

Josef Bejček *

„Eurokonformita“ soutěžní politiky a soutěžního práva v ČR

Abstract

„Euroconformity“ of Czech Competition Policy and Czech Competition Law. Josef Bejček deals first with the limiting of freedom of competition. He summarizes four basic practical attitudes of economic policy to competition – laissez-faire approach, - structure approach, - regulation approach and - ownership approach and concludes that Czech competition policy is based – similarly to the EU approach - on the combination of structure and regulation approach. Then the main principles of European competition law are mentioned and compared with the content of the new Czech Competition Act Nr. 243/2001 Coll. The author's final conclusion emphasizes full harmony of Czech competition law with the European one and draws reader's attention not only to the conformity of written law but to the necessity of full compatible interpretation and decision making of the antitrust authority and the courts as well.

1. Existenční ochrana soutěže a ochrana kvality soutěže

Právo na ochranu hospodářské soutěže má jiný hlavní účel, nežli právo proti nekalé soutěži. Zatímco potírání praktik nekalé soutěže předpokládá existenci soutěžního prostředí a je zaměřeno především na dodržování poctivosti soutěže (tedy její kvality), ustanovení práva kartelového zastupují autoregulační vliv soutěžního prostředí v situacích, kdy soutěžní prostředí vůbec neexistuje a brání též ohrožení soutěžního prostředí, které by vedlo nebo mohlo vést k ohrožení konkurence. Proto se také o této oblasti soutěžního práva hovoří jako o existenční ochraně konkurence.

Zatímco zájem na kvalitě existující soutěže (na jejím poctivém průběhu) je v zásadě soukromým zájmem soutěžitele, jenž čelí nekalým konkurenčním praktikám, považuje se zájem na samotné existenci soutěžního prostředí (včetně zájmu na obraně již i před jeho možným ohrožením) za zájem veřejný, který má ochranu prostředků práva veřejného.

2. Omezování soutěže a svoboda soutěže

Soutěž může být sice omezována určitými nekalými praktikami ve smyslu práva nekalé soutěže, ale k omezování může dojít i z právně zcela indiferentních příčin. Soutěž může být omezena zcela legitimním výkonem vlastních práv (např. vnitřním růstem bez vnější koncentrace), tedy zcela korektní realizací

* Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.

katedra práva Ekonomické fakulty VŠB – TU Ostrava
katedra obchodního práva Právnické fakulty MU v Brně

kompetitivní moci, byť v důsledku omezuje soutěžní prostor ostatním konkurentům. Omezení soutěže může však nastat též v důsledku nedovolených (což předpokládá měřítko a hodnocení) praktik, jimiž se též omezí prostor ostatním soutěžitelům. Omezení soutěže jako pojem má smysl jen právě ve spojení s *právně nedovoleným* zužováním rozhodovacího prostoru konkurentů.

Proto je přesnější hovořit o nedovoleném omezování *svobody soutěže*, a nikoliv o omezování soutěže. Soutěž může být omezena i zcela korektním kompetitivním chováním, nikoliv však svoboda soutěže (ta je totiž vždy *právně* omezena svobodou soutěže jiných konkurentů, a proto již pojmově nemůže být legitimním soutěžním chováním omezena). Svobodný obchod nebo svobodná soutěž nejsou žádnou přirozenou lidskou dispozicí či přirozeným sklonem podnikatelů a obchodníků. Svobodný obchod je společenským a právním výdobytkem a hodnotou, nikoliv tedy spolehlivě automatickým důsledkem působení neregulovaného trhu.

Hospodářská soutěž jako nezbytný předpoklad fungování tržně orientované ekonomiky má podle převládajícího konsensu vyplývajícího z empirie dva velké nepřátele - přílišnou svobodu a nedostatek jakékoliv regulace (které vedou ke vzniku zmonopolizované ekonomiky ovládané spiknutím nejmnocnějších), a na druhé straně přílišnou regulaci a omezení podnikatelské svobody (které z ekonomiky nečiní sice objekt libovůle monopolů, ale naopak objekt často arbitrárních zásahů státních orgánů, ohrožujících právní jistotu podnikatelů i flexibilitu a adaptační autoregulační tržní mechanismy).

3. Regulace a deregulace v oblasti soutěže

Rada ekonomických i právně ekonomických teorií poskytla a dosud poskytuje rozsáhlý soubor hypotéz a předpokladů, z nichž však většina nebyla přesvědčivě dokázána. Vyplývá to zřejmě ze skutečnosti, že předmět zkoumání všech těchto teorií (totiž fenomén hospodářské soutěže) je mnohem složitější, a že obsahuje mnohem více parametrů, než tyto jednotlivé teorie mohou obsáhnout.

Oblast tzv. antimonopolního či protikartelového práva je již tradičním kolbištěm, na němž se za přihlížení smírlivějších konvertitů z obou stran střetávají horliví a přesvědčení liberální odpůrci jakékoliv regulace hospodářské soutěže s neméně zapálenými příznivci masivní regulace. Žádná ze stran přitom není schopna předložit spolehlivé a nezvratné, obecně platné vědecké důkazy pro svá tvrzení, neboť takové jednoznačné důkazy patrně vůbec neexistují. „Důkazy“ se většinou v konkrétní situaci vyhledávají tak, aby podpořily předem zaujatý postoj, založený na hodnotovém zaměření diskutéra, a často též na zájmových motivech.

Kritika právní úpravy ochrany hospodářské soutěže bývá zaměřena jednak zásadně proti samotné existenci takové úpravy¹, jednak proti konkrétním rozhodnutím příslušného státního úřadu, a to s (předem učiněným) závěrem o nutnosti takový úřad jako ekonomice škodlivý zrušit. Někteří „utopičtí liberalisté“ prohlašují, že „ve svobodné společnosti nesmí nic takového jako zákon o hospodářské soutěži či nějaký státní úřad pro hospodářskou soutěž existovat“

a že „omezovat ekonomické subjekty v dobrovolném získávání (resp. maximalizaci) pozic na trhu, v dobrovolném fúzování, v uzavírání cenových či jakýchkoliv jiných dohod znamená nikoli chránit, nýbrž omezovat hospodářskou soutěž, omezovat dobrovolnou směnu, omezovat svobodu".² Jako kdyby vytačení konkurentů z trhu např. pomocí kartelových dohod a následný cenový diktát monopolisty neznamenaly likvidaci svobody volby konkurentů i spotřebitelů a iniciaci násilí, proti které se tak brojí. Ať už je však momentálně akceptovanější „víra v protimonopolní regulaci" nebo víra v absenci takové regulace, faktem zůstává, že právní ochrana hospodářské soutěže se uplatňuje ve většině vyspělých zemí. Zejména soutěžní politika EU je výrazem důležitosti, která je homogenním soutěžním podmínkám na evropském trhu přisuzována.

Bez zideologizovaných apriorních soudů se v praxi většiny států vychází ze stanoviska, že antimonopolní politika státu patří k nejdůležitějším plošným intervencím do ekonomiky a že ochrana hospodářské soutěže je pro společnost neméně důležitá, než ochrana vlastnických práv a ochrana svobody smlouvy. Monopol je považován za škodlivý i klasiky neoliberalismu, neboť bývá v konečném důsledku vždy zneužit a vede k ekonomické stagnaci. Týká se to i monopolů pod ochranou státu. Udržení soutěžního prostředí je vlastně pojistkou zpětné vazby proti neúměrné moci i samotného státu. Potvrzuje to známé rčení, že soutěž je ten nejvelkolepější a nejgeniálnější nástroj ke zbavení moci.

Přesto, že neexistuje shoda o definici hospodářské soutěže, dají se poměrně přesně definovat jednotlivé formy omezování soutěže. Nejde však o uzavřené legální definice, ale vesměs o generální klauzule, zpřesňované a dotvářené rozhodovací praxí protimonopolních úřadů a soudní judikaturou. V zákonech se tedy zakazuje omezování hodnoty, která není přesně definovatelná, a to se zřejmou oporou v empirii, s jejíž pomocí lze zjistit vazbu mezi určitým jednáním a mezi kvalitou konkurenčního prostředí.

4. Soutěžní politika

Funkce kartelového práva není hodnotící nebo poznávací, ale výlučně instrumentální - je nástrojem k prosazování (eventuálních) cílů konkrétní hospodářské (soutěžní) politiky a vyjádřením postoje, který konkrétní společnost k hodnotě hospodářské soutěže zaujímá.

Stejnorodost a parametrickost podmínek soutěže na trhu je z kategorie oněch - pro řádnou funkci trhu nutných - formálně stejných podmínek pro všechny a je předpokladem pro právní jistotu. Proto nemůže být závislá jen na momentální politické vůli a na arbitrárním posuzování státními orgány. Soutěžní politika předpokládá tedy pevný právní rámec, který poskytuje transparentní pravidla (včetně sankcí) pro posuzování podmínek svobodné nebo funkční (či jinak pojmově odstíněné) hospodářské soutěže.

Státní soutěžní politika se pod vlivem různých faktorů (mj. též pod vlivem různých teorií hospodářské soutěže) vždy pohybuje mezi konečným počtem možných kvalitativně odlišných soutěžně politických strategií, ev. jejich nuancí. V

závislosti na této pozici se může formovat kartelové právo - jeho koncepce se nemůže dlouhodobě odchylovat od cílů soutěžní politiky. Tyto základní pozice jsou čtyři:

- rezignace na státní soutěžní politiku a spoléhání se na dobré chování podniků s tržní mocí a na sebeozdravné síly trhu (rezignační přístup, *laissez - faire approach*);
- obnovování a udržování soutěžních tržních struktur pomocí kontroly fúzí a dekoncentrace, popř. zákazů zabraňovacích a koordinačních praktik (strukturální přístup, *structure approach*);
- akceptace tržní moci a zajištění veřejného zájmu prostřednictvím dohledu nad jejím zneužitím se zřetelem k tržnímu chování a výsledkům na trhu (regulační přístup, *regulation approach*);
- zespolečenštění podniků s tržní mocí (vlastnický přístup, *ownership approach*).

4. 1. Rezignační přístup

se dopouští pochybení svým spoléháním na slušné chování podniků s tržní mocí. Soutěž jako systémový předpoklad fungování tržní ekonomiky nemůže být závislá na proměnlivé ochotě či nevoli rozhodujících podnikatelů chovat se „správně“. Soutěžní tlak, vedoucí k naplňování tzv. funkcí soutěže, musí být vyvoláván anonymně, bez možnosti jeho ovlivnění rozhodujícími subjekty. Rovněž spoléhání na samoregenerační ozdravné síly trhu může být sotva základem pro racionální soutěžní politiku, protože jakkoliv takové síly působí, je to působení velmi dlouhodobé, s mnoha regresy a neprobíhá ve všech oblastech.

V právu se převaha tohoto soutěžně politického přístupu projevuje jako absence jakékoliv úpravy (totální rezignace) nebo jako pojetí kartelů ve smyslu nežalovatelných naturálních obligací. Někdy se projevuje „díličí rezignace“, např. na jakoukoliv kontrolu koncentrace při současné úpravě jiných ohrožení soutěže.

4. 2. Strukturální přístup

preferuje udržení soutěžních struktur kontrolou fúzí a dekoncentracemi, ev. i zákazem určitých zabraňovacích a koordinačních praktik, což činí nadbytečnou následnou kontrolu zneužití ke korekcím tržního chování a tržního výsledku.

V rámci této koncepce se používal i pojem *countervailing power* (J. K. Galbraith), připomínající koncepci „protijedu“. V zájmu obnovení rozdělovací funkce trhu narušené mocenskými poměry na trhu se teoreticky připouštěly i kroky k vyrovnání mocenské nerovnováhy, a to i vytvářením horizontálních kooperačních mocenských protiuskupení, aby se vyrovnaly šance a zvýšila se intenzita soutěže. Připuštění podobných postupů by mohlo roztočit nekontrolovatelnou mocenskou kartelizační spirálu a není možné je doporučit.

4. 3. Regulační přístup

nehodnotí tržní moc nijak negativně, počítá s její existencí, ať už vznikla jakýmkoliv způsobem (třeba i koordinačními či zabraňovacími praktikami, ev.

externím nebo nadměrným interním růstem). Tržní chování a výsledek na trhu dosažený jsou státem korigovány následně (*ex post*). Proti praktickému používání tohoto soutěžně-politického konceptu a jeho právnímu zakotvení hovoří dva důvody:

- praktické zkušenosti, které ukázaly, že kvantifikace intenzity soutěže a zneužití činí velké potíže. Navíc *ex post* prováděný dozor nad zneužitím zaostává za hospodářským vývojem. Právní předpisy tyto nedostatky mohou oslabit pomocí legálních definic omezení soutěže a zneužití, nicméně ve svém soutěžně politickém významu regulační přístup nedosahuje úrovně strukturálního přístupu;

- korektivní následná opatření, nutící podniky v rozporu s principem mikroekonomické racionality k dobrému chování, jsou výrazem dirigistické politiky. V těchto případech nastupuje místo neviditelné ruky soutěže jako anonymního kontrolního a řídicího mechanismu viditelná ruka státního dohledu. Též z tohoto důvodu by měl být dohled nad zneužitím omezen jen na ty případy a oblasti, v nichž jiný přístup není možný - to by však mělo platit obecně. Rozhodující by měl být účinek zásahu, a nikoliv porušení zásady, která může mít až fundamentalistický (ideologicky dogmatický) nádech.

4. 4. Vlastnický přístup

Tato expropriační politika proti strategiím ohrožujícím soutěž je velmi radikální, a přitom nebezpečná. Léčbou jednoho neudu může způsobit ještě mnohem závažnější poruchy. Zestátnění může pod deklarovaným heslem o boji proti nesoutěžnímu prostředí vytvořit na státní úrovni tak propojený zájmový konglomerát státně-stranicko-odborářsko-manážerský, který umožní ledacos, ale stěží ty účinky, které by jinak mělo soutěžní prostředí. Zejména pozice spotřebitele nebude asi lepší, než by byla v systému *ex post* prováděného dozoru nad zneužitím.

Alternativou tohoto přístupu může být státní dohled nad dominantními nebo monopolními podniky (zejména u tzv. přirozených monopolů), prováděný zejména v zájmu ochrany spotřebitele. To není čistý přístup rezignační - rezignuje se jen na změnu tržní struktury (je často nemožná), ale nikoliv na následnou korekci některých nepříznivých důsledků tohoto stavu nebo i preventivní opatření proti vzniku takových důsledků (např. cenová regulace). Takové oblasti bývají prostřednictvím právní úpravy v určitých aspektech vylučovány z tržního režimu.

Specifickou subalternativou vlastnického přístupu v zemích s tranzitivními ekonomikami je nikoliv zestátnění, ale „neodstátnění“, a to buď celkové nebo částečné. I „kontrolní balík“ akcií (resp. tzv. „zlatá akcie“ se zvláštními právy hlasovacími) může vytvořit státu takovou pozici, která mu teoreticky i prakticky umožňuje přinutit monopol se státní majetkovou účastí, aby se (alespoň občas) choval lépe než jako soukromý monopol.⁴

4. 5. Kombinace strukturálního a regulačního přístupu

Prvá a poslední z uvedených soutěžně politických strategií postupu proti omezování hospodářské soutěže se dají jako prakticky nedoporučitelný základ právní úpravy vyloučit.

Přes převažující doporučení soutěžní teorie o nutnosti důsledné soutěžní politiky zaměřené na udržení soutěžních tržních struktur bude nezbytné (byť v rozsahu co možná nejmenším) zachovat tam, kam strukturální opatření nedosáhnou, kontrolu chování a tržních výsledků. V jednotlivém případě mají mnohdy na intenzitu soutěže mnohem větší vliv jiné podmiňující faktory, nežli faktory morfologické. Z tohoto důvodu kombinace strukturálního a regulačního přístupu v praxi převažuje.

5. Základní principy evropského soutěžního práva

Tzv. mezistátní klauzule Evropské smlouvy (ES) umožňuje oddělit oblasti působnosti *evropského* soutěžního práva a *národních* právních úprav, nicméně tyto národní úpravy nemohou být principiálně odlišné od evropského standardu. Články 85 a 86 ES chrání soutěž před omezováním, je-li poškozován obchod *mezistátní*. Pokud se v minulosti vycházelo z toho, že evropské a národní soutěžní právo jsou rovnocenné, judikatura se přiklání k uznání *přednosti* práva evropského.

ES uvádí mezi cíli Evropských společenství zřízení společného trhu a provádění takové soutěžní politiky, která ochrání vnitřní trh před zkresením. Hovoří se v ní o otevřeném tržním hospodářství se svobodnou soutěží a o systému otevřených a na soutěž orientovaných trhů⁵.

Přístup k interpretaci a aplikaci evropského soutěžního práva je založen na konceptu účinné a poctivé soutěže. Evropské společenství si nekladlo a neklade za cíl dosáhnout dokonalé soutěže nebo nějakého předem daného standardu přiblížení se k takovému stavu. Soutěž se chápe jako nástroj k dosažení cílů ES a právě taková míra konkurence je potřebná a právně politicky prosazovaná.

Poslední vývoj v ES dává vzniknout pochybnostem, zda se již ES neodklání od pojetí funkční soutěže směrem k účelovým přístupům různých průmyslových politik⁶. Zejména se to dovozuje z důrazu na posílení konkurenceschopnosti průmyslu ES v Maastrichtské smlouvě, což by znamenalo odklon od orientace na tržní procesy k orientaci na tržní výsledky a narušení dříve prvořadého principu soutěže zásahy vedenými z hlediska průmyslové politiky. Potlačila by se tím tedy i dřívější jednotná soutěžní koncepce ES bez náhrady koncepcí jinou.

Hodnota hospodářské soutěže je velmi důležitá pro dosažení cílů Evropské unie, ale přitom není hodnotou prvořadou, jíž by se obětovaly cíle ekonomické a sociální soudržnosti (soutěž není postavena nad ekonomické principy). Soutěžní řád v rámci ES je širší kategorií nežli tradiční právo kartelové. Zahrnuje totiž zejména i opatření v oblasti volného pohybu zboží a služeb (dumping), úpravu veřejných soutěží, regulaci státních podpor, podpory malých a středních podniků a jiných regulatorních zásahů.

Hlavní trojjedinou funkcí evropského soutěžního práva je udržení otevřeného a jednotného trhu při zachování jeho konkurenční struktury a při zajištění spravedlnosti na tomto trhu⁷. Má zabránit vzniku nových překážek obchodu a urychlit tak evropskou hospodářskou integraci, jejíž účinnost závisí na účinnosti hospodářské soutěže. Hodnota soutěže se přirozeně střetává s některými sektorovými politikami (např. s podporou neprosperujících průmyslových odvětví, s podporou podnikatelů v zemědělství, s podporou méně rozvinutých oblastí a j.) a konečný výsledek tohoto napětí nezávisí zdaleka jen na teoretické argumentaci, ale zejména na politické síle zástupců jednotlivých zájmů a priorit.

Evropské soutěžní právo působí proti omezením soutěže na společném trhu a vztahuje se tedy i na jednání subjektů v nečlenských státech ES, pokud toto jednání má následky pro společný trh (tzv. princip následku či exterritoriality evropského soutěžního práva). Z hlediska závažnosti regulovaného chování byl přijat princip mezistátní klauzule (pravidlo *de minimis*), který znamená, že evropská právní úprava se použije jen na takové případy, které mohou negativně ovlivnit obchod mezi členskými státy.

Pro osobní působnost evropského soutěžního práva je rozhodující pojem *podniku*, který je koncipován (odchylně od české úpravy) nikoliv jakožto hromadná věc. Podnikem je v právu ES jakýkoliv subjekt (hospodářská jednotka) bez ohledu na jeho právní formu, účastníci se hospodářského života, a to i s nevýdělečným cílem.

Z hlediska věcného tvoří základ evropského soutěžního práva úprava postihu kartelů, zneužití dominantního postavení a kontroly koncentrace podniků.

6. Platná česká úprava ochrany hospodářské soutěže

Základní principy evropského soutěžního práva jsou důležité i z hlediska aplikace tuzemského soutěžního práva. Nemuselo by přitom jít jen o pouhou inspiraci pro postup našich státních orgánů v podobných případech. Podle článku 64 odst. 1 a 2 tzv. Asociační dohody⁸ se ČR zavazuje v zásadě (tedy s některými výjimkami) použít evropského kartelového práva (včetně sekundárních pramenů) tak, jak jsou vykládána v praxi Komise a Evropského soudního dvora, resp. Soudu prvního stupně. Proto je evropské soutěžní právo (včetně jeho interpretační a aplikační roviny) zejména po přijetí „eurokonformního“ nového českého zákona o ochraně hospodářské soutěže č. 143/2001 Sb. (ZOHS) přinejmenším zdrojem klíčových informací o výkladových problémech soutěžního práva a o jeho vývojových tendencích, které nás zasahují již dnes - ve fázi přidružení k Evropským společenstvím.

Zákon č. 143/2001 Sb., který je kompatibilní s evropským soutěžním právem, je koncepčně velmi podobný dřívějšímu zákonu č. 163/1991 Sb. po jeho novelizacích. Je to potvrzení i dřívější zásadní slučitelnosti zákona č. 163/1991 Sb. s evropským právem.

Zákonodárce zvolil (evropskému právu odpovídající) metodu úpravy spíše stručné a obecnější, se základem v generálních klauzulích a umožňující výkladový posun v rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS) a v soudní judikatuře. Vyhnul se tak pasti kasuistické a podrobné reglementace, která bývá sice motivována snahou o transparentnost, předvídatelnost a právní jistotu, ale (vzhledem k nemožnosti normativně zachytit všechny možné budoucí situace) zpravidla vede k bludnému kruhu dalších a stále podrobnějších kasuistických úprav.

6. 1. Předmět a účel úpravy

Zákon upravuje podle svého §1 odst. 1 ochranu hospodářské soutěže na trhu výrobků a služeb (dále jen „zboží“) proti jejímu vyloučení, omezení, jinému narušení nebo, za podmínek stanovených tímto zákonem, jejímu ohrožení (dále jen „narušení“), pokud k tomuto ohrožení dojde dohodami soutěžitelů nebo zneužitím dominantního postavení soutěžitelů či jejich spojením.

Toto ustanovení není jen vymezením předmětu úpravy, ale též jejího účelu. Zákon má chránit hospodářskou soutěž na trhu zboží proti jejímu narušování třemi vyjmenovanými ataky. „Narušení“ je legislativní zkratka, která zahrnuje jak dokonané omezení soutěže (u zneužití dominantního postavení), tak i jen její potenciální ohrožení (dohodami nebo spojením soutěžitelů).

Zákonné ochrany požívá hospodářská soutěž jako institucionální kvality jen částečně určené zákonem. Ustanovení §1 odst. 1 ZOHS tak jasně deklaruje, že zákon naopak nechrání jednotlivé soutěžitele, pokud jednání konkurenta proti nim nenarušuje hospodářskou soutěž existenčně. Individuální ochrana může být jakýmsi „vedlejším účinkem“ existenční ochrany soutěže jako anonymního řídicího a kontrolního mechanismu.

Účelem nevyjádřeným výslovně, ale vyplývajícím z obsahu ZOHS, je tedy ochrana svobody hospodářské soutěže. Hospodářská soutěž se nechrání jako nějaký samoučel, ale jako hodnota, která má výraznou funkční vazbu k hodnotě soukromé autonomie účastníků trhu. Vychází se též z empirického předpokladu, že zdravé soutěžní prostředí podporuje globální hospodářský rozvoj a efektivnost ekonomiky. Proto se ZOHS dá tradičně chápat nejen jako doplňková a podpůrná (převážně) veřejnoprávní regulace soukromoprávního principu smluvní svobody, nýbrž je nutno vidět i určité rysy tohoto zákona, které z něj činí také jeden z potenciálně komplementárních právních nástrojů hospodářské politiky.

6. 2. Soutěžitelé

Zákon se vztahuje na „soutěžitele“, jimiž se rozumí nejen podnikatelé, ale jakékoliv fyzické nebo právnické osoby (tedy právní subjekty) účastníci se soutěže nebo dokonce schopné svojí činností soutěž ovlivňovat.

Soutěžiteli jsou však podle zákona i sdružení fyzických nebo právnických osob a sdružení jejich sdružení a jiné formy seskupování, a to i v případě, že jde o sdružení *bezsubjektová*. V objektivně soutěžním vztahu se tedy může ocitnout i osoba bez právní subjektivity, která není podnikatelem ve smyslu obchodního

zákoníku, a která může narušovat soutěž. Pojem soutěžitele je proto nutno vykládat velmi široce a z hlediska funkčního. Analogie k funkčnímu pojmu „podniku“ v evropském soutěžním právu je tu zřejmá.

Zákon se naopak *nevztahuje* na soutěžitele poskytující na základě zvláštního zákona nebo rozhodnutí vydaného podle zvláštního zákona služby obecného hospodářského významu (tzv. *veřejné podniky*), pokud by to znemožnilo poskytovat tyto služby. Jde např. o některé služby telekomunikační, poštovní, bankovní a o služby rozhlasového a televizního vysílání. Zákon se tak vrátil k již dříve zakotvené a poté zrušené úpravě zvláštního postavení veřejných podniků. Hodnocení této úpravy je sporné. Na jedné straně jde sice o porušení rovnosti podmínek pro všechny soutěžitele a o vytvoření jakési privilegované „rezervace“ pro jisté (byť jen obecně určené) subjekty, na straně druhé přispívá tato výjimka k větší transparentnosti, nežli eventuální účelové ad hoc výklady používané u jednotlivých „veřejných podniků“ ke zdůvodnění jejich vynětí z působnosti zákona. Zákon však i takto ponechává široké pole výkladu výjimky z osobní působnosti a nepřikročil k žádným sektorovým (odvětvovým) výjimkám a setrval na zásadě plošného zákazu narušování hospodářské soutěže všemi subjekty bez ohledu na odvětví, v němž působí. Rovněž pragmatický argument, že by při nepovolení takové výjimky zákonem šlo o zbytečně přísné omezování ekonomického potenciálu potřebného ke konkurenceschopnosti takových podniků na náročnějších zahraničních trzích vnitřními předpisy⁹ má svoji váhu, i když má obecnější platnost i mimo veřejné podniky.

6. 3. Místní působnost

Teritoriální působnost ZOHS je vyřešena standardním a i v sousedních zemích obvyklým způsobem. ZOHS se vztahuje i na jednání a činnosti, k nimž došlo v cizině, pokud se jejich účinky spočívající v narušení soutěže projeví na tuzemském trhu nebo by se na něm mohly potenciálně projevit (typicky jde o kartelové dohody se zahraničním partnerem).

Zahraněční teritoriální dosah ZOHS se naopak zásadně nepředpokládá - jednání, jehož účinky se projevují jen a pouze na zahraničním trhu, není předmětem úpravy ZOHS, ledaže by ze závazné mezinárodní úmluvy vyplynulo pro Českou republiku něco jiného. Změny v tomto směru lze očekávat v průběhu předpokládaného začleňování České republiky do Evropských společenství - ze zahraničního trhu se totiž stane jednotný komunitární trh, podléhající komunitárnímu soutěžnímu právu.

6. 4. Základní principy nového ZOHS

Zákon se tradičně vztahuje na tři oblasti: na dohody narušující soutěž, na zneužívání dominantního postavení a na kontrolu koncentrace.

6. 4. 1. Dohody omezující soutěž

Zůstal zachován princip zásadního zákazu dohod narušujících soutěž (tzv. kartelových dohod) a rozšířil se výslovně i na dohody vertikální. Odpadl tak

dřívější interpretační spor, zda se ZOHS vztahuje i na dohody např. mezi výrobcem a distributorem. Byla opuštěna logicky nekonzistentní úprava dohod sice nezakázaných (platných), ale nicméně neúčinných bez schválení ÚOHS. ZOHS přijal evropskou koncepci skupinových vynětí ze zákazu dohod narušujících soutěž a zachoval možnost ÚOHS udělit na žádost i výjimku individuální.

Zvýšila se hranice tzv. bagatelních kartelů (pravidlo „de minimis“) a zákon diferencuje tuto hranici u dohod vertikálních a u dohod horizontálních a navíc pravidlo „de minimis“ u určitých dohod explicitně vylučuje. Přejímá tím výkladová stanoviska Evropské komise a Evropského soudního dvora a z dřívějšího interpretačního sporu (zejména o přípustnost horizontálních či některých vertikálních cenových ujednání) činí věc pozitivně právně nespornou. Transparentnosti činnosti Úřadu a právní jistotě soutěžitelů má napomoci zavedení veřejného kartelového rejstříku.

Základní tradiční schéma generální klauzule a demonstrativních skutkových podstat zůstalo zachováno. Mezi zakázanými skutkovými podstatami se objevil tzv. *skupinový bojkot*. Ten spočívá v dohodě, že její účastníci nebudou obchodovat či jinak hospodářsky spolupracovat se soutěžiteli, kteří nejsou účastníky dohody nebo že jim budou jinak působit újmu. Podmíněné vynětí ze zákazu dohod upravuje zákon tradičně pro dohody o převodu nebo poskytnutí práv z průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví (§ 4).

Zákon pro horizontální dohody stanoví nižší (5%) společný podíl účastníků dohody na relevantním trhu nežli pro účastníky vertikální dohody (10%). Zákaz kartelů platí jen při překročení těchto hranic, přičemž u vertikálních dohod dokonce zmocňuje ÚOHS stanovit vyhláškou tento podíl vyšší (srov. § 6 odst. 1). Souvisí to s převahou názorů, že vertikální dohody jsou z hlediska soutěže méně nebezpečné, nežli dohody horizontální, resp. že vertikální dohody přinášejí často prospěch spotřebitelům. Zvýšení prahu nepřipustnosti dohod je i opatřením na podporu spolupráce drobných a středních podnikatelů, vytvářejících „podhoubí“ konkurence.

Absolutní (per se) zákaz však platí i při nepřekročení uvedených podílů účastníků dohody na relevantním trhu pro vertikální dohody, které (přímo nebo nepřímo) určují *ceny, rozdělují* trh nebo nákupní zdroje a pro *vertikální dohody*, které (přímo nebo nepřímo) určují kupujícímu *cenu* pro další prodej zboží nebo poskytují kupujícímu pro tento další prodej *úplnou územní ochranu* (§ 6 odst. 2). Bez ohledu na to, zda jde o dohodu vertikální nebo horizontální, se dále absolutní zákaz uplatní u jednotlivých dohod, které jsou součástí *souboru dohod* a u nichž se alespoň na jedné straně účastní stejný soutěžitel, pokud společný podíl účastníků přesahuje procentní hranice podle § 6 odst.1. Zákaz platí i pro jednotlivé dohody, jsou-li součástí souboru vertikálních nebo smíšených dohod, omezujících přístup na trh neúčastníkům těchto dohod. Podmínkou je ovšem podstatné narušení hospodářské soutěže *kumulativním účinkem* paralelních sítí podobných vertikálních nebo smíšených dohod uzavřených pro distribuci stejného, srovnatelného nebo zaměnitelného zboží (např. v letech 1997-1998 se v

ČR rozmohly smlouvy o výhradním nákupu piva, jejichž kumulativní účinek na trhu piva dodávaného ke spotřebě v provozovnách podstatně omezil možnosti vstupu na trh zejména malým a středním pivovarům, a proto ÚOHS takové dohody zakázal, byť každá dohoda jednotlivě nemusela být soutěžně právně závadná).

Ze zákazu dohod narušujících soutěž může být Úřadem povolena na návrh účastníka *individuální* výjimka.

Zákon nejen opětovně předpokládá vydání *blokových* výjimek ze zákazu dohod narušujících soutěž, ale tentokrát s jeho účinností vstupuje v účinnost i soubor vyhlášek ÚOHS o povolení *obecných* výjimek ze zákonného zákazu dohod.

6. 4. 2. Zneužití dominance

Další interpretační spor, totiž o definici dominantního nebo monopolního postavení, vyřešil ZOHS tím, že výslovně neváže charakteristiku dominance soutěžitele jen na jeho tržní podíl, ale na vícekritériální ukazatel celkové tržní síly, zahrnující kromě hospodářské a finanční síly zejména též strukturu trhu, bariéry vstupu na trh, stupeň vertikální integrace soutěžitelů a sílu nejbližších konkurentů. Nová úprava vychází z pojetí dominance tak, jak se postupně vytvořilo v rozhodnutích Evropské komise a v rozsudcích Evropského soudního dvora. Dominantní postavení je podle § 10 zákona výslednicí více faktorů, které umožňují soutěžiteli nebo soutěžitelům chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích.

Zákon vychází z tradiční generální klauzule zákazu zneužívání dominantního postavení na úkor soutěžitelů nebo spotřebitelů, doplněné demonstrativním výčtem jednotlivých konkrétních skutkových podstat zneužívání. Jednotlivé příkladem uvedené skutkové podstaty (srov. § 11 odst. 1) zahrnují jednak tradiční případy vynuocování nepřiměřených podmínek, junktimace, diskriminace, omezení výroby, vývoje nebo odbytu a jednak dvě nové skutkové podstaty.

Nově se zařazuje kontroverzní a z mnoha stran kritizovaný zákaz dlouhodobě nabízet a prodávat zboží za nepřiměřeně nízké ceny, pokud to má nebo dokonce jen může mít za následek narušení hospodářské soutěže. Nepřiměřeně nízká cena se nedefinuje a není vůbec zřejmé, vzhledem k jakým nákladům se bude posuzovat. Další problém spočívá v možné konkurenci zájmů spotřebitele na nízké ceně a zájmu na neohrožení soutěže. Další nově zavedená skutková podstata zneužívání dominantního postavení už nemusí být tak bezzubá. Dominant nesmí podle § 11 odst. 1 písm. f) odmítnout jiným soutěžitelům za přiměřenou úhradu přístup k vlastním přenosovým sítím nebo jiným obdobným rozvodným a jiným infrastrukturním zařízením, pokud tyto soutěžitelé nemohou z jakýchkoliv důvodů bez spoluzívání takového zařízení působit na stejném trhu jako dominantní soutěžitelé. Ti ovšem mohou prokázat, že takové spoluzívání není z jakýchkoliv důvodů možné anebo že je od nich nelze spravedlivě požadovat. Pak se na ně zákonný zákaz odmítnutí přístupu

k vlastním zařízením nevztahuje. Při doslovném výkladu by mohlo ovšem jít o velmi antiliberální opatření, zneužitelné „nájezdníky“, kteří by si vynucovali vstup na trh, na němž dosud nepůsobili, s násilným využitím infrastrukturních sítí, vybudovaných (budoucím) konkurentem.

Všeobecnost (neuzavřenost) generální klauzule § 11 umožňuje i nadále postihovat takové způsoby chování, které si dominantní ekonomický subjekt může dovolit jen a pouze díky neexistenci konkurenčního prostředí. Zákon je tak může funkčně alespoň částečně zastoupit a plnit tak funkci sociální regulace, když již (parafrázují-li R. Jheringa) nepůsobí ani tržní ani osobní autoregulace.

6. 4. 3. Kontrola koncentrace

Spojování soutěžitelů je upraveno v zákoně mnohem podrobněji a v souladu s příslušnými nařízeními Rady ES č. 4064/89 a 1310/97. Konceptní změnu přineslo ustanovení o kvantitativní hranici či „prahu“ („threshold“) působnosti ZOHS, která již není dána *podílem* spojujících se soutěžitelů na relevantním trhu, ale *absolutní* výší dosahovaného obrátu.

To umožňuje jednak podpořit mezinárodní konkurenceschopnost tuzemských podniků (významných na vnitřním trhu, ale drobných v mezinárodním srovnání) a jednak podchytit případy, kdy by zahraniční subjekt mohl díky své hospodářské a finanční síle ovlivňovat soutěžní prostředí v ČR prostřednictvím spojení s drobným českým subjektem, jehož procentní podíl na obrátu na relevantním trhu by mohl být menší než 30% a dozoru ÚOHS by tedy dříve nepodléhal. Na druhé straně to ovšem znamená přiznání, že teoreticky „optimální“ struktura malého českého trhu je v mezinárodním kontextu druhořadou hodnotou; jde vlastně o určitou rezignaci na ovlivňování struktury vnitřního trhu.

ZOHS upravuje podrobně pravidla pro výpočet obrátu. Bere se přitom v úvahu nová úprava podnikatelských seskupení (koncernové právo) a důležitá je výše obrátu v rámci celého koncernu. ZOHS stanovil dosud chybějící lhůty pro vydání rozhodnutí, čímž zvyšuje právní jistotu soutěžitelů.

Zavádí se dále *dvoustupňové řízení* o spojení - nejdříve ÚOHS zjišťuje, zda spojení podléhá jeho schválení. Nepodléhá-li, vydá o tom ÚOHS rozhodnutí. Podléhá-li, avšak nevznikne-li nebo neposílí-li se spojením dominantní postavení soutěžitelů, které by vedlo k podstatnému narušení hospodářské soutěže, Úřad spojení povolí. V opačném případě pokračuje v řízení, které musí být ukončeno v předepsaných lhůtách, jinak platí nevyvratitelná domněnka souhlasu Úřadu se spojením. Platí zákaz uskutečňovat spojení před povolením Úřadu (s možností výjimek), možnost vázat povolení na podmínky a omezení ve prospěch účinné hospodářské soutěže, možnost zrušit rozhodnutí o povolení spojení atd.

Zákon výslovně předpokládá založení společného podniku koncentrativního typu (který dlouhodobě plní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky) za spojení soutěžitelů a při založení koordinačního podniku se předpokládá použití ustanovení o dohodách soutěžitelů narušujících soutěž. Zachováno zůstalo i negativní vymezení spojení soutěžitelů (§ 12, odst. 6 a 7).

6. 4. 4. Další změny

V souladu s evropskou úpravou se zavádí subjektivní princip odpovědnosti za porušení zákona a pokuty mohou být uloženy jen za jeho *zaviněné* porušení. Z praktického hlediska však tato změna není tak významná, jak by se mohlo na první pohled zdát. U porušení zákonných povinností bude totiž možné předpokládat přinejmenším nevědomou nedbalost. Je však pravda, že Úřad nyní může (tak jako dříve, ovšem nyní s lepším právním zdůvodněním) stupeň zavinění promítnout do výše pokuty, neboť závažnost porušení zákona není jen objektivní kategorií, ale je spojena i se vztahem odpovědného subjektu k výsledku jeho protiprávního jednání. Podstatné je vypuštění příliš krátké jednorozhodčí subjektivní lhůty a tříleté objektivní lhůty pro uložení pokuty. ZOHS zavedl *tříletou subjektivní a desetiletou objektivní lhůtu*.

Došlo k jistému zpřesnění procesních pravidel při zachování podpurného použití správního řádu. Významná je možnost ÚOHS rozšířit na žádost *okruh účastníků řízení* o ty osoby, jejichž práva nebo povinnosti mohou být rozhodnutím Úřadu podle ZOHS podstatně dotčeny. Dřívější úprava přiznávala postavení účastníka jen tomu, o jehož právech nebo povinnostech stanovených ZOHS mělo být v řízení rozhodnuto.

7. Závěrem

Platné české právo na ochranu hospodářské soutěže je v souladu s právem Evropských společenství a není překážkou v projednávání kapitoly „hospodářská soutěž“ v rámci přistoupení ČR k ES. Předpokladem je trvalá aplikace práva v souladu s Asociační dohodou tak, aby aplikace byla slučitelná nejen s psaným evropským právem, ale též s interpretací používanou evropskou exekutivou a jurisdikčními orgány.

Poznámky:

- 1) Srov. např. Armentano, D.T.: Proč odstranit protimonopolní zákonodárství?. Praha 2000, Liberální institut.
- 2) Srov. Kinkor, J.: Trh a stát. Praha 1995, Svoboda, s.127.
- 3) K tomu srov. Shepherd, W.G.: Public Policies Toward Business (7th Ed.) Homewood. Illinois 1985, str. 7 an. Z tohoto pramene čerpá i Schmidt, I.: Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. Stuttgart 2001, Lucius@Luicius, s. 155 an.
- 4) F. A. Hayekovi je připisován trefný výrok, že soukromý monopol je horší než monopol státní.
- 5) Srov. zejména čl. 3 písm. g), čl. 4, 102, 105, 154 odst. 2, 157 Smlouvy o založení Evropského společenství.
- 6) Srov. Becker- Celik, A.: Europäisches Wettbewerbsrecht – ein Konzept? Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 1997, č. 10, s. 334 an.
- 7) Spravedlnost předpokládá konečný prospěch pro spotřebitele, resp. podíl spotřebitele na konkrétních výhodách dosažených v důsledku omezení konkurence.
- 8) Evropská dohoda zakládající přidružení mezi Českou republikou na jedné straně a Evropskými společenstvími... na straně druhé, viz Sdělení MZV č. 7/1995 Sb.
- 9) Srov. Tichý, L.: Veřejné podniky v Evropě a v České republice z hlediska soutěžního práva. Acta Universitatis Carolinae, Iuridica 2000, č. 2, str. 40.