

VÍCE EKONOMICKÝ PŘÍSTUP V SOUTĚŽNÍM PRÁVU A JEHO REÁLNÉ PROMÍTÁNÍ DO SOUDNÍ PRAXE V ČR

MORE ECONOMIC APPROACH IN COMPETITION LAW AND ITS FACTUAL REFLECTION IN COURT PRACTICE

KAMIL NEJEZCHLEB, ZUZANA TONAROVÁ

Faculty of law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language

Tento příspěvek se zabývá aktuálním vývojem použití tzv. více ekonomického přístupu v souvislosti s ochranou hospodářské soutěže. V první části se obecně zaměřuje zejména na hlavní směry rozvoje použití ekonomických analýz v soutěžním právu a shrnuje jejich dosavadní aplikaci českým soutěžním úřadem a českými soudy. Druhá část se věnuje konkrétnímu příkladu použití ekonomické analýzy při posuzování zneužití dominantního postavení ve formě margin squeeze.

Key words in original language

Více ekonomický přístup, soukromoprávní vymáhání soutěžního práva, důkazní prostředek, detekce, Evropská komise, zneužití dominantního postavení, margin squeeze, test stejně efektivního soutěžitele, cenově-nákladové testy.

Abstract

This article deals with the current development of use of the more economic approach in connection with the protection of competition. The first part is focused on main development directions of use of economic analysis in competition law and summarises their existing application by the Czech competition authority and Czech courts. The second part deals with the particular case of the application of economic analysis in the assessment of abuse of dominant position in the form of margin squeeze.

Key words

More economic approach, private enforcement of competition law, evidence, detection, European Commission, abuse of dominant position, margin squeeze, the test of the same efficient competitor, price-cost tests.

1. Více ekonomický přístup a jeho opodstatnění

Cílem tohoto příspěvku je analyzovat, nakolik se v České republice v posledních několika letech často zmiňovaný a téměř „zbožšťovaný“ takzvaný „více ekonomický přístup“ opravdu promítl z konferenčních

sálů, textů prezentací a článků v odborných časopisech a knihách do jednotlivých oblastí soutěžního práva, resp. jak je reálně využíván ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) a nakolik byl již aprobován, či naopak reprobován ze strany soudů.

Zároveň je cílem tohoto článku ukázat aplikaci konkrétních ekonomických metod používaných k posuzování možného zneužití dominantního postavení ve formě margin squeeze v evropské rozhodovací praxi. Pro srovnání bude zmíněn také přístup k této praktice zastávaný soutěžními orgány a soudy v USA, který je, stejně jako v mnoha jiných oblastech soutěžního práva, poněkud odlišný od přístupu evropského.

Právní normy upravující ochranu hospodářské soutěže jsou pevně zakořeněny v právních systémech všech vyspělých států. Hospodářská soutěž na trhu je za současného stavu poznání vnímána jako jeden ze základních principů fungování tržní ekonomiky, hybatel pokroku, ochránkyně spotřebitelů, resp. souhrnně řečeno, je považována za zásadní pro celospolečenský blahobyt. V České republice je chráněna zákonem č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže) (dále jen „ZOHS“). Z textu ZOHS je na první pohled jasně patrné, před jakými základními typy jednání je třeba hospodářskou soutěž chránit. Jedná se o dohody mezi soutěžiteli, jejichž cílem či výsledkem¹ je narušení soutěže, zneužití postavení dominantních podniků na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů² a spojení soutěžitelů, jejichž výsledkem by mohlo být podstatné narušení³ hospodářské soutěže na relevantním trhu.⁴

Pomineme-li dohody cílové, u kterých již z jejich podstaty vždy vyplývá nejméně potenciální hrozba pro hospodářskou soutěž,⁵ je nasnadě, s ohledem na výše uvedené, se ptát, kdy tedy dohody mezi soutěžiteli mají, či mohou mít za výsledek narušení hospodářské soutěže, kdy dominant zneužívá svého postavení tak, že vzniká újma soutěžitelům nebo spotřebitelům a kdy naopak pouze tzv. „potkává konkurenci“, či je prostě pouze efektivnější, resp. která jednání dominanta jsou vlastně zneužíváním v souladu se zněním § 11 odst. 1 ZOHS a kdy a za jakých podmínek může mít spojení dvou podniků efekt snížení soutěže.

Je na první pohled zřejmé, že takovéto otázky je nezbytné řešit individuálně s ohledem na konkrétní podmínky a okolnosti posuzovaného případu, za pomoci pečlivého ekonomického uvažování a rovněž ekonometrických analýz, protože právě ty na ně umí

¹ Ust. § 3 odst. 1 ZOHS.

² Ust. § 11 odst. 1 ZOHS.

³ Narušení ve smyslu legislativní zkratky vymezené v § 1 odst. 1 ZOHS.

⁴ Ust. § 17 odst. 3 ZOHS.

⁵ S výjimkou dohod soutěžitelů, jejichž tržní síla je zanedbatelná resp., jejichž dopad na soutěž je zanedbatelný viz § 3 odst. 1 ZOHS poslední věta: „Dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.“

v mnoha případech dát materiálně správnou odpověď. Mechanická aplikace práva hospodářské soutěže bez ekonomického uvažování s ohledem na stav a vývoj daného odvětví, resp. trhu by totiž mohla v mnohých případech vést k negativním dopadům na spotřebitele a k deformování soutěže samotné. Proto lze úvodem uzavřít, že soutěžní právo je a musí být s ekonomikou a ekonomickým uvažováním neoddělitelně spjato.

2. Trocha historie na důkaz významu více ekonomického přístupu

Byť se to (i s ohledem na úvod tohoto článku) v dnešní době může na první pohled zdát zvláštní až neuvěřitelné, praktikování soutěžního práva, zejména v jeho začátcích bylo spíše o aplikování „per se“ pravidel vyplývajících z ustanovení soutěžních norem, než o ekonomických analýzách a pravidlu efektu. Soutěžní právo dříve rovněž sloužilo např. i k naplňování a prosazování politických cílů aktuálních vlád.⁶ O tom svědčí zejména historie vývoje soutěžního práva v USA, která dokládá, že od roku 1890 až do sedmdesátých let 20. století (tj. cca 70 let) nebyla tamní aplikace soutěžního práva ekonomicky koherentní.⁷ Až postupem času se do procesu posuzování a řešení soutěžních případů začali více angažovat ekonomové, vznikaly specifická oddělení a týmy hlavních ekonomů a současně také nové metodiky vycházející z ekonomického uvažování.

Jako ukázkový případ, jak důležitou hrál ekonomický pohled při aplikaci soutěžního práva, lze poukázat na případ z USA z roku 1977 ve věci *Continental T.V., Inc. V. GTE Sylvania, Inc.*,⁸ díky kterému došlo v USA k upuštění per se pohledu na tzv. teritoriální vertikální dohody mezi soutěžiteli a přechodu na tzv. rule of reason, tedy pečlivého vážení pro a protisoutěžních efektů takovýchto dohod.⁹ K tomu je důležité doplnit, že tento pohled na vertikální dohody je akceptován nejen v USA, ale i v rámci praxe například Evropské Komise (dále jen „Komise“) i Úřadu.

Případ, na kterém lze demonstrovat, jak je důležité zabývat se soutěžním právem pohledem více ekonomického přístupu, je případ posuzovaný Komisí a evropskými soudy ve věci omezování exportu whisky z Británie na kontinent.¹⁰ V tomto případě bylo rozhodnutím

⁶ V USA ve třicátých letech minulého století po tzv. „černém pátku“ a krachu burzy bylo soutěžní právo užíváno, jako nástroj pro podporu drobných podnikatelů.

⁷ GINSBURG, DOUGLAS Henry and FRASER, ERIC Michael., *The Role of Economic Analysis in Competition Law* (May 16, 2010). Getting the balance right intellectual property, Competition Law and Economics in Asia, Ian McEwin, ed., Hart Publishing, Forthcoming.

⁸ Rozsudek ze dne 23. 6. 1977, věc 433 U.S. 36, *Continental T. V., Inc. V. GTE, Sylvania, Inc.*

⁹ Blíže např. POSNER Richard, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on Sylvania decision*, 45 s., University of Chicago Law Review 1 (1977).

¹⁰ Rozhodnutí Evropské Komise ze dne 20. 12. 1977, věc 78/163/EEC, *The Distillers Company Limited*, OJ L 050 , 22/02/1978 P. 0016 - 0033.

Komise společnosti Distillers Company Limited uloženo, aby odstranila ze svých smluv klauzule o zákazu paralelního exportu whisky na kontinent, které byly per se zakázané jako naprosto neslučitelné s integrační snahou. To však ve svém důsledku vedlo k naprostému opaku. Zmíněná společnost zavedla zcela oddělené distribuční sítě v Británii, začala prodávat na kontinentu a v Británii zcela oddělené značky a rovněž došlo ke zvýšení cen whisky v Británii.¹¹

V dnešní době je ekonomický pohled a používání sofistikovaných ekonomických analýz a metod běžnou součástí vyspělých soutěžních úřadů. To lze doložit např. pohledem do rozhodovací soutěžní praxe v USA i v Evropě. Komise má k dispozici celou řadu metodik a pokynů,¹² vycházejících a řídících se ekonomickými principy a zásadami, ozřejmujících jakým pohledem jsou posuzovány různé praktiky soutěžitelů a kde leží hranice mezi chováním, jež je a není způsobilé narušit, ohrozit či vyloučit hospodářskou soutěž.

3. Charakteristika, rozsah použití a projevy ekonomického přístupu v rámci soutěžního práva

Výše jsme ukázali, že zapojení ekonomického myšlení do aplikace soutěžního práva nebyl ani v USA, které jsou kolébkou soutěžního práva, proces rychlý a jednoduchý, že pomíjení ekonomického pohledu a dogmatické dodržování zakořeněných postupů může vést v konečném výsledku ke snížení spotřebitelského blahobytu (což je naprostá negace účelu a smyslu ochrany hospodářské soutěže) a zároveň, že lze konstatovat, že v nejvyspělejších zemích je více ekonomický přístup k soutěžnímu právu naprosto neodmyslitelnou součástí jeho aplikace.

Pokud se zamyslíme, jakým způsobem měřit a posuzovat, zda a nakolik je skutečně více ekonomický přístup v praxi konkrétní jurisdikce využíván, dospějeme k závěru, že je třeba nejprve alespoň obecně vymezit, kde a jakým způsobem se používání tohoto principu projevuje a jak je vlastně možné jej obecně charakterizovat. Přestože více ekonomický přístup zasahuje v různé míře a různým způsobem do mnoha oblastí antitrustu, lze nalézt určité společné znaky, kterými se vyznačuje. Jedná se především o důsledné dodržování základního principu hospodářské soutěže, kterým je ochrana soutěže jako procesu, jenž generuje efektivní fungování trhů, posiluje sklon k inovování a především zvyšuje společenský blahobyt pro konečného

¹¹ Společnost Distillers Company Limited začala dodávat whisky Johnny Walker Red label (který marketingově podporovala na kontinentu) pouze na kontinent a přestala ho prodávat v Británii. Důsledkem omezení spotřebitelského výběru, a obecně vyšší ceny, což je v naprostém protikladu s cílem hospodářské soutěže. Srovnej např. s: KORAH V, *Goodbye, Red Label: Condemnation of Dual Pricing by Distillers*, 11 s., 2 *European Law Review* (1978).

¹² Veškeré veřejné metodiky EK lze nalézt předpisů na internetových stránkách:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>

spotřebitele.¹³ V popředí zájmu je posuzování konkrétního efektu (projevu na trhu – „effect based approach“) zkoumané praktiky, nelpění na dogmatech, resp. per se zákazech, a používání moderních statistických a ekonometrických metod umožňujících kvantitativní analýzu skutečného efektu konkrétního jednání na hospodářskou soutěž na daném trhu v rozhodovací praxi, resp. přímo v rozhodnutích.

Spojovat však více ekonomický přístup pouze s rozhodovací praxí soutěžních orgánů by bylo chybou. Vedle ní je dalším a zřejmě i daleko významnějším projevem více ekonomického přístupu k soutěžnímu právu promítání ekonomického uvažování, s důrazem na posuzování efektu, přímo do textů soft law, které vysvětluje, jakým způsobem jsou obecně formulovaná pravidla soutěžních zákonů posuzována ze strany soutěžních úřadů. Pokud se podíváme např. na metodiky Komise, je zřejmé, že v nemalé míře vycházejí a jsou postaveny nejen na právních presumpcích, ale rovněž na základě ekonomických teorií.¹⁴

Jako další ukazatel snahy o hlubší pronikání ekonomického myšlení do soutěžního práva je možno považovat i rozšířené působení týmů hlavních ekonomů a jejich postavení ve strukturách jednotlivých soutěžních úřadů, které by mělo zajišťovat, že posuzování jednotlivých případů bude podrobeno rovněž ekonomickému pohledu.

Míru rozvinutosti a důrazu na více ekonomický přístup je možné zkoumat nejen komplexně, ale rovněž relativně odděleně v rámci jednotlivých oblastí, kterými se soutěžní právo zabývá. Jak už bylo výše zmíněno, využívání ekonomických metod zasahuje do mnoha oblastí antitrustu, resp. lze říci, že dokonce přesahuje „klasické“ vymezení protisoutěžních jednání a může se projevit rovněž např. při posuzování škod způsobených protisoutěžním jednáním či provádění tržních studií atd. V českém kontextu toto přesahování může specificky představovat např. otázka, zda je daný případ vhodný pro použití alternativního řešení soutěžních problémů, či zda navržené závazky jsou dostatečné k odvrácení škodlivého efektu na soutěž, nebo posouzení, zda má dané jednání tzv. nízkou míru škodlivého účinku na hospodářskou soutěž.¹⁵ Lze zřejmě konstatovat, že míra

¹³ Za chybné je třeba považovat mínění, že ochrana hospodářské soutěže slouží k ochraně malých podnikatelů. Středobodem soutěže je spotřebitel a jeho konečný blahobyt díky ní generovaný.

¹⁴ Dobrý příkladem je např. metodika EK pro posuzování zneužívání dominantního postavení vylučovacími praktikami, dostupná na:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:CS:PDF>.

¹⁵ Viz § 21 odst. 2 ZOHS, který hovoří o tom, že Úřad při posuzování míry škodlivého účinku přihlédně zejména k povaze jednání a způsobu jeho provedení, významu dotčeného trhu a počtu dotčených spotřebitelů. Je zřejmé, že při posuzování významu dotčeného trhu a počtu dotčených spotřebitelů by měl Úřadu vycházet z ekonomického pohledu a zřejmě i použít ve většině případů použít ekonomické analýzy.

využívání více ekonomického přístupu v rámci konkrétní jurisdikce může být poměrně rozvinutá např. v oblasti fúzí, ale naopak velmi omezená v oblasti posuzování vertikální dohod mezi soutěžiteli.

I když je z výše uvedeného vidět, že by bylo chybou více ekonomický přístup zcela položit na roveň, zaměňovat a posuzovat pouze podle počtu rozhodnutí či metodik obsahujících rovnice, statistické či ekonometrické modely (i proto, že dobrý ekonom by měl být schopen svoje hypotézy a argumenty vysvětlit na relativně jednoduchých principech a srozumitelnou řečí¹⁶), bylo by rovněž chybou považovat obecně rozhodnutí obsahující „nějaký ten“ ekonomický argument za automaticky založená na více ekonomickém přístupu. Z tohoto pohledu by totiž zřejmě bylo nutno konstatovat, že vzhledem k faktu, že ekonomická argumentace a snaha o co možná nejvíce „objektivní“ pohled na daný trh a posuzovanou potenciálně protisoutěžní praktiku zaznívá obecně snad v každém rozhodnutí. V podstatě každé rozhodnutí by tedy bylo založeno na více ekonomickém přístupu, což by bylo hrubým zkreslením reality. Je totiž zásadní rozdíl mezi pouhou „kvalifikovanou ekonomickou úvahou“ založenou na obecných teoriích, závěrech a zkušenostech a řádnou ekonomickou analýzou konkretizovanou na daný případ.

Za absence ekonomických analýz, či odkazu na ně v textu rozhodnutí, přesně specifikovaných pro daný případ se tedy jedná spíše o určité objektivizované závěry o daném ekonomickém problému převzaté z jiných rozhodnutí (zejména z rozhodovací praxe na úrovni Evropské Unie), odborných publikací, posudků jiných orgánů atd., a ne o reálnou vlastní sofistikovanou ekonomickou analýzu, zejména statistickou, či ekonometrickou, přičemž další otázkou je, zda opravdu obecně převzatý princip je aplikovatelný např. na české prostředí a konkrétní případ. Proto i když nelze ekonomický pohled striktně zaměňovat s ekonometrickými rovnicemi, domníváme se, že abychom mohli o více ekonomickém přístupu (minimálně v českém kontextu) hovořit, je třeba, se dívat na ta rozhodnutí, ve kterých opravdu zaznívaly argumenty založené na sofistikovanějších statistických a ekonometrických testech, jež byla opřena o spotřebitelské průzkumy a konfrontována se soudobou akceptovanou ekonomickou teorií.

Z tohoto pohledu je třeba pochvalně zmínit zejména rozhodnutí Úřadu ve věci zneužití dominantního postavení aplikací predátorských cen společností STUDENT AGENCY, s.r.o.¹⁷ Za uvedení stojí také ekonomické posouzení několika fúzí, konkrétně Českého Aeroholdingu, a.s. s Letištěm Praha, a.s. a Realitní developerskou,

¹⁶ Zde lze poukázat např. na profesora Ronalda Coase, lauráta Nobelovy ceny za ekonomii, který jako editor žurnálu práva a ekonomie odmítal zásadně články založené výhradně na složitých matematických rovnicích a výpočtech s tvrzením, že autor, který se neumí vyjádřit anglicky, patrně nerozumí tomu, o čem píše.

¹⁷ Rozhodnutí Úřadu ze dne 3.11.2012, č.j. ÚOHS-S162/2008/DP-4490/2010/820/DBr.

a.s.,¹⁸ AGROFERTU HOLDING, a.s. s EURO BAKERIES HOLDING, a.s.¹⁹ a UPS Česká republika, a.s. s Sloane Park Property Trust, a.s.²⁰ Zmíněná rozhodnutí obsahují ekonomické a ekonometrické analýzy, jež jsou zásadní pro konečné rozhodnutí ve věci samotné.

4. patro výš, aneb promítání ekonomického uvažování do soudní praxe v ČR

Je zřejmé, že aby mohl být více ekonomický přístup promítnut do soudní praxe, musí být nejprve zaveden a aplikován ze strany soutěžního úřadu v konkrétních rozhodnutích, neboť jinak by soud neměl co přezkoumat a nemělo se co do soudní praxe promítat. Čím více tedy bude více ekonomický přístup pronikat do rozhodnutí Úřadu a bude používán jako důkaz o určitých skutečnostech, tím častěji bude rovněž přezkoumáván soudy.

Otázkou pak zůstává, jakým způsobem se české soudy postaví k faktu, až se začne postupně v rozhodnutích Úřadu nacházet stále častěji argumentace ekonometrickými metodami, odkazy na ekonomické učebnice a studie a možná se v nich objeví i nějaký ten graf, tabulka či rovnice. Je nanejvýš pravděpodobné, že stejně tak jako bude Úřadem soudu předložena analýza potvrzující určité tvrzení, bude mu předložena současně rovněž analýza žalobcova, která bude toto tvrzení vyvracet. Pro soudce, který standardně není kvalifikovaným ekonomem, natož ekonomem soutěžním, bude úkol posoudit, která analýza je věrohodnější, vskutku nesnadný. V této souvislosti vyvstává další otázka, a to, zda hrozí, že nastane „doba přezkumu soudními znalci“, kteří budou ve výsledku rozhodovat, která z předložených analýz je lepší, či budou předkládat analýzu vlastní, kterou se pak bude soudce víceméně řídit?

Pokud by to byla možnost poslední, zřejmě by bylo snad lépe ani žádné větší ekonometrické postupy a výsledky ze strany Úřadu do rozhodnutí nedávat a pouze v něm uvádět, že Úřad provedl určité analýzy, které vyšly nějakým způsobem, stručně je pojmenovat a odkázat na spis. Vždyť přece účastník stejně dodá analýzu s výsledkem opačným a ve výsledku si soudce nechá zpracovat znalecký posudek, kterým se bude řídit, tak proč si přitěžovat v rozhodnutích s prezentací a popisem použité ekonometrie?

V současné době v tomto ohledu v české soudní praxi stojí vlastně jediné rozhodnutí Krajského soudu v Brně (což je dáno samozřejmě tím, že více ekonomický přístup postupně teprve proniká do rozhodovací praxe Úřadu a tak soudy dosud neměly kde používat)

¹⁸ Rozhodnutí Úřadu ze dne 25.10.2011, č.j. ÚOHS-S178/2011/KS-16953/2011/840/RPl.

¹⁹ Rozhodnutí Úřadu ze dne 12.4.2012, č.j. ÚOHS-S742/2011/KS-7043/2012/840/RPl.

²⁰ Rozhodnutí Úřadu ze dne 14.2.2011, č.j. ÚOHS-S353/2010/KS-2418/2011/840/RPl.

ekonomických metod v soutěžních věcech přezkoumávat²¹) ve věci Student agency.²² V tomto případě bylo posuzováno, zda společnost Student agency zneužila svého dominantního postavení používáním predátorských cen v oblasti poskytování veřejné dopravy, konkrétně dopravy autobusové na lince Praha-Brno. Klíčovou je pro tento případ otázka stanovení relevantního trhu, resp. zda účastník řízení společnost Student agency má na relevantním trhu dominantní postavení. Zde se soud musel vypořádat se situací, kdy Úřad opřel svoje vymezení relevantního trhu o tři ekonometrické testy²³ a současně mu byla účastníkem řízení předložena ekonomická analýza, která pochopitelně měla naprosto opačný závěr, než naznačovaly provedené testy Úřadu.

Soud nejprve úvahou posoudil faktory jako cenu, kvalitu, délku přepravy, spolehlivost, vzdálenost nádraží od center dotyčných níže uvedených měst atd. a konstatoval, že na základě těchto údajů není možné jednoznačně rozhodnout, a je proto nezbytné provést ekonomickou analýzu. Dále konstatoval, že Úřad i účastník řízení předložili analýzy, jejichž výsledky si odporují, a proto si vyžádal znalecký posudek, který však neměl sám určit, zda vlaková a autobusová doprava na trase Praha-Brno, resp. Brno-Praha, jsou substituty a tvoří jeden trh, ale pouze zodpovědět dvě otázky, tedy určit efektivní, porovnatelnou cenu na osobu na této trase a zároveň posoudit křížové reakce zákazníků na změny cen. Na základě odpovědí na tyto otázky si pak soud sám udělal závěr a konstatoval, že nelze z předložených důkazů na jisto postavit, že by vlaková, resp. autobusová veřejná linková doprava na trase Praha – Brno představovala jeden samostatný relevantní trh.

Co z toho plyne pro budoucnost více ekonometrického přístupu v ČR? Domníváme se, že pozitivní je skutečnost, že soud si je vědom v určité situaci nutnosti používat ekonometrických analýz a je ochoten se jimi podrobně zabývat. Na straně druhé v zatím jediném rozhodnutí (popsaném v předchozím odstavci) se soud samotnou ekonomickou analýzou Úřadu i účastníka zabýval pouze naprosto marginálně (ve dvou odstavcích) a pak sám prováděl na základě závěrů znaleckého posudku, jehož mantinely velmi omezil svými otázkami, analýzy vlastní. Je téměř jisté, že Úřad bude proti tomuto rozhodnutí podávat kasační stížnost a bude nanejvýš zajímavé sledovat, jak se bude situace ohledně používání ekonometrických analýz jako důkazu vyvíjet, resp. jak se na tuto otázku bude dívat Nejvyšší správní soud.

S ohledem na aktuální situaci v ČR, kde máme zatím pouze výše popsany případ podrobněji se zabývající ekonomickými analýzami, je nasnadě podívat se do zahraničí (konkrétně do USA a EU) a zkusit se

²¹ Je třeba uvést, že více ekonomický přístup Úřad využívá zejména v oblasti fúzí, nicméně v případě, že fúze je povolena (byť se závazky) nenásleduje samozřejmě soudní přezkum.

²² Rozhodnutí Krajského soud v Brně ze dne 9. 11. 2012, č. j. 62Af 27/2011 - 409.

²³ Test cenové korelace, test křížové elasticity a test stacionarity.

inspirovat, jak se ekonometrické analýzy a testy, které jsou tam běžnou součástí rozhodovací praxe soutěžních orgánů i přezkumu, vyvíjely a rovněž jakým způsobem byly prezentovány, a to od úrovně soutěžních Úřadů až po úroveň soudního přezkumu. Pro tyto účely jsme se rozhodli prozkoumat problematiku zneužití dominantního postavení praktikou zvanou margin squeeze a podívat se, jaké ekonometrické testy a analýzy se používají při jejím prokazování a jak jsou a nejsou uznávány v rámci soudního přezkumu.

5. Promítání „více ekonomického přístupu“ do posuzování „margin squeeze“

Praktiku margin squeeze, neboli stlačení marží, jsme si pro tento článek nevybrali náhodou. Jedná se totiž o jednu z forem protisoutěžních vylučovacích praktik dominantních podniků, které patří v posledních několika letech mezi priority Komise při prosazování více ekonomického přístupu při ochraně férové hospodářské soutěže. O výrazném pronikání více ekonomického přístupu do této oblasti svědčí množství metodik a diskusních materiálů²⁴, které shrnují základní ekonomická kritéria a testy pro posuzování možného porušení čl. 102 Smlouvy o fungování EU, respektive čl. 82 Smlouvy o ES, jež zakazuje zneužití dominantního postavení.

V evropské judikatorní praxi, na rozdíl například od rozhodovací praxe v USA, je stlačení marží považováno za samostatnou formu zneužití dominantního postavení postihovanou podle čl. 102 Smlouvy o fungování EU. Této praktiky se může dopustit vertikálně integrovaný podnik s dominantním postavením na předřazeném trhu, na kterém dodává nezbytné vstupy svým konkurentům, s nimiž zároveň soutěží na následném trhu. Tento podnik pak má možnost využít v rámci působení na následném trhu ve svůj prospěch toho, že nemusí platit za vstupy z předřazeného trhu. Podstatou praktiky stlačení marží je nastavení ceny za vstupy z předřazeného trhu na nepřiměřeně vysokou úroveň a naopak ceny za produkty pro zákazníky na následném trhu na úroveň co nejnižší. Tímto stlačením rozdílu mezi cenou na předřazeném trhu a cenou na trhu následném dominantní podnik znemožní svým konkurentům ziskově působit na následném trhu.

Prokázání protisoutěžní povahy této praktiky nahrává existence následujících podmínek. Za prvé musí mít vertikálně integrovaný podnik dominantní postavení na předřazeném trhu a zároveň být aktivní na následném trhu, kde však nemusí nutně disponovat dominancí.²⁵ Dále je podstatné, aby vstupy z předřazeného trhu

²⁴ Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele (2009/C 45/02) (dále jen „Pokyny Komise“), DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Report by the EAGCP „An economic approach to Article 82

²⁵ MACNAB, Andrew.; ROTH, Peter. *Bellamy & Child European community*

dodávané dominantním podnikem byly klíčové pro působení na následném trhu a aby přitom neexistovaly žádné substituty těchto vstupů, které by bylo možné pro působení na maloobchodním trhu alternativně využívat.²⁶ Důležitou podmínkou také je, že produkce na následném trhu je homogenní, to znamená, že tyto produkty jsou blízkými substituty a jsou tedy z pohledu spotřebitelů vzájemně zaměnitelné.²⁷ Aby byla protisoutěžní, musí praktika spočívající ve stlačení marže, respektive existence záporné marže (kdy je cena na následném trhu nižší než relevantní náklady) trvat dostatečně dlouhou dobu. Pouze krátkodobé nebo dočasné změny v cenách mohou být totiž považovány za běžný projev probíhající hospodářské soutěže.²⁸ Prokázání nežádoucího stlačení marží je dále pravděpodobnější při existenci podstatných bariér vstupu a bariér opětovného vstupu na předřazeném i následném trhu.²⁹ A nakonec, stejně jako u ostatních protisoutěžních praktik dominantních podniků, je podmínkou pro zákaz stlačení marží pravděpodobnost uzavření následného trhu (tj. vyloučení soutěže z tohoto trhu) a způsobení újmy spotřebitelům.³⁰

Ačkoliv je stlačení marží považováno za samostatnou praktiku, může naplnit také znaky jiných skutkových podstat, a to např. cenové diskriminace soutěžitelů na následném trhu, predátorské ceny na následném trhu, excesivní ceny na předřazeném trhu a zejména odmítnutí dodávek.³¹

Praktikou stlačení marží se evropské soudy zabývaly již několikrát. Poprvé to bylo v případě Napier Brown-British sugar³², ve kterém však nebyla Komisí existence zneužití prokázána a stejný závěr potvrdil také Soud prvního stupně. Ekonomické testy pro posouzení stlačení marží byly poprvé uplatněny v případě Deutsche Telecom, ve kterém Komise³³ konstatovala existenci protisoutěžní praktiky a její závěry byly potvrzeny také Soudem prvního stupně (nyní

law of competition. 6. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2008, 1644 s. ISBN 9780199286522. S. 306-307.

²⁶ CROCIONI, Pietro, VELJANOVSKI, Cento. *Price squeezes, foreclosure and competition law - Principles and Guidelines*. [online]. Journal of Network Industries (2003) [cit. 20. 4. 2011]. Dostupné z: <http://www.casecon.com/data/pdfs/pricesqueeze.pdf>

²⁷ ŠAMÁNEK, Jan, BROUČEK, Milan. *Aplikace doktríny stlačování marží Soudním dvorem EU: případ Deutsche Telekom*. Antitrust. 2011. č. 2, s. 50 – 57. ISSN1804-1183.

²⁸ CROCIONI, VELJANOVSKI 2003 op. cit.

²⁹ O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. *The law and economics of article 82 EC*. 1. vyd. Oxford: Hart publishing, 2006. 782 s. ISBN 10: 1-84113-502-X. S. 306 – 307.

³⁰ Pokyny Komise, odst. 82.

³¹ FURSE, Mark. *Excessive prices, unfair prices and economic value: The Law of excessive pricing under Article 82 EC and The Chapter II Prohibition*. European Competition Journal. 2008, no. 1, s. 59-83.

³² Rozhodnutí Evropské komise ze dne 18. 7. 1988, věc 88/518/EEC, *Napier Brown-British sugar*, OJ L/284.

³³ Rozhodnutí Komise ze dne 21. 5. 2003, věc COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*.

Tribunálem)³⁴ a Soudním dvorem EU³⁵. V nedávném rozsudku ve věci Telefónica, SA, Telefónica de España, SA proti Komisi (dále jen „Telefónica“)³⁶ z března 2012 Tribunál opět potvrdil aplikaci ekonomických testů používaných Komisí při posuzování stlačení marží. Dále se praktikou stlačení marží zabýval Soudní dvůr EU také v případě Telia Sonera³⁷, a to v rámci své odpovědi na předběžnou otázku podanou švédským soudem. Můžeme tedy shrnout, že v dosavadní evropské praxi existují již poměrně ustálená pravidla, podle kterých se tato praktika posuzuje.

6. Posuzování „stlačení marží“ v případě Telefónica

Na následujících řádcích bude rozebrán jednak samotný případ Telefónica, a dále budou také obecněji popsány použité ekonomické testy, které je možné aplikovat nejen při samotném posuzování stlačení marží, ale také při zkoumání ostatních vylučovacích praktik dominantních podniků ve smyslu čl. 102 Smlouvy o fungování EU.

Co se týče skutkových okolností, společnost Telefónica byla až do plné liberalizace telekomunikačních trhů ve Španělsku v roce 1998 státním monopolistou v tomto odvětví a měla zákonný monopol na maloobchodní dodávky telekomunikačních služeb prostřednictvím pevné linky. Ve sledované době, tj. v letech 2001 až 2006, byla ve Španělsku hlavní technologií používanou k poskytování služeb přístupu k vysokorychlostnímu internetu spotřebitelům ADSL poskytující přístup prostřednictvím pevné telefonní sítě, přičemž Telefónica byla jedinou společností, která provozovala celonárodní pevnou telefonní síť. Situace tedy byla taková, že jedinou možností pro ostatní operátory, kteří chtěli poskytovat maloobchodní služby přístupu k vysokorychlostnímu internetu, bylo uzavřít s Telefonicou smlouvu o poskytnutí služeb z předřazeného trhu. Vstup na maloobchodní trh na základě alternativního velkoobchodního vstupu totiž nebyl možný.

Zneužití dominantního postavení podle Komise a následně i podle Tribunálu spočívalo v tom, že Telefónica stanovila rozdíl mezi svou maloobchodní cenou za služby přístupu k vysokorychlostnímu internetu a velkoobchodní cenou účtovanou svým konkurentům na takové úrovni, že by tento rozdíl nebyl schopen pokrýt její specifické náklady na produkt na maloobchodním trhu.³⁸ Pro ostatní operátory to znamenalo, že velkoobchodní ceny byly příliš vysoké na to, aby po jejich zaplacení mohli na maloobchodním trhu konkurovat nízkým cenám Telefónicy a ziskově tak působit na trhu.

³⁴ Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 10. 4. 2008, věc T-271/03, *Deutsche Telekom AG v. Komise*.

³⁵ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 14. 10. 2010, věc C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG v. Komise*.

³⁶ Rozsudek Tribunálu ze dne 29. 3. 2012, věc T-336/07, *Telefónica, SA, Telefónica de España, SA proti Komisi* (dále jen „rozsudek Tribunálu ve věci Telefónica“).

³⁷ Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 17. 2. 2011, věc C-52/09, *TeliaSonera Sverige AB*.

³⁸ Rozsudek Tribunálu ve věci Telefónica.

Komise ve svém rozhodnutí uvedla základní kritéria, která při posuzování možné protisoutěžní povahy jednání společnosti Telefónica považovala za zásadní, a to: (i) test stejně efektivního soutěžitele, (ii) nákladový standard, (iii) analýza ziskovosti a (iv) úroveň agregace a reprodukovatelnost maloobchodních cen. Aplikaci těchto ekonomických testů potvrdil ve svém nedávném rozsudku také Tribunál.

Co se týče prokazování protisoutěžního účinku praktiky stlačení marží, Tribunál připomněl, že je dostatečné prokázat, že sledované jednání směřuje k omezení hospodářské soutěže nebo jinými slovy, že jednání má nebo může mít takový účinek. Z rozsudku ve věci Telia Sonera přitom vyplývá, že protisoutěžní účinek stlačení marží musí existovat, avšak nemusí být nezbytně konkrétní. Dostačující je prokázání pouze potenciálního protisoutěžního účinku, v důsledku něhož může dojít k vyloučení přinejmenším stejně efektivních soutěžitelů, jako je podnik v dominantním postavení, z trhu.³⁹

- Test stejně efektivního soutěžitele

Test stejně (respektive více) efektivního soutěžitele („equally / more efficient competitor test“) je obecně založen na předpokladu, že jednání dominantního podniku je protisoutěžní tehdy, pokud pravděpodobně dokáže vyloučit z trhu soutěžitele, jež jsou v porovnání s ním stejně nebo více efektivní, tedy mají na stejném relevantním trhu stejné nebo nižší náklady. Naopak vyloučení méně efektivních soutěžitelů není považováno za nežádoucí, protože efektivní soutěž by měla směřovat právě k tomu, aby na trhu uspěli výkonnější soutěžitelé.

V rámci testu stejně efektivního soutěžitele se neporovnávají náklady dominantního podniku s náklady jeho konkurentů, ale porovnává se cena dominanta s jeho vlastními náklady na nabízený produkt.⁴⁰ Při jeho aplikaci je tak velmi důležité vybrat vhodný druh nákladů pro provedení cenově-nákladového testu. V případě posuzování stlačení marží, považuje Komise za vhodný nákladový standard dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady či průměrné eliminovatelné náklady⁴¹ dominantního podniku na produkty na následném trhu.⁴² Pokud jsou tyto relevantní náklady vyšší než cena nabízená dominantním podnikem na tomto trhu, je možné z toho vyvodit, že stejně efektivní soutěžitel by na daném trhu nemohl být ziskový. Na rozdíl od dominantního podniku by totiž nemohl využít své

³⁹ Rozsudek Tribunálu ve věci Telefónica, odst. 286.

⁴⁰ HILDEBRAND, Doris. *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. 596 s. ISBN 978-90-411-2513-2. S. 367.

⁴¹ Průměrné eliminovatelné náklady jsou průměrem nákladů, kterým by bylo možno předejít, pokud by podnik nevyráběl určité množství (dodatečného) výstupu, v tomto případě množství, na něž se údajně vztahuje zneužívající chování. Ve většině případů jsou průměrné eliminovatelné náklady stejné jako průměrné variabilní náklady (viz. Pokyny Komise).

⁴² Pokyny Komise.

výhody plynoucí s dominantní pozice na předřazeném trhu, ani by si nemohl utržené ztráty vynahradit vysokými zisky z jiných trhů.

Vedle testu stejně efektivního soutěžitele přichází v úvahu také test přiměřeně efektivního soutěžitele, jehož použití doporučila Komise pro sektor telekomunikací ve svém Sdělení o použití pravidel hospodářské soutěže na dohody o přístupu v odvětví telekomunikací. Podle tohoto testu se protisoutěžní povaha stlačení marží prokáže tím, že marže mezi cenou účtovanou konkurentům na navazujícím trhu za přístup a cenou, kterou provozovatel sítě účtuje na navazujícím trhu, nestačí k tomu, aby umožnila přiměřeně výkonnému poskytovateli služeb na navazujícím trhu získat normální zisk.⁴³ Nevýhodou tohoto testu je nutnost poměrování nákladů dominantního podniku s ostatními soutěžiteli, což vede k určité právní nejistotě, neboť dominantní podnik sám nemůže odhadnout, zda jeho cenová politika bude shledána jako protisoutěžní. Naopak při použití testu stejně efektivního soutěžitele si může dominant sám posoudit na základě znalosti svých nákladů, zda jeho cenové praktiky jsou v souladu se soutěžními pravidly.

V případě Telefónicy použila Komise test stejně efektivního soutěžitele, stejně jako již v rozhodnutí Deutsche Telecom.⁴⁴ Telefónica aplikaci testu stejně efektivního soutěžitele zpochybnila ve své žalobě k Tribunálu tím, že za stejně efektivního soutěžitele měl být považován takový soutěžitel, který by měl stejné výhody vyplývající z vertikální integrace, tedy disponoval by stejnými úsporami z rozsahu. Takový výklad však Tribunál odmítl, neboť test stejně efektivního soutěžitele neposuzuje, zda může stejně efektivní soutěžitel reprodukovat i velkoobchodní produkty, avšak aplikuje se pouze v perspektivě stejně efektivního soutěžitele na maloobchodním trhu, jehož náklady na tomto trhu jsou totožné s náklady dominantního podniku na tomto trhu.⁴⁵

- Nákladový standard

Za vhodné nákladové měřítko pro provedení cenově nákladového testu považovala Komise v případě Telefónica dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady (LRAIC), které představují průměr veškerých nákladů (tedy variabilních i fixních), které podnik vynaloží na výrobu konkrétního produktu či služby. Použití dlouhodobých průměrných přírůstkových nákladů je v síťových odvětvích vhodné proto, že nákladová struktura těchto odvětví je význačná vysokými fixními náklady v porovnání s jinými odvětvími.⁴⁶

⁴³ Sdělení Komise o použití pravidel hospodářské soutěže na dohody o přístupu v odvětví telekomunikací (1998 Úřední věstník C 265 , 22/08/1998 S. 0002 – 0028) čl. 117-119.

⁴⁴ Rozhodnutí Komise ve věci Telefónica, odst. 311 – 315.

⁴⁵ Rozsudek Tribunálu ve věci Telefónica, odst. 209.

⁴⁶ Pokyny Komise, odst. 26.

Na základě provedení cenově – nákladového testu Komise v případě Telefónica uvedla, že pokud příjmy spojené s aktivitou na maloobchodním trhu poklesnou pod LRAIC na tomto trhu, racionální podnik maximalizující zisk, alespoň tak efektivní jako Telefónica, nemůže mít ekonomický zájem na dlouhodobějším působení na maloobchodním trhu.⁴⁷

- Analýza ziskovosti

Při posuzování stlačení marží Komise dále zkoumá, zda by mohl dominantní podnik ziskově působit na maloobchodním trhu, i pokud by jeho maloobchodní část musela platit cenu za vstupy z velkoobchodního trhu, které sám účtuje svým konkurentům. V případě společnosti Telefónica byla ziskovost zkoumána dvěma způsoby, jednak „metodou jednotlivých období“ („period by period“) a dále „metodou diskontovaných peněžních toků“ („discounted cash flow“, „DCF“). Provedení obou těchto analýz vedlo Komisi k závěru, že se Telefónica dopustila protisoutěžní praktiky stlačení marží.

Výběr jedné z uvedených metod záleží na konkrétních okolnostech případu. Metoda jednotlivých období se hodí na rozvinutý stabilní trh, na kterém je měření ziskovosti rok za rokem poměrně stabilní. Metoda diskontovaných peněžních toků je zase vhodnější pro rozvíjející se trh, kde jsou předpokládány vysoké počáteční investice, které budou nahrazeny budoucími zisky. Tato metoda proto akceptuje, že ceny podniku jsou v prvotní fázi podnákladové, avšak z hlediska celého sledovaného období musí být společnost zisková.⁴⁸ Použití metody diskontovaných peněžních toků navrhla společnost Telefónica, která se domnívala, že se tato metoda lépe hodí na posouzení jejího chování na mladém trhu s vysokorychlostním internetem. Obě metody analýzy ziskovosti však vedly k závěru, že se Telefónica dopustila vylučovacího jednání.⁴⁹ Služby na následném trhu totiž pro Telefónicu nebyly ziskové, zatímco její celkové aktivity generovaly zisk.⁵⁰

- Úroveň agregace testů, reprodukovatelnost cen maloobchodních produktů

V případě Telefónica, stejně jako v předchozím případě Deutsche Telecom, byl proveden test stlačení marží na základě agregovaného

⁴⁷ Rozhodnutí Evropské komise ze dne 4. 7. 2007, COMP/38.784, *Wanadoo España vs. Telefónica* (dále jen „rozhodnutí Komise ve věci Telefónica“) odst. 316 – 324.

⁴⁸ *Oxera* [online]. 2009 [cit. 2011-04-20]. Independent regulator and competition authority. Dostupné z: <http://www.oxera.com/cmsDocuments/Agenda_November%2009/Margin%20squeeze.pdf>.

⁴⁹ Rozhodnutí Komise ve věci Telefónica, odst. 385.

⁵⁰ Tamtéž, odst. 691.

přístupu, tedy na základě mixu služeb nabízených dominantním podnikem na maloobchodní úrovni. Účelem bylo zjistit, zda stejně efektivní soutěžitel je alespoň schopen ziskově reprodukovat produktový vzor dominantního podniku. Tento přístup je přitom pro Telefónica příznivý, jelikož jí umožňuje s maximální flexibilitou rozptýlit své náklady, které jsou společné všem jejím maloobchodním produktům.

Komise dospěla k závěru, že ceny maloobchodních produktů Telefónica nebyly reprodukovatelné, a to ani na národní ani na mezinárodní úrovni.⁵¹

7. Zhodnocení evropského přístupu k margin squeeze

Na základě výše uvedeného případu Telefónica můžeme konstatovat, že Komise při posuzování praktiky stlačení marží běžně používá ekonomické metody, které již byly aprobovány evropskými soudy. V rozhodnutí Tribunálu můžeme vidět také způsob, jakým se soud vypořádává s námitkami směřujícími proti určitým aspektům ekonomických analýz. Ačkoliv nám není známo, že by Tribunál disponoval ekonomickým oddělením, nebo že by si nechával zpracovávat vlastní znalecké posudky v oblasti ekonomie, můžeme konstatovat, že se jednotlivými námitkami sám podrobně zabýval a jejich zamítnutí řádně odůvodnil. Je proto vidět, že Tribunál je schopen s takovými námitkami pracovat a přezkoumávat je. Navíc je třeba uvést, že ani v oblasti odborných článků a diskuzí není obecně použití či přezkum uvedených testů zpochybňován, což rovněž svědčí o jejich správnosti. Pokud jsou v rozhodnutích ve věcech ochrany hospodářské soutěže použity nesprávné ekonomické argumenty, taková rozhodnutí obvykle rozbouří vlnu negativních reakcí ze strany odborníků. Takovéto negativní reakce však v souvislosti s rozhodnutím ve věci Telefónica nenastaly.

8. Stlačování marží v rozhodovací praxi USA

Pohled na praktiku stlačení marží, coby protisoutěžního jednání je jednou z oblastí, kde se značně rozchází rozhodovací praxe v Evropě a v USA. Protisoutěžní jednání ve formě stlačení marží bylo poprvé v rozhodovací praxi soudů USA identifikováno v případě Alcoa z roku 1945. Skutkově se zde jednalo o to, že společnost Alcoa byla jediným národním výrobcem hliníkových ingotů, ze kterých byly následně vyráběny hliníkové listy. Alcoa působila také na trhu hliníkových listů, kde však působilo více soutěžitelů a Alcoa zde neměla dominantní postavení. Protisoutěžní jednání společnosti Alcoa mělo spočívat v tom, že prodává ingoty za příliš vysokou cenu a listy naopak za příliš nízkou cenu, v důsledku čehož nebyli ostatní prodejci listů schopni prodávat za stejnou cenu jako Alcoa a přitom generovat zisk. Stlačení marží tu bylo považováno za protisoutěžní výkon silné tržní moci, jež je v rozporu s antitrustovým právem USA, konkrétně

⁵¹ Rozhodnutí Komise ve věci Telefónica, odst. 386 – 388.

s částí 2 Shermanova zákona.⁵² Soud zde tedy uznal stlačení marží jako možnou zakázanou monopolní praktiku.

Podle současné rozhodovací praxe USA však stlačení marže samo o sobě není chápáno jako protisoutěžní. Nedávným rozhodnutím v této oblasti je rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine* („linkLine“)⁵³ z roku 2009, ve kterém Nejvyšší soud uvedl, že stlačení marží nepředstavuje porušení Shermanova zákona, pokud sledovaný podnik nemá povinnost jednat se soutěžiteli na následném trhu. Výše velkoobchodních cen by za této podmínky neměla být nijak omezována, protože v rozhodovací praxi USA je obecně uznáváno, že monopolista (resp. Podnik s dominantním postavením) si může účtovat libovolně vysoké ceny, které mu jsou jednak určitou odměnou za úspěch a jednak indikují ziskovost odvětví, čímž mohou přilákat další soutěžitele.⁵⁴ Vysoké velkoobchodní ceny nejsou podle názoru soudu protisoutěžní ani v případě, že by ani monopolista nemohl být na maloobchodním trhu ziskový, kdyby kupoval vstupy za tak vysoké ceny, jaké sám účtoval podnikům na podřazeném trhu. Na rozdíl od evropské praxe se tu tedy neuplatnil test stejně efektivního soutěžitele. Případ by ovšem dopadl jinak, pokud by byla prokázána existence predátorských cen na maloobchodním trhu, protože ty americká praxe tradičně považuje za protisoutěžní.⁵⁵

V současnosti je v praxi USA uznáváno, že není potřeba, aby stlačení marží existovalo jako samostatná doktrína, protože protisoutěžní efekty této praktiky mohou být vyloučeny v rámci jiných zakázaných monopolních praktik – konkrétně pomocí „odmítnutí dodávek“ a „predátorských cen“. Pokud by tedy obě ceny – na předřazeném i následném trhu – byly nezávisle na sobě v souladu s právem, není zde podle soudní praxe v USA žádný podklad proto, aby byla založena odpovědnost za porušení antitrustového práva pouze z toho důvodu, že je velkoobchodní cena vertikálně integrovaného podniku vyšší nebo rovna jeho maloobchodní ceně.⁵⁶

Proto lze dovodit, že pokud by bylo jednání společnosti Telefónica posuzováno z pohledu soutěžního práva v USA, americké soudy by s největší pravděpodobností nedospěly ke konstatování porušení soutěžního práva. Vzhledem k tomu, že sám Tribunál odmítl, že by se v případě Telefonicy jednalo o protisoutěžní odmítnutí dodávek či o

⁵² Rozsudek ze dne 12. 3. 1945, věc *United States v. Aluminum Co. of America et al.*, 148 F.2d 416.

⁵³ Rozsudek ze dne 25. 2. 2009, věc *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine* 555 U.S.

⁵⁴ Viz. např. rozsudek *Verizon Communication, Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 409.

⁵⁵ United States. In *OECD Policy Roundtables : Margin squeeze* [online]. 2010 [cit. 10. 4. 2011]. Dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/30/17/46048803.pdf>>. s. 242-252.

⁵⁶ HEIMLER, Alberto. Is a margin squeeze an antitrust or a regulatory violation? *Journal of Competition Law & Economics*. 2010, 6, s. 879-888.

predátorské ceny na maloobchodním trhu, jednání Telefónicy by z pohledu antitrustového práva USA zřejmě bylo v pořádku.

9. Závěr

V tomto příspěvku jsme se pokusili nastínit podstatu více ekonomického přístupu v soutěžní praxi a ukázat aktuální stav používání tohoto přístupu v českými a evropskými soudy. Můžeme konstatovat, že na evropské úrovni, je používání sofistikovaných ekonomických a ekonometrických analýz běžnou praxí, a to nejen na úrovni Komise, ale také u evropských soudů. To jsme ukázali na příkladu konkrétní protisoutěžní praktiky stlačení marží v aktuálním rozsudku Tribunálu ve věci Telefónica. Tribunál zde v podstatě znovu potvrdil ekonomická pravidla a testy, které byly obdobným způsobem aplikovány již v případě Deutsche Telecom. Nebál se přitom pustit do vypořádávání konkrétních námitek směřujících proti způsobu provedení některých ekonomických testů.

Jiná je ovšem situace v ČR. Praxe využívání více ekonomického přístupu, resp. pokročilejších ekonomických metod a analýz v soutěžním právu v ČR je dosud takřkajíc v plenkách, minimálně co se týká rozhodnutí, která již byla soudně přezkoumána. Naproti tomu je zřejmé, že v EU a USA je používání ekonomických analýz jako podkladu v rozhodnutích zažité a prochází rovněž svým specifickým vývojem. Jako pozitivum je třeba vnímat skutečnost, že český soutěžní orgán se snaží ve svých rozhodnutích opravdu začít používat a argumentovat i za pomoci ekonomických metod a obecně ekonomii vklíňovat do standardního uvažování při posuzování jednotlivých případů. Je však rovněž nutno poukázat na skutečnost, že by se Úřad měl více zaměřit na to, jakým způsobem použité metody a analýzy prezentovat ve svých rozhodnutích a to s ohledem na následný soudní přezkum.

Ze strany soudů je díky zmiňovanému rozhodnutí ve věci Student agency jasně vidět, že i soudy si uvědomují nutnost používání ekonomických metod při posuzování určitých soutěžně právních skutečností v rozhodnutích, a to dokonce do té míry, že jsou ochotny připouštět, že v určitých situacích nelze rozhodnout jednoznačně jen na základě určitých obecně známých faktů a je třeba situaci ekonomicky důkladněji analyzovat. Na druhé straně přístup soudu k ekonomickým analýzám provedeným Úřadem i účastníkem řízení ve zmíněném rozhodnutí nelze asi rovněž pokládat za optimální zejména z toho důvodu, že provedené analýzy nebyly v podstatě soudem nijak hodnoceny a byl jím nominován znalec, který prováděl analýzy vlastní v otázkách, které si soud vyžádal. Smysl by zřejmě spíše dávalo, aby znalec přezkoumal předložené analýzy a vysvětlil soudu, zda jsou správné, dostatečné, podložené relevantními daty, zda k nim existují alternativní analýzy a jaké by tyto dávaly výsledky a k jakému závěru by se znalec sám klonil při posuzování dané otázky. Tento způsob přezkumu ekonometrických analýz znalcem by vyžadoval po Úřadu, aby při provádění svých analýz byl co nejpečlivější a nejpresvědčivější v ekonomickém slova smyslu, resp. aby jeho analýzy byly robustní, testované, a založené na standardní ověřené ekonomické teorii.

Co lze z uvedeného vzít jako úplný závěr je, že Úřad by měl najít jazyk a způsob, jakým svá tvrzení založená na více ekonomickém přístupu soudu co nejsrozumitelněji a nejpřesvědčivěji prezentovat a zároveň soud by měl být schopen akceptovat myšlenku, že některé skutečnosti pro své prokázání a odůvodnění vyžadují objektivní kvantitativní analýzu a tu pak považovat za relevantní (nikoliv jediný správný a nenahraditelný) důkaz. Do budoucna lze v každém případě snad očekávat, vedle vzniku metodik založených rovněž na ekonomickém uvažování, více rozhodnutí obsahujících ekonometrické analýzy ze strany Úřadu, které budou přezkoumávány soudy, přičemž se teprve ukáže jakým způsobem je třeba tyto analýzy prezentovat a včleňovat do rozhodnutí, aby je soudy byly ochotny přijmout jako důkazy, a rovněž způsob jakým je soudy budou hodnotit.

Literature:

- Ginsburg, Douglas Henry and Fraser, Eric Michael., The Role of Economic Analysis in Competition Law (May 16, 2010). Getting the balance right intellectual property, Competition Law and Economics in Asia, Ian McEwin, ed., Hart Publishing, Forthcoming.
- Korah V, Goodbye, Red Label: Condemnation of Dual Pricing by Distillers, 11 s., 2 European Law Review (1978).
- MACNAB, Andrew.; ROTH, Peter. Bellamy & Child European community law of competition. 6. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2008, 1644 s. ISBN 9780199286522.
- POSNER Richard, The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on Sylvania decision, 45 s., University of Chicago Law Review 1 (1977)
- O'DONOGHUE, Robert, PADILLA, A. Jorge. The law and economics of article 82 EC. 1. vyd. Oxford: Hart publishing, 2006. 782 s. ISBN 10: 1-84113-502-X.
- HILDEBRAND, Doris. The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. 596 s. ISBN 978-90-411-2513-2. S. 367.
- CROCIONI, Pietro, VELJANOVSKI, Cento. Price squeezes, foreclosure and competition law - Principles and Guidelines. [online]. Journal of Network Industries (2003) [cit. 20. 4. 2011]. Dostupné z: <http://www.casecon.com/data/pdfs/pricesqueeze.pdf>
- FURSE, Mark. Excessive prices, unfair prices and economic value: The Law of excessive pricing under Article 82 EC and The Chapter II Prohibition. European Competition Journal. 2008, no. 1, s. 59-83.
- HEIMLER, Alberto. Is a margin squeeze an antitrust or a regulatory violation? Journal of Competition Law & Economics. 2010, 6, s. 879-888.
- ŠAMÁNEK, Jan, BROUČEK, Milan. Aplikace doktríny stlačování marží Soudním dvorem EU: případ Deutsche Telekom. Antitrust. 2011. č. 2, s. 50 – 57. ISSN1804-1183.

- Rozhodnutí Úřadu ze dne 3. 11. 2012, č.j. ÚOHS-S162/2008/DP-4490/2010/820/DBr.
- Rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 10. 2011, č.j. ÚOHS-S178/2011/KS-16953/2011/840/RPl.
- Rozhodnutí Úřadu ze dne 12. 4. 2012, č.j. ÚOHS-S742/2011/KS-7043/2012/840/RPl.
- Rozhodnutí Úřadu ze dne 14. 2. 2011, č.j. ÚOHS-S353/2010/KS-2418/2011/840/RPl.
- Rozhodnutí Krajského soud v Brně ze dne 9. 11. 2012, č. j. 62Af 27/2011 - 409.
- Rozhodnutí Evropské Komise ze dne 20. 12. 1977, věc 78/163/EEC, *The Distillers Company Limited*, OJ L 050 , 22/02/1978 P. 0016 - 0033.
- Rozhodnutí Evropské komise ze dne 18. 7. 1988, věc 88/518/EEC, *Napier Brown-British sugar*, OJ L/284
- Rozhodnutí Komise ze dne 21. 5. 2003, věc COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *Deutsche Telekom AG*.
- Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 10. 4. 2008, věc T-271/03, *Deutsche Telekom AG v. Komise*, ECR II 000.
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 14. 10. 2010, věc C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG v. Komise*, ECR I-0000
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 17. 2. 2011, věc C -52/09, *TeliaSonera Sverige AB*.
- Rozsudek Tribunálu ze dne 29. 3. 2012, věc T-336/07, *Telefónica, SA, Telefónica de España, SA proti Komisi*.
- Rozhodnutí Evropské komise ze dne 4. 7. 2007, COMP/38.784, *Wanadoo España vs. Telefónica* (dále jen „rozhodnutí Komise ve věci Telefónica“) odst. 316 – 324.
- Rozsudek ze dne 23. 6. 1977, věc 433 U.S. 36, *Continental T. V., Inc. V. GTE, Sylvania, Inc.*
- Rozsudek ze dne 12. 3. 1945, věc *United States v. Aluminum Co. of America et al.*, 148 F.2d 416.
- Rozsudek ze dne 25. 2. 2009, věc *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine* 555 U.S.
- Rozsudek ze dne 1. 8. 2005, věc *Verizon Communication, Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 409.
- *United States*. In *OECD Policy Roundtables : Margin squeeze* [online]. 2010 [cit. 10. 4. 2011]. Dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/30/17/46048803.pdf>>. s. 242-252.
- Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele (2009/C 45/02)

Contact – email

Kamil.nejzchleb@compet.cz, zuzana.tonarova@gmail.com