formě vysokých dovozních cel. Specifikem rakousko-uherského hospodářství ve srovnání s industriálnějšími zeměmi na západě Evropy byla také vysoká koncentrace kupní síly v úzké skupině nejbohatších, zatímco většina populace měla velice nízké příjmy. Konkrétním důsledkem této demografické struktury byla obtížnost udržet vysoké marže při prodeji spotřebního zboží. Tam, kde jsou nízké marže, jde prosperovat jedině za předpokladu velkého objemu výroby.

Tehdejší kartelové spolky a ujednání sloužily zejména ke spolupráci podnikatelů v boji za udržení nadvýroby, proti klesání cen, a obecně pak samozřejmě ke zvýšení zisku. Nehledě na právní řád (viz níže) byly ovšem vznikající kartely tolerovány jako v zásadě prospěšné. První zevrubnější zkoumání jejich vlivu na hospodářství přinesl v Rakousku Friedrich Kleinwächter v roce 1883 a dospěl k závěru, že kartely jsou přirozenou a nevyhnutelnou součástí kapitalismu a tržního hospodářství.¹⁰

V rakousko-uherské monarchii byly kartely obecně tolerovány, ovšem do jisté míry v rozporu s platnou právní úpravou. Předlitavská legislativa znala nástroje pro boj s kartely, pouze je neuplatňovala. Na konci devatenáctého století bylo Rakousko jedinou zemí v Evropě, kde kartelové dohody byly (lépe řečeno měly být) považovány za neplatné. Zákon z roku 1803, přijatý jako novela Josefínského trestního zákoníku za účelem boje se zneužíváním nedostatku zboží (zejména jídla) během napoleonských válek, stanovil, že dohody směřující ke zvýšení cen zboží, neopodstatněné a škodící veřejnosti, jsou trestným činem¹¹.

¹⁰ Friedrich Kleinwächter, *Die Kartelle*, Innsbruck 1883

¹¹ Justitzgesetzsammlung, 626/1803: „Dohoda mezi několika nebo všemi podnikateli v daném odvětví, uzavřená za účelem zvýšení ceny zboží bez práce a ke škodě veřejnosti, nebo snížení ceny k jejich

V roce 1870 bylo dané ustanovení vyjmuta z trestního zákoníku a vtěleno do nového Koaličního zákona¹², jehož hlavním cílem bylo umožnit dělníkům vytvářet spolky a zároveň omezovat jejich činnost zákazem dohadování se o stávkách. § 4 tohoto zákona považuje za neplatné „úmluvy živnostníků, učiněné k tomu konci, aby se zvýšila cena zboží nějakého obecenstvu na újmu.“. Problémem uvedené úpravy byla ale skutečnost, že jedinou možností jejího vynucení byla občanskoprávní žaloba jednoho ze členů kartelu. Vzhledem k charakteru kartelových dohod lze tedy říci, že ustanovení nemělo valného významu.

4. Německo na přelomu 19. a 20. století

Další výklad v tomto článku se orientuje na Německo, neboť tamější události vedly k přijetí první evropské soutěžní legislativy a ovlivnily tak vývoj v celém zbytku Evropy. Na přelomu devatenáctého a dvacátého století tam stále udávaly při formování soutěžního práva tón zejména tři ekonomické fenomény: Pokračující industrializace, blížící se hospodářská krize, umocněná v mnoha zemích první světovou válkou, a z nich vyplývající snaha o regulaci kartelů a monopolů, vnímaných jako nástroj a hlavní důvod chudoby nižších vrstev obyvatelstva. V Německu industrializace začala o něco později a dělnická třída se zde vytvořila velmi narychlo, v rámci boomu průmyslu, a nikoli postupně a v návaznosti na fungující systémy manufaktur, jako tomu bylo např. ve Velké Británii. Hovoříme-li konkrétně o Německu, byla monopolizace ještě umocněna sjednocením země v sedmdesátých letech 19. století, které přispělo k tvorbě velkých celonárodních koncernů, a také orientací na těžký průmysl – hlavně hutnictví a ocelářství. Šlo tedy o extrémní případ tehdejšího trendu – přechodu od malých diverzifikovaných forem podnikání k velkým kolosům.

Přirozeným důsledkem tehdejších podmínek na trhu byla vzrůstající tendence ke kartelizaci. Odhaduje se, že okolo roku 1900 fungovalo v Německu okolo 400¹³

prospěchu, nebo za účelem vytvoření nedostatku zboží, bude potrestána jako vážný trestný čin podle míry účasti na dohodě.“

¹² Koalitions-gesetz, č. 3/1870 ř.z. (Reichsgesetzblatt); úprava byla provedena zákonem č. 43/1870 ř.z., s poněkud komplikovaným názvem „jímžto se zrušují §§ 479, 480 a 481 obecného zákona trestního, a vydávají se nařízení zvláštní v příčině úmluv do práce najímajících nebo pracujících, aby vynutili nějaké výminky z strany práce, a v příčině úmluv živnostníků, aby zvýšili cenu zboží obecenstvu na újmu.“

¹³ David Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998

dlouhodobých, silných a z dnešního pohledu jednoznačně protikonkurenčních kartelů. Nejednalo se už o „obranné“ kartely, umožňující účastníkům přežití na trhu – jednalo se zejména o dohody podniků směřující k naprostému ovládnutí trhu. To byl velký rozdíl od ostatních zemí, typicky Velké Británie a Francie, kde kartelové dohody vznikaly také, avšak s koncem krize, jíž měly za cíl bránit, se rozpadaly. Kartelizace v Německu postupovala tak rychle i proto, že čím větší procento trhu kartely ovládaly, tím lépe mohly určovat ceny, podmínky a množství produkce a rozdělení trhu a tím efektivněji mohly eliminovat nezávislou konkurenci.¹⁴

Volná konkurence byla ve společnosti vnímána jako dobrá myšlenka, ovšem v každém případě musela být podřízena zájmům státu a jeho vzestupu – a tomu napomáhaly v očích tehdejší německé elity především kapitáni průmyslu. Historická škola ekonomického myšlení, která v Německu dominovala v 19. století¹⁵, se již kartelovými dohodami jako rodícím se významným fenoménem zabývala – uznávala například, že dohody mezi výrobci o omezení výroby mohou poškodit trh i spotřebitele, a nebo že vedou k monopolizaci na trhu. Na druhou stranu však akcentovali jako spíše pozitivní efekt vliv kartelů na kontrolu hospodářství, a to v souladu s tím, že vznikají jako odpověď na určité (obvykle neblahé) ekonomické podmínky – jsou tedy přirozené. Jako přirozené a v dané situaci nevyhnutelné by tedy podle představitelů historické školy neměly v zásadě být eliminovány. Negativní dopad na spotřebitele nebyl chápán jako něco tak vážného, aby kvůli tomu musely být kartely regulovány. Dalším pozitivním přínosem kartelových dohod bylo podle historiků to, že snižovaly nadvýrobu jakožto domnělou příčinu hospodářských krizí 19. století, a zároveň tlakem na snížení výroby mohly zlepšovat pozici vykořisťovaných dělníků (což je z dnešního pohledu obzvlášť naivní závěr).

Na počátku dvacátého století však už do značné míry tolerantní a pozitivní přístup ke kartelům ustupoval, ukázalo se, že proklamované a očekávané přínosy se nerealizovaly. Z pohledu práva však kartely zůstaly čistě v oblasti práva soukromého – kontraktačního, a proto zpočátku nebyla jakákoli vůle dozírat na jejich tvorbu či fungování z pozice

¹⁴ Lze jistě říci, že prostředí pro kartely bylo vhodné i z politického hlediska: Politika Bismarcka i jeho následovníků potřebovala ovládat zemi i ekonomicky a k tomu byly nejlepším partnerem velké a s politikou propojené koncerny – provázanost politiky s hospodářskou sférou se pak odrážela i v právním prostředí kartelům napomáhajícím. Německý liberalismus nebyl postaven na tak silných celospolečenských základech a morálních principech, jako v anglosaských zemích.

¹⁵ např. Bruno Hildebrand, Karl Knies a další

práva veřejného. Prvním institutem, který začal být (byť samozřejmě ve velmi omezeném rozsahu) v boji s rozvinutým fenoménem kartelů využíván, byl koncept dobrých mravů – soudy tedy mohly konkrétní smlouvu prohlásit za neplatnou a případně přiznávat poškozené straně odškodnění, byla-li smlouva v rozporu s dobrými mravy¹⁶. Hlavní problém tohoto přístupu však byl v tom, že svých práv se mohli domáhat pouze účastníci kartelových dohod – jiné subjekty byly z projednání vyloučeny. Dalším problémem bylo, že takový postoj soudů byl spíše ojedinělý a souvisel s extrémními případy; dominantní postoj předznamenal rozsudek Říšského soudu ve věci kartelové dohody na trhu s dřevovinou v Sasku¹⁷: Producenti dřevoviny v Sasku ovládli trh kartelovou dohodou, v rámci níž se mimo jiné zavázali distribuovat dřevovinu prostřednictvím společně určeného distributora. Jeden z členů kartelu, který se rozhodl distribuovat produkt samostatně, měl podle dohody zaplatit vysokou smluvní pokutu – u soudu se pak bránil rozporem dohody s dobrými mravy. Soud však jeho obraně nevyhověl a mimo jiné uvedl, že

pokud se firmy působící na společném trhu spojí za účelem dohody o cenách, je nutné to chápat nejen jako oprávněnou snahu podnikatelů o ochranu své pozice na trhu, ale obecně také jako službu společnosti v případě, že ceny jsou tak nízké, že by jinak hrozil firmám krach.¹⁸

Odůvodnění rozsudku pak přesně ilustruje výše popsané dobové zájmy – snaha o ochranu podnikatelů ospravedlňuje kartely, které navíc brání nadvýrobě. Zároveň však naznačuje alespoň jistou omezenou šanci na prohlášení neplatnosti kartelové dohody pro rozpor s dobrými mravy, a to v situaci, kdy jejím cílem je vznik monopolu, aniž by takový postup byl jasně odůvodněn podmínkami na trhu.

Vedle výše popsaného rozsudku je třeba zmínit ještě další událost z přelomu 19. a 20. století, která pomohla nastartovat proces uvažování o kartelové legislativě: Významným podnětem pro další posun v této oblasti se stal referát Adolfa Menzela, významného německého akademika té doby, na konferenci Svazu pro sociální politiku (Verein für

¹⁶ Princip ochrany dobrých mravů byl od r. 1900 posílen zakotvením tohoto principu v čl. 13811 německého občanského zákoníku, který stanovil, že dohody uzavřené v rozporu s dobrými mravy jsou neplatné.

¹⁷ Reichsgericht, rozsudek z 4. 2. 1897, č. 38 RGZ, „Sächsisches Holzstoffkartell“.

¹⁸ dtto

Sozialpolitik) v Berlíně v roce 1894¹⁹. Menzel uvádí, že kartely jsou v hospodářství akceptovatelné pouze tehdy, přinášejí-li více společnosti prospěchu než škody. To jistě nebyla žádná nová myšlenka, Menzel však prosazoval regulaci kartelů samostatnou právní úpravou, která by některé kartely zakázala a jiné, prospěšné, tolerovala. Odsoudil tehdejší rakouskou právní úpravu, a to jak trestněprávní (neboť trestní právo dle jeho názoru nebylo vhodné, trestněprávní dispozice byly formulovány buď příliš obecně, tak, že umožňovaly postih téměř jakékoli obchodní spolupráce, a nebo postihovaly zneužívání ekonomických možností kartelu, což ovšem trestněprávní soudnictví, značně vzdálené ekonomické analýze problému, mohlo jen velmi těžko správně posoudit), tak občanskoprávní (kvůli výše popisovanému problému – členové kartelu málokdy považují za vhodné upozorňovat na kartel, jehož jsou členy, občanskoprávní žalobou). Jediné možné řešení tedy dle Menzela spočívalo ve správním právu.

Menzel odsoudil i protiargument spočívající na tom, že protikartelové právo není nutné proto, že umělé zvyšování cen a omezování výroby znemožní sám trh²⁰: Podle Menzela svědčily pro úpravu fakta, přičemž za příklad uvedl U.S.A., kde nehledě na tehdejší optikou neomezenou svobodu podnikání kartely a monopoly vznikaly a prosperovaly.

5. První speciální kartelové zákony v Evropě

Po první světové válce došlo k ústupu tlaku na propojení a vzájemné kontroly mezi hospodářstvím a politikou, typickému pro německy mluvící země na přelomu století. Velké průmyslové podniky a s nimi spojované kartely byly prezentovány jako jeden z důvodů špatných životních podmínek nižších tříd a obrana, že jde o reprezentanty pokroku národa již nemohla dále účinkovat. Pozice menších firem, které odebíraly suroviny od velkých kartelů byla neúnosná.

Gustav Stresemann, nový kancléř Výmarské republiky jmenovaný v říjnu 1923, proto již v prvním měsíci své vlády vydal Nařízení proti zneužití pozice ekonomické síly²¹ (dále i jen „kartelové nařízení“), první takový obecný předpis upravující soutěžní právo v Evropě.

¹⁹ Adolf Menzel, Referat über die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung, vydáno v Schriften des Vereins für Socialpolitik 61/1895, Berlín, str. 23 a násl.

²⁰ Toto tvrzení později v podstatě vzala za své Chicagská ekonomická škola.

²¹ „Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen“, 1923 RGB I, 1067, z 2. 11. 1923; jednalo se o nařízení kancléře a tedy o opatření přijaté mimo standardní legislativní proces v rámci „nouzových“ opatření.

Kartelové nařízení postihovalo dohody a rozhodnutí, v rámci nichž účastníci zneužívali svého postavení na trhu – tržní síly, a to v neprospěch veřejného zájmu. Předpis byl vztažen jak na kartelové dohody, tak na jednání monopolistů, což de facto znamenalo, že se jednalo o předpis nejen proti kartelům, ale i proti zneužití dominantního postavení na trhu, jak je známe dnes. Klíčovou pákou kartelového nařízení bylo oprávnění ministra hospodářství navrhnout nově zřízenému kartelovému soudu prohlášení kartelové dohody za neplatnou. Vedle toho mohl také umožnit členům dohody z dohody okamžitě vystoupit a dále mohl vyžadovat předložení kopií dohod pod sankcí fikce jejich neplatnosti.

I samotní členové kartelu byli oprávněni z kartelu vystoupit za předpokladu, že se k tomu měli „dobrý důvod“ ve smyslu kartelového nařízení – zejména pokud byli kartelovou dohodou nespravedlivě omezeni v rozhodování o výrobě, prodeji atd. I přes nestandardní formu svého vzniku se pak kartelové nařízení stalo respektovanou součástí právního řádu Výmarské republiky – přinejmenším do příchodu krize r. 1929. Problém byl ale s jeho aplikací – ministerstvo hospodářství, které mělo v systému vynucování kartelového nařízení klíčovou úlohu, nepostupovalo tak aktivně, jak mohlo a mělo. Případů, které by se dostaly před speciální kartelový soud tak bylo málo a rozhodovací praxe nemohla dostatečně specifikovat některé poněkud vágní formulace právní normy: Kvůli nečinnosti ministerstva se většina případů rozhodovaných soudem týkala vystoupení člena z kartelu – z rozhodovací praxe soudu pak vyplynul velice úzký výklad „dobrých důvodů“ pro vystoupení (prakticky muselo jít o likvidační podmínky pro dotčený subjekt). V souvislosti s pojmem „kartel“, který kartelové nařízení používalo, soud vyložil, že kartel nemusí zakládat (společné) monopolní postavení zúčastněných subjektů, avšak vyžadován byl potenciál dohody k takovému stavu vést.

Hlavní kritikou a poučením při ohlédnutí za kartelovým nařízením tak zůstává to, že přestože se jednalo o nesmírně inovátorskou normu co do jejího obsahu, nedostatečné prosazování a nastavení institučního rámce dozoru na její dodržování znamenaly, že reálný dopad normy na hospodářství byl mizivý.

Kartelové nařízení však přirozeně inspirovalo okolní evropské státy k přijetí obdobných či kartelovým nařízením inspirovaných předpisů. V roce 1925 byl protikartelový zákon přijat ve Švédsku. Vzhledem k tomu, že ho od počátku kritizovala většina představitelů

průmyslových kruhů, byl zákon spíše méně přísný, zaměřoval se spíše na vztahy s okolními zeměmi a nebyl nijak zvlášť vynucován. Významnějším počinem pak byl norský Zákon o kontrole omezení soutěže a cenového zneužívání²² z roku 1926, přijatý (na rozdíl od německého kartelového nařízení) po delší odborné diskusi. Tento zákon založil v rámci správního (veřejnoprávního) dohledu nad kartely nový systém institucí (Kontrolní úřad s vyšetřovacími pravomocemi, Kontrolní radu pro vymáhání hmotněprávních ustanovení zákona a s kontrolními a restriktivními pravomocemi). Speciální instituce eliminovaly vadu německého kartelového nařízení, tedy nedostatek vůle prosazovat nařízení na straně ministerstva pro hospodářství. Kartelové dohody podle norského zákona podléhaly registraci a pokud nebyly registrovány, byly nevybídně²³. Norský zákon dokonce umožňoval trestněprávní postih porušení zákona, tato možnost však byla využívána jen zřídka. Vzhledem k malému vlivu Norska na zbytek Evropy však tento velice progresivní zákon nenašel ve své době žádné následovníky v jiných zemích.

Větší vliv na evropské státy měla 27. konference Meziparlamentní Unie²⁴ v Londýně v roce 1930. Tato konference již výrazně doporučuje legislativním orgánům evropských zemí přijetí radikálnějších protikartelových zákonů²⁵:

„ . . . kartely, trusty a jiná podobná spojení jsou přirozeným fenoménem hospodářského života a je nemožné je zcela odsoudit. Je ale třeba vzít na vědomí, že taková spojení mohou mít škodlivý efekt jak na veřejný tak na státní zájmy, a je tedy nezbytné je kontrolovat. Tato kontrola by neměla mít formu zásahu do ekonomického života ani ovlivňovat jeho normální vývoj. Měla by však mít za cíl zřízení dohledu nad možnými zneužitími a takovým zneužitím předcházet.“

V přímé návaznosti na závěry konference byly přijaty nové protikartelové zákony v Československu (1933), Polsku (1933), Jugoslávii (1934) a Dánsku (1937).

6. Československý kartelový zákon

²² Lov om kontroll med konkurranseinnskrenkninger og om prismisbruk, vydán 26. 3. 1926

²³ tento princip byl převzat i do prvního československého kartelového zákona č. 141/1933 Sb.

²⁴ Interparliamentary Union, IPU

²⁵ IPU, Londýn 1930, Resumé konference (Compte Rendu), str. 33-34

První úprava kartelových dohod v Československu byla provedena komplexním zákonem č. 141/1933 Sbírky zákonů a nařízení státu československého, o kartelech a soukromých monopolech („kartelový zákon“). Zákon nabyl účinnosti 1. září 1933.²⁶ Před přijetím uvedeného zákona nebyl názor na nutnost regulace kartelů jednotný, hlavním argumentem odpůrců regulace byl odkaz na § 114 tehdejší Ústavy, zaručující právo spolčovat se na ochranu a podporu pracovních a hospodářských poměrů.²⁷

Kartelový zákon v § 1 definuje kartelová ujednání tak, že vyžaduje, aby se jednalo o dohody samostatných podnikatelů a aby se v nich smluvní strany zavázaly omezit nebo vyloučit mezi sebou soutěž tím, že upraví výrobu, odbyt, obchodní podmínky, ceny příp. sazby.²⁸ Platnost kartelových dohod dle zákona byla podmíněna splněním požadavků v zákoně uvedených; obecně lze říci, že se jednalo o požadavky vycházející z Mendelova konceptu (viz výše); přímou inspirací pro zákon pak byly kromě závěrů Londýnské konference IPU norský zákon z r. 1926 a kartelové nařízení Výmarské republiky. Kartelový zákon požaduje písemnou formu a registraci v kartelovém rejstříku u všech dohod, které obsahovaly výslovné protisoutěžní ustanovení.²⁹ Z toho ovšem vyplývalo, že nebylo-li kartelové ujednání učiněno přímo, explicitně, pak dohoda režimu zákona nepodléhala, a to nehledě na její skutečný efekt. Tím byl faktický dopad zákona výrazně omezen. Dalším omezením, ovšem až z dnešního pohledu na věc, bylo, že kartely byly chápány výlučně jako dohody přímých konkurentů na stejné úrovni trhu, tedy dnešní terminologií řečeno horizontální dohody.

V případě, že se státní správa domnívala, že dohoda registrovaná v rejstříku ohrožuje veřejný zájem nepřiměřeně vysokými cenami či obchodními podmínkami k nepřiměřeně vysokým cenám vedoucími, zahájila správní řízení, příp. smírčí řízení za účasti speciální kartelové komise. Pokud nebyly dodrženy podmínky stanovené prošetřovaným podnikatelům rozhodnutím správního orgánu³⁰, následovalo uložení

²⁶ Přijetí nového zákona ovšem nevyloučilo aplikaci ustanovení starého zákona č. 43/1870 ř.z., který, zejména pak jeho § 4, mohl být v míře nekolidující s kartelovým zákonem nadále používán – to se týkalo zejména případů, kdy kartelová dohoda neobsahovala výslovně protisoutěžní ustanovení, ale měla dopad ve smyslu § 4 zák. č. 43/1870 ř.z.

²⁷ Ústavní zákon č. 121/1920 Sb.z.n., Ústavní listina československé republiky, § 114: „(1) Právo spolčovací k ochraně a podpoře pracovních (zaměstnaneckých) a hospodářských poměrů se zaručuje. (2) Všeliké činy jednotlivců nebo sdružení, jež se jeví úmyslným rušením tohoto práva, jsou zakázány.

²⁸ Blíže k definici kartelových dohod srov. např. soudní rozhodnutí Rv I 2864/38, publikované ve sbírce Vážný – 1939 – XXI : 62.

²⁹ §§ 2, 3 a souv. kartelového zákona

³⁰ § 12 kartelového zákona

pokuty, prohlášení neplatnosti dohody a jako nejvyšší sankce „rozpuštění“ organizace provádějící kartelovou úmluvu.³¹

Co se týče přímého vlivu na podnikání účastníků kartelu, stanovil kartelový zákon smluvním stranám možnost kdykoliv od kartelové dohody odstoupit, bylo-li by jejím plněním jejich podnikání povážlivě ohroženo, ztíženo anebo znemožněno předem nepředvídatelnou měrou.³² Podobné ustanovení se z právního hlediska zdá být značně nekonzistentní s jinak vesměs veřejnoprávní povahou zákona. Odráží se v něm ovšem jistá obava z dopadu zákona na podnikatelskou sféru a zejména pak z reakce podnikatelů na zákon. Jakoby chtěl zákonodárce kompenzovat přísnou kontrolu nad kartelovými ujednáními rozšířením práv kontrahentů, resp. posílením pozice toho účastníka kartelu, který je ke kartelové smlouvě spíše donucen okolnostmi nežli sveden snahou o zlepšení pozice na trhu na úkor jiných konkurentů.

Nevelký reálný význam zákona, omezený fakticky na dohody, které podnikatelé sami kartelovému rejstříku ohlásili, ještě snížila doba jeho účinnosti – za války a ani po ní již nebyl fakticky vůbec používán.

7. Francie

Počátky francouzského soutěžního práva lze sledovat už v roce 1791, kdy byl v rámci revolučního kvasu přijat Loi Chapelier, zakazující konkurentům sdružovat se za účelem úpravy svých společných zájmů. V roce 1810 pak byl do francouzského trestního zákoníku byl začleněn čl. 419, zakazující mimo jiné manipulovat s cenami potravin a jiných komodit. Jeho použití na kartelové dohody ale nebylo nijak časté. V druhé polovině devatenáctého století soudy začaly pomalu rozlišovat kartely podle účelu a nebo aspoň domnělého účelu – kartely s jakýmsi dobrým úmyslem sankcionovány nebyly³³. Významnějším bodem devatenáctého století ve Francii z pohledu soutěžního práva však byl rozvoj práva nekalé konkurence³⁴, spočívajícího v tom, že soudy, ač formálně nebyly oprávněny tvořit právo, v rámci své nalézací činnosti přiznávaly náhradu škody subjektům poškozeným neférovým jednáním na trhu. Až do konce druhé

³¹ § 13 kartelového zákona

³² § 26 kartelového zákona

³³ Blíže viz Francis Deak, *Contracts and Combinations in Restraint of Trade under French Law: A Comparative Study*, Iowa Law Review 21, 1936.

³⁴ „concurrency déloyale“; blíže viz Walter J. Derenberg, *The Influence of the French Code Civil on the Modern Law of Unfair Competition*, American Journal of Competition Law 4, 1955

světové války však k významnějším změnám nedošlo, s výjimkou novelizací čl. 419 francouzského trestního zákoníku.

8. Velká Británie

Soudy ve Velké Británii se k otázkám kartelů a jejich slučitelnosti s právem vyjadřovaly již od šestnáctého století a v určitých případech vyslovovaly nevynutitelnost napadaných kartelových dohod³⁵. Jako příklad vývoje kartelového práva ve Velké Británii lze uvést otázku specifických a obecných omezení soutěže v kartelových dohodách: V rozsudku *Mitchel vs. Reynolds* z roku 1711 bylo stanoveno, že omezení konkurence pomocí „specifických“ omezení v rámci kartelové dohody je možné, avšak „obecná“ omezení akceptovat nelze, neboť stanoví bezdůvodně široká omezení soutěže. V roce 1894 pak byl vynesena rozsudek označovaný jako *Nordenfeldt*³⁶ nově stanovil, že i obecná omezení jsou možná, za předpokladu, že jsou ve vztahu mezi stranami odůvodněná a že nejsou na újmu obecnému blahu.³⁷

V devatenáctém století a na začátku dvacátého století však v kontextu společenského liberalismu nebyla kartelová ujednání nijak zvlášť postihována. Bylo také poměrně obtížné používat starší precedenty týkající se především menších živnostníků na dohody mezi novými velkými průmyslovými koncerny. Zároveň lze říci, že liberalismus a uplatňování doktríny *laissez-faire* jak na úrovni vnitrostátní tak v zahraničním obchodu působilo jako velmi účinná prevence vzniku kartelů, proto s nimi Velká Británie nikdy neměla takový problém, jako zejména německy mluvící země. Až krize v třicátých letech dvacátého století přinesla větší tendence ke kartelizaci, zejména v určitých pro kartely typických odvětvích³⁸. Až po druhé světové válce však s nástupem *labour party* a také na významný nátlak USA v rámci jednání o investicích v rámci Marshallova plánu došlo k přípravě kartelových zákonů a v roce 1948 k přijetí Zákona o monopolech restriktivních praktikách. Zákon byl, stejně jako tomu bylo u většiny soutěžních zákonů přijímaných v té době, velmi zdrženlivý co do míry regulace a preciznosti právní úpravy a plně odpovídal pravidlům uvedeným v kapitole o poválečné evropské legislativě

³⁵ Blíže viz Lord Wilberforce a kol., *The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies*, Londýn, 1966

³⁶ *Thorsten Nordenfeldt vs. Maxim Nordenfeldt Guns & Ammunition Co.*, AC 535, 1894.

³⁷ David Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, 1998, str. 210

³⁸ chemický průmysl, hutnictví, ocelářství

uvedené níže. O to větší pak vyvolala jeho aplikace rozruch mezi anglickými podnikateli, pro které bylo takové systémové omezení podnikatelské svobody přinejmenším překvapením.

9. Poválečný vývoj kartelového práva v Evropě do přijetí Smlouvy o ES

Po druhé světové válce došlo k razantnímu vzestupu evropských ekonomik, pohřichu ale pouze těch „západoevropských“, přijmuvších Marshallův plán a restrukturalizujících své hospodářství při zachování tržních principů. Zároveň však byl dáván větší důraz na jakousi ekonomickou „spravedlnost“, zejména v souvislosti s vládou sociálnědemokratických stran, v čele s německou SPD. Nejpravděpodobnějším důvodem pro nástup soutěžního práva po druhé světové válce tak je tendence vyrovnat rozdíly mezi jednotlivými subjekty participujícími na trhu, také v návaznosti na učení Johna Maynarda Keynesa (viz níže) o nutnosti stimulace poptávky a potřebě regulace ekonomiky shora, a ordoliberalismus, rovněž popsany dále v této práci. Zároveň se nutně musela projevovat inspirace americkým modelem – americké antitrustové zákonodárství bylo chápáno jako protiklad německé kartelizaci a italskému korporativismu³⁹. Zapomenout nesmíme ani na další důležitý impuls mezinárodního charakteru – přijetí Havanské charty a principy ztělesněné ve Všeobecné úmluvě o obchodu a clech (GATT).

Většina nově přijímaných zákonů spočívala na následujících pilířích:

- Generální klauzule a obecně formulované zákazy, umožňující pružné rozhodování příslušných státních orgánů a postupnou tvorbu práva v praxi v reakci na vývoj na trzích. Legislativa neměla ambici nastavit normy soutěžního práva tak precizně, aby mohly reagovat na konkrétní chování soutěžitelů.
- Byly zřizovány nové správní orgány aplikující soutěžní právo, specializované a s pravomocí rozhodovat o platnosti kartelových ujednání.
- Zákony stanovily nepřilíš striktní sankce a málo vyšetřovacích pravomocí pro kontrolní orgány. Příčinou mohlo být to, že přijetí soutěžních zákonů bylo zprvu

³⁹ Mluvíme-li o Itálii, bylo by v rámci tohoto přehledu dobré zmínit, že italské právo de facto neznalo národní soutěžní legislativu až do roku 1990; obecným důvodem byl nedostatek vůle na straně legislativy, a nebo, lépe řečeno, dostatečně velký tlak velkých firem proti takové legislativě.

spíše politickým gestem, učiněným na všeobecnou objednávku (ať už vnitrostátní či mezinárodní povahy).

10. Amerika jako vzor

Spojené státy americké nastartovaly epochu kartelového práva federálním Shermanovým zákonem z roku 1890. Zákon se jmenoval podle senátora Johna Shermana, který zákon navrhl a prosadil. Takzvaný „antitrustový“⁴⁰ zákon prošel Kongresem s podporou téměř všech kongresmanů a zůstává dosud hlavním pilířem amerického soutěžního práva. Naposledy v roce 2004 byl jeho dopad podpořen novým Zákonem o rozšíření a reformě trestního antitrustového postihu, kterým George W. Bush zvýšil horní hranice postihu fyzických osob i korporací⁴¹.

Důvodem pro přijetí zákona byla obava z rostoucí moci velkých koncernů expandujících po propojení kontinentu železnicemi⁴² a tehdy ještě nedotknutelný republikánský etos nemohl akceptovat omezení možnosti každého Američana vybudovat svůj podnik a svobodně jednat na americkém trhu tím, že by byl podnikatel fakticky nucen podřídit se vůli ekonomických hegemonů. Jako ilustraci lze citovat samotného Johna Shermana:

„Pokud nechceme trpět krále ve smyslu politické síly, neměli bychom chtít trpět ani krále v odvětvích výroby, dopravy a prodeje kterékoli z věcí pro život nezbytných.“

Shermanův zákon zakazuje podnikům pokoušet se omezovat obchod a vytvářet monopoly. K jeho prosazování pak dává ministerstvu spravedlnosti a Federální komisi pro obchod⁴³ pravomoc žádat u federálního soudu zákaz jednání odporujícího zákonu a uložit náhradu škody a sankce. Nejvýznamnějším počinem prvních let platnosti zákona pak bylo rozdělení Standard Oil Company Johna D. Rockefellera; Nejvyšší soud USA v roce 1911 rozhodl, že Standard Oil Company skutečně používal proti svým konkurentům ekonomické zbraně podle zákona nepřipustné a vytvořil si faktický

⁴⁰ kde pojem „trust“ byl v dané době chápán především jako velký průmyslový konglomerát – koncern; z dnešního pohledu lze říci, že se jedná o podobnou extenzivní konstrukci právního termínu, jako je tomu u termínu podnik (undertaking) v evropském právu

⁴¹ fyzickým osobám nyní za porušení antitrustových zákonů hrozí až 10 let vězení a pokuta 1 milion USD, korporacím pak pokuta až 100 milionů USD.

⁴² pro specifická odvětví jako např. právě železniční doprava a nebo bankovníctví a pojišťovnictví byly přijímány

⁴³ Department of Justice, Federal Trade Commission (založená Claytonovým zákonem r. 1914)

monopol na trhu s ropou, ačkoliv ještě existovalo několik v podstatě bezvýznamných konkurentů. Nejvyšší soud pak rozdělil Standard Oil Company na několik menších společností⁴⁴. V tomto rozsudku pak Nejvyšší soud jasně vyjádřil významný princip soutěžního práva, označovaný jako „rule of reason“ – pravidlo rozumného uvážení, při zvážení specifických okolností případu, jakožto opak pravidla zákazu určitých ujednání „per se“ – jako takových. Rule of reason se pak prosazuje především u kartelových dohod (a v Evropě nyní i u povolování spojování soutěžitelů), per se zákazy pak v USA dominují v případech vzniku monopolů a jsou používány celkem důsledně i u dohodách o cenách, dohodách o rozdělení trhů a u tendrových podvodů. Rule of reason se pak stala mocnou pákou při relativizaci antitrustového amerického práva od zavedení programu New Deal a zákona National Recovery Act, kdy bylo pod vlivem keynesiánských idejí (zjednodušeně řečeno) akceptováno, že určitá forma monopolizace či kartelizace pod státním dohledem může být použita jako nástroj hospodářské politiky k všeobecnému blahu (obavy z toho, aby soutěž mezi subjekty na trhu nebyla až příliš ostrá přetrvala až do sedmdesátých let dvacátého století).

Jedním z problémů Shermanova zákona byla určitá nečitelnost pro podnikatele, což je další Achillova pata soutěžního práva všeobecně – z generálních klauzulí není často zjevné, zda konkrétní jednání mohou představovat a nebo představují takový zásah do hospodářské soutěže, aby byly zákonem zakázány. V evropském právu tuto mezeru vyplňuje jednak sekundární právo tvořené Komisí, především blokové výjimky, a také (možná především) judikaturou Evropského soudního dvora. Ve Spojených státech pak tuto mezeru kromě judikatury měl vyplnit Claytonův zákon z roku 1914. Claytonův zákon specifikoval určité formy obchodních jednání a dohod, které jsou zakázány: Především šlo o cenovou diskriminaci, vázané obchody, exkluzivní obchodní zastoupení, propojení statutárních orgánů soutěžitelů atd. – z pohledu evropského práva tedy šlo především o zákaz určitých omezení vertikální povahy a zneužití dominantního postavení.

Lze říci (a dostatečně to bude ukázáno v dalším průběhu této práce), že americké antitrustové právo představovalo vždy určitý vzor a nebo spíše ukázkou možného postupu pro evropskou soutěžní legislativu. Je samozřejmé, že i v Americe existuje poměrně silná skupina kritizující stávající antitrustové právo – hlavními výtkami bývají

⁴⁴ Zejména Exxon, Mobil (později znovu fúzí sloučené), Chevron, Amoco

výtky proti regulaci soutěže jako takové, a to zejména v souvislosti s tím, že americké antitrustové právo bylo vždy zaměřeno na ochranu trhu a tedy slabších soutěžitelů, a na rozdíl od evropské alternativy nebralo nikdy velký ohled na spotřebitele – tím méně je bralo jako bernou minci pro rozhodování o konkrétních případech (jako je tomu např. u rozhodování o individuálních výjimkách podle odst. 3 článku 81 Smlouvy o ES).

III. EKONOMICKÁ TEORIE KONKURENCE

1. Keynesova kritika laissez-faire

Jak bylo popsáno výše, klíčovými obdobími rozvoje kartelového práva v Evropě byla období nutnosti restrukturalizace ekonomik, nejprve meziválečná hospodářská krize a podruhé pak rekonstrukce Evropy po druhé světové válce. Po první světové válce dozníval v Evropě klasický liberalismus. Původní ideologie liberalismu vyvinutá z kalvinistické tradice v sobě zahrnovala jistý řád – alespoň ve smyslu morálních zásad. Průběhem devatenáctého století se však v hektickém tempu vývoje na morálku poněkud pozapomnělo a tak byl liberalismus redukován na doktrínu krystalického „laissez-faire“ kapitalismu bez dostatečného morálního zázemí.

Změnu přineslo do hospodářské politiky mezi válkami učení Johna Maynarda Keynesa. Keynes přichází s názorem, že je třeba se rozejít s tradiční představou laissez faire a že vedle oblastí, v nichž plní soukromá ekonomická iniciativa zásadní a nezastupitelnou úlohu a kam stát nemá zasahovat, existují oblasti, v nichž si stát počíná lépe než soukromí podnikatelé. Prosazoval, aby stát by měl možnost regulovat ekonomiku pomocí nástrojů hospodářské politiky.⁴⁵ Po začátku velké hospodářské krize vydal Keynes svou asi nejdůležitější práci, Obecnou teorii zaměstnanosti, úroku a peněz⁴⁶. Leitmotivem práce je potřeba podporovat efektivní poptávku v hospodářství, neboť bez efektivní poptávky nemůže být za adekvátní cenu, umožňující nabídkové straně krýt náklady a generovat přiměřený zisk, prodáván národní produkt. Dostatečná poptávka pak může být odpovědí na nadprodukcí, jednu z hlavních příčin krize kapitalistické ekonomiky roku 1929. Zaměstnanost, jako důležitý faktor pro velikost efektivní poptávky, pak závisí na investicích, jejichž podpora je dalším klíčovým bodem Keynesovy teorie.

Teoretickým úvahám nad regulací kartelů dodaly Keynesovy myšlenky tyto impulsy:

⁴⁵ J. M. Keynes, *The End of Laissez – Faire*, esej, 1926

⁴⁶ J. M. Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Macmillan Cambridge University Press, 1936

- Kartelizace je z pohledu subjektů na trhu úhybným manévrem, umožňujícím jim eliminovat potřebu investic. Proto je nutné soutěž regulovat a kartelizaci bránit – konkurenti jsou pak nuceni k investicím, aby se udrželi na trhu.
- Regulace soutěže je jednou z efektivních odpovědí na nestabilitu tržní ekonomiky, jasně stanovená pravidla soutěže brání nepředvídatelným jevům na trhu.
- Lze říci, že převážná většina kartelových dohod postihuje poptávkovou stranu trhu. Kartelové dohody zvyšují ceny a omezují množství nabízeného produktu, čímž oslabují poptávku, a to nejen na úrovni spotřebitelů, ale také na úrovni odběratelů – podniků závislých na dodávkách od v kartelu se angažujících dodavatelů s podstatnou tržní silou. Kartelizace tedy směřuje přímo proti jednomu ze základních cílů keynesiánské hospodářské politiky, podpoře poptávky, a je třeba jí účinně bránit.
- Na Keynesových základech pak rozestavěli své teorie další členové Cambridžské školy, zabývající se přímo konkurencí, tedy zejména Joan Robinsonová (viz níže). Keynes také jasně odmítl model dokonalé konkurence, popsany níže, jako nereálný.

2. Ordoliberalismus jako základ pro moderní kartelové právo

Ekonomickým myšlenkovým směrem, který zřejmě největší mírou ovlivňuje právo hospodářské soutěže až do současnosti, je v německém Freiburgu vzniklý ordoliberalismus, historicky spadající do doby mezi světovými válkami a přinášející do v dané době zprofanovaného liberalismu nový impuls, „Ordnung“ neboli řád. Ordoliberalismus se stal určujícím ekonomickým proudem v Německu po druhé světové válce a měl zásadní vliv na formulaci soutěžního práva integrující se Evropy.

Ordoliberalismus považuje hospodářskou soutěž za jeden z předpokladů ekonomické svobody a odmítá centrální řízení hospodářství. Chce chránit trh před zásahy státu, liberální doktrínu ovšem rozšiřuje o požadavek reciproční: Společnost je podle něj třeba chránit i před zneužitím ekonomické síly na trhu nabyté. Koncentraci ekonomické síly do rukou jednoho subjektu (typicky monopol), resp. spojení subjektů za účelem společného výkonu moci nad trhem (tedy kartel), považuje ordoliberalismus za překážku stojící v cestě ekonomické svobodě a tedy i blahobytu společnosti.

V rámci ordoliberalistické koncepce „Ordnungspolitik“, politiky příkazů, musejí veškeré zásahy státu do hospodářství a zejména hospodářská legislativa vycházet z hospodářských cílů země, tak, aby byly co nejefektivněji naplňovány. Ekonomické poznatky proto musí být co nejlépe transformovány do právního řádu. To však nemůže ospravedlnit libovolné a svévolné zásahy do hospodářství, naopak, mezi základní normy musí patřit účinné omezení možností státu, ale i jiných subjektů do ekonomiky mocensky (ať už je moc postavená na politickém základě – vláda - a nebo na ekonomickém základě - kartel) zasahovat. Kritici ordoliberalismu podotýkají, že ordoliberalistická politika příkazů ve své podstatě směřuje k vysoké míře řízenosti ekonomiky státem, to však ve skutečnosti záleží na míře, v jaké bude uplatněn právě princip normativního omezení zásahů do ekonomiky. Hlavním pilířem kontroly zásahů do fungování ekonomiky pak podle ordoliberalů bude právo hospodářské soutěže⁴⁷, které bude v zásadách do konkurenčního prostředí bránit nejen účastníkům soutěže, ale – a to byla ve své době myšlenka velice novátorská – i státu.

Co se týče kartelů, ty považují zakladatelé ordoliberalismu za nutné zakázat, neboť situace, kdy je skupina podnikatelů ve vzájemné dohodě schopna díky své tržní síle ovlivnit či dokonce určovat cenu, je neslučitelná s potřebou konkurence. Ohledně monopolů pak uznávají, že existují situace, kdy je monopol nevyhnutelný (např. tzv. přirozené monopoly či monopoly vyplývající z práv k duševnímu vlastnictví), a že je tedy zapotřebí se soustředit na to, aby tržní síla pouze nebyla vykonávána v neprospěch hospodářství. Vzhledem k potřebě nesvěřovat státu přebujelé kontrolní pravomoci prosazují ordoliberalové myšlenku správního úřadu, kontrolujícího hospodářskou soutěž do jisté míry nezávisle na vládě.

Myšlenky ordoliberalismu ve vztahu k hospodářské soutěži postavily základ pro její právní úpravu nejprve v Německu, ze kterého se šířila po západoevropských zemích. Vzhledem k tomu, že ordoliberalismus vyznávali (nejen) němečtí zástupci v jednáních směřujících k vzniku Evropských společenství, není sporu o tom, že se stal i ekonomickým směrem, na kterém je založeno dnešní evropské soutěžní právo.

⁴⁷ Viz např. Franz Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlín, 1933

3. Chicagská a Harvardská škola

Zatímco ordoliberalismus lze považovat za hlavní ekonomický směr, na němž je postavena evropská tradice soutěžního práva, v USA se s ohledem na tamější tradici vyvíjí právo hospodářské soutěže poněkud jinak. Není cílem zde popisovat americkou právní úpravu, vzhledem k vlivu na další utváření evropské legislativy ale bude vhodné alespoň stručně popsat myšlenkový základ amerického pojetí.

Takzvaná Chicagská škola na rozdíl od ordoliberalů klade větší důraz na efektivitu výroby a prospěch podnikatelů než na blaho jednotlivých spotřebitelů, preferuje v souladu se svou profilací v jiných oblastech ekonomického myšlení mikroekonomický pohled na věc. Bez ohledu na americkou právní úpravu – či lépe řečeno navzdory jí – odmítají strukturální zásahy do ekonomiky, regulaci spojování soutěžitelů jako takovou. Vyvážen je tento přístup potom o to větším důrazem na potrestání zneužití nabyté dominance. Celkově velmi liberální pojetí se odráží i v nahlížení na kartely, Chicagská škola totiž za zásadně negativní považuje jen kartely horizontální, popřípadě ty nejzávažnější dohody vertikální povahy.

Zástupcem Chicagské školy byl například George J. Stigler, který v r. 1964⁴⁸ rozpracoval teorii vzniku kartelů a jako hlavní důvod a obranu jejich vzniku uváděl, že firmy musí kontrolovat vývoj na trhu a bránit parazitickému chování jiných subjektů na trhu, zneužívajících expanze díky investicím hlavních hráčů. Nutnou součástí kartelových dohod pak musí podle Stiglera být efektivní mechanismus monitorování a kontroly chování účastníků kartelu, protože jinak by kartel mohl být snadno zneužit některým z účastníků na úkor druhých. S nárůstem informačních kanálů ve společnosti pak tato kontrola uvnitř kartelů musí být stále tvrdší. Stigler dále analyzoval souvislosti mezi strukturou trhu a kartelovým chováním, vysoká koncentrace trhu podle Stiglera vede k větší pravděpodobnosti kartelového chování a vyšším cenám; naopak čím je vyšší koncentrace na straně poptávky, tím horší je prostředí pro trvání kartelu na straně nabídkové.

Konkurenční Harvardská škola se naopak více soustředí na makroekonomickou stránku hospodářské soutěže a dbá na souvislosti mezi strukturou trhu a chováním subjektů na

⁴⁸ George J. Stigler, A Theory of Oligopoly, Journal of Political Economy 72, 1964

trhu na jedné straně a konkrétními výsledky tržních procesů na straně druhé. Tím se v podstatě mnohem více blíží pojetí evropskému a ordoliberalnímu.⁴⁹

Je jasné, že v praxi nalezneme povětšinou právní úpravu odpovídající jisté kombinaci mezi výše zmíněnými představami. Liberálnější názor Chicagské školy je ovšem v současné době v defenzivě, zdá se totiž, že regulace hospodářské soutěže dle představ jejích oponentů dosahuje relativně dobrých výsledků. Snížení úrovně ochrany konkurence by zřejmě vedlo k tvorbě monopolů tak, jako tomu bylo před rozvojem regulace do dnešní podoby. Na druhou stranu je nutno přiznat, že dnešní ekonomiky nelze srovnávat s těmi před padesáti či sto lety a reálné výsledky rad Chicagské školy tak těžko v praxi ověřit – například snížení dnes fungující kontroly spojování soutěžitelů je v podstatě nemyslitelné, a to i z politických důvodů: Jedná se o jeden z mála účinných nástrojů kontroly národních vlád nad nadnárodními korporacemi.

4. Ideál dokonalé konkurence

Ekonomické teorie již od dob Adama Smithe počítají s dokonalou konkurencí jako s předpokladem ideálně funkčního trhu. Existence dokonalé konkurence by měla přinést nejnižší možné ceny, nejvyšší možnou kvalitu produkce, největší možný výběr a optimální alokaci prostředků v ekonomice. Kombinace alokační⁵⁰, výrobní⁵¹ a dynamické⁵² efektivity pak vede k maximálnímu ekonomickému prospěchu celé společnosti.

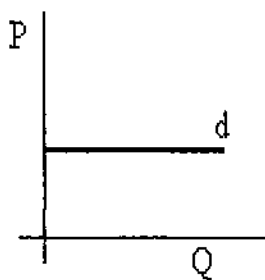
Dokonalá konkurence bývá jednoduše charakterizována jako stav, kdy žádný ze subjektů na trhu není schopen ovlivnit tržní cenu a křivka poptávky po produkci podnikatele je tedy vodorovná (obr. 1):

⁴⁹ Blíže viz Josef Bejček, *Existenční ochrana konkurence*, MU Brno, 1996

⁵⁰ Pareto-optimalita, stav, ve kterém jsou zboží a služby vyráběny a distribuovány za cenu, kterou jsou kupující ochotni platit, a to v takovém množství, že ani případné zvýšení výroby by nezvýšilo zisk dosahovaný výrobcem. Cena přitom nikdy nepřevyšuje mezní výrobní náklady. Ekonomické statky, ve své podstatě vzácné, jsou využívány tím nejefektivnějším způsobem.

⁵¹ Při dokonalé konkurenci jsou zboží a služby vyráběny za nejnižší možnou cenu, neboť vyšší než minimální náklady na výrobu by znemožnily rentabilitu výroby. Cena zboží nepřesahuje náklady na jeho výrobu (zahrnující v sobě ovšem i veškeré implicitní náklady výrobce včetně odpovídajícího zisku).

⁵² Dynamická efektivita v sobě nese snahu výrobců o neustálou inovaci a technický pokrok, což má opět za následek zvýšení blahobytu ve společnosti. Vyskytuje se ovšem i názor, že pro co nejvyšší technologický pokrok je ideální monopolní trh, neboť jen monopolista má dostatek prostředků na vývoj (John Kenneth Galbraith, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Houghton Mifflin, 1952). I Schumpeter zastával názor, že motorem inovace je touha po monopolním postavení a následně maximalizaci zisku.



Obr. 1

Dokonalá konkurence na trhu pak vyžaduje splnění následujících základních kritérií:

- Mnoho malých firem: Každý prodávající a kupující je vzhledem k trhu příliš malý na to, aby mohl nějak ovlivnit jeho podmínky. Tento předpoklad je zásadním důvodem pro omezení kartelových dohod.
- Homogenní produkt: Každý z výrobců nabízí na trhu naprosto stejný produkt. Vzhledem k homogenitě produktů neexistují zákaznické preference.
- Volný vstup na trh a opuštění trhu: Neexistují ekonomické, právní ani jiné významné bariéry pro vstup na daný trh či jeho opuštění, firmy mohou kdykoli na trh, kde je „volné místo“ pro dalšího hráče, vstoupit a v případě neúspěchu z něj zas odejít.
- Perfektní dostupnost informací: Každý výrobce i spotřebitel je dokonale informován o dostupných produktech a jejich ceně, takže v případě zvýšení ceny u jednoho prodejce nakupují spotřebitelé od druhého a v případě snížení ceny jedním prodejcem jsou ostatní nuceni snížit cenu také, protože jinak by přišli o veškerý odbyt.⁵³

Kromě výše uvedených základních předpokladů dokonalé konkurence uvádějí někteří autoři ještě dokonalou transparentnost trhu, která znamená, že všichni konkurenti mají dokonalý přehled o všech podmínkách na trhu, a dále vzájemnou nezávislost všech hráčů, jejich schopnost činit rozhodnutí nezávisle na ostatních subjektech na trhu.⁵⁴

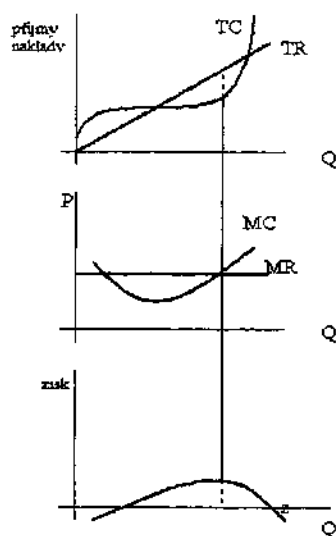
Za podmínek dokonalé konkurence jsou všechny subjekty na trhu pouze tzv. příjemci ceny⁵⁵, cenu zboží nemohou nijak ovlivnit, ani množstvím své produkce. Při dané ceně může podnikatel prodat neomezené množství svých výrobků, zatímco kdyby cenu byl

⁵³ V podstatě se jedná o úplnou elasticitu poptávky i nabídky.

⁵⁴ Jens Fejo, Monopoly Law and Market, Deventer, 1990

⁵⁵ z anglického „price-takers“

nepatrně zvýšil, neprodá nic. Namísto jakékoli cenové politiky se tedy soustředí pouze na co nejvyšší zvýšení rozdílu mezi výrobními náklady a stanovenou cenou, při maximálním možném zvyšování produkce. Celkové příjmy jsou závislé pouze na objemu produkce a průměrné příjmy se rovnají mezním příjmům. Maximální zisk pak firma realizuje v bodě, kdy se mezní příjmy rovnají mezním nákladům (obr. 2):



obr. 2

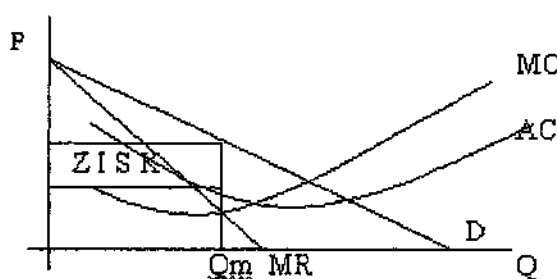
Již z výše uvedeného je zjevné, že dokonalá konkurence je naprosto nerealistickým a tedy pouze modelovým případem. Jako příklad trhů, které se podmínkám dokonalé konkurence blíží, se uvádějí trhy základních zemědělských komodit, například obilí. Kromě faktu, že dosažení dokonalé konkurence je ve skutečném světě nereálné, je třeba zmínit ještě několik problémů, které v sobě dokonalá konkurence skrývá⁵⁶:

- Předpokládá se, že podnikatelé se na trhu chovají racionálně a vždy se snaží maximalizovat zisk. Ovšem může např. nastat situace, kdy management firmy spíše než na maximalizaci zisku, cíl akcionářů, myslí na expanzi podniku či své vlastní zájmy.
- Teorie dokonalé konkurence předpokládá, že firmy budou tlačeny k co nejnižším nákladům. Z pohledu společnosti ovšem existují i náklady v širším slova smyslu, které podnikatel nemá zájem snižovat, naopak většinou jejich zvýšení může vést k jeho prospěchu: Jedná se zejména o zatěžování životního prostředí, vykořisťování pracovní síly apod.

⁵⁶ Richard Whish, Competition Law, Butterworth, London, 2003, str. 7-8

5. Monopol

Proti dokonalé konkurenci stojí na druhé straně další extrémní tržní prostředí, monopol, situace, kdy trh ovládá jediný hráč.⁵⁷ Předpokládáme tedy, že pro produkt, který monopolista vyrábí, neexistuje blízký substitut a že je prakticky nemožné, aby se vedle monopolní firmy na trhu udržel jakýkoli konkurent. Monopolista nejen že tržní cenu ovlivňuje, dokonce ji přímo určuje. Přitom se nemusí snažit o maximalizaci produkce a snižování nákladů. Výsledkem maximalizace zisku monopolistou (viz obr. 3, maximálního zisku dosahuje monopolista v situaci, kdy se mezní náklady MC rovnají mezním příjmům MR) je tedy nižší objem produkce, vyšší ceny a (zřejmě) nižší míra inovace.



obr. 3

V praxi může být vznik monopolu umožněn několika cestami. Buď může jít o monopol přirozený, jaksi nevyhnutelný, to je případ monopolů umožněných přírodními zákonitostmi a nebo ochranou práv – typicky patentem. S přirozeným monopolem lze z podstaty věci těžko bojovat. Monopoly mohou ale vznikat i z jiných důvodů, v situacích, kdy jeden ze soutěžitelů má před ostatními náskok (ať už díky vlastním schopnostem či díky historickým souvislostem)⁵⁸. Stranou nelze ponechat ani monopoly vzniklé z vůle státu, zejména státní podniky v tzv. strategických odvětvích a nebo zajišťující služby veřejného zájmu v rámci exkluzivní licence.

Existence monopolu je vždy spojena s nějakou formou bariér bránících vstupu na daný trh potenciálními konkurentům. Takové bariéry, například vysoké náklady vstupu na trh

⁵⁷ Rozpracování fenoménu monopolu v ekonomii se datuje do přelomu devatenáctého a dvacátého století, viz např. John Bates Clark, *Essentials of Economic Theory*, New York, 1907.

⁵⁸ Příkladem prvního může být pozice IBM na trhu s osobními počítači v osmdesátých letech dvacátého století, případně dřívější pozice společnosti Xerox v kopírovacích službách, nehledě na náskok daný právy k duševnímu vlastnictví dokázaly tyto firmy dosáhnout v podstatě úplného monopolu, který poté díky inovaci ostatních značek ztratily. Příkladem druhého modelu monopolu jsou zejména společnosti, které převzaly odvětví spravované dříve státním monopolem, typicky v dřívě v telekomunikacích, energetice apod.

a odchodu z něj, vysoké náklady na nutnou technologii, i obecnější faktory jako nedostatečná informovanost spotřebitelů, vysoká úroková míra, nepřehledné právní prostředí atp., pak spolu s přirozenými výhodami velkých firem, zejména úsporami z rozsahu, působí na monopolizaci i na trzích, které by monopolní jinak být nemusely.

6. Monopolistická konkurence

Zvláštní pozornost si ve vnímání monopolu zaslouhuje teorie monopolistické konkurence, publikovaná Edwardem Chamberlinem v roce 1933⁵⁹ a později dále rozvíjená autorem samotným, v roce 1977 pak přepracovaná duem Dixit – Stiglitz do dnešní podoby⁶⁰. Chamberlin se pokusil postavit naproti teorii dokonalé konkurence, ve své podstatě nerealistické, realističtější model, kdy každý z hráčů na trhu má jistou tržní sílu, omezenou tržními silami jeho konkurentů, přičemž nabízené produkty (substituty) nejsou zcela homogenní, ale vždy mezi nimi existuje rozdíl – ať už skutečný, nebo jen domnělý, vytvořený pomocí marketingu a podobných nástrojů. Křivka poptávky po produktu při monopolistické konkurenci je tím pádem klesající (díky diferenciaci, díky klesající křivce poptávky může v krátkém období firma v monopolistické konkurenci realizovat monopolní zisk), ale vysoce elastická, neboť ke každému zboží existují substituty. Významným faktorem je proto počet konkurentů na trhu, který určuje elasticitu poptávky a tak i míru nutného snížení ceny k zvýšení objemu prodeje. Potenciální reakce konkurentů také na rozdíl od dokonalé konkurence ovlivňují akce každého subjektu na trhu.

V dlouhém období se však monopolistická konkurence svým efektem blíží konkurenci dokonalé, protože monopolní zisk je stlačen na nulu absencí bariér mezi jednotlivými trhy a dostupností substitutů.

7. Realita: Oligopol, nedokonalá konkurence

Reálné tržní prostředí v ekonomické teorii popisuje v roce 1933 Joan Robinsonová jako nedokonalou konkurenci⁶¹. Je jasné, že teorie dokonalé konkurence jsou jen modelovou představou, úplný monopol bývá v tržním hospodářství spíše výjimkou a rovněž model

⁵⁹ Edward Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, 1933

⁶⁰ A. Dixit, J. E. Stiglitz, *Monopolistic Competition and Optimal Product Diversity*, *American Economic Review*, 67, str. 297–308, 1977

⁶¹ Joan Robinson, *The Economics of Imperfect Competition*, Cambridge, 1933. Publikováno na rok shodně s datem vydání Chamberlinovy práce, do jisté míry si konkurující autoři náleželi oba do Cambridžské ekonomické neoklasické školy.

monopolistické konkurence stojí na ve skutečnosti neexistujících předpokladech (např. žádné bariéry vstupu na trh). Významné prvky nedokonalé konkurence pro soutěžní právo shrnuje koncept heterogenního trhu:

Heterogenní trh se vyznačuje větším množstvím navzájem odlišných produktů, ovšem ve velké většině případů lze k danému produktu najít substitut. Kupující mají na heterogenním trhu osobní preference, existuje věrnost značce, ať už racionální, z důvodu její kvality, ceny, balení či reklamy, nebo spíše iracionální, daná tradicí či trendem. V důsledku heterogenní povahy produktu neexistuje na trhu jednotná cena. Jednotliví výrobci mohou nakládat s cenou svého produktu víceméně dle vlastního uvážení, aniž by tím nutně riskovali ztrátu všech zákazníků či naopak, při zlevnění, přetáhli na svou stranu všechny zákazníky konkurenta. Často se vyskytuje situace, kde je na trhu jeden dominantní hráč, jehož cenová politika má vliv na cenu ostatních produktů, ale v žádném případě nedosahující formátu a znaků monopolu.

Častým příkladem heterogenního trhu a nedokonalé konkurence je situace mezi monopoem a konkurencí, charakterizovaná jako oligopol, kdy je na trhu několik velkých hráčů, na sobě vzájemně do značné míry závislých, existují významné bariéry vstupu na trh, produkt je diferenciován, ovšem spíše než kvůli reálné odlišnosti zboží díky reklamě a věrnosti značce. Typickým znakem oligopolu je i to, že vztahy mezi subjekty ho tvořícími jsou svázány taktikou a vzájemnou závislostí. Je proto obtížné zjistit, jak moc je oligopol blízko monopolu a jak je blízko (ne-li dokonalé, pak alespoň „přijatelné“ – viz níže) konkurenci.

Tab. 1	Dokonalá konkurence	Monopolistická konkurence	Oligopol	Monopol
Počet firem na trhu	Velmi mnoho	Více	Několik	Jedna
Produkt	Homogenní	Diferencovaný podle značek	Diferencovaný	Jediný
Překážky vstupu na trh	Žádné	Žádné	Značné	Velké
Ovlivnění ceny firmou	Žádné	Omezené	Omezené	Výlučné
Vztah ceny a mezních nákladů	$P = MC$	$P > MC$, ale jen v krátkém období	$P > MC$	$P > MC$

8. Přijatelná konkurence a právo hospodářské soutěže

Je-li ideál dokonalé konkurence nedosažitelný, je nezbytné, aby se právní úprava soustředila na dosažení, resp. ochranu stavu, který se jí alespoň blíží. Proto je používán termín „přijatelné“ (nebo také funkční) konkurence⁶², situace, která je v zásadě kombinací monopolistické konkurence a oligopolu, přičemž jejich prvky se mohou libovolně kombinovat. Ačkoliv v rámci takového kompromisu nedojde zřejmě nikdy k prospěchu, který by přinášela dokonalá konkurence, stojí za to přijatelnou konkurenci chránit. Na teorii přijatelné konkurence vybudovala svůj přístup také Evropská Komise a Evropský soudní dvůr – viz případ Metro⁶³:

Požadavek uvedený v člancích 3 a 85 Smlouvy o ES, že soutěž nesmí být narušována, předpokládá existenci přijatelné konkurence na trhu, tj. takového stupně konkurence, nutného k dodržení základních podmínek a dosažení cílů stanovených Smlouvou, zejména vytvoření jednotného trhu s podmínkami obdobnými těm národním. V souladu s tímto požadavkem se může druh a intenzita konkurence lišit, a to do míry předurčené povahou příslušného zboží a služeb a hospodářskou strukturou daného odvětví. Tam, kde jde o výrobky vysoké kvality a vysoké míry technologického pokroku, a kde relativně malé množství větších a středních výrobců nabízí široké spektrum zboží které mohou zákazníci vnímat jako vzájemně zaměnitelné, nevylučuje struktura trhu existenci distribučních kanálů odpovídajících charakteru výrobce a požadavkům různých kategorií zákazníků.

V poslední době se vedle teorie přijatelné konkurence vyvinula ještě teorie „napadnutelných trhů“⁶⁴, podle níž bude dostatečně optimální alokace zdrojů v ekonomice dosaženo tehdy, pokud na každý trh bude kdykoli možné vstoupit a zase z něj odejít bez vynaložení zvláštních nákladů. Pokud firma stojící mimo daný trh nemusí vynaložit zvláštní náklady na vstup na trh, není nutné, aby na trhu byla dokonalá konkurence, lze totiž předpokládat, že pokud by k optimální alokaci statků a dosažení

⁶² „workable competition“, srov. např. John M. Clark, Towards a Concept of Workable Competition, American Economic Review, 30/1940

⁶³ Metro SB – Grössmärkte GmbH & Co KG v. EC Commission, 1977, C-26/76

⁶⁴ „contestable markets“, viz např. Baumol, Panzar a Willig: Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, Harcourt Brace Jovanovich, 1988. Teorie je prakticky aplikována zejména v soutěžním právu v USA.

Pareto-optimality bylo zapotřebí většího objemu výroby nebo více výrobců v daném odvětví, najde se vždy dostatek subjektů, kteří se při neexistujících bariérách vstupu do odvětví pokusí na trh vstoupit a realizovat na něm zisk. Analogicky pak teorie formuluje řešení při přebytku subjektů na trhu.

Je zřejmé, že teorie napadnutelných trhů ve své výše naznačené čisté podobě je rovněž idealismem, její zastánci však posunuli hranice teorie o něco dále a zastávají stanovisko, že pokud jsou podmínky pro vstup do odvětví nastaveny nediskriminačně, resp. pokud spočívají bariéry vstupu na daný trh pouze ve výši (finančních) prostředků na nezbytné investice, není pro ekonomiku na škodu, je-li na daném trhu pouze malé množství subjektů.⁶⁵ To je ovšem poměrně optimistický předpoklad, jakoby opomíjející přirozené tendence k paralelnímu oligopolistickému chování subjektů na takových trzích, které rozhodně nevede k blahu spotřebitele.

9. Tržní síla

Klíčovým pojmem při posuzování konkurence na trhu je tržní síla jednotlivých soutěžitelů. Tržní sílu vykonává soutěžitel zjednodušeně řečeno vždy, když prodává za cenu vyšší než jeho mezní náklady. Z toho lze dovodit, že tržní sílu mají až na minimální výjimky všechny ekonomické subjekty, cena totiž v praxi téměř vždy přesahuje (krátkodobě) mezní náklady⁶⁶. Spíše než na zjišťování existence či neexistence tržní síly je tedy při analýze poměrů na trhu zapotřebí soustředit se na to, zda je tržní síla soutěžitelů tak velká, že vyžaduje nějakou formu intervence. V oblasti kartelových dohod je tržní síla soutěžitelů důležitým faktorem při stanovování, zda dojde uzavřením dohody k narušení hospodářské soutěže, případně jak velkému.

Evropská Komise tržní sílu chápe jako „schopnost podniku zvýšit ceny omezením produkce, aniž by tím došlo k významnému poklesu jeho prodeje či příjmů“⁶⁷. Taková definice v sobě skrývá více prvků: Soutěžitel musí být schopen zvýšit cenu omezením produkce, což vyžaduje klesající (agregátní) poptávkovou křivku na relevantním trhu; klesající je ale velká většina poptávkových křivek. Zvýšení ceny musí vést k zvýšení

⁶⁵ Jako příklad je uváděn sektor aerolinií, viz Richard Whish, *Competition Law*, Butterworth, 2003, str. 15

⁶⁶ Tržní síla neznamená možnost zvýšit cenu nad současnou cenovou hladinu, ale nad hladinu, která by na trhu byla při dokonalé konkurenci.

⁶⁷ Viz např. Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services, OJ 2002/C 165/03

ziskovosti soutěžitele – kterákoli firma může kdykoli zvýšit cenu, ale pokud to sníží její prodej tak, že nedojde k nárůstu zisku, tak to racionální podnikatel neudělá.

Míru poklesu prodeje v závislosti na zvýšení ceny popisuje cenová elasticita poptávky, tedy podíl změny prodaného zboží a změny prodejní ceny. V případě, že je elasticita nižší než 1, vyplatí se soutěžiteli zvýšit cenu, neboť pokles prodeje nebude tak výrazný, naopak při elasticitě vyšší než 1 bude pokles prodeje markantní. Čím vyšší je elasticita poptávky, tím výraznější je sklon křivky poptávky. Otázkou pak je, zda při vyšší než jednotkové elasticitě poptávky zákazníci odejdou k jiným soutěžitelům na relevantním trhu – pak to svědčí o nedostatku tržní síly daného soutěžitele – a nebo utratí svůj důchod za jiné zboží. Míra, v jaké spotřebitel na zvýšení ceny jednoho produktu přechodem na jiný, je vyjadřována křížovou elasticitou poptávky, podílu změny v prodeji substitutu a změny ceny daného produktu. Je-li křížová elasticita kladné číslo, jedná se o substituty, je-li záporná, jde o zboží komplementární, s nárůstem ceny jednoho klesá poptávka i po druhém. Křížová elasticita poptávky je velmi důležitý nástroj při určování relevantního produktového trhu⁶⁸.

Elasticita poptávky a s ní i míra tržní síly subjektu závisí na mnoha faktorech, které se pak přímo projevují na posuzování škodlivosti kartelových dohod pro hospodářskou soutěž. Jsou to například:

a) Počet konkurentů na trhu

Obecně lze říci, že čím vyšší je počet soutěžitelů na daném relevantním trhu, tím elastičtější je poptávka po zboží jednoho z nich, neboť ostatní mohou snadněji přetáhnout zákazníky na svou stranu. V praxi postačí i nevelké množství dostatečně velkých konkurentů pro to, aby poptávka po zboží jednoho soutěžitele byla dostatečně elastická. Počet konkurentů na trhu je ale samozřejmě velmi pořádkový ukazatel, i dva subjekty mohou vytvořit podmínky podobající se dokonalé konkurenci, jsou-li splněny jiné předpoklady (viz dále).

b) Tržní podíly a koncentrace trhu

Má-li podnikatel vysoké procento tržního podílu, znamená to mimo jiné větší možnosti ovlivňovat cenu a pravděpodobně také nižší elasticitu poptávky. Čím více je na trhu velkých hráčů oproti malým, tím je trh koncentrovanější a tím vzdálenější je dokonalé

⁶⁸ Poprvé byla využita ve Spojených státech v rozsudcích Times-Picayune v roce 1952 a pak ve slavném „celofánovém“ U.S. vs. E.I. du Pont z r. 1957.

konkurenci. Koncentrace trhu je standardně ukazována Herfindahl-Hirschmannovým Indexem (HHI), tedy sumou druhých mocnin tržních podílů všech subjektů na trhu v procentech. HHI se pohybuje v intervalu mezi 10000 u monopolu a s rostoucím počtem subjektů na trhu se za předpokladu rovnoměrnější distribuce tržních podílů blíží nule. V případě, že není znám tržní podíl všech soutěžitelů na trhu, je vždy možné určit rozmezí, v němž se HHI bude vyskytovat, tedy někde mezi hodnotou odpovídající situaci, kdy neznámý zbytek trhu zabírají subjekty s prakticky nulovým tržním podílem a naopak kdy zbytek trhu ovládá jediná firma. Stupeň koncentrace trhu se v závislosti na vypočtené hodnotě indexu člení do následujících kategorií: Při HHI do 1000 bodů jde o nekonzentrováný trh, HHI od 1000 do 1800 bodů znamená středně koncentrováný trh, přes 1800 bodů jde už o koncentrováný trh. Pro oligopolní trh je stupeň koncentrace dán v rozmezí od 2000 do 7000 bodů, nad uvedenou hranici se již fakticky jedná o monopol. Ani význam tržních podílů a koncentrace trhu pro posuzování tržní síly soutěžitelů ale nemůže být přeceňován, vždy se totiž jedná o statický údaj, nereflektující dynamiku trhu. V určitých případech mohou tržní podíly subjektů poměrně rychle výrazně růst či naopak klesat a je-li tržní podíl podnikatele zřetelně klesající, pak je jeho tržní síla mizivá, nehledě na stávající tržní podíl.

c) Bariéry vstupu na trh a potenciální konkurence

V případě, že firmy na určitém trhu dosahují nadměrných zisků, dalo by se očekávat, že s postupem času přijdou na trh noví soutěžitelé a sníží cenovou hladinu a tedy i zisky. Pokud je ale trh chráněn nejrůznějšími bariérami, je vstup nových hráčů obtížnější a situace na trhu zakonzervovaná, daleko od ideálu konkurence. Bariéry mohou být povahy právní (zákonná omezení vstupu, zákonné monopoly, práva k duševnímu vlastnictví, administrativní obtíže) i ekonomické (vysoké vstupní náklady, případně vysoké výstupní náklady, ale i vysoké úrokové míry atp.). Někdy mohou být bariéry nepřekonatelné – může být fyzicky nemožné zahájit vysílání nového rádia, jsou-li již všechny dostupné frekvence rozebrány⁶⁹. Na bariéry vstupu může být pohlíženo i z druhé strany, ze strany stávajících soutěžitelů na trhu již usídlených, pro které bariéry vstupu fakticky znamenají „možnost dlouhodobě zvedat cenu nad celkové průměrné

⁶⁹ Tyto tzv. absolutní bariéry pak v soutěžním právu mohou vést k aplikaci institutu „nezbytných zařízení“ (essential facilities), kdy vlastníci takových zařízení mohou být nuceni poskytnout je i jiným subjektům. Doktrína je v evropském soutěžním právu hojně používána, byť je tento koncept vyvinutý judikaturou ESD předmětem mnoha diskusí.

náklady výroby, bez risku příchodu nových konkurentů⁷⁰. V praxi je celkem běžné i to, že bariéry svého druhu vytváří i stávající subjekty na trhu, například umělým snižováním cen v případě očekávaného příchodu nového hráče či obecně vydáváním falešných signálů o nízké ziskovosti na relevantním trhu.⁷¹

Zvláštním případem bariér mohou být bariéry expanze v rámci trhu, kdy společnost již na trhu působí, ale případné další zvyšování jejího tržního podílu je z nejrůznějších důvodů obtížné. Takové důvody bývají vesměs ekonomické – nutnost vybudování nového výrobního závodu apod. Bariéry expanze mají vždy vliv na tržní sílu: Jsou-li u dané firmy vysoké a u ostatních hráčů na trhu nízké, pak ani velký tržní podíl a vysoké bariéry vstupu nevedou k velké tržní síle.

d) Diferenciace produktu

Na trzích, kde je veškeré zboží identické, povede zdražení jednoho výrobce k přesunu zákazníků k jinému výrobci, protože všichni vyrábějí totožné zboží. Elasticita poptávky po zboží konkrétního výrobce tak bude vysoká. Na většině trhů ale produkt zdaleka není homogenní, liší se v charakteristikách a kvalitě (vertikální diferenciaci) i v jiných attributech ovlivňujících preference kupujících, např. marketingu (horizontální diferenciaci). Obecný efekt snahy firem o diferenciaci produktu je snížit míru přímé konkurence produktů a přitáhnout zákazníky substitutů k sobě – snížit elasticitu poptávky po zboží výrobce. Zejména možnost vertikální diferenciaci produktu podporuje větší koncentraci trhu a nižší elasticitu poptávky – pokud firmy vyššími náklady na výzkum a vývoj mohou dosáhnout lepší kvality svého výrobku než mají ostatní, je pravděpodobné, že jen několik málo subjektů na trhu dokáže držet krok, nutnost vysokých investic do technologie také znamená významnou bariéru vstupu na trh.⁷²

⁷⁰ J. S. Bain, *Barriers to New Competition*, Cambridge: Harvard University Press, 1956

⁷¹ V soutěžním právu USA je často používán koncept tržní síly k vyloučení konkurentů (exclusionary market power), na rozdíl od Evropy, kde jasně dominuje tržní síla jako možnost ovlivnit cenu. V rozsudku *United States vs. E. I du Pont Nemours Co.*, 351 US 377 (1956), definuje Nejvyšší soud USA monopolní sílu jako sílu umožňující kontrolovat ceny nebo vyloučit konkurenty ze soutěže.

⁷² Příkladem může být trh počítačových procesorů.

10. Kartelové stimuly

Vzhledem k tomu, že ve většině odvětví je cenová politika firem silně závislá na přístupu ostatních konkurentů, představuje dohoda na ceně s ostatními soutěžiteli výrazné lákadlo. Nedohodnou-li se soutěžitelé přímo na ceně, mohou stejného efektu, tedy omezením vlivu konkurence na tvorbu ceny, dosáhnout dalšími prostředky, zejména rozdělením trhů, omezením produkce, uzavíráním exkluzivních smluv s odběrateli apod. Dohody mohou být jak výslovné, tak učiněné mlčky, bez vzájemné komunikace (jednání ve vzájemné shodě). Touha soutěžitelů po spolupráci může být popsána teorií her, konkrétně jejím nejslavnějším výstupem, tzv. vězeňským dilema:

Ilustrace je inspirována situací, kdy dva vězni, aniž by znali rozhodování toho druhého, zvažují, zda se přiznat ke spáchanému zločinu či nikoli. Přizná-li se jeden, bude tvrdě odsouzen, zatímco druhý unikne bez trestu. Přiznají-li se oba, bude jejich trest nižší, neboť přiznání je chápáno jako polehčující okolnost, zatímco bez přiznání jsou odsouzeni oba k vyšším trestům. Obava z velkého trestu, nepřizná-li se zároveň druhý vězeň, vede oba k zapírání a relativně vyššímu trestu v tzv. Nashově rovnováze.

V nejjednodušším modelu dvě firmy (bez znalosti rozhodnutí druhého) zvažují, zda prodávat za cenu vysokou či nízkou. Zvolí-li jedna cenu vysokou a druhá nízkou, získá všechnen zisk konkurent s nižší cenou. Toto riziko vede oba při fungující konkurenci k preventivní politice nižších cen, která vede i k jejich nižším ziskům (viz tab. 2).

Tab. 2	Firma A		
	(zisky A/B)	Vyšší cena	Nižší cena
Firma B	Vyšší cena	10/10	30/0
	Nižší cena	0/30	5/5

Protože ale mají oba shodný zájem zisk maximalizovat, mohou ceny zvýšit a aby eliminovali nebezpečí, že jeden z nich strhne zákazníky na svou stranu snížením ceny, fixovat situaci v rovnováze vyšších cen kartelovou dohodou. Vězeňské dilema ale stejně jako společný stimul ke kartelizaci ilustruje motivaci jednotlivců kartelovou dohodu porušit a nasadit nižší cenu. Nashovy rovnováhy spočívající v kartelizaci trhu lze dosáhnout pouze za předpokladu, že jde o kontinuální, opakované střety nabídky a

poptávky; kdyby šlo o jednorázový prodej, nasadil by každý soutěžitel nízkou cenu, neboť by mu nehrozilo odvetné opatření konkurenta v příštím „kole“.

Jak již bylo ukázáno, závisí potenciál kartelové dohody zvýšit cenu na elasticitě poptávkové křivky, čím je méně elastická, tím vyšší cenu může kartel stanovit a vyšší zisky realizovat. Z toho vyplývá, že největší sklon ke kartelovému chování nalezneme na trzích, kde neexistuje mnoho substitutů, výrobní prostředky jsou omezené a vstup nových hráčů na trh obtížný. Vysoká pravděpodobnost kartelového chování je také na trzích, kde bez dohody mezi soutěžiteli panuje tvrdá konkurence a ceny jsou tlačeny ke dnu. Zde vidíme, že pravděpodobnost dohody mezi soutěžiteli nemusí souviset a zpravidla zdaleka nesouvisí s tím, jak nepřátelsky vůči sobě konkurenti vystupují, leckdy je tomu právě naopak.

Popudy ke kartelovému chování mohou být vyváženy faktory, které vznik kartelu ztěžují:

- Dynamika poptávky a nejistá budoucnost: Na vyvíjejících se trzích, například z důvodu rychlého technologického pokroku, je výsledek kartelové dohody vždy nejistý.
- Rozdíly mezi soutěžiteli: Pokud jsou někteří soutěžitelé velké koncerny a jiní patří mezi střední a malé podnikatele, budou velké rozdíly ve struktuře jejich fixních a variabilních nákladů, efektivitě podnikání, přístupu ke zdrojům apod. Ziskovost firmy závisí na výši mezních nákladů, budou-li mezní náklady firem různé, může být jiná i jejich cenová politika a sklon ke kartelizaci bude menší.
- V případě heterogenního zboží je pravděpodobné, že firmy budou schopny upoutat zákazníky více charakteristikami zboží než jen cenou a kartel tak ztrácí hodně ze svého významu.
- Počet firem na trhu / koncentrace trhu: Čím více hráčů se na trhu vyskytuje, tím obtížnější je přesvědčit dostatečné množství z nich k dodržování kartelové dohody.

Co se týče stability již uzavřených kartelových dohod, již výše bylo uvedeno, že touha firmy po porušení kartelové dohody vyplývá z možnosti získat zákazníky konkurence nižší cenou. Šance, že některý z členů kartelu dohodu poruší (nazýváme ho „odpadlík“), je pak logicky tím vyšší, čím větší jsou jeho zisky z takového jednání, čím

méně je pravděpodobné, že jeho chování bude odhaleno, a dále s ohledem na možnosti ostatních členů kartelu takové chování potrestat⁷³.

- Zisky z porušení kartelové dohody: Bezpodmínečně nutné pro výhodnost porušení kartelové dohody je, aby přesun zákazníků od členů kartelu k odpadlíkovi byl tak velký, že bude kompenzovat zisky z vyšší (kartelové) ceny a navíc ještě přinášet zisky další. Kromě elasticity poptávky po odpadlíkové produkci je nutné zvážit mezní náklady odpadlíka⁷⁴ a také rozdíl mezi kartelovou cenou a jeho nižší cenou. Pokud se pohybujeme v odvětví s vysokými fixními a nízkými variabilními náklady, je zvýšení produkce relativně výhodnější a kartel méně stabilní.
- Pravděpodobnost odhalení odpadlíka: Pokud je odpadlík schopen těžit z „podvedení“ kartelu delší dobu, znamená to pro něj vyšší zisky. Na trzích, kde jsou ceny konkurence transparentní, je velmi obtížné odpadlictví utajit.⁷⁵ Homogenní povaha prodávaného zboží ulehčuje zjištění, že někdo nedodrжуje kartelem stanovenou cenu, není totiž možné změnu ceny schovat za odlišnost výrobku. Čím je na trhu menší počet hráčů, tím markantnější je vliv jednoho z nich na situaci na trhu a tím snadněji může být odhaleno případné odpadlictví. Naopak pro odpadlíka hraje případná nestabilita poptávky.
- Pokud kartel nemá možnost odhaleného odpadlíka nijak potrestat, je zřejmé, že se odpadlictví vyplatí, největším trestem je pro něj totiž rozpad kartelu a snížení ceny na konkurenční úroveň. Sjednaná forma trestu bude nejpravděpodobněji spočívat v omezení kartelové dohody vůči odpadlíkovi, například v povolení konkurence pouze vůči němu⁷⁶. V případě, že členové kartelu zvolí jako metodu trestu pro odpadlíka skupinový bojkot, je možné, že se dopustí zneužití (společného) dominantního postavení na trhu. Osobně se domnívám, že je více méně irelevantní, zda je hrozba trestu stanovena již v kartelové dohodě a nebo je trest „vymyšlen“ až po odhalení odpadlíka, odpadlíkovi totiž ve velké většině

⁷³ S. Bishop, M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, Londýn, 2002

⁷⁴ Mezní náklady zde ukazují na možnost zvyšovat produkci k realizování vyššího zisku; pokud odpadlík vyrábí již na hranici svých produkčních možností a mezní náklady by se zvyšováním produkce stoupaly, stává se jeho odklon od kartelu méně rentabilním.

⁷⁵ Bishop a Walker uvádějí jako příklad boje s transparentními cenami typický nástroj odpadlictví – poskytování skrytých, tajných slev a bonusů odběratelům pravděpodobně v jisté omezené míře nepovede k změny ceny známé na trhu, ale funguje stejně, jako snížení ceny jako takové.

⁷⁶ Typicky v případech dohod o rozdělení trhů.

případů musí být jasné, že je-li trest možný, ostatní členové kartelu se o něj pokusí, a to v nejtěžší možné formě, aby zabránili dalšímu rozpadu kartelu.

Studie z poslední doby uvádějí, že i přes výhody, které kartely svým účastníkům přinášejí, je doba jejich trvání v současné informační společnosti omezená, a to spíše kvůli vývoji na trhu, inovacím a nedostatečným možnostem kontroly porušování kartelových dohod jejich účastníky, nežli z důvodu souvisejícího se soutěžním právem. Průměrná délka trvání kartelů mezinárodní povahy či jiného formátu přesahujícího lokální poměry se pohybuje mezi 3 a 6 lety⁷⁷; tato doba se zřejmě průběžně bude zkracovat se zkracováním obvyklého životního cyklu výrobku a dalším prohlubováním informačních technologií.

⁷⁷ Dále viz např. detailní studie J. E. Zimmerman, J. M. Connor, *Determinants of Cartel Duration: A Cross-sectional Study of Modern Private International Cartels*, Purdue University, Indiana, 2005

IV. EKONOMICKÁ ANALÝZA V ROZHODOVACÍ PRAXI

1. Analýza

Ačkoliv soutěžní právo zjevně s ekonomii soutěžitelů přímo souvisí a jeho východiska i cíle jsou s ekonomikou přímo spjaté, lze říci, že ekonomický pohled nehrál v minulosti v rozhodování Komise v soutěžních věcech zrovna nejdůležitější úlohu. Následkem nedostatku ekonomické analýzy v rozhodování je logicky i nevypočitatelnost rozhodnutí – je obtížné spolehnout se na zkušenost z předchozí rozhodovací praxe, pokud předchozí rozhodnutí závisela na zvážení Komise, zda dohoda bude či nebude mít vliv na hospodářskou soutěž.

Obzvláště obtížně šlo předem odhadnout rozhodování Komise o udělení individuální výjimky, neboť zásadní otázka, zda může dohoda přispět ke zlepšení výroby, zda umožňuje přenést díl zisku na spotřebitele atd. Pružně nastavená kritéria totiž jednoznačně svádějí k libovůli v uvažování a nedostatek pevných argumentačních principů, které může nabídnout ekonomická analýza, tomu jen napomáhá. Vždy existuje možnost označit protisoutěžní ujednání za „nezbytné“ či „opodstatněné“, a pokud neexistuje v odůvodnění rozhodnutí jasná argumentace dokládající nezbytnost či opodstatněnost omezení soutěže, lze rozhodnutí jen těžko přezkoumat. Zřejmě i proto Komise historicky raději udílela individuální výjimky než aby jasně rozhodla, zda dohoda není porušením čl. 81 SES, tedy že soutěži nebrání, neomezuje ji ani ji nenarušuje.⁷⁸ (Logickým dopadem tohoto režimu pak byla kumulace žádostí o individuální výjimku, které postupně vyústilo až k procesní reformě provedené nařízením č. 1/2003, v tomto smyslu zejména k posuzování uplatnění individuální výjimky podle č. 81 odst. 3 samotnými soutěžiteli a k aplikaci evropského práva národními úřady.)

Dalším aspektem ekonomické analýzy v rámci rozhodování Komise je otázka posuzování ekonomických dopadů kartelových dohod dle podmínek před účinností / účinkem dohody a po ní (*ex ante* nebo *ex post*). Rozhodování až na základě účinků dohody je pro regulátora jednodušší, neboť lze lépe získávat údaje o dopadu kartelové dohody na relevantní trh a poskytuje obraz o tom, zda a jak dohoda brání, omezuje nebo

⁷⁸ Viz Korah, Valentine: *EC Competition Law and Practice*, Sweet&Maxwell, Londýn, 1994; na str. 269 jsou v tomto kontextu citována rozhodnutí *De Laval / Stork* (rozh. Komise č. 77/543/EHS, OJ 1977 L 215/11), *BP / Kellogg* (rozh. Komise č. 85/560/EHS, OJ 1985 L 369/6), *Mitchell Cotts / Sofiflora* (rozh. Komise č. 87/100/EHS, OJ 1987 L 41/31).

narušuje soutěž. Z pohledu soutěžitele je ale takový pohled jaksi nefér: Pokud se rozmýšlí zda a za jakých podmínek uskutečnit svou investici, může dojít k dilematu – buď svou investici ochrání za pomoci ujednání, která mohou být na hraně z pohledu soutěžního práva, a nebo bude riskovat, že investice bude zmařena.

Ideálním přístupem z hlediska subjektů účinkujících na trhu by v případě posuzování porušení čl. 81 odst. 1 bylo, kdyby pozice soutěžitelů byla zkoumána ex ante, což poskytne správný obraz o motivech a postavení soutěžitelů, včetně definice relevantního trhu pro potřeby určení tržní síly a tržního podílu zúčastněných soutěžitelů a také o případné „nezbytnosti“ nebo „opodstatněnosti“ protisoutěžních ujednání. Dopad dohody na relevantní trh by naopak byl posuzován srovnáním se situací ex post, ukazující skutečný vliv kartelu na soutěž.

Pokud se ale jedná o posuzování pro účely udělení individuální výjimky podle čl. 81 odst. 3, převažuje názor, že výchozí bod by měl být opačný – tedy náhled ex post. Ve prospěch posuzování ex post argumentuje např. Josef Bejček⁷⁹, který s odkazem na Pokyny Komise o aplikaci čl. 81 odst. 3 Smlouvy⁸⁰ říká, že dohodu mezi soutěžiteli je nutné posuzovat v kontextu, a nikoli pouze s ohledem na okamžik, ve kterém vznikla; výlučné posuzování ex ante pak neodůvodněně ignoruje okolnosti nastanuvší po uzavření dohody.

To má svou souvislost i s faktem, že aplikace individuální výjimky není rozhodnutím jednou pro vždy – v případě následné změny podmínek na trhu se může stát, že uzavřená dohoda např. přestane přinášet spotřebitelům patřičný užitek a nebo např. soutěžní omezení v ní obsažená začnou převažovat nad přínosy dohody. Dokud byly individuální výjimky udělované Komisí, bylo řešení tohoto vývoje jednoduché – individuální výjimka byla udělena na omezené časové období a potom buď dohoda skončila a nebo musela být znovu posuzována. Nyní však může být udělení výjimky časově omezeno pouze tehdy, dojde-li k němu rozhodnutím příslušného orgánu.

⁷⁹ J. Bejček: Falešné dilema strnulé právní normativisty a pružného ekonomického pragmatismu v soutěžním právu, in Právník 7/2006

⁸⁰ Commission Guidelines on the application of art. 81 (3) of the Treaty, OJ 2004/C 101/08

Pokud tedy podle nového nařízení č. 1/2003⁸¹ závisí aplikace individuální výjimky nejprve na samotných soutěžitelích a poté např. na národním orgánu dohledu, lze jen těžko říci, jak bude taková dočasnost reflektována, nebo spíše jak se s takovým rozhodováním vypořádají např. české orgány. Pokud soud rozhodne v rámci posuzování nějakého soukromoprávního sporu o aplikaci individuální výjimky na kartelovou dohodu, a následně se podmínky na trhu změní, bude podle podstaty věci teoreticky možné aplikaci individuální výjimky dalším rozhodnutím vyloučit. Jak tím ale budou dotčeny souvislosti původního rozhodnutí? Má být novým rozhodnutím (např. v rámci řízení o náhradě škody) zasahováno i do právních vztahů vzniklých mezi účastníky podle minulého rozhodnutí, jímž byla individuální výjimka udělena/potvrzena? Tyto otázky ukazují zejména na skutečnost, že svěřením aplikace čl. 81 v celém jeho rozsahu i dalším orgánům než je jen Komise a evropské soudy přinese nutnost zvažování dalších právních principů, jako je dobrá víra, retroaktivita, konstitutivní či deklaratorní povaha rozhodování o individuálních výjimkách, apod., které již mají úzkou souvislost s národním právním řádem a jurisdikcí.

S ohledem na výše uvedené meze právního rozhodování může použití ekonomických postulátů jako vedoucí myšlenky pro aplikaci norem soutěžního práva vést nikoli jen k efektivnímu a pragmatickému řešení problémů hospodářské soutěže, pod praporem „rule of reason“, ale oklikou i k novým obtížným a velmi teoretickým problémům krystalicky právním, které by nás v případě přístupu „per se“ tolik netížily. Pro subjekty na trhu to pak znamená další právní nejistotu, které tolik chtěli zabránit ordoliberalové, stojící za vznikem evropských soutěžních norem (snad se ale bude jednat jen o mizivý počet komplikovanějších případů).

Jeden recept, ne všemocný, ale aspoň trochu usnadňující orientaci a rozhodování, spočívá v možnosti předem stanovené dočasnosti udělených výjimek. Tato metoda se už dlouho uplatňuje u blokových výjimek, kde je ale zřejmě vedena spíše deklarací vůle v budoucnu revidovat pohled na narušení soutěže určitým typem kartelových dohod globálně, z pozice legislativy. Pokud by ale nějaké obecné omezení bylo stanoveno i pro výjimky individuální, mohlo by to napomoci právní jistotě na straně podniků – jejich

⁸¹ S ohledem na zásadní změnu provedenou nařízením Rady č. 1/2003, od jehož účinnosti (1. 5. 2004) podniky/soutěžitelé sami posuzují soulad své dohody s evropským soutěžním právem a otázku, zda se na danou dohodu vztahuje (zejm.) individuální výjimka dle čl. 81 odst. 3 Smlouvy o ES. Břemeno posuzování se přeneslo na soutěžitele a Komisi či příslušné národní správní nebo soudní orgány pak mohou v případě udání či vlastního zjištění zahájit řízení o souladu dohody se soutěžním právem.

strategické rozhodování by pak mělo brát v úvahu, že po uplynutí stanoveného období, například několika let, musí být posouzení kartelové dohody opakováno při zvážení nové situace a vyhodnocení dosavadního dopadu kartelové dohody na relevantní trh.

Prakticky by takové omezení snad mohlo být realizováno například normativním omezením automatického přiznávání individuálních výjimek na určité časové období, s tím, že např. po třech letech trvání kartelové dohody by její další pokračování bylo podmíněno rozhodnutím příslušného úřadu pověřeného kartelovým dohledem. Dalo by se namítnout, že na utajované, „opravdové“ kartely taková zákonná úprava nemá vliv, avšak u těch je pravomoc kontrolních orgánů zakročit dána vždy a od samého počátku. Omezení individuálních výjimek např. na pět let *en bloc* by podle mého názoru bylo příliš necitlivým zásahem do fungování trhu, avšak vzhledem k jejich povaze, k tomu, že jsou obvykle určeny k překonání určitého složitého období, otevření nového trhu či zpřístupnění nových produktů spotřebitelům, by ani tato varianta nemusela být nepoužitelná.

2. Vliv rozhodnutí o kartelu na soutěžitele

Rozhodnutí Komise či jiného oprávněného orgánu o tom, že určitá dohoda mezi soutěžiteli podléhá zákazu podle čl. 81 SES, má zásadní vliv na vzájemné vztahy mezi nimi. Uzavření konkrétní dohody ve velké většině případů předchází rozsáhlá vyjednávání a vyjednávací pozice a schopnosti stran se odrážejí v uzavřené dohodě. Pokud se jedná o komplexnější investici či obchodní projekt, odrážejí se vyjednané podmínky ve více ujednáních. Pokud potom dojde k prohlášení některé z dohod za neplatnou pro rozpor se soutěžním právem, dojde k citelnému zásahu do celého obchodního projektu. Vzhledem k tomu, že od uzavření dohody a nastartování investic a spolupráce do deklarace neplatnosti dohody obvykle uběhne nějaký čas, lze říci, že deklarace neplatnosti zasáhne do již nastartovaných procesů a způsobí razantní zásah do vzájemných vztahů zúčastněných soutěžitelů.

Výše popsané riziko, které s sebou soutěžní právo nutně přináší, tak působí přímo proti základnímu cíli soutěžního práva, tedy podpoře fungování ekonomiky – nejistota je totiž jasným nepřítelem touhy podnikatelů po investicích.

Řešením tohoto dilematu pak podle mého názoru může být další rozšíření systému blokových výjimek. Pokud dojde k rozšíření jasných a přehledných norem, umožňujících určení přípustnosti či nepřípustnosti dohody ještě před zahájením příslušné spolupráce mezi soutěžiteli, sníží to významně riziko nežádoucího zásahu do již rozběhnutého podnikání, při zachování kontroly nad nežádoucími narušeními hospodářské soutěže. V současnosti uplatňovaná struktura blokových výjimek přitom umožňuje postižení nejtvrdějších kartelů i v případě, že formální požadavky blokové výjimky budou naplněny.

Obdobným principem, který by vylepšil předvídatelnost rozhodnutí v oblasti soutěžního práva pak samozřejmě může být co nejširší uplatnění transparentní ekonomické analýzy, kterou mohou stejně jako např. Komise provést sami soutěžitelé; data nutná pro provedení zkoumání totiž až na výjimky mají k dispozici stejně jako Komise, často dokonce aktuálnější a přesnější. Pokud tak budou při aplikaci soutěžního práva používána čitelná ekonomická argumentace, dojde tím k lepšímu naplnění cílů soutěžního práva. Příkladem pak může být definice relevantního trhu, základní bod posuzování kartelových dohod, jak je popisováno níže.

Mezi pravomocemi Komise a národních antimonopolních orgánů, aplikujících článek 81 Smlouvy o ES, udělenými nařízením č. 1/2003, je i pravomoc vydávat předběžná opatření (interim measures) a přijímat dobrovolné závazky podniků, směřující k zmírnění dopadů kartelových dohod na soutěž a tedy např. k povolení dohody, udělení výjimky, zmírnění sankce apod. Pravomoc vydávat předběžná opatření je bez bližšího vymezení obsažena v čl. 5 nařízení, pro Komisi je však detailněji upraven v čl. 8 – vyžaduje se hrozba vážného a nenapravitelného poškození hospodářské soutěže; pro národní úřady je třeba vzhledem k čl. 35 nařízení použít národní normy, i s ohledem na princip proporcionality by však i u nich měla být vždy dodržována uvedená podmínka hrozby vážné a nenapravitelné škody.

Přijímání závazků⁸² účastníků kartelových dohod za účelem zmírnění jejich negativního dopadu na soutěž je koncept obvyklý zejména v oblasti soutěžního práva zabývající se spojováním soutěžitelů. Z pohledu podniků má jednu velice významnou výhodu, a to že se spolupodílejí na vyvážení negativ pro hospodářskou soutěž a mohou sami provést

⁸² viz čl. 9 nařízení č. 1/2003 pro Komisi a také čl. 5 nařízení pro národní úřady

odpovídající analýzy, zda se jim za takových podmínek kartelové jednání stále ještě vyplatí. Z pohledu orgánu kontroly je zas důležitý ten aspekt, že celý proces je pod dohledem a tedy nejen že dochází k regulaci kartelu, ale je možné i velmi dobře sledovat, jaký vliv má konkrétní dohoda na relevantní trh a zda příslušná dobrovolná omezení podniků mají ten kompenzační pro-soutěžní efekt, pro který byla přijata.

Po procesní stránce ale tyto výhody lze využít zejména v rámci konzultací individuální výjimky podle čl. 81 odst. 3 Smlouvy o ES a je otázkou, kolik firem bude ochotno do takového z jejich pohledu nejistého procesu jít a nespolehnou se raději na to, že právě jejich kartelová dohoda kontrole unikne či bude shledána v souladu s právem. V asi nejtypičtějším případě využití dobrovolných závazků, na který se čl. 9 nařízení č. 1/2003 vztahuje, tedy při řízení o zákazu kartelové dohody resp. uložení sankcí, je již trh obvykle kartelovou dohodou deformován a dobrovolné závazky tak podle mého názoru ztrácejí významnou část svého kouzla, tedy lépe řečeno ztrácejí na efektivitě, kterou mají při spojování soutěžitelů, kde je účinnost jednání podniků svolením Komise podmíněna. Tím se ale už dostáváme k principiální otázce kladů a záporů modernizace pojmání a posuzování individuálních výjimek a také k otázce, zda vůbec podniky obecně jsou a nebo nejsou ochotny kartelové právo respektovat. Podle mého názoru se totiž ukazuje, že obvyklé a rozšiřující se compliance programy, tedy vnitropodnikové programy a systémy souladu se soutěžním právem nemají velký vliv na to, zda ke kartelovému jednání dochází či nikoli – rozhodnutí o velkých kartelových dohodách, které mají skutečně vážný negativní vliv na společný trh, jsou totiž přijímána na úrovni vyšší a nebo maximálně stejné, jako jsou compliance programy, a compliance programy tedy často v zájmu kartelu ustupují stranou. Proto je jako výrazně účinnější prvek nutno vnímat snižování pokut a další úlevy členům kartelů, kteří kartel nahlásí a spolupracují („whistle blowing“) ve smyslu nejnovějšího Oznámení Komise o ochraně před pokutami a snížení pokut v případě kartelů⁸³, účinného od prosince 2006. Ať totiž chceme nebo nechceme, rozhodnutí podniků jsou v převážné většině vedena ekonomickou argumentací zahrnující i adekvátní posouzení rizik a v případě, že ekonomické přínosy dostatečně vyvažují rizika protizákonného postupu, nelze na dodržování norem zrovna spoléhat.

⁸³ OJ 2006/C 298/11, nemohu si odpustit poznámku o tom, že český jazyk je při překladu názvů soutěžních norem často bit.

3. Relevantní trh

Definice relevantního trhu je výchozím bodem při posouzení každého případu narušení hospodářské soutěže, na definování relevantního trhu závisí určení, kdo má být považován za soutěžitele, tržní podíly soutěžitelů (tedy např. aplikace blokových výjimek a pravidla de minimis), jejich tržní síla (otázka, zda dochází k narušení soutěže) a zjištění elasticity poptávky, celková vážnost narušení soutěže a mnoho dalších věcí. V čl. 7 Oznámení Komise o definici relevantního trhu pro potřeby soutěžního práva společenství⁸⁴ je relevantní trh zboží definován takto:

„Relevantní trh zboží je tvořen veškerými produkty a/nebo službami, které jsou zákazníkem považovány za zaměnitelné a nebo substituční, a to z hlediska jejich charakteristiky, cen a zamýšleného využití.“

Geografický relevantní trh je pak definován v čl. 8. uvedeného Oznámení:

„Relevantní geografický trh je tvořen územím v němž dotčené podniky nabízejí a nebo poptávají zboží a/nebo služby, v němž jsou podmínky soutěže dostatečně homogenní a který lze odlišit od okolních území, neboť podmínky konkurence v daném území se podstatně liší.“

Relevantní trh v daném případě pak podle čl. 9 Oznámení je tvořen kombinací produktového a geografického relevantního trhu. Kromě těchto dvou aspektů relevantního trhu se občas objevuje i aspekt časový – časový relevantní trh pak může přicházet v úvahu v situaci, kdy se podmínky na trhu výrazně mění v průběhu času, typicky se změnou ročního období atp.

V praxi je k určení relevantního trhu více méně všude na světě využíván obdobný postup založený na jednoduché ekonomické analýze, tzv. SSNIP test⁸⁵, jindy také zvaný 5-10% test a nebo test teoretického monopolu. SSNIP test pochází z amerických pokynů k posuzování horizontálních spojování soutěžitelů. V jeho pozadí pak stojí úvaha, že relevantní trh pro účely soutěžního práva je, že kdyby jediný subjekt (hypotetický monopol) vyráběl na daném území veškeré do relevantního trhu zahrnuté produkty, byl by schopen cenu o něco málo zvýšit, aniž by tím ztratil zákazníky a zisk. Logickým výsledkem je pak další označení pro relevantní trh: „trh, který by stálo za to

⁸⁴ OJ 97/C 372/03

⁸⁵ Z anglického small but significant and nontransitory increase in price (malá, ale významná změna ceny, nevedoucí k odlivu kupujících)

monopolizovat“. Analýza zvýšení ceny a následné ztráty či zisku v praxi probíhá pomocí dvou alternativních ukazatelů – nabídkové resp. poptávkové substituce. Poptávková substituce ukazuje, jak moc přejdou zákazníci při zvýšení ceny o 5-10% na jiné produkty (substituty), v případě, že ano, musí být i takové substituty zahrnuty do relevantního trhu.

Nabídková substituce naopak zkoumá vliv, které změna ceny má na stranu nabídky – pokud výrobci podobného produktu jsou ochotni při malém zvýšení ceny přejít s nevelkými náklady a za nepříliš dlouhou dobu s vidinou vyššího zisku na výrobu daného zboží, pak je možné relevantní trh rozšířit i o ně.⁸⁶ Nabídková substituce by neměla být univerzálním prostředkem k primárnímu určování relevantního trhu, neboť je silně ovlivněna specifiky potenciálních soutěžitelů, jejichž schopnost přejít na výrobu podobného zboží je zkoumána. Proto by měla být používána spíše subsidiárně, její úplné zanedbání ale může znamenat příliš úzce definované trhy. Šlo by zejména o případy, kdy z pohledu zákazníků (poptávkové substituce) jsou předmětné produkty nezaměnitelné, vzhledem k rozdílnému způsobu užití, avšak z pohledu výroby se jedná o téměř totožný produkt. Oznámení Komise o definici relevantního trhu v této souvislosti uvádí příklad trhu s jednotlivými formami papíru. Z pohledu zákazníka nemohou být různé druhy papíru (dopisní, kopírovací, tiskový, novinový, časopisový) zaměnitelné, neboť jsou využívány pro zákaznický odlišný účel. Avšak z pohledu výrobce nemusí být nijak zvlášť obtížné v případě, kdy prodejní cena např. kopírovacího papíru stoupne, změnit nastavení strojů a linek a nebo bez větších nákladů změnit výrobní postupy a namísto např. časopisového papíru začít produkovat jiný papír. Za takové situace by bylo chybou definovat relevantní trh pouze za použití poptávkové substituce, neboť soutěžní omezení resp. kartelizace týkající se jednoho druhu papíru má ze soutěžního pohledu podstatný dopad i na ostatní druhy papíru a redukce relevantního trhu jen na jeden druh by byla chybou. Z pohledu soutěžitelů pak rozšíření relevantního trhu má ten významný důsledek, že širší relevantní trh a poměrně menší tržní podíly umožní relativně benevolentnější posuzování kartelových dohod: Ostatní soutěžitelé totiž mohou snadněji přesunout své kapacity na výrobu jiného

⁸⁶ Evropská komise ve svém Oznámení o definici relevantního trhu (OJ 97/C 372/03) počítá s použitím nabídkové substituce jen v případě, že je k definici relevantního trhu „použitelná stejně účinně a bezprostředně jako poptávková substituce“. V poslední době však Komise užívá nabídkovou substituci jen minimálně.

produktu, dopad kartelu na trh tak není tak významný a není tu tedy tak významná potřeba chování konkurentů regulovat.

Ačkoliv je to otázka významná zejména v otázkách zneužití dominantního postavení, i u kartelových definic relevantního trhu pomocí SSNIP testu je důležité vyvarovat se tzv. „celofánového klamu“⁸⁷, hrozícího v situaci, kdy na trhu je subjekt či subjekty s výraznou tržní silou. Potom totiž cena účtovaná za daný produkt může již tržní silou být vyhnána tak vysoko (a daleko od ceny fungující při dokonalé konkurenci), že se jako substituty ve smyslu SSNIP testu mohou jevit i produkty, které by jinak byly přirozeně dražší. Recept, jak se celofánovému klamu vyhnout, ale neexistuje, už jen proto, že stanovení hypotetických dokonale konkurenčních cen je jen sotva možné. Nehledě na nebezpečí celofánového klamu ale SSNIP test a jím stanovený relevantní trh zůstává nejlepším, byť přibližným vodítkem k posouzení nebezpečnosti kartelových dohod.

Použití SSNIP testu je považováno za nejakurátnější prostředek ke zjištění relevantního trhu, ale vedle něj samozřejmě stále existují empirické metody, používané u těch jednodušších případů leckdy výlučně, u těch obtížnějších jako předběžný ukazatel a pomocné vodítko, případně když aplikace SSNIP testu a poptávkové resp. nabídkové substituce z jakéhokoli důvodu nemůže poskytnout odpovídající výsledek.

Při určování relevantního produktového trhu jsou to zejména:

- Poznatky o vývoji na trhu v minulosti, substituci produktů a reakci na zavedení nových nebo obdobných produktů. Jako příklad v této oblasti bývá nejčastěji uváděna rozsáhlá ekonomická studie, kterou provedla Komise při analýze případu spojení Procter&Gamble a VP Schickendanz⁸⁸: Komise při stanovování relevantního trhu s dámskými hygienickými potřebami provedla analýzu dřívějšího vývoje na německém trhu poté, co společnost Procter&Gamble uvedla na trh novou značku vložek Always. Sledováním prodeje po vstupu značky Always na trh bylo zjištěno, že zatímco ceny vložek na novou konkurenci reagovaly, ceny tamponů nebyly změnou dotčeny. Na základě těchto

⁸⁷ „cellophane fallacy“, podle prvního soudního případu kdy byl popsán, již zmiňovaného United States vs. E. I du Pont Nemours Co., 351 US 377 (1956), kdy du Pont jako monopolní výrobce celofánu tvrdil, že do relevantního trhu náleží kromě celofánu i alabal a podobné produkty a dokládal to značnou poptávkovou substitucí, zjištěnou průzkumy. Ačkoliv to soud v daném případě nepostihl, jednalo se o poptávkovou substituci odůvodněnou pouze tím, že cena celofánu byla tržní silou du Pont vyšroubována vysoko, přestože mohla být výrazně nižší, tak, že by menší změna ceny nehrála roli.

⁸⁸ OJ 1994 L 354/32

poznatků poté v případě VP Schickendanz mohla vycházet z toho, že vložky a tampony v dané situaci tvoří oddělené relevantní trhy.

- Zkoumání preferencí zákazníků. Výzkumy trhu a chování spotřebitelů lze dosáhnout obdobných výsledků, jako např. SSNIP testem poptávkové substituce. Pokud je pro daný výzkum zvolena dostatečně velká a správně vybraná skupina respondentů a výzkum není ovlivněn nežádoucími vedlejšími faktory, lze tímto způsobem zjistit jinak neměřitelné subjektivní faktory determinující poptávku, klíčové pro stanovení relevantního trhu.
- Náklady, které by bylo nutné vynaložit na přechod na výrobu jiného zboží a nebo na ovlivnění změny poptávky. Pokud výrobce může změnit vyráběný produkt na jiný bez vynaložení větších nákladů, je to impuls pro vnímání obou produktů jako součástí jediného relevantního trhu. Stejně tak na druhé straně trhu je rozdíl mezi situacemi, kdy nový produkt stačí vyrobit a rozvézt do obchodů a naopak kdy je zákaznická poptávka relativně stabilní a bylo by nutné vynaložit extrémní náklady na vývoj, marketing, public relations, administrativu, povolení a další nástroje k tomu, aby zákazníci začali nakupovat nový produkt. Zejména v situaci, kdy nový produkt má být od toho původního v určitých charakteristikách odlišný, bude pro rozdělení relevantních trhů důležitá výše nákladů, jaké by museli ostatní výrobci vynaložit na zavedení nového obdobného produktu a přilákání spotřebitelů.

Zabýváme-li se geografickým relevantním trhem, musíme podle Komise zvažovat tyto další faktory:

- Rozdíly mezi cenami v jednotlivých geografických regionech. Pro stanovení geografického produktového trhu pak lze využít obdobné metody ekonomické analýzy jako u trhu – pokud na jednom vymezeném geografickém území dojde k malému, ale významnému zvýšení ceny a kupující začnou nakupovat v sousedním regionu (poptávková substituce), resp. prodávající z vedlejšího regionu začnou nabízet své zboží tam, kde za něj utrží více (nabídková substituce), jedná se o jediný geografický relevantní trh.
- Regiony se obvykle liší i strukturou poptávky, zákaznickými preferencemi a životním stylem, zavedeností jednotlivých výrobků a značek, místními předpisy

atd. Čím větší jsou rozdíly v těchto charakteristikách mezi jednotlivými regiony, tím větší je nutnost vymezit mezi nimi hranici relevantních geografických trhů.

- Velice významným a prakticky ve všech případech zkoumaným faktorem při vymezování geografického produktového trhu bývají náklady na dopravu zboží a jejich podíl na celkové ceně produktu. Pokud jakýkoli transport zboží výrazně zvyšuje jeho cenu (zejména u rychloobrátkového zboží s nízkou jednotkovou cenou), bývá geografický relevantní trh relativně malý. Naopak u zboží, které nepodléhá zkáze, a u zboží, jehož jednotková cena je relativně vysoká, může být geografickým relevantním trhem i celé území ES apod.
- V rámci jednotného trhu ES již nehrají roli tradiční bariéry při vstupu na trh v jiném regionu jako byly cla atp. Stále ale existují překážky expanze na trh jiného členského státu, tou nejpřirozenější je například jazyková bariéra. Tam, kde hraje komunikace se zákazníkem/spotřebitelem velkou roli (zejména u služeb, či např. u knih a médií), bývají geografické relevantní trhy často omezeny na národní státy.

Výše uvedený výčet faktorů, které jsou zvažovány při definici relevantního trhu samozřejmě není vyčerpávající a v každém novém případě je nutné reflektovat veškeré detaily konkrétní kartelové dohody. Například u dohod týkajících se výzkumu a vývoje nových technologií a produktů (R&D) je definice relevantního trhu spojena s plánovanými a realizovanými patentovými právy a dalšími právy duševního vlastnictví, chráněnými stále ještě ve velké míře na národní bázi. Obecně lze ale říci, že soutěžní právo může sloužit jako prostředek napomáhající prosazování myšlenky jednotného trhu ES a tomuto cíli Komise i ESD iniciativně slouží – při definování relevantního trhu je tedy třeba myslet na to, že kritéria, jimiž se rozhodování institucí řídí, nemusí být čistě ekonomická. Je otázkou, zda v této tendenci budou pokračovat i národní orgány aplikující evropské soutěžní právo podle nařízení č. 1/2003.

V. PLATNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA V EU

1. Smlouva o ESUO – první evropská kartelová norma

Založením EHS Římskou smlouvou 25. března 1957 byla alespoň v evropské perspektivě zahájena nová éra soutěžního a kartelového práva. Nicméně obdobná právní úprava existovala již v Pařížské smlouvě o založení Evropského společenství uhlí a oceli („ESUO“) z r. 1951. Její článek 64 již měl obdobnou strukturu jako čl. 85 (nyní čl. 81) Smlouvy o EHS. Za touto poměrně revoluční úpravou – byť si asi v dané chvíli nikdo nemohl představit, jak velký nebo malý bude dopad na ekonomické vztahy mezi členy společenství – stál především Jean Monnet, jedna z ústředních postav počátků evropské integrace po druhé světové válce. Jak uvedl i ve svých pamětech⁸⁹, stála za silnou koncepcí soutěžního práva vůle omezit budoucí moc velkých (dnes bychom řekli nadnárodních) koncernů, které v podmínkách uvolněného obchodu získávají větší a větší reálnou moc a mohli by tak snižovat váhu rodících se evropských institucí. Původní návrh pak prý byl ještě přísnější než nakonec přijatá koncepce soutěžních pravidel v ESUO.

Největší novinkou v pojetí kartelového práva byl všeobecný zákaz dohod, rozhodnutí sdružení soutěžitelů a jednání ve shodě, které by mohly narušit hospodářskou soutěž. Zásadní dopad pak toto ustanovení zjevně mělo mít na německou ekonomiku – po druhé světové válce bylo samozřejmě jedním ze základních cílů integrace dostat pod kontrolu německý průmysl. Důvodů, proč i Německo takové omezení svých uhelných a ocelářských podniků akceptovalo, je zřejmě více: S největší pravděpodobností to bylo na nátlak ostatních států a zejména U.S.A. jakožto dominantní okupační mocnosti, a dále ekonomickému myšlení v Německu v té době jasně dominoval ordoliberalismus. Walter Hallstein, hlavní německý vyjednaváč při uzavírání Pařížské smlouvy (a pozdější první prezident Evropské Komise) byl jasným stoupencem ordoliberalismu.

Je nutno říci, že článek 64 Smlouvy o ESUO nebyl v praxi příliš uplatňován, zejména srovnáme-li to s aplikací článku 85 (nyní čl. 81) Smlouvy o ES. Avšak jeho hlavním významem z dnešního pohledu jednoznačně to, že sloužil jako testovací vzor pro později přijatou Římskou smlouvu. Zřejmě dle zkušeností a reakcí na článek 64 Smlouvy o ESUO byl do čl. 85 Římské smlouvy implementován i odst. 3, tedy systém

⁸⁹ Jean Monnet, Mémoires, Paříž, 1976

individuálních výjimek. I aplikace kartelových pravidel obsažených ve Smlouvě o ES ale byla zpočátku komplikovaná – až do přijetí prvního aplikačního nařízení 17/62, které světilo do rukou Komise rozsáhlé aplikační pravomoci, spočívala jeho aplikace vesměs na rozhodnutí národních orgánů.

2. Základní pojmy článku 81 Smlouvy o ES

Článek 81 Smlouvy o ES říká:

1. Se společným trhem jsou neslučitelné, a proto zakázané, veškeré dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž cílem nebo výsledkem je vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na společném trhu, zejména ty, které

a) přímo nebo nepřímo určují nákupní nebo prodejní ceny anebo jiné obchodní podmínky;

b) omezují nebo kontrolují výrobu, odbyt, technický rozvoj nebo investice;

c) rozdělují trhy nebo zdroje zásobování;

d) uplatňují vůči obchodním partnerům rozdílné podmínky při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodněni v hospodářské soutěži;

e) podmiňují uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisejí.

2. Dohody nebo rozhodnutí zakázané podle tohoto článku jsou neplatné od počátku.

3. Odstavec 1 však může být prohlášen za neúčinný pro:

dohody nebo kategorie dohod mezi podniky, rozhodnutí nebo kategorie rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě nebo jejich kategorie, které přispívají ke zlepšení výroby nebo distribuce výrobků anebo k podpoře technického či hospodářského pokroku, přičemž vyhrazují spotřebitelům přiměřený podíl na výhodách z toho vyplývajících, a které

a) neukládají příslušným podnikům omezení, jež nejsou k dosažení těchto cílů nezbytná;

b) neumožňují těmto podnikům vyloučit hospodářskou soutěž ve vztahu k podstatné části výrobků tímto dotčených.

Jak vyplývá z hypotézy čl. 81 odst. 1, může být aplikován na

- dohodu mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků nebo jednání ve vzájemné shodě,
- pokud směřují nebo mají za následek vyloučení, omezení nebo narušení soutěže na společném trhu, a
- pokud tím může být ovlivněn obchod mezi členskými zeměmi.

V dalším výkladu tedy jednotlivé pojmy klíčové pro použití čl. 81 odst. 1 stručně rozeberu.

Na prvním místě je zapotřebí věnovat se pojmu „podnik“, tedy v originálu „undertaking“. Tento pojem není ve Smlouvě o ES definován a jeho obsah byl utvářen judikaturou ESD a Soudu první instance. Pojetí podniku v evropském právu je velmi široké; může se jednat v zásadě o jakýkoli subjekt samostatně vystupující na společném trhu a společný trh ovlivňující svou ekonomickou nebo obchodní aktivitou.

Není vždy zřejmé, zda podnikem ve smyslu čl. 81 může být i subjekt zřízený podle veřejného práva, např. příspěvková organizace. Hlavním hlediskem pro takové rozhodnutí bývá to, zda subjekt vyvíjí ekonomickou či obchodní aktivitu a nikoli to, kde subjekt získává prostředky pro financování své činnosti⁹⁰. Aby byl subjekt považován za podnik, není nutné, aby produkoval zisk, a dokonce ani aby byl za účelem tvorby zisku založen. V rozhodnutí *Job Centre*⁹¹ ESD ukázal, že i úřad práce s exkluzivní pravomocí fungovat jako agentura práce, tedy zprostředkovávat práci, ovlivňuje svou činností ekonomické povahy trh a může být chápán jako podnik ve smyslu čl. 81. Co se týče „subjektů/podniků pověřených poskytováním služeb obecného hospodářského zájmu nebo těch, které mají povahu fiskálního monopolu“, stanoví speciální pravidla pro jejich soutěžní chování na trhu čl. 86 (dříve čl. 90) Smlouvy o ES - na tyto subjekty se čl. 81 vztahuje pouze do té míry, pokud tím není dotčeno plnění zvláštních úkolů, které jsou jim svěřeny. Tím jsou ovšem v podstatě z působnosti základní protikartelové evropské normy vyňaty.

Členské státy a jejich samosprávné složky jsou pak ze své podstaty vyňaty z dohledu Komise a národních orgánů nad dodržováním norem soutěžního práva podle nařízení č. 1/2003 – tedy samozřejmě pokud jde o činnosti související s výkonem jejich státní resp. samosprávné svrchovanosti. V takovém případě však stát teoreticky riskuje řízení o

⁹⁰ viz např. rozhodnutí *Höfner & Elser vs. Macrotron*, C-41/90

⁹¹ rozhodnutí č. C-55/96

porušení Smlouvy o ES podle jejího čl. 226. Pokud stát vystupuje jako osoba soukromého práva a uzavírá dohodu jako běžný subjekt ekonomické činnosti, nelze vyloučit, že se na něj čl. 81 bude vztahovat jako na standardní podnik⁹².

Pokud jde o kartelové dohody, musíme z pojmu podnik také vyjmout subjekty uzavírající dohody v rámci koncernu – dohoda mezi mateřskou a dceřinnou společností nemůže být zakázána čl. 81 Smlouvy o ES, neboť z pohledu trhu se jedná o jeden konglomerát a podnik, byť *de iure* jde o dvě právnické osoby; to ale neplatí v situacích, kdy se jedná o smlouvu mezi společnostmi a jejím nikoli stoprocentním akcionářem⁹³ (zde mohou mít vliv i případné dohody o výkonu akcionářských práv atd.). Stejně tak nemohou být jako podnik chápáni zaměstnanci – na rozdíl od ekonomicky nezávislých obchodních zástupců. Odborová organizace může být chápána jako podnik v zásadě pouze tehdy, pokud vystupuje jako nezávislý ekonomický subjekt, např. při prodeji odborářských zájezdů zaměstnancům atp.

3. Generální klauzule – koncept dohody

Stejně jako je široce vykládán pojem podniku, je široce vykládán i pojem „dohody“, který tím pádem zahrnuje i veškerá neformální ujednání, neboť nezáleží na právní formě dohody, rozhodující je ekonomický efekt ujednání. Pokud tedy například platnost dohody již skončila a přesto má i nadále potenciál narušovat soutěž, čl. 81 se na ni vztahuje.

Jak uvedl ESD v případě *Polypropylene*⁹⁴, uplatní se čl. 81 na veškerá *společná jednání* („collusion“) podniků, nehledě na jejich podobu. Rozhodující je pouze to, že se nejedná o jednostranné jednání, jako je tomu naopak u zneužití dominantního postavení⁹⁵, ale o společné jednání více zúčastněných podniků. Koncepty dohody, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve shodě se mohou i překrývat a není tedy nutné v daném případě kvalifikovat jednání podniků jako pouze jednu z těchto kategorií.

Stejně tak není rozhodující, zda je dohoda učiněna v písemné, ústní nebo konkludentní formě. Podle ESD naplňuje koncept dohody i situace, kdy se určité protisoutěžní

⁹² viz např. *Francie vs. Suralmo*, citováno v 9. zprávě Komise o soutěžní politice (Ninth Report on Competition Policy), 1979

⁹³ viz např. případ *Gosme/Martell – DMP*, OJ 1991 L 185/23 a případ *Eirpage*, OJ 1991 L 306/22, kdy byl čl. 81 vztážen i na dohodu mezi společností a vlastníkem 51% jejích akcií (i přesto, že všech zbývajících 49% bylo vlastněno jediným subjektem).

⁹⁴ OJ 1986 L 230/1

⁹⁵ až na výjimky – případy tzv. kolektivní dominance

ujednání stalo součástí dohody jeho jednostranným systematickým uplatňováním, byť nebylo součástí původního smluvního vztahu – jednalo se o případ Sandoz⁹⁶, kdy dodavatel dlouhodobě a systematicky připisoval do faktur vystavovaných svým odběratelům doložku „export zakázán“ a bylo rozhodnuto, že doložka se stala součástí smlouvy mezi stranami.

Je otázkou, zdali koncepce čl. 81 odst. 1 má postihovat například i předběžná ujednání, jimž strany přisuzují pouze předběžný význam (typicky z anglosaského světa k nám pronikající formát „memorandum o porozumění“ – „memorandum of understanding“). Pokud taková dohoda nemá žádný ekonomický dopad a ani vliv na jednání stran, nemůže u ní dojít k narušení soutěže. Avšak taková ujednání stran často nejsou formálně závazná, ale strany se jimi řídí. Potom zřejmě není o aplikaci zákona pochyb. Z důvodů systematických je nutno z množiny dohod podléhajících čl. 81 vyjmout případy, kdy sice formálně o ujednání jde, ovšem fakticky se jedná pouze o (chtě nechtě) udělený souhlas slabší strany s diktátem silnějšího kontrahenta. V takovém případě se může jednat o porušení zákazu zneužití dominantního postavení, ale nikoli o kartel.⁹⁷

Co se týče rozhodnutí učiněných sdruženími soutěžitelů, mělo by se opět vycházet ze široké definice odůvodněné možností ovlivnit jednání soutěžitelů a tím i situaci na trhu: Zejména se tedy bude jednat o rozhodnutí směřující ke koordinaci chování soutěžitelů na trhu, nehledě na závaznost takových rozhodnutí a jejich formální podobu. Může se jednat i o dohody *sui generis*, vytvořené ve formě stanov sdružení a nebo pravidel účasti na sdružení. Pokud sdružení jako právnická osoba uzavře dohodu s jiným subjektem ve prospěch a nebo v zájmu svých členů, půjde z pohledu čl. 81 spíše o dohodu nežli o rozhodnutí sdružení, avšak vzhledem k tomu, že přesná klasifikace není pro aplikaci normy nutná, není třeba tuto otázku nijak zvlášť řešit.

Koncept jednání ve vzájemné shodě je nástrojem pro případ, kdy není možné prokázat soutěžitelům uzavření dohody v klasickém slova smyslu. Pojem jednání ve vzájemné shodě („*concerted practice*“) byl ve Smlouvě o ES přítomen od samého počátku, k jeho vyjasnění pak došlo prostřednictvím judikatury ESD: Jednání ve vzájemné shodě představuje dle ESD taková forma koordinace jednání mezi soutěžiteli, nedosahující

⁹⁶ C-277/87

⁹⁷ Názor na to, jak až dalece musí jít o skutečné ujednání a ne jen o jednostranné stanovení podmínek silnější stranou, se v průběhu času vyvíjel, srov. rozsudky ESD ve věcech AEG Telefunken, C-107/82, Ford, C-25/84, 26/84, Bayer AG/Adalat, C-2/01, 3/01.

dosud formy dohody, pomocí níž soutěžitelé vědomě nahrazují rizika vyplývající z konkurence praktickou spoluprací⁹⁸.

Další upřesnění definice pak poskytl rozsudek ESD ve věci *Suiker Unie*⁹⁹, kde bylo řečeno, že ekonomické subjekty mají právo upravovat své chování s ohledem na vývoj cen na trhu a jednání konkurentů, nicméně čl. 81 jednoznačně zakazuje jakékoli přímé či nepřímé kontakty mezi soutěžiteli, jejichž cílem a nebo důsledkem je ovlivnění jednání jiného soutěžitele a nebo odhalení budoucího chování na trhu, pro které se subjekt rozhodl. Z toho lze dovodit, že podle ESD je při dokázání kontaktů a přímého či nepřímého předávání informací a nebo alespoň jiného nestandardního kontaktu mezi soutěžiteli dána vyvratitelná, ale velmi silná domněnka existence jednání ve shodě.

Jednání ve vzájemné shodě nesmí být zaměňováno s paralelním chováním, „tichou dohodou“¹⁰⁰, typickým zejména u oligopolní tržní struktury. Hledat hranici mezi paralelním chováním jakožto racionálním postupem oligopolisty a jednáním ve vzájemné shodě je v praxi velmi složité a Komise či jiný orgán dohledu v podstatě nemá jinou volbu, než zahájit řízení a následně rozhodnout až na základě řízením získaných údajů. Rozdíl je třeba hledat v kritériu, ukázaném ESD v rozsudku *Woodpulp II*.¹⁰¹ - paralelní chování nemůže být považováno za jednání ve vzájemné shodě, ledaže by jednání ve vzájemné shodě bylo jediným možným vysvětlením předmětného jednání. Pokud tak například dojde ke zvýšení ceny soutěžiteli ve stejném časovém období a setrvávání na podobné vyšší ceně, nelze mluvit o jednání ve vzájemné shodě, je-li zdražení odůvodněno zvýšením ceny vstupních surovin či jiným faktorem.

Z pohledu soutěžitelů je právě koncept jednání ve shodě tím nejrizikovějším, neboť společný pohyb cen na trhu je v praxi velmi obvyklý. Proto právě při podezření na jednání ve shodě směřující k dohodě o cenách musí být prováděné dokazování co nejpečlivější. Podle mého názoru by v tomto případě měl být poskytnut nejen důkaz o tom, že pohyb (zvýšení) cen neměl jiný důvod než jednání ve shodě, ale i o tom, že existuje jistá velmi pravděpodobná příčinná souvislost mezi kontaktem mezi zúčastněnými soutěžiteli a pohybem cen. Naopak u na trhu méně typických jednání, např. rozdělení trhů, omezení výroby, by nehledě na to, že dopad na trh je obdobný jako

⁹⁸ Rozsudek *Dyestuffs*, C 48/69 - 57/69

⁹⁹ C-40/73

¹⁰⁰ Rozsáhlou analýzu tiché spolupráce subjektů zejména na oligopolních trzích a možnosti jeho odlišení od jednání ve shodě v rámci posuzování pro Komisi zpracovali Marc Ivaldi a kol.: *The Economics of Tacit Collusion*, IDEI, Toulouse 2003

¹⁰¹ C-89/85

u dohod o cenách, mohlo postačovat prokázání, že vývoj na trhu neměl jiné příčiny než jednání ve shodě.

(Od horizontální kartelové spolupráce a jednání ve shodě je už jen krok k tzv. kolektivní dominanci, představené v rozhodnutích ESD ve věci Italian Flat Glass¹⁰² a dalších – jedná se o situaci, kdy chování několika největších subjektů na trhu (obvykle oligopolní struktury) vykazuje znaky zneužití dominantního postavení, ale přitom žádný ze subjektů nemá na trhu dominantní postavení ve smyslu čl. 82 Smlouvy o ES – dominance dosahují pouze všichni společně. Mezi sebou pak mají určité vazby, odkazující spíše na kartel resp. jednání ve vzájemné shodě¹⁰³. V případě Italian Flat Glass však Soud první instance uvedl, že lze hovořit o kolektivní dominanci tam, kde

„dva nebo více podniků mají společně, prostřednictvím dohod či licencí, technologický náskok dávající jim sílu chovat se do značné míry nezávisle na jejich konkurentech a zákaznících a naprosto bez ohledu na spotřebitele“.

Tato definice pak byla dále upřesňována, v každém případě ale není sporu o tom, že pokud mezi účastníky kartelových dohod vzniknou adekvátní vazby a pokud jim dohody dávají sílu chovat se na trhu nezávisle na ostatních, může (zejména horizontální) kartelová dohoda vést i k aplikaci čl. 82 Smlouvy o ES.)

4. Generální klauzule – vyloučení, omezení nebo narušení soutěže na společném trhu

Aby mohla kartelová dohoda spadat pod zákaz čl. 81, musí směřovat k a nebo mít za následek vyloučení, omezení nebo narušení soutěže na společném trhu. Přímou z textu čl. 81 je zjevné, že k naplnění dispozice není nutné skutečné narušení soutěže, které by bylo nutné empiricky či jinak prokazovat, postačí, že dohoda k takovému narušení „směřuje“, příp. ho má „za následek“. Postačí tedy potenciální ohrožení soutěže, nehledě na to, je-li narušení předmětem či cílem dané dohody nebo nikoli. Zde ovšem vidíme, že dispozice v sobě skrývá další otázku – je možné, aby dohoda, prokazatelně směřující k narušení soutěže v praxi soutěž nenarušila? A má být taková dohoda zákonem postížena? Odpověď na obě otázky zřejmě zní ano. Příkladem pro první otázku mohou být bagatelní kartely, jichž se týká Oznámení Komise o dohodách

¹⁰² T-68,77,78/89

¹⁰³ ESD byl historicky vůči posuzování jednání více subjektů jako jakési společné formy dominance dosti skeptický, např. v rozsudku Hofmann-La Roche argumentuje, že není možné vnímat jako dominanci pouhé paralelní jednání subjektů na oligopolním trhu.

menšího významu („Oznámení de minimis“, viz dále)¹⁰⁴. Odpověď na druhou otázku vychází z výkladu generální klauzule, resp. slova „směřovat“. Můžeme jistě tvrdit, že hospodářská soutěž na společném trhu některými dohodami, byť obsahují protisoutěžní ujednání, narušena být nemůže, a tedy jejich postih není žádoucí. Hlavním argumentem by byla ekonomická analýza relevantního trhu, která by prokázala nulový negativní vliv dohody jak na trh samotný tak na spotřebitele. Potom by stačilo poukázat na to, že kontraktační svoboda je jistě vyšší hodnotou než principiální zákaz něčeho, co je objektivně neškodné.

Legislativa a judikatura v EU kráčí směrem restriktivnějším, cestou obecného zákazu a rozšiřování výjimek v návaznosti na zkušenosti získané v průběhu času. V judikátu Maschinenbau Ulm¹⁰⁵ ESD mimo jiné vyslovil požadavek, aby vliv dohody na soutěž byl znatelný („*appreciable*“). Nedlouho poté v rozhodnutí Völk vs. Vervaecke¹⁰⁶ byl uveden požadavek vyjádřen ještě jasněji, tedy že pokud dohoda mezi podniky nemá znatelný vliv na soutěž na trhu, nespadá pod zákaz čl. 81 odst. 1. Avšak požadavek znatelnosti vlivu dohody na soutěž neznamena, že by pod zákaz nemusely spadat tzv. „*hard-core*“ kartely, byť nezatelné. V rozsudku ve věci European Night Services, týkajícím se joint-venture evropských provozovatelů železniční dopravy ohledně noční přepravy přes kanál La Manche¹⁰⁷, byl ESD vysloven zřetelný a pevný názor, že u „*hard-core*“ kartelů se (na rozdíl od ostatních kartelových ujednání) presumuje porušení čl. 81 odst. 1. Důkazem toho je i stávající znění Oznámení de minimis, které se dle svého článku 11. odst. 1 neuplatní pro jakoukoli dohodu obsahující „*hard-core*“ protisoutěžní ujednání, tedy dohodu o cenách, rozdělení trhů a nebo omezení výroby – v takovém případě se má za to, že je přímo cílem dohody omezit soutěž a taková dohoda je vždy považována za porušení čl. 81 odst. 1.

Pokud tedy dohody, obsahující protisoutěžní ujednání, ale nemající znatelný vliv na trh, jsou zakázány dle čl. 81 odst. 1, neměly by být „omilostněny“ individuální výjimkou podle čl. 81 odst. 3? V minulosti takový přístup možný byl a Komise ho někdy používala, byť za cenu mírně mlhavého zdůvodnění naplnění podmínek pro udělení individuální výjimky. Ale v současné době, kdy splnění podmínek pro individuální výjimku posuzují samy podniky, je z jejich pohledu tato norma soutěžního práva svým

¹⁰⁴ OJ 2001/C 368/07

¹⁰⁵ C-56/65

¹⁰⁶ C-5/69

¹⁰⁷ OJ 1994 L 259/20

způsobem přísnější – má se za to, že čl. 81 odst. 1 je každým „hard-core“ omezením porušen a nelze spoléhat na autoritativní rozhodnutí o výjimce.

Dopad dohody na hospodářskou soutěž je třeba považovat za jeden z klíčových problémů každého individuálního posuzovaného případu. Základním vodítkem by jistě mělo být zjištění, zda dohoda nějak limituje soutěž, která by na relevantním trhu existovala v případě, kdyby nebylo dohody. Zde narážíme na zásadní moment v řízení, neboť jsme v situaci, kdy je možné použít pouze modely a odhady, empirická data o dopadu dané dohody na soutěž v momentu jejího uzavření totiž neexistují. Kontrolní orgán má v takovém případě dvě možnosti, buď posuzovat případné účinky dohody dle vlastního uvážení, srovnávat s minulými případy a stavět na vlastní zkušenosti, potažmo doufat, že se v případném dalším řízení přezkoumávající orgán s provedenou argumentací spokojí. Tato možnost je ošidná už jen proto, že nechává velké množství libovůle úředníkovi. Druhou variantou je použití ekonometrických modelů a statistických technik. Zde ale narazíme na vážnou překážku: Jednak téměř nikdy není k dispozici dostatek vstupních dat, a druhá, jsou-li vstupní data nějak získána, ať už od účastníků (tendenční) a nebo průzkumy (nepřesné), nelze jim stoprocentně věřit a tak ani výstup modelových výpočtů nemůže poskytnout dostatečný důkaz pro vyhodnocení dohody jako neslučitelné se soutěží.

Dalším aspektem zkoumání dopadu kartelových dohod na hospodářskou soutěž je, že zkoumány musí být jak skutečné, tak i potenciální dopady. Není pochyb o tom, že jsou-li k dané dohodě k dispozici údaje o skutečných dopadech na trh, mohou sloužit jako ideální hledisko pro posouzení její slučitelnosti s právem. Avšak v praxi je tomu obvykle tak, že na základě určitých objektivních pozorování vznikne podezření na existenci kartelové dohody a ta je potom prokazována na základě svých dopadů. Skutečné dopady tedy kromě toho, že jsou kritériem závažnosti kartelu, i jako důkaz o jeho existenci.

Potenciální dopady jsou vždy diskutabilním měřítkem škodlivosti dohody pro trh kvůli neodstranitelným pochybnostem o jejich správnosti – jedná se totiž jen o výsledek modelů s omezeným počtem vstupních faktorů a nikdy nelze s určitostí říci, že by k odpovídajícím důsledkům došlo. Na druhou stranu je jejich využití nezbytné z důvodu prioritního zájmu společnosti na předcházení škodlivým důsledkům kartelů – pokud tedy je ekonomická analýza přesvědčivá a zahrnuje objektivní nástroje a kvalitně získaná vstupní data, nelze mít proti jejímu využití námitek.

Aby mohl být čl. 81 vůbec aplikován, je nezbytné, aby kartelová dohoda *mohla* narušit *obchod* mezi členskými státy a dotýkala se soutěže na *společném trhu*, tedy – zjednodušeně řečeno – aby obsahovala komunitární prvek. Pokud tato podmínka není splněna, vztahuje se na kartel „pouze“ národní právo.

Termín „obchod“ je vykládán velmi široce¹⁰⁸, nemusí se jednat pouze o prodej zboží a poskytování služeb, zahrnuje i sportovní soutěžení s obchodním aspektem, umělecké aktivity profesionální povahy atd. Co se týče teritoriálního rozsahu, vztahuje se čl. 81 samozřejmě na členské státy Smlouvy o ES. Nelze jej však zcela srovnat se společným celním územím podle nařízení č. 2913/92, celního kodexu společenství¹⁰⁹. Článek 81 se nevztahuje také na přidružené zámořské země (např. Grónsko), viz čl. 299 Smlouvy o ES. Naopak aplikaci článku 81 nebrání, pokud některá ze stran pochází ze země mimo ES, resp. pokud se dohoda týká exportu či importu do nečlenských zemí – rozhodující je kritérium ovlivnění společného trhu.

Soudní praxe ESD, počínaje rozsudkem *Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm*¹¹⁰, říká, že aby dohoda měla vliv na obchod mezi členskými státy, musí být s dostatečným stupněm pravděpodobnosti možné na základě objektivních právních či faktických faktorů předvídat, že by dohoda mohla mít takový přímý nebo nepřímý, skutečný nebo potenciální, vliv na obchod mezi členskými státy, který by mohl být překážkou při dosažení jednotného trhu ve všech členských státech. To v praxi znamená zejména dohody týkající se mezistátních obchodních transakcí, zejména pokud se dotýká exportu a importu, pokud jsou smluvní strany z různých členských zemí (nejde jen o domicil, stačí i pobočka, organizační složka či jiný forma podnikání v jiné zemi) a nebo pokud se její předmět vztahuje na celé území států ES. S ohledem na princip *de minimis* pak je nutné, aby vliv na obchod byl citelný, tedy aby měl alespoň určitý vliv na trh. Vliv na obchod mezi členskými státy se posuzuje s ohledem na celou smlouvu, nikoli jen na příslušné protisoutěžní ujednání¹¹¹. Další skupina dohod, u nichž se většinou předpokládá vliv na obchod mezi členskými státy, jsou dohody pokrývající celý členský stát, neboť přispívají rozdělení jednotného trhu na jednotlivé státy a tedy

¹⁰⁸ viz např. rozsudek ESD ve věci *Züchner*, C-172/80.

¹⁰⁹ např. Gibraltar není součástí společné celní zóny, ale podléhá soutěžním předpisům, a Ostrov Man je součástí celní zóny, ale podle čl. 299 odst. 6 písm. c) a protokolu 3 Smlouvy o přistoupení Spojeného království, Dánska a Irska nepodléhá soutěžnímu právu EU.

¹¹⁰ C-56/65

¹¹¹ viz rozsudek ESD ve věci *Windsurfing International*, C-193/83

jdou proti smyslu Smlouvy o ES a článku 81¹¹². Pokud se dohody týkají pouze menších území v rámci členského státu, lze vycházet z předpokladu, že na obchod mezi členskými státy vliv nemají. Výjimkou mohou být dohody týkající se malých, avšak z pohledu obchodu mezi státy důležitých míst, typicky letišť a přístavů, které mají svou povahou jako komunikační uzly vliv na obchod v rámci celého Společenství.

Sankcí generální klauzule je neplatnost dohody od samého počátku. Ustanovení smlouvy neřeší výslovně, zda jde o neplatnost celé dohody a nebo pouze odpovídajících ustanovení. Odpověď na tuto otázku nedávají ani další normy evropského soutěžního práva (na rozdíl například od českého zákona o ochraně hospodářské soutěže, který určitý návod obsahuje - v § 3 odst. 3 umožňuje oddělitelnost). Proto je nutné použít pro posouzení případné neplatnosti smlouvy právo, kterým se řídí smlouva jako celek. Pokud se tedy příslušná smlouva řídí českým právem, bude otázka platnosti či neplatnosti smlouvy jako celku, respektive oddělitelnosti příslušného ustanovení od zbytku smlouvy, posouzena podle obecného (nikoli soutěžního) českého práva.

Nehledě na výše uvedené lze ale argumentovat, že výchozím bodem v evropské úpravě je neplatnost dohody jako celku. Článek 81 odst. 2 Smlouvy o ES považuje dohody narušující soutěž za neplatné – pokud je koncept „dohody“ vykládán v čl. 81 odst. 1 tak extenzivně, neměl by extenzivně být vykládán i v ustanovení o neplatnosti? V některých pramenech evropského soutěžního práva je přinejmenším naznačována určitá preference zneplatnění celých ujednání, zejména v případech výskytu tzv. hard-core omezení soutěže. Článek 46 Sdělení Komise – Pokynů k vertikálním omezením¹¹³ uvádí, že hard-core omezení znamená vyloučení aplikace blokové výjimky pro vertikální dohody pro celou dohodu, z čehož lze dovodit, že i ostatní ujednání dohody mohou být postižena čl. 81, nejen samotné protisoutěžní klauzule.

Neplatnost dohody jako celku však především překračuje smysl a cíl soutěžního práva – zasahovala by i ostatní oblasti dohody, kde není důvod smluvní autonomii stran omezovat. Automatické zneplatnění celé dohody bez jakékoli diskreční pravomoci rozhodujícího orgánu může vést kromě nepřiměřené tvrdosti tam, kde jí není zapotřebí, i k snahám podnikatelů zneužívat soutěžní právo k vyvázání se ze smluvních svazků a souvisejícímu dalšímu zatížení Komise, národních orgánů či soudů neopodstatněnými

¹¹² viz např. rozsudek ESD ve věci *Cementhandelaren*, C-8/72, rozsudek ve věci *Remia*, C-42/84

¹¹³ Commission Notice č. 2001/C 291/01 – Guidelines on Vertical Restraints

žádostmi. Proto lze považovat za správnější první přístup – přenechání otázky oddělitelnosti obecnému právu, jímž se smlouva řídí.

5. Individuální výjimky

Článek 81 odst. 3 Smlouvy o ES stanoví, že

Odstavec 1 však může být prohlášen za neúčinný pro dohody nebo kategorie dohod mezi podniky, rozhodnutí nebo kategorie rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě nebo jejich kategorie,

- které přispívají ke zlepšení výroby nebo distribuce výrobků anebo k podpoře technického i hospodářského pokroku, přičemž

- vyhrazují spotřebitelům přiměřený podíl na výhodách z toho vyplývajících, a které

a) neukládají příslušným podnikům omezení, jež nejsou k dosažení těchto cílů nezbytná;

b) neumožňují těmto podnikům vyloučit hospodářskou soutěž ve vztahu k podstatné části výrobků tímto dotčených.

K tomu pak nařízení č. 1/2003 v čl. 1 odst. 2. dodává, že

Dohody, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě ve smyslu čl. 81 odst. 1 Smlouvy, které splňují podmínky čl. 81 odst. 3 Smlouvy, se nezakazují, aniž by k tomu bylo nezbytné předchozí rozhodnutí.

Poněkud krkolomnou oficiální českojazyčnou verzi lze jinými slovy tlumočit jako normu umožňující přímou aplikaci čl. 81 odst. 3 soutěžiteli. Původní systém, kdy o téměř každé aplikaci individuální výjimky musela formálně rozhodovat Komise (ať už to činila výslovným rozhodnutím, v podobě tzv. comfort letter a nebo jinak¹¹⁴) a který tak Komisi silně zatěžoval, byl změněn a pokud nyní příslušný podnik či podniky usoudí, že na jeho dohodu dopadá ustanovení čl. 81 odst. 3, nic mu nebrání smlouvu uzavřít.¹¹⁵ K přezkoumání dohody pak může dojít v podstatě jen z iniciativy orgánu dohledu, například z podnětu třetí osoby, nebo v souvisejícím soudním řízení. Podle nařízení č. 1/2003 i kartelové dohody s komunitárním prvkem, podléhající aplikaci čl.

¹¹⁴ viz dřívější implementační nařízení č. 17/62

¹¹⁵ Mluví-li se jinde v tomto textu o „udělení“ či „přiznání“ individuální výjimky, myslí se tím samozřejmě automatické přiznání ex lege, nikoli udělení ze strany příslušného orgánu.

81 Smlouvy o ES a nikoli národním předpisům, mohou být posuzovány i národními úřady a soudy, nejen Komisí a ESD. Břemeno důkazu, že se na dohodu čl. 81 odst. 3 nevztahuje, pak ale dle poslední věty čl. 2 nařízení č. 1/2003 leží na podniku, jemuž je porušení čl. 81 kladeno za vinu.

Nyní již k hmotněprávním podmínkám aplikace čl. 81 odst. 3:

Jak je vidět výše, jedná se v podstatě o čtyři podmínky, které musí být splněny zároveň. Podmínky uvedené pod písmeny a) a b) vyžadují podobné posuzování, jako je prováděno při aplikaci generální klauzule jako takové, zajímavější tedy je, jak se vypořádat s se splněním (fakticky dvou) podmínek obsažených v textu ustanovení a oddělených v citaci odrážkami:

Zlepšení výroby či distribuce zboží nebo podpora pokroku: Je pravděpodobné, že mnoho kartelových dohod bude tuto podmínku splňovat, stačí-li např. prokázat, že dojde k zlevnění distribuce zboží, které se projeví pozitivně i na koncové ceně nebo nižší ekologické zátěži. Vyžaduje se přínos pro společný evropský trh¹¹⁶, určitá obecnější, objektivní prospěšnost dohody; zároveň musí jít o přínos podstatný, nikoli zanedbatelný – tak, aby vynahradil omezení soutěže, které by jinak bylo článkem 81 odst. 1 postiženo a zakázáno. V určitých případech může být problematické stanovit, že pozitivní vývoj byl důsledkem dohody – v tomto ohledu je velice významným zlepšením situace zúčastněných podniků přesun důkazního břemene na orgán dohledu, který k vyloučení aplikace výjimky musí ukázat, že ke zlepšení by došlo i jinak. Typickým příkladem přínosu může být vytvoření nové infrastruktury pro další rozvoj¹¹⁷, snížení cen pro zákazníky¹¹⁸, zavedení nového produktu¹¹⁹, vylepšení výrobního procesu¹²⁰, ochrana životního prostředí¹²¹ či dokonce vytvoření pracovních míst¹²²

Rozdělení se o přínos se spotřebiteli: Prospěch musí být obecný, ne jen pro konkrétní soutěžitele (viz předchozí odstavec), musí být možné jej přenést (rovněž) na spotřebitele. Stačí ale pouhá možnost, vedle přínosů skutečných akceptuje evropské

¹¹⁶ Viz např. rozsudek ESD ve věci Consten Grundig, C-56/64, 58/64.

¹¹⁷ viz např. rozhodnutí Komise Eirpage, OJ 1991 L 306/22

¹¹⁸ rozhodnutí P&O Stena Line, OJ 1999 L 163/61

¹¹⁹ rozhodnutí ve věci BiB, OJ 1999 L 312/1

¹²⁰ rozhodnutí Exxon/Shell, OJ 1994 L 144/20

¹²¹ viz XXVIII. Zpráva Komise o soutěžní politice z r. 1998, konkrétně např. viz rozhodnutí Philips-Osram, OJ 1994 L 378/37

¹²² viz např. rozhodnutí ESD ve věci Remia, C-42/84

právo i přínosy potenciální, závisující na dalším vývoji na trhu¹²³. V praxi soutěžitelé argumentují zejména snížením koncové ceny či vytvořením nových pracovních míst, jak je uvedeno výše. Je zřejmé, že soutěžní právo se v rámci systému individuálních výjimek může stát i nástrojem k dosažení i jiných cílů, než je ekonomická efektivita na trhu – systém individuálních výjimek může být i nepřímým nástrojem pro podporu zaměstnanosti, životního prostředí, technického pokroku, regionů apod.

6. Blokované výjimky

Na základě zmocnění nyní obsaženého v čl. 29 nařízení č. 1/2003 (v kombinaci s dalšími, zejména nařízením č. 19/65 a nařízením č. 2821/71) je Komise oprávněna vydávat tzv. blokované výjimky, stanovící kritéria, za nichž jsou dle čl. 81 odst. 3 ze zákazu obsaženého v čl. 81 odst. 1 vyňaty celé skupiny či kategorie dohod. Horizontálních kartelových dohod se týkají zejména:

- nařízení č. 2658/2000 o dohodách o specializaci
- nařízení č. 772/2004 o dohodách o převodu technologií
- nařízení č. 2659/2000 o dohodách o výzkumu a vývoji

Vedle výše uvedených blokovaných výjimek byly vydány ještě speciální blokované výjimky pro určitá odvětví – zemědělství, pojišťovnictví, profesionální služby (svobodná řemesla), telekomunikace či dopravu.

Jako kritéria posuzování kartelů blokované výjimky povětšinou používají princip maximálního podílu na trhu, při jehož překročení je soutěžitel z výhody blokované výjimky vyloučen, a dále seznam provinění proti soutěži, která jsou-li v dohodě obsažena, znamenají také nemožnost aplikace výjimky. Tento systém bývá označován jako nový typ blokovaných výjimek, počínající blokovou výjimkou pro vertikální dohody (nařízení č. 2790/1999), dřívější blokované výjimky spočívaly na principu stanovení podmínek, které musí být splněny pro aplikaci výjimky. Komise má ale v zásadě možnost posoudit jednotlivé případy ad hoc a výjimku odejmout, uzná-li to u dané dohody za vhodné.

Z pohledu trhu lze systému blokovaných výjimek vytknout to, že svým způsobem tlačí na podnikatele, aby omezili svou spolupráci mezi mantinely, stanovené blokovými

¹²³ viz např. rozhodnutí ESD ve věci Metro, C-26/76 (Metro I.)

výjimkami, což má na trh negativní restriktivní vliv. Zároveň pak obrovský praktický dopad blokových výjimek, zajišťujících soutěžně-právní beztrestnost, má za následek odklon od ekonomického posuzování dopadu jednotlivých smluv, neboť orgán dohledu se může soustředit čistě na právní a koncepční posuzování, zda daná dohoda splňuje náležitosti vyhlášky. Ekonomická teorie říká, že v situaci, kdy soutěžitel nemá a nevykonává žádnou tržní sílu, není schopen negativně ovlivnit konkurenční prostředí. Škodlivost dané dohody pro konkurenci na trhu je tak podmíněna tržní silou soutěžitele více než obsahem dohody – některá protisoutěžní ujednání, jsou-li aplikována ve smluvním vztahu významných hráčů na trhu, mají nebezpečný protisoutěžní efekt, zatímco uplatní-li je ve svých vztazích menší subjekty, je dopad na soutěž nulový. Z uvedených důvodů by měl orgán dohledu při zkoumání oprávněnosti aplikace blokových výjimek vždy zkoumat zejména pozici soutěžitele na relevantním trhu, jeho tržní sílu, nežli slepě aplikovat zákaz dohody při výskytu protisoutěžních ujednání.

7. Pravidlo de minimis

Závěrem obecného exkurzu do platné hmotněprávní úpravy kartelových dohod v evropském právu je zapotřebí ještě zmínit pravidlo „de minimis“. Poprvé byl tento koncept, omilostňující dohody soutěžitelů s malou tržní silou, použit v roce 1969 v rozsudku ESD ve věci Völk vs. Vervaecke¹²⁴. Nyní obsažen zejména ve sdělení Komise č. 2001/C 368/07, zkráceně nazývaného Oznámení de minimis.

Oznámení deklaruje, že z působnosti generální klauzule budou vyňaty dohody, u nichž společný podíl účastníků na relevantním trhu nepřesahuje u horizontálních dohod 10%, ledaže by obsahovaly nejzávažnější protisoutěžní ujednání vyjmenovaná v čl. 11 odst. 1. V případě, že je relevantní trh svázán kumulativním efektem dohod mezi dodavateli a odběrateli, snižuje se hranice použití pravidla de minimis na 5% společného tržního podílu.

Jedná se však (pouze) o oznámení a nikoli o nařízení, proto aplikace pravidla de minimis spočívá jen na jednostranné deklaraci Komise, že bude uvedeným způsobem postupovat. Například čl. 4. oznámení jasně říká, že tam, kde podnik v dobré víře spoléhal na aplikaci pravidla de minimis, nebude mu Komise ukládat v případě, že se ukáže opak, pokutu. Oznámení ale nemá žádnou závaznost pro ESD ani další orgány

¹²⁴ C-5/69

vykládající a uplatňující článek 81 Smlouvy o ES, zejména orgány národní, a to nehledě na to, že obdobná pravidla jsou obsažena v národních právních předpisech¹²⁵.

Je zřejmé, že nízká tržní síla soutěžitelů zcela vylučuje negativní efekt jejich dohod na trh; přesto, pravděpodobně z koncepčních důvodů, je zákaz hard-core ujednání, zejména dohody o určení cen, omezení výroby a rozdělení trhu, zachován.

¹²⁵ § 6 zákona č. 143/2001 Sb., v platném znění

VI. HORIZONTÁLNÍ KARTELY

Při zkoumání konkrétních kartelových ujednání je nutné použít alespoň nějaké systematické třídění. Tradiční a nejčastější členění kartelových dohod spočívá v dělení na dohody horizontální, uzavírané mezi subjekty na stejné úrovni trhu zboží, a dohody vertikální, uzavírané mezi jednotlivými úrovněmi, typicky mezi dodavateli a odběrateli zboží.

Legislativní zkratka vertikální dohody je obsažena v nařízení č. 2790/1999, tedy blokové výjimce pro vertikální dohody: Čl. 2 odst. 1 označuje za vertikální dohodu

„dohodu nebo jednání ve shodě uzavřenou mezi dvěma nebo více podniky, z nichž každý vzhledem k dané dohodě operuje na jiné úrovni výrobního a nebo distribučního řetězce, a vztahující se k podmínkám za nichž mohou strany nakupovat a prodávat zboží či služby.“

Horizontální dohodou by tedy měla být dohoda mezi podniky na stejné úrovni řetězce. To potvrzuje Oznámení Komise o použití čl. 81 na smlouvy o horizontální spolupráci¹²⁶ (dále též „Oznámení o horizontální spolupráci“), které uvedené kritérium úrovně výrobního či distribučního řetězce v čl. 1.1. kopíruje a dodává, že dohody horizontální povahy jsou většinou dohody mezi konkurenty. Existují tedy i jiné než horizontální dohody mezi konkurenty, jak je popsáno níže.

Oznámení de minimis, konkrétně jeho čl. 7., pak odlišuje pro účely stanovení kritické hranice tržního podílu kategorie dohod mezi konkurenty, skutečnými či potenciálními, a dohod mezi nekonkurenty – dřívější oznámení o dohodách menšího významu z roku 1997 ale používalo termíny horizontálních a vertikálních dohod.

Jak vidíme, objevuje se při definici horizontálních dohod a postavení konkurentů několik termínů s blízkými, avšak nikoli zcela stejným obsahem. Této skutečnosti si všímá i Mgr. Jiří Kindl v článku¹²⁷ zabývajícím se rozlišením horizontálních a vertikálních dohod v soutěžním právu, převážně českém: Zmiňuje dva problémy s definicí horizontálních dohod související: Zda (za prvé) mají být pro zjišťování úrovně trhu, na nichž soutěžitelé působí, brány v úvahu pouze stávající obchodní aktivity, a nebo i aktivity potenciální, a (za druhé) zda je vzájemné postavení soutěžitelů třeba

¹²⁶ Commission Notice – Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation, OJ 2001/C 3/02.

¹²⁷ Mgr. Jiří Kindl, Typové rozlišení dohod narušujících hospodářskou soutěž, Právní rozhledy, 15/2006, str. 533 a násl.

analyzovat pouze vzhledem k předmětné kartelové dohodě a nebo obecně, vzhledem k celkovému podnikání stran.

Ustanovení Oznámení de minimis přímo hovoří o „skutečných či potenciálních“ konkurentech a k tomu odkazuje na Oznámení o horizontální spolupráci, jež potencialitu svazuje s (okamžitou) nabídkovou substitutabilitou – možností v krátké době bez vyšších nákladů na zvláštní investice, ať už do změny výroby nebo zavedení produktu, začít vyrábět produkt konkurenta. Mezi konkurenty ve smyslu Oznámení de minimis, Oznámení o horizontální spolupráci a potažmo dalších pramenů evropského soutěžního práva (zejména blokových výjimek) by proto měli být zahrnováni i konkurenti potenciální.

Co se týče druhé otázky, je třeba odpověď hledat v blokové výjimce pro vertikální dohody, která v čl. 2 odst. 1 (viz výše) přímo uvádí, že posuzování se koná „vzhledem k dané dohodě“¹²⁸. Pokud tedy jde o dohodu mezi konkurenty, avšak jde v ní o plnění vertikální povahy – tedy každý z konkurentů vystupuje jako subjekt na jiné úrovni trhu – jedná se z pohledu blokové výjimky pro vertikální dohody o dohodu vertikální (byť s omezením výjimky obsaženým v čl. 2 odst. 4. nařízení). Protože ale jde o posouzení pouze z pohledu dané vertikální dohody, zůstává zachováno základní pravidlo, že dohodami horizontálními se rozumí dohody mezi skutečnými či potenciálními konkurenty.

1. Dohody o cenách

Přímé i nepřímé určování cen je výslovně zakázáno v písmeni a) čl. 81 odst. 1 Smlouvy o ES, jedná se o tzv. hard-core kartel, vylučující uplatnění pravidla de minimis podle příslušného oznámení Komise, blokových výjimek pro zvláštní typy dohod a navíc v zásadní většině případů znemožňuje i uplatnění individuální výjimky podle čl. 81 odst. 3, neboť se jedná o omezení překračující hranici nezbytnosti při dosažení daného cíle. Dohoda o cenách je ujednáním, které má ze své podstaty přímo za cíl omezení soutěže a omezení soutěže nepředstavuje jen jakýsi vedlejší efekt kartelu. Při stíhání a postihování dohod o cenách je Komise co možná nejpřísnější, kauzy týkající se dohod o cenách jsou tím pádem i hodně medializované (např. dohody o vitamínech – BASF/La

¹²⁸ „for the purposes of the agreement“

Roche). Prvním případem dohody o cenách, který Komise řešila, byla dohoda výrobců chininu¹²⁹.

Nelze však obecně říci, že by dohoda o cenách musela být vždy zakázána a prohlášena za neplatnou. Evropská komise udělila cenovým kartelům několik individuálních výjimek, v nedávné době to bylo v případě VISA International Multilateral Exchange Fee¹³⁰: Výslovně uvedla, že ujednání o cenách nemusí vždy znamenat odmítnutí individuální výjimky, v daném případě bylo ujednání o jednotných sazbách účtovaných za zprostředkování bezhotovostních převodů bankovními kartami shledáno za daných podmínek výhodným jak pro maloobchodníky, s nimiž VISA dohody uzavírala, tak pro spotřebitele. Dalším uznávaným důvodem pro udělení individuální výjimky dohodě o cenách může být restrukturalizace – je-li stanovení cen nutnou podmínkou záchrany podniku/odvětví.

Dohody o přímém resp. nepřímém určování cen mohou nabývat nejrůznějších podob. Kromě zřejmě nejméně častých explicitních dohod o cenách půjde o ujednání o doporučených cenách¹³¹, které fungují jako nástroj sloužící k umělé transparentci na trhu, aby bylo možné eliminovat nechtěnou cenovou konkurenci. Je otázkou, zda podobnou umělou transparentci může vyvolat i pravidelné zveřejňování cen: Názor Komise, že takové zveřejňování je porušením čl. 81 a narušuje konkurenci v případě Wood Pulp II¹³² byl Evropským soudním dvorem odmítnut, avšak spíše z důvodu, že nebyla prokázána dohoda o zveřejňování, samotné paralelní chování nestačí¹³³. Další formou mohou být dohody o sladění systémů slev a bonusů¹³⁴, které normálně působí jako nástroj cenové konkurence, zejména na oligopolních trzích. Často se vyskytují ujednání o minimálních a maximálních cenách¹³⁵, které udržují cenu v takovém rozmezí, aby byl vždy zaručen dostatečný zisk pro všechny zúčastněné. Za dohodu o cenách se považuje dohoda o zákazu prodeje za cenu pod úrovní nákladů¹³⁶ i dohoda o objemu nákupů za účelem udržení cenové stability¹³⁷. Za dohodu o cenách je nutné označit také situaci, kdy dojde ke spojení několika soutěžitelů v sdružení pro společný

¹²⁹ rozhodnutí OJ 1969 L 192/5, odvolání společnosti ACF Chemiefarma pak řešeno ESD pod zn. C-41/69

¹³⁰ OJ 2002/L 318/17

¹³¹ viz např. rozsudek Cementhandelaren, C-8/72

¹³² C-89/85

¹³³ viz definice jednání ve shodě výše

¹³⁴ viz např. rozsudek Belasco, C-246/86

¹³⁵ viz např. rozhodnutí Polypropylene, OJ 1986 L 230/1

¹³⁶ viz např. rozhodnutí IFTRA Aluminium, OJ 1975 L 228/3

¹³⁷ viz rozhodnutí Solvay, OJ 1991 L 152/16

prodej, například v jisté formě joint-venture, pokud se samozřejmě nejedná rovnou o případ spojování soutěžitelů¹³⁸.

2. Dohody o omezení nebo kontrole výroby a odbytu.

Již výše v této práci bylo ukázáno, že omezením produkce lze dosáhnout stejného efektu jako dohodou na vyšších cenách – umělým snížením výroby lze vyvolat vzestup ceny nad přirozeně konkurenční hladinu. Bez možnosti zvyšovat a snižovat objem produkce nelze reagovat na případné zvýšení ceny konkurentem zvýšením výroby a následujícím „trestem“ za zdražování. Dalším negativním přínosem takových dohod pro soutěž je obvyklé omezení vstupu nových hráčů na relevantních trž. Proto jsou obecně dohody o omezení výroby postihovány stejně přísně, jako cenové kartely. Některé restriktivní dohody ovšem mohou být i přínosné (dohodám o specializaci popsaným níže je dokonce věnována bloková výjimka) – vylepšením produkčních technologií, umožněním technologického rozvoje či naopak udržení stagnujícího odvětví, možností úspor z rozsahu atd. Typickým doplňkovým ujednáním je závazek případnou nadprodukcí přenechat ostatním členům kartelu či jiným způsobem samostatně nedistribuuovat, na závažnosti dohody samozřejmě nic nemění ani případné ujednání o kompenzaci omezení výroby například penězi.

Dohody o omezení výroby mají nejčastěji formu závazku omezit svou výrobu na určitou sjednanou úroveň, na určitý typ výrobků a nezvyšovat současnou úroveň výroby – tento typický příklad může být ilustrován na případu kartelové dohody producentů zinku¹³⁹, kde Komise shledala jednoznačné porušení článku 81 odst. 1, s tím, že pokud měla dohoda sloužit k restrukturalizaci a záchraně rentability v odvětví, měli účastníci dohody žádat o udělení individuální výjimky. V některých případech může být důvodem pro povolení kartelu i restrukturalizace na národní úrovni: Dokladem je případ dlouhodobé nadprodukce nizozemských výrobců cihel z r. 1994¹⁴⁰. K získání individuální výjimky však účastníci kartelové dohody museli škrtnout ustanovení o

¹³⁸ Rozdíl podle evropského soutěžního práva spočívá v posouzení, zda je joint-venture zřizována jako samostatná hospodářská jednotka, důsledně oddělená od svých zakladatelů, nezávislá a nikoli založená pouze na omezenou dobu či k jednorázovému „použití“. Pokud není některá z uvedených podmínek splněna, jedná se o dohodu soutěžitelů dle čl. 81 a ne o jejich spojování ve smyslu nařízení č. 139/2004 a Označení o konceptu plnohodnotných joint-venture, OJ 98/C 66/01.

¹³⁹ rozhodnutí Zinc producer group, OJ 1984 L 220/27

¹⁴⁰ rozhodnutí Stichting Baksteen, OJ 1994 L 131/15

produkčních kvótách a zavázat se nevyměňovat si údaje o objemech produkce a prodeje, další ujednání o omezení výroby a koordinaci však zůstala v platnosti.

I pokyny Komise k horizontálním dohodám vymezují v souvislosti s omezením výroby některé případy, kdy by regulátor měl předmětnou dohodu posuzovat benevolentněji:

- Dohody mezi soutěžiteli o kontrole produkce v situaci, kdy spolupráce je jediným možným klíčem k otevření nového trhu, typicky k výrobě nového výrobku.
- Dohody v případě, že spolupráce je pro některého soutěžitele jedinou cestou k odvrácení úpadku a nebo pro některý produkt jedinou cestou k udržení na trhu – samozřejmě za předpokladu, že je to důležité pro spotřebitele.

V těchto ustanoveních je vidět o něco citlivější přístup ke kartelovým dohodám přesto, že se jedná o klasické kartely přímo směřující k omezení soutěže – reflexe toho, že se nemusí jednat jen o dohody poškozující konkurenci, ale také o dohody umožňující rozvoj či zachování hodnot, které by jinak konkurence v neprospěch spotřebitele smetla.

3. Dohody o rozdělení trhu

Rozdělení trhu poškozuje hospodářskou soutěž a spotřebitele zejména tím, že omezuje škálu nabízeného zboží. V důsledku omezení nabídky na separovaném trhu pak může docházet k lokální monopolizaci, zvýšení cen a tedy de facto stejně škodlivým následkům pro soutěž, jako mají např. dohody o cenách nebo o omezení produkce. Rozdělení trhů může znamenat jak rozdělení trhů geografických, které bude v praxi zřejmě nejčastější, tak rozdělení zákazníků. Z ekonomického pohledu může za rozdělením trhu stát snaha o snížení distribučních, marketingových a dalších nákladů, tím ale nemůže být ospravedlněn negativní vliv na konkurenční prostředí¹⁴¹. Dalšími důvody, tentokrát již o něco významnějšími (například v případě posuzování individuální výjimky), může být spolupráce malých soutěžitelů, kteří by se jinak v celotržním měřítku v souboji s velkou či přímo dominantní firmou nemohli udržet. Stejně tak legitimním důvodem může být dočasné rozdělení trhu při zavádění nového výrobku, služby apod. Přiznání individuální výjimky bude ale pouze výjimečné, jako v případě dohod o cenách, rozdělení trhu patří mezi hard-core kartely.

¹⁴¹ Evropská komise výslovně uvádí, že takové úspory nebere v potaz – viz bod 32. Pokynů k horizontálním dohodám.

Pokud hovoříme o rozdělení trhů na evropské úrovni, připadá samozřejmě nejčastěji v úvahu rozdělení na trhy národní. Takové rozdělení je v přímém protikladu s jedním ze základních cílů evropské integrace – zavedením jednotného trhu. Pokud dojde k rozdělení trhů mezi výrobci v jednotlivých zemích, typicky dohodou, že se nebudou pokoušet o průnik na trh/území jiného státu. Výhodou obdobného kartelu, na rozdíl např. od kartelu cenového na společném území, je vysoká míra stability, neboť proniknutí na trh cizího státu vyžaduje určité investice a navíc je snadno zjistitelné. Nebylo tedy výjimkou, že obdobné dohody o rozdělení trhu fungovaly i desetiletí¹⁴².

Obdobou přímého rozdělení trhů jsou i vzájemné dohody konkurentů z různých členských zemí o výhradní spolupráci. Tím dochází k situaci, že veškerý obchod s danou komoditou mezi oběma státy je omezen na obchod mezi soutěžiteli a nedochází k přímému spojení mezi např. výrobcem z jedné země a zákazníkem z druhé země. Pokud se konkurent z jedné země rozhodne zboží od výrobce z druhé země vůbec neodebírat, distribuční kanál se tím zcela uzavírá¹⁴³.

Kartelová dohoda o rozdělení trhu může být v rozporu s čl. 81 i tehdy, týká-li se jediného státu, typicky tehdy, jde-li o kontrolu nad vývozem a dovozem do ostatních zemí¹⁴⁴.

Pokud dohoda může mít vliv na obchod mezi členskými státy, není samozřejmě nutné, aby pokrývala území celého členského státu. Jak již bylo poznamenáno výše, může být z geografického hlediska dotčeno jen velmi malé území. Z pohledu rozdělení trhů bylo nahlíženo i na dohodu železničních společností při výstavbě a provozu tunelu pod kanálem La Manche, který bezpochyby má vliv na obchod mezi členskými státy. V daném případě však Komise akceptovala, že přínos tunelu může být tak velký, že je zapotřebí umožnit jeho výstavbu a provoz, přičemž náklady na danou investici vyžadují k zajištění své návratnosti speciální opatření, alespoň po přechodné období. I přesto, že z pohledu Komise šlo o dohody o rozdělení trhu – provozu železniční dopravy tunelem

¹⁴² Například dohoda o nevstupování na trh ostatních konkurentů s peroxidem vodíku mezi belgickou společností Solvay, anglickou Laporte a německou Degussa vydržela přes 20 let; viz rozhodnutí OJ 1985 L 35/1, dohoda podle názoru Komise zcela zablokovala vzájemný obchod mezi zeměmi v dané branži a společnostem byly uděleny pokuty v celku přes 9 milionů ECU.

¹⁴³ viz již citovaný případ Suiker Unie, C-40/1973.

¹⁴⁴ viz např. rozhodnutí IJsselcentrale, OJ 1991 L 28/32

– byly dohodám udělovány individuální výjimky (ESD však několikrát stanovil, že vůbec nešlo o porušení čl. 81)¹⁴⁵.

Rozdělení trhu ovšem nemusí mít podobu pouze rozdělení trhu geografického, ale také zákaznického nebo produktového, časového nebo jiného (viz výklad o relevantním trhu výše). Dopad všech uvedených variant je obdobný jako u rozdělení geografického: Rozdělení zákazníků má stejný efekt jako dělba území, rozdělení výroby (specializace) se věnuje samostatná bloková výjimka a bude rozebráno níže, rozdělení časové je variantou spíše hypotetickou a v praxi nepopsanou.

4. Dohody o specializaci

Zvláštním typem dohod omezuujících produkci (a rozdělujících trh, viz níže) jsou takzvané dohody specializační, tedy dohody o rozdělení výroby tak, že jeden z konkurentů se dále zaměří na jeden typ výrobků a druhý na druhý typ výrobků. Takový postup může být velmi výhodný zejména pro menší a střední firmy, které pomocí specializace dosáhnou alespoň určitých výnosů z rozsahu, ale zejména se stanou experty na dané zboží, což jim pomůže lépe vybudovat značku, přizpůsobit výrobě i servis, marketing atd.

První otázkou je, jaký je rozdíl mezi specializací ve výrobě a běžným rozdělením trhu jako jedním z tvrdých kartelů, popsaným výše. Nebezpečí, že specializace bude mít na trh stejně negativní důsledky jako omezení výroby a rozdělení trhu, je tím větší, čím blíže jsou si výrobky, jichž se specializace týká – pokud se jedná o velmi blízké substituty, zejména pokud se jedná o výrobky v rámci jediného relevantního trhu, je specializace pro hospodářskou soutěž škodlivější, neboť s sebou nese efekt rozdělení trhu. Takové případy ale nejsou tak časté, a protože bývají spojeny s dalšími omezeními soutěžního chování účastníků, bývají postihovány. Jedním z prvních takových kartelů

¹⁴⁵ Viz rozhodnutí Komise ve věci Eurotunnel III., OJ 1994 L 259/20, kde Komise shledala, že dohoda o exkluzivním poskytnutí 50% kapacity tunelu provozovatelem, společností Eurotunnel, společností British Railways a SNCF, je rozdělením trhu (vzhledem k povaze věci byla poskytnuta individuální výjimka. ESD však rozhodnutí zrušil a Komise v navazujícím rozhodnutí již u dohody neshledala porušení čl. 81, hlavním důvodem byla skutečnost, že Eurotunnel mohl v rámci zbývajících nevyužitých 50% kapacity umožňovat přepravu i dalším osobám. Případ je blíže rozebrán v 29. Zprávě Komise o soutěžní politice z r. 1999. Dalším případem souvisejícím s eurotunelem a rozdělením trhu byla např. kauza Night Services, OJ 1994 L 259/20, týkající se noční přepravy; individuální výjimka byla udělena na 8 let, rozhodnutí však bylo později zrušeno Soudem první instance, který označil závěry Komise za chybné, zejména co do tržní síly účastníků dohody a možného vlivu dohody na soutěž, a rozhodl, že nedošlo k porušení čl. 81.

posuzovaných Komisí byl *Clima Chappée / Buderus*¹⁴⁶ z r. 1969, kde se francouzský a německý výrobce klimatizací dohodli, že každý z nich bude vyrábět jen stanovené konkrétní klimatizační produkty, ovšem zároveň *Clima Chappée* smělo v SRN prodávat své produkty firmě *Buderus* a ve Francii naopak. Komise udělila této dohodě individuální výjimku podle tehdejšího čl. 85 odst. 3 SES, s odůvodněním, že dohoda nepovede k výraznému omezení soutěže, že vzhledem k počtu dalších výrobců nedojde ke snížení nabídky na trhu a že dohoda umožní velmi efektivně snížit náklady stran a umožní zvýšení investic atd. Rozhodnutí *de facto* potvrdilo, že samotná specializace je v pořádku a může působit na soutěž v zásadě pozitivně, přičemž protisoutěžní ujednání o výhradním prodeji byla převážena výhodami plynoucími ze specializace.

Nejčastěji dochází k specializaci v případě, kdy není ekonomicky efektivní, aby více menších subjektů vyrábělo celé produktové řady, např. domácí chemie. Zásadním bodem takových specializačních dohod pak bývá, že produkty, jejichž výroba je svěřena druhému subjektu, distribuuje i první subjekt. Z toho důvodu se má za to, že specializační dohody mohou významně přispívat rozšíření nabídky pro spotřebitele a Komise ke specializačním dohodám posledního zmíněného typu přistupovala vždy velmi benevolentně; pokud totiž dojde k obdobné specializační dohodě mezi konkurenty z různých členských států, pomůže to mezistátnímu obchodu a zároveň podpoře společného trhu v EU. První blokové výjimky pro specializační dohody byly vydány v r. 1972 a 1985, další přišla v r. 1993¹⁴⁷.

Nyní jsou dohody o specializaci upravené blokovou výjimkou z roku 2000¹⁴⁸. Výjimka se vztahuje na jednostranné specializační dohody, kdy se jeden subjekt vzdává výroby produktu ve prospěch druhého, na reciproční specializační dohody, i na dohody o společné výrobě, tedy vlastně specializační dohody naruby.

Předpokladem aplikace výjimky je společný podíl soutěžitelů zúčastněných v kartelu do 20% relevantního trhu. Tím je reflektován princip tržní síly, která významně ovlivňuje škodlivost dohody pro hospodářskou soutěž (viz výše). Výjimka se také nevztahuje na dohody obsahující určení cen, rozdělení trhů a nebo nepřípustné omezení výroby (vyjma specializačních omezení, tvořících jádro dohody).

¹⁴⁶ rozhodnutí Komise č. 69/241/EHS

¹⁴⁷ nařízení Komise č. 2779/72, č. 417/85 a č. 151/93

¹⁴⁸ nařízení Komise č. 2658/2000.

Výjimka umožňuje v souvislosti se specializací přijetí následujících závazků zúčastněných stran:

- závazek výhradního nákupu a/nebo výhradních dodávek příslušného zboží,
- závazek společné distribuce,

Bloková výjimka nemůže být aplikována na dohody obsahující hard-core omezení, tj. ujednání o cenách, rozdělení trhu nebo omezení výroby, avšak to se nevztahuje na dohodu o omezení množství výroby produktů dotčených specializací (příp. společnou výrobou) ani na stanovení obchodních cílů včetně cen v rámci společného výrobního podniku (joint venture).

5. Dohody o výzkumu a vývoji a poskytování technologií

Dohody o výzkumu a vývoji, přestože často obsahují mnohá ujednání vedoucí k omezení soutěže na stávajících trzích a nebo, především, na budoucích trzích s novými, inovovanými výrobky a službami, mohou být jedinou cestou k zajištění pokroku. Výhodou takových kartelů může být eliminace duplicitních nákladů na výzkum, snadnější sdílení učiněných pokroků, postupné otevírání nových trhů, a zejména umožnění investic do výzkumu a vývoje menším a středním podnikům, které by na něj normálně neměly prostředky. Výjimky ze zákazu dohod pro ujednání o výzkumu a vývoji tak vlastně oponují argumentaci odpůrců regulace hospodářské soutěže, kteří říkají, že výzkum a vývoj táhnou vždy velcí a úspěšní soutěžitelé. Další výhodou, projevující se na evropské úrovni, je to, že i horizontální dohody o výzkumu a vývoji mají často pozitivní vliv na propojení trhů zúčastněných států a vytváření jednotného trhu Společenství. Negativní dopad na konkurenci u dohod o výzkumu a vývoji připadá v úvahu víceméně jen tehdy, mají-li jejich účastníci už tak silnou pozici na trhu, že by jí tímto kartelovým jednáním jen dále posilovali v neprospěch spotřebitelů. Určitým rizikem je i situace, kdy do dohod o výzkumu a vývoji tlačí velcí hráči malé hráče, aby mohli kontrolovat jejich vývoj a vyloučit tak ohrožení své pozice na trhu.

Mnoho dohod o výzkumu a vývoji se týká jen období předcházejícího uvedení cílového produktu na trh a u takových dohod je pravděpodobné, že nemají vliv na následující hospodářskou soutěž. Možnost porušení článku 81 tedy obvykle přichází až v případě, kdy se dohoda o výzkumu a vývoji týká i tržního využití výsledku vývoje a výzkumu a

zejména tehdy, obsahuje-li omezení chování účastníků pro tuto pozdější fázi. Nepřípustným omezením je i zákaz dalšího samostatného vývoje¹⁴⁹, omezuje přístup jedné ze stran k výsledkům společného bádání¹⁵⁰ a nebo omezuje obchodní využití výsledku výzkumu a vývoje některou ze stran¹⁵¹.

Dohody o výzkumu a vývoji s ohledem na výše uvedený prospěch upravuje samostatná bloková výjimka – nařízení č. 2659/2000. Ta se vztahuje na dohody, mající za účel koordinaci výzkumu a vývoje a případně také společné využívání výsledků výzkumu a vývoje. Výzkum a vývoj podle čl. 2 bodu 4. nařízení znamená „získávání know-how, pokud jde o produkty nebo postupy a provádění teoretické analýzy, systematických studií nebo pokusů, včetně pokusné výroby, technických zkoušek produktů nebo postupů, zřizování nezbytných zařízení a nabývání práv duševního vlastnictví k výsledkům“.

Bloková výjimka se vztahuje pouze na dohody, kde všechny strany mají náležitý přístup k výsledkům (vyjma zúčastněných vědeckých a akademických subjektů) a pokud všichni účastníci – konkurenti mají neomezený přístup k využití výsledků. Výjimka je však omezena maximální dobou 7 let od uvedení nového výrobku na trh. Další podmínkou je, aby společný podíl účastníků – konkurentů nepřesahoval před dosažením výsledku výzkumu a vývoje 25%¹⁵² na trhu existujícího produktu, který je předmětem inovace, a poté, co je uveden na trh nový produkt, 25% relevantního trhu, jehož součástí je nový produkt.

Existují i negativní podmínky aplikace blokové výjimky, mající za účel vyloučit jednání z podstaty věci nadbytečná a směřující proti podstatě soutěže: S výjimkou určitých povolených omezení týkajících se případně společné výroby, jsou zakázány zejména následující ujednání:

- omezení nezávislého výzkumu a vývoje spolu s třetími stranami v projektech, nesouvisejících s předmětem dané smlouvy
- omezení budoucího zpochybnění práv z duševního vlastnictví

¹⁴⁹ viz např. rozhodnutí Komise ve věci Alcatel Espace/ANT, OJ 1990 L 32/19.

¹⁵⁰ viz také čl. 67 Pokynů Komise k horizontálním dohodám.

¹⁵¹ pokud se tedy nejedná např. o účastníka dohody, který se primárně zabývá výzkumem a nikoli podnikáním – vědecký ústav atp.

¹⁵² v určitých případech může být hranice zvýšena na 30% - viz čl. 6 blokové výjimky

- omezení výroby nebo prodeje
- dohody o cenách
- omezení budoucích odběratelů
- zákaz pasivního prodeje¹⁵³ výsledků na územích vyhrazených ostatním stranám
- zákaz aktivního prodeje výsledků výzkumu a vývoje
- zákaz licencování výroby výsledků výzkumu a vývoje třetím stranám

I v případě výše uvedených ujednání lze ale samozřejmě v odůvodněných případech aplikovat individuální výjimku. Naopak, i když jsou podmínky blokové výjimky splněny, umožňuje její čl. 7 Komisi v zvlášť závažných případech její aplikaci odejmout.

Vedle dohod o výzkumu a vývoji je třeba zmínit i speciální právní úpravu dohod o poskytování technologií, které jsou jim typově blízké.

Dohody o poskytování technologií jakožto zvláštní typ kartelů zaštitěných posláním podpory technologického rozvoje, upravuje samostatná bloková výjimka, nařízení Komise č. 772/2004, vydané 7. 4. 2004. Jedná se tedy o jednu z nejnovějších blokových výjimek, reflektující aktuální trendy v soutěžní politice Komise a EU – snahu o zjednodušení procesu vynucování volné soutěže soutěžním právem a co nejmenší zásahy do mechanismů na trhu v případech, kdy intervence nejsou bezpodmínečně nutné. Režim pro vynětí dohody o poskytování technologií ze zákazu dle čl. 81 odst. 1 je tak podobný režimu stanovenému pionýrskou blokovou výjimkou pro vertikální dohody – v závislosti na tom, zda jde o horizontální nebo vertikální dohodu je zjišťováno, zda dohoda obsahuje příslušná hard-core ujednání, pokud ne, pak zda je společný podíl soutěžitelů na relevantním trhu v limitu stanoveném nařízením, a pokud ano, pak je za předpokladu splnění několika dalších zákazů bloková výjimka aplikována. Pro evropskou úpravu je v této oblasti typické omezení působnosti výjimky pouze na některá práva z duševního vlastnictví, jmenovitě na převody patentů (včetně užitečných vzorů), know-how a softwarové copyrighty. Nevztahuje se tedy na běžné ochranné známky, jiná, než softwarová autorská práva atd.

¹⁵³ pasivní prodej, definovaný např. v čl. 50 Oznámení komise k vertikálním omezením soutěže – OJ 2000/C 291/01, spočívá v prodeji zákazníkům na základě jejich objednávky, bez vyhledávání aktivního prodeje např. reklamou na území konkurenta

Podle čl. 1 blokové výjimky jsou dohodami o poskytování (převodu) technologií „*patentová licenční dohoda, dohoda o licencích na know-how, licenční dohoda o autorských právech k programovém vybavení nebo smíšené dohody o licenci na patent, know-how nebo autorská práva k programovému vybavení včetně všech dohod tohoto druhu s ustanoveními, která se vztahují na prodej nebo nákup výrobků nebo která se vztahují na udělení licence na práva duševního vlastnictví nebo na převod práv duševního vlastnictví, pokud tato ustanovení netvoří hlavní předmět dohody a pokud jsou přímo spjata s výrobou smluvních výrobků; za dohodu o převodu technologií se rovněž považuje postoupení patentů, know-how, autorských práv k programovému vybavení nebo kombinace těchto práv, pokud riziko spojené s využíváním zůstane na postupiteli, zejména tehdy, závisí-li splatná částka za postoupení na obratu, kterého nabyvatel dosáhne výrobky, které byly vyrobeny pomocí postoupených technologií, nebo na množství těchto výrobků nebo na počtu operací provedených při užívání dané technologie*“. Bloková výjimka se vztahuje pouze na dohody týkající se platných práv z duševního vlastnictví a v případě know-how pouze na know-how utajené, neveřejné.

Pro horizontální dohody o poskytnutí technologií stanoví bloková výjimka hranici společného tržního podílu obou konkurentů ve výši 20%, přičemž podíl na trhu se určuje s ohledem na přítomnost licencované technologie na relevantních produktových trzích – v daném případě součtem podílů předmětných výrobků poskytovatele a příjemce licence.

Jako obvykle pak bloková výjimka stanoví výčet hard-core ujednání, která uplatnění blokové výjimky vylučují. Kromě standardních zákazů (dohody o cenách, omezení výroby) je v zásadě zakázáno i rozdělení trhů, avšak s mnoha výjimkami, většinou souvisejícími s podstatou ochrany práv k duševnímu vlastnictví – teritoriální omezení licence, zákaz sublicencí, zákaz aktivního i pasivního prodeje na území jiného nabyvatele licence, atd. Na seznam hard-core ujednání bylo zařazeno i omezení nabyvatele licence používat své vlastní technologie a/nebo provádět svůj nezávislý vývoj. Další „vyloučená“ omezení, vylučující aplikaci výjimky, jsou uvedena samostatně v čl. 5 nařízení a spočívají v závazcích omezujících nabyvatele licence v dalším využití souvisejících práv z duševního vlastnictví – zakázán je tak např. závazek udělit poskytovateli licence v budoucnosti výhradní licenci na oddělitelná zlepšení licencované technologie, nová využití licencované technologie či omezení nabyvatele licence v právu napadat práva duševního vlastnictví poskytovatele.

I v případě dohod o poskytnutí technologií má Komise právo v určitých případech uplatnění blokové výjimky vyloučit přestože byly formálně splněny požadavky nařízení.

6. Dohody o standardizaci

Dohody o standardizaci bývají uzavírány za účelem definic společných standardů – technických nebo kvalitativních požadavků na produkty či služby¹⁵⁴. Nejedná se o standardy stanovené zákonem či jinými, např. profesními normami¹⁵⁵, ovšem o rozhodnutí sdružení soutěžitelů půjde v praxi velmi často. Standardizační dohody bývají velmi často v rozporu s čl. 81 Smlouvy o ES, neboť de facto omezují možnost stran prezentovat na trhu odlišný formát výrobku, než stanoví dohoda, mohou omezovat výzkum a vývoj a nebo např. bránit realizaci společného trhu tím, že omezují možnosti importérů¹⁵⁶. Mohou také snadno vést k diskriminaci některých účastníků soutěže, pokud jim brání v užívání standardu, a sloužit k nepřímé kontrole výroby. Standardizační dohody mohou ale být velmi prospěšné pro zákazníky, umožňují totiž kompatibilitu jednotlivých produktů od různých výrobců, např. v oblasti hardware či telekomunikací, nebo jim usnadňují orientaci, např. udělením známky kvality výrobkům, které standard splňují.

Proto by standardizační kartely měly splňovat několik základních požadavků, při jejichž splnění se vymykají zákazu podle čl. 81¹⁵⁷:

- Nediskriminační a transparentní proces tvorby standardů, každý by měl mít právo k tvorbě standardů přispívat. Není možné vyloučit některé soutěžitele z používání standardu.
- Standardy nesmějí být povinné, pouze dobrovolné. Vždy by mělo být možné vyvíjet nové a nebo konkurenční standardy.

Pokud standardizační dohoda nestanoví žádná zvláštní omezení narušující soutěž a spočívá například v udělování určitého certifikátu produktům, které standardy splňují, není důvod dohodu zakazovat. Prospěšnost dohody, vyvažující určitá vedlejší omezení,

¹⁵⁴ Viz bod 159. Pokynů Komise k horizontálním dohodám.

¹⁵⁵ Typicky požadavky na přijetí do profesní komory (architekti, advokáti) nemohou být považovány za standardy ve smyslu kartelového práva, neboť jde o vyjádření samosprávy svobodného povolání.

¹⁵⁶ např. v případě povinnosti dovážet pouze výrobky opatřené národním certifikátem, viz rozsudek ESD ve věci IAZ, C-96/82

¹⁵⁷ Viz kapitola 6. Pokynů Komise k horizontálním dohodám.

může také spočívat v objektivních důvodech pro nutnost standardizace, typicky pokud je z důvodu bezpečnosti spotřebitelů nutné vyloučit určité typy odlišných produktů.

Ovšem v případě, kdy standardizační dohoda ukládá nadbytečná či neodůvodněná omezení v používání jiných standardů, není důvodu ji ze zákazu dle čl. 81 vyjímát. V případě videorekordérů¹⁵⁸ se němečtí výrobci videorekordérů a videokazet dohodli na výlučném užívání systému vyráběného společností Philips. K takovému omezení nabídky a konkurence však v daném případě nebyl důvod, navíc pozice společnosti Philips a jejího standardu video technologie byla v dané době v Evropě už tak silná, že by se de facto jednalo o totální porážení konkurenčních standardů přinejmenším v Německu, vzhledem k pozici německých výrobců videopřístrojů a komponentů v rámci společenství v té době ale možná i na celoevropské úrovni.

Je jasné, že pokud jsou standardy dohodnuty mezi subjekty s malým nebo zanedbatelným podílem na trhu, je jejich negativní dopad na konkurenci minimální, a tak by postihovány měly být pouze standardy vytvářené v podstatě za účelem vytvoření kolektivní dominance, jako nástroj k odstranění menších hráčů. Na druhou stranu vysoká společná tržní síla zúčastněných soutěžitelů nemusí vůbec znamenat škodlivost dohody – pokud jsou splněny výše uvedené podmínky, je naopak velký počet firem dodržujících standard pro spotřebitele výhodné. Polehčující okolností bude, pokud jsou standardy vytvářeny pro účely usnadnění (společného) výzkumu a vývoje nebo rozvinutí nových trhů.

7. Dohody o výměně informací

Dohody o výměně informací spočívají v závazku vzájemné výměny obchodních informací, důležitých pro další rozhodování na trhu, které nejsou veřejně dostupné. Typicky by se mělo jednat o ceny, objem prodeje, tržní podíly, systémy slev a bonusů apod.¹⁵⁹

Někteří autoři uvádějí, že by mělo jít o informace, které jsou obecně považovány za důvěrné (v zásadě tedy jde o informace svou povahou blízké obchodnímu tajemství)¹⁶⁰. Je však otázkou, zda je možné hovořit např. o nákupních cenách a bonusech jako o

¹⁵⁸ rozhodnutí Komise č. OJ 1978 L 47/42

¹⁵⁹ Škodlivost dohod o poskytování informací Komise jasně deklarovala např. v rozhodnutí ve věci IFTRA, OJ 1974 L 160/1

¹⁶⁰ C. Bellamy, G. Child: European community law of competition, Sweet & Maxwell, London, 2001.

informací obecně považované za důvěrnou, zřejmě tedy bude možné činit rozdíly mezi odvětvími, kde panuje velká cenová transparence, a jinými obory, kde jsou např. kvůli vysokému důrazu na tvorbu ceny, důležitosti výkyvů cena apod. veškeré faktory umožňující odhadovat další cenový vývoj pečlivě utajovány.

Výměna informací je obvyklou součástí i jiných kartelových dohod, a to z důvodu nutnosti udržení kartelu, vyloučení parazitování na kartelové dohodě atd. I mimo kartelovou dohodu je ale znalost informací o vnitřních poměrech či obchodních vztazích konkurenta je pro soutěžitele nesmírnou výhodou usnadňující jejich další fungování na trhu – čím více mají informací o podmínkách na trhu, poptávce, kapacitách rozvoje trhu a investičních plánech konkurentů, tím lépe mohou přizpůsobovat svou výrobu skutečné situaci. Stejně tak mohou ku svému prospěchu využít informace o účetních výsledcích a nebo obchodních podmínkách a postupech ostatních firem. Transparence je prospěšná i pro spotřebitele, čím více informací má, tím lépe si může vybírat, navíc může těžit i z efektivnějšího přísunu zboží a služeb ze strany firem, které vědí o volných místech na trhu.

Na druhou stranu je nutné vzít na vědomí skutečnost, že výměna informací mezi přímými konkurenty výrazně snižuje pravděpodobnost, že se budou chovat na sobě nezávisle a naopak podporuje jednání ve vzájemné shodě. Proto je nebezpečnost výměny informací pro trh nejvyšší na oligopolistických trzích s homogenními produkty, zejména pokud jde o informace o zamýšleném budoucím chování¹⁶¹. Zároveň se nebezpečnost dohody samozřejmě zvyšuje s mírou detailnosti komplexností poskytovaných informací.

Komise se ve své rozhodovací praxi soustřeďuje zejména na takové dohody o výměně informací, které směřují k výměně informací o budoucím chování soutěžitelů, týkají se informací o jednotlivých soutěžitelích (nikoli odvětví jako celku). Výměna statistických informací o minulém chování totiž nemusí být soutěži nijak na závadu, už vůbec žádné riziko pak nehrozí, pokud se jedná o informace anonymizované. Aby dohoda byla postižitelná, musí jít o dohodu vzájemně si informace poskytovat, pouhá možnost získat informace o protistraně nestačí k naplnění skutkové podstaty čl. 81 Smlouvy o ES.

¹⁶¹ Viz rozhodnutí *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, OJ 1998 L 1/10

Skutečnost, že je možné informace získat i z jiného zdroje, ale nemusí znamenat, že je dohoda v pořádku¹⁶².

V současné době je navíc oproti minulosti výměna informací výrazně ulehčena díky internetu a široké síti „business-to-business“ (B2B) tržišť a informačních kanálů¹⁶³. Co se týče moderních médií a B2B, zaujala Evropská komise navíc názor, že není možné diskriminovat některé soutěžitele a bránit jim v přístupu ke komunikačním kanálům¹⁶⁴. Odsud lze odvodit další princip posuzování takových dohod: Pokud jsou informace poskytovány „nediskriminačně“, všem zájemcům, nelze hovořit o narušování soutěže.

8. Dohody o společném nákupu

Společný nákup surovin či jiných výrobních vstupů konkurenty na základě kartelové dohody může vést ke snížení ceny pro spotřebitele díky lepšímu tlaku na dodavatele a nižší nákupní ceně, ve spojení s dostatečnou tržní silou nakupujících ovšem povede k obtížnějšímu nákupu pro ostatní firmy a jejich vytlačení z trhu nebo např. k další koordinaci chování díky tomu, že firmy zúčastněné v kartelu získají přehled o nákladech konkurenta. Čím vyšší je pak podíl ceny nakupovaného vstupu na ceně finálního výrobku Obecným trendem je svěžit společný nákup samostatnému subjektu, typicky joint-venture; v tom případě je společný nákup posuzován v rámci povolování spojení soutěžitelů, pokud se tedy nejedná o účelovou nesamostatnou joint-venture (viz výše pozn. pod čarou č. 138). Dohoda o společném nákupu může také spočívat v dohodě o nákupních cenách – potom jde o ujednání na pomezí dohody o cenách a o společném nákupu.

Ať už ale jde o klasický společný nákup nebo o dohodu o nákupních cenách, jedná se o chování svou povahou spadající pod čl. 81 Smlouvy o ES, a to zejména pokud kartel obsahuje (v daném případě logické) ujednání o exkluzivitě, tedy zákaz nákupu jinými cestami než společně, prostřednictvím dohody. Podle názoru ESD, vyjádřeného v rozsudku *Gøttrup-Klim*¹⁶⁵, lze exkluzivitu při společném nákupu akceptovat za předpokladu, že je nutná k zajištění řádného fungování dohody o společném nákupu a

¹⁶² Viz vyjádření Komise ve věci *Genuine Vegetable Parchment Association*, OJ 1978 L 70/54.

¹⁶³ Viz například Zpráva americké Federal Trade Commission: *Entering the 21st Century: Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces*, říjen 2000, dostupná na <http://www.ftc.gov/bc/b2b/index.htm>, nebo zpráva britského úřadu Office of Fair Trading: *E-Commerce and Its Implications for Competition Policy – Economic discussion Paper 1 (OFT 308)*.

¹⁶⁴ Viz J. Lücking: *B2B e-marketplaces and EC competition law: where do we stand?*, *Competition Policy Newsletter*, říjen 2001

¹⁶⁵ rozsudek č. C-250/92

nepřesahuje nezbytnou míru¹⁶⁶. V zásadě neakceptovatelným omezením soutěže v rámci dohod o společném nákupu ale je omezení nákupu na národní výrobce – takový požadavek směřuje k budování bariér mezi členskými státy a proti jednotnému trhu¹⁶⁷. Pokud však úspory zajištěné společným nákupem jsou přeneseny na spotřebitele, je možné (samozřejmě při splnění ostatních podmínek) uvažovat o udělení individuální výjimky¹⁶⁸.

Určité obecné návody pro posuzování dohod o společném nákupu obsahují Pokyny Komise k horizontálním dohodám ve své kapitole 4. Tento dokument již reflektuje snahu o reálné posouzení ekonomického dopadu dohod a vychází spíše z toho, že pokud dohoda o společném nákupu nemá být jen prostředkem ke koordinaci chování na trhu (určování cen, výměna informací atp.), ale slouží čistě k úspoře nákladů na nákup, neměla by být článkem 81 dotčena. Pokyny také zdůrazňují správnou myšlenku, že pokud zúčastnění nejsou konkurenty na prodejním trhu (tj. na trhu výrobků, které společně nakupující subjekty produkuje), není zde důvod dohodu o společném nákupu zakazovat, s výjimkou případů, kdy účastníci kartelové dohody mají velmi silné postavení na nákupním trhu. Na závažnost dohody o společném nákupu má dále velký vliv tržní podíl na prodejním trhu, podle Komise platí, že když je společný tržní podíl účastníků na prodejním trhu menší než 15%, nemohou využít dostatečné tržní síly k tomu, aby úspory získané společným nákupem využily pro svůj zisk – naopak budou trhem „nuceni“ k maximalizaci zisku snížit cenu pro spotřebitele a tím na něj přenést část prospěchu z kartelové dohody.

9. Dohody o komercializaci

Společnou komercializací se podle čl. 139 Pokynů Komise k horizontálním dohodám rozumí společný postup konkurentů na prodejním trhu, vedoucí k společnému určování všech komerčních aspektů vážících se k danému zboží, včetně ceny; obvykle se jedná o spolupráci při distribuci a propagaci zboží, účasti na reklamě a veletrzích apod.. Společná komercializace může být stejně jako dohody o společném nákupu silným lákadlem ke koordinaci cen, rozdělování trhů, výměně důvěrných informací apod., na druhou stranu může vést k výrazným úsporám nákladů (hlavně jde-li o zboží určené pro koncové spotřebitele na velkém území) a snazšímu otevírání nových trhů. Proto pokud

¹⁶⁶ jde o koncept velmi podobný požadavku nezbytnosti při posuzování individuálních výjimek

¹⁶⁷ viz např. rozhodnutí Komise ve věci belgických cukrovarů, OJ 1990 L 31/35

¹⁶⁸ Viz např. rozhodnutí Komise ve věci výrobců kyseliny sírové ve Velké Británii, OJ 1980 L 260/24

je jistá míra spojení konkurentů nutná k zavedení nového výrobku, z něhož bude mít spotřebitel užitek, je možné společnou komercializaci akceptovat.

Častým příkladem komercializačních dohod je společná reklama na výrobek, nezdůrazňující žádnou značku a nebo naopak všechny zúčastněné značky. Při rozhodování o reklamách na mléko v Německu¹⁶⁹ Komise vyjádřila názor, že pokud jde o reklamou na výrobek jako takový, nijak neodsuzující zahraniční výrobce či jinak směřující proti cílům evropské integrace, ustanovení čl. 81 Smlouvy o ES se jí netýká.

Pokyny Komise k horizontálním dohodám výslovně stanoví, že pokud komercializační dohoda zahrnuje společný prodej produktu, bude dohoda téměř vždy spadat pod zákaz dle čl. 81, neboť takový postup ze samé podstaty představuje dohodu o cenách, a to i tehdy, jde-li o dohodu bez závazku exkluzivity. Pokud se dohoda týká společného marketingu, může její nebezpečnost spočívat zejména ve výměně informací o budoucí obchodní strategii, omezena by taková spolupráce měla být i v případě, kdy náklady na marketing tvoří významnou část nákladů podniku. Jako spodní hranici společného tržního podílu účastníků dohody, bez jejíhož překročení by dohoda neměla narušit soutěž, Komise v Pokynech stanovila opět 15% limit. Na rozdíl od dohod o společném nákupu je zde ale stanoven požadavek, aby neobsahovala hard-core ujednání o cenách.

Zvláštním případem komercializačních dohod jsou dohody o distribuci. Jedná se o ujednání typicky vertikální povahy, avšak k uzavření takových dohod může dojít i mezi konkurenty. V evropském rozsahu půjde především o dohody o distribuci obdobného výrobku v distribuční síti konkurenta v jiném členském státě. Blokovaná výjimka pro vertikální dohody¹⁷⁰ může být použita i pro dohody mezi konkurenty, pokud jejich účastníci splňují několik podmínek: Zejména musí jít o nerekiproční dohodu (tedy nikoli o situaci, kdy oba subjekty distribuují své výrobky vzájemně) a roční obrat kupujícího (distributora) nesmí přesáhnout 100 milionů EUR. Při splnění daných podmínek se na dohodu použijí standardní ustanovení blokované výjimky pro vertikální dohody. Pokud je ale dohoda reciproční, kupující má vyšší obrat a nebo nejsou splněny další podmínky, nelze blokovanou výjimku využít a dohoda může vzbuzovat podezření, že slouží k rozdělení trhu, výměně informací, dohodě o cenách atd. Dohoda také může obsahovat omezení soutěže obvyklá u vertikálních dohod, například neodůvodněné závazky exkluzivity, zákazu pasivních prodejů a podobně.

¹⁶⁹ rozhodnutí *Milchsförderungsfonds*, OJ 1985 L 35/35

¹⁷⁰ čl. 2 odst. 4 nařízení č. 2790/1999

O přiznání individuální výjimky bude u komercializačních dohod možné žádat například v případě, že společný postup (nezahrnující hard-core ujednání) bude jedinou možností pro menší firmy jak se udržet na trhu s dominantním soutěžitelem.

10. Další typy dohod

Dalšími typy horizontálních dohod, které mohou za určitých podmínek narušit soutěž, které popisuje odborná literatura a kterým zde s ohledem na rozsah práce nebudu věnovat prostor, jsou například dohody o společném postupu ve věcech ochrany životního prostředí, dohody o restrukturalizaci odvětví, dohody týkající se veřejných zakázek, dohody o kolektivním bojkotu nebo specifické dohody v oblastech bankovníctví, pojištění, dopravy apod.¹⁷¹

Tzv. environmentálním dohodám se věnuje kapitola 7. Pokynů Komise k horizontálním dohodám. Ačkoliv jsou dohody v oblasti otázek týkajících se životního prostředí často z působnosti čl. 81 vylučovány a nebo jsou předmětem individuální výjimky, neboť bývají vedeny velmi ušlechtilými cíli, mohou mít i negativní vliv na hospodářskou soutěž. Může například omezit sortiment vyráběných produktů, rozdělit trh nebo nepřípustně koordinovat nákupní či jiné chování konkurentů. I s ohledem na článek 174 Smlouvy o ES, který udržování, ochranu a zlepšování kvality řadí mezi základní cíle evropské integrace, je na omezení soutěže přijatá za účelem ochrany životního prostředí pohlíženo relativně benevolentně. Zákaz podle čl. 81 se tak bude týkat zejména takových dohod, které spíše než životnímu prostředí mají sloužit nepřípustné koordinaci soutěžního chování účastníků, dohody pokrývající velkou část relevantního trhu (byť to naopak může být v některých případech pro ochranu životního prostředí cennější) a dohody vylučující vstup nových podnikatelů na trh.

Již dříve bylo u některých typických kartelových ujednání zmiňováno, že důvodem pro jejich omilostnění může být potřeba záchrany odvětví trpícího recesí či nadvýrobou, samozřejmě za předpokladu, že za záchranu stojí. Zájem na záchraně může samozřejmě vyplývat i z vnějších faktorů – zájmu na udržení zaměstnanosti, dodávkách do jiného odvětví atd. Problém tkví samozřejmě v tom, že prostředky k restrukturalizaci odvětví jsou typicky čistě kartelové – omezení výroby, stanovení cen, výměna informací atd., proto je nutné je řešit prostřednictvím individuálních výjimek. Udělení individuální

¹⁷¹ K těm blíže viz např. Richard Whish, *Competition Law*, Butterworth, London, 2003, str. 578 a další

výjimky může být zahrnuto do širšího komplexu restrukturalizačních opatření, např. subvencemi, za předpokladu, že i ty jsou schváleny Komisí¹⁷². Velice důležitou součástí rozhodování v takových případech bylo omezení individuální výjimky na určité časové období, v současné době, když dle modernizačního nařízení č. 1/2003 není a priori nutné pro dosažení individuální výjimky speciálního rozhodnutí, bude tedy takového omezení třeba dosáhnout v rozhodnutí podle čl. 10 citovaného nařízení.

Dohody o veřejných zakázkách mají za cíl zajistit účastníkům odpovídající přístup k veřejným zakázkám tam, kde počet možných účastníků výběrového řízení je omezený (proti tomu by měla bojovat i evropská legislativa v oblasti veřejných zakázek). Dohody obvykle spočívají v tom, že se účastníci dohodnou, kdo se přihlásí do které veřejné zakázky a nebo předem dojednájí obsah svých nabídek tak, aby vítěz byl dán jejich dohodou a ne volnou soutěží. Ač jsou zakázány i v rámci práva veřejných zakázek, mohou takové dohody spadat i pod čl. 81, v oficiální zprávě z r. 1998 je za hard-core kartel označila i Rada OECD¹⁷³.

¹⁷² viz např. rozsudek ESD ve věci Weyl Beef Products, C-145/89

¹⁷³ Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, C(98)35/FINAL, 25.3.1998

VII. ZÁVĚR

Cílem kartelového práva, jak jsem se pokusil v této práci ukázat, je zajištění efektivního fungování daného hospodářství a je proto nezbytné, aby právní úprava a zejména pak její konkrétní aplikace šly vedle sebe ruku v ruce. Ekonomie se v rozhodující míře musí promítat do určování relevantního trhu, klíčového pojmu při stanovování koncentrace trhu, a posuzování uplatňování tržní síly jakožto hlavního nepřítele dokonalé konkurence. Pouze s důrazem na tržní sílu je možné určit, která jednání jsou tak nebezpečná pro spotřebitele, že je nutné je regulovat, a u kterých by naopak regulace byla zbytečným zásahem do smluvní svobody a svobody podnikání.

Přístup Komise a evropského práva k horizontálním kartelovým dohodám se v posledních letech v návaznosti na podobný vývoj u vertikálních dohod odklání od původního vzoru, charakterizovaného americkými „*per se*“ zákazy, k více ekonomickému posuzování. Při posuzování se i u horizontálních dohod může vycházet z toho, že článek 81 není porušen, ledaže by narušení soutěže bylo přímo cílem dohody (hard-core ujednání). Tento přístup se projevuje v posledních blokových výjimkách pro dohody o výzkumu a vývoji a pro dohody o specializaci, jakož i v Pokynech Komise k horizontálním dohodám. Dochází tak k svým způsobem k určité konvergenci s právní úpravou spojování podniků, kde klíč k povolení a nebo zákazu dohody, resp. k aplikaci nebo neaplikaci normy na konkrétní jednání umožňuje volnější posouzení – v duchu doktríny zásadního nenarušování účinné hospodářské soutěže¹⁷⁴.

Lionel Robbins¹⁷⁵ formuloval následující definici ekonomie: Ekonomie jako věda musí zkoumat lidské chování zaměřené na získání stanovených cílů při dostupnosti pouze omezených (vzácných) zdrojů, použitelných k více účelům. Vzácnost zdrojů přitom může spočívat jak v jejich omezené dostupnosti, tak v jejich ceně, nemusí však vždy být cenou vyjádřitelná – např. pokud jako vzácný zdroj lidských cílů pojmem čistě ovzduší a nebo vysokou podnikatelskou kulturu resp. etiku. „Ekonomické“ posuzování bychom proto neměli redukovat na posuzování z pohledu finanční výhodnosti. A i tento cíl se soutěžní právo a jeho aplikace v poslední době snaží u posuzování horizontálních kartelových dohod naplňovat: Pokud mají kartelové dohody pozitivní dopady (ať už je to přímo jejich hlavním cílem nebo jen vedlejším důsledkem) na zaměstnanost, životní

¹⁷⁴ substantial lessening of competition – čl. 2 odst. 2 nařízení č. 139/2004 o kontrole spojování podniků

¹⁷⁵ Lionel Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, Londýn, 1969

prostředí či cenné průmyslové odvětví, je to důvodem pro shovívavější posuzování dohody jinak pro relevantní trh škodlivé.

Samotné obecně závazné normy evropského práva jakoby žádné vodítko či přímou spojitost s ekonomickým posuzováním neobsahovaly, avšak obecná formulace hypotézy a dispozice článku 81 umožňuje přizpůsobit výklad základním cílům evropské integrace, ztělesněným ve Smlouvě o ES, případně souvisejících se základními pilíři EU. Pokyny a oznámení Komise jednoznačně deklarují vůli Komise v souladu s názory vyjádřenými v rozhodnutích ESD a Soudu první instance vykládat soutěžní normy nikoli slepě, ale se zvážením všech okolností každého případu (a to přesto, že to zjevně extrémně zatěžuje byrokratický aparát). Komise¹⁷⁶ prohlašuje ekonomickou analýzu za důležitý prostředek, spoluurčující výsledek kartelových řízení.

Výše uvedené principy, vévodící současnému vývoji posuzování horizontálních kartelových dohod v evropském právu, tedy uplatnění soutěžního práva jako nástroje k dosažení nejen krystalicky čistě soutěžních cílů, ale i jiných společensko-hospodářských met, a posuzování kartelových dohod případ od případu – odmítnutí odsouzení en bloc, může mít také negativní důsledky. Může jednoduše svádět k tomu, že vedlejší cíle se stanou určujícími kritérii v posuzování dohod a že budou tolerovány i dohody pro trh škodlivé v rámci politického zadání (například tolerance kartelových dohod k záchraně neperspektivního krachujícího odvětví, za účelem zachování zaměstnanosti). V evropském kontextu to může být zadání národní – důsledek lobbingu členského státu a nebo určitý politický „obchod“, nebo zadání celoevropské – zájem na udržení neživotaschopné instituce či projektu, zaštitěného „evropskou“ myšlenkou (jako nepřesný příklad by mohl být uveden Eurotunnel po kanálem La Manche – jeho životaschopnost je sporná, avšak nepochybně existuje silná vůle po jeho provozování). Je totiž jen málo spornějších otázek než je určení, který „společenský“ zájem stojí za to, aby pro něj byly obětovány jiné principy, a který už nikoli. Přílišný důraz na jiné cíle než volná („přijatelná“) hospodářská soutěž tedy soutěžním normám silně ubírá na efektivitě i prestiži. Pokud má soutěžní právo sloužit například cílům ochrany životního prostředí, je to zřejmě cesta oklikou, neboť těch samých cílů – omezení exhalací, zastavení výroby neekologických produktů apod. – lze dosáhnout průhlednějšími

¹⁷⁶ Viz např. čl. 6. a 7. Pokynů Komise k horizontálním dohodám nebo dříve Green Paper on Vertical Restraints in EU Competition Policy, COM/96/0721 FINAL, 22. 1. 1997, oddíl II.

zásahy veřejné moci a tato oblast není jednou z těch, kterým by pomohlo ponechání iniciativy v rukách podnikatelů a spoléhání na jejich zodpovědnost.

Přestože tedy je možné a někdy vhodné využít prostředků evropského soutěžního práva k naplnění i jiných cílů než jsou ty čistě soutěžní, nemělo by se stát, že jiné zájmy budou předurčovat rozhodování. Tyto nesoutěžní aspekty mohou být využity jako jeden z prvků při rozhodování o individuálních výjimkách, avšak jejich přílišné zdůrazňování efektivitě soutěžních norem rozhodně neprospěje.

Využití ekonomie v posuzování kartelových dohod by tedy nemělo být krycím označením pro rozmělnění právních principů soutěžního práva využitím gumových odůvodnění, dalším zneprůhledněním východisek a důvodů rozhodování Komise a dalších rozhodujících orgánů. Naopak by mělo spočívat ve využití co nejexaktnějších nástrojů k určení prospěšnosti či škodlivosti konkrétní dohody pro soutěž, tím spíše, můžeme-li v současné době očekávat další nárůst počtu zkoumaných kartelů, i v souvislosti s podporou soukromoprávní iniciativy v tomto směru.

Skutečnost, že kontrola a represe horizontálních kartelových dohod je neustále velmi živým tématem, dokazují i poslední rozhodnutí Komise, včetně nedávného rozhodnutí o udělení historicky druhé nejvyšší pokuty (celkem 519 milionů EUR) účastníkům kartelové dohody výrobců butadienového kaučuku, včetně české společnosti Unipetrol¹⁷⁷, následovaného v únoru 2007 ještě vyšší pokutou pro výrobce výtahů¹⁷⁸. I s ohledem na výše uvedené výtky by ale ekonomické posouzení mělo být a naštěstí většinou i je základním kamenem posuzování kartelových dohod a přispívá tak ke komunikaci mezi světy právníků a ekonomů, někdy velmi vzdálenými.

¹⁷⁷ Rozhodnutí Komise ze dne 26. 11. 2006 pod vnitřní sp. zn. COMP/38.638.

¹⁷⁸ Rozhodnutí Komise ze dne 21. 2. 2007 pod vnitřní sp. zn. COMP/38.823.

X. SEZNAM LITERATURY A DALŠÍCH PRAMENŮ

1. Použitá literatura

- Bain J. S., Barriers to New Competition, Cambridge: Harvard University Press, 1956
- Baumol, Panzar, Willig: Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, Harcourt Brace Jovanovich, 1988
- Bejček J., Existenční ochrana konkurence, MU Brno, 1996
- Bejček J., Kurs obchodního práva, C.H.Beck, 2002 – kapitola 30.
- Bejček J.: Kartelové právo, Brno, 1995
- Bellamy C., Child G.: European community law of competition, Sweet & Maxwell, London, 2001
- Bishop S., Walker M., The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Sweet & Maxwell, Londýn, 2002
- Běhan, P.: Soutěžní právo, Prospektrum 1999
- Böhm F., Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin, 1933
- Clark J. B., Essentials of Economic Theory, New York, 1907
- Fejo J., Monopoly Law and Market, Deventer, 1990
- Galbraith J. K., American Capitalism: The Concept of Countervailing Power, Houghton Mifflin, 1952
- Gerber D. J., Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, Oxford University Press, New York 1998
- Chamberlin E., The Theory of Monopolistic Competition, Cambridge, 1933
- Jones A., Sufrin B., EC Competition Law, Oxford University Press, Oxford 2004
- Keynes J. M., The End of Laissez – Faire, 1926
- Keynes J. M., The General Theory of Employment, Interest and Money, Macmillan Cambridge University Press, 1936

- Kleinwächter F., Die Kartelle, Innsbruck 1883
- Korah V., Cases and Materials on E.C. Competition Law, Sweet & Maxwell, Londýn 1996
- Korah V., An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, Sweet & Maxwell, Londýn 1994
- Munková, J.: Zákon o ochraně hospodářské soutěže - komentář. BECK/SEVT, Praha 1994
- Ojala M., The Competition Law of Central and Eastern Europe, Sweet & Maxwell, Londýn 1999
- Pelc, V.: Hospodářská soutěž, Grada Publishing, Praha 1995
- Piotrowski R., Cartels and Trusts: Their Origin and Historical Development from the Economic and Legal Aspects, Londýn, 1933
- Robbins L., An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, Londýn, 1969
- Robinson J., The Economics of Imperfect Competition, Cambridge, 1933
- Roth P.M., European Community Law of Competition, Sweet & Maxwell, Londýn 2001
- Samuelson, P. A., Nordhaus, W. D., Ekonomie, Svoboda, Praha 1991
- Smith A., An Inquiry into the Nature and Cause of the Wealth of Nations, poprvé vydáno 1776
- Tailor P. M., E.C. & U.K. Competition Law and Compliance: A Practical Guide, Sweet & Maxwell, Londýn 1999
- Utěšený, P.: Tržní moc a duševní vlastnictví v evropském soutěžním právu, C.H.Beck, Praha 2005
- van der Woude M., Jones C., Lewis X., E.C. Competition Law Handbook, Sweet & Maxwell, Londýn, 1996
- Wilberforce a kol., The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies, Londýn, 1966

- Whish R., Competition Law, Butterworth, London, 2003
- Zimmerman J. E., Connor J. M., Determinants of Cartel Duration: A Cross-sectional Study of Modern Private International Cartels, Purdue University, Indiana, 2005

2. Odborné časopisy

- American Economic Review, 30/1940: John M. Clark, Towards a Concept of Workable Competition
- American Economic Review, 67/1977: Dixit, J. E. Stiglitz, Monopolistic Competition and Optimal Product Diversity
- American Journal of Competition Law, 4/1955: Walter J. Derenberg, The Influence of the French Code Civil on the Modern Law of Unfair Competition
- EC Competition Policy Newsletter, X/2001: J. Lücking: B2B e-marketplaces and EC competition law: where do we stand?
- G. Gaudet, Ngo Van Long, Vertical Integration, Foreclosure and Profits in the Presence of Double Marginalisation, 1993
- Informační listy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže
- Iowa Law Review 21/1936, Deak F., Contracts and Combinations in Restraint of Trade under French Law: A Comparative Study,
- Journal of Political Economy, 72/1964, George J. Stigler, A Theory of Oligopoly
- OECD Journal of Competition Law and Policy
- Právní rádce, 7/1997: J. Burešová, Franchising z pohledu hospodářské soutěže
- Právní rádce, 8/1994: J. Barák, Jak dál v hospodářské soutěži?
- Právní rozhledy, 15/2006: Mgr. Jiří Kindl, Typové rozlišení dohod narušujících hospodářskou soutěž
- Právník 7/2006: J. Bejček: Falešné dilema strnulé právní normativisty a pružného ekonomického pragmatismu v soutěžním právu

- Schriften des Vereins für Socialpolitik, 61/1895, Berlin: Adolf Menzel, Referat über die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung
- Výroční zprávy OECD – analýzy hospodářské soutěže v ČR

3. Internet

- <http://www.compet.cz>
- http://www.europa.eu.int/comm/competition/index_en.html
- <http://www.ftc.gov>
- http://www.oecd.org/department/0,2688,en_2649_34685_1_1_1_1_1,00.html
- <http://www.ofc.gov.uk>
- http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/comp_e.htm