

# Dominantní postavení na relevantním trhu

## Právně - ekonomický přístup

JUDr. Josef Šilhán, Ph.D.

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Katedra obchodního práva, Česká republika

### Abstrakt:

The text is focused on the both European and Czech law against abuse of dominant position on the relevant market. The primary object of its interest is the concept of dominance itself, the factors of dominance (such as market shares, barriers to entry, financial and economic power ect.), the regulatory approach (including the practice of the antitrust authorities) and the contemporary development in this field, mostly on the European level. The text comprises both economical and legal aspect of the relevant issues.

## 1. Úvod

Tématem následujícího textu je problematika *dominantního postavení na relevantním trhu*. Jde o jednu z tradičních, jak v evropské, tak v české úpravě pevně ukotvenou a aplikační praxí podloženou součást *soutěžního práva*.

Aktuální je toto téma nyní tím, že v současné době jsme svědky velmi intenzivní diskuse o reformě a přehodnocení regulatorního přístupu komunitárního práva v řadě oblastí, od jednotlivých skutkových podstat zneužití dominance až ke zcela generálním a fundamentálním principům, na kterých je úprava vystavěna. A je to právě i tato reformní snaha, která otázky právně-ekonomického přístupu (přestože integrální součástí celého „odvětví“ jsou od prvo počátku) k problematice tržní dominance dále akcentuje.

Na rozdíl od práva proti zakázaným kartelovým dohodám, tvořícího první pilíř, v případě zneužití dominance nejde primárně o koluzivní jednání více subjektů, nýbrž zpravidla o protisoutěžní jednání *unilaterální*.

Na rozdíl od kontroly spojování soutěžitelů (tvořící další z pomyslných pilířů), která je jakousi *ex ante* státní ingerencí úzce navázanou na strukturální přístup k ochraně soutěže, právo proti zneužití dominance je kontrolou následnou, uplatňovanou *ex post*, a to převážně na základě přístupu behaviorálního, *regulačního*.<sup>1</sup>

Posláním této reglementace je zabránit soutěžiteli, který disponuje určitou kvalifikovanou, výraznou *tržní mocí*, aby mohl svého postavení „nepatřičně využívat“<sup>2</sup> k újmě konkurentů, (ale) v konečném důsledku pak především spotřebitelů. Jde v případě práva proti zneužití dominance o jistou „náhražku“ konkurenčního tržního tlaku v situacích, kdy tento přirozený tlak chybí.

Jak literatura konstatuje, podnik, který se „může na trhu chovat způsobem jen pro sebe výhodným, se vymkl samořídícímu a kontrolnímu působení hospodářské soutěže“<sup>3</sup>. Ovšem fakt, že podnik *dominantní postavení* zaujímá, ještě nutně neznamená, že jej nevyhnutelně i zneužije. Bývá často připomínáno, že *samotné dominantní postavení* v ničem protiprávní není.

Nicméně, pravděpodobnost zneužívajícího jednání je (i na základě nenahraditelné empirické historické zkušenosti) nemalá, „proto samoregulační působení soutěže bývá nahrazeno dozorem příslušných státních orgánů nad eventuálním zneužíváním tržní dominance“.<sup>4</sup>

Z rozsáhlého a bohatě strukturovaného systému soutěžního práva se tedy následující stránky věnují pouze větvi tzv. *veřejnoprávní*, existenční ochraně konkurence, nazývané též právo proti omezování hospodářské soutěže. Ze tří často vymezovaných „pilířů“ pak hlavním bodem zájmu bude ten druhý, se zaměřením na regulační

---

<sup>1</sup> V kombinaci s prvky přístupu strukturálního, u některých tzv. strukturálních typů zneužití dominance. Vymezení čtyř základních přístupů k regulaci hospodářské soutěže (vlastnický, rezignační, regulační a strukturální) viz Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007 s. 431 – 433.

<sup>2</sup> Munková, J. in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo. Praha : C.H. Beck, 2006 s. 157.

<sup>3</sup> Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 491 – 492.

<sup>4</sup> Tamtéž s. 492.

působení vůči jednání podniků zaujímajících dominantní postavení na trhu.

*Dominantní postavení* je jedním z tradičních konceptů, které spoluvytváří předmět soutěžního práva. Je také jedním z tradičních konceptů, který se ekonomové snaží podchytit kredibilním teoretickým modelem, založeným na uchopitelných a srozumitelných<sup>5</sup> předpokladech, který by umožnil vyvodit jednoznačná, plausibilní a věrohodná doporučení pro praktickou soutěžní politiku.

Také i z toho důvodu, že se to v plné míře doposud nepodařilo, je zároveň i příkladně tradičním kolbištěm názorů na podobu, případně i samotnou *potřebu jeho státní regulace*. Má být soutěžitel s výraznou tržní silou, nevyvažovanou mocí ostatních konkurentů na trhu, a tedy s vysokým potenciálem nahradit živelné objektivní působení tržního řádu vlastním, subjektivně motivovaným rozhodováním, z tohoto důvodu podřízen přísnější regulaci? Nebo je dominantní soutěžitel také jen *součástí tohoto tržního řádu*, který v delším období disponuje dostatkem dynamických korekčních a stabilizačních prvků schopných prosadit přirozené nastolení optimálního stavu i přes určitou krátkodobou „kvazitržní“ anomálii?

Celá řada těchto i dalších možných otázek je spojena vždy i se samotnou otázkou, co vlastně *dominantní postavení* na relevantním trhu vyjadřuje; respektive za jakých podmínek je možno (a nutno) určitý konkrétní podnik kvalifikovat jako dominantního soutěžitele. Právě problém konceptu *tržní dominance* a postup při praktické právní aplikaci jsou předmětem tohoto textu.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> I když třeba ne nutně v realitě stoprocentně panujících.

<sup>6</sup> Otázka dominantního postavení je přitom na požadované úrovni hloubky analýzy velmi široké. Řada otázek s méně intenzivní přímou vazbou na téma samotné proto bude v textu ponechána bez bližších vysvětlujících výkladů a bude s nimi pracováno jako s *východím pojmovým aparátem*. Týkat se to bude například zcela generálních konceptů soutěžního práva jako je soutěžitel (podnik), relevantní trh, hospodářská soutěž, prameny soutěžního práva a jejich systém a působnost. Stranou bude ponechána též otázka procesního postupu při vymáhání soutěžních pravidel. K těmto pojmům existuje dostatečně bohatá literatura, kde byly opakovaně detailně rozebrány (níže); je možno tedy tyto „základy antitrustu“ považovat za elementární a jejich znalost v práci předpokládat.

Z české odborné literatury je možno zmínit Bejček, J. Kartelové právo. Brno: MU, 1995. Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná

## 2. Metodologické a koncepční otázky právně-ekonomického přístupu k tématu

Jedním z aspektů problematiky, který je vhodné hned v úvodu zmínit, je částečný *interdisciplinární právně-ekonomický přesah*.

V textu tedy tam, kde to je vhodné a pro pochopení podstaty problému obohacující, spolu s pohledem čistě právním, vystupuje také náhled očima ekonomickými.<sup>7</sup> Nemělo by však jít o izolované náhledy ekonomické na jedné straně a právní na straně druhé, vytvářející odvětvové bariéry a vnucované napětí. Je třeba zaujmout přístup *integrující*, vnímající ekonomickou podstatu problému a potřebu ekonomické argumentace, ovšem neopomíjející požadavky právní jistoty a potřebné praktické operability soutěžních pravidel.

Koncepce soutěžní ekonomie aplikované v této práci přitom vychází ze tří stavebních prvků. Prvním je výše zmíněný *neoinstitucionální základ*, dalším bodem je důraz na *dynamickou (evoluční) složku soutěžního procesu*, a třetím je apriorní (ovšem důsledně nedogmatická) *liberální pozice* ohledně podoby právní regulace hospodářské soutěže.<sup>8</sup>

---

část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007. Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo. Praha : C.H. Beck, 2006. Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006. Munková, J., Kindl, J. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. 1. vydání. Praha : C.H.Beck, 2007. Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C.H. Beck, 2006. Ze zahraničních publikací pak např. Bellamy, Ch., Child, G. European Community Law of Competition. Šesté vydání. London: Sweet & Maxwell, 2008; Van Bael, I., Bellis, J. F. Competition Law of the European Community. Čtvrté vydání. The Hague: Kluwer Law International, 2005; Faull, J., Nikpay, A. The EC Law of Competition. Second Edition. New York: Oxford University Press, 2007; O'Donoghue, R., Padilla, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC. Hart Publishing, 2006; Korah, V. An Introductory Guide to E.C. Competition Law and Practice. Ninth edition. Oxford : Hart Publishing, 2007.

<sup>7</sup> Módním sloganem můžeme snad tento příspěvek k částečné oborové integraci (přínejmenším kooperaci) podřadit pod neurčitý proud dobře známý jako „Law & Economics“.

<sup>8</sup> Hned v úvodu je nutno podotknout, že jde o vymezení rámce *základního*, přičemž se akceptuje a nepodceňuje existence *výjimek a omezení*, o kterých je pojednáno vzápětí. Jde ale o konstrukci pohledu výchozího, který může být brán jako zásada, dále doplňována řadou podmínek a modifikací. Právě výběr těch podstatných rysů

## 2.1 Obecný ekonomický základ

Co se týče definování základního ekonomického postoje, vyvstává jednak otázka výchozího ekonomicko-metodologického paradigmatu, ekonomického rámce na nejobecnější úrovni, jednak existují v implikační návaznosti na to i speciálnější, bezprostředněji aplikovatelné doktríny přímo se věnující soutěžní politice.

Ohledně oné úrovně obecné <sup>9</sup>, je v této práci jako výchozí ekonomické prizma uplatněn směr *nové institucionální ekonomie*, konstituující se ve své současné, prozatím ještě neustále poněkud segmentované a ne zcela komplexní podobě v posledních několika desetiletích <sup>10</sup>.

V této práci se tedy nekriticky nepřebírá pohled (byť široce rozšířený a vlivný <sup>11</sup>) čisté neoklasické mainstreamové ekonomie (v soutěžním právu pak dnes výrazně spojený hlavně s tzv. školou chicagskou <sup>12</sup>). Aniž se tím naznačuje nevyhnutelnost jakýchkoli apriorních neshod v závěrech důležitých pro antitrustové právo, výstavba teoretických úvah je přeci jen založena na dosti odlišných předpokladech. V celé řadě otázek nemusí být kontroverze nijak

nezměrně komplexní reality, na kterých je vystaven prvotní pohled aplikujícího subjektu, je pro jednotlivé přístupy symptomatický. Jde o jinou situaci, pokud A je položeno jako zásada a B jako výjimka z ní, nebo pokud je tomu naopak I když pak obě hypotetické teorie budou obsahovat identické prvky A i B, přesto jejich celkové vyznění může být zcela jiné.

<sup>9</sup> Nemá se tím zde na mysli jakákoliv *speciální* dohotovená a verifikovaná koncepce soutěžní politiky (záběr je mnohem obecnější), spíše na tomto místě jde o deklaraci fundamentálních východisek pro naše následné soutěžně-právně-ekonomické úvahy.

<sup>10</sup> K vývoji původního amerického institucionalismu od 90. let 19. stol. do druhé světové války, a posléze od něj výrazně odlišné nové institucionální ekonomie od 60. let 20. stol. srov. Holman, R. Dějiny ekonomického myšlení, C.H.Beck, 1999. Viz též Williamson, O., E. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. Journal of Economic Literature, 2000, sept., s. 595-613.

<sup>11</sup> Možná i proto (kromě toho, že je tradiční), že je patrně *rychleji a snadněji* vstřebatelný; nikoliv však zcela bez úkoru na vědecké hodnotě. Simplifikační virtuozitu nelze v případě tohoto modelu považovat za ctnost hodnou obdivu.

<sup>12</sup> Mezi hlavní představitele se řadí R. Posner, R. Bork, G. J. Stigler, H. Demsetz. Z dostupných originálních publikací lze poukázat na Posnerovu slavnou učebnici antitrustu Posner, R. Antitrust Law. 2. vydání. Chicago: The university of Chicago Press, 2001. Dále viz Bork, H. R. The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself. New York: The Free Press. 1993.

diametrální, zdání fatálně diferencovaných směrů ekonomie by bylo pouze iluzorní. Ostatně, neoinstitucionalismus lze chápat i jako jakousi *nadstavbu* neoklasické ekonomie, jejíž autoritu se nesnaží principiálně zpochybnit<sup>13</sup> (na rozdíl od některých proudů ekonomie rakouské, která je dalším z konceptů, které tato práce obecně nepřebírá<sup>14</sup>), nýbrž neoklasickou doktrínu naopak zdokonalit, zmodernizovat, zrealnit její předpoklady<sup>15</sup> a vyplnit „hluchá“ místa, která v rozporu s potřebami ekonomické analýzy dlouhodobě ignoruje<sup>16</sup>. Z tohoto pohledu je nutno poznamenat, že *hlavní proud* koneckonců celou řadu významných poznatků nové institucionální ekonomie postupně absorbuje a pod svá pomyslná křídla zahrnuje<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Pro zajímavost lze uvést i příklad skutečně radikálních útoků na samé základy neoklasické doktríny, které se nezdá objevují – srov. např. Lee, F. S., Keen, S. *The Incoherent Emperor: A Heterodox Critique of Neoclassical Microeconomic Theory*. *Review of Social Economy*, 2004, č. 2, s. 169-199.

<sup>14</sup> Rakouskou ekonomii se zde chápe jednak učení Hayekovo, především ale směr L. Misesa a M. Rothbarda. K tomu srov. např. Caplan, B. *Why I Am Not an Austrian Economist* [citováno 1. září 2008]. Dostupný z <http://www.gmu.edu/departments/economics/bcaplan/why aust.htm>. Ohledně postoje k navazujícím radikálně libertariánským proudům ekonomie (se soutěžněprávními implikacemi rozpracovanými např. D. Armentanem v jeho často citované provokativní stati *Proč nezrušit antimonopolní zákonodárství*. Překlad Kadeřábková, A., Šíma, J. Praha: Liberální institut, 2000) lze namísto dalekosáhlé polemiky odkázat na odbornou literaturu (např. Krabec, T. *Teoretická východiska soutěžní politiky*. Praha: Národohospodářský ústav Josefa Hlávky, 2006, cit. dílo str. 61-63), a to i včetně jejích poněkud příkrých, ovšem nikoliv nevýstižných formulací (za mnohé hovoří tam použité slovní spojení „vulgární projev ekonomického diletantismu“).

<sup>15</sup> Vlivnou chicagskou školu antitrustu například v tomto ohledu I. Schmidt charakterizoval, velmi přiléhavě, jako „obra na hliněných nohou“. Citováno dle Krabec, T. cit. dílo s. 60. Celý koncept totiž stojí a padá s předpokladem naprosto volného vstupu na trh a předpokladem působení dlouhodobého časového horizontu, přičemž dynamická složka v modelech příliš zahrnuta není. Kritiku přístupů chicagské školy viz tamtéž s. 58 – 60.

<sup>16</sup> Jako je zkoumání ekonomických dopadů existence nenulových (naopak výrazných) *transakčních nákladů*, zahrnutí *dynamické složky* do modelů rovnováhy, též detailní pohled na firmu (v ekonomickém smyslu slova) jako unikátní předmět zájmu, nikoliv jen jako na abstraktní produkční funkci.

<sup>17</sup> Jak poznamenává jeden z českých zastánců moderní podoby neoinstitucionalismu P. Pelikán, v jednom z rozhovorů (*Nová institucionální ekonomie se stává součástí hlavního proudu*, 15. 8. 2005) [citováno 5. srpna 2008]. Dostupný z <http://www.ilist.cz/clanky/pavel-pelikan>.

## 2.1.1 Behaviorální předpoklady ekonomických úvah

Standardní neoklasický model, který pokládáme za ne zcela vyhovující, je třeba doplnit o realističtější vstupní podmínky a modifikovat ho do konsistentního hodnotového rámce, v souladu se zřejmými empirickými poznatky z pozorování reálného (nejen) ekonomického jednání.<sup>18</sup>

Předně, jedním ze stěžejních principů musí být akceptace *nenulové hodnoty transakčních nákladů*.<sup>19</sup> Známy Coaseho teorém je nutno považovat za neplatný<sup>20</sup>; konstrukce světa nulových transakčních nákladů je zcela odtržená od reality. Akceptujeme tedy,

---

<sup>18</sup> Neoklasický model vyhovuje pouze jednomu z možných institucionálních uspořádání, a to *dokonalému laissez-faire*. To však, očividně, není případ reálného světa (minimálně evropského právního prostoru zcela jistě ne). Přehled základních předpokladů s určitými úpravami respektuje strukturu použitou Kvasnička, M. Nová institucionální ekonomie. [citováno 1. srpna 2008]. Dostupný z <http://www.econ.muni.cz/~qasar/vyuka/inst/inst-sylabus.pdf>, s. 2-4.

<sup>19</sup> Bývají charakterizovány v tržním mechanismu jako *obdoba „tření“* ve fyzikálním systému. Jde o *náklady na provoz ekonomického systému*. Rozlišují se *tržní, manažerské a politické* transakční náklady. Blíže k teorii transakčních nákladů zejména Furubotn, E. G., Richter, R. *Institutions and Economic Theory* (The Contribution of the New Institutional Economics). The University of Michigan Press. 1998, s. 47 a následující; Coase, R. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, oct., s. 1-44. Coase, R. *The Firm, the Market and the Law*. The University of Chicago Press. 1988. Williamson, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press. 1985. Mlčoch, L. *Institucionální ekonomie*. Praha: Karolinum, 1996. North, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press. 1990. Srozumitelný základní přehled podává skriptum Kvasnička, M. cit. dílo kapitola 3.

<sup>20</sup> Je paradoxní, že R. Coase, který k objevení a studiu vlivu transakčních nákladů na ekonomiku přispěl tak nedocenitelným dílem, se stal nejslavnějším právě pro tento tzv. „Coaseho“ teorém, který co se týče transakčních nákladů předpokládá jejich úplnou neexistenci. Jak poznamenává L. Víték (Víték, L. „Ronald H. Coase: Společenské náklady, teorie externalit a jejich řešení“ [citováno 10. srpna 2008] [http://www.econ.muni.cz/~ivan/xxx/subjects/ver\\_econ/coase.doc](http://www.econ.muni.cz/~ivan/xxx/subjects/ver_econ/coase.doc)): „Je prapodivnou ironií osudu, že do učebnic ekonomie (a samozřejmě i veřejných financí) vstoupila téměř opačná interpretace skutečných Coaseho názorů.“



že *transakční náklady* jsou nejenže nenulové, nýbrž *významné*, a v čase navíc *neustále rostoucí*.<sup>21</sup>

Další modifikace předpokladů se týká konceptu *omezené racionality*. Oproti dokonale informovanému (v podstatě vševědoucímu) a nekonečně rychle reagujícímu „člověku ekonomickému“ stojí koncept „racionality omezené“.<sup>22</sup>

Deterministický, případně stochastický svět je nahrazen *světem nejistoty*, kdy nelze znát všechny alternativy možného vývoje, natož pak rozložení jejich pravděpodobností (což ještě zesiluje předchozí předpoklad).

Souvisejícím konceptem je i akceptace možnosti *oportunního chování a morálního hazardu*.<sup>23</sup> (Přičemž své manifestní projevy může tento předpoklad mít právě v oblasti zneužití dominance.)

Další dva modifikované předpoklady jsou pak pro účely této práce zcela klíčové. Zejména v souvislosti se schopností autoregulačního působení korekčních mechanismů na jednotlivých relevantních trzích (a mezi nimi navzájem).

Jde o *specifičnost aktiv* (tedy opak homogenních, ideálně přeměnitelných aktiv neoklasického modelu), a *nenulové bariéry vstupu* a expanze na trhu – jeden z možná vůbec nejdůležitějších aspektů, který jednotlivé soutěžněprávní přístupy, a výrazně i jejich doporučení pro praktickou soutěžní politiku, diferencuje<sup>24</sup> – právě na předpokladu *neexistujících* překážek vstupu na trh lze totiž vystavět velmi zjednodušené teoretické koncepty, kde jakékoliv distorze na relevantním trhu *úplně* napraví nově vstupující konkurenti do odvětví

---

<sup>21</sup> Literatura odkazuje na výzkumy, které odhadují velikost transakčních nákladů v ekonomice i více než 50% HDP, některé i podstatně více. Viz Kvasnička, M. cit práce s. 11.

<sup>22</sup> Omezená racionalita (bounded rationality) není pojmem nikterak novým. Objevují se i analytické studie hlouběji modelující důsledky tohoto předpokladu a pokoušející se ho zpracovat v rámci zavedené ekonomické metodologie. Srov. Rubinstein, A. Modeling Bounded Rationality. Cambridge: The MIT Press. 1998.

<sup>23</sup> Stručně viz Kvasnička, M. cit práce s. 3.

<sup>24</sup> K otázce překážek vstupu a tržní expanze viz podrobný výklad v rámci kapitoly 2.1.2.1.



(při splnění i ostatních zidealizovaných předpokladů pak navíc taková reakce je nekonečně rychlá, tedy *okamžitá*).<sup>25</sup>

A v neposlední řadě (měli-li bychom být při výkladu o neoinstitucionální ekonomii důslední, pak vlastně v první řadě), důležité východisko je, že ekonomii nelze pokládat za jakýsi od společnosti *izolovaný* svět řízený sumou zákonitostí nezávislých na mimoekonomických okolnostech. Opačně – jako teoreticky i empiricky podložený axiom postulujeme, že *ekonomické chování je ovlivňováno institucemi* (tedy typicky právní normami)<sup>26</sup>, a to velmi výrazně.<sup>27</sup> Pravidla soutěže tedy jsou v rámci tohoto směru internalizována do samotného modelu hospodářské soutěže, nejsou pouhým vnějším faktorem.

---

<sup>25</sup> Neměl by však vzniknout dojem, že překážky vstupu na trh jsou proto vždy „zlé“. Mohou být jednou ze zcela přirozených a prospěšných charakteristik trhu. Pokud nejsou do hospodářství vnucovány státem na základě podlehnutí lobbyistickým tlakům a jiným tzv. DUP aktivitám (Directly Unproductive Profit-seeking activity) vlivných zájmových skupin, mohou být naopak i prospěšným faktorem vyvinutým přirozenou evolucí příslušného trhu. Příkladem nechť jsou nejrůznější profesionální kapitálové burzy, kde omezení vstupu znamená pro zákazníky mj. garanci kvality a spolehlivosti – to, že takové služby smí provozovat pouze osoba splňující profesní předpoklady (postupně převzaté do právních předpisů), je sice určitou překážkou vstupu (burzovním makléřem se nemůže jednoduše stát úplně každý), nicméně pro všechny strany je takový stav prospěšný. Podobně například profese lékařské či právnické apod.

<sup>26</sup> Poněkud odlišný význam pojmu „instituce“, než je obvyklý v právním světě, je v institucionální ekonomii zažitý. Jednoduše řečeno, *instituce* jsou veškerá formální i neformální *pravidla*, která ovlivňují chování subjektů. Typicky jde tedy o tzv. normativní systémy jako právní normy, zvyklosti, morální pravidla, náboženské normy atd. Obecnému významu pojmu instituce se pak z institucionální ekonomii blíží spíše pojem „*organizace*“, což je (opět velmi zjednodušeně řečeno) určitá skupina jedinců. K základnímu pojmosloví viz specializovanou neoinstitucionální literaturu (viz výše, zejména autoři Williamson, North; dále též Eggertsson, T. Economic Behaviour and Institutions. Cambridge University Press. 1990. Furubotn, E. G., Richter, R. cit. dílo. Z tuzemských pak (poněkud „tradičnější“ podobu institucionalismu) podává Mlčoch, L. cit. dílo.

<sup>27</sup> K tomu srov. četnou odbornou literaturu, demonstrativní je zejména studium ekonomického vývoje různých oblastí během historie v závislosti na institucích a též studium evoluce institucí. V tomto směru viz výše uvedenou institucionalistickou literaturu. Srov. též volně dostupný projekt Meira Kohna „Trading costs, the expansion of trade and economic growth in preindustrial europe“ a „How and why economies develop and grow, lessons from Europe and China“, obě dostupné z <http://www.dartmouth.edu/~mkohn/>.

Z toho plynou také některé přímé ekonomické úvahy o *podobě těchto pravidel*, které by k ochraně soutěže měly sloužit. Nejde přitom jen o obsahovou hodnotu těchto norem, ale i o formální provedení. I v případě soutěžního práva by se tento aspekt měl projevit ve snaze vybudovat regulující normy tak *srozumitelné a předvídatelné*, jak jen je to možné.<sup>28</sup>

## 2.2 Ekonomická podstata soutěžního práva

Ze dvou generálních proudů<sup>29</sup> (či pro svou nehomogenitu spíše „multiproud“), tedy *přístupu svobody konkurence* (kam lze zařadit – z těch etablovaných – koncepce chicagskou, ordoliberalní a Hayekovu) a *přístupu optimální intenzity konkurence* (mezi jejíž představitele bývá počítána teorie J. B. Clarka, tzv. Harvardská škola a teorie E. Kantzenbacha), preference náleží směru *prvému*.

Cesta k maximalizaci společenského blahobytu ve statickém i dynamickém smyslu je tedy zprostředkována přes *proces svobodné soutěže*, která onu „optimální“<sup>30</sup> podobu konkurence (včetně struktury trhu) vygeneruje. To samozřejmě nic nemění na diferenciaci uvnitř prvního proudu, a to v další úrovni úvah – totiž, jak tomuto procesu připravit co nejlepší podmínky, resp. jak nejlépe odstranit jeho překážky.<sup>31</sup>

Je třeba zaručit takové podmínky na trhu, které umožní subjektům, aby optimální stav *svobodně našli*, spíše než se ho snažit *navodit* „soutěžní politikou“. Ono často vzývané „blaho spotřebitele“<sup>32</sup> (v širším smyslu, včetně konzumentů nikoliv

---

<sup>28</sup> Z čehož plyne preference spíše per se zakazujících pravidel a taxativních výčtů. K tomu viz výklady u jednotlivých dílčích témat.

<sup>29</sup> Využito velmi zobecnující, ale pro tyto účely vhodné členění T. Krabce, cit. dílo s. 34.

<sup>30</sup> Pojem „optimální“ zde není v uvozovkách náhodou. Optimalitu soutěže, stejně jako optimalitu výstupu hodnotit lze *ex ante* hodnotit obtížně. Ex post analýza při aplikaci norem zase není pro ekonomické otázky právně zcela korektní, neboť zahrnuje „informace o budoucnosti“, které před rozhodným bodem nebylo možno nijak získat.

<sup>31</sup> Zde již nastupuje rozpor teorií obhajujících různou míru zásahů státu, zejména spor chicagského a ordoliberalního přístupu.

<sup>32</sup> Jak je v americkém i evropském soutěžním právu v současné době považováno za základní kritérium kvalifikovaného posuzování (proti)soutěžních jednání. Kromě

finálního produktu) spočívá – lapidárně řečeno – především v zaručení jejich *možnosti svobodně si zakoupit jakékoliv statky, které chtějí, za ceny, které jsou ochotni platit*, k čemuž přispívá svoboda soutěžitelů své podnikatelské aktivity volně rozvíjet, konkurovat si, inovovat, to vše v rámci jasně daných a předvídatelných pravidel.

A zmínili-li jsme aspekt *svobody konkurence*, lze se s ním právě v oblasti ochrany proti zneužití dominance, z čehož omezení svobody může plynout velmi bezprostředně, setkat vcelku výrazně.<sup>33</sup>

## 2.2.1 Fundamentální pohled na tržní mechanismus

Základní hledisko rozborů v tomto příspěvku vychází z *liberálního pohledu* na tržní systém. Dilema mezi ponecháním přirozeného vývoje, má-li potenciál směřovat k rovnovážnému výsledku, a zásahem státu, který pohotově navodí stav jeho metrikou hodnocený jako „efektivnější“, dopadá (*ceteris paribus*) jednoznačně ve prospěch dříve zmíněného.

Úskalí přílišného spoléhání na „řiditelnou“ povahu trhu byly mnohokrát dostatečně popsány i prokázány empirickou zkušeností. Nejenže nelze administrativně stanovit, co má být optimálním

---

základní komentářové a učebnicové literatury (viz přehled literatury) též Rousseva, E. Modernizing by eradicating: How the Commission's new approach to article 81 EC dispense with the need to apply article 82 EC to vertical restraints. *Common Market Law Review*, 2005, č. 42, s. 610. Také srov. Zprávu EAGCP s. 9. K tomu též vyjádření Philipa Lowa (Director-General for Competition) v jednom z jeho rozhovorů : „Pracujeme na tom, aby spotřebitelé dostali co nejvíce co se týče ceny a kvality. Naším mottem musí být: Soutěž přináší spotřebitelům lepší produkty, vyšší kvalitu a lepší služby za nižší ceny“. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>. Též Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 952: „Ochrana konečných spotřebitelů je důležitým aspektem soutěžního práva a je často vysoce relevantní při posuzování, zda určité zneužívající jednání způsobuje újmu konečným spotřebitelům ve smyslu vysokých cen nebo omezení výstupu nebo volby.“

<sup>33</sup> Evidentním příkladem může být odmítnutí přístupu k podstatným zařízením v moci monopolního soutěžitele, kdy za přiměřenou cenu odmítne poskytnout možnost ostatním konkurentům se soutěžen vůbec zúčastnit. Pak je zřejmé, že svobodný konkurenční boj probíhat vůbec nemůže výstup celého odvětví je určen rozhodnutím jediného subjektu.

stavem na trhu (ať již z důvodu pojmově vyloučené možnosti disponovat potřebnými informacemi<sup>34</sup>, nebo nedokonalostí a nebezpečí vyplývajících z nutné diskreční arbitrárnosti přijímaných rozhodnutí), i při (náhodou) jinak stejných výsledcích obou přístupů, liberálnější cestu lze patrně považovat za *věrohodnější, bezpečnější*, a často i *levnější*.<sup>35</sup>

Stejně tak byly ovšem na druhé straně mnohokrát dostatečně popsány i empiricky ověřeny důsledky naopak příliš bezbřehého spoléhání na „všemocné“ automatické mechanismy hospodářského systému. Je nutno vycházet z toho, že v důsledku nenaplnění řady (většiny) výchozích předpokladů neoklasických modelů v realitě nemá autoregulační mechanismus zcela *ideální* funkčnost (jakou se pyšní teoretický model<sup>36</sup>), ať již co se týče doby nutné k jeho uplatnění, tak i výsledků a jejich spolehlivosti. Jak bylo zmíněno, mnohé vstupní předpoklady klasického modelu nelze považovat za korektní a tím ani závěry zkonstruovaných modelů nemají potřebnou validitu pro praktická (např. soutěžněprávní) doporučení v reálných situacích. Výsledné soudy zejména o dostatečně rychlé a úplné schopnosti nastolit optimální stav na trhu nemusí platit.

Rezignace na důvěru v preferenci samovolného vývoje trhu ovšem má místo pouze tam, a až tehdy, pokud je daná situace výrazným vzdálením se od uvažovaných předpokladů skutečně charakteristická. Opak lze přitom považovat za primární a může být presumován. Z tohoto pohledu bude na jednotlivé (proti)soutěžní situace pohlíženo.

Bezvýhradně použitelným se nezdá být také pojetí „státní kontroly“ *efektivit trhu* na základě *statických analýz* (tedy porovnávání zjištěných údajů s těmi, které „by měly“ správně existovat na základě statického neoklasického modelu). Pohled na

---

<sup>34</sup> K tomu srov. výstupy v tomto ohledu nenahraditelného Hayekova odkazu.

<sup>35</sup> Obdobně Muzikář, K., Kindl, J. V jádru soutěžní politiky je základní politické dilema naší společnosti. Příspěvek pronesený na konferenci „Soutěž a konkurenceschopnost“, Brno 28.- 29.11. 2006.

<sup>36</sup> Detailní výklad procesu nastolování rovnovážného stavu v klasických modelech v tuzemské literatuře např. in Hořejší, B., Soukupová, J., Macáková, L., Soukup, J. Mikroekonomie. 4. rozšířené vydání. Praha: Management Press. 2007 či Holman, R. Mikroekonomie, středně pokročilý kurs. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007. Varian, H. R. Mikroekonomie: Moderní přístup. Praha: Victoria Publishing, 1995.

funkci soutěže jako pouhý maximalizátor alokační efektivnosti se jeví příliš zjednodušeným. Jedinými charakteristikami, které odběratele (včetně konečného spotřebitele) zajímají, nejsou jen množství a cena.

Trhy se vyznačují nesmírnou různorodostí, která se navíc v čase mění. Některé jsou skutečně, tak řečeno „*alokačně intenzivní*“, kdy cena a masová dostupnost jsou hlavním faktorem, který má smysl primárně sledovat (např. trh základních potravin). Jiné jsou zase velmi „*dynamicky intenzivní*“, a spíše než produkce čím dál *většího kvanta* nesutále *levnějšího* daného výrobku interesuje zákazníka neustálý invenční vývoj, nové výrobní řady, nové typy, nové funkce apod. (kupříkladu trh informačních technologií).<sup>37</sup> Jinde zas můžeme identifikovat výrazný „*výrobně intenzivní*“ aspekt, kdy např. zákazníka bude zajímat, jak efektivní byla produkce vzhledem k mimoekonomickým hlediskům (spotřeba unikátních zdrojů, vliv na životní prostředí, politické, náboženské, morální otázky, další socio-environmentální vlivy, obecně dopady dotýkající se jakékoliv skupiny stakeholderů)<sup>38</sup>.

Přesná klasifikace a aplikabilitizace však není úkolem této úvahy. Naopak, pointou je uvědomění si faktu, že v žádném případě *není na státu*, aby o těchto faktorech rozhodoval. Nemá být rolí soutěžních orgánů, aby stanovovaly, které vlastnosti produktů (cena, kvalita, množství, inovace, efektivní výrobní postup) jsou těmi nejdůležitějšími a k čemu mají tedy soutěžitelé směřovat svoji činnost. A není *rolí soutěžitelů*, aby takto stanovené státní „úkoly“ plnili, jako by svobodné podnikání snad byla *veřejná služba sui generis*. Tato rozhodnutí náleží jediné tržním subjektům samým.

---

<sup>37</sup> Jak upozorňuje J. Bejček (Bejček, J. Mergers and New Technologies. International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2005, č. 7, s. 827): „Inovace jsou v mnoha odvětvích tím vůbec nejdůležitějším soutěžním faktorem.“

<sup>38</sup> *Mimoekonomická* hlediska jsou u výrobní efektivity zmíněna proto, že čistě ekonomická dimenze, tedy *výše výrobních nákladů*, pro zákazníka příliš rozhodující není, resp. je pro něj určující pouze tehdy, pokud se projeví do *ceny produktu* – pak se ale stává součástí *efektivity alokační*. Nízké výrobní náklady se tedy projeví buď v nízké ceně, nebo jsou cestou ke zvýšení zisku producenta. Přímý zájem o výrobní efektivitu tak spotřebitel projevuje právě spíše s ohledem na zmíněné další faktory.

Navíc, v případě snahy o maximalizaci úzce chápaného „spotřebitelského blahobytu“ jde o jistý kontradiktorní koncept. Pokud je totiž spotřebitelský blahobyt chápán nikoliv jako svoboda nakoupit statky, které spotřebitel chce, za ceny, které je svobodně ochoten zaplatit, ale jako státem kontrolovaná maximalizace alokační efektivity, pak – kromě výtek uvedených v minulém odstavci – musíme připomenout i *dvojsečnost* jakékoliv takovéto snahy. Tlak na nízké ceny je zároveň tlakem na snižování výrobních nákladů, což vytváří enormní tlak na nízké mzdy (případně propouštění) i nízké renty jiného kapitálu (úroky, nájmy apod.)<sup>39</sup>. Je nutno si tedy uvědomit, že spotřebitelé jsou zároveň nositeli různých forem kapitálu. Takto pojatá „soutěžní politika“ je potom vlastně spíše jen *přerozdělovacím mechanismem*, který přelévá zdroje mezi jednotlivými různě vlivnými skupinami na úkor druhých<sup>40</sup>, buď mezi spotřebiteli navzájem, nebo jde o odebrání části zisku „zlých“ podnikatelů ve prospěch „hodných“ konzumentů. K přerozdělovacím cílům (o jejichž politické oprávněnosti se zde diskuse nevede ani v nejmenším) by však mělo být využito jiných nástrojů. Deformovat kvůli nim soutěžní právo je možno pokládat za nešťastné.

## 2.2.2 Struktura trhu a soutěž jako dynamický proces

Celá sada otázek je spojena s pojmem *tržní struktura*. Co se týče tohoto bodu, nelze se přiklonit ke schematickému pohledu, který v daném okamžiku zjištěnou strukturu trhu pokládá za *přímou indicii* o kýžené „kvalitě“ *konkurence*. Soutěžní právo by rozhodně nemělo

---

<sup>39</sup> Velmi názorně jde tento rozpor pozorovat u medializovaných diskusí o zemědělských produktech a potravinách, kdy „spotřebitel“ chce zároveň nízké ceny potravin, ale je-li zaměstnán v nějakém stadiu jejich produkčního řetězce, pak snížení své mzdy či ztrátu jeho pracovního místa si už pochopitelně nepřeje. Zgeneralizujeme-li tento segment na celé hospodářství a zahrneme i další druhy kapitálu, než je pracovní síla (např. dividendy, úroky, nájmy), vyjeví se popisované dilema zřetelně.

<sup>40</sup> Což dále podporuje neproduktivní tzv. DUP aktivity.

*usilovat o co největší počet soutěžitelů*<sup>41</sup> na relevantním trhu. Mělo by se spíše zabírat podmínkami vstupu na trh (a výstupu z něj).

Významná výchozí otázka spojená se strukturálním pohledem se týká *hypotézy „nedostatku“ konkurenčního tlaku*. Je třeba do celého pojetí soutěžní ekonomie zasadit mimořádně významný *element času* a dynamického vývoje. Je tedy třeba rozlišit pohled statický a dynamický.

V této práci budeme vycházet z toho, že stejně relevantní jako *soutěžitelé stávající*, již na trhu působící, jsou i *konkurenti potenciální*, kteří mohou vyvíjet (hrozbou svého případného vstupu do odvětví) stejně účinný konkurenční tlak, jako podniky již na trhu působící.<sup>42</sup>

Fenoménem, který přispívá k dynamickému chápání soutěže, je i potenciální hrozba, kterou představují inovační a imitační *procesy zcela vně relevantního trhu*. Již mnohokrát byl trh s určitým produktem konkurenčně atakován, ba i zcela potlačen, produktem zcela jiným, který ho plně nahradil.<sup>43</sup>

Struktura trhu se tak může přirozenou cestou měnit. Její statická podoba sama o sobě není rozhodujícím kritériem pro soutěžněprávní úvahy. Důležitým faktorem analýz v této práci bude zohlednění *dynamického prvku soutěže* v konkurenci nahlížené jako *procesu*, nikoli *stavu*.

---

<sup>41</sup> Případně o nějaký konkrétní počet, např. v duchu Kantzenbachovy „teorie optimální intenzity konkurence“, v které navrhuje *aktivně* soutěžní politikou podporovat vznik tzv. *širokých oligopolů*. Blíže k tomuto instrumentálně inženýrskému přístupu Krabec, T. cit. dílo s. 66 – 68.

<sup>42</sup> Samozřejmě nikoliv za všech podmínek v plné míře. K tomu níže.

<sup>43</sup> Lze vzpomenout např. mechanické psací stroje, které byly nahrazeny nejprve přístroji elektronickými, aby poté byly v podstatě vymazány ze světa nástupem osobních počítačů. Klasická fyzická doprava listovních dokumentů je nahrazována elektronickou komunikací (fax, e-mail, textové zpráva). Obecně mobilní telefonie ohrozila, minimálně pak výrazně změnila pozici pevného telefonního připojení. Magnetická záznamová média byla nahrazena nosiči digitálními atd. Příklady existuje nespočet a potvrzuje se tím nezastupitelná role *inovací a imitací* v jakýchkoliv soutěžních conceptech. Tato složka je ale skutečně jen mizivě předvídatelná (už vůbec pak říditelná). I proto pro ekonomiku a společnost obecně možná tak klíčová.



Synergii neoinstitucionálního ekonomického základu a důrazu na dynamickou (evoluční) složku soutěžního procesu tak můžeme označit jako *institucionálně-evoluční přístup* v soutěžním právu.<sup>44</sup>

Právě dynamická složka přitom v široce rozšířených neoklasických modelech „okamžiků“ rovnováhy nebo nerovnováhy nebývá příliš doceněna, realita ovšem hovoří naprosto opačně.

Pakliže je vstup do odvětví možný, není žádná struktura trhu definitivní a nemá sloužit jako kategorické kritérium pro soutěžněprávní rozhodování.<sup>45</sup>

Kvantita subjektů v odvětví je otázkou přirozeného vývoje a nelze administrativně stanovovat, zda má být jejich počet například „raději sedm než tři“.<sup>46</sup> Velikost a počet soutěžitelů se v průběhu vývoje odvětví mění běžně a přechodně může nabývat nejrůznějších hodnot. Staticky „vytrhnout“ nějaký okamžik tohoto vývoje a na základě momentální neoklasické analýzy efektivity učinit hodnotící závěry o

---

<sup>44</sup> V nejnovější odborné ekonomické literatuře se i ucelenější koncepce přímo zaměřené na antitrust v tomto duchu objevují. Odmítají staticnost mainstreamového přístupu, zaměřeného neustále jen na analýzu alokace zdrojů a sledování zgeneralizované „efektivity“ k určitému okamžiku, a zaměřující se naopak na soutěž jako na *evoluční proces*, zohledňující zcela klíčovou roli inovací a imitací. To vše pak v rámci zde preferovaného institucionálního přístupu navíc výrazně ovlivňovaného právní regulací. Příkladem takového sympatického přístupu (resp. jeho základního kamene) je tzv. *institucionálně-evoluční model* C. Mantzavinose, jehož název je v textu parafrázován. Viz. Mantzavinos, C. The institutional-evolutionary antitrust model. *European Journal of Law and Economics*. 2006, č. 22, s. 273 – 291. Další rozpracování in *Zur Verteidigung des institutionenökonomisch-evolutionären Wettbewerbsleitbildes*. *ORDO-Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2007, s. 155-164.

<sup>45</sup> V Evropském právu nyní diskuse na tato témata probíhá, neustále však přetrvává spíše strukturální pohled, na němž byla (nejen) komunitární koncepce původně vystavěna. „Evropské právo tak vychází z konceptu funkční soutěže a umožňuje kontrolu chování na trhu, který se odchýlil od myšlené ideální struktury.“ Viz Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. *Kurs obchodního práva*. Obecná část. *Soutěžní právo*. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007, s. 447.

<sup>46</sup> Což lze pokládat za problém obecnější. Souvisí to z celkovým přístupem k ekonomické podstatě hospodářské soutěže. Často je chápána jako nějaká modelovatelná produkční funkce, alokační mechanismus vedoucí k předvídatelným rovnovážným stavům. To potom vede k pokusu neustále porovnávat skutečnost s nějakým předpokládaným, vypočítaným stavem, který *by měl* panovat, *kdyby byla* soutěž taková, jaká *by měla být*.

„správnosti“ takového stavu se jeví ontologicky značně sebevědomé a metodologicky až příliš odvážné.

Zde se hodí připomenout ono okřídlené tvrzení, že soutěžní právo nemá fungovat jako ochrana slabších soutěžitelů. Co je „malé“, není automaticky správné<sup>47</sup>, „velké“ není apriori špatné.<sup>48</sup> Velikost firem a jejich uspořádání je výsledkem logických a ekonomicky zdůvodněných zákonitostí, které se *odvětví od odvětví liší*.

Často skloňovaný pojem (a například pro Harvardskou školu antitrustu klíčový) *struktury trhu* je jedním z výsledků onoho svobodného procesu nastolování optima, a jinou metodou než tržní koordinací svobodných rozhodnutí všech zúčastněných subjektů se nelze k tomuto optimu přiblížit. Rozhodně nelze tuto unikátní synergií žádným jiným způsobem suplovat a od úřední či soudního stolu optimální strukturu „určit“.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Bejček, J. Kartelové právo. Brno: MU, 1995, s. 127: „drobnost podnikatele není sama o sobě výsadou hodnou ochrany“.

<sup>48</sup> Lze se přiklonit k (různému) prohlášení současné komisařky Evropské Komise pro hospodářskou soutěž N. Kroesové z jejího projevu z 23. září 2005 na Fordham Corporate Law Institute v New Yorku na téma „Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82“, SPEECH/05/539. „Mám ráda agresivní konkurenci včetně soutěže ze strany dominantních podniků a nezajímá mne, jestli to může poškodit konkurenty do té doby, dokud v konečném důsledku profitují spotřebitelé.“

<sup>49</sup> Eucken, a později i Shneider ostatně jednoznačnou vazbu mezi strukturou trhu a tržním chováním, resp. tržními výsledky, zpochybňuje, resp. její význam upozaduje. Srov. Krabec, T. cit. dílo s. 74. Obdobně Mantzavinos, C. cit. dílo na s. 277 konstatuje, že tržní *chování* není *strukturou* trhu ovlivněno nejenže nikoliv výhradně, ale ani primárně. J. Bejček (in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 5. vydání. Praha : C.H. Beck, 2007, s. 412) k tomu uvádí, že „[popisované teorie] předpokládají korelace mezi tržní strukturou, chováním na trhu a výsledky na trhu dosahovanými, které se však dosud nepodařilo spolehlivě prokázat“. Opačně, ve velmi „tradičním“ duchu, je ovšem i v soudobé literatuře koncept struktura-chování-výsledek téměř nekriticky obhajován, viz např. Schmidt. The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy. E.C.L.R. 2007, č. 7, s. 410: „Hlavním úkolem soutěžní politiky a soutěžního práva je a zůstane zachovávání soutěžní *struktury trhu*, která *automaticky vede* – alespoň jako modelová předpověď – k *dobrym* výsledkům a ke zvýšení spotřebitelského blahobytu.“ [kurzíva doplněna] K závěrům článku jako celku o nebezpečnostech přílišně popuštěné uzdě soutěžní kontroly pod vlivem chicagského paradigmatu (schované za módní heslo „more economic approach“) se lze přiklonit, argumentace je zde ovšem vedena z poněkud jiného úhlu pohledu a snaží se dospět k jiné podobě soutěžní politiky.

Problém je však složitější a právě řečené nelze samozřejmě pokládat za neprolomitelné dogma. Je jasné, že uvedenými charakteristikami se vyznačují *pouze* otevřené trhy s určitou mírou naplnění předpokladů. Bylo by absurdní snažit se stejnou optikou, jakou nahlížíme např. na trh internetového prodeje elektroniky, pohlížet na trh těžby a distribuce zemního plynu.

Mezi modifikovanými předpoklady ekonomického rámce jsme zařadili také *překážky vstupu na trh*, transakční náklady a specifčnost aktiv. To vše může snadný přesun aktivit mezi trhy omezovat, a tedy vliv *dostatečně důrazné potenciální konkurence* eliminovat. Kromě toho je nutno připomenout i oportunismus, díky kterému může dominant na základě uplatnění výrazné moci další překážky soutěže konstituovat uměle svým jednáním.

To vše pak ve svém souhrnu může – v určitých případech, které ale mají být identifikovány jako výjimka z primárního předpokládaného stavu – funkčnost autoregulačního působení trhu narušit výrazně. I v těchto aspektech (zhusta plynoucích přímo z jiných výchozích předpokladů) se čistě neoklasický model (a v antitrustu jeho *chicagská podoba*) *nezdá býti obecně použitelným*.

Není totiž možné přehlížet kvalitativně jinou charakteristiku situace, když je ona struktura trhu uměle zdeformována; kdy se výsledkem spontánního optimalizačního procesu díky překážkám výše popsaným nemůže stát. A tyto situace se budeme v práci snažit vždy odlišit; posuzování chování na trzích otevřených, „dobyvatelných“, a na druhé straně trzích „nedostupných“, s výraznými překážkami vstupu, musí vést nezbytně ke zcela jiným závěrům<sup>50</sup>.

Stejně tak jiný postoj je zapotřebí nedogmaticky zaujmout, pokud ona vzývaná „svobodná rozhodnutí zúčastněných subjektů“ zcela svobodně činěna nejsou, v důsledku uplatnění soukromé moci soutěžitele. Tržní pozice dominanty nemusí být udržována pouze jeho

---

<sup>50</sup> Pojem „dobyvatelný trh“ vychází z teorie tzv. „contestable markets“, která se jeví v uvedených případech (tedy nikoliv zcela obecně), příhodná. Stručně srov. např. Van Cayseel, P., Van den Bergh, R. Antitrust Law in Bouckaert, B., De Geest, G. (ed.) Encyclopedia of Law and Economics. Edward Elgar, 2000, s. 478. Blíže pak Baumol, W. J., Panzar, J. C., Willig, R., D. Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure. 2. vydání, New York : Harcourt Brace Jovanovick, 1982.

ekonomickou excelencí, nemusí jít mezi konkurenty vůbec o soutěž „on the merits“.<sup>51</sup>

Prevence vzniku a excesivního uplatňování *soukromé moci* je tak dalším aspektem popisovaného výchozího rámce, který zde nelze pominout. Jde o téma kontroverzní, a koncepčně vnáší do hry i poněkud ordoliberalistické prvky.<sup>52</sup> I když své plné uplatnění (rovněž s plným uplatněním své kontroverze) nalézá hlavně v oblasti kontroly koncentrací, i se zde probíraným tématem zneužití dominance velmi úzce souvisí. Zejména v souvislosti s předpoklady omezené racionality, oportunismu a transakčních nákladů zdá se zahrnutí tohoto faktoru do vymezované koncepce konsistentní.

## 2.3 Soutěžní právo, soutěžní politika a soutěžní ekonomie

Poznámka bude na tomto místě ještě patřit pohledu na vztah soutěžního práva a tzv. „soutěžní politiky“.

Vzájemná relace mezi těmito dvěma světy je předmětem odborných diskusí.<sup>53</sup> Jakkoliv je přesný obsah obou nedefinovatelný, a o to nesplnitelnější je pak úkol vymezit panující souvislosti mezi nimi, ve světě antitrustu s těmito pojmy specializovaná literatura běžně operuje.

Vycházíme z toho, že právo je programově normativní systém ze své podstaty stabilní, předvídatelný a objektivní. Pouhým „instrumentem“ operativní politiky by tak soutěžní právo (zejména jeho velmi flexibilní složka, a to autoritativní aplikace) být nemělo a jeho interpretace k tomu nemá směřovat.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Jak poznamenává T. Krabec v kritice zgeneralizovaných (a i proto zidealizovaných) chicagských představ: „Ke Stiglerově optimismu je třeba dodat, že ekonomická efektivnost firmy není zdaleka jediným způsobem, jakým se může firma udržet na trhu, a to – za jinak stejných podmínek – i v dosti dlouhém období. s. 59.

<sup>52</sup> K fenoménu soukromé moci a jejímu vlivu na konkurenční proces srov. Krabec, T. cit. dílo s. 20 a dále.

<sup>53</sup> V poslední době např. Neruda, R. Je právo hospodářské soutěže právem? Právní rozhledy, 2006, č. 10, s. 356-360.

<sup>54</sup> Nástrojem být může pouze v dlouhodobém horizontu, v rámci role státu jako ustavitele základního právního rámce pro ekonomickou činnost. Taková role je totiž

Pravidla tržní hry, jejichž je soutěžní právo významnou součástí, jsou jednou z významných „*institucí*“ ovlivňující hospodářskou soutěž, její podobu a její výstupy. Je tedy smysluplné uvažovat o přímé vazbě jejich obsahové, ale i formální podoby na soutěž samotnou.

Z tohoto pohledu je na obecné úrovni především žádoucí, aby pravidla byla *předvídatelná, poznatelná a srozumitelná*. Přestože je při bližším pohledu na aplikační praxi u jednotlivých skutkových podstat zneužití zřejmé, že *nelze* zkonstruovat právní rámec pouze za pomoci *per se zákazů a taxativních výčtů*, kteréžto by v tomto ohledu představovaly cestu ideální<sup>55</sup>, sílí tlak na opačný extrém – téměř bezvýjimečný ad hoc přístup *ex post* analýzy v každém jednotlivém případě<sup>56</sup> – skýtá mnohá rizika.

Problém vyvážení předvídatelnosti a právní jistoty na straně jedné a potřeby co nejcitlivějšího a nejindividualizovanějšího rozhodování na straně druhé (tedy nutně včetně částečného nežádoucího *ex post* stanovování pravidel) nelze řešit radikálním příklonem pouze k poslední jmenovanému<sup>57</sup>.

„Přezkumná“ ad hoc analýza každého konkrétního případu, když už je nutná, je korektně (má-li být „právně“) možná pouze za předpokladu, že se bude opírat o *metodologii, kritéria a hodnotová východiska*, která budou dopředu jasně deklarovaná a *závěry* na nich

---

subjekty předvídaná a v rámci běžné evoluce institucí zcela běžná, a vlastně i žádoucí.

<sup>55</sup> Pro takovou podobu soutěžních pravidel se jednoznačně vyslovuje v cit. díle C. Mantzavinos.

<sup>56</sup> Což souvisí s posilováním tzv. *more economic approach*, což, přestože tento pojem by sám o sobě mohl směřovat k různým podobám soutěžního práva, projevuje se ponejvíce právě v posilování tendencí k *ex post* analýzám v každém jednotlivém případě zvláště. K věcným i formálním otázkám tzv. *more economic approach* srov. Šilhán, J. Ekonomický přístup v soutěžním právu. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova Univerzita, 2006, č. 3, s. 233-242.

<sup>57</sup> Na negativní dopad hodnocení každého případu v podstatě *ad hoc* upozorňuje kromě právnícká literatura často, zmiňme např. Eilmansberger, T. How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: in Search of Clearer and more Cohorent Standards for Anti-competitive Abuses. C.M.L.R. 2005, č. 42, s. 137. Viz též Bejček, J. Falešné dilema strnulé právní normativity a pružného ekonomického pragmatismu v soutěžním právu. Právník, Praha : Academia, 2006, č. 7, s. 745-768.

vystavitelné budou soutěžiteli alespoň přiměřeně spolehlivě *predikovatelné*.<sup>58, 59</sup>

Tudíž, nelze-li zformulovat přímo jasná *per se* pravidla, mají být alespoň zformulována zcela jasná pravidla pro tyto „analýzy“. Dostačujícím řešením by tak mohla být praxe detailně připravených *guidelines*, *metodických pokynů* a „*vykládacích pravidel*“, podle kterých, když už by nebylo možno jasně zformulovat dopředu ono *pravidlo* (v jeho tradičním slova smyslu v *per se* podobě), bylo by alespoň možno predikovat výsledek, ke kterému v daném konkrétním případě *ex post* analýza povede. Využilo by se tím kompromisně výhod obojího, neboť by byla vytvořena diferencovanější, méně obecná a paušalizující, ale přesto ještě normativní a předvídatelná pravidla.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Potřeba zřetelněji objasnit obsah používané ekonomické metody při soutěžněprávním rozhodování, a tedy objasnit obsah zprostředkovaných pravidel byla v předchozích publikacích již zdůrazněna. Viz Šilhán, J. Hospodářská soutěž a "spotřebitelský blahobyt". In Veřejný zájem v obchodním právu. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 68-74.

<sup>59</sup> Opačný názor vyslovuje J. Kindl in Kindl, J. Pojem narušení hospodářské soutěže – obecná východiska a konkrétní aplikace. Právní rozhledy, 2005, č. 10, s. 346: „z hlediska aplikační praxe je přinejmenším *nevhodné*, pokud je [definice pojmu narušení soutěže] odrazem jedné z koncepcí soutěžního práva, aniž by umožňovalo *snadno reagovat* na vývojový posun v názorech na funkci a cíle soutěžního práva“. S takovým pohledem se nelze ztotožnit. „Z hlediska aplikační praxe“ je taková nejistota výhodná leda *pro aplikující orgány*, které mohou pružně měnit své doktríny, jak je libo. Použijeme-li bonmotové vyjadřování, pak musíme poznamenat, že *právo není vytvářeno proto, aby se soudcům dobře soudilo, ale proto, aby co nejlépe regulovalo chování svých adresátů*. Proto předvídatelnost a právní jistotu upřednostňují před excesivní aplikační flexibilitou. Jak jinak lze ostatně vytvořit stabilní, institucionálně příznivé prostředí pro ekonomickou aktivitu(?) Skepticky lze také nahlížet na přílišný optimismus ohledně autorem uváděného „vývojového posunu v názorech na funkci a cíle soutěžního práva“. Nemusí totiž jít jen o vývoj po určité linii, kdy teorie je neustále kvalitnější a kvalitnější, a tedy tento vývojový posun je zcela přímočarý. Vývoj přináší také různé větve a odnože teorií, které existují paralelně vedle sebe. Pak je ale velmi obtížné, aby adresáti právních norem takový rozvětvený „vývojový posun v názorech“ zapracovali do svých predikcí ohledně právního prostředí.

<sup>60</sup> Problémem *zbytečně* vyhoceného a polarizovaného sporu buď paušálních *per se* pravidel na jedné straně, a *ad hoc* individualizovaného přístupu případových ekonomických analýz na straně druhé (často nejen v soutěžním právu zahrnovaného pod tzv. *rule of reason*) se zabývá i ekonomicko-právní literatura, a podobně jako je naznačeno v textu, upřednostňuje spíše diferencovaná pravidla, která by - jak jen je

Je možno říci, že konstrukce stabilních, jasně srozumitelných a vysoce předvídatelných norem soutěžního práva je vůbec jedna z nejučinnějších cest, jak právě ochrany hospodářské soutěže dosáhnout. A to by mělo být i cílem oné „soutěžní politiky“.

### 3. Pojem dominantního postavení na relevantním trhu

Jak v komunitárním, tak v českém právním systému je koncept zneužití dominance upraven explicitně, přímo v primárních předpisech – ve vnitrostátním českém právu jde o zákon o ochraně hospodářské soutěže<sup>61</sup>, v evropském pak o Smlouvu o založení Evropského společenství<sup>62</sup>.

V ZOHS tvoří úprava jeho hlavu třetí. Jde o ustanovení § 10 a §11 ZOHS. První ze jmenovaných ustanovení definuje pojem dominantního postavení a jeho kritéria, druhé pak zneužití

---

to možné - eliminovala negativa obou extrémů. Detailní studie problematiky např. in Christiansen, A., Kerber, W. Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of „Per se Rules vs Rule of Reason“. Journal of Competition Law and Economics. 2006, č. 2, s. 215 – 244. Podobný závěr zastává i John Vickers in Vickers, J. Abuse of Market Power. the Economic Journal. 2005, č. 115, s. 260. V české odborné literatuře se k němu pak přiklání i J. Bejček, např. in Bejček, J. Fixace cen: mezi automatickým zákazem a ad hoc ekonomickým posuzováním. Příspěvek na konferenci kateder obchodního práva SR a ČR, Smolenice, 6.2.-8.2. 2008.

Onen často skloňovaný „more economic approach“ by neměl být chápán jako projev modernějšího, „vědecktějšího“ a „správnějšího“ ekonomického přístupu *případových ex post analýz*, v kontrastu se zastaralým, nepraktickým, neodborným právním snažením se o konstrukci *per se* pravidel a stabilní judikatorní rozhodování. I *per se* pravidlo může být výstupem důkladně vyargumentované ekonomické analýzy. Jak konstatuje J. Bejček, „pravidlo *per se* zákazu zneužití bylo též ekonomickým extraktem racionality a vedlo k předvídatelnosti, jistotě a odstraňovalo od porušení. I rozhodování soudů a Komise bylo a je schopné zdůrazňovat ekonomická hlediska při právním rozhodování (koneckonců to byly zejména opakované spory mezi Komisí a evropskými soudy o nedostatečnou ekonomickou zdůvodněnost rozhodnutí, které iniciovaly diskusi o more economic approach.)“ Bejček, J. Cenová diskriminace a tzv. dvojí ceny v evropském a českém kontextu. Právní fórum, 2008, č. 5, s. 186.

<sup>61</sup> Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů. Dále také jen ZOHS.

<sup>62</sup> Smlouva o založení Evropského společenství, dále také jen SES.



dominance zakazuje, demonstrativně vypočítává nejčastější formy nežádoucího jednání a vypořádává se s některými otázkami procesními.

V primárním evropském právu je problematice věnován čl. 82 SES. Definici dominance oproti českému zákonu nepřináší, ta se ustálila až na základě judikatury<sup>63</sup>; též vypočítává některé skutkové podstaty zneužití.

Jak již bylo řečeno, celá oblast právní úpravy *ochrany proti zneužití* dominance dopadá pouze na určitý, úzce vymezený okruh subjektů. Týká se pouze soutěžitelů, kteří již zaujímají *dominantní postavení*.

Aby vůbec mělo smysl posuzovat, zda se závadného jednání podnik dopouští, zda se jedná o postižitelný případ zneužití dle příslušných předpisů, jaké jsou jeho účinky a zda neexistuje možnost objektivního ospravedlnění, je nezbytně třeba se nejprve vypořádat s existencí *dominantního postavení samotného*.

Předznamenává se tím zcela symptomatická dvojfázovost typického aplikačního postupu, kdy je nejprve nutno odpovědět na otázku, zda podnik toto postavení zaujímá, a pak teprve je možno přistoupit k posuzování jeho domněle protisoutěžního jednání.<sup>64</sup>

Je to ostatně i jeden z důvodů, proč nelze ucelenější vědecký rozbor být jen určitých případů zneužití (jako je tomu v této práci) plausibilně učinit *bez zahrnutí otázky samotné dominance*. Různé přístupy k regulaci se totiž mohou projevit již ve fázi zjišťování dominance a celý případ domnělého zneužití jaksi „zarazit“ již zde, na počátku aplikačního procesu, ještě než bude vůbec přikročeno k podrobnějšímu zkoumání konkrétního (pře)činu. Proto nelze

---

<sup>63</sup> Přičemž ta se potom stala inspiračním zdrojem právě pro definici v českém zákoně.

<sup>64</sup> Bylo by možné hovořit i o více fázích procesu, kdy samostatně bychom mohli oddělit např. stadium objektivního ospravedlnění, kdy může být zjištění zneužívající povahy jednání „zvráceno“ existencí oprávněných důvodů k takovému chování. Spíše než o samostatnou fázi postupu jde ale o integrální součást fáze druhé, v rámci níž při oprávněných důvodech nebude zneužití vůbec shledáno. Pomyslnou třetí fázi tak můžeme spatřovat spíše v případném stanovování a výpočtu výše sankcí soutěžním úřadem. Pro naše účely, kdy se procesními otázkami a státním vynucováním v této práci nezabýváme, postačí však chápání dvouprvkové.

otázku kvalifikace dominantního postavení pominout. Naopak, ekonomicko-právní přístup právě zde vyžaduje nesmírnou ostražitost.

Jako u mnoha jiných neurčitých pojmů, i při hledání přesného obsahu termínu „dominantní postavení“ sehrála klíčovou roli judikatura. Čl. 82 SES totiž definici přímo neobsahuje. Ta v průběhu jeho aplikace vykrystalovala postupně až do podoby běžně dnes užívané, koneckonců v jisté modifikované mutaci i převzaté do českého zákona na ochranu hospodářské soutěže.

Základní koncept byl zformulován v jednom z tzv. *leading cases*, ve věci *United Brands*<sup>65</sup>. Dominantní postavení zde soud vymezil jako „postavení *ekonomické síly* zaujímané soutěžitelem, jež mu umožňuje bránit zachování efektivní soutěže na relevantním trhu tím, že mu dává *moc chovat se ve značné míře nezávisle na jeho konkurentech, zákaznících, a nakonec i spotřebitelích*“.<sup>66</sup>

Doplnění a rozšíření pak přineslo rozhodnutí v (neméně významném) případě *Hoffmann-La Roche*<sup>67</sup>, kde bylo po odkazu na původní formulaci upřesněno, že takové postavení *nevyklučuje existenci určité (zbytkové) soutěže na trhu*. Umožňuje ale dominantnímu soutěžiteli, aby – když ne určoval, tak alespoň měl značný vliv na podmínky, za kterých se tato soutěž rozvíjí, v každém případě mu pak umožňuje *v rozsáhlé míře na tuto soutěž nebrat*

---

<sup>65</sup> Rozsudek ve věci C-27/76 *United Brands company and United Brands Continental BV v Commission*, [1978] ECR 207 (dále také jen jako *United Brands*).

<sup>66</sup> Srov. čl. 65 cit. rozhodnutí. Upozornit je možno na požadavek pouhé „značné míry nezávislosti“, nikoliv nezávislosti absolutní. Takový koncept by totiž byl v praxi stěží použitelný. Na úplně *absolutní nezávislost* se nemůže spoléhat ani naprostý monopolista, neboť i přes neexistenci konkurence na jeho straně trhu (nabídka či poptávka), vždy zde existuje tzv. *konkurence napříč trhem*, tedy pořád je zde antagonismus zájmů s druhou tržní stranou. Je tedy skutečně minimum případů (v úvahu přichází snad jediné nejzákladnější životní potřeby), ve kterých bychom mohli uvažovat o naprosté nezávislosti podniku, který by mohl své podmínky protistraně skutečně „vnutit“, ať již by byly jakkoliv absurdní. (I zde by však křivka poptávky byla zřejmě alespoň minimálně klesající.)

<sup>67</sup> Rozsudek ve věci C-85/76, *Hoffman-La Roche & Co AG v Commission*, [1979] ECR 461 (dále také jen jako *Hoffman-La Roche*).

*ohled*, alespoň tak dlouho, dokud takové chování není na jeho škodu.<sup>68</sup>

Důležité jsou tři prvky definice<sup>69</sup>: (1) výrazná ekonomická, obchodní síla na trhu, která (2) podniku dává moc chovat se ve značné míře nezávisle na jeho konkurentech, zákaznících, a nakonec i spotřebitelích, čímž (3) mu umožňuje bránit zachování efektivní soutěže na relevantním trhu. Jeho pozice se tedy projevuje jako jeho *tržní síla*.

Legální definice obráží faktický stav na trhu, který vychází z premis popsaných výše v textu. V situacích, kdy lze hovořit o podstatné míře „nezávislosti“ dominanta na jeho konkurentech, zákaznících a spotřebitelích, lze tím pádem hovořit o jisté míře nezávislosti na *působení tržního mechanismu*<sup>70</sup>, jehož funkčnost je předpokladem chráněné svobodné soutěže (se všemi svými nenahraditelnými funkcemi, pro které právě je chráněna).

Lze si představit jistý třístupňový myšlenkový proces. Za prvé, stav „vynětí“ určitého podniku ze sítě tržních sil, jeho „imunita“ vůči jejím korekčním vlivům, se projevuje (za druhé) jeho popisovanou relativní „nezávislostí“ na soutěžitelích, zákaznících a spotřebitelích, čímž se definuje (za třetí) legální kvalifikované dominantní postavení, které vede ke speciální regulaci, která se snaží benefity plynoucí společnosti z fungující hospodářské soutěže ochránit tím, že chování dominantního podniku kontroluje a do jisté míry tak autokorekční tržní působení nahrazuje.

Z podobného základu vychází i právní *úprava česká*. Do ustanovení § 10 ZOHS se (na rozdíl od čl. 82 SES) výslovná definice dostala, přičemž její formulace vychází z citovaných rozhodnutí Evropského soudního dvora.<sup>71</sup>

Znění odstavce prvního tak dominantní postavení vymezuje jako „postavení soutěžitele nebo více soutěžitelů (kolektivní dominance),

<sup>68</sup> Srov. čl. 39 cit. rozhodnutí.

<sup>69</sup> Srov. *Diskusní materiál* bod č. 21. Těž bod č. 23.

<sup>70</sup> Zde se pochopitelně nemá na mysli *nezávislost* formální, absolutní, nýbrž nezávislost ve smyslu (ne)vyhnutelnosti *dopadů* tržní reakce, nezávislosti relativní, relační.

<sup>71</sup> Což je jeden z projevů nepochybného vlivu evropské *judikatury* na *psané* české právo.

kterým jejich tržní síla umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích.“<sup>72</sup>

Centrální se v definici stává přímo *tržní síla*, která je klíčovou ke zjištění dominantního postavení.<sup>73</sup>

Podoba české formulace, která se od původního vzoru v některých drobnostech liší, je literaturou kritizována.<sup>74</sup> Výkladem, při vědomí evropských kořenů a evropské aplikační praxe, lze však případné problémy překonat.<sup>75</sup>

Přímo v zákonné definici je naznačena jedna z použitelných dichotomií ohledně klasifikace dominantního postavení v reálných případech. Lze rozlišit dominanci samostatnou (*individuální*) a dominanci společnou (*kolektivní*).<sup>76</sup>

Evidentně, při individuální dominanci je subjektem pouze jeden podnik, při dominanci *kolektivní* jde o několik soutěžitelů na oligopolním<sup>77</sup> trhu, s výrazným tržním postavením, kteří aplikují určitou *společnou strategii*<sup>78</sup>, aniž by se na ní ovšem výslovně dohodli<sup>79</sup>. Jde o stav, kdy si soutěžitelé na oligopolním trhu

---

<sup>72</sup> Jak dodává literatura, na rozdíl od předchozí úpravy tak v současné době není myslitelné, aby na jednom relevantním trhu v daném čase vedle sebe koexistovaly dva či více podniky, kteří by oba samostatně byly v dominantním postavení. Srov. Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 154.

<sup>73</sup> Ekonomický pohled na nedostatky definice využívající konceptu *značné míry nezávislosti* (Hoffmann-La Roche) a argumentaci ve prospěch využití pojmu *tržní síly* lze nalézt v publikaci Bishop, S., Walker, M. Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement. London : Sweet & Maxwell, 2002, s. 183-184.

<sup>74</sup> Z několika pohledů formulaci kritizuje Munková, J. in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. cit. dílo s. 162.

<sup>75</sup> Tak například je zřejmé, že dominantní postavení je nutno vždy zkoumat jedine na *příslušném relevantním trhu*. Přestože o tom definice explicitně nehovoří.

<sup>76</sup> Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 156.

<sup>77</sup> Případně *oligopsonním*, jde-li o poptávkovou stranu trhu.

<sup>78</sup> Raus, D. Neruda, R. Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU. Brno: CP Books, 2005, s. 109.

<sup>79</sup> Pokud by šlo o jednání vzájemně sladěné, posuzoval by se případ jako kartelová dohoda podle jiných norem soutěžního práva. Raus a Neruda se přitom ve svém komentáři (Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 157) k možnosti vzniku kolektivní dominance na základě kartelové dohody staví

uvědomují, že plně intenzivní soutěž mezi nimi „na ostří nože“ by jim přinesla více škod než užitku, a proto se chovají „jakoby“ sdíleli určitý „jednotný postup“<sup>80</sup>.

Rozlišovat lze také dominantní postavení na straně *nabídkové* (s jeho extrémní variantou v podobě monopolu) a na straně *poptávkové* (s krajní variantou v podobě monopsonu).

Více než kategorizací má však smysl zabývat se tím nejpodstatnějším aspektem, a to *faktory dominance*, dle kterých může být dominantní postavení v realitě právně identifikováno.

### 3.1 Kritéria dominance a jejich relevance

V evropském právu praxe vychází z ustálené judikatury. Oporu lze hledat také v „předpisech“ nikoliv přímo závazných (jde o tzv. soft law), nicméně fakticky aplikovaných<sup>81</sup>. V českém zákoně o ochraně hospodářské soutěže jsou kritéria tržní síly upravena výslovně, ovšem pouze demonstrativně v odstavci druhém ust. § 10 ZOHS.

---

odmítavě, přestože, jak autoři uvádějí, tento stav „určitou míru koordinace předpokládá“. J. Munková (in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. cit. dílo s. 169) se o této problematice zmiňuje nekategoricky, a uvádí fakt, že Evropský soudní dvůr několikráté připustil posouzení obou forem narušení soutěže (dle čl. 81 i 82 SES) souběžně. J. Bejček (in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 450) k tomu uvádí, že „Společná tržní moc existuje pouze tehdy, jestliže několik samostatných podniků je v důsledku vzájemných hospodářských svazků propojeno do té míry, že zaujímají společné dominantní postavení vůči jiným konkurentům na trhu. Předpokládá to též, že vzájemné propojení podniků je takového druhu, že se na trhu chovají stejně. Takové spojení bývá typicky smluvní povahy, může jít ale též o strukturální propojení typu vzájemného křížového držení akcií nebo o společné řídicí centrum (pak však může jít i o jediný podnik).“ Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 940-941 souběž kartelové a kolektivně-dominantní podstaty též nevylučují. Ke kolektivní dominanci srov. i *Diskusní materiál* body č. 43-50.

<sup>80</sup> Spojení „jednotný postup“ použil ESD v rozsudku ve věci C-6-7/73, *Commercial Solvents v Commission*, [1974] ECR 223. Ke kolektivní dominanci srov. též O'Donoghue, R., Padilla, A. J. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Hart Publishing, 2006, s. 137 a násl.; *Diskusní materiál* body č. 43-50; Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 338-344; Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 939-946.

<sup>81</sup> Zde máme na mysli například Sdělení Komise k definici relevantního trhu pro účely Soutěžního práva, OJ 1997 C 372/5, zejména část IV týkající se tržních podílů.

Obě úpravy samozřejmě vycházejí z podobného pohledu, resp. konstrukce úpravy české byla evropskou praxí nevyhnutelně ovlivněna.

Za relevantní lze obecně považovat především tato *kritéria dominance* (pro přehlednost jsou zde uspořádána do tří bloků dle primárního předmětu zájmu):

(1) První skupina je spojena se *statickým pohledem* na *stávající rozložení sil* na relevantním trhu. Patří sem klíčový ukazatel *tržního podílu*, dále tržní podíly nejbližších *konkurentů*, stejně jako celková *struktura* na obou stranách trhu (tedy včetně analýzy „protistojící“ vyvažující síly<sup>82</sup> na druhé straně dvojice nabídka – poptávka),

Další dvě skupiny pak souvisí s *dynamickým potenciálem změn* tohoto aktuálního rozložení. Jde jednak o podmínky samotného *trhu* ovlivňující způsobilost (intenzitu i rychlost) změny daného rozložení (skupina 2a), jednak *potenciál soutěžitelů* (včetně potenciálních) k případným reakcím (2b).

(2a) S trhem samotným jsou spojeny zejména faktory: překážky vstupu a expanze, charakter odvětví, včetně průběhu křivky úspor z rozsahu, elasticity poptávky<sup>83</sup>, distribučních nároků<sup>84</sup>, i s tím souvisejícího stupně vertikální integrace, „dynamická intenzita“ relevantního trhu<sup>85</sup> a v neposlední řadě též dynamika struktury trhu, která rozšiřuje první skupinu faktorů o časovou dimenzi<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Například proti zkoumané nabídkové straně stojí extrémně silný odběratel, který jinak třeba i výraznou tržní sílu může výrazně tlumit. Srov. Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 935-936.

<sup>83</sup> Mezi faktory dominance elasticitu poptávky výslovně zařazuje J. Bejček in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 449. Též Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 327.

<sup>84</sup> Např. zda lze produkt distribuovat virtuálně, nebo s vysokými dopravními náklady, nebo dokonce pouze určitou jedinečnou přenosovou sítí apod.

<sup>85</sup> Zde má jít o vyjádření charakteru trhu z hlediska relevance jeho změn a vývoje v čase, včetně ohledu na průměrnou délku inovačního cyklu.

<sup>86</sup> Analýza vývoje tržních podílů za posledních několik období může mnohé napovědět o povaze relevantního trhu z hlediska jeho *flexibility* či *rigidnosti*. Zde se též, stejně jako v „dynamické intenzitě“ odvětví projeví, zda jde o trh teprve nastupující, *nový a rostoucí* (častým příkladem jsou informační technologie apod.), či zavedený, nebo naopak ustupující a zanikající trh. I Diskusní materiál tento aspekt výslovně zmiňuje, což lze přivítat. Srov. Diskusní materiál, body č. 30 a 35.

(2b) Do poslední skupiny lze zařadit finanční, hospodářskou a portfoliovou<sup>87</sup> sílu soutěžitelů, jejich volné kapacity, a další faktory ovlivňující schopnost pohotové reakce a zvýšení nabídky v případě tržní příležitosti.<sup>88</sup>

Jelikož vycházíme z hypotézy, že ochrana před zneužitím dominantního postavení existuje v právu jako jakási náhrada jinak přirozeného korektivního působení autoregulačních sil tržních, je nutno tedy i samotný koncept „dominance“ a jejího „zneužití“ interpretovat důsledně s vědomím tohoto východiska.

V souladu s tím, a v souladu s axiomatickým rámcem stanoveným v úvodu práce, je na kritéria dominance, ale především pak dále na kvalifikaci jejího případného zneužití, nahlíženo. Z toho ostatně pramení i provedené rozlišení faktorů dominance na primárně statické a primárně dynamické prvky, přičemž *oběma složkám* musí být přisouzen *stejný význam* pro konečné rozhodnutí.

Jde o soubor ukazatelů, která je nutno hodnotit vždy *v souhrnu*, ve vzájemné souvislosti.<sup>89</sup>

Vždy také platí, že kritéria zkoumáme na daném *relevantním trhu*, který byl nejprve zjištěn, a jehož určením analýza musí v každém případě začít<sup>90</sup>. (Pokoušet se hledat dominantní postavení

---

<sup>87</sup> Termín portfoliová síla užívá např. Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 167.

<sup>88</sup> Takovou „reakci“ zmiňuje ESD např. v rozsudku ve věci *Hoffmann-La Roche*, když popisuje obecně význam vysokého tržního podílu a dodává „ledaže by na trhu existovali soutěžitelé s menšími tržními podíly, kteří by byli schopni v krátkém časovém horizontu uspokojit poptávku těch odběratelů, kteří se od takového subjektu s vysokým tržním podílem odvrátili“. Cit. dle Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 160.

<sup>89</sup> To vyplývá i z mnoha judikatorních rozhodnutí, jmenovitě lze uvést např. *United Brands*: „Celkově, dominantní postavení může vyplývat z celé řady faktorů, z nichž žádný není rozhodující sám o sobě. Ke zjištění, zda soutěžitel zaujímá dominantní postavení na relevantním trhu je především nutné prozkoumat jeho strukturu a situaci na něm co se týče hospodářské soutěže.“

<sup>90</sup> Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 920. Důležitost citlivého určení relevantního trhu je zřejmá. Příliš úzce určený relevantní trh nahrává velmi snadnému „nalezení“ dominantní pozice na něm, naopak velmi široce chápaný relevantní trh dominantnímu postavení žádného soutěžitele nesvědčí. Ke složité problematice



na relevantní trhu bez toho, abychom nejprve určili jeho *věcné, teritoriální a časové* hranice, je nemyslitelné.)

### 3.1.1 Rozložení sil na trhu

Prvním, v podstatě intuitivním, je pohled na *tržní podíly* soutěžitelů<sup>91</sup>. Přestože zdaleka nejde o kritérium jediné, je o prvotní indicii, o které má smysl uvažovat; nejen z mnohaleté aplikační praxe lze pak usoudit, že zřejmě i ideálním bodem, u kterého posuzovací postup začít. Lze totiž jednoduše „vytřídit“ zcela zjevné případy, kdy o dominanci patrně nemůže být řeč, anebo kdy je naopak její přítomnost velmi pravděpodobná.

Záměrně je v předchozím odstavci zdůrazněno spojení „tržní podíly“, nikoliv pouhý „tržní podíl“. Ukazuje to na potřebu zkoumat toto kritérium ne izolovaně, pouze u potenciálního dominanty, nýbrž předmětem zájmu musí být celá tržní struktura. Dominance samotná je, koneckonců, pojmem „*vztažným*“ (jak poznamenává literatura<sup>92</sup>). Nedává smysl bez zohlednění dalších subjektů trhu. Vždyť dominance vyjadřuje schopnost chovat se určitým způsobem *vůči* dalším entitám (konkurenti, dodavatelé, odběratelé). A právě tento *vztah* je onou relevantní, a tedy hledanou a kritérii hodnocenou skutečností.

---

stanovování relevantního trhu srov. specializovanou literaturu, např. Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 132 a násl. Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 188 a násl.; Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 40-54; Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo kapitola 4; O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 63-106; Neruda, R. Relevantní trh a otázky související v teorii a praxi soutěžního práva (první část). Právní rozhledy, 2004, č. 12, s. 447-458; Neruda, R. Relevantní trh a otázky související v teorii a praxi soutěžního práva (druhá část). Právní rozhledy, 2004, č. 13, s. 498-502. Srov. též materiál britského OFT: Office of Fair Trading. The role of market definition in monopoly and dominance inquiries. Economic discussion paper 2, 2001. [citováno 18. 8. 2008]. Dostupný z [http://www.oft.gov.uk/shared\\_oftr/reports/comp\\_policy/oft342.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft342.pdf).

<sup>91</sup> Kalkulace tržního podílu je analogická jako u kalkule podílů pro účely aplikace blokových výjimek (Munková, J. in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. cit. dílo s. 165). Použitelná je část IV Sdělení Komise k definici relevantního trhu pro účely Soutěžního práva, OJ 1997 C 372/5. Ust. § 10 ZOHS uvádí pouze tolik, že „tržní podíl v hodnotovém vyjádření je tvořen objemem dodávek nebo nákupů na trhu v určitém období.“

<sup>92</sup> Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 448.

Proto společně se zkoumáním tržního podílu domnělého dominanta zjišťujeme i podíly nejbližších konkurentů, relevantní bude zejména odstup od nejbližších soutěžitelů, a také kumulativní podíl (různě široké) skupiny nejbližších konkurentů a relativní srovnání s podílem posuzovaného podniku. To samé platí o výše zmíněné tržní protistraně.<sup>93, 94</sup>

Stejně tak je *aplikačně příhodné* rovnou při analýze tržních podílů zohlednit i jejich *vývoj za posledních několik let*.<sup>95</sup> Doporučená délka období bývá tři až pět let.<sup>96</sup> Získá se tak obrázek o struktuře trhu s mnohem vyšší vypovídající hodnotou a použitelností pro vyvození jakýchkoliv závěrů již v této prvotní fázi.

---

<sup>93</sup> K otázkám vlivu vysoké kupní síly na poptávkové straně trhu srov. Office of Fair Trading. *The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power*. Research paper 16, 1998. [citováno 16. 8. 2008]. Dostupný z [http://www.oft.gov.uk/shared\\_oftr/reports/comp\\_policy/oft239.pdf](http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/reports/comp_policy/oft239.pdf).

<sup>94</sup> Z poněkud techničtějšího hlediska aplikačního postupu bychom mohli zmínit i některé z *kvantitativních ekonomických nástrojů* využívaných v soutěžním právu. Zejména v oblasti spojování soutěžitelů je s otázkou dominance spojen oblíbený tzv. *Herfindahl-Hirschmanův index (HHI)*. Pro otázky dominantního postavení jako takového byl konstruován tzv. *test SSNIP (Small but Significant Not-Transitory Increase in Prices)*. Je založen na vztahu tržní síly a schopnosti zvýšením cen dosáhnout zvýšení zisku. Ani tento test, ani prosté cenově-ziskové uchopení konceptu tržní dominance se jako základ pro právní regulaci problematiky jako celku nejeví nejvhodnější. Jde spíše o dílčí, navíc částečně falsifikovaný (viz tzv. *cellophane fallacy* problém) nástroj pro doplnění obecnějších úvah. Na způsobilosti stanovení ceny nad úroveň mezních nákladů (což je v klasické ekonomii základní znak monopolu) je potom založen *Lernerův index*, který též může dílčím způsobem, i přes problém praktické nejistitelnosti výše mezních nákladů, jako jedna ze *součástí celkové právní analýzy*, k závěrům přispět. Blíže ke kvantitativním testům viz např. Utton, M. A. *Market Dominance and Antitrust Policy*. 2. vydání Edward Elgar, 2003; Motta M., *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>95</sup> A obohatit tak statický pohled i o dynamickou složku, kterou jsme z teoretických důvodů výše včlenili do druhé skupiny kritérií. Aplikačně je ostatně takový postup velmi výhodný, neboť při zkoumání dat o podílech jednotlivých konkurentů lze údaje zjišťovat rovnou za několik posledních období.

<sup>96</sup> Tak Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 928. Pět let navrhuji Raus, D., Neruda, R. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 162.

Z evropské judikatury lze načerpat množství příkladů, jak byl určitý konkrétní tržní podíl zhodnocen z hlediska kvalifikace dominantního postavení soutěžitele. Závazná měřítká sice legislativně zakotvena nejsou, vyvinula se nicméně alespoň určitá, více či méně mlhavá, vodítka. Rozdělme je (záměrně velmi hrubě) pouze do tří kategorií.

- *Vysoké tržní podíly*. Do této skupiny lze zařadit případy, kdy soutěžní orgán již na základě hodnoty tržního podílu samotné velmi silně předpokládá existenci dominance<sup>97</sup>, případně dokonce nejde o pouhý předpoklad, nýbrž rovnou o *postačující důkaz*. Prahová hodnota se pro tuto kategorii pohybuje na úrovni kolem 75% za poslední tři roky<sup>98</sup>. Díky silné pozici se ze soutěžitele stává pro mnoho odběratelů (nebo dodavatelů) tzv. *nevyhnutelný obchodní partner*.<sup>99</sup>

Z klíčových rozhodnutí uveďme jmenovitě případ *AAMS*<sup>100</sup>, kde Soud první instance shledal, že velkoobchodník (s cigaretami) se stoprocentním podílem na trhu „je de facto monopolem a tedy zaujímá dominantní postavení“<sup>101</sup>.

V případě *Hilti*<sup>102</sup> bylo judikováno, že tržní podíly mezi 70% a 80% jsou natolik vysoké, že nevyžadují další důkazy

---

<sup>97</sup> Srov. rozhodnutí ve věci IV/M.68, *Tetra Pak/Alfa-Laval* [1991] OJ L 290/35: „Velmi vysoké tržní podíly jsou samy o sobě, až na zcela výjimečné okolnosti, důkazem existence dominantního postavení.“

<sup>98</sup> Hodnotu 75% uvádí Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 162. Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 925 vymezuje vysoké tržní podíly též nad 75%. Autoři zde, odvolávající se na případ *Hoffmann-La Roche* (zejm. jeho čl. 56 a 60) konstatují, že podíly mezi 75-87% po uvedené době „jsou natolik vysoké, že samy o sobě jsou důkazem dominantního postavení“, a podíly mezi 84-90% (po stejnou dobu) „jsou natolik vysoké, že prokazují existenci dominantního postavení“.

<sup>99</sup> Tamtéž.

<sup>100</sup> Případ T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) v Commission* [2001] ECR II-3413.

<sup>101</sup> Cit. rozhodnutí, čl. 52.

<sup>102</sup> Případ T-30/89, *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439.

k prohlášení dominance<sup>103</sup>. Stejně tak tomu bylo ve věci Tatra-Pak II<sup>104</sup>, kde tržní podíl byl kolem 90%.

Také ve věci Hoffmann-La Roche byly podíly (u různých druhů vitamínů) ve výši 70-90% shledány „za natolik vysoké, že prokazují existenci dominantního postavení“<sup>105</sup>.

- *Velmi nízké tržní podíly*. Opačná situace je u velmi nízkých podílů. Opět lze nalézt případy, kdy hodnota tržního podílu byla průkaznou sama o sobě. Tak v případě SABA II byl tržní podíl pod 10% shledán dostatečným důkazem o *neexistenci* dominantního postavení.<sup>106</sup> Podobně v případě Metro, kde hodnota podílů byla mezi 5 a 10%.<sup>107</sup>

Případů je v této kategorii celkově méně (nijak překvapivě); další by bylo možno nalézt v širší úrovni pod hodnotou tržního podílu ve výši 30%<sup>108</sup>. Zde ale již není vyloučeno, že ostatní faktory dominance (zejména extrémní překážky vstupu a výrazný odstup nejbližších konkurentů) i přes nižší tržní podíl přeci jen převáží. Proto tyto zařadíme až do poslední kategorie.

- *Šedá zóna* mezi oběma pásmy. Poslední, sběrná skupina obsahuje všechny případy, kdy samotná hodnota tržního podílu není dostatečně indikativní, aby se nevyžadovala stejně důkladnou analýza kritérií dalších.

V rámci této třídy by bylo možné rozlišit další, jemnější pásma, například pásmo do 30%, kdy se o dominanci bude jednat pouze zcela výjimečně, pásmo 30%-40%, kdy je třeba důkladně zvážit další okolnosti, pásmo 50%-70%, ve kterém tržní podíl může postačovat k prokázání dominance, pokud jiné indikátory tento předpoklad nevyvrátí apod.

<sup>103</sup> Srov. čl. 92 cit. rozhodnutí.

<sup>104</sup> Rozhodnutí Komise *Tetra Pak II*, OJ 1992 L 72/1.

<sup>105</sup> Cit. případ *Hoffmann-La Roche*, čl. 59.

<sup>106</sup> Případ *SABA's EEC distribution system*, OJ 1983 L 376/41.

<sup>107</sup> *75/84 Metro v Commission* [1986] ECR 3021. Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 927.

<sup>108</sup> Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 162. k tomu uvádí, že „tržní podíl nižší než 30% *zpravidla* nenasevřuje existenci dominantního postavení“. Nejde tedy již o pravidlo bezvýjimečné.

Společným znakem je ale vždy potřeba zohlednit další faktory a provést zhodnocení celého komplexu v souvislostech. Opodstatněné je zřejmě rozlišit jediné pásmo nad a pod hodnotou 40%, neboť pro to existuje výslovná opora v zákoně (třetí odstavec § 10 ZOHS) v podobě vyvratitelné domněnky nedominance. Ostatní úrovně se zdají být ale příliš mlhavé a aplikačně nejisté, než aby bylo vůbec vhodné konstruovat jakékoliv zbytečné generalizující odhady, které by vzbuzovaly zdání normativity u těchto zjištěných hodnot tržních podílů. Vždy bude v takových případech záležet na faktorech dalších. Proto je zde zvoleno výše uvedené hrubé rozdělení na pouhé tři kategorie.

Tzv. šedá zóna je tedy případem víceméně tradičního, (ne)oblíbeného řešení typu „záleží na dalších okolnostech případu“ (k nimž se dostaneme záhy).

Zajímavá jsou ale, a to zejména právně-ekonomicky, obě krajní pásma. Nutně vyvstává kritická otázka, zda by mohl, resp. zda by měl *samotný tržní podíl* předurčit závěr o dominanci? Respektive bylo by to pro regulaci hospodářské soutěže vhodné?

K uvedenému je nesnadné zaujmout jednoznačné stanovisko. Právě názor na relevanci zjištění tržního podílu jako samotného kritéria je velmi úzce spojen se zcela fundamentálními předpoklady, na kterých stavíme vidění soutěžního práva.

Je zřejmé, že tržní podíl, jakkoliv významný je to ukazatel, nemůže být přeceňován.<sup>109</sup> Jde o prvotní *indicii*. Zpravidla je ale nutné vždy učinit i důkladnou analýzu faktorů ostatních.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Shodně Munková, J. in Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. cit. dílo s. 165.

<sup>110</sup> K tomu ESD v případě *Hoffmann-La Roche*, čl. 38-40: „Celkově, dominantní postavení může vyplývat z celé řady faktorů, z nichž žádný není sám o sobě rozhodující, ovšem mezi těmito faktory vysoce důležitým je existence velmi vysokého tržního podílu. Nicméně, výrazný tržní podíl jako důkaz dominance *není konstantní* faktor a jeho význam *se liší trh od trhu* v závislosti na jeho struktuře, zvláště co se týče produkce, nabídky a poptávky.“ Srozumitelně je to vystiženo i v projevu současné komisařky N. Kroesové z 23. 9. 2005 (Kroes, N. Preliminary Thoughts on Policy review of Article 82, projev na Fordham Corporate Law Institute, New York, 23. 9. 2005. SPEECH/05/539): „Vysoké tržní podíly nejsou – samy o sobě – dostatečné pro závěr o dominantním postavení. Domněnky založené na tržních podílech mohou vyústit k excesivnímu zaměření na přesné hodnoty

*Evoluční* složka zaujímaného institucionálně-evolučního přístupu vyžaduje především s minimálně stejnou relevancí jako zjištěné tržní podíly zahrnout i kompletní aspekt *dynamický*, včetně dynamického potenciálu relevantního trhu. Teprve tím je možno ukázat, zda tržní sílu lze považovat za *trvalou*, nebo jen dočasnou (přechodnou).

Velmi zajímavý příklad pochází z jurisprudence americké. Zde se rozhodnutí soudu přiklonilo k postoji, že tržní podíl sám o sobě neindikuje skutečně žádný hodnotící závěr, a to dokonce ani v případě, že jde o podíl *stoprocentní*(!), tedy ryzí monopol.<sup>111</sup>

Takový pohled odráží právě klíčový význam i pouze konkurence *potenciální*, která však na trzích působí *skutečným* faktickým konkurenčním tlakem. Rozhodující proto budou i další faktory charakterizující trh – zejména překážky vstupu na něj.

V kontextu ustálené evropské rozhodovací praxe zdá se být tento pohled přesto poněkud radikálním. V komunitárním i českém právu převládá postoj opatrnější, méně spoléhající na neexistenci *jakéhokoliv* nebezpečí zneužití takto silné, byť i krátkodobější moci,

---

tržních podílů mnohých tržních subjektů. Ryzím zájem pouze o tržní podíly riskujeme nebezpečí podcenění vlivu, který mohou mít konkurenti na korekci chování domnělého dominanta. To v žádném případě neznamená, že by tržní podíl neměl žádnou relevanci. Může poskytnout indicii o dominanci – a někdy i velice silnou indicii – ovšem nakonec, plná ekonomická analýza celkové situace na trhu je nezbytná.“

<sup>111</sup> Srov. Bloch, R. E., Kamann, H. G., Brown, J. S., Schmidt, J. P. A Comparative Analysis Of Article 82 And Section Of The Sherman Act. International Bar Association 9th Annual Competition Conference, European University Institute, Fiesole, 21.-22. 10. 2005 [citováno 10. srpna 2008] <http://www.ibanet.org/images/downloads/Bloch,%20Robert%20E%20-%20Paper.pdf>. Autoři zde uvádějí, že americké soudy obecně tendují v vyšší hranici, od které uvažují o dominantním postavení. Pod 70% je prohlášení dominance velmi nepravděpodobné. (To lze doplnit a zkonfrontovat s faktem, že Evropské orgány naopak shledaly dominanci i při hodnotě pod 40%, v případě *Virgin/British Airways*, OJ 2000 L 30/1). Ke komparativní analýze čl. 82 a druhé části Shermanova zákona srov. též studii Schweitzer, H. Parallels and Differences in the Attitudes towards Single-Firm Conduct: What are the reasons? The History, Interpretation and Underlying Principles of Sec. 2 Sherman Act and Art. 82 EC. European University Papers. Law 2007/32 [citováno 15. srpna 2008]. <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/7626/3/LAW-2007-32.pdf>.

např. i ke změně předpokladů, na kterých bylo samotné rozhodnutí postaveno.<sup>112</sup>

Je tedy nutno evropskou aplikační realitu akceptovat. Vysoké tržní podíly zastávané po určitou dobu dominanci indikují velmi silně již samy o sobě.

*De lege ferenda*, co se týká výše prahové hodnoty tržního podílu samotného přímo indikujícího dominanci, mez 70-75% by ovšem v těchto případech rozhodně neměla být podkročována. Spíše se lze přiklonit k jejímu zvýšení, alespoň k (paretovské) hranici 80%. Navíc je vhodné tuto hodnotu rozšířit o *obligatorní* časovou složku trvání takového podílu (v řádu několika let, minimálně tří).

Důležitá poznámka se týká také konstrukce předvídatelnějších *pravidel*. Z *institucionálního* hlediska by bylo vhodné zavést co možná nejvíce závazných jasně formulovaných pravidel, která podstata věci dovoluje. *Pokud tedy existuje ustálená praktikovaná* vůle Komise i evropských soudů posuzovat soutěžitele od určité hranice tržního podílu více méně automaticky jako dominantního, lze to akceptovat.<sup>113</sup> Pak by ale bylo nanejvýš vhodné, aby nešlo o pouhé mlhavé, nezávazné představy, nýbrž je třeba zavést striktní prahovou hodnotou, stanovenou do té míry bezpečně (tzn. dostatečně vysoko, resp. nízko), aby snesla podobu *předvídatelného* pravidla, alespoň v podobě *domněnky dominance*.

Kupříkladu podíl nad 80% (či 85%) zastávaný po dobu určitého období (např. tří let) by *automaticky* znamenal vyvratitelnou presumpci dominance, bez dalšího. Stejně tak opačně, z podílu stabilněji se pohybujícího pod úroveň 25%<sup>114</sup> by mohl vyplývat tzv.

---

<sup>112</sup> Odmítnutí kvalifikovat takovou (100%) pozici jako dominantní postavení zbaví totiž soutěžní úřad možnosti do jeho chování jakkoliv zasáhnout; alespoň do doby, než svou moc podnik zneužije k vytvoření takových podmínek, které se obráží v dalších kritériích dominance kromě tržního podílu a dominanci umožní prohlásit.

<sup>113</sup> Také D. Raus a R. Neruda ve své publikaci (Raus, D. Neruda, R. Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU. Brno: CP Books, 2005, s. 100) uvádějí: „V některých případech může být soutěžní analýza omezena pouze na analýzu výše tržního podílu. Tak je tomu v případech, kdy soutěžitel na trhu dosahuje 100% tržního podílu, a je tedy v monopolním postavení, nebo kdy se tomuto tržnímu podílu velmi blíží.“

**114 Zde je zřejmá inspirace prahovou hodnotou v oblasti kontroly spojování podniků, která, i když z jiného „ranku“, jeví se použitelná. Její ukotvení v českém ZOHS je v ust. § 17 odst. 3. V Diskusním materiálu (bod č. 31) se hovoří v souvislosti s pásmem pod 25% o pouhé**



*safe harbour*, nemožnost kvalifikovat soutěžitele jako dominantního – a tentokrát by nemuselo jít o pouhou domněnku, nýbrž i o bezvýjimečné per se pravidlo.

Nejde zde nyní o diskusi nad *presnou* výší zmíněných hodnot (je ale obecně možno se přiklonit spíše k vyšší hranici dominance, než která je v současné době soudy běžně uplatňována<sup>115</sup>), ale především o zřehlednění právního stavu a vybudování alespoň určitého dosažitelného rozsahu předvídatelných právních pravidel, tolik přínosných pro podnikatelské prostředí jakéhokoliv hospodářského prostoru.

Nejlepší politikou v regulaci hospodářské soutěže by tak v této otázce bylo zavedení *per-se pravidel* alespoň ve zcela krajních polohách (když už to nelze učinit pro všechny hodnoty tržních podílů, což v praxi skutečně nepřichází v úvahu).

V ostatních případech se lze přiklonit ke komplexní analýze, opřené o co nejdůkladnější *metodologii*, detailně rozvedenou v prováděcích dokumentech.

### 3.1.2 Komplexní analýza, dynamický potenciál trhu

Na základě zjištění tržních podílů lze tedy na podkladě ustálené evropské praxe vyloučit *extrémní* případy, u kterých, i když bývá k dalšímu zkoumání charakteru trhu stejně přistoupeno, závěry se s nejvyšší možnou pravděpodobností potvrdí.

Mnohem obtížnější je ale směr postupu v případech, kdy tržní podíl vykazuje hodnoty ve zmíněné šedé zóně, kdy jednoznačné stanovisko na základě pouhé struktury trhu zaujmout nelze.

---

**nepravděpodobnosti („not likely“)** dominantní pozice. Jistou eventuelní možnost tedy si tedy Komise zřejmě představit dokáže. V tom případě by bylo nutno uvažovat o ještě nižším prahu, např. 20% či 15%. Hodnota 25% je v tomto smyslu uvedena i v tzv. SMP Guidelines (Community's regulatory framework for electronic communications networks and services, OJ 2002 C165/03: Vol II, App E.25. Cit dle Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 927).

<sup>115</sup> Shodně např. Niels, G., Jenkins, H. Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down. E.C.L.R. 2005, č. 11, s. 606.

Musí pak přijít na řadu analýza dalších kritérií, která jsme uvedli výše<sup>116</sup>. Zkoumáme *dynamický potenciál změn* stávajícího rozložení na relevantním trhu, v rámci čehož nás zajímají (zde široce chápané) *překážky vstupu a tržní expanze*, do jejichž zkoumání promítneme i charakter odvětví jako takového, včetně průběhu křivky úspor z rozsahu, elasticity poptávky, distribučních nároků a stupně vertikální integrace. Zkoumáme také dynamickou intenzitu relevantního trhu a dynamiku struktury trhu.

Dále pak závěr determinují faktory ovlivňující schopnost *pohotové reakce stávajících konkurentů* v případě tržní příležitosti, tedy především finanční, hospodářskou a portfoliovou sílu soutěžitelů a jejich volné kapacity.

Všechny uvedené faktory působí jako součást *komplexního pohledu na relevantní trh*, který teprve přinese odpověď na základní otázku (která se neptá na hodnoty jakýchkoliv *jednotlivých* ukazatelů, nýbrž na ucelený závěr), totiž zda fungující soutěž na relevantním trhu existuje a zda domnělý dominant na ní má schopnost chovat se ve *značné míře nezávisle*.

Co se týče zmíněné *finanční a hospodářské síly*, je velmi důležitým ukazatelem pro zhodnocení *faktické způsobilosti (schopnosti)* soutěžitelů ekonomicky reagovat v čase, co se týče *rozsahu, intenzity i vytrvalosti* takové reakce. Jde proto o neopominutelnou charakteristiku soutěžní situace na daném trhu.<sup>117</sup>

*Finanční síla* soutěžitele znamená míru vybavenosti podniku finančními aktivy, přístupu k nim a jeho připravenosti je použít.

---

<sup>116</sup> Pro detailní rozbor jednotlivých ukazatelů srov. také specializovanou literaturu, např. Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 155 a násl; Bejček, J. in Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 448-449; Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 323 a násl; Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 123 a násl; O'Donoghue, R., Padilla, A. J. cit. dílo s. 124 – 134; Utton, M. A. Market Dominance and Antitrust Policy. 2. vydání Edward Elgar, 2003, s. 59 a násl.

<sup>117</sup> Nutno také podotknout, že jde o pojmy vzájemně provázané. *Finanční síla* může být determinována silou *hospodářskou* – viz níže.

Zahrnuje veškeré *finanční zdroje, které jsou soutěžiteli k dispozici*.<sup>118</sup> Půjde proto o oba důležité aspekty:

- *aktuálně vlastněné zdroje* – ve formě (různě likvidních) *aktiv* (peníze, nejrozličnější cenné papíry a kapitálové nástroje, včetně derivátů),
- *způsobilost je získat* (dostupnost dalšího cizího i vlastního kapitálu pro daného soutěžitele, možnost přístupu ke zdrojům v rámci finanční skupiny či holdingové struktury).<sup>119</sup>

Je-li jeden z podniků na trhu v tomto ohledu *výrazně* silnější než ostatní, bude i taková skutečnost mít vysokou váhu při hodnocení jeho případné dominance.<sup>120</sup>

*Hospodářská síla* je pojmem podobným, týká se však jiných složek, než přímo finančních. Patří sem skutečnosti jako je vlastnictví či přístup k unikátním technologiím, právům z duševního vlastnictví, úroveň distribuční sítě, relativně silnější dodavatelské vztahy, vertikální integrace, dostatečná výrobní kapacita, širší produktového portfolia (portfoliová síla) aj. Všechny takové skutečnosti posilují tržní sílu soutěžitele i v případě nepřesvědčivého tržního podílu.<sup>121</sup>

Faktorem, který lze označit za mimořádně významný pro dynamickou analýzu trhu, jsou *překážky vstupu na trh a překážky tržní expanze*. Právě ony totiž převážně předurčují *sílu aktuální i potenciální konkurence*, která může i případné prozatímní silné

---

<sup>118</sup> Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 163.

<sup>119</sup> Na tuto způsobilost získat další finanční prostředky má vliv další z uvedených pojmů – hospodářská síla. Oba koncepty se zde dostávají do synergie. V otázce získávání finančního kapitálu totiž velkou roli hraje možnost křížového financování z více nezávislých trhů (kde se projeví portfoliová síla), diverzifikace rizika a také schopnost zajištění případných operací vedoucích k získání cizího kapitálu. Zde může být hospodářská síla (zejm. některé její složky) jedním z podstatných kritérií.

<sup>120</sup> Diametrálně vyšší *finanční síla* může být rozhodujícím faktorem např. v případě *predátorských cenových praktik*, kdy *jedině díky této finanční síle* bude podnik jako jediný schopný likvidační podnákladovou soutěž dlouhodobě „přežít“ (i pokud třeba v soutěži týkající se samotného produktu nejefektivnější zdaleka být nemusí). Blíže viz příslušnou kapitolu.

<sup>121</sup> Raus, D., Neruda, R. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a souvisící české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 163.

postavení podniku zcela vyrušit svým permanentním konkurenčním tlakem.<sup>122</sup> A právě ony jsou jedním ze zcela nejčastějších třecích ploch mezi jednotlivými koncepcemi soutěžní politiky. Od přístupu jejich naprosté ignorace (kdy jsou předpokládány *nulové* překážky vstupu), až k jejich důkladné analýze a zohlednění. Důsledky těchto předpokladů pro závěry ohledně dominantního postavení jsou zřejmé.<sup>123</sup>

### 3.1.2.1 Překážky vstupu a tržní expanze

Překážky vstupu a tržní expanze lze spolu s tržními podíly považovat za nejdůležitější faktor dominance.<sup>124</sup> Právě s překážkami vstupu můžeme úzce spojovat úvahy o (ne)funkčnosti autoregulačního působení korekčních tržních mechanismů, na kterých je vůbec celý koncept regulace chování dominantních soutěžitelů vystavěn.

Ne vždy je jim připisován náležitý význam. Buď se můžeme setkat s jejich podceněním, kdy jejich domnělá absence zcela eliminuje praktický dopad zastávané vysoké tržní pozice, nebo se naopak (spolu s upozaděním dynamické stránky soutěže) přeceňují a předpoklad jejich téměř nepřekonatelného vlivu absolutizuje relevanci tržního podílu.

Všechny překážky, které budou dále zkoumány, se přirozeně mohou lišit z hlediska svých konkrétních *účinků*. Podle způsobu a intenzity, jakým se projevují na trhu.

Buď zcela *zabraňují* vstupu nových soutěžitelů a jsou nepřekonatelné (např. zákonný monopol, vyčerpaná dovozní kvóta), nebo vstup *omezují* (lze vstoupit pouze na část trhu v určitém

---

<sup>122</sup> Pozitivně lze v tomto ohledu hodnotit *Diskusní materiál*, který dává jasně najevo, že rigidní přístup založený na přeceňované váze hodnoty tržních podílů, který bývá evropskému přístupu, na rozdíl od amerického, někdy připisován, je v budoucí aplikaci čl. 82 SES vyloučen (srov. zejm. body č. 34-35).

<sup>123</sup> Důsledně vzato, při *skutečně nulových* překážkách vstupu dominantní postavení vlastně nemůže existovat neboť *jakákoliv* tržní síla nemůže vyústit v nezávislé chování dominanty, díky *maximálnímu* tlaku *potenciální konkurence*.

<sup>124</sup> Přičemž se znovu hodí připomenout také úzkou vazbu výchozích předpokladů specifičnosti aktiv a výrazných transakčních nákladů.

omezeném rozsahu, např. kvůli množstevním omezením), nebo vstup významně *ztěžují* (především zvyšují náklady na jeho úspěšné provedení).

Vedle dimenze *intenzity* působení však neopomeňme ještě dimenzi *časovou*. Mohou také vstup *zpomalovat* – pokud je jejich překonání časově relativně náročné, snižují pružnost autoregulačního působení trhu.

Přitom časové nároky na jedné straně a ostatní náklady na straně druhé nemusí být vždy přísně korelovány. Vstup může být náročný z hlediska objemu financí, může ovšem proběhnout relativně rychle. Naopak jiné omezení může způsobovat značnou časovou prodlevu (např. potřeba administrativního řízení, zdlouhavého technologického postupu apod.), přestože finanční náročnost nijak vysoká není. Anebo mohou jít obě roviny ruku v ruce a náročnost může být vysoká v obou směrech (např. špičkový výzkum a vývoj).

V každém případě, *intenzitu* (zabránění, omezení, ztížení) i *časový efekt* překážek je nutno hodnotit se stejnou relevancí. Je třeba zdůraznit, že *obě složky* musí být zohledněny vždy, neboť jen obě v souhrnu poskytují vodítka pro závěr, který má být cílem celé analýzy překážek vstupu – způsobilosti trhu *dostatečně intenzivně* a *dostatečně rychle* přinést tržní korekce.

### Pojem překážek vstupu

Za klíčovou otázku lze považovat, co vše mezi překážky vstupu zahrnout a jaký význam jim přisoudit.

O žádnou jednotně přijímanou definici se opřít nelze. Nevymezuje je závazně právní řád, shoda neexistuje ani z doktrinárního pohledu. Jednotlivé přístupy se liší i v onom základním vymezení, co vše pojem zahrnuje.

Je přitom na tomto místě vhodné zdůraznit, že je nezbytné odlišit *deskriptivní analýzu* překážek vstupu od *hodnocení* jejich prospěšnosti či potřebnosti z hlediska optimality ekonomické podoby odvětví. Často se totiž lze, zejména v ekonomické literatuře, setkat s tím, že existence nějaké bariéry je považována za nežádoucí (např. právní omezení podnikání, nejruznější kvóty, nebo i práva

k duševnímu vlastnictví<sup>125</sup>), je vyslovena nutnost ji odstranit a z toho důvodu pak jako bariéra v popisu relevantních trhů vůbec nevystupuje, resp. vytvoří se model, který vychází z neexistence bariér (což má pochopitelně nedozírné následky na vypovídací hodnotu modelu). To ovšem je velmi problematický postup. Uvedené dvě roviny je nutno přísně oddělovat (podobně jako úvahy *de lege lata* a *de lege ferenda*). Požadovat odstranění bariér nejružnějšího druhu a upozorňovat na nutnost co nejotevřenějšího a liberálního podnikatelského prostředí je nepochybně legitimní. Při konstrukci reálné soutěžní politiky je ovšem nutno vycházet z analýzy *skutečných* trhů. Pokud právní řád např. dovozní kvóty či jiná právní omezení obsahuje, pak se nelze tvářit, že tu takové bariéry nejsou.<sup>126</sup>

Co se týče náhledu doktríny na to, co se pod pojmem překážek vstupu rozumí, v *nejširším pojetí* je lze vymezit jako vše, co brání nebo ztěžuje podniku vstup na určitý trh<sup>127</sup>; veškeré náklady, jež musí být vynaloženy a obtíže, které musí být překonány pro účast na relevantním trhu. Překážky tak zahrnují i přirozené náklady vstupu, které je pro zahájení činnosti v odvětví nutno vynaložit. Taková širší chápání bývá ale kritizována jako příliš široká<sup>128</sup>.

Například představitelé chicagské školy prosazují poněkud užší pojetí. G. Stigler definuje překážky vstupu jako „náklady produkce,

---

<sup>125</sup> K poslední jmenovanému srov. Šíma, J. Intelektuální vlastnictví. Základ tržního řádu, nebo rafinovaná státní regulace? Terra Libera, prosinec 2001, s. 1-8.

<sup>126</sup> U některých koncepcí se nelze ubránit dojmu, že popírání bariér vstupu nesvědčí ani tak o přesvědčení o jejich neexistenci, jako spíše o nutnosti odstranit nevyhovující předpoklady, které „nesedí“ do vytvořeného matematického modelu. Některé modely totiž vychází z toho, že žádné bariéry vstupu nejsou – jejich neexistence patří mezi *východí podmínky* koncepce samotné. Pak tedy nezbyvá než je všemožně popírat a vyvracet, aby se udržela aplikovatelnost a konzistence daného modelu. Je třeba dát v některých případech pozor, zda se více než o *modelování reality* nejedná naopak o *promítání modelu do reality*.

<sup>127</sup> S takovou definicí se lze setkat například i v oficiálních, i když nezávazných publikacích Evropské Komise. Např. Glossary of Terms used in Competition related matters. European Communities, 2003. [citováno 1. března 2007] Dostupný z [http://ec.europa.eu/comm/competition/general\\_info/glossary\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/general_info/glossary_en.html).

<sup>128</sup> Srov. např. Turnbull, S. Barriers to Entry, Article 86 and the Abuse of Dominant Position: An Economic Critique of European Community Competition Law. E.C.L.R., 1996, č. 96. Harbord, D., Hoehn, T. Barriers to Entry and Exit in European Competition policy. International Review of Law and Economics, 1994, č. 14.

kteřé musí vynaložit podniky vstupující na trh, ale které podniky již na trhu působící vynakládat nemusí.“<sup>129</sup> R. Posner chápe překážky jako „podmínky, které činí dlouhodobé náklady příchozího podniku vyšší než stávajících podniků“. <sup>130</sup> Důsledně se tedy odlišují pouhé *náklady vstupu*, které musel vynaložit nový, ale stejně tak i zavedený podnik, od *překážek vstupu*, které tíží pouze nově příchozího. Soutěžní právo by se dle chicagského přístupu mělo zabírat pouze posledně uvedenou kategorií.

J. S. Bain (představitel harvardské školy) vymezuje překážky pomocí schopnosti dominanty dosahovat excesivní zisky (v důsledku nesnadnosti příchodu konkurentů, které by cenu vrátili zpět na tržní úroveň).<sup>131</sup> Bariéry vstupu definuje jako „výhodu zavedených podniků nad potenciálními vstupujícími, projevující se v rozsahu, ve kterém mohou zavedené podniky v dlouhodobém měřítku zvýšit ceny nad tržní úroveň bez toho, aby přilákaly potenciální vstupující ke vstupu do odvětví.“<sup>132</sup> Čím vyšší překážky tedy jsou, tím více musí být cena na trhu pro nově příchozí „zajímavá“ (rozuměj vysoká), aby je přilákala ke vstupu.

Co se *šíře pojetí* týče, záleží na tom, v čem spatřujeme podstatu překážek vstupu, v čem vidíme zásadní aspekt jejich působení.

Užší pojetí chápe překážky více méně jako konkurenční nevýhodu nově vstupujících oproti zavedeným. Rozdílnou povahu trhů v nákladech vstupu nebere v úvahu.

---

<sup>129</sup> Stigler, G. J. *The Organisation of Industry*. Homewood, Ill. Irwin. 1968, s. 67. V podobném směru přišel s ještě o něco užší definicí Stiglerův pokračovatel Robert Bork (viz Bork, R. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978, s. 310 a násl.).

<sup>130</sup> Posner, R. A. *Economic Analysis of Law*. 7. vydání Wolters Kluwer. 2007, s. 325.

<sup>131</sup> Srov. Bain, J. S. *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, 1956.

<sup>132</sup> Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 17. Podobně R. Gilbert (*Mobility Barriers and the Value of Incumbency in Shmanlense and Wilig (ed.) Handbook of Industrial Organization*, 1989) překážky vstupu vidí jako „dodatečný zisk, který podnik může vydělat jako přímý následek toho, že je zaveden na trhu.“ Tohoto vztahu lze využít i zpětně – při zkoumání relevantního trhu ex post. Analýza profitability odvětví je jedna z cest, jak zjistit úroveň překážek vstupu. Srov. Mahendran, R., Niels, G., van Dijk, R. *The Meaning of Margins: DG Competition's Profitability Analysis in Hector Inquiries*. E.L.C.R., 2007, č. 8, s. 452.



Širší pojetí naopak relevanci vysokých nákladů vstupu nezavrhuje, neboť vidí jádro problému v přímé souvislosti se *základním významem nově vstupujících* (ať již reálně nebo jen potenciálně) hráčů – a ten spočívá v hrozbě, tedy v prevenci, nebo přímo nápravě případného neefektivního chování dominantního soutěžitele.<sup>133</sup> Všechny překážky, ať již jsou způsobeny jakýmkoli důvodem, přispívají k *omezení této hrozby vstupu*, omezení *pravděpodobnosti* pohotového (dostatečně intenzivního a rychlého) zásahu konkurence.<sup>134</sup>

Je samozřejmé, že odlišné *náklady vstupu* v různých odvětvích jsou *přirozené*; proto výše uvedené konstatování neznamena vyjádření nutnosti, či ani pouhého sklonu ke snaze takové překážky nějakým způsobem *odstraňovat*. Jak výstižně poukázal Bork, „je obtížnější vstoupit na ocelářský trh než na trh prodejců bot nebo pizzy, a je obtížnější vstoupit na kterýkoliv z těchto trhů, než stát se předměstským kutilem. Ovšem tyto rozdíly jsou přirozené, odráží povahu vykonávaných činností. Proti takovým bariérám nemůžeme mít jakékoliv námitky.“<sup>135</sup>

Zde se ale právě odráží ono smísení *deskriptivní* a *hodnotící* roviny. Proti takovým bariérám opravdu nemůžeme mít jakékoliv námitky a jejich existence je zcela pochopitelná, přirozená a především nezbytná. Ovšem neznamena to, že je můžeme zcela vypustit z našeho zájmu a nadále ignorovat, neboť důležitou charakteristiku - *snížení potenciálu tržní autoregulace v daném odvětví* - splňují. Jak sám Bork ve svém vymezení pokračuje, „jejich existence pouze znamená, že pokud bude dominantní postavení dosaženo jinými prostředky než efektivitou, nové vstupy neohrozí tuto dominantní sílu okamžitě“.

Avšak to je právě podstata věci. O toto *omezující a zpomalující působení* jde. A pokud k němu přispívají i náklady vstupu, musíme je v úvahu chtě nechtě vzít.

---

<sup>133</sup> Obdobně Monti, G. The Concept of Dominance in Article 82. [citováno 15. května 2008]. Dostupný z <http://www.lse.ac.uk/collections/law/staff/monti/ECJdominancepaper.pdf>. s. 5.

<sup>134</sup> Módní terminologií by se tedy dal takový přístup označit jako „*effect-based*“.

<sup>135</sup> Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 63.

Výše uvedené na druhou stranu neznamená, že skutečné *překážky vstupu* a pouhé *náklady vstupu* mají mít zcela *shodný* režim. Mají přeci jen jiný vztah k ustavování optimální podoby trhu.

Širší chápání – v přímé vazbě na faktické důsledky (snížení pravděpodobnosti pohotového vstupu nových soutěžitelů a tedy napravení neefektivity) – vyhovuje lépe než úzké pojetí chicagské; toto vymezení je ovšem třeba určitým způsobem modifikovat, především *vnitřně diferencovat*.<sup>136</sup>

### Míra kontestability trhu, překážky I. a II. typu

Je možno uvažovat o komplexní charakteristice z hlediska *flexibility struktury* trhu, zejména potenciálu příchodu nových hráčů – o *náročnosti vstupu na trh* (pracovním termínem můžeme tuto vlastnost trhu nazvat také *míra kontestability*<sup>137</sup>).

Pakliže je *náročnost* vysoká, jde o trh relativně *uzavřený*, a dominantní podnik může svoji pozici využívat (a potenciálně i zneužívat) s ohledem na očekávanou reakci trhu poměrně „bezstarostně“; rozhodně s větší pravděpodobností než v případě, pokud je ekonomická náročnost vstupu nízká – pak je trh relativně *otevřený* a dominant je pod *nepřetržitým soutěžním tlakem* plynoucím z nebezpečí příchodu nových konkurentů.

Míru kontestability ovlivňují jednak skutečné *bariéry vstupu*, jednak *náklady vstupu*.

---

<sup>136</sup> Přestože se tedy v tomto textu stavím proti příliš zúženému a dle mého názoru nerealistickému Stiglerovu a Borkovu pojetí, nelze bez dalšího přijmout ani definici harvardskou, natož pak zcela obecnou definici nejširší. Blíže srov. též Šilhán, J. *Překážky vstupu na relevantní trh*. Obchodní právo, Praha: Prospektrum, 2007, č. 12, s. 2 – 15.

<sup>137</sup> Jde o paralelu s koncepcí *contestable market*; ovšem zde nikoliv v apriorně libertariánském mezním případě dokonale kontestabilního trhu, který svědčí podmínkám laissez-faire, nýbrž naopak jako měřítka reálné nedokonalosti těchto podmínek. Blíže ke kontestabilním trhům srov. stručně Utton, M. A. cit. dílo s. 127 a násl. či Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 18; původní koncept pak Baumol, W., J., Panzar, J., C., Wilig, R., D. cit. dílo.

V rámci pojmu překážky vstupu v širším slova smyslu tedy rozlišíme (1) překážky vstupu v užším slova smyslu (překážky I. typu, bariéry vstupu) a (2) náklady vstupu (překážky II. typu).

Jde o rozlišení (jedno z mnoha možných)<sup>138</sup> – podle charakteru překážky:

(1) *překážky I. typu (bariéry vstupu)*, jsou takové překážky vstupu na trh, které stávající podnik překonávat nemusel, zatímco nově příchozí se s nimi vypořádávat musí; *nepramení tedy ze soutěže mezi hráči na trhu, znamenají konkurenční nevýhodu spočívající v jiných faktorech, než které souvisí s efektivitou* (v širokém smyslu<sup>139</sup>) *soutěžitelů,*<sup>140</sup> a

(2) *překážky II. typu (náklady vstupu)*, které musí překonávat každý vstupující na trh. Jde o *náklady, které musí vynaložit kdokoliv, kdo chce v odvětví podnikat, tedy musí se s nimi potýkat i stávající podniky* (nákup nejruznějších aktiv, budov, strojů, investice do výzkumu, lidských zdrojů, reklamy, inovací, vztahů se zákazníky apod.). V různých odvětvích se přirozeně liší, a to i velmi výrazně, a

---

<sup>138</sup> K dalšímu dělení viz níže. Zde pouze přehled: Dle charakteru překážek lze klasifikovat na *překážky I. typu (bariéry)* a *II. typu (náklady vstupu)*, dle zdroje na *objektivní* (právní a faktické) a *strategické*, dle účinků rozlišujeme *omezení, ztížení, zpomalení* a *zabránění* vstupu a dle tržního statusu reagujícího soutěžitele rozlišujeme *překážky vstupu*, *překážky expanze* a *překážky odchodu* z trhu.

<sup>139</sup> Nejen efektivitu v podobě nízkých produkčních nákladů, ale též schopnost inovační, manažerskou, marketingovou atd. Jde o celkovou *způsobilost uspokojovat potřeby zákazníků*, o *schopnost uspět* v soutěžním boji na relevantním trhu.

<sup>140</sup> Do této skupiny budou patřit zejména nejruznější *právní omezení*, v extrémním případě v podobě *zákonného monopolu*, půjde ale také o nejruznější *množstevní kvóty* či *tarify* (ať již produkční nebo dovozní), *ochranářskou, plánovací a dotační státní politiku*. Jejich povaha překážky I. typu je zřejmá; diferencuje stávající a potenciální konkurenty na základě jiných faktorů, než které vyplývají z tržního soutěže mezi nimi. Patřit sem budou také *přírodní omezení*, v podobě unikátních vstupů, které již pro nově vstupující nejsou k dispozici, byť by s nimi dokázali hospodařit sebeefektivněji. Podobnou povahu jako státem udělené exklusivní oprávnění k činnosti mají i *zneužívající exklusivní kontrakty*, které vstup mohou fakticky též znemožňovat (ztěžovat), pakliže jsou potenciální zákazníci „připoutáni“ ke stávajícímu odběrateli nikoliv na základě jeho lepších výkonů a cen, nýbrž jsou zafixováni výhradními smlouvami. To samé platí i o *exklusivních smlouvách distribučních*. Překážkou I. typu bude také *znemožnění přístupu* k nezbytnému zařízení, které je v moci stávajícího podniku (příp. podniků), a jež je *nemyslitelné* budovat paralelně (tzv. doktrína essential facility).

mají přímou vazbu na schopnost *efektivně alokovat* kapitál a nejlépe *uspokojovat potřeby odběratelů* (spotřebitelů).<sup>141</sup>

Je zřejmé, že dostatek kapitálu a schopnost jej patřičně efektivně investovat bude se vzrůstajícími náklady vstupu vzácnější, a tedy potenciálních vstupujících méně. Tyto *náklady vstupu* však skutečnými „*bariérami*“ (překážkami I. typu) nejsou. *Nebrání* totiž *efektivnějšímu uspět*. Představují spíše jakési *tržní síto*, odlišující dostatečně kapitálově vybavené, dostatečně *schopné a efektivní* podniky. A jinak tomu být ani nemůže, je zřejmé, že ne každý může podnikat v každém odvětví.

Právě klíčovou otázkou ohledně povahy překážky – „zda brání lepšímu uspět“ – můžeme s akceptací jisté dávky (didaktiky) heslovitého zjednodušení zformulovat jako rozlišující kritérium.<sup>142</sup>

Styčné body lze najít i s dělením na překážky *ekonomicky* (tedy excelentnější produkci, marketingem, distribucí atd.) překonatelné a nepřekonatelné.<sup>143</sup> Například vyčerpané ochranářské dovozní kvóty,

---

<sup>141</sup> Náklady vstupu lze dále rozlišit na *snadno návratné* a na *zapuštěné*. *Snadno návratné náklady* („Návratnost“ je zde užitá ve smyslu míry specifity aktiv, tedy možnosti využít vynaložené náklady i na jiném relevantním trhu. Nejde o souvislost s rentabilitou investice.) tedy nejčastěji v podobě hmotných aktiv (budovy, stroje apod.), lze při odchodu z trhu jednoduše realokovat do jiné činnosti, nebo zpeněžit například prodejem. Vynaložené náklady tedy lze snadno získat zpět. *Zapuštěné náklady* vstupu jsou naopak již nevratné, neobnovitelné. Jejich uskutečněním se vynaložené prostředky jednou provždy ztrácí (např. náklady na zaváděcí reklamu). Nevratnost investic vynaložených v podobě zapuštěných nákladů přitom nevypovídá nic o jejich domnělé „neprospěšnosti“. Z hlediska teorie transakčních nákladů jsou *sunk costs* jednou z cest, jak mohou být tržní transakční náklady celkově sníženy.

<sup>142</sup> Princip stejně nebo více efektivního soutěžitele („*equally efficient competitor*“), jehož je tato formulace částečnou parafrází, ovšem nepřebíráme bezvýhradně. Zde při řešení otázek překážek vstupu lze koncept využít (jde o možnost „lepšího“ uspět v soutěži, resp. možnost vůbec vstoupit na trh a následně uspět). Na trzích, kde již překážky vstupu identifikujeme a kde existuje dominantní postavení, kdy již řešíme otázky následné, je třeba připustit i existenci důvodů obhajujících méně striktní přístup vůči zbývajícím soutěžitelům – i v případech, že vyšší nebo srovnatelné efektivity nedosahují, pakliže je v ohrožení samotná existence konkurenčního procesu jako takového. K tomu viz další kapitoly.

<sup>143</sup> Terminologicky podobné členění, ovšem do tří skupin (navíc ještě *překonatelné se zapuštěnými náklady* a *bez zapuštěných nákladů*) uvádí Raus, D., Neruda, R.

státem přidělený monopol či neexistující ložiska přírodních materiálů jsou překážky<sup>144</sup>, které ani při sebevyšší efektivitě (a o ekonomická kritéria nám nyní jde) zájemce o vstup na trh nemohou být překonány.<sup>145</sup>

Naopak, nutnost výrazných počátečních investic, vývoje, vybudování kapacit, získání know-how apod., jsou překážky v zásadě ekonomicky překonatelné a více než cokoliv jiného představují jakýsi *tržní práh*, jehož nedosažení zkrátka znamená, že přirozený tržní vývoj těch subjektů, které reálně existují a o trh se ucházejí, neumožňuje efektivnější celkové výsledky, než jaké jsou dosahovány doposud. Stávající stav tedy automatický konkurenční mechanismus generuje a hodnotí jako *lepší*, a (prozatímní) neschopnost vstupu nových hráčů není tak jevem nikterak protisoutěžním.<sup>146</sup> Ne všem trhům prospěje neustálé zvyšování počtu hráčů, optimální<sup>147</sup> struktura může v každém odvětví být zcela jiná a vše závisí na ekonomických veličinách, zejména na průběhu křivky úspor z rozsahu.<sup>148</sup>

V souhrnu lze tedy říci, že některé překážky chápeme jako projev předpokladů *ekonomické optimality trhu*. Takové překážky, které brání novým konkurentům vstupu do odvětví proto, že by jejich vstup byl z hlediska efektivního fungování nevýhodný, mají jistě

---

Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha : Linde Praha, 2006, s. 165. Zde i zapuštěné náklady považujeme za jeden z tržně přirozeně vyvinutých způsobů snižování transakčních nákladů, a tedy samostatnou kategorii na tomto místě prozatím nevyčleňujeme.

<sup>144</sup> Ve zde navrženém schématu přísluší do kategorie *překážek I. typu*.

<sup>145</sup> Ponechme stranou politický lobbying, korupci a podobné DUP aktivity.

<sup>146</sup> Neboť soutěž chápeme – v souladu s vymezeným rámcem – jako *evoluční proces*, nikoliv stav definovaný nějakou statickou strukturou, o kterou je třeba „pečovat“..

<sup>147</sup> A to optimální z hlediska nikoliv *myšlené ideální* struktury, stanovené administrativně, ale optimální ve smyslu *vygenerované trhem*.

<sup>148</sup> Úspory z rozsahu mohou do značné míry předurčit počet soutěžitelů, kteří mohou na trhu přežít. K tomu srov. výklad in Hořejší, B., Soukupová, J., Macáková, L., Soukup, J. cit. dílo s. 230 a násl, 283-284, 330-331. Charakter odvětví a stav technologie tak zastává funkci jedné z nejdůležitějších strukturálních determinant.

poněkud jinou povahu než takové, které naopak brání vstupu soutěžitelů, jejichž příchod by efektivitě trhu prospěl.<sup>149</sup>

Rozdílný režim těchto dvou skupin se pak projeví i v *aplikační rovině*. Pro kvalifikaci dominantního postavení jsou relevantní oboje (vzhledem k uplatňované definici dominance se do koritérií „tržní síly“ promítají), smysl mají při úvahách o zabraňovacích praktikách, kterými dominant může trh uzavírat a vytvářet překážky umělé.<sup>150</sup> Pro čistě vykořisťovatelské praktiky (vysoké ceny, nevýhodné necenové podmínky) však význam mají pouze překážky I. typu, neboť, jak bylo deklarováno, soutěžní právo nemá být apriorním nástrojem přerozdělování zisků ve prospěch spotřebitelů.<sup>151</sup> Odměna za ekonomickou excelenci na trhu, který je omezen *pouze* překážkami II. typu, byť by ústila ve zvýšené zisky dominanty, je proto zásadně obhajitelná.<sup>152</sup>

### Úspory z rozsahu a tzv. zapuštěné náklady

---

<sup>149</sup> Pokud nové podniky nejsou schopny účastnit se soutěže na relevantním trhu *pouze* kvůli vysokým nákladům vstupu, které nejsou schopny překonat, je to sice nutno brát v úvahu pro posouzení *intenzity tlaku* na dominanty a být k nebezpečí jeho zneužívajícího jednání ostražitější, nemá ovšem smysl zaujímat kategorické postoje vůči *efektivitě jeho výstupu*, protože trh má v takovém případě schopnost vlastními nástroji dosáhnout optimálního stavu – pokud existuje podnik stejně nebo více efektivní, má možnost na trh vstoupit a *uspět*. Pokud se nikdo takový neobjevuje, signalizuje to, že lepšího než stávajícího stavu nelze za daných podmínek dosáhnout (a i případné vyšší zisky dominanty jsou z ekonomického pohledu jakousi *rentou* za jeho excelentní výkony). „Skutečnost, že si pouze jeden výrobce vybral, že dodaného odvětví vstoupí, prostě znamená, že ostatní podnikatelé buď nezpozorovali ziskové příležitosti, které výrobce správně vidí, nebo správně pochopili, že takové ziskové příležitosti neexistují. V procesu objevování sledují podnikatelé ty příležitosti, které vidí.“ (Kirzner, I. Jak fungují trhy. Praha: Liberální institut, Centrum liberálních studií, Megaprint Praha, 1998, s. 70) Tato pozice náleží k tzv. *teorii podnikatelského objevování*, což je pohled na hospodářství velmi „dynamickým a očima“, v mnohém konvenující přístup zastávanému v této práci. Je ovšem naprosto bytostně svázán s předpokladem *zcela volného* vstupu do všech odvětví, který *obecně přijmout nelze*. Pokud totiž novým podnikům vstup znemožňují *skutečné* (např. právní) *bariéry* vstupu, vazba na efektivitu, která byla výše nastíněna, již v plné míře neplatí a schopnost trhu zasáhnout a neoptimální výkon napravit je výrazně omezena.

<sup>150</sup> K termínu *umělé překážky* níže.

<sup>151</sup> I když je tak mnohými možná chápáno.

<sup>152</sup> K tomu blíže kapitola zabývající se excesivními cenami.

U některých překážek není důvod pochybovat, do které kategorie je přiřadit: například administrativní monopol, dovozní nebo produkční množstevní kvóty či výhradní přístup ke zdrojům jsou příklady překážek I. typu, naopak počáteční investice, efektivní výrobní postup, vynikající organizace práce, know-how zaměstnanců apod. patří do kategorie druhé.

Určité druhy nákladů jsou však mnohem více problematické a v literatuře také rozdílně chápány. Mohou totiž patřit do obou kategorií, resp. vyžadují bližší diferenciaci<sup>153</sup> ohledně výše, od které již představují překážku I. typu.

Jsou jimi především *economies of scale* (úspory z rozsahu)<sup>154</sup> a tzv. *sunk costs* (zapuštěné, utopené náklady). V některých definicích se do překážek vstupu řadí, v některých naopak ne.<sup>155</sup>

V případě *úspor z rozsahu* se jedná o situaci, kdy dominantní podnik může mít výhodu v tom, že vzhledem k množství produkce je schopen dosahovat nižších jednotkových nákladů (průměrných celkových nákladů)<sup>156</sup> a tedy i nižší ceny. Nově vstupující soutěžitelé

---

<sup>153</sup> Se kterou je bohužel spojen i problém mírné hodnotící arbitrárnosti, která jinak vcelku objektivní koncept narušuje.

<sup>154</sup> A obdobně také *economies of scope* (úspory ze širší sortimentu).

<sup>155</sup> Např. právě ryzí Harvardské (širší) a Chicagské (užší) pojetí překážek.

<sup>156</sup> V posledních dekadách, kdy se jednak technologický rozvoj neustále zrychluje, a jednak dochází ke globalizaci, čímž vzrůstají možnosti internacionalizace trhu výrobních faktorů, se význam *úspor z rozsahu prohlubuje*. Tím, že je možno omezené zdroje čím dál pružněji a rychleji doplňovat levnějšími výrobními faktory ze zahraničí, čím dál později se v mnoha odvětvích projevuje nevyhnutelný *efekt klesajících výnosů z rozsahu* a průběh nákladové křivky zůstává pod vlivem výnosů rostoucích až do velmi vysokých objemů produkce. Někdy dokonce *převyšujících poptávané množství vůbec* (které lze ještě za tomu odpovídající poptávanou cenu beze ztrát vyrobit) – pak trh sám může tendovat k tzv. *přirozenému monopolu*, který však, přestože jde o monopol, znamená v takovém případě stále to nejlepší možné uspořádání, jaké se v odvětví nabízí. O dominantní postavení v takovém případě jistě půjde, co ale považovat za jeho zneužití musí být nahlíženo zcela zřetelně jinak, než v případě monopolu administrativního. Další analýza úspor z rozsahu v antitrustovém právu in Farrell, J. Shapiro, C. Scale Economies and Synergies in Horizontal Merger Analysis, Antitrust Law Journal, č. 68, s. 685 a násl. Zatímco obvykle se při růstu produkováného množství dříve či později projevuje efekt klesajících výnosů z rozsahu, a tedy průměrné náklady díky stále vzácnějším (a tím dražším) zdrojům nakonec od určité hranice výstupu rostou, zejména u nově



pak logicky musí překonávat tuto „překážku“ v podobě ztížené konkurenceschopnosti svých výrobků, přestože jinak (při stejném rozsahu produkce) by byli třeba stejně efektivní jako dominant. Je tedy otázka, zda (příp. jak) tuto skutečnost zahrnout do konceptu překážek vstupu na trh.

V některých pojetích se tak děje<sup>157</sup>, liberálnější koncepce se naopak tohoto problému jednoduše zbavují s tím, že problému rozsahu produkce byl vystaven i dnes již zavedený podnik a musel ho řešit, když na trh vstupoval, a že tedy mezi zavedenými a novými podniky rozdíl vlastně není.<sup>158</sup> Připouští sice, že *economies of scale* skutečně mohou vstup částečně ztěžovat (nebo mu zabraňovat), ovšem děje tak proto, že vyjadřují efektivitu dominantního hráče, čili apriorně je bez dalšího brát jako překážku by bylo příliš široké pojetí a neprospívalo by to celkové efektivitě trhu.

Tím ovšem situaci zjednodušujeme až příliš. Byť jsou případné úspory z rozsahu jednoznačnou výhodou ve prospěch spotřebitele, neboť představují snížení výrobních nákladů a tedy potenciálně i ceny, mohou za určitého nastavení trhu skutečně bránit vstupu nových soutěžitelů, a to i *takových*, kteří by byli schopni vyrábět při *stejném* rozsahu *efektivněji než dominant*. To za podmínky, že tento rozsah je na úrovni, na kterou není možno při vstupu (nebo v přiměřené době po něm) dosáhnout.

Celý koncept „efektivního stavu“ dominantního hráče platí tedy pouze za dodržení důležité podmínky – za situace, že je vůbec

---

vznikajících trhů mohou (kromě interních možností snižování dlouhodobých nákladů – úspor z rozsahu) převážít i tzv. vnější *úspory*, které sám podnik přímo neovlivňuje, nicméně *růst odvětví* je zákonitě *vyvolá* (může jít např. o snižování cen specializovaných vstupů, jejichž masovou produkci nový trh vyvolá a sníží tak vysokou cenu vyvolanou jejich dosavadní vzácností). K problému klesajících cen vstupů viz Soukupová, J. a kol. Mikroekonomie. 4. vydání Praha: Management Press, 2007, s. 268 a násl.

<sup>157</sup> Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 64. Stejně tak Harvardská škola – srov. Arowolo, O. Application of the Concept of Barriers to Entry Under Article 82 of the EC Treaty: is there a Case for Review? E.C.L.R., č. 5, 2005, s. 248. V evropské judikatuře nalézáme zmínku o úsporách z rozsahu jako překážce vstupu například ve známé věci *United Brands*.

<sup>158</sup> Tak např. chicagská škola ústy Stiglera, srov. Van Bael, I., Bellis, J. F. cit. dílo s. 17.

možné, aby někdo na dostatečnou úroveň rozsahu, a tím i nižších nákladů výroby, dosáhl.

Užitečným se zde jeví pojem „minimálního efektivního rozsahu“ (*minimum efficient scale* - MES)<sup>159</sup>, což představuje nejnižší rozsah produkce, při kterém jsou průměrné náklady minimalizovány.<sup>160</sup>

Tento pojem lze aplikovat tak, že pokud je *nejnižší množství produkce*, při kterém je *dosaženo minima výrobních nákladů*, podstatně *vyšší*, než odpovídá reálně (maximálně střednědobě, s ohledem na relativní velikost vstupních nákladů a velikost trhu) *získatelnému podílu trhu* (především trhu dominantem neobsazeného, případně získaného i na jeho úkor), pak jsou úspory z rozsahu skutečně překážkou I. typu, která působí v neprospěch celkové efektivity relevantního trhu, neboť ani efektivnější soutěžitel nemá šanci na trh účinně vstoupit.<sup>161</sup>

Pokud je naopak minimální efektivní rozsah relativně dostatečně nízký na to, aby ho bylo možno velmi pravděpodobně (opět

---

<sup>159</sup> Srov. např. Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 64; Faull, J., Nikpay, A. cit. dílo s. 14-16 nebo odbornou ekonomickou literaturu. Z elektronických zdrojů je možno odkázat na <http://www.blacks.verioyps.co.uk/content/3372.html> nebo <http://www.tutor2u.net/economics/content/topics/buseconomics/mes.htm>.

S konceptem minimálního efektivního rozsahu pracuje přímo také *Diskusní materiál* (srov. bod č. 40) V tomto ohledu lze Komisí proponovaný přístup hodnotit jako velmi moderní. Koncept však není možno přeceňovat, na některých trzích se efekt klesajících úspor z rozsahu nemusí projevit vůbec, potom by minimální efektivní rozsah nebyl vůbec na takovém trhu definovatelný. V pozn. pod čarou č. 37 v Diskusním materiálu Komise uvádí, že „úspory z rozsahu se obvykle vyčerpají v určitém bodě“. Možnost výjimky nelze vyloučit. Pak by trh nevyhnutelně tendoval k přirozenému monopolu.

<sup>160</sup> Je třeba doplnit, že minimalizace nákladů souvisí také s nákladově optimální velikostí podniku z hlediska *optimalizace tržních a manažerských transakčních nákladů*.

<sup>161</sup> Nejextrémnější situaci představuje zmíněný přirozený monopol - výnosy z rozsahu jsou natolik rostoucí, že průměrné náklady jsou minimalizovány až při takové úrovni výstupu, kde již cena odpovídající poptávce není dostatečná na jejich pokrytí, a tedy náklady jsou optimalizovány při výstupu odpovídajícím *celému poptávanému množství*. Pro nově přichozí hráče tím pochopitelně nezbyvá jakékoliv místo (*ceteris paribus*) v nákladové soutěži uspět. Viz Hořejší, B., Soukupová, J., Macáková, L., Soukup, J. cit. dílo s. 283. (Znovu je nutno připomenout, že takovýto vývoj podniku není nikterak protisoutěžním a škodlivým. Nelze na výše uvedené hledět s negativními předsudky. Pro otázku kvalifikace dominantního postavení je ale nutno vzít tyto skutečnosti jednoznačně v úvahu.)

vzhledem k vyšší vstupních nákladů a jejich návratnosti – k tomu viz další pojem) získat, nejsou pak ani takové úspory z rozsahu bariérou vstupu, nýbrž pouze další složkou „efektivnostního síta trhu“, kterou tvoří překážky II. typu.<sup>162</sup>

Navazujícím konceptem, který náležitěmu uchopení problematiky může pomoci, je „minimální ziskový rozsah“ (*minimum viable scale* – MVS)<sup>163</sup>, tedy nejnižší rozsah produkce, při kterém může vstupující podnik dosáhnout zisku. Vztahuje otázku výrobních nákladů také k intenzitě cenové soutěže a k ziskovým maržím na trhu. Opět platí podobný vztah - tedy pokud je tento minimální rozsah relativně k velikosti trhu a vstupním nákladům vysoký, možnost vstupu do odvětví bude výrazně omezena.

Celkově tedy nelze k úsporám z rozsahu v obecném smyslu zaujmout stanovisko jednoznačné, jejich zařazení mezi překážky I. typu záleží na podrobnějším zkoumání. Je nutno pustit se do hlubší vnitřní diferenciaci a zahrnout je případně pouze v některých případech, resp. pouze v určité výši, a to s ohledem na kritéria výše uvedená.

Podobně problematickými jako úspory z rozsahu jsou v otázce jejich zařazení mezi překážky vstupu a relevance v rámci nich i tzv. *zapuštěné náklady* vstupu (sunk costs).<sup>164</sup> Opět je nutno diferencovat.

Pokud je míra zapuštěných nákladů vstupu vzhledem k velikosti trhu a minimálnímu ziskovému rozsahu obvyklá (tedy jde

---

<sup>162</sup> Určité vágnost použitých termínů „dostatečně nízký“, „pravděpodobně“ apod. se bohužel lze obtížně vyhnout. Přesto se i takový pokus o jemnější analýzu překážek jeví citlivější, než hrubé apriorní zamítnutí či naopak přecenění úspor z rozsahu (a to stejné platí i o zapuštěných nákladech) jako takových.

<sup>163</sup> Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 64.

<sup>164</sup> Rozlišují se exogenní a endogenní zapuštěné náklady. (Tamtéž s. 61) *Exogenní* jsou takové, které podnik vynaložit objektivně nezbytně *musí*, pokud chce na trh vstoupit. Například získání dostatečně rozsáhlých výrobních kapacit. *Endogenní* sunk costs pak takto jednoznačně objektivně předurčeny nejsou. Do značné míry je ovlivňují podniky samotné a jimi zvolená obchodní strategie. Jedná se například o rozsah nákladů na výzkum a vývoj či propagaci. Právě endogenní zapuštěné náklady vstupu mohou být výrazně ovlivněny případným vylučovacím jednáním dominantního soutěžitele a trh tak cíleně uzavírat.

o konvenčně rentabilní investici, vzhledem k nákladům kapitálu<sup>165</sup>), jde opět pouze o efektivnostní síto trhu, a tedy mezi překážky vstupu I. typu je řadit nemůžeme.

Pokud je ale jejich výše vzhledem k těmto kritériím velmi vysoká (zvláště pokud byly zapuštěné náklady dominantem *excesivně* vynaloženy jeho vylučovacím zneužívajícím jednáním) v takovém rozsahu, že není možné ve střednědobé perspektivě získat takový podíl, aby bylo myslitelné zajistit jejich návratnost, jsou zapuštěné náklady bariérou vstupu na trh a potenciálně ovlivňují i celkovou efektivitu.<sup>166</sup>

### Zdroje překážek vstupu

Výše jsme se zaobírali především *šíří pojmu* překážek vstupu. Zmíníme se nyní ještě o jejich vnitřní klasifikaci z jiného, formálnějšího pohledu, který je více spojen s jejich vnějškovou podobou a s *důvody jejich vzniku* a existence.

Poměrně tradiční je dělení podle *zdroje* překážek.<sup>167</sup> V tomto smyslu lze rozlišit překážky (1) *objektivní*, a to (1a) *právní* a (1b) *faktické*, a (2) *překážky strategické*.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> Přičemž obecně vyšší cena kapitálu pro menší vstupující hráče může být považována také za jednu z překážek vstupu. I přes určitou teoretickou kritiku je v literatuře poukázáno na to, že podnikatelé uvedený vztah takto v praxi vnímají. Srov. Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 67.

<sup>166</sup> K tomu srov. také Van Cayseel, P., Van den Bergh, R. cit. dílo s. 478 ohledně přispění teorie her k rozvinutí (a kritice) jednoduchému modelu contestable markets. Je třeba důsledně analyzovat všechny podmínky trhu (sunk cost, sílu cenové konkurence apod.), protože jak tyto analýzy ukázaly, i nevýrazné změny výchozích předpokladů mohou výrazně ovlivnit konečné výsledky trhu.

<sup>167</sup> Jde tedy o dělení z *jiného úhlu* pohledu, než bylo provedeno výše při rozlišování překážek I. a II. typu. Jde ale pouze *jiný pohled* na *ty samé* překážky vstupu.

<sup>168</sup> Různí autoři se v rozdělení i terminologii liší. Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 64 užívají dělení na „absolutní bariéry vstupu“ a „strategické výhody“, které se odrazilo i ve zprávě Office of Fair trading from London Economics z roku 1994 (OFT Research Paper); Arowolo, O. cit. dílo s. 249 používá jiné převzaté členění - na právní, ekonomické a strategické; Raus, D. Neruda, R. Hospodářská soutěž po vstupu ČR do EU. Brno: CP Books, 2005 na s. 106 člení na zákonné a ostatní; M. Utton rozlišuje na základě empirických dat čtyři zdroje bariér vstupu - technické, právní, cenové a distribuční. Srov. Utton, M. A. cit. dílo, s. 41.

- *Objektivními překážkami* rozumíme takové, které vyplývají z okolností daného trhu bez ohledu na to, jaké tržní *chování* dominant zvolí.
  - Jsou mezi nimi překážky *právní*, jako například nejružnější dovozní či produkční kvóty, tarify či jiná množstevní nebo kapacitní omezení, koncesní či certifikační administrativní mechanismy, zákonný monopol, výlučná práva k nezbytným zdrojům, výlučná práva k duševnímu vlastnictví, méně intenzivně pak také právní regulace podnikání, hygienické a bezpečnostní normy apod.
  - Patří sem ale také překážky *faktické*, které nevyplývají z právního řádu a jsou spíše *přírodního* nebo *ekonomického* rázu. (A jsou proto mimo možnost výraznějšího ovlivnění byť sebeliberálnější státní politikou a nezbyvá než jejich existenci akceptovat, co nejpřesněji zjistit a vzít v potaz při tvorbě i aplikaci soutěžněprávních norem.)

V různých odvětvích se jejich zastoupení i intenzita liší; příkladmo se nejčastěji uvádějí omezený přístup ke vzácným zdrojům a surovinám, nedostatek volných kapacit (příp. nedostatek potřebných výrobních faktorů obecně), neúměrné náklady vstupu (ať již kvůli potřebě značných nákladů na výzkum a vývoj, logistiku, reklamu, a překonání „zakonzervovanosti“ dlouhodobých odběratelských vztahů<sup>169</sup> či vybudování distribučních nebo dodavatelských kanálů), tzv. switching costs<sup>170</sup>, síťový efekt, ale i výrazná jazyková a kulturní specifika trhu.<sup>171</sup>

<sup>169</sup> J. Bejček hovoří o „spotřebitelské setrvačnosti a konservatismu“. Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. cit. dílo s. 449. Souvisí s tím také *loajalita ke značce* (kterou výslovně uvádí *Diskusní materiál*, bod č. 40).

<sup>170</sup> Náklady odběratelů (vč. spotřebitelů) spojené se změnou dodavatele.

<sup>171</sup> K faktickým překážkám vstupu přispívají také obecné transakční náklady spotřebitelů - ve spojení s předpokladem nedokonalých informací a omezené racionality lze z porovnání se situací zavedeného a informačně mezi zákazníky usazeného podniku pro nově vstupujícího soutěžitele vystopovat jisté nepopíratelné nevýhody, neboť již samotné vyhledávání a vyhodnocování informací o lepší nabídce (než je ta dominantova) vyžaduje určité náklady. Výchozí nastavení svědčí dominantovi, neboť o jeho nabídce ví většina zákazníků (minimálně pak všichni

- Vedle překážek objektivních existují také překážky, které jsme výše označili jako *strategické*. Není možné opomínat fakt, že snahu zvyšovat náročnost vstupu může projevovat i dominantní soutěžitel sám a vytvářet tak svými aktivními kroky další překážky *umělé* (a bude k tomu ekonomicky zcela logicky motivován, neboť jeho zájmem je své silné postavení si udržet; pro něj je výhodné se od podmínek dokonalé konkurence co nejvíce vzdálit).

Mezi strategické překážky, jejichž existence jednoduše vyplývá z faktu, že dominant na trhu působil dříve než vstupující hráči a může tak trh již *ovlivňovat*, zatímco vstupující se musí podmínkám z počátku *pouze přizpůsobovat*, lze zařadit exklusivní distribuční vztahy, *exklusivní vztahy* s dodavateli výrobních faktorů, vytváření neopodstatněných *technických* překážek, neopodstatněných tlaků na růst cen vstupů (a tím zvyšování nákladů vstupu), odmítnutí *přístupu k nezbytným zařízením* bez zjevného důvodu, nebo také *predátorské chování* (které lze užít jak k odstrašení vstupu tak i k okamžité reakci po vstupu k „zapuzení“ a likvidaci nového soutěžitele).

Je možno sem také zařadit *excesivní* investice v podobě zapuštěných nákladů, o kterých již byla řeč. Pokud dominant vynaloží natolik vysoké náklady do výzkumu a vývoje, reklamy, zvýšení loajality zákazníků ke značce<sup>172</sup> či produkčních kapacit<sup>173</sup>, že není možno vzhledem k velikosti trhu a ziskovým maržím reálně na trh vstoupit (vzhledem k nemožnosti dosáhnout návratnosti excesivních vstupních nákladů), překážky vstupu tím nepochybně zvyšuje.

### Překážky tržní expanze

---

jeho stávající), kdežto přejít k alternativě není jen otázka ceny a kvality služeb samotných, nýbrž jde také o potřebu *dozvědět se*, že nějaká lepší cena vůbec na trhu je.

<sup>172</sup> Z hlediska marketinku lze cílit propagaci na posílení zvykového nákupního chování a iracionální tradiční spotřebitelské preference. Je nutno upozornit, že z pohledu teorie tržních transakčních nákladů jde o zcela přirozený jev. Zde ovšem máme namysli *excesivní*, zjevně neopodstatněnou výši těchto nákladů. Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 934-935.

<sup>173</sup> Bellamy, Ch., Child, G. cit. dílo s. 932. Příkladem může být věc T-17/93 *Matra Hachette* v *Commission* [1994] ECR II-595.

Co se týče klasifikace překážek, nehovořili jsme zatím blíže o rozlišení *překážek vstupu* a *překážek expanze*. Zatímco první se týká omezení schopnosti reakce *zvnějšku* trhu, příchodem doposud nezúčastněných subjektů, druhé se týká schopnosti *již na trhu působících* podniků pohotově zvýšit rozsah produkce.

Obojí je pro zkoumanou problematiku zásadní, neboť obojí se přímo dotýká intenzity tlaku (ať již preventivního nebo následného) na dominantního soutěžitele v případě tendencí ke zneužití tržní síly. Tak jako hrozbou může být vstup nového soutěžitele, je jí i růst produkce a odbytu přímého konkurenta a obsazení části trhu na úkor leadera.

Povaha obou typů překážek je z podstatné části shodná a to, co bylo v předchozím textu řečeno o překážkách vstupu, lze s vědomím zřejmých modalit (a s ohledem na podmínky konkrétního trhu) obdobně vztáhnout i na překážky expanze.<sup>174</sup>

Co je ale důležité, je fakt, že při analýze konkrétního trhu je nutno prozkoumat *vždy obě* kategorie, neboť mohou nastat situace, že překážky expanze jsou nízké, přestože překážky vstupu vysoké. Opomenutí zahrnout tento potenciálně vyvažující aspekt by v případě pouhého zjištění vysokých překážek vstupu mohlo vést k mylnému konstatování existence tržní síly.<sup>175</sup>

Bariéry expanze, podobně jako jsme o tom hovořili u vstupu nových soutěžitelů, v mnohém souvisí i se zapuštěnými náklady. Jde

---

<sup>174</sup> Zvláštní kategorii pak mohou představovat i *překážky odchodu* z trhu. I ty, zvláště pokud jsou relativně výrazné (velmi vysoké nebo naopak nízké) hrají podstatnou úlohu při ekonomickém zvažování podniku, zda vstoupit nebo nevstoupit na trh. Dotýkají se totiž přímo *celkových rizik vstupu*. Co se týče jejich hodnocení a vztahu k uzavřenosti trhu, jde o obdobné zákonitosti jako byly pospány výše. Čím větší náklady a obtíže jsou s odchodem z trhu spojeny (zde se projeví také vliv vynaložených vysokých zapuštěných nákladů), tím nesnadnější a obecně méně pravděpodobnější je vstup nových soutěžitelů na relevantní trh. Z určitého pohledu je lze řadit vlastně k *překážkám vstupu*.

<sup>175</sup> Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 68.



tedy o to, zda je ke zvýšení kapacity podniku nutno vynaložit relativně výrazné zapuštěné náklady.<sup>176</sup>

Pokud zvýšení byť o malý rozsah produkce znamená potřebu vynaložit výrazně vysoké zapuštěné náklady, bariéry existují.

Je-li podnik naopak v situaci, kdy své produkční kapacity nevyužívá zcela a má k dispozici relevantní kapacity volné – pak má možnost zvýšit produkci velmi rychle i levně, bariérám expanze tedy nečelí. To samé v případě, že sice kapacitu využívá plně, ovšem její rozšíření nevyžaduje žádné nebo jen zanedbatelné zapuštěné náklady.

Proto bariéry expanze nelze opomenout. Ani vysoký tržní podíl v souběhu s existencí překážek vstupu nemusí ještě nutně znamenat tržní sílu - pokud jsou překážky expanze nízké.<sup>177</sup>

Odpovídá to ostatně již vyslovené potřebě zhodnotit *všchna kritéria dominance* ve vzájemné souvislosti a souhrnu. Jedině tak lze, alespoň s maximální reálně dosažitelnou mírou, kvalifikovat případné dominantní postavení právně obhajitelně.

Zahrnutí *dynamické složky* analýzy ve výraznější míře a její zhodnocení se stejnou relevancí, a s možná ještě větší *vahou*, než jaká je připisovaná tradičně zažitým, a někdy zjevně přeceňovaným

---

<sup>176</sup> Opět hovoříme o *relativní sumě nákladů*, protože *absolutní* hodnota nevypovídá obecně o ničem. Náklady je nutno vztahovat k velikosti trhu, k ziskovým maržím, předpokládané návratnosti a ceně kapitálu.

<sup>177</sup> Příkladem takových podmínek, kdy bariéry vstupu jsou značné, zatímco bariéry expanze podstatně nižší, může být jednak situace výrazné soutěže opírající se ve velké míře o zavedené *značky*, kdy nově vstupující by musel pro proniknutí na trh kvůli propagaci své značky vynaložit excesivní náklady na zaváděcí informační reklamu, zatímco stávající soutěžitelé těží z toho, že jejich značka je již v povědomí spotřebitelů. Druhým příkladem je trh, který vyžaduje vysoké *skokové investice* (tzv. „lumpy“ investment), tzn. že investice k vyprodukování *jedné jednotky*, které jsou přitom relativně vysoké, jsou velmi podobné k investicím nutným k vyprodukování *mnoha jednotek* – např. v důsledku nezbytnosti pořízení nákladného zařízení, které je potom schopno produkovat třeba i miliony kusů. K samotnému započítání produkce i v minimálním množství je tedy nezbytné vynaložit obrovské náklady, ovšem další zvyšování kapacity je pak zcela bezproblémové (až dokud se nedostane na limit a je třeba dalšího „skoku“ v podobě druhého stroje.) Čím vyšší jsou tyto „skoky“, tím vyšší bude zřejmě i tendence k bariérám expanze. Oba příklady převzaty z Bishop, S., Walker, M. cit. dílo s. 69.

*tržním podílům*<sup>178</sup>, vede v praxi zřejmě k méně striktnímu posuzování dominantního postavení.

V určité části případů, ve kterých by standardně byla dominance shledána, mohlo by dojít k závěru opačnému.

Spíše než o liberálnější pohled jde ale o pohled přesněji zacílený, srozumitelněji orientovaný na podstatu tržní síly a důvody, pro které by měla soutěžní právo zajímat. Proto *de lege ferenda* by bylo jednoznačně prospěšné tento směr dále prohlubovat, jak v prováděcích a nezávazných předpisech, tak přímo i v textu legislativních předpisů.

## Závěrečné shrnutí

(1) Pojem *dominantního postavení* je v evropské judikatuře a právní doktríně ustáleně interpretován jako „postavení ekonomické síly zaujímané soutěžitelem, jež mu umožňuje bránit zachování efektivní soutěže na relevantním trhu tím, že mu dává moc chovat se ve značné míře nezávisle na jeho konkurentech, zákaznících, a nakonec i spotřebitelích.“

Za definující lze označit tři stavební prvky definice: (a) výrazná obchodní síla na trhu; (b) moc chovat se ve značné míře nezávisle na konkurentech, zákaznících, spotřebitelích; (c) možnost bránit zachování efektivní soutěže na relevantním trhu.

(2) Kvalifikace dominantního postavení se opírá o řadu *faktorů*, které je nutno hodnotit vždy *v souhrnu*, ve vzájemné souvislosti, a to na daném *relevantním trhu*.

---

<sup>178</sup> Srov. přesvědčivou práci s jasným poselstvím o nutnosti zamezit strnulému přeceňování váhy tržního podílu při analýze tržní síly na relevantním trhu Dethmers, F., Dodoo, N. The abuse of Hoffmann-La Roche: the meaning of dominance under EC Competition Law. E.C.L.R. 2006, č. 10, s. 537 – 549. Autoři zde uvádí příklady případů, kdy evropské orgány příliš lpěly na tržním podílu jako kritériu dominance a podcenily dynamické prvky soutěže jako procesu. Autoři uvádí např. věc IV/M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*, rozhodnutí ze dne 30. 7. 1997 nebo případ COMP/M.2220, *GE/Honeywell*, rozhodnutí ze dne 3. 7. 2001. V případě *Coca-Cola* (který skončil mimosoudním vyrovnáním COMP/39.116, *Coca-Cola*, 22. 6. 2005) navíc autoři kritizují příliš úzce vymezený věcný relevantní trh (nápoje kolového typu), což nalezení vysokého tržního podílu umožnilo (přestože podle autorů soutěž mezi kolovými a nekolovými nápoji prokazatelně probíhá).

(a) První skupina je spojena se *statickým pohledem* na *stávající rozložení sil* na relevantním trhu. Patří sem klíčový ukazatel tržního podílu, dále tržní podíly nejbližších konkurentů, stejně jako celková struktura na obou stranách trhu.

(b) Další dvě skupiny souvisí s *dynamickým potenciálem změn* tohoto aktuálního rozložení. Jde jednak o (i) podmínky samotného trhu ovlivňující způsobnost (intenzitu i rychlost) změny daného rozložení – mezi tato kritéria patří překážky vstupu a expanze, charakter odvětví, včetně průběhu křivky úspor z rozsahu, elasticity poptávky, distribučních nároků, stupně vertikální integrace, „dynamická intenzita“ relevantního trhu, dynamika struktury trhu; jednak (ii) potenciál soutěžitelů (včetně potenciálních) k případným reakcím (do této skupiny řadíme finanční, hospodářskou a portfoliovou sílu soutěžitelů, jejich volné kapacity a další faktory ovlivňující schopnost pohotové reakce a zvýšení nabídky v případě tržní příležitosti).

Relativně nejvýraznější vliv pro kvalifikaci dominantního postavení mají kritéria *tržních podílů* na trhu a široce chápaných *překážek vstupu a tržní expanze*.

(3) Ohledně *tržních podílů* platí, že předmětem zájmu je celá tržní struktura; zkoumáme nejen podíl samotného dominantního podniku, ale též jeho konkurentů a strukturu na protistojící straně trhu.

Samotná hodnota tržního podílu rozhodujícím a nezpochybnitelným kritériem dominance nebývá. Přesto, v obou extrémních polích (výrazně vysoké a výrazně nízké podíly) lze v judikatorní praxi i literatuře nalézt náznaky aplikačního automatismu v těchto případech. Hodnoty nad 75% zastávané po období několika let (minimálně tří) jsou hodnoceny jako průkazné samy o sobě. Stejně tak hodnoty pod úrovní 10% byly opakovaně zhodnoceny jako dominanci vylučující.<sup>179</sup> V pásmu mezi těmito hodnotami pak soutěžní orgány přistupují ke komplexní analýze

---

<sup>179</sup> De lege ferenda, při vědomí potřeby co možná nejvíce *předvídatelných*, jasné formulovaných pravidel, pokud existuje *ustálená praktikovaná* vůle Komise i evropských soudů posuzovat soutěžitele od určité hranice tržního podílu více méně automaticky jako dominantního, by bylo vhodné zavést nejlépe alespoň dílčí *per-se pravidla*.

všech relevantních kritérií, přičemž tržní podíl hraje s ohledem na svoji konkrétní výši roli různě silného indikátoru, příp. právní vyvratitelné domněnky nedominance (tak v českém ZOHS pro hodnoty menší než 40%), anebo faktické vyvratitelné domněnky dominance (tak v evropské praxi hodnoty přinejmenším nad 60%).

(4) S *překážkami vstupu na trh* můžeme úzce spojovat úvahy o (ne)funkčnosti autoregulačního působení korekčních tržních mechanismů. Buď zcela *zabraňují* vstupu nových soutěžitelů na trh, nebo vstup *omezuji*, případně vstup významně *ztěžují*. Mohou také vstup *zpomalovat*, což snižují pružnost autoregulačního působení trhu.

Jako vhodné se jeví širší pojetí překážek vstupu, které se vztahuje též na vysoké náklady vstupu. Je založeno na přímé souvislosti se *základním významem možnosti nových vstupů na trh*; ten spočívá v hrozbě, tedy v prevenci, nebo přímo nápravě případného neefektivního chování dominantního soutěžitele. A všechny překážky, ať již jsou způsobeny jakýmkoli důvodem, přispívají k *omezení této hrozby vstupu*, omezení *pravděpodobnosti* pohotového (dostatečně intenzivního a rychlého) zásahu konkurence. Pojem překážek vstupu je dále *vnitřně diferencovaný*.<sup>180</sup>

*Míra kontestability* představuje komplexní charakteristiku flexibility struktury trhu, zejména potenciálu příchodu nových hráčů; jde o *míru náročnosti vstupu na trh*. Míru kontestability ovlivňují jednak skutečné *bariéry vstupu*, jednak *náklady vstupu*.

Rozlišujeme (a) *překážky I. typu* (překážky vstupu v užším slova smyslu, *bariéry vstupu*) a (b) *překážky II. typu* (*náklady vstupu*).

(a) *překážky I. typu (bariéry vstupu)*, jsou takové překážky vstupu na trh, které stávající podnik překonávat nemusel, zatímco nově příchozí se s nimi vypořádávat musí; *nepramení tedy ze soutěže* mezi hráči na trhu, znamenají *konkurenční nevýhodu spočívající v jiných*

---

<sup>180</sup> Dle charakteru překážek lze klasifikovat na *překážky I. typu (bariéry)* a *II. typu (náklady vstupu)*, dle zdroje na *objektivní* (právní a faktické) a *strategické*, dle účinků rozlišujeme *omezení, ztížení, zpomalení a zabránění vstupu* a dle tržního statusu reagujícího soutěžitele rozlišujeme *překážky vstupu*, *překážky expanze* a *překážky odchodu z trhu*.

*faktorech, než které souvisí s efektivitou (v širokém smyslu) soutěžitelů, a*

(b) *překážky II. typu (náklady vstupu)*, které musí překonávat každý vstupující na trh. Jde o *náklady, které musí vynaložit kdokoliv, kdo chce v odvětví podnikat*, tedy musí se s nimi potýkat *i stávající podniky* (nákup nejrůznějších aktiv, budov, strojů, investice do výzkumu, lidských zdrojů, reklamy, inovací, vztahů se zákazníky apod.). V různých odvětvích se přirozeně liší, a to i velmi výrazně, a mají přímou vazbu na schopnost *efektivně alokovat kapitál* a nejlépe *uspokojovat potřeby odběratelů* (spotřebitelů).

K odpovědnému přístupu ke kvalifikaci tržní dominance je třeba obě úrovně, statickou i dynamickou, brát s výraznou vahou. Orientace pouze na ukazatele tržních podílů vede v praxi k příliš restriktivní regulaci hospodářské soutěže.

(5) Jako *ekonomicko-právní rámec* reglementace ochrany hospodářské soutěže lze využít „*institucionálně-evoluční*“ přístup, akcentující (v textu vymezená) ekonomická východiska jako integrovanou součást regulačního a aplikačního přístupu k soutěžnímu právu. Na téma ekonomických hledisek v (soutěžním) právu je třeba se ostatně i v budoucnu zaměřovat ve zvýšené míře, i v souvislosti s aktuálně se prosazující tendencí tzv. *more economic approach*, která evropské antitrustové právo a jeho modernizační proces velmi výrazně ovlivňuje a zcela jistě ovlivňovat ještě bude.

**Kontaktní údaje na autora – email:**

[josef.silhan@law.muni.cz](mailto:josef.silhan@law.muni.cz)