

# EKONOMICKÝ REDUKCIONISMUS A NORMATIVNÍ INDIVIDUALISMUS V EVROPSKÉM SOUTĚŽNÍM PRÁVU?

JOSEF BEJČEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

## Abstrakt v rodném jazyce

Příspěvek pojednává o důsledcích zvýšeného důrazu na tzv. ekonomizaci soutěžního práva. Kritizuje jednostranné prosazování spotřebitelského blahobytu jako cíle soutěžního práva a rezignaci na normativní stránku a na dlouhodobé působení soutěžního prostředí v zájmu zachování otevřených trhů. Zpochybňuje normativní individualismus preferující zájmy jednotlivých členů společnosti redukované na krátkodobé zájmy ekonomické. Chráněnou hodnotou mohou být i určitá práva účastníků trhu. Kritizuje se rozsah a jednostrannost ekonomizace přístupu k soutěžnímu právu a jeho ekonomická instrumentalizace.

## Klíčová slova v rodném jazyce

Soutěžní právo, ekonomizace a instrumentalizace soutěžního práva, normativní individualismus, cíle soutěžního práva, hodnocení přínosů protisoutěžního jednání.

## Abstract

On the consequences of “more economic approach”. Criticism of one sided putting through of “consumer welfare” in terms of the goal of competition law and of the reduction of the assessment on the pure economic points of view. Denying of exaggerated normative individualism that prefers short-term interests of particular members of the society to the detriment of certain important rights of the participants of the market. Criticism of one-idea'd economization and instrumentalization of competition law.

## Key words

Competition law and its instrumentalization, more economic approach, goals of the competition law, normative individualism, efficiencies and their assessment.

Příspěvek se zabývá důsledky zvýšeného důrazu na tzv. ekonomizaci soutěžního práva, která spočívá v preferování ekonomických hledisek v rozhodovací praxi soutěžních úřadů a soudů. Jako pars pro toto slouží především posuzování spojení soutěžitelů (fúzí, mergers), ale rozebírá se na příkladech i „ekonomizace“ přístupu k zakázaným dohodám omezujícím soutěž a ke zneužití dominantního postavení.

## 1. EKONOMICKÉ PŘÍNOSY („EFFICIENCES“) A RŮZNÉ VARIANTY „BLAHOBYTU“

Vyvážené posouzení přínosů (možných, více či méně pravděpodobných, čistě ekonomických i širších, spíše vnitrofiremních i celospolečenských, dlouhodobých a krátkodobých) ve vztahu k možným protisoutěžním účinkům fúze je kardinální otázkou soutěžní politiky. Nestačí např. konstatovat, že fúze povede k úsporám, a že blokování takové fúze by se v zásadě rovnalo námitkám proti úsporám dosahovaným ve firmách interně;<sup>1</sup> samotný pojem úspor je nutno

---

<sup>1</sup> Srov. Heyer, K.: A world of uncertainty: economics and the globalization of antitrust, Antitrust Law Journal, vol. 72, 2005, str.406. Srov. též. Knieps, G.: Wettbewerbsökonomie, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2005, str. 132 ns., kde se konstatuje, že je nutná fundovaná ekonomická analýza, vyvažující mezi možnými

převést na nějaký „společný jmenovatel“. Přes nedostatečnou metodologickou a teoretickou propracovanost se takové problémy v rozhodovací praxi musí více či méně intuitivně řešit.<sup>2</sup>

Nezbytným a velmi nesnadným úkolem antitrustových úřadů je tedy provést komplexní test, který by všechny tyto možné efekty a jejich souvislosti zvážil. „Spotřebitelský blahobyt (užitek)“ (consumer welfare), který je dnes prosazován jako prvořadé agregované kritérium evropského soutěžního práva<sup>3</sup>, nasvědčuje spíše tomu, že se bere na zřetel především efektivnost alokativní (aby spotřebitelé obdrželi podstatnou část z přírůstku efektivnosti)<sup>4</sup> – pouhý zisk výrobce není jako důsledek vyšší efektivnosti dostačující.

Klíčovým pojmem ekonomického přístupu jsou tzv. „efficiencies“ - nejde jen úspory v užším slova smyslu (jako třeba úspory výrobních nákladů). Právníci tomu pojmu takto zúženě občas rozumějí (maximálně ještě do nich zahrnou úspory z rozsahu a z měřítka – economies of scale and scope). Tyto úspory v užším smyslu („economies“, ev. „savings“) jsou jen součástí širšího pojmu „efficiencies“. Zůstává přitom stranou alokativní efektivnost, dynamická

---

positivními a negativními důsledky fúze, aby nedošlo ke dvěma zásadním chybám: k zákazu národohospodářsky výhodné fúze a ani k povolení fúze, jejíž negativní dopady převažují nad možným zvýšením efektivnosti.

<sup>2</sup> Tak v případě Aérospatiale-Alenia /de Havilland (OJ L 334, 5.12. 1991) Komise konstatovala, že by fúze nepřispěla k rozvoji technického a ekonomického pokroku a i kdyby ano, nebylo by to k prospěchu spotřebitelů. Ze zámoří se na toto rozhodnutí snesla kritika (viz Gifford/Kudrle, op. cit. níže, str. 458): nesporné přínosy k efektivnosti byly totiž podle Komise využitelné proti méně efektivním soupeřům, kteří by tak v konečném důsledku mohli být vytlačeni z trhu.

V případě AT&T/NCR (OJ C 16, 24.1. 1991) Komise vyslovila pochybnost o synergickém efektu fúze tvrzeného stranami a tom zda, by potenciální výhody z těchto synergií nevedly spíše k vytvoření či posílení dominantního postavení.

V rozhodnutí Komise z 3.7. 2001 o fúzi General Electric/Honeywell se uvádělo, že intenzifikace cenové soutěže (sdružování produktů s nižšími agregátními cenami) by vedla ve střednědobém výhledu k odchodu jednoho či více soutěžitelů, a že krátkodobý prospěch spotřebitelů by byl z dlouhodobějšího hlediska převážen omezením soutěže. Preferovaným cílem soutěže je tedy zachování rivality na trhu (a to i za cenu vyšších cen pro spotřebitele). Nákladová výhoda efektivnějšího konkurenta, z níž by mohl těžit spotřebitel, byla tedy překážkou schválení fúze.

V případě Danish Crown/Vestjyske Slagterier (OJ L 20, 25. 1. 2000) se dokonce explicitně konstatovalo, že získání dominantního postavení na relevantních trzích v důsledku fúze znamená, že argument o přínosech (efficiencies) použitý stranami, nemůže být při hodnocení fúze vzat v úvahu. To znamená, že by se k úsporám fúzí vyvolaným přihlíželo jen tehdy, pokud by nevzniklo dominantní postavení. Zdá se, že systémově teoretická předpojatost, že dominantní postavení je samo o sobě špatné a nemohou je převážit ekonomické výhody ani pro spotřebitele, převážila. Snad to mohlo být způsobeno hluboce zakotvenou nedůvěrou v reálnost tvrzených přínosů a na druhé straně v tvrdou skutečnost tržní dominance (přínosy se lehce tvrdí, ale těžko dokazují).

V Kanadě se naopak podle § 96 odst. 1 soutěžního zákona z r. 1985 (C - 34) zakazuje bránit takové fúzi, která je efektivní, tedy u níž je i jen pravděpodobné, že povede k přínosům, které budou větší než (a vyrovnají) účinky jakéhokoliv vyloučení nebo snížení soutěže, vyvolané nebo pravděpodobně vyvolané předpokládanou fúzí, pokud by ony přínosy v případě zákazu fúze nenastaly (srov. Gifford, D.J.- Kudrle, R.T.: Rhetoric and reality in the merger standard of the United States, Canada, and the European Union, Antitrust Law Journal, Vol. 72, 2005, str. 454). Na základě tohoto ustanovení byla v Kanadě schválena v r. 2000 fúze v případě Superior propane, přičemž kombinovaný tržní podíl dvou distributorů na šestnácti místních trzích překročil 95%.

<sup>3</sup> Srov. Bishop, S.- Walker, M.: The Economics of EC Competition Law, Sweet & Maxwell, London, 2002 str. 24.

<sup>4</sup> Tak Geradin, Efficiency claims in EC competition law and sector-specific regulation, draft paper, Workshop on Comparative Competition Law (The Evolution of European Competition Law – Whose Regulation, Which Regulation?), Firenze 12.-13. 11. 2004, str. 3

efektivnost a všemožné druhy synergií v důsledku kombinace komplementárních hodnot (assets), jako např. zlepšená ekonomika transakčních nákladů.<sup>5</sup>

V USA zrozený termín „efficiencies“, který se v antitrustové literatuře používá nejčastěji bez překladu, znamená spíše obdobu „přínosu“ nebo „výhody“, a to jak pro zúčastněné subjekty, tak pro třetí osoby, včetně výhod celospolečenských (přínos k celkovému blahobytu „total welfare“). Proto na rozdíl od užších „úspor“ používám obsahově přesnějšího pojmu „přínosy“, pokud nezůstanu v kontextu u nepřeloženého pojmu „efficiencies“<sup>6</sup>. V USA, odkud je pojem převzat, se pod ním rozumí „růst celkové hodnoty ekonomicky měřitelných přínosů ve společnosti“<sup>7</sup>.

Hovořit o přínosech v oblasti soutěžního práva není metodicky možné, aniž bychom si před tím ujasnili, jaké má soutěžní právo plnit cíle. V této otázce panuje velmi čilá diskuse, která je podle mého soudu předznamenána silným hodnotovým apriorismem.

## 2. CÍLE SOUTĚŽNÍHO PRÁVA

V USA jednoznačně převládlo stanovisko tzv. Chicagské školy, že jediným cílem kartelového práva je ekonomická efektivnost vedoucí ke zvýšení spotřebitelského blahobytu. Nejde jen o hlasitost či četnost projevů zastánců této školy, ale především o stabilní trend praktického rozhodování antitrustových orgánů a soudů. Konstatuje se, že kartelové právo je identické s mikroekonomií<sup>8</sup>, a že se dokonce stalo odvětvím ekonomiky<sup>9</sup>. Za prvořadý princip kartelového práva se tam v současné rozhodovací praxi pokládá podpora ekonomické efektivnosti a blahobytu spotřebitelů.<sup>10</sup>

Protivníci Chicagské školy, kteří se snažili o uznání i jiných cílů kartelového práva nežli jen o bilanci zisků a ztrát na ekonomické efektivnosti (jako např. cíle zabránit přesunu majetku od spotřebitelů k výrobcům, nebo o zábranu akumulace ekonomické moci, o ochranu svobody rozhodování menších podniků apod.), byli v diskusi potlačeni, a zejména jim nedává za pravdu judikatura<sup>11</sup>.

Cíle evropského kartelového (soutěžního) práva jsou základními právními dokumenty EU, teorií, rozhodováním Evropské komise i soudní judikaturou pojímány mnohem plastičtěji.

---

<sup>5</sup> Srov. Kolasky, W. J.: Effectively Advocating Efficiencies in Merger Reviews, Antitrust Report, Spring 2003, str. 7 - 8.

<sup>6</sup> Problémy s překladem tohoto slova jsou obecné a obcházejí se tak, že se pojem „efficiencies“ nepřekládá, nebo se jen jako novotvar gramaticky „překlápí“ do příslušného jazyka – srov. německý termín „Effizienzen“ (a nikoliv „Einsparungen“ – tedy „úspory“) v publikaci Röller, L.H.- Strohm, A.: Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, speeches in 2005, <http://europa.eu.int>, str. 12 nsl.

<sup>7</sup> Cit. Brodley, J.F.: The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress, 62 N.Y.U. L. Rev. 1020, 1025 (1987), podle Schlossberg, R.S. (Ed.): Mergers and Acquisitions, ABA, Chicago 2004, str. 175.

<sup>8</sup> Srov. Fox, E.M.- Sullivan, L.A.: Antitrust- Retrospective and Prospective: Where Are We Coming from? Where Are We Going? 62 N.Y.U.L.Rev. 1987, str. 936,945.

<sup>9</sup> Easterbrook, F.H.: Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks, 76 Geo.L.J., 1987, str. 305.

<sup>10</sup> Srov. Schlossberg, R.S.(ed.): Mergers and Acquisitions, ABA, Chicago, 2nd Ed., 2004, str. 379; Areeda, P.- Turner, D.F.: Antitrust Law, 2003, str. 1102.

<sup>11</sup> Blíže viz Mayer, Ch.: Ziele und Grenzen des Kartellverbots im Recht der EG und der USA, Nomos Verlag, Baden Baden 2005, str. 35 nsl.

Řadí se mezi ně vytvoření a fungování integrovaného společného trhu, který má ústřední roli<sup>12</sup>, ale lze sem zahrnout i další cíle, jež se někteří ekonomové zdráhají akceptovat, jako jsou ekonomická svoboda, poctivost, ochrana malých a středních firem, mezinárodní konkurenceschopnost domácích podnikatelů, ekologické ohledy a další<sup>13</sup>. Podpora blahobytu spotřebitelů zvyšováním ekonomické efektivity však mezi tyto cíle patří též.<sup>14</sup> Jako by se ovšem někdy pozapomnělo, že podle platného komunitárního práva<sup>15</sup> je činnost Společenství zaměřena na vytvoření systému nezkreslené soutěže – nadřazování blahobytu spotřebitelů tomuto cíli není právně podloženo.<sup>16</sup>

Někdy jako by se nechtěly slyšet hlasy, že soutěžní právo není jen prostým nástrojem k podpoře ekonomické efektivity, ale že je i nástrojem politiky k zajištění ekonomického pluralismu, jehož popření znamená omezení nebo ztrátu svobody, a to především svobody hospodářské. Požadavek rozptýlit v demokracii nejen moc politickou, ale i hospodářskou, se právě neshoduje s tlakem na soutěžní darwinismus, jehož jsme v současnosti svědky<sup>17</sup>.

Zdůrazňování ekonomického přístupu odhlíží od normativní stránky věci. Jako by nebylo možné porovnávat a kompenzovat jiné než ekonomické ztráty a přínosy a jako by nebylo možné uznat, že by před krátkodobou výrobní nebo alokativní efektivností mohla mít přednost hodnota dlouhodobého udržení soutěžních trhů (a dynamické efektivity v podobě jejich inovativnosti).<sup>18</sup> Mohou přece nastat (přínejmenším dočasné a krátkodobé) konflikty mezi prostředkem (ochranou soutěže) a cílem (spotřebitelským blahobytem). Orientace na přednost krátkodobému cíli spotřebitelského prospěchu před zajištěním funkčnosti soutěžního prostředí dlouhodobě příznivého pro spotřebitelský prospěch je naopak negací jak onoho prostředku, tak i cíle.

Za předpoklad efektivity se vždy pokládalo zachování svobodné soutěže a otevřených trhů, aby výrobci byli pod neustálým tlakem konkurence a byli motivováni ke zlepšování kvality, k inovacím, k rozumným cenám. Dá se tedy konstatovat, že cílem evropského kartelového práva je prostřednictvím zachování svobodné soutěže zachovat mimo jiné (!) nástroj k dosažení cíle podpory blahobytu spotřebitelů. Z tohoto hlediska je zlehčování této motivace<sup>19</sup> poněkud ukvapené a argumentačně ne dosti podloženo.<sup>20</sup> Z pohledu amerických

---

<sup>12</sup> Srov. např. Monti, G.: Article 81 and Public Policy, C.M.L.R. 2002, str. 1057, 1063; Whish, R.: Competition Law, 5th Ed., London/Edinburgh 2003, str. 21; Ehlermann, C.-D.: The Contribution of the EC Competition Policy to the Single Market C.M.L.R. 1992, str. 257.

<sup>13</sup> Blíže srov. Bejček, J.: Cílové konflikty v soutěžním právu, Právník 2007, č. 6, s. 663-689.

<sup>14</sup> Srov. XXII. zprávu o soutěžní politice z r. 1992, str. 18, bod 3, in Mayer, op.cit., str. 42. XXXII. Report on Competition Policy, European Commission, 2002, str. 12, konstatuje výslovně, že „jedním z hlavních cílů evropské soutěžní politiky je podporovat zájmy spotřebitelů, tedy zajistit, aby spotřebitelé měli užitek z bohatství vytvářeného evropskou ekonomikou.“

<sup>15</sup> Srov. čl. 3 odst. 1, písm. g) SES.

<sup>16</sup> Jak konstatuje Basedow, J.: Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik? WuW 2007, 7-8, str. 712.

<sup>17</sup> Inspirativní je skvělá analýza: Ghidini, G.: A Tale of Two Cultures? Some Comments on the Role of „Efficiencies“ on the Two Sides of the Atlantic, IIC, Vol. 35, 2004, 5, str. 521 nsl., zejm. str. 541.

<sup>18</sup> Koncepční úvahy k tomu má Kerber, W.: Should competition law promote efficiency? Nepublikovaný příspěvek na druhé konferenci ASCOLA, Paříž, 8.9. 2006.

<sup>19</sup> Kindl, J.: Pojem narušení hospodářské soutěže – obecná východiska a konkrétní aplikace, Právní rozhledy 2005, č. 10, str. 343 a násl.

specialistů sleduje EU soutěžní politiku založenou na podpoře obchodní rivality, a nikoliv přínosu či „zisku“ pro spotřebitele (surplus)<sup>21</sup> a prosazuje i distributivní hodnoty, které mohou převážit nad maximalizací bezprostředního (!) spotřebitelského blahobytu; a někdy též převažují. Tato politika ochrany soutěže chrání podle těchto názorů stávající účastníky trhu před nově příchozími vyzyvateli a může vyústit v ochranu výrobců.<sup>22</sup>

### 3. EFEKTIVNOST VERSUS SOUBOR JINÝCH HODNOT A PRÁV

Zdá se, jako by pro ekonomy nebyla přípustná kolize mezi soutěží a efektivností a jako by nemohla za žádných okolností dostat v takovém případě přednost soutěž před efektivností. Fundamentalistický ekonomický přístup může ústít až v jakýsi normativní individualismus, který veškeré relevantní společenské hodnoty odvozuje od (vesměs krátkodobých) preferencí (hodnotových soudů) jednotlivých členů společnosti (zde spotřebitelů). Dochází tak ke konfliktu statické a dynamické efektivnosti a může se tedy snadno (a na první pohled přesvědčivě!) preferovat krátkodobý přínos v množství a ceně produkce na úkor dlouhodobého soutěžního chování a dynamické efektivnosti. Jiné relevantní hodnoty se tím popírají jako iluzorní (ekonomická svoboda, svoboda soutěže)<sup>23</sup>.

Je však představitelná i jiná verze normativního individualismu, totiž takového, který klade důraz na osobní svobodu jedinců, jimž nesmí nikdo tuto svobodu upírat, byť by to vedlo ke zvýšení blahobytu. Normativní rozhodnutí o tom, co je to účinná soutěž<sup>24</sup>, nemusí být v souladu s preferencemi občanů. Tyto preference přitom nutně nemusí směřovat jen buď k celkovému blahobytu nebo čistě ke spotřebitelskému blahobytu, ale mohou být kompromisem. Navíc je mezi těmito preferencemi možno najít i ochranu určitých práv

---

<sup>20</sup> Reprezentativní analýza ekonomického hodnocení fúzí (cit. sborník *European Economy* 5/2001, str. 54) dokonce konstatuje, že *většina* ekonomů zastává názor, že soutěžní politika by neměla sledovat výlučně jen zájmy spotřebitelů, nýbrž že jde o maximalizaci celkového přínosu (*total surplus*), tedy součtu přínosu pro spotřebitele a výrobce. Z tohoto hlediska není potom problém v přenosu zisku od spotřebitelů na výrobce kvůli zvýšeným cenám.

<sup>21</sup> Tak Gifford, D.J. - Kudrle, R.T.: *Rhetoric and reality in the merger standard of the United States, Canada, and the European Union*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, 2005, str. 454 nsl.

<sup>22</sup> V době počátků evropské integrace se za cíl evropského kartelového práva pokládalo též zajištění demokracie, která se tehdy vzhledem k čerstvé historické zkušenosti ztotožňovala s dekartelizací a s demonopolizací hospodářského života, znemožňující koncentraci hospodářsko-politické moci. Byly propagovány i méně jasné a udržitelné cíle, jako podpora hospodářské spravedlnosti, včetně podpory malých a středních podniků. Jak však bylo trefně poznamenáno (Korah, V.: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th Ed., Oxford 2000, str. 12), je to sporné a na úkor zisků z efektivnosti. Malé efektivně fungující podniky podporu nepotřebují a podpora neefektivních podnikatelů by mohla vést ke vzniku dalších neefektivních subjektů, a tím ke snižování efektivnosti. Tyto cíle jsou dnes buď obsoletní, nebo sekundární; primární je zvyšování efektivnosti a blahobytu spotřebitelů - srov. např. formulaci podmínek vyloučení ze zákazu dohod omezujících soutěž podle čl. 81 odst. 3 SES. V trochu jiné souvislosti čl. 27 *Guidelines on the application of Art. 81 of the EC Treaty to Technology Transfer Agreements* - OJ 2004 C101/2 - zdůrazňuje, že (ovšem ve formálně nezávazných *guidelines* – pozn. JB) jak právo k duševnímu vlastnictví, tak právo soutěžní mají tytéž základní cíle zvyšování společenského blahobytu (což není nutně totéž, co spotřebitelský blahobyt – pozn. JB) a efektivní alokace zdrojů. (jak vidno, alokační efektivnost je něco jiného než společenský blahobyt, jinak by se neuváděla zvlášť – pozn. JB).

<sup>23</sup> K tomu srov. Kerber, W.: cit. práce, str. 6, 12.

<sup>24</sup> Srov. „soft law“ *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation of control of concentrations between undertakings*, 5 February 2004, OJ C 31, s. 5, které definují účinnou soutěž jako takovou, která přináší spotřebitelům prospěch jako nízké ceny, vysoce kvalitní výrobky, široký výběr zboží a služeb a inovace.

účastníků trhu proti tržní moci a predátorskému chování. Takových práv nemusejí být členové společnosti ochotni se vzdát, byť by to přinášelo zvýšení celkového společenského blahobytu. Preference může tedy spočívat i v tom, jaký druh obchodních praktik by se měl považovat za normální, resp. morální.<sup>25</sup>

Je tedy legitimní požadavek, aby se sice porovnávaly a vyvažovaly (trade-off) ekonomické přínosy, ale s přihlédnutím k tomu, že určitý soubor vyhrazených (z tohoto hlediska „nedotknutelných a „neobchodovatelných“) práv soutěžitelů je proti „ekonomizaci“ přístupu chráněn. Ochrana soutěže jako procesu před zneužitím dominantního postavení (a nikoliv soutěžitelů) neznamena tedy bezpodmínečně, že se musí vše měřit dopadem na spotřebitele. Predátorské chování může zasáhnout do práv jiných soutěžitelů bez ohledu na to, zda jsou efektivnější nebo méně efektivní nežli dominant.

V této souvislosti je např. velmi problematické uvažovat o „meeting competition defence“, která by umožnila dominantovi chovat se vytlačovatelským způsobem na trhu, pokud by se tím bránil vstupu nového soutěžitele, který by nebyl stejně efektivní.<sup>26</sup>

I dominant má právo chránit svoje ekonomické zájmy, byť je při tom svazován onou zvláštní odpovědností za svoje chování, kterou subdominant nemá.<sup>27</sup> Zvláštní pozornost se musí věnovat pečlivému vyvažování zájmů dominanta se zájmy omezovaných podniků a způsobu zjišťování tzv. čistého efektu, neboť ad hoc přístup podle „zdravého rozumu“ s sebou přináší značná rizika.<sup>28</sup>

Diskusní materiál (DM) navrhuje prolomení bezvýjimečnosti zákazu zneužití dominance (srov. jeho články 84 – 92) za splnění podmínek, označovaných jako „efficiency defence“ (obrana efektivnosti). Tyto podmínky jsou velmi podobné zákonnému vynětí ze zákazu dohod omezujících soutěž podle čl. 81 odst. 3 SES<sup>29</sup>. Za zneužití dominantního postavení by se podle této výjimky neměly považovat případy, kdy chování dominanta splňuje kumulativně tyto podmínky: a) vede nebo pravděpodobně vede k přínosům (efficiencies) v podobě zlepšení výroby, distribuce nebo podpory technického nebo ekonomického pokroku; tyto přínosy by měly převážit nad pravděpodobnými negativními účinky chování na soutěž (a tím i újmu spotřebitelům); b) dotyčné chování je k dosažení těchto efektů nezbytné; c) výhody má i spotřebitel; d) není vyloučena soutěž ve vztahu k podstatné části dotčených výrobků.

Kromě toho se předpokládá, že chování dominanta nebude spadat pod zákaz podle čl. 82 SES ve dvou případech tzv. objektivního ospravedlnění:

jde-li o situaci objektivní nezbytnosti, může dominant uplatnit tuto námitku jako obranu (objective necessity defence); jedná se o situace, kdy jinak zneužívající chování je nezbytné

---

<sup>25</sup> Srov. Kerber, tamtéž, str. 17 - 19.

<sup>26</sup> Srov. Diskusní materiál (DM) o aplikaci čl. 82 Smlouvy na vylučovací zneužití, Evropská komise, prosinec 2005.

<sup>27</sup> Což bylo opakovaně konstatováno v evropské judikatuře srov. zejm. případy Michelin I, Hoffmann – La Roche, AKZO, L’Oreal.

<sup>28</sup> Srov. Mertikopoulou, V.: DG Competition’s Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Reform from Legal Point of View, E.C.L.R. 2007, issue 4. str. 244.

<sup>29</sup> Byť se to podle autorky cit. práce (str. 247) dostává do rozporu s judikaturou, která dosud použití těchto kritérií i na jednání podle čl. 82 odmítala.

z vnějších důvodů, nezávislých na třetích stranách a na dominantovi samotném, a kdy by bez tohoto chování nebylo možno zboží vyrábět nebo prodávat.<sup>30</sup>

Prokáže-li dominant, že chování jinak zneužívající je reakcí na soutěžní chování jiných, která minimalizuje ztrátu (meeting competition defence). Obrana vlastních zájmů dominanta je legitimní, musí však být poměřována testem proporcionality.

Zdánlivě se v DM potvrzuje stanovisko, že soutěžní právo nechrání (neúspěšné) konkurenty, ale soutěž jako proces. V čl. 63 DM se totiž výslovně zavádí pro cenové praktiky test stejně efektivního konkurenta (equally efficient competitor). Vysoce efektivní konkurent bude schopen úspěchu na trhu i přes cenové chování dominanta, zatímco méně efektivní soupeř může být z trhu vytlačen. Všeobecně se za zneužívající má pokládat takové chování dominanta, které je s to vytlačit hypotetického „stejně efektivního“ konkurenta, který má stejné náklady jako dominant. Vyloučit stejně efektivního konkurenta by tedy všeobecně bylo možné jen v případě, že dominant bude uplatňovat ceny pod svými vlastními náklady.

Hodnocení dopadů tohoto testu je kritické. Znamenal by<sup>31</sup>, že se preferuje hlavně výrobní efektivnost, a že by soutěžnímu právu neměl vadit odchod méně efektivního (byť ještě dosti efektivního) dominantova konkurenta z trhu, a tedy snížení úrovně soutěže. Mohlo by to též odstrašovat od vstupu na trh nové zájemce, kteří jsou zpočátku přirozeně méně efektivní nežli „zavedený“ dominant. Jestli by se chránila skutečně soutěž, je ovšem sporné proto, že i vytlačení stejně efektivního konkurenta dominantem by mohlo být ospravedlněno tím, že je to „efektivní“. Obecně se přitom uznává, že i přítomnost méně efektivních soutěžitelů na trhu může být přínosem pro spotřebitele tím, že stlačuje ceny, které by efektivnější konkurenti jinak uplatňovali. Ztráta ve výrobní efektivnosti tak může být převážena ziskem v efektivnosti alokativní v důsledku nižších cen.<sup>32</sup>

Obrana efektivností chování, které by jinak bylo považováno ze zneužití, by vedla k popření presumpce ilegality takového chování. Růst efektivnosti dominanta znamená další posílení jeho postavení, což v dlouhodobém pohledu potenciálně ohrožuje spotřebitele.<sup>33</sup> Obrana argumentem efektivnosti při jinak zneužívajícím chování dominanta se výrazně odchyľuje od dosavadní rozhodovací praxe Komise a evropských soudů, které její existenci nikdy neuznaly. Samotná efektivnost není argumentem pro vynětí zneužívajícího chování ze zákazu. Efektivním způsobem lze samozřejmě dosáhnout legitimního cíle, ale nelegitimní cíle nelze odůvodňovat přínosy k efektivnosti, neboť by to vedlo k efektivnímu dosahování nežádoucích cílů.<sup>34</sup>

Efektivnost důsledků dominantova jednání by bylo navíc nutno posuzovat především z hlediska dlouhodobého, resp. by měl tento její znak dokázat právě dominant. Soutěžní prostředí (oslabitelné odchodem - třeba méně efektivního - konkurenta) je totiž dlouhodobým ex ante regulativem chování dominanta, jehož role by neměla být prostě jen tak „vyměněna“

---

<sup>30</sup> Srov. čl. 77 - 80 DM.

<sup>31</sup> Mertikopoulou, tamtéž, str. 245.

<sup>32</sup> Viz odkaz na Vickersovo vystoupení tamtéž, str. 246.

<sup>33</sup> Tamtéž, str. 247.

<sup>34</sup> Tak Dreher, M. – Adam, M.: Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law, E.C.L.R. 2007, issue 4. str. 280 an.

za kdejaký krátkodobý přínos spotřebiteli. Právní jistota všech těch, kteří by mohli být vytlačeni z trhu kvůli vylučovacímu chování dominanta, by mohla být oslabena.

Podobně při obecně zakázaném smluveném omezení soutěže kartelovou dohodou je možné podle čl. 81 odst. 3 SES učinit za stanovených kumulativních podmínek výjimku ve prospěch přínosů: zákaz se na tyto dohody nevztahuje. Podobnou funkci má stanovení hranic bagatelních kartelů (de minimis) a podmínek v blokových vynětech za zákazu. Překročení těchto hranic je zakázáno, byť by to i bylo v jednotlivém případě ekonomicky efektivní.

Ekonomická efektivnost nedává konečnou odpověď na normativní otázku po cílech soutěžního práva. Různé společnosti mohou v různých obdobích tendovat k různým odpovědím na tutéž otázku. Ochrana spotřebitelských preferencí (navíc vesměs krátkodobých) je stěží zdůvodnitelná jako jediný relevantní normativní standard – volá se po interdisciplinárním, širším a hlubším přístupu, který by respektoval i to, že „soutěž jako taková“ nebo „poctivost“ (fairness) mohou být normativními pojmy a hodnotami, které sdílejí lidé, a tudíž jsou relevantní,<sup>35</sup> a nejsou tudíž vyloučitelné ani z případného normativního zachycení.

Jasná struktura pravidel a výjimek vytváří předvídatelnost rozhodování a právní jistotu; alternativa k ní – libovolná směsice ad hoc „ekonomizujících“ a relativizujících úvah a hodnocení vytváří „kaldnou vodu“ právní nejistoty a arbitrárnosti rozhodování.

#### **4. BLAHOBYT FIKTIVNÍHO SPOTŘEBITELE JAKO ULTIMA RATIO?**

Požadavek, aby spotřebitel měl zachován poctivý (přiměřený) podíl na výhodách, je

vylovován doktrínou i judikaturou a je zachycen i v právních předpisech.<sup>36</sup> Je poněkud matoucí, neboť je synonymem pro standard přínosu (zisku) pro spotřebitele s výjimkou případů, kdy jinak podobný jazyk umožňuje bezdůvodně zamezit fúzi, která se (negativně) nedotkne spotřebitelova blahobytu, ale zvýší blahobyt výrobce<sup>37</sup>. Spotřebitelé mají podíl na výhodách z fúze, kdykoliv se zvýšení efektivity projeví v nižší ceně nebo v lepším produktu.<sup>38</sup> Někdy se navrhuje se, aby nejasný požadavek „přenesení výhod na spotřebitele“ byl nahrazen jednodušším pojmem a standardem zisku (resp. přínosu) pro spotřebitele<sup>39</sup>.

Je jistě možné usilovat o přístup, který by zvažoval všechny výsledky fúze na základě multidimenzionálního přístupu<sup>40</sup>, resp. judikaturou vyvinutého přístupu vyvažování vah („balancing weights approach“). To však není žádná nová metoda, spíše extenze metody „rule of reason“, opírající se jen o pravděpodobnostní a zčásti spekulativní a účelově předkládané

---

<sup>35</sup> Srov. Kerber, cit. práce, str. 20 -21.

<sup>36</sup> Srov. v souvislosti s dohodami omezujícími soutěž čl. 81 odst. 3 SES nebo § 3 odst. 4 písm. b) ZOHS a § 17 odst. 1 ZOHS.

<sup>37</sup> Gifford, D.J.- Kudrle, R.T.: op. cit., str. 444, 445.

<sup>38</sup> Autoři cit. práce kritizují (na str. 445, 446) čl. 81/3 SES a čl. 2/1 ECMR č. 139/2004, že umožňují nepřihlížet k přínosům pro spotřebitele, které nejsou dostatečně veliké.

<sup>39</sup> Standard přínosu (zisku) pro spotřebitele vyjadřují jasně U.S. Horizontal Merger Guidelines vydané US DOJ společně s FTC v r. 1992 (a revidované v r. 1997) v § 4 – předepisují zkoumat, jestli poznatelné přínosy fúze pravděpodobně odvrátí od spotřebitele potenciální újmu na relevantním trhu, např. zabrání-li růstu cen.

<sup>40</sup> Jak navrhuje Gifford, D.J.- Kudrle, R.T.: in op. cit., str. 463 nsl.



údaje a tvrzení fúzujících subjektů. Metody pravděpodobnostní ekonomické analýzy neposkytují potřebnou právní jistotu a zejména nejsou schopny vyloučit závažné a nevratné defekty vzniknuvší ve struktuře trhů a porovnat je s často jen krátkodobými a lehce vypočítatelnými ekonomickými přínosy pro dnešního spotřebitele.

„Onálepkováním“ jiným moderním názvem se z „křišťálové koule“ ekonoma nástroj vědeckého předvídání vývoje na trzích docela určitě nestane. Role systémových normativních řešení (možná neefektivních v jednotlivém případě nebo i v řadě jednotlivých případů) garantujících dlouhodobý systémový předpoklad zachování soutěžního prostředí jako nástroje (nikoliv samostatného cíle) k zajištění spotřebitelova dlouhodobého blahobytu v důsledku zachovaného účinného soupeření na trhu, je nezastupitelná.

Pokud např. ekonom dokáže s vysokou mírou pravděpodobnosti vypočítat, v jakém časovém horizontu se úspora nákladů v důsledku fúze promítne do snížení cen a dokáže to srovnat s dlouhodobým výhledem a důsledkem tlaku konkurence na snížení cenové úrovně při neschválení fúze, nechť se o přípustnosti fúzí rozhoduje na základě takových výpočtů. Přitom samozřejmě není nutná a ani možná matematická exaktnost. Pokud to však ekonomicko matematická metoda nedokáže (resp. jen s nízkou mírou pravděpodobnosti), je patrně na místě spolehlivější nástroj tlaku na nízké ceny, na diverzitu nabídky a sortimentu, na inovaci, apod. – tedy udržení volného trhu.

Jazyk ekonomie a její pojmový i metodologický aparát často jen působí dojmem větší přesnosti, ale vesměs se i on opírá (podobně jako u právního jazyka a metodologie) o „měkká data“. Ani ony ekonomické cíle nejsou jasným a jednoznačným měřítkem a podléhají hierarchizaci a optimalizačnímu vyvažování - srov. např. hledisko krátkodobé a dlouhodobé efektivity, mikro- a makroekonomické efektivity apod.

Ani matematický aparát symbolického „uchopení“ ekonomické reality nevyloučí ovšem nejistotu budoucího vývoje, byť ji může strukturovat lépe, než vysmívaný „salónní empirismus“<sup>41</sup>. Je sotva možné dát navzdory pomoci těchto nástrojů spolehlivou odpověď na otázku, zda jednorázové ekonomické úspory, které jsou jako důsledek řady fúzí nesporné, nebudou ve středně- a dlouhodobé perspektivě vyváženy nedosaženými úsporami nákladů, k nimž v důsledku absence nebo poklesu soutěžního tlaku vůbec nedojde (I. Schmidt), a zda k všeobecnému (nikoliv k podnikovému) ekonomickému optimu není vhodnější zajištění strukturálních předpokladů trvalé existence takového tlaku. Všeobecný aprioristický předpoklad, že fúze vedou ke zvýšení efektivity, není podle výzkumů odůvodněný<sup>42</sup>. Navíc je třeba vzít v úvahu i nemalé transakční náklady spojené s posuzováním fúzí, které mohou od spojování i odradit.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> Termín „*armchair empiricism*“ používá Heyer, K., op. cit., str. 378.

<sup>42</sup> Podrobnější rozbor viz Luescher, CH.: Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle Ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?. E.C.L.R. 2/2004, str. 72 a násl. Viz též údaje cit. v pozn. 13.

<sup>43</sup> Poukazuje se např. na to, že předvídatelnost rozhodnutí a délka řízení o povolení fúze mohou ovlivnit samotný záměr. Doporučuje se v rámci tzv. „*more economic approach*“ vzít v úvahu i „*truly economic approach*“, tedy uznávat nejen ekonomické modely, ale i skutečnost, že některé postupy (např. test dominance) vyžadují méně zdrojů než jiné, méně ekonomické postupy, a že je dále nutno uznávat všeobecnou vzácnost zdrojů – blíže viz Voigt, S.- Schmidt, A.: Switching to Substantial Impediments of Competition (SIC) can have Substantial Costs – SIC!, E.C.L.R. 2004, č. 9, str. 587.

Zásadním problémem je omezit prostor pro uvážení rozhodujících antitrustových orgánů (Komise, a soudů, jakož i národních antitrustových úřadů) na takové otázky, které se svou povahou vymykají ekonomické objektivizaci a normalizaci do podoby formálních legálních testů. Ekonomický přístup i tady klade arbitrárnímu rozhodování překážky typu „převod podstatné části výhod na spotřebitele“, „převaha dosažených či deklarovaných výhod nad nevýhodami plynoucími z omezení soutěže“, apod. Samotné ekonomické výhody („efficiencies“) nejsou často o nic kvantifikovatelnější (a tedy „měřitelnější“) než podobně neurčité právní pojmy<sup>44</sup> - i ony závisí na (dobově, hodnotově, zájmově a jinak podmíněných) interpretacích.

I v otázce ekonomičnosti či efektivnosti určitého řešení (a nezáleží na tom, zda kasuistického v jednotlivém případě, nebo normativního) je konečným soudcem čas. Hodnotová a konvencionalistická hlediska nejsou tedy výsadou jen právních předpisů, ale i jakékoliv koncepce ekonomické efektivnosti. Efektivnost jako taková má sotva nějakou hodnotu sama o sobě, není-li založena na dohodě dotčených lidí.<sup>45</sup> Je tedy třeba i v rámci tzv. ekonomického přístupu vážit mezi různými aspekty ekonomických jevů a jejich hodnocení.

K tomu přistupuje nekvantifikovatelný a asi i nemodelovatelný vztah ekonomických cílů a cílů mimoekonomických, jako je společenský blahobyt, udržitelný harmonický rozvoj, kvalita života, ale i (v evropském právu prvořadý) cíl ekonomické konvergence, který nezbytně vyžaduje přijímat suboptimální („neekonomická“) aktuální rozhodnutí v zájmu budoucího optimálního vývoje nebo stavu.

Pojem účinné soutěže neznamená v pojetí vlivných evropských ekonomů ochranu ekonomické svobody jakožto „hodnoty o sobě“.<sup>46</sup> Účinná soutěž je charakterizována svým účinkem na blahobyt spotřebitelů, nemůže být vedena heslem „fiat competitio, pereat mundus“. Ochrana ekonomické svobody je podle těchto názorů jen ochranou nástroje zajišťujícího dlouhodobý ekonomický blahobyt spotřebitelů.

Neprosazujeme však svobodu soutěže jako nějaký formálně estetický a axiomaticko-dogmatický samoučel („soutěž musí být svobodná, protože to zapadá do spekulativní normativní koncepce a pěkně to vypadá?“); svoboda soutěže je totiž nástrojem přispívajícím k ekonomické racionalitě a blahobytu. Síla soutěže je v jejím působení jakožto objevovacího procesu s „otevřeným koncem“ a zdůrazňuje se to v souvislosti s deregulačními tendencemi i v Evropské unii. Posun ve stanoviscích Komise i v evropské legislativě k „more economic approach“ v posledních letech znamená ovšem především menší spoléhání na tyto dlouhodobé účinky svobodné soutěže a ochotu posoudit ex ante kladné přínosy určitých omezení svobodné soutěže k onomu základnímu cíli soutěžního práva, jímž však nemá být nějaká formálně fundamentalisticky a paranoidně posuzovaná „čistota nástroje“ (tedy svobodná soutěž), ale dosažení cíle - blahobytu (ať už jakkoliv pojímaného, předjímaného či měřeného). Ekonomický přístup ovšem blahobyt poněkud absolutizuje (ekonomický redukcionismus) a hospodářskou soutěž jen instrumentalizuje. Ekonomický přístup znamená podporu dlouhodobě vedoucí k růstu ekonomicky měřitelného bohatství ve společnosti.

---

<sup>44</sup> Srov. např. přínosy v podobě přístupu k novému „know-how“, zlepšení prodejních podmínek, schopnosti zvýšit inovační aktivitu apod.

<sup>45</sup> Parafráze citátu J. Buchanana, cit. podle Šíma, J., *Ekonomie a právo*, VŠE Praha 2004, str. 80.

<sup>46</sup> Röller, L.H.- Strohm, A.: konstatují v cit. práci na str. 8, že soutěž není samoučel, ale prostředek ke zvýšení, resp. k udržení blahobytu.

Úvaha o tomto dopadu bude vždy jen více či méně spekulativní a bude se opírat o požadavek „rozumné jistoty“<sup>47</sup> (což může být jen jiné vyjádření vysoké pravděpodobnosti – pozn. JB), že se přínosy nakonec dostanou ke spotřebitelům.

Protože obsahová jistota v oblastech jako je soutěžní právo (kde se komplexně hodnotí ekonomická realita), byla iluzí i v předešlém systému, nezdůrazňujícím tolik ekonomický přístup. Dovolávat se jí po jeho změně je bláhové – ona jistota totiž není, podobně jako tzv. spravedlnost, z tohoto světa. Čím výraznější je pragmatická orientace na zdůraznění ekonomického přístupu (more economic approach), „tím větší nejistotu je nutné přijmout, aby se dosáhlo ekonomicky koherentní interpretace pravidel“<sup>48</sup>.

Věčný spor bude asi přetrvávat o to, zda se má dát přednost podpoře bezprostřední efektivity (a podpořit tak prvotní princip protitrustového práva, totiž podporu ekonomické efektivity a blahobytu spotřebitelů), a nebo zda se má naopak setrvat u koncepcie, že prvotním cílem protitrustových zákonů není bezprostřední podpora ekonomické efektivity, nýbrž dekoncentrace ekonomické moci a podpora decentralizace, která prospívá efektivity a blahu spotřebitelů zprostředkovaně a dlouhodobě.<sup>49</sup>

## 5. MOŽNOSTI POSUZOVÁNÍ PŘÍNOSŮ (EFFICIENCIES) V PRAXI

Praktické problémy „efficiencies“ ilustrujme na příkladu posuzování přínosů fúzí.

Běžný přístup zájemců o fúzi předpokládá, že by fúze měla zvýšit jejich zisky, tedy buď zvýšit jejich tržní sílu nebo napomoci k získání přínosů (efficiencies), nebo obojí. Pouhé zvýšení tržní moci je špatné (ztráta spotřebitelského blahobytu); dosažení pouze přínosů je naopak z tohoto hlediska dobré. Fúze někdy dokonce nevedou ani k růstu tržní moci a ani k přínosům, a jejich jediným efektem je růst velikosti podniku a pokles ekonomické efektivity, což vede k vyšším nákladům a v důsledku k vyšším cenám. Nikoliv každá fúze se však musí projevit negativně ve vztahu k soutěži – může být z tohoto hlediska neutrální a někdy se dokonce soutěž může v důsledku fúze zlepšit (pokud se např. spojí bezvýznamní hráči do celku schopného reálně konkurovat tržně silnějším rivalům).

Statistické údaje<sup>50</sup> dokonce navádějí ke změně postoje k fúzím – namísto dnes aplikovaného shovívavého přístupu by se tedy podle nich měl prosazovat spíše předpoklad fúze zásadně nepovolovat. V USA se však tradičně povolují (a v EU se nově povolovat mohou) i takové fúze, jež zvýší tržní moc, ale jež jsou provázeny takovými přínosy (efficiencies), které vedou ke zvýšení čistého společenského užítku (blahobytu). Pokud není fúze příčinou vzrůstu tržní moci, nemusí být ani dokazovány její přínosy. To je z hlediska velikosti podílu takových fúzí, které snižují efektivnost spojujících se konkurentů, spíše důvodem k neutrálnímu postoji

---

<sup>47</sup> Schlossberg, R.S. (ed.): Mergers and Acquisitions, ABA, Chicago 2004, str. 194.

<sup>48</sup> Ehlemann a Atanasiu, cit. podle Venit, J.: Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty, CMLR, 2003, č. 40, str. 574.

<sup>49</sup> Srov. tamtéž, str. 379.

<sup>50</sup> Mueller, D. C.: Efficiency versus market power through mergers, in Neumann, M – Weigand, J. (Eds.): The International Handbook of Competition, Edward Elgar Publishing, Inc., Cheltenham 2004, str. 82 uvádí, že na každou fúzi, která nepochybně zvyšuje sociální blahobyt (roste efektivnost, zisk a prodej) připadají dvě fúze nepochybně snižující sociální blahobyt – zhruba z poloviny tím, že snižují efektivnost a z druhé poloviny tím, že vedou k růstu tržní moci.

k fúzím, podle něhož<sup>51</sup> by účastníci všech fúzí překračujících určitý práh velikosti musely prokázat, že fúze povedou k získání přínosů (efficiency defence).

Teorie i judikatura se shodují na několika podstatných rysech oněch přínosů („efficiencies“), které musí být naplněny, aby při posuzování fúzí mohly být vzaty v úvahu. Jde zejména v praxi USA o<sup>52</sup>:

Specifičnost přínosů , které by bez fúze nenastaly.

Spojující se firmy musí pravděpodobnost a rozsah přínosů rozumnými prostředky prokázat .

Přínosy nesmějí vzniknout jako důsledek protisoutěžního omezení výstupu nebo služeb .

Přínosy musí být s to zvrátit způsobilost zfúzovaného subjektu poškodit spotřebitele na relevantním trhu (přínosy se porovnávají s potenciálními protisoutěžními účinky fúze).

V EU se zvažují tři možné přístupy k hodnocení přínosů (efficiencies) fúzí<sup>53</sup>, a to

přístup všeobecných strukturálních indikátorů a předpokladů (založený na předpokladu, že při dosažení určitého podílu na relevantním trhu nejsou přínosy nikdy s to převážit újmu soutěži);

přístup „případ od případu“, kdy se (jako v USA a V Kanadě) posuzují vztahy mezi přínosy a ohrožením soutěže u každého případu fúze zvlášť a přísně individuálně, což naráží na metodologické potíže;

postupný přístup, který je kompromisem mezi předchozími dvěma. Hodnocení fúze začíná strukturální analýzou trhu a pokud fúze strukturu trhu ovlivní nepodstatně, přikládá se argumentům o přínosech fúze větší význam; při překročení určitých prahů koncentrace se naopak předpokládá, že přínosy fúze nepřeváží negativní dopady na soutěž. V rámci tohoto přístupu se zkoumá především dopad fúze na blahobyt spotřebitele, statické a dynamické přínosy, mezinárodní konkurenceschopnost, specifičnost přínosů fúze a jejich schopnost převážit protisoutěžní dopady fúze.

## **6. STANDARDY BLAHOBYTU JAKO „NADKRITÉRIUM“ HODNOCENÍ V SOUTĚŽNÍM PRÁVU**

Spor o to, jakou z možných funkcí blahobytu (tedy „blahobyt pro koho“) prosazovat, zůstane sporem navýsost politické (hodnotové) povahy a aplikace práva bude i při stejném znění předpisů nutně podléhat změnám ve společensko politickém konsensu o tom, „co je třeba“, a zda je vůbec přijatelné posuzovat společně jako nějaký „agregát“ ty, kteří jsou obětmi určitého chování i ty, kterým je toto chování ku prospěchu<sup>54</sup>. Aplikace obou krajních hledisek (standardu celkového blahobytu versus standardu blahobytu pro spotřebitele) může přitom vést v konkrétních situacích k opačným výsledkům; proto je volba standardu klíčová i pro tzv. ekonomický přístup, jenž je - jak vidno - jen jinak vyjádřeným a jinak docilovaným skupinovým zájmem. Není tudíž samozřejmě prosta ani hodnotových předsudků,

---

<sup>51</sup> Tento návrh vyslovil Mueller, D.C. v cit. práci, str. 82.

<sup>52</sup> Cit. studie v European Economy No 5/2001, str.15 nsl.

<sup>53</sup> Tamtéž, str. 22 nsl.

<sup>54</sup> Srov. Baker , J. B.: Competition policy as a political bargain, Antitrust Law Journal, 2006, issue 2, str. 515.

předpojatostí a víry, ba ani rozporných výsledků při použití různých (přitom izolovaně vzato zcela legitimních) hledisek.

Příklady rozdílného výsledku posouzení těžé situace při použití různých standardů (kritérií) blahobytu<sup>55</sup> jsou docela přesvědčivé:

Tak např. horizontální kartelová dohoda (třeba kooperativní joint-venture) mezi konkurenty vede ke snížení soutěže, k vyšším cenám a ke snížení spotřebitelského blahobytu. Ztráta této tzv. alokativní efektivity kvůli růstu cen je negativní z hlediska spotřebitelského blahobytu; z hlediska celkového blahobytu to být pravda nemusí, pokud nárůst agregátního zisku převyší ztrátu pro spotřebitele (třeba díky úsporám výrobních nákladů).

Může dojít k fúzi dvou neefektivních podniků (soutěžitelů), a tím ke snížení jejich nákladů a cen a k přesměrování poptávky od nízkonákladových výrobců. Při neelastické poptávce se celkové agregátní výrobní náklady zvýší v důsledku omezení výroby u nízkonákladových výrobců, takže fúze bude závadná z hlediska standardu celkového blahobytu, nicméně přínosná z hlediska blahobytu spotřebitelů.

Vylučovací chování dominanty vůči jeho konkurentům může za určitých okolností vést k nižším spotřebitelským cenám. Pokles cen je dobrý pro spotřebitele a vyhověl by tak izolovaně testu spotřebitelského blahobytu. Celkový blahobyt může být přitom ovlivněn diferencovaně. Může dojít ke zvýšení výrobní efektivity v důsledku poklesu marginálních nákladů a k růstu alokativní efektivity v důsledku zvětšení výstupu spojeného se snížením ceny. Tento přínos se musí porovnat se ztrátami blahobytu, které utrpěli vyloučení rivalové (s jejich ztrátou zisku z výroby). Jestliže budou tyto ztráty vyšší, chování bude posouzeno jako škodlivé z hlediska celkového (agregátního) blahobytu.

Kartelová dohoda mezi podnikateli na straně poptávky může mít za cíl vytvoření kolektivního monopsonu - v jejím důsledku mohou poklesnout spotřebitelské ceny, takže z hlediska standardu spotřebitelského blahobytu by testem prošla jako přijatelná. Tato dohoda ale též vyvolává ztráty alokativní efektivity na straně nabídky - výstup je snížen, prodávající mohou být nuceni do budoucna méně investovat, nežli by investovali na soutěžním trhu; dohoda tak může být pokládána za škodlivou z hlediska standardu celkového (agregátního) blahobytu.

Domnívám se, že i u kooperativních dohod je třeba brát zřetel na tytéž přínosy (efficiencies) jako u fúzí. Podobně jsou prahy (thresholds) jen u fúzí a nikoliv u kooperací, i když kooperace jsou krátkodobé a zásadně nepřinášejí strukturální změnu. Mohou však mít strukturální efekty a mohou dlouhodobě například zamezit vstupu na trh stejně jako u zfúzovaného monopolisty. Tzv. de minimis prahy u kartelových dohod<sup>56</sup> nemají tutéž funkci jako absolutní obrátové prahy u fúzí, protože se neuplatní u tzv. tvrdých kartelů, zatímco fúze funkčně působí jako „institucionalizovaný strukturální kartel“ i v takových oblastech a v takovém rozsahu, které prahy de minimis pro kartelové dohody nepokrývají.

Cenová diskriminace, umožňující prodávajícím zaměřit se přesně na zákazníky s různou ochotou platit a tuto ochotu využít, vede ke zvýšení alokativní efektivity, ovšem společně se snížením blahobytu pro spotřebitele. Z hlediska standardu spotřebitelského blahobytu jsou

---

<sup>55</sup> Tamtéž (str. 516 – 518).

<sup>56</sup> 10% u horizontálních dohod, 15% u vertikálních dohod – srov. § 6 ZOHS.

takové praktiky nerozumné, z hlediska standardu blahobytu celkového (agregátního) jsou však vítané.

## 7. „ČISTĚ EKONOMICKÁ“ A „ČISTĚ SOUTĚŽNÍ“ KONTROLA FÚZÍ EX ANTE

Přednost před radikálním řešením (kterým by bylo buď odstranění nebo alespoň podstatné oslabení antitrustového zákonodárství, nebo regulace a totální ochrana spotřebitelů) by mělo dostat hledisko blahobytu celkového, spojené se zárukou, že se jak spotřebitelé, tak výrobci budou dostatečně podílet (alespoň v průměru) na přínosech ze zvýšené efektivnosti.<sup>57</sup>

Hodnotový a (možná až ideologicky zabarvený) spor o funkci soutěžního práva a o cíle, které má sledovat, se nutně musí projevit i v doporučeních pro praktickou soutěžní politiku a pro legislativu zejména v oblasti kontroly koncentrací. Kontrola fúzí je primárně založena na myšlence ex ante a do budoucna orientované dlouhodobé strukturální prevence<sup>58</sup> vzniku nesoutěžních tržních struktur, které neumožňují spotřebiteli (konečnému, ale i mezitímnímu - „výrobnímu“) skutečnou volbu. O tom, co je pro něj vhodné, by měl rozhodnout spotřebitel sám v rámci prostředí, které svobodnou volbu umožňuje, a nikoliv stát v rámci kontroly fúzí a ev. jako vedlejší produkt rozhodnutí o povolení fúze, která takové prostředí strukturálně a kvalitativně narušuje a oslabuje jeho funkčnost, nebo která je dokonce nevratně ruší. Státní kontrola fúzí by neměla nahrazovat nástroje státní hospodářské (odvětvové) politiky – celková hospodářská politika by totiž měla respektovat všeobecný imperativ tvorby a ochrany soutěžního prostředí, které zajišťuje funkčnost trhu.

Zdůvodnění vzniku tržní moci v důsledku schválené fúze a jeho „omluva“ tím, že je vyvážen určitým chováním účastníků fúze, je nekonsistentní postoj. Chování soutěžitelů se může a nemusí změnit, avšak struktura (i ta nevhodná, koncentrovaná) je trvalým prostředím, v němž se subjekty chovají tak, jak jim to ona umožňuje. „Vykupování“ tržní struktury (s jejím dlouhodobě působícím vlivem na chování soutěžitelů) krátkodobými nebo střednědobými výhodami a přísliby plynoucími z fúze je velmi ošidné. Příkladové a tvrzené přínosy fúzí jsou nezdědky jen hypotetické a jejich vynucování je problematické nebo nemožné a s přibývajícím časovým odstupem od schválení fúze převládne „zvyk na stávající poměry“ a nemožnost zpětně zasáhnout do struktury trhu. Nejde totiž o „...způsobilost, ale o vůli ke zvyšování efektivnosti. Ta s ubývajícím soutěžním tlakem klesá.“<sup>59</sup> Předvídatelnost rozhodování soutěžního úřadu při zavedení kritérií „efficiencies“ rovněž klesá a požadavky na důkazy o těchto přínosech (jejich druhu, velikosti a pravděpodobnosti, že nastanou) poskytnuté účastníky předpokládaného spojení rostou.

Strukturální změny trhu by neměly být „proměňovány“ za závazky a opatření behaviorálního charakteru – pokud jsou tvrzení a přísliby účastníků fúze o přínosech fúze brány v úvahu, mělo by se tak dít jen v rámci celkového posuzování potenciálu významného narušení hospodářské soutěže po fúzi. Čistě behaviorální závazky strukturální potenciál narušení nesnižují, a mohou se stát snadno jen jakýmsi „šidítkem“ či „alibi“ pro schválení soutěžně závadné fúze pod nepřiznanými politickými tlaky.<sup>60</sup> Evropská komise si je toho vědoma

<sup>57</sup> Srov. Baker, cit. práce, str. 518.

<sup>58</sup> K tomu srov. např. Klumpp, U.: Die „Efficiency Defense“ in der Fusionskontrolle. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2006, str. 257.

<sup>59</sup> Tamtéž, str. 258.

<sup>60</sup> Český ZOHS tuto obranu efektivností (*efficiency defence*) nezná a nepotřebuje, stejně jako německý GWB. Dokonce i přední představitelé chicagské školy Posner a Bork takovou obranu ve formě individuálního

a chápe cílový konflikt mezi omezením soutěže a přínosy v důsledku fúzí jako konflikt mezi soutěžní politikou a odvětvovou hospodářskou politikou<sup>61</sup> a hodnotu zvýšené podnikové efektivity staví až za hodnotu zachování soutěže ve smyslu zachování prosoutěžních tržních struktur<sup>62</sup>.

Je jasné, že pokud by měl převahu tradiční ordoliberalní standard ochrany soutěže a svobody volby spotřebitelů, strukturální hledisko by bylo u fúzí jediné rozhodující.

Volba standardu blahobytu je podle mého soudu ani ne tak intelektuální módou, jako spíše vedlejším výsledkem politického tlaku na větší liberalizaci při posuzování koncentrací. Intelektuální ekonomicko právní zdůvodnění se jak známo selektivně najde pro každé společensko politické „zadání“; uznání „přesvědčivosti“ onoho zdůvodnění je ovlivněno týmiž strukturami a zájmy jako ono zadání samotné, takže prostě převládne a projeví se i v rozhodovací praxi, ev. i v legislativě.<sup>63</sup>

Pokud se jednotlivé přínosy fúze dobře prezentují, nenamítají pod dojmem krátkodobého prospěchu ani dotčení spotřebitelů.<sup>64</sup> Přesvědčivosti napomáhají ekonomické simulační modely hypotetického chování dotčeného trhu po fúzi. Ty ovšem narážejí na metodologický (a v podstatě opět hodnotový) problém, jak „vyvážit“ ekonomické přínosy fúze na jedné straně (navíc vesměs jednorázové a krátkodobé) a její protisoutěžní účinky (vesměs dlouhodobé) na straně druhé<sup>65</sup>. Navíc jsou simulační modely jen jakýmsi letným pohledem

---

zvažování přínosů v konkrétním jednotlivém případě odmítají a jsou namísto toho pro určení všeobecně vysoké hranice práhu zásahu soutěžního úřadu - srov. Klumpp v cit. práci, str. 260.

<sup>61</sup> Tak Denzel, U.: *Materielle Fusionskontrolle in Europa und den USA*, Nomos, Baden - Baden 2004, str. 295.

<sup>62</sup> Tamtéž se na str. 300 ve vtipné zkratce konstatuje, že v USA se více spoléhají na samoozdravné síly trhu, když vycházejí z posloupnosti „zvýšení efektivity – nižší ceny – vzrůst blahobytu spotřebitelů“. V Evropě je logika často opačná: „zvýšení efektivity – zatlačování konkurence – monopolní ceny“. V USA se jako důležitější více cení okamžitě a víceméně jistě nesporné krátkodobé přínosy nežli eventuální a jen v dlouhodobější perspektivě se možná projevující omezení hospodářské soutěže. Ukazuje se opakovaně, že antitrust je skutečně do značné míry věcí právně kulturní tradice a mentality, a ta se v Evropě náhle nezmění ani zavedením substantivního testu podobného tomu americkému, byť je cílem zharmonizovat posuzování zejména přeshraničních fúzí ... O změně amerického přístupu směrem k evropskému konzervativismu je z několika mimoprávních důvodů asi zbytečné vůbec uvažovat...

<sup>63</sup> Tak se např. popisuje (Drautz, G.: *Vorstellungen der EU Kommission zur Reform der europäischen Fusionskontrolle*, in Schwarze, J. (Hrsg.): *Instrumente zur Dursetzung des europäischen Wettbewerbsrechts*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2002, str. 52 nsl.), jak probíhaly před přijetím Návodu o posuzování horizontálních fúzí diskuse o významu *efficiency-defence* v Evropské komisi mezi konzervativnějším a liberálnějším křídlem (které nechtělo zavést ani požadavek přenosu přínosů ke spotřebiteli, a odmítalo, aby tvrzený přínos byl kauzálně spojen s fúzí: *merger – specificity*). To je mimochodem opravdu podivuhodný argument, protože odmítnutí vazby přínosu na fúzi by znamenalo, že k onomu přínosu by došlo i bez fúze – jak tedy může být dosažení přínosu argumentem zdůvodňujícím právě schválení fúze, která jinak může soutěži dlouhodobě škodit? Naštěstí Návody nakonec vycházejí z opatrnějšího a konzervativnějšího přístupu k použití *efficiency defence*.

<sup>64</sup> Přitom metodika hodnocení jednotlivých přínosů není vůbec jednoznačná. Tak např. ani zvýšení cen v důsledku fúze nemusí být v rozporu s konceptem zvyšování spotřebitelského blahobytu, pokud jde o fúzi na trhu, kde probíhají rychlé technologické změny. Krátkodobé statické efekty nemohou být preferovány na úkor dlouhodobých efektů dynamických. Blíže viz Ilzkovitz, F. – Meiklejohn, R.: *European merger control: do we need an efficiency defence*, in Ilzkovitz, F. – Meiklejohn, R. (Eds.): *European Merger Control*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, str. 77.

<sup>65</sup> Někteří příznivci těchto metod se zabývají těmito problémy v kasuistické rovině, což obecný přístup nezdůvodní – srov. Colley, L.: *From „Defence“ to „Attack“? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers*, E.C.L.R. 2004, 6, str. 342 – 349.

na možné protisoutěžní efekty fúzí, ale nejsou s to kvantifikovat přínosy a jejich aplikace je velmi diskreční<sup>66</sup>. Potom soudy a antitrustové orgány raději podstupují různá „krátká spojení“, aby se náročnému (a leckdy možná fakticky nemožnému) dokazování vyhnuly.

Do řešení tohoto vztahu nutně vstupují aktuální hospodářsko politické úvahy a priority, takže se směřují obecně systémové soutěžně-politické, a konkrétní odvětvové hospodářsko-politické úvahy. Byly dokonce popsány případy, kdy fúze (nemocnic v USA) byla povolena, přestože nepochybně vedla ke zvýšení cen – bylo to zdůvodněno vyvážením vyšší kvalitou poskytovaných služeb po fúzi. Dokonce i fúze dvou nemocnic téměř k monopolu byla schválena jen na základě toho, že účastníci přijali dobrovolně behaviorální závazky k udržení nízkých cen a k poskytování služeb chudým.<sup>67</sup>

Není ostatně žádným tajemstvím, že zavedení efficiency defence do evropského soft law bylo důsledkem kontroverze mezi Evropskou komisí a americkými antitrustovými orgány ve věci GE/Honeywell, která se projevila v původně opačném přístupu k notifikované fúzi.<sup>68</sup> Současné znění Návodů obsahuje řadu restriktivních podmínek kladených na přínosy fúzí, jejichž kumulativní splnění z nich činí až jen hypotetickou možnost pro případy, kdy by celková přínosnost fúze byla asi patrná z všeobecného posouzení fúze i bez nich. Přínosy musí totiž: <sup>69</sup>

- být významné a účinné (snižují reálné náklady)
- specificky souviset s fúzí (nedosažitelnost jinými, méně soutěžně škodlivými způsoby)
- být relativně rychle dosažitelné (kvůli „kompenzaci“ pravděpodobně rychle nastoupivšího omezení soutěže a jako zábrana diskontování přínosů teprve v budoucnosti, které snižuje jejich význam; navíc se později předpokládané přínosy těžko věrohodně předvídat)
- být ověřitelné<sup>70</sup> (s důkazním břemenem na straně účastníků, kteří mají ovšem výhodu asymetrické informace vůči soutěžnímu úřadu – ten se může apriorně proto stavět k tvrzením účastníků nedůvěřivě a vyžadovat „jisté důkazy o nejisté a jen pravděpodobné

---

<sup>66</sup> Tak Greaney, T. L. (s odkazy na další prameny): Not for import: why the EU should not adopt the American efficiency defence for analyzing mergers and joint ventures, Saint Louis University Law Journal, Vol. 44, No 3 (2000), str. 884

<sup>67</sup> Jde o případy Tenet v FTC a FTC v Butterworth Health Corp., popsané in Greaney, cit. práce, str. 887-888. Tamtéž (str. 892) autor hovoří expresivně o nutnosti držet se dál od bahniska (*quagmire*) explicitní obrany pomocí hypotetických přínosů fúzí, jež je vhodná pro politické, ale ne pro soutěžně orientované cíle. To je možné i díky obojakému standardu blahobytu, jenž zvedá mlhu „politické“ jurisprudence.

<sup>68</sup> Případ č. L.48, rozh. z 3.7. 2001, potvrzeno ESD 14.12.2005 – T-209/01 a T-210/01. Evropská komise se koneckonců přiklonila ke konceptu spotřebitelského blahobytu, který se formuluje uvádí v Návodech pro posuzování horizontálních fúzí (OJ 2004/C, 31/03, č. 78) tak, že výhody musí být: ve prospěch spotřebitele, specifickým důsledkem fúze, a ověřitelné. Případ GE/Honeywell je ovšem charakteristický i tím, že Evropská komise sklouzla k ohledům na jednotlivé konkurenty, namísto aby hlídala soutěž jako instituci. Přínosy fúze se posuzovaly podle škody, kterou by fúze mohla způsobit méně efektivním rivalům na trhu. Nepatřičnost této péče kritizují Bishop a Walker v cit. práci na str. 302.

<sup>69</sup> Srov. body 76 – 88 Návodů pro posuzování horizontálních fúzí.

<sup>70</sup> To je snad největší praktická překážka odrazující Komisi od pozitivnějšího přístupu k přínosům fúzí, protože praktické obtíže s jejich ověřením a (!) s kvantifikací jsou téměř nepřekonatelné. Srov. Luescher: cit. práce, str. 85.



budoucnosti“; některé přínosy lze jen „kvalitativně“ a „pravděpodobnostně“ tvrdit, ale nelze je doložit čísly)

- být předány dále spotřebitelům (přínosy, které se „spotřebují“ uvnitř podniku bez vlivu na spotřebitelský blahobyť, se neberou v úvahu)<sup>71</sup>
- být pokud možno kvantifikovatelné a
- mít dopad na ten trh, na němž je třeba počítat s omezením soutěže v důsledku fúze (to je sporné, neboť spotřebitel může mít prospěch třeba i ze zavedení nových výrobků na jiném trhu v důsledku fúze, ale tyto přínosy se v úvahu brát nebudou).<sup>72</sup>

Ani standard spotřebitelského blahobytu není tedy v rozporu s výše komentovanou strukturální konzervativností v přístupu k fúzím. Soutěžní tlak nesnižovaný strukturálními změnami v důsledku fúze je totiž garantem dlouhodobého spotřebitelského užítku, neboť umožňuje spotřebiteli reálnou volbu v dlouhodobém horizontu; to je totiž základní a všeobecný přínos, ponechávající spotřebiteli jeho nejlepšího přítele – totiž soutěž (F. Böhm), a nezaprodávající jej za – možná hmatatelnější a bezprostřední, nicméně krátkodobý - dílčí užitek fúze.

Některé fúze mohou vskutku vést k výrazným přínosům a ke zvýšení blahobytu, byť tomu v průměru nic nenasvědčuje. Hodnocení oněch (tvrzených i netvrzených) přínosů by mělo být zahrnuto ve svědomitém celkovém posuzování pomocí substantivního testu. To, že se použití argumentu o přínosech fúze může někdy politicky hodit k dobrým cílům<sup>73</sup> (a proto je jeho zavedení do evropského „soft law“ principiálně správné), je nesporné; ovšem stejně tak je nesporný přirozený doplněk této skutečnosti – že se pod politickým tlakem za jeho pomoci může rozhodnout s formální oporou i vadně, což by byl důvod takové kritérium nezavádět jako prevenci před otevíráním dveří aktivní odvětvově hospodářské politice, resp. jiným konkurenčním hodnotám, konkurujícím hodnotě konkurence.

Řešení, které bylo přijato, totiž zavedení explicitní možnosti do Návodů (soft law) posuzovat přínosy fúzí a současně změna substantivního testu v Nařízení č. 139/2007 (hard law) – SIEC - je kompromisem, který skrývá mnoho nadějí, ale i právní nejistoty. Do hodnocení potenciálního nebezpečí podstatného narušení účinné soutěže (test SIEC) vstupuje nepochybně i hodnocení existence, kvality, významu a dalších požadovaných charakteristik oněch přínosů (efficiencies)<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Velmi překvapivé až nepravděpodobné jsou ojedinělé vývody, že dokonce velké společnost s tržní mocí, ba i monopolistické, mají podstatnou motivaci ke snižování cen, pokud klesají jejich náklady, a tato motivace údajně vzrůstá se stupněm tržní moci – srov. Yde, P. – Vita, M.: Merger Efficiencies: The „Passing-On“ Fallacy, Antitrust, Vol. 20, Nr. 3 (2006), str. 63.

<sup>72</sup> K tomu též srov. Schwalbe, U. – Zimmer, D.: Kartellrecht und Ökonomie (Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main, 2006, str. 376 nsl.

<sup>73</sup> Srov. Röller, L.H. – Stennek, J.- Verboven, F.: Efficiency gains from mergers, in Ilzkovitz, F. – Meiklejohn, R. (Eds.), cit. práce, str. 181

<sup>74</sup> Bystře se konstatuje, že zatímco nové substantivní kritérium posuzování fúzí umožňuje Komisi větší přísnost, zavedení možnosti obrany pomocí možných přínosů fúze jí umožňuje větší shovívavost. Přitom pouze

Byť by však tyto přínosy v konkrétním případě naplnily všechny znaky požadované Návody, nezavazuje to Komisi ani soudy fúzi schválit, pokud dospějí k názoru, že fúze hrozí být podstatným narušením účinné hospodářské soutěže - to je totiž rozhodující test, jemuž fúze musí vyhovět, má-li být schválena; testy přijatelnosti přínosů (efficiencies) fúze splnit může (ale nemusí), aniž bude nutně schválena. Na druhé straně ovšem ani založení nebo posílení dominance v důsledku fúze nemusí být kvůli novému substantivnímu testu důvodem k jejímu nepovolení, zejména při existenci přesvědčivých a všechny znaky splňujících přínosů, jež lze kompenzovat s možným poškozením soutěže. Čl. 84 Návodů pro posuzování horizontálních spojení dokonce konstruuje jakousi „přímou úměru“ mezi velikostí možných negativních dopadů fúze na soutěž a jistotou komise, že tvrzené přínosy jsou podstatné, pravděpodobně realizovatelné, přenosné v dostatečném rozsahu na spotřebitele. Dále se stanoví, že je velmi nepravděpodobné, že by fúze vedoucí k téměř monopolní tržní moci mohla být povolena kvůli přínosům, které by měly vyrovnat její potenciální protisoutěžní efekt. Přínosy se tedy mohou zvažovat především v situacích, kdy fúze bude pod hranicí dominance a bude spíš vzbuzovat obavy z jednostranných efektů.

Komise ostatně měla i dříve tendenci interpretovat substantivní test tak, že ekonomická efektivnost se dá brát v úvahu v hraničních případech, ale nikoliv v situaci nepochybného dominantního postavení. Posílení nebo vznik dominance nebudou tedy schváleny, ani kdyby fúze vedla ke zvýšení efektivnosti. Jako posílení dominantní pozice nově vzniknuvšího podniku v důsledku fúze (a nikoliv jako kompenzabilní přínos ve vztahu k poškození soutěže) se chápou i takové přínosy, které nemohou soutěžitelé zbylí na trhu po fúzi replikovat – jde tedy spíše o opatření, které zbylé soutěžitel marginalizuje<sup>75</sup>.

## **8. KOMPENZACE EKONOMICKÝCH VÝHOD SE ZTRÁTAMI NA KVALITĚ A INTENZITĚ SOUTĚŽE**

Otázka eventuální náhrady (vyrovnání) újmy způsobené fúzí soutěžnímu prostředí se posuzovala a posuzuje nejen teoreticky a doktrinárně, ale též zcela prakticky a konkrétně v Evropské komisi v několika případech. Tak se např. dosud nestalo, že by - byť nesporné - racionalizační výhody fúze převážily nad zhoršením tržní struktury a fúze by byla povolena<sup>76</sup>.

Koncepce přínosů kompenzujících narušení soutěže v důsledku fúze bude vyžadovat další doktrinární a judikatorní zpřesňování. Není vyloučeno<sup>77</sup>, že se nakonec v praxi paušálně uplatní jen u fúzí podniků s menším podílem na trhu, nakolik jsou velké fúze hodnoceny spíše jako chyby. Mohl by tedy být do budoucna stanoven práh, nad nímž tato obrana (efficiency defence) v úvahu nepřichází. To by sice na jedné straně omezilo operační prostor soutěžních

---

očekávané přínosy ve skutečnosti nemohou být nikdy předem ověřeny a jejich předvídání záleží na uvážení, a to vyžaduje rozsáhlejší (a nákladnější) informační podporu. Srov. Voigt, S.- Schmidt, A.: cit. práce, str. 589.

<sup>75</sup> Srov. Navarro, E., et al.: Merger control in the EU, 2nd Ed., Oxford University Press, 2005, str. 330, 332.

<sup>76</sup> Vyvažování mezi tržní mocí a dosažením přínosů v efektivnosti spojených soutěžitelů se nezvažovalo ani v případě Saint Gobain/Wacker Chemie, ačkoliv se to tvrdí: Wirtz, M.: Wohin mit den Effizienzen in der europäischen Fusionskontrolle? EWS 2002, str. 59, 62. Komise v tom případě jen prohlásila, že pro zúčastněné podniky (!) byla důležitější možnost zvyšování cen v důsledku zvýšené tržní moci, nežli synergické efekty fúze. Jak konstatuje Heineke, T.: Entlastungsgründe in der europäischen und US-amerikanischen Zusammenschlusskontrolle, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2004, str. 118, neznamená to možnost vyvažování mezi tržní mocí a synergickými efekty, ale že možnosti dílčích ekonomických úspor nejsou z hlediska podniků významné.

<sup>77</sup> Návrh Schwalbeho a Zimmera v cit. práci, str. 404.

úřadů a soudů, ale na druhé straně by to zvýšilo právní jistotu a i předvídatelnost jejich rozhodnutí. V USA se provádí<sup>78</sup> dvoustupňový test přínosů - nejdříve se vyžaduje důkaz, že přínosy nastanou, a že jsou podstatné, prokazatelné a specificky spjaté s fúzí. Teprve poté se dokazuje, že se zlepší postavení spotřebitelů na straně poptávky.<sup>79</sup>

Nepřekvapuje, že v tak zásadním bodu jsou názory dodnes velmi kontroverzní, a pokud v takové situaci Komise přijímá řešení opatrná a konzervativní. Volání po širokém dynamickém přístupu Komise, poskytujícím dostatečný prostor úvahám o přínosech fúzí<sup>80</sup> (a také ovšem umožňujícím bez dostatečné metodické základny ohrožení soutěžního prostředí, a tím i dlouhodobých zájmů spotřebitelů, jakož i narušení právní jistoty a průnik aktivistické hospodářské politiky do rozhodování o fúzích - pozn. JB<sup>81</sup>) zatím vyslyšeno nebylo.<sup>82</sup>

Ekonomové se shodují na tom, že by přínosy fúzí měly být v úvahu brány; jak to však učinit, o tom neuvažují – to je problém těch, kteří odpovídají za (soutěžně)politická rozhodnutí. Soutěžní posouzení by mělo být podle některých názorů<sup>83</sup> oddělené od posouzení přínosů, o nichž by se mělo uvažovat metodou „případ od případu“ nebo metodou postupnou.

To je určitě vhodné pro tvůrce politiky<sup>84</sup>, podle mého soudu však zhoubné pro soutěž.

#### **Základní literatura:**

- Knieps, G.: Wettbewerbsökonomie, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2005
- Gifford, D.J.- Kudrle, R.T.: Rhetoric and reality in the merger standard of the United States, Canada, and the European Union, Antitrust Law Journal, Vol. 72, 2005.
- Bishop, S.- Walker, M.: The Economics of EC Competition Law, Sweet & Maxwell, London, 2002.
- Kolasky, W. J.: Effectively Advocating Efficiencies in Merger Reviews, Antitrust Report, Spring 2003.

---

<sup>78</sup> Podle Denzela (cit. práce, str. 285).

<sup>79</sup> Jde tedy v důsledku o odklon od konceptu celkového blahobytu a o příklon k blahobytu spotřebitelskému.

<sup>80</sup> Tak Venit, S.: cit. práce, str. 276.

<sup>81</sup> Myslím, že je na místě skepse k mixu zákonité neurčitosti faktických údajů a diskrecí přímo nabitých rozhodovacích pravidel, jenž vede k rozhodnutím a soudům „ad hoc“. Ve svém důsledku by potenciální politizace rozhodování o fúzích mohla vést k poklesu úrovně antitrustového standardu a k růstu přímé regulace, protože by soutěžní úřady (namísto autoregulačního působení soutěže) musely kontrolovat, zda se dodržují závazky a omezení uložené účastníkům (nebo jimi dobrovolně přijaté), typu povinných licencí, zmrazení cen, dodržení portfólia výrobků a pod. Podobně Grimney, cit. práce, str. 894 – 895.

<sup>82</sup> Naopak jsou časté varovné hlasy, nabádající k opatrnosti a ke zdravému skepticizmu k hodnocení tzv. přínosů fúzí, jež nebyly dosud přesvědčivě odůvodněny, a jež ve velkém rozsahu nejsou potvrzeny a uznány ani v praxi - jako pars pro toto srov. Kocmut, M.: Efficiency Considerations and Merger Control – Quo Vadis, Commission?, E.C.L.R. 2006, 1, str. 27.

- Röller, L.H.- Strohm, A.: Ökonomische Analyse des Begriffs „significant impediment to effective competition“, speeches in 2005, <http://europa.eu.int>.
- Schlossberg, R.S. (Ed.): Mergers and Acquisitions , ABA, Chicago 2004.
- Fox, E.M.- Sullivan, L.A.: Antitrust- Retrospective and Prospective:Where Are We Coming from? Where Are We Going? 62 N.Y.U.L.Rev, 1987.
- Bejček, J.: Cílové konflikty v soutěžním právu, Právník 2007, č. 6.
- Basedow, J.: Konsumentenwohlfahrt und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik? WuW 2007, 7-8.
- Ghidini, G.: A Tale of Two Cultures? Some Comments on the Role of „Efficiencies“ on the Two Sides of the Atlantic, IIC , Vol. 35, 2004.
- Mertikopoulou, V.: DG Competition’s Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses: the Proposed Reform from Legal Point of View, E.C.L.R. 2007, issue 4.
- Dreher, M. – Adam, M.: Abuse of Dominance Under Reform – Sound Economics and Established Case Law, E.C.L.R. 2007, issue 4.
- Luescher, CH.: Efficiency Considerations in European Merger Control – Just Another Battle Ground for the European Commission , Economists and Competition Lawyers?. E.C.L.R. 2/2004.
- Klumpp, U.: Die „Efficiency Defense“ in der Fusionskontrolle. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden 2006.
- Greaney, T. L. : Not for import: why the EU should not adopt the American efficiency defence for analyzing mergers and joint ventures, Saint Louis University Law Journal, Vol. 44, No 3 (2000).
- Schwalbe, U. – Zimmer, D.: Kartellrecht und Ökonomie (Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main, 2006.
- Renckens, A.: Welfare standards, substantive tests, and efficiency considerations in merger policy: defending the efficiency defence, Journal of Competition Law and Economics 2007, 3.

**Kontaktní údaje na autora – email:**

*bejcek@law.muni.cz*