

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 3/2012

HOSPODÁŘSKÁ SOUTĚŽ A DUŠEVNÍ VLASTNICTVÍ

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
NAKLADATELSTVÍ KAROLINUM
2013

Vědecký redaktor: doc. JUDr. Pavel Svoboda, Ph.D., D.E.A.

Recenzovali: prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.
JUDr. Michal Petr

Toto číslo vychází v rámci Programu rozvoje vědních oblastí na Univerzitě Karlově PRVOUK 06 „Veřejné právo v kontextu europeizace a globalizace“ – koordinátor prof. JUDr. Michal Tomášek, Ph.D., DrSc.

OBSAH

<i>Irena Pelikánová: Solidarita pokut v kartelovém právu EU</i>	7
<i>Václav Šmejkal: Ochrana spotřebitele a jeho blahobytu v soutěžním právu EU</i>	31
<i>Veronika Vilímková: Reklama v soutěžním právu EU</i>	67
<i>Pavel Svoboda: Hospodářská soutěž a duševní vlastnictví v právu EU</i>	81

AUŤOŘI

Irena Pelikánová
Václav Šmejkal
Pavel Svoboda
Veronika Vilímková

SOLIDARITA POKUT V KARTELOVÉM PRÁVU EU

IRENA PELIKÁNOVÁ

1. SPOLEČNÉ ZÁVAZKY VE VEŘEJNÉM PRÁVU

Solidarita ukládaných pokut je otázkou, kterou se až do nedávna překvapivě nezabývala ani odborná literatura v oboru komunitárního soutěžního práva, ale nevěnovala jí větší pozornost ani judikatura Soudního dvora EU. Významnější zamyšlení nad problémem nalezneme u některých německých autorů¹. Trvajícím skrytost problému je motivem k tomuto pokusu o jeho hlubší vyložení včetně kontextu. Ten sahá až do nejobecnější problematiky právní subjektivity, pojmu obligace a vztahu veřejného a soukromého práva.

Solidární ukládání pokut je běžnou praxí Evropské komise (dále „Komise“). V návaznosti na tuto praxi máme i hojnou judikaturu Soudního dvora EU, která se sice solidarity dotýká, aniž však vstupuje explicitně do ohniska problému a aniž tento způsob ukládání pokut odmítá. Přitom se jedná přímo o laboratorní pokus vzájemného prostoupení soukromého a veřejného práva, který bezesporu stojí za pozornost.

Solidarita společných závazků je institucí soukromého závazkového práva. Civilní právo rozlišuje několik kategorií společných závazků, tedy závazků, na jejichž jedné či druhé straně, popř. na obou stranách stojí několik subjektů (dlužnických nebo věřitelových), a to závazky dílčí, solidární a nedílné. K nim přistupují ještě závazky in solidum spojené se subrogací, které jsou v české doktríně málo známy, přestože se s nimi v praxi běžně setkáváme (např. při pojištění).² Vypořádání mezi spoludlužníky po uhrazení dluhu jedním ze solidárních spoludlužníků se uskutečňuje na základě jejich dohody, není-li taková dohoda uzavřena, potom se použije dispozitivní úprava občanského zákoníku.

Přestože se tedy solidární závazek jeví (v případě pasivní solidarity) z hlediska věřitele jako jeden dluh, jež musí uhradit kterýkoli ze solidárních spoludlužníků, je-li o to věřitelem požádán, nemění to nic na tom, že ve vztahu mezi spoludlužníky je tento dluh nějakým způsobem rozdělen. Jenom v případě závazků in solidum tomu tak není,

¹ BUEREN, E.: Einer für alle, alle für einen? *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2011, 3. Viz též THOMAS, S.: Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Besed Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2012, Vol. 3, No 1.

² Srov. blíže PELIKÁNOVÁ, I.: *Obchodní právo*, 4, ASPI, Praha, 2009, s. 246 an.

spoludlužník musí hradit dluh celý, přičemž ten dlužník, který dluh splnil, vstupuje do práv druhého dlužníka, jenž je zpravidla oprávněným z odpovědnosti (subrogace). Rozdělení dluhu mezi solidární spoludlužníky má význam z hlediska preventivního a následného postihu, který je klasickou institucí civilního práva. V našem občanském zákoníku je předběžný i následný postih upraven v § 511 odst. 2 a 3, v novém občanském zákoníku to je § 1876 odst. 1 a 2. Dispozitivní určení podílů obsahuje rovněž § 511 OZ a § 1875 NOZ formuluje vyvratitelnou právní domněnku rovnosti podílů.

O správnosti teze, že úprava rozdělení solidárního dluhu mezi spoludlužníky a rovněž úprava jejich postihu tak, jak byla popsána, odpovídá evropskému standardu, svědčí návrh Principů evropského smluvního práva zpracovaný mezinárodní komisí, který obsahuje tato pravidla jasně formulovaná.³ Navržená úprava je relativně podrobná, i když v ní postrádáme např. ustanovení o preventivním postihu. Článek 10.106 upravuje právo následného postihu, které vznikne spoludlužníkovi, jenž platil víc, než kolik činí jeho podíl, a stanoví také, že podíl ostatních spoludlužníků se zvětší, jestliže oprávněný spoludlužník neuspěl při uplatnění postihu proti některému ze spoludlužníků.

Principy řeší dále významnou otázku uplatnění námitek jedním spoludlužníkem nebo důsledky soudního rozhodnutí pro závazky ostatních spoludlužníků. Dlužník může proti věřiteli uplatnit i námitky spoludlužníků kromě námitek osobní povahy. Tyto námitky nemají žádný vliv na závazky ostatních spoludlužníků. Také v případě postihu, je-li spoludlužník požádán jiným spoludlužníkem, může uplatnit námitky, které mohl uplatnit proti věřiteli. Promlčení proti jednomu ze spoludlužníků se nedotýká práv proti ostatním spoludlužníkům a nedotýká se také práva požadovat postih.

Soudní rozhodnutí o povinnosti některého spoludlužníka vůči věřiteli nemá podle návrhu PECL žádný vliv na povinnosti ostatních spoludlužníků ani na právo postihu. Čl. III-4.110 návrhu Společného referenčního rámce (SRR) obsahuje shodné pravidlo.⁴ Komentář k návrhu Společného referenčního rámce konstatuje, že členské státy přistupují k této otázce nejednotně, z přehledu národních úprav a přístupů je ale patrné, že v návrhu obsažené řešení je většinové.⁵ Náš nový občanský zákoník (č. 89/2012 Sb.) tuto otázku bohužel neupravuje (srov. § 1872 an.).

Soudní dvůr EU musel ovšem řešit stejný problém v kontextu ukládání pokut za protisoutěžní jednání, aniž měl k řešení nějaký legislativní základ. Jestliže návrh SRR řeší otázku automatického důsledku soudního rozhodnutí v soukromém právu, solidární ukládání pokut nás posunuje do práva veřejného, kde kromě otázky automatického eventuálního působení vzniká ještě otázka případné reakce správního orgánu, jenž sankci uložil, a jeho povinnosti takové rozhodnutí eventuálně vzít zpět.

³ Čl. 10.105 zní: (1) Les codébiteurs solidaires sont tenus, les uns à l'égard des autres, à des parts égales, à moins que le contrat ou la loi n'en disposent autrement. (Solidární spoludlužníci jsou navzájem zavázáni rovným dílem, pokud smlouva nebo zákon nestanoví jinak.)

(2) Si plusieurs personnes sont solidairement responsables d'un même préjudice en vertu de l'article 10.102 alinéa 2, leur part contributive de responsabilité est déterminée selon les règles régissant le fait générateur de responsabilité. (Je-li více osob solidárně odpovědné za stejnou škodu podle čl. 10.102 odst. 2, jejich část odpovědnosti je určena podle pravidel, jimiž se řídí skutečnost, která dala vzniknout odpovědnosti.)

⁴ Draft Common Frame of Reference, Sellier, Mnichov, 2008, s. 173.

⁵ VON BAR, Ch. – CLIVE, E.: *Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, vol I, Sellier, Mnichov, 2009, s. 992–993.

Soudní dvůr rozhodoval ve věci AssiDomän Kraft Products AB ad.⁶ V tomto případě však nehrála roli solidarita pokuty, ale uložení pokuty paralelně více společnostem. Byla-li by uložena pokuta solidárně, platilo by však bezpochyby naprosto totéž. Na základě žaloby několika společností (C-89/85 z 31. 3. 1993) rozhodl soudní dvůr nejprve o zrušení rozhodnutí Komise o uložení pokuty za kartelovou dohodu. V důsledku tohoto rozsudku požádaly jiné sankcionované společnosti, které nežalovaly u soudu, Komisi o zrušení jim udělených pokut, a to na základě tehdejšího čl. 176 SES o povinnosti přijmout opatření k provedení rozsudku soudního dvora. Neopíraly se tedy o žádná pravidla soukromého práva, ale pouze o povinnost instituce vyvodit všechny potřebné důsledky z rozsudku, přičemž za takovéto důsledky pokládaly i reflexi na sankce jim uložené.

Komise jim nevyhověla a společnosti tudíž žalovaly na provedení rozsudku. Soud prvního stupně žalobě vyhověl a zrušil rozhodnutí Komise, kterým odmítla společnostem vyhovět. Soudní dvůr v rozsudku o opravném prostředku sledoval svého generálního advokáta, ale byl podstatně striktnější, když jednoznačně uzavřel, že účinek rozsudku je vymezen předmětem sporu a Komise nemá povinnost přezkoumávat svá rozhodnutí ve vztahu k jiným osobám, než které žalovaly. Rozsudek Soudu prvního stupně byl zrušen a žaloba společností zamítnuta.

Generální advokát⁷ provedl ve svém stanovisku podrobnou analýzu otázky zpětvzetí nezákonného rozhodnutí správním orgánem na základě žádosti adresáta rozhodnutí. V této analýze nalezneme četné velmi zajímavé prvky. GA podtrhuje význam právní moci a principu právní jistoty. Celý problém je podle něj konfliktem dvou právních principů – principu právní jistoty a principu legality. Většinou je třeba dát přednost prvému z nich a jenom výjimečně může být nutno nechat převážít princip legality. Správní orgán nemá žádnou obecnou povinnost vzít zpět nezákonné rozhodnutí, která by snad mohla vyplývat z principu dobré správy. Je totiž třeba také přihlížet k aktivitě samotného adresáta rozhodnutí, a pokud ten nevyužil právem poskytnutých prostředků k nápravě, nemá správní orgán povinnost tak činit. Takovou povinnost by mohl mít jenom za výjimečných okolností, jako je nicotnost aktu nebo velmi tíživá povaha uložené sankce nebo diskriminace vyplývající z nepřezkoumání rozhodnutí. Není však diskriminací rozlišení mezi tím, kdo se bránil žalobou, a tím, kdo takového prostředku nevyužil, protože se jedná o rozdílnou situaci.

Možnost vzít zpět nezákonné rozhodnutí, která je v judikatuře soudního dvora obecně připuštěna, není neomezená. Tak zejména jestliže z takového rozhodnutí někdo nabyl subjektivních práv v dobré víře, je možno rozhodnutí vzít zpět jenom v rozumné lhůtě. Tato podmínka chrání legitimní očekávání, nemá ovšem místa ve vztahu k rozhodnutím, která ukládají povinnosti nebo sankce⁸.

Vývoj judikatury v této otázce však pokračuje až do poslední doby. Kromě principů solidarity se tu mísí otázky procesní s principy nediskriminace, právní jistoty, dobré

⁶ Rozsudek SDEU ze 14. září 1999, Komise/AssiDomän Kraft Products ad., C-310/97 P, Rec. s. I-5363, bod 52 a 53.

⁷ Opírá se zejména o rozsudek z 9. března 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, Rec. s. I-833, bod 13.

⁸ Rozhodnutí z 12. července 1957, Algera ad./Shromáždění, spojené věci 7/56 a 3/57, 7/57, Rec. s. 81 an., body 114 až 116; rozsudek ze 17. dubna 1997, De Compte/Parlament, C-90/95, Rec., s. I-1999, bod 35.

správy atd. Velmi zajímavé je nedávné rozhodnutí Tribunálu EU Tomkins⁹. V uvedené věci byla společnosti Tomkins (T) uložena pokuta jakožto matce dceřiné společnosti Pegler (P) nikoli pro přímou účast T na kartelu, ale z důvodu její stoprocentní účasti v P. Obě společnosti se staly adresáty solidárně uložené pokuty 5,25 mil. EUR. Na základě žaloby P (T-386/06) soud dospěl k závěru, že délka trvání deliktu byla kratší, a snížil pokutu P na 3,4 mil EUR. Tomkins v tomto případě žaluje rovněž, nejedná se tedy o požadavek nějakého automatického promítnutí rozhodnutí do jemu uložené pokuty, ale o rozhodování soudu v související kauze týkající se jednoho kartelu, v zásadě jde tedy především o zabezpečení koherence soudních rozhodnutí.

Soud konstatuje, že s ohledem na důvod odpovědnosti T (jenom majetková účast v P, nikoli přímá implikace v deliktu) jeho odpovědnost nesmí přesáhnout rozsah odpovědnosti P. Rozsudek Tribunálu ve věci Tomkins říká, že pokud bude uložena pokuta zrušena vůči jedné společnosti, bude to mít důsledky i pro druhou společnost, protože šlo o „jednotnou entitu“. Přestože soud poukazuje na judikaturu soudního dvora, která neumožňuje rozhodnout ultra petita, a zejména na rozsudek AssiDomän Kraft Products, podle něhož prvky rozhodnutí týkající se jiných adresátů nejsou předmětem sporu a rozhodnutí se jich netýká, jde v této konkrétní věci do jisté míry proti ní. Tvrdí (bod 42), že žalobce tvořil „jednotnou entitu“ se svou dceřinou společností P, která částečně uspěla se svou žalobou ve věci T-386/06. Přičtení odpovědností Komisi má za následek, že T. má prospěch z tohoto výsledku. Tento závěr je podle soudu v souladu s tím, že obě společnosti byly sankcionovány solidárně.

Situace tu skutečně není zcela shodná jako ve věci AssiDomän Kraft Products, protože v tomto případě druhá společnost podala rovněž žalobu a navíc jde o onu „jednotnou entitu“. K tomu přistupuje solidárně uložená pokuta. Soud ve svých úvahách však používá solidaritu jenom jako doplňkové kritérium. Bylo by možno říci, že rozhodující roli v jeho argumentaci hraje princip konstrukce podniku (přestože v době rozhodování již tento podnik neexistuje), ale ona „jednotná entita“ je zřejmě omezenější než podnik.

V současné době se již můžeme seznámit se závěry generálního advokáta, který sice navrhuje částečné zrušení rozsudku, avšak nikoli v této části, kde naopak úvahy Tribunálu v zásadě akceptuje¹⁰. Argumentuje právě solidární povahou pokuty a tím, že zrušením by ztratila právní základ i pokuta uložená T. a Tribunál postupoval tudíž správně, jestliže obě odpovědnosti propojil.

Zatím posledním krokem ve vývoji je usnesení soudního dvora ve věci Total a Elf Aquitaine¹¹. Snížení solidárně uložené pokuty, kterého dosáhla dceřiná společnost Arkema, sice soudní dvůr odmítá vztáhnout na mateřskou společnost, avšak důvod spočívá v odrazovacím koeficientu, jež neměly obě společnosti stejné. To znamená, že důvod snížení není možno aplikovat na mateřské společnosti, jimž z toho důvodu pokuta nebyla snížena. Zdá se tudíž, že tu soudní dvůr jde ve stejném směru jako rozhodnutí Tomkins, přestože výsledné řešení je opačné. V bodě 83 však také neméně explicitně a jasně říká, že solidární uložení pokuty není dostatečným důvodem pro rozšíření právní

⁹ Rozsudek Tribunálu ze dne 24. března 2011, Tomkins/Komise, T-382/2006, zejména body 39 až 45; rozsudek byl napaden opraveným prostředkem, o němž soudní dvůr dosud nerozhodl (věc C-286/11 P).

¹⁰ Bod 53 závěrů.

¹¹ Usnesení ze 7. února 2012, C-421/11 P.

moci rozhodnutí týkající se jedné společnosti také na žalobce. Tato věta je pro naši otázku zcela zásadní a svědčí o setrvání na judikatuře AssiDomän Kraft.

Věc však má pokračování, protože Komise vrátila dceřině společnosti Arkema částku odpovídající snížení pokuty (Arkema předtím zaplatila celou pokutu, za níž byly do stanovené výše solidárně odpovědny také mateřské společnosti Elf Aquitaine a Total), současně však požádala mateřské společnosti z titulu solidarity o uhrazení částky odpovídající snížení. Mateřské společnosti uposlechly, avšak podaly žalobu na zrušení dopisu, jímž jim byla uvedena povinnost předeepsána, a subsidiárně na snížení pokuty. Věc (T-470/11) dosud není Tribunálem rozhodnuta, ukazuje však, že otázky solidarity se začínají naléhavě objevovat.

Je jistě pozoruhodné, jestliže cestou ukládání pokut tato ryze soukromoprávní instituce vstoupila do práva veřejného, do práva administrativní odpovědnosti, a to navíc bez jakéhokoli pozitivněprávního základu, skoro by se dalo říci zadními vrátky. Možná to souvisí se skutečností, že současné západoevropské právo nezdůrazňující dualismus veřejného a soukromého práva a někdy jej dokonce záměrně opomíjející sklouzává k poněkud nejasnému vymezení samotného pojmu obligace (závazku). Na příkladu judikatury o solidárních pokutách vidíme, že průnik solidarity do veřejného práva vede v praxi spíše k převážení veřejného práva a v kreaci jakési nové, veřejnoprávní solidarity. To by koneckonců bylo možné a představitelné, kdyby k tomu byl nějaký legislativní základ. Takto vyvolává režim solidarity spíše dojem nahodilosti a neujasněnosti, rozhodující roli hrají právní principy a především principy procesní.

Do abecedy českého právníka paradoxně v důsledku popírání uvedeného dualismu po celé totalitní období patřila definice závazku jako vztahu mezi subjekty (stranami), které jsou navzájem v *rovném* postavení. Zejména v hospodářském právu byl tento definiční znak závazkových vztahů zdůrazňován, aby bylo možno odlišit tzv. akty hospodářského řízení od právních skutečností zakládajících závazkové vztahy. V novém občanském zákoníku (č. 89/2012 Sb.) je dualismus veřejného a soukromého práva až vypjatě zdůrazňován, přestože vlastní obsah kodexu nemohl jistě publicizaci zcela uniknout. Na druhé straně je velmi překvapující, že v důvodové zprávě je popírán samotný princip rovnosti. Je toho jenom logickým důsledkem, že ani postulát rovnosti stran závazkového vztahu se v textu neobjevuje. Základem obojího je zřejmě nepochopení skutečné a přijaté koncepce principu rovnosti.

V současné době se i u nás v právním vědomí situace mění, znak rovnosti je zřejmě považován za natolik samozřejmý, že se stává čímsi implicitním, což může snadno vyústit v jeho zdánlivé potlačení a ve stav, kdy pojmové vymezení ztratí jasnost.

Dokladem zamlžení hranice mezi soukromým a veřejným právem a rovněž nejasnosti v pojmu závazku může být tvrzení žalobkyně Schneider Electric ve sporu s jejími dvěma bývalými dceřinými společnostmi, Siemens T&D a SPA Nuova Magrini Galileo, který řešil obchodní soud v Grenoblu a kde šlo právě o placení solidárně Komisí uložené pokuty¹². Mezi tvrzeními žalobkyně nalezneme také odkaz na čl. 23 paragraf 5 nařízení č. 1/2003, podle něž uložené pokuty nemají trestní povahu „a jejich placení společností sankcionovanou Komisí solidárně s jinými se nedotýká ustanovení národní-

¹² Rozsudek z 18. prosince 2009 č. 2007J528, s. 6.

ho práva týkajících se vypořádání mezi spoluzaváznými ze solidárního dluhu“. Citovaná věta ovšem není obsažena v nařízení, ale žalobkyně ji doplnila jako svou interpretaci. Jestliže nařízení deklaruje absenci trestní povahy sankcí, má tím být řečeno, že jde o sankce administrativní, nikoli že jde o civilní závazky. Proto poukaz na národní předpisy o solidaritě je nepřipadný, protože administrativní povaha sankcí je zařazuje velmi jednoznačně do sféry práva veřejného. Žalobkyně ovšem na tomto základě staví tvrzení o kompetenci národního soudu. Soud v Grenoblu dospěl k závěru, že jediným kompetentním orgánem tu je Tribunál EU, prohlásil nedostatek své pravomoci a nevyhověl tudíž ani návrhu na položení předběžné otázky. Tribunál EU později ve věci rozhodl a na základě opravného prostředku bude Soudní dvůr muset dát závaznou odpověď.

Vyskytují se dokonce natolik extrémní případy, že strany sporu při argumentaci prozradí totální nepochopení povahy solidární pokuty. Např. v rozsudku Pegler (T-386/06, bod 106) můžeme číst, že obě společnosti nemohou být podle tvrzení žalobce činěny odpovědnými, protože by Komise „obdržela dvojnásobek dlužné částky“. Soud na to reaguje stručně závěrem o nesprávném výkladu významu solidární odpovědnosti, protože zaplacení jednou společností „ruší povinnost druhého podniku zaplatit uvedenou pokutu“.

Ohledně definice obligace konstatuje J. Švestka v učebnici občanského práva, že zcela výstižná definice obligačního právního vztahu dosud neexistuje a nenalezneme ji podle tohoto autora ani v obecné právní teorii, která „...se o pojem závazkový (obligací) právní vztah či závazek [...] zatím příliš nezajímala“¹³. Nahlédnutí do zahraniční literatury uvedený závěr potvrzuje. Stále větší soustředění na úzce specializované úpravy dlouhodobě odvádí pozornost odvětvových úseků doktríny od obecných teoretických otázek, zatímco právní teorie se více zabývá filozofickými problémy než zkoumáním obecných právních pojmů. Toto rozevírání nůžek se nepříznivě projevuje ve výuce právníků.

Vymezení obligačního vztahu a obligace i v citované české učebnici občanského práva znak rovnosti subjektů pomíjí, i když implicitně je nepochybně obsažen v definici, podle níž „závazkový právní vztah je občanskoprávní vztah, v němž jeden subjekt (věřitel) je oprávněn od druhého subjektu (dlužníka) něco požadovat (pohledávka) a druhý subjekt je povinen to poskytnout...“¹⁴. Ani v rámci výkladu o subjektech (stranách) závazků tento rys není zmíněn. Tak zejména tam, kde se uvádí, že subjekty závazkových vztahů mohou být i stát, obce či kraje, by mělo být podtrženo, že tyto veřejnoprávní osoby mohou stát v závazku, jenom jde-li o jejich jednání, které není výkonem vrchnostenské pravomoci. Učebnice to však explicitně neříká.¹⁵ Konečně nenajdeme potřebné vysvětlení ani v kapitole o vzniku závazkových vztahů z úředních rozhodnutí (s. 75). Z toho, že jde o občanskoprávní vztah, vyplývá, že samozřejmě nemůže vzniknout právo obligační povahy ve vztahu administrativně právním, přestože i zde povinnosti vznikají z úředního rozhodnutí. Bylo by třeba rozlišit, jaké povinnosti mohou z jakých úředních aktů vznikat, jenom výjimečně to mohou být obligace, zpravidla však vznikají povin-

¹³ KNAPPOVÁ, M. – ŠVESTKA, J. – DVORÁK, J.: *Občanské právo hmotné*, 2, Praha, Wolters Kluwer, 4. vyd., 2006, s. 69.

¹⁴ Tamtéž, s. 70.

¹⁵ Tamtéž, s. 76.

nosti správní povahy. Není jisté, zda i posluchači práv si tento nezdůrazněný důsledek definičního znaku uvědomí a zejména zda budou schopni ve své další profesní kariéře jasně odlišovat obligace od jiných právních vztahů. U nás stejně jako v západní Evropě se tak pozapomíná na jeden z pojmových znaků obligace, což usnadňuje přijetí představy, že i na takové vztahy, jakými jsou ukládané pokuty, je možno bez dalšího aplikovat pravidla obsažená v občanských zákonících a týkající se obligací.

Na druhé straně zpravidla přijímáme, možná bez jasného uvědomění si tohoto myšlenkového východiska, že obligační právo je právem *obecným* stejně jako soukromé právo ve svém celku. Chápeme-li tudíž dualismus soukromého a veřejného práva nikoli jako jakési prosté rozdělení na dvě rovnocenné části, ale veřejné právo jako právo *zvláštní* ve vztahu k právu obecnému, tedy civilnímu, pak nás představa aplikovatelnosti některých principů a pravidel vlastních soukromému právu na vztahy veřejnoprávní, kde chybí speciální úprava a kde tomu nebrání principy veřejného práva, nemusí překvapovat a nemusí v nás vyvolávat odpor. Přitom nutno vidět, že se nemůže jednat o mechanické aplikování veškerých pravidel soukromého práva na oblasti práva veřejného postrádající explicitní úpravu. Veřejné právo je totiž zvláštním právem ovládaným některými *principy* opačnými ve vztahu k právu soukromému a tyto jeho vlastnosti je nutno respektovat.

Tak např. ve veřejném právu neplatí smluvní volnost ani autonomie vůle. Není třeba připomínat, že právě tento rys se vyjadřuje v soukromém právu zásadou „co není zakázáno, je dovoleno“, zatímco v právu veřejném je opačně dovoleno jenom to, co zákon výslovně určuje. V právu EU však i tento princip je poněkud posunut, takže se např. připouští existence implicitních kompetencí. Jsou však také principy, které jsou shodné nebo se pouze jinak nazývají a jinak projevují. Např. principu dobré víry v soukromém právu odpovídá princip dobré správy a legitimního očekávání ve veřejném právu. Zákaz diskriminace platí v obou větvích práva. Z toho všeho plyne, že není možné položit nějaké jednoznačné a striktní pravidlo, které by bylo možno bez dalších úvah použít. Zejména v právu EU, kde legislativní základ je velmi neúplný a mezerovitý, musí být interpretace velmi obezřetná. Dodejme, že konstrukce právních principů v právu EU není zcela shodná s pojetím právních principů v právu národním, nakořik právo EU kolísá mezi pojetím mezinárodního práva veřejného a pojetím specifického právního řádu federativní povahy. Právní principy uznané unijním právem se však v důsledku přednosti unijního práva prosazují i v právu členských států.

Náš nový občanský zákoník hned v § 1 odst. 1 druhá věta vyslovuje pravidlo, že „[u]platňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného“. Otázka dualismu veřejného a soukromého práva a jeho praktického dopadu na právní interpretaci tak byla u nás s velkou naléhavostí otevřena. Důvodová zpráva se mj. odvolává na § 3a ObchZ. Toto ustanovení mělo bránit příliš široké aplikaci důvodu absolutní neplatnosti právních úkonů spočívajícího v rozporu se zákonem. Rozpor s veřejnoprávními předpisy neměl vyvolat neplatnost smluv ve vztazích s těmi, kdo neměli oprávnění k podnikání. Porušení veřejnoprávní (živnostenskoprávní) povinnosti nemělo a nemohlo postihnout smluvní partnery, o nichž bylo možno předpokládat, že jsou v dobré víře. Paragraf 3a byl doplněn do obchodního zákoníku v souvislosti s velmi širokou úpravou absolutní neplatnosti v občanském zákoníku (§ 39), který prohlašuje za neplatné

všechny právní úkony uskutečněné v rozporu se zákonem nebo zákon obcházející. Cíl § 3a ObchZ nebyl tedy zdaleka tak dalekosáhlý, aby zcela odřezával soukromoprávní úkony od veřejnoprávních vlivů. Tento opatrný přístup omezený na konkrétní problém byl zřejmě rozumnější než formulace tak dalekosáhlého pravidla.

Také návrh SRR hned v úvodním článku I-1.101 odst. 2 říká, že v něm obsažená pravidla „*nejdou zamýšlena k použití bez modifikace nebo doplnění ve vztahu k právům a povinnostem veřejnoprávní povahy*“. Tady se však setkáváme s opačným směrem pravidla: autoři mysleli na použití pravidel SRR v právu veřejném, zatímco NOZ formuluje pravidlo o vlivu veřejnoprávních norem na soukromoprávní vztahy. Z hlediska solidarity pokut je pro nás relevantnější citovaný článek návrhu. Ve formulaci vidíme nikoli striktní vyloučení aplikace ve veřejném právu, jako spíše požadavek přizpůsobení. Takové přizpůsobení jistě může přinést i judikatura.

Nutno nezapomínat, že moderní právo se mění, že dualismus soukromého a veřejného práva je asi tím posledním, nač současný zákonodárce myslí. Tak se v současné době v západní Evropě považuje za zcela samozřejmou součást administrativního práva smlouva. Jedná se především o smlouvy uzavírané orgány veřejného správy na základě úpravy veřejných zakázek, ale také o jiné smlouvy, jako např. smlouvy o delegaci veřejné služby nebo smlouvy s uživateli veřejných služeb nebo s uživateli veřejných statků, vypsání konkursů a smlouvy s personálem. Může se jednat o smlouvy uzavírané mezi veřejnoprávními subjekty nebo mající takové subjekty jenom na jedné straně. Celá tato stále rostoucí sféra je chápána jako sféra administrativního práva, jejíž režim je převážně judikurní.¹⁶ Judikatura při řešení otázek právního režimu takovýchto prvků veřejného práva stojí ovšem především na bázi obecného soukromého práva. Veřejnoprávní doktrína však tyto prvky vtahuje jako součásti práva veřejného bez vazby na právo soukromé. Přesto není pochyb, že se v těchto institucích slévá režim soukromého a veřejného práva a není jisté, zda pravidlo obojí striktně oddělující, i když se tak děje jenom v jednom směru, může být beze zbytku respektováno.

Nový občanský zákoník č. 89/2012 Sb. formulací citované věty v § 1 provedl dalekosáhlou generalizaci pravidla oddělujícího veřejné a soukromé právo, kterou je možno vidět i ve spojení se zcela novou úpravou neplatnosti v novém občanském zákoníku. Dosah citované věty je zatím nejistý, jistě bude vhodnější restriktivní výklad, který nebude odporovat výše popsanému pojetí práva občanského jako práva obecného. Znamená to nezbytnost chápat tuto větu, jak řečeno, jako „jednosměrnou“ tak, jak je formulována, a připustit tudíž, aby uplatňování práva veřejného mohlo z práva soukromého čerpat. Pohled z úhlu českého práva tak nemusí být rozdílný od pohledu práva unijního, kde se podobné obohacování veřejného práva pravidly pocházejícími z práva soukromého v některých případech vyskytuje, aniž tu však najdeme jakoukoli explicitní legislativní úpravu dualismu práva veřejného a soukromého. Judikatura Soudního dvora EU se z pochopitelných důvodů vyhýbá obecným úvahám na toto téma.

Přestože v obecné rovině respektujeme, že vznik závazku (obligace v přesném slova smyslu) může nastat nejenom soukromoprávním deliktem nebo smlouvou, ale i aktem

¹⁶ Srov. CHAPUT, R.: *Droit administratif général*, Tome 1, Paříž, Montchrestien, 14. vyd., 2000, s. 1164–1165.

veřejné moci, jakým je soudní rozhodnutí, musí mít i takto vzniklý vztah pojmové znaky závazku. Vztahy mezi nerovnými subjekty související s výkonem pravomoci orgánu veřejné moci nejsou závazky. Učebnice občanského práva v této souvislosti říká, že úřední rozhodnutí je důvodem vzniku závazkového vztahu v těch případech, „*kdy zákon příslušnému státnímu orgánu, zejména soudu, oprávnění závazkový právní vztah založit poskytuje*“. V tomto vymezení je předtím řečené tvrzení obsaženo, protože jde jenom o případy, kdy zákon umožňuje založit *závazkový právní vztah*, nikoli tedy vztah jiný. Jako příklady uvádí citovaná učebnice rozhodnutí soudu o zrušení spoluvlastnictví, jímž se věc přikazuje spoluvlastníkům za náhradu. Tímto rozhodnutím je založen závazkový vztah, jehož předmětem je poskytnutí přiměřené náhrady nabyvatelem věci vůči dřívějším spoluvlastníkům. Dalšími příklady je neoprávněná stavba nebo vypořádání společného jmění manželů,¹⁷ tedy vztahy, které jsou skutečnými závazky mezi rovnými subjekty, přestože byly založeny úředním rozhodnutím. Jistě to nejsou vztahy, jakými je např. daňový dluh, celní dluh nebo pokuta, kde finanční úřad nebo celní úřad jedná jako veřejné authority a zakládají nerovný vztah mezi oprávněnou autoritou a povinným adresátem aktu.

V praxi vidíme, že terminologie (dluh, pohledávka, dlužník, věřitel) z obligačního práva čerpá, používá se běžně ve veřejném právu a někdy i právní režim těchto právních povinností používá nástroje obligačního práva. Výše byla zmíněna oblast smluvního práva, která v podobě administrativněprávních smluv do veřejného práva vstupuje, přestože přinejmenším některé smlouvy takto uzavřené jsou smlouvami práva soukromého. Mezi instrumenty obligačního práva, které veřejné právo běžně využívá, patří ručení, příslušenství pohledávky, započtení, úrok, prodlení, promlčení apod. Proti pohledávkám veřejnoprávní povahy evropské instituce používají započtení, což dokonce finanční nařízení výslovně umožňuje¹⁸. Na rozdíl od národních právních řádů však na úrovni evropského unijního práva neexistuje podrobnější (soukromoprávní) úprava započtení, ze které by veřejné unijní právo mohlo čerpat, protože neexistuje evropský občanský zákoník a primární právo soukromoprávní obsah nemá. To je podmíněno jeho funkcí a povahou jako dokumentu vzniklého na půdě mezinárodního práva veřejného. Použití solidarity jako nástroje spjatého s ukládáním administrativních pokut, které nejenom že nemají povahu obligace, ale navíc jsou *sankcí*, trestem, není v tomto kontextu sice příliš překvapivé, ale překvapivé není ani to, že takový postup vyvolává určité obtíže praktické i doktrinární.

Terminologické a někdy i pojmové rozlišení mezi obligačním dluhem a dluhem veřejnoprávním činí obtíže. Termíny převzaté z civilního práva není čím nahradit, v oběm případech se mluví o dluhu, povinnosti, ba dokonce obligaci. Tato mlhavost usnadňuje průniky obligačních institucí do veřejného práva, avšak cesta zpět k soukromému právu zůstává zpravidla nevyužita. To bylo zvláště zřetelně výše ukázáno na judikatuře týkající se solidárních pokut, kde se argumentace nikdy neopírala o soukromoprávní prameny, přestože věcně se jich soud obvykle drží a dospívá tedy k obdobným závěrům, k nim by dospěl, kdy se přihlásil k pravidlům a principům práva soukromého. Uvedené důvody

¹⁷ KNAPPOVÁ, M. – ŠVESTKA, J. a kol.: *Občanské právo hmotné*, 2, ASPI, Praha, 3. vyd., 2002, s. 57.

¹⁸ Čl. 73 odst. 2 nařízení č. 1605/2002 (finanční nařízení EU).

by mohly sloužit jako vysvětlení, proč Komise tak snadno akceptovala praxi solidárního ukládání pokut společností.

Zajímavé je i to, že národní práva se v řadě případů k této praxi Komise nepřipojila. Ani český ÚOHS solidárně pokuty neukládá. Také francouzský úřad ukládá sankce každé společnosti jednotlivě¹⁹. Dodejme, že tuto zdrženlivost je třeba chválit.

Jestliže lze vysvětlit, proč Komise akceptovala solidární ukládání pokut s využitím soukromoprávní instituce, aniž se však k soukromoprávnímu zdroji hlásí, je nutno identifikovat i další podmiňující prvek, který ji přiměl k hledání řešení. Kořen leží v primárním právu, kde smlouvy zakládající Evropská společenství stejně jako současná SFEU mluví a mluví o protiprávních jednáních „*podniků*“. V pojmu „podnik“ jako ekonomické entity je začátek i konec všech problémů. V návaznosti na to sekundární právo opravňuje Komisi k ukládání pokut „*podnikům a sdružením podniků*“ (srov. čl. 23 nařízení 1/2003).

2. PODNIK JAKO EKONOMICKÁ ENTITA BEZ PRÁVNÍ SUBJEKTIVITY

Základem k pochopení problému je dostatečné porozumění pojmu *právní subjektivita*. Tou rozumíme v *právu pramenící schopnost být nositelem oprávnění a právních povinností*. Jinak řečeno, je možno charakterizovat právní subjektivitu jako přičitatelnost práv nebo povinností určité jednotce, jíž může být fyzická osoba nebo nějaký jiný organizační útvar tvořený zpravidla sdruženými fyzickými osobami nebo majetkem nebo obojím. Při takto abstraktním vymezení odhlížíme od všech konstrukčních rozdílů, tedy od řešení otázky, zda právní subjektivitu musí explicitně přiznat zákon či zda se spokojíme s jejím vyvozením z kontextu zákonodárného aktu nebo zda stačí její uznání soudními rozhodnutími apod. Z praktického hlediska nemůže být pochyb, že tam, kde dispozice právní normy ukládá práva nebo povinnosti určitému organizačnímu útvaru, činí z něj právní subjekt. Právo v právním státě stejně jako ve společenství právních států však musí obsahovat ochranné mechanismy proti chybám ve vyjádření zákonodárce. Tyto mechanismy slouží k zachování koherentnosti celého právního systému, jenž by bez nich byl velmi ohrožen podobnými jevy, jako výše popsaná klesající citlivost právníků vůči pojmovým znakům obligací (i autoři zákonodárných textů jsou právníci) a rostoucí nepřesnost ve vyjadřování i na straně soudů.

Dostáváme se do sféry interpretace zákonodárných i judikатурních aktů. Tak musíme doplnit i kritérium, zda by přiznání právní subjektivitu na uvedeném základě textu smluv nevedlo k neakceptovatelným praktickým důsledkům. Je nutno se ptát, zda zákonodárce skutečně zamýšlel svou formulací právní subjektivitu určité entitě přiznat. Známe řadu hraničních případů, kde sice právní předpis zmiňuje nějakou entitu, dokonce jí i zdánlivě ukládá povinnosti nebo přiznává práva, současně však jí je právní subjektivita explicitně a mimo jakoukoli pochybnost odepřena.

¹⁹ Rozhodovací praxe francouzského úřadu je dostupná na adrese <http://www.autoritedelaconurrence.fr/activites/avis/rechcontrols.php>

Je také běžné, že zákonodárství vstupuje do nitra právních subjektů a reguluje jejich vnitřní poměry, aniž tím má být přiznána právní subjektivita organizačním složkám těchto osob. Tak např. v právu obchodních společností je pravidlem, že zákonodárství do určité míry předepisuje chování orgánů společnosti – představenstva, správní nebo dozorčí rady atd. Je-li v zákoně např. řečeno, že představenstvo podává návrh na zápis do obchodního rejstříku, nechtěl tím zákonodárce přiznat právní subjektivitu představenstvu. Posuzování právní subjektivity je tedy složitější, přestože v případě podniku nejde bezpochyby o právě popsanou situaci.

Nejinak tomu je v evropském unijním soutěžním právu. Přestože tedy čl. 101 a 102 SFEU mluví o podnicích jako pachatelích deliktů a nařízení provádějící tyto články ve vazbě na ně umožňuje sankcionovat *podniky*, judikatura soudního dvora vymezuje podniky po řadu desítek let explicitně jako *bezsubjektní* útvary. Interpretace textu je tedy jednoznačně taková, že podnik není právním subjektem.

Přesněji řečeno, v prvním období (od roku 1952 do roku 1968) se soudní dvůr pokusil vykládat pojem podniku ve vazbě na právní subjektivitu. Právě z tohoto období je rozsudek Mannesmann²⁰, z něhož čerpal i autor našeho obchodního zákoníku (1991) pro definici v § 5. Podle tohoto rozhodnutí je podnik tvořen „*jednotnou organizací osobních, hmotných a nehmotných prvků spjatých s autonomním právním subjektem a uskutečňujících soustavně určitý ekonomický cíl*“ (bod 705). Nejenom že v této době bylo vymezení vázáno na právní subjektivitu²¹, ale také bylo výrazně předmětové. Podnikem tedy byla ekonomická jednotka řízená právním subjektem. Odpoutání podniku od právního subjektu je dílem nejenom soudního dvora, ale také Komise.

Komise nejprve aplikovala zákaz kartelových dohod i uvnitř skupin společností, avšak poté dospěla k závěru, že kartelové právo uvnitř skupin nemá místa, protože v těchto případech nedochází k narušení hospodářské soutěže. Mateřská společnost totiž určuje chování společnosti dceřiné, která nemá vlastní autonomii a soutěž tu tedy neexistuje. Komise tudíž přibližně od roku 1969 uznává skupinu společností jako ekonomickou realitu, již považuje za podnik, přestože není vybavena právní subjektivitou.²² Vidíme, že v tomto pojetí je podnik značně personifikován, zbaven své předmětové povahy, obvykle je ztotožněn se skupinou společností. Soudní dvůr pojetí Komise následoval a umožnil aplikaci ustanovení tehdejšího čl. 86 o zneužití dominantního postavení na strategii skupiny společností.

Podnik v této fázi vývoje není pojímán jako právní osoba nebo jakýkoli právní subjekt, ale jenom jako ekonomická jednotka, která může být tvořena několika subjekty ekonomicky a majetkově propojenými. Tato judikatura se vyvinula na základě nezbytnosti rozlišit mezi zneužitím dominantního postavení, které je zásadně deliktem jednoho subjektu (ale jak vidět v případě takto chápaného podniku i deliktem koordinované skupiny) vůči osobám vně tohoto subjektu nebo skupiny, a zakázanou dohodou (kartelem), kde jde o koordinované jednání několika subjektů v jejich vzájemných vztazích.

²⁰ Rozsudek Mannesmann AG proti Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier z 13. července 1962, 19/61, Rec. s. 677.

²¹ Srov. také PERUZZETTO, S. – LUBY, M.: *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, Paříž, 1998, s. 26–27.

²² Tamtéž, s. 28.

Právní význam podniku vykrytalizoval tedy na základě judikatury, která dohody mezi společnostmi uvnitř jedné skupiny, uvnitř jednoho podniku neuznala jako kartely. To byl ovšem krok k přiznání právní subjektivity podniku. Soudní dvůr však neučinil další krok, jímž by skutečně uznal podnik za právní subjekt, a bezpochyby ho k tomu vedla řada vážných důvodů. Tak jenom pokračoval v nedokončeném díle započatém formulací primárního práva, které nakládá s podnikem jako s právním subjektem, explicitně však odmítl být důsledný. Výsledkem je podnik jako nedůsledný hybrid, jemuž jsou přiznány určité atributy právní subjektivity, aniž však je právním subjektem. Judikatura šla v tomto směru odvážně dál a dospěla k tak velké míře flexibility, že je možné chápat jako podnik i určitou veřejnoprávní instituci, resp. její část, jestliže splňuje určité podmínky. Také v tomto směru se judikatura odklání od pojetí podniku jako právního subjektu a přiklání se dokonce k jeho pojetí jako určité ekonomické *činnosti* (poskytování výrobků nebo služeb pro trh), kde organizační aspekty a aspekty právního postavení ustupují do pozadí.

Podnik ve smyslu unijního soutěžního práva je velmi proměnlivý, může se zvětšovat a zmenšovat bez jakýchkoli formalit tím, že některé společnosti jej opouštějí, jiné mohou přibývat (zpravidla prodejem nebo koupí dceřiných společností), není ale univerzalitou v právním smyslu, a to ani faktickou, ani právní. Definice podniku v judikatuře, jak bylo zmíněno, jej vymezuje jako souhrn osobních, hmotných i nehmotných složek sloužících k podnikání. Takové vymezení z něj zřetelně vyčleňuje právní subjekty, které by ho mohly tvořit, a svědčí pro *předmětové* pojetí podniku. Přesto je, jak již bylo naznačeno, velmi často a možná převážně chápán jako pojem poměrně blízký pojmu skupiny společností. Nezdá se, že by praxe byla dostatečně sjednocena v přesném pojmání podniku.

Na popsaném vývoji nic nemění skutečnost, že termín „podnik“ je používán v rozhodnutích, předpisech, ale dokonce i v doktríně nejednotně, nejasně a často velmi nesprávně. Nejčastěji se setkáváme s jeho směřováním s pojmem „společnost“. Označování společností v soutěžním právu jako „podniků“ se stalo jakousi módou, v důsledku toho se hojně setkáváme i s pojmem „skupina podniků“, který jenom potvrzuje, že se jedná o omyl, protože se jím bezpochyby míní skupina společností. Mluví-li se naprosto běžně v rozhodnutích o pokutách „uložených podnikům“, nezbyvá než uznat, že jde o nesprávnou terminologii dnes natolik rozšířenou, že již neexistuje cesta zpět a šance na zpřesnění. Přispívá k tomu i překládání rozhodnutí do jazyků členských států, protože překladatelé mechanicky postupují podle určitých zažitých zvyklostí a je naprosto nemožné takové zvyklosti cíleně modifikovat k potřebné přesnosti. Tak nezbyvá, než interpretaci korigovat nejenom legislativní akty, ale také rozhodnutí a teoretickou literaturu. Tento mor nepřesnosti se samozřejmě šíří i do členských států a na právnické fakulty a nakažují se jím i nové generace právníků.

Pojetí podniku v soutěžním právu a zejména v soutěžním právu EU se liší od věcně-právního pojetí podniku nebo pojmů obdobných, které znají právní řády členských států EU. Jestliže jsou tyto pojmy terminologicky rozlišeny, nehrozí nebezpečí záměny. Tak např. jestliže frankofonní oblasti používají pro věcněprávní předmět označení „fonds de commerce“ případně „fonds artisanal“ a v soutěžním právu operují podnikem (*entreprise*), k záměně nemůže dojít. Pojetí *fonds de commerce* vychází s faktické univerzality,

kteře je v českém pojmosloví nejbliže hromadná věc. Proto byla do našeho obchodního zákoníku kvalifikace podniku jako hromadné věci v roce 2000 (zákonem č. 370/2000 Sb.) doplněna, a tím byl jeho režim vyjasněn.

V českém právu terminologický problém vznikl již s přijetím prvního zákona o ochraně hospodářské soutěže v roce 1991 (zák. č. 63/1991 Sb.). Vzhledem k definici podniku v § 5 ObchZ (č. 513/1991 Sb.) nemohl tento zákon použít stejný termín v jiném smyslu, nemělo-li dojít k terminologickému zmatku, a uchýlil se proto k „soutěžitel“, kterého navíc definoval jako „fyzickou nebo právnickou osobu“, což vyvolávalo neustálé nejasnosti ve vztahu ke komunitárnímu právu. Termín soutěžitel korespondoval obchodnímu zákoníku, který upravoval obecně hospodářskou soutěž a účastníka soutěže označil jako soutěžitele s tím, že ohledně omezování hospodářské soutěže odkázal na zvláštní zákon, jímž se stal zákon o ochraně hospodářské soutěže (zatímco druhou větev soutěžního práva – nekalou soutěž – upravil přímo obchodní zákoník).

Nový zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, představoval pokus o přiblížení se evropskému právu (v době jeho schválení se Česká republika připravovala na vstup do EU a z toho důvodu musela harmonizovat své právo s *acquis communautaire*), a proto byl termín soutěžitel naplněn novým obsahem (§ 2 odst. 1 cit. zákona): „*Soutěžiteli podle tohoto zákona se rozumí fyzické a právnické osoby, jejich sdružení, sdružení těchto sdružení a jiné formy seskupování, a to i v případě, že tato sdružení a seskupení nejsou právnickými osobami, pokud se účastní hospodářské soutěže nebo ji mohou svou činností ovlivňovat, i když nejsou podnikateli.*“ Uvolnění od právní subjektivity tu je explicitní. Termín soutěžitel se tak stal názvem pro podnik ve smyslu práva EU.

Posledním krokem ve vývoji se stal nový občanský zákoník č. 89/2012 Sb. (NOZ), který sice zachoval úpravu omezování hospodářské soutěže ve zvláštním zákoně, ale opustil termín podnik a nahradil jej staronovým názvem (užívaným před rokem 1948) „*obchodní závod*“. Definice obchodního závodu v NOZ ale již není převzetím evropské judikatury. Podle § 502 NOZ: „*Obchodní závod (dále jen „závod“)* je organizovaný soubor jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti. Má se za to, že závod tvoří vše, co zpravidla slouží k jeho provozu.“ Na první pohled bychom měli spokojeně konstatovat, že obchodní závod jako předmět věcněprávních vztahů byl konečně jasně odlišen od podniku a tento termín se tak uvolnil pro použití v soutěžním právu. Nová definice však, poznamenejme alespoň na okraj, není prosta problémů. Háček je skryt v termínu „jmění“, jež je definováno NOZ kontinuálně se současným stavem jako souhrn majetku a *dluhů* určité osoby. Obchodní závod proto nemá povahu faktické univerzality (hromadné věci), protože zahrnuje také pasiva. Ať už mluvíme o věci, věci hromadné nebo faktické univerzalitě, vždy se jedná o aktivum a zahrnutí závazků do tohoto pojmu je nemožné z hlediska formální logiky. Podobná námitka byla vznášena již řadu let předtím proti pojmu obchodní jmění, který byl v obchodním zákoníku stejně konstruován, jeho převzetí a rozšíření v NOZ je velmi problematické.

Předmětové pojetí podniku, jak je vyjádřeno v současném § 5 ObchZ, vychází z toho, že podnik je ekonomickou produkční jednotkou od právních subjektů oddělenou. Právní subjekty (majitelé podniku) podnik „přímo nebo nepřímo řídí“. Pojetí unijního práva se při přesném chápání neliší. Společnosti jako právní subjekty tak sice k podniku přísluší, ale nejsou jeho skutečnou součástí. Je pravda, že takováto přesnost

pojetí poněkud komplikuje způsob vyjadřování (zejména v souvislosti se zmíněnou nutností překládat všechny texty do několika desítek jazyků). Zřejmě i proto je takto přesné chápání v právní praxi spíše ojedinelé.

3. SOLIDÁRNÍ UKLÁDÁNÍ POKUT EVROPSKOU KOMISÍ

Stabilní rozhodovací praxe vedla Komisi k ustálení metody postupu v řízení a rozhodování. Komise při vyšetřování soutěžních deliktů nejprve identifikuje podniky, jež se protiprávního jednání dopouštějí. Teprve poté rozhoduje o přičitatelnosti odpovědnosti (správní) společností, které tento podnik řídí. Takový postup odpovídá absenci právní subjektivity podniku. V judikatuře vidíme, že fázi identifikace podniku i soudy věnují stále méně pozornosti a spíše se zabývají skupinami společností. Jasnost koncepce se stále více rozostřuje. Přičitatelností rozumím vyvození odpovědnostních důsledků vůči konkrétní osobě (fyzické nebo právnické), která svým chováním naplnila předpoklady vzniku odpovědnosti. Bezsubjektivnímu útvaru nelze přičíst právní odpovědnost, protože pojmově postrádá schopnost být subjektem odpovědnostní povinnosti, a Komise to respektuje. Komise tedy nevyvodila ze zákonodárných textů právní subjektivitu podniku, přestože by to při doslovném výkladu bylo snadno možné, ale respektuje judikaturu soudního dvora subjektivitu odpírající. Komise proto rozhodne o odpovědnosti právnických osob řídících podnik jako ekonomickou jednotku (mateřských i dceřiných společností). Protože těchto právnických osob je zpravidla několik, uloží někdy pokutu solidárně těmto více společnostem. Balancování mezi texty upravujícími delikty podniků, bezsubjektivní povahou podniků a povahou solidárního závazku vede ke spekulacím o tom, že uložena je jediná pokuta podniku a teprve poté následuje přičítání společností. Jestliže se můžeme setkat s úvahami o právně-ekonomickém nazírání, o ekonomické povaze podniků a právní odpovědnosti jako o zvlášť přílehlavém postupu, považují za správnější interpretovat tuto praxi jako důkaz o nemožnosti odhlédnout od právní stránky při konstrukci odpovědnosti za určité jednání. Jedná se tak o doklad, že pojem právní subjektivity je nebytným instrumentem pro fungování práva a nelze se bez něj obejít a již vůbec není možno vytvářet dojem, že podnik je jakýmsi pokročilejším stádiem vývoje právní úpravy. Jestliže právní řády členských států nenásledují Komisi v solidárním ukládání pokut, svědčí to o jejich prozíravosti.

V tomto bodě totiž nastává řada složitých otázek: může Komise uložit jedinou pokutu všem společnostem dohromady z toho titulu, že přece identifikovala předtím podnik jako „pachatele“ deliktu? Může v důsledku toho pominout otázku, nakolik jednotlivé společnosti přispěly k protiprávnímu jednání? Právní principy podobný přístup nedovolují, protože bychom tak přistoupili na princip kolektivní odpovědnosti, který v právním státě nemá místa. Tady se dotýkáme kontradiktornosti konstrukce podniku, který je sice označován jako „pachatel“, ale ve skutečnosti (podle práva) pachatelem mohou být jenom společnosti, které podnik řídí. Z principu individuality trestů vyplývá, že je nutno prokázat splnění předpokladů odpovědnosti u každé jednotlivé odpovědné osoby. Podnik ovšem řídí mateřská společnost nebo několik mateřských společností

a k protiprávnímu jednání dochází buď prokázaným chováním dceřiné společnosti, která však podléhá vlivu své společnosti mateřské, nebo ve snazších případech společným chováním obou. Vynořují se v té souvislosti další otázky – nakolik je možno postihnout mateřskou společnost, jestliže jí nebylo prokázáno konkrétní protiprávní jednání a nebylo-li prokázáno, že vykonávala vliv na společnost dceřinou? Jak prokazovat ovlivňování jedné společnosti druhou, resp. jak vyvracet domněnku takového ovlivnění a je vůbec možno domněnku vyvrátit?

Jako ilustrační příklad této problematiky možno uvést jedno z nedávných rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci General Química (GQ).²³ GQ byla 100% dceřinou společností Repsol Química (RQ), která sama byla rovněž 100% dcerou Repsol YPF (RYPF). Komise prohlásila GQ, RQ a RYPF za solidárně odpovědné a uložila jim pokutu 3,8 mil. EUR. Žalobou před Tribunálem EU se žalobci především bránili proti rozhodnutí o solidaritě uložené pokuty. Soudní dvůr zrušil zamítavé rozhodnutí Tribunálu v části týkající se odůvodnění přičitatelnosti odpovědnosti, avšak pouze z důvodu nedostatku odůvodnění, kdy Tribunál dostatečně nezkoumal důvody uváděné žalobcem k vyvrácení domněnky o autonomii GQ ve vztahu k RQ. Rozhodnutí dokládá, že soudní dvůr považuje za nutné zkoumat i vztahy *uvnitř podniku* a dovádět tudíž odpovědnost až k jednotlivým společnostem, a to dokonce i v případě, že se mohla uplatnit právní domněnka ovlivnění vyplývající ze stoprocentní majetkové účasti v dceřiné společnosti. To však odporuje pojetí podniku jako jediného pachatele soutěžního deliktu a ukazují zřetelně, že soudní dvůr postupuje kontradiktorně.

Když soudní dvůr připomíná judikaturu týkající se podniku²⁴, shrnuje, že podnik je ekonomickou jednotkou bez ohledu na své právní postavení i způsob financování (bod 34, 35). Podnik má být takto chápán, i když sestává z několika právnických nebo fyzických osob; poruší-li tato jednotka pravidla soutěže, přísluší jí v souladu s principem osobní odpovědnosti odpovídat za takové jednání (bod 36)²⁵. V dalším bodě (37) již přechází soudní dvůr k otázce okolností, za jakých může být právnická osoba, která se přímo neúčastní protiprávního jednání, za ně nicméně sankcionována, tedy k otázce přičitatelnosti odpovědnosti za jednání dceřiné společnosti mateřské společnosti, jestliže ta se ho přímo nezúčastnila. Vyslovuje na základě dosavadní judikatury tezi, že takové přičtení odpovědnosti je možné, jestliže dceřiná společnost neurčuje autonomně své chování na trhu.

Kontradiktorní logický skok od ekonomické jednotky právně nezpůsobilé k deliktní odpovědnosti nepochybně předpokládající právní subjektivitu a dále k otázkám odpovědnosti konkrétních společností je z posloupnosti bodů rozsudků snadno rozpoznatelný, současně však při současné koncepci podniku nevyhnutelný.

²³ Rozsudek SDEU z 20. ledna 2011, C-90/09 P, General Química SA, Repsol Química SA, Repsol YPF SA/ Komise. Žaloba ve věci T 85/06 byla Tribunálem zamítnuta rozsudkem ze dne 18. prosince 2008.

²⁴ Rozsudky z 28. června 2005, Dansk Rorindustri e.a./Komise, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P a C-213/02 P, Rec. p. I-5425, bod 112; z 10. ledna 2006, Cassa di Risparmio di Firenze a další, C-222/04, Rec. p. I-289, bod 107, dále rozsudek z 11. července 2006, FENIN/Komise, C-205/03 P, Sb. Rozh. I-6295, bod 25.

²⁵ Tady se rozsudek odvolává zejména na rozsudek ve věci Akzo Nobel z 10. září 2009, Akzo Nobel a další/ Komise, C-97/08 P, Sb. Rozh. s. I-8237, bod 56 a judikaturu v něm citovanou.

Jestliže tedy dceřiná společnost neurčuje autonomně své chování, může být odpovědnost přičtena společnosti mateřské (bod 38). Komise nemusí prokazovat přímou účast mateřské společnosti na protiprávním jednání, uplatní se vyvratitelná právní domněnka jejího vlivu na chování dceřiné společnosti. Jestliže Komise prokáže 100% účast mateřské společnosti v základním kapitálu společnosti dceřiné, je to dostatečný předpoklad k uložení solidární pokuty oběma. Pokud však společnost předloží důkazy, jimiž chce vyvrátit domněnku ovlivnění dceřiné společnosti, je soud povinen takové důkazy přezkoumat.

V pojetí Komise jde při solidárním uložení pokut několika společností o uložení jediné pokuty *podniku*. To koneckonců odpovídá i koncepci solidárního dluhu, který je ve vztahu k věřiteli dluhem jediným bez ohledu na to, že spoludlužníci ve vztahu mezi sebou mají tento jediný dluh rozdělen. Komise považuje za správné, aby nahlížela společnosti do značné míry jako stejnorodé součásti je překrývající mimoprávní entity. Současně si je vědoma, že jediným způsobilým adresátem rozhodnutí jsou společnosti jako právnické osoby (teoreticky ovšem i fyzické osoby, avšak jejich participace je vzácná). Výrok rozhodnutí je proto adresován vždy jenom konkrétním společností. V této tendenci vidíme kontradiktornost pojetí podniku jako útvaru zahrnujícího subjekty, protože tento útvar nemůže být postižen sankcí. Pokud bychom akceptovali, že podnik je jenom výkonná produkční jednotka *řízená subjekty stojícími vně*, bude celý mechanismus přičitatelnosti odpovědnosti pochopitelnější. Tak vidíme, jak vnitřní logika celé konstrukce determinuje definice jednotlivých pojmů, které nejsou libovolné.

V popsaném důsledně předmětovém pojetí podniku jako ekonomické produkční jednotky nahlížené bez ohledu na to, který subjekt nebo které subjekty jednotku řídí, se tak otvírá řešení zdánlivého paradoxu spočívajícího v tom, že podnik by na jedné straně mohl být nazírán jako celek, ale na druhé straně z důvodu přičitatelnosti odpovědnosti je nutno vyhledat subjekty schopné být právně odpovědnými. Přidržíme-li se předmětového pojetí, neodporuje mu skutečnost, že se v řízení zjišťuje, nakolik mateřské společnosti ovládají společnosti dceřiné, aby jim mohlo být jejich jednání přičteno, protože tím se pouze zjišťuje, v jaké míře se který subjekt podílí na řízení podniku. Nevadí také, jestliže se připouští, aby mateřská společnost prokazovala, že na dceřinou nevykonává žádný vliv, protože to vše se děje v rámci zjišťování, zda některá ze společností, které jsou navzájem propojeny, neabsentuje při ovlivňování chování podniku. Ve všech těchto případech totiž mluvíme jenom o tom, kdo podnik, který se určitým protiprávním způsobem choval, řídí. Jedinou nedůsledností tu je, že tuto ekonomickou jednotku, kterou jinak nazýváme jako organismus kýmisi řízený a neurčující své chování autonomně, považujeme za schopný chovat se, jednat, dokonce za schopný se chovat protiprávně. Komise tedy identifikuje podnik jako určitý funkční celek, vstupuje při svém vyšetřování dovnitř podniku zkoumajíc, která ze společností a v jaké míře se podílela na protiprávním jednání spočívajícím v determinaci protiprávního chování podniku. Získává-li důkazy ve vazbě na jednotlivé společnosti, jedná s jednotlivými společnostmi, vede řízení s jednotlivými společnostmi, nikoli s podnikem jako takovým. Podnik zkoumá jako předmět řízený společnostmi.

Popsanému pojetí napomáhá reálné právní oddělení společnosti jako právnické osoby vybavené jednatelskými a rozhodovacími orgány a stanovami jako vnitřní ústavou

od podniku, který vytváří (a může jím disponovat včetně prodeje nebo nájmu). Každá právní úprava obchodních společností přece jasně konstituuje právnickou osobu s jejími orgány a pravidly vnitřního fungování, aniž se vměšuje do záležitostí podniku, jež tato osoba vytváří. Naopak podnik jako funkční ekonomická jednotka funguje stejně bez ohledu na to, zda je jeho majitelem fyzická osoba nebo obchodní společnost. Modifikace struktury společnosti a její případné prolínání s řídicími strukturami podniku toto tvrzení nepopírají, protože spadají do sféry autonomie vůle takové osoby. Tak se často setkáváme s personálními překrýváními, která mohou být vzata v úvahu při zkoumání vlivů mezi jednotlivými společnostmi, předchozím tvrzením však neodporují. Z hlediska práva je společnost od podniku odlišena. Ve skupinách společností dochází zpravidla k vytváření společného podniku.

Připuštění právní subjektivity podniku by bylo zdánlivě nejčistším řešením a bylo by i v souladu s SFEU, která koneckonců výslovně o protiprávním jednání podniků mluví, a tím jim přiznává delikttní způsobilost. Spíše by však znamenalo krok k personifikaci podniku, než aby bylo v souladu s jeho předmětovým pojetím, jak bylo popsáno. Plné přiznání právní subjektivity však narazí na zeď neřešených a prakticky neřešitelných problémů.

Kdybychom totiž uznali podnik za právní subjekt v plném sova smyslu, museli bychom se ptát, o jaký druh subjektu se jedná, jak vzniká, jakým právem se řídí, jaký je jeho právní režim, co je jeho majetkem a v jakém vztahu je jeho majetek k majetku společností do podniku zahrnutých, jaké má orgány, jejichž prostřednictvím uskutečňuje právní jednání apod. Každá z těchto otázek vede na první pohled do slepé uličky. Podnik přece nikdo jako právní subjekt nezaložil, společnosti neměly vůli vytvořit takový subjekt. Nelze připustit, že by právo takovou vůli fingovalo, vlastně by tím došlo k jakémusi vyvlastnění majetku společností ve prospěch podniku. Byl-li by podnik subjektem národního práva, musel by být nějak právně upraven, registrován tímto národním právem apod. Prakticky by to znamenalo nezbytnost upravit takový nový právní subjekt nařízením podobně, jako se to stalo při zakotvení evropské společnosti. Takový podnik by ovšem musel být formálně založen a dospěli bychom tak pouhou logikou věci až ke smluvním koncernům a evropskému koncernovému právu obdobnému právu německému. V rámci EU však již před časem byl učiněn pokus o přijetí směrnice o koncernech (skupinách společností), který skončil neúspěchem, a není důvodu doufat, že by v současné době byla situace příznivější. Kromě toho by uvedená cesta nevedla a nemohla vést k potlačení mimosmluvních koncernů, takže by problematika jejich sankcionování za kartelové dohody zůstala otevřena a pořád by tu buď byl, anebo nebyl podnik v současném smyslu.

Dodejme, že i tam, kde je upraveno smluvní koncernové právo (Německo), jsou tyto konstrukce na hony vzdáleny konstrukci nějakého formálně integrovaného podniku – subjektu stojícího nad společnostmi. Zkrátka tyto úvahy vedou k jedinému možnému závěru, že je nepředstavitelné pro společnosti podnik řídicí, že by ony nebo jejich majetek najednou byly součástí vyššího subjektu, jež žádným svým volným projevem nekonstituovali. Z této slepé uličky je proto nutno uniknout jinak, nejspíše způsobem výše popsaným, kdy budeme podnik důsledně chápat jenom jako entitu řízenou právními subjekty.

Existuje také další možnost, která však nepatří v doktríně k obecně přijímaným, natož obecně známým řešením. Je to akceptování právní subjektivity různého rozsahu a různé povahy²⁶. Pokud bychom přistoupili na to, že podniku je přiznána *omezená právní subjektivita* jenom v tom rozsahu, nakolik je schopen nést právní odpovědnost za své protiprávní chování, aniž je mu přiznána povaha právnické osoby se všemi (neřešitelnými) důsledky, jež by z toho plynuly, pak by byla akceptovatelná i konstrukce uložení jediné pokuty podniku jako pachatelů deliktu a v tomto rozsahu právnímu subjektu. V rámci této logiky by však bylo třeba zřejmě konstruovat závazek všech společností tvořících skupiny in solidum, solidární závazek však je také možný. Subrogace při závazku in solidum by umožňovala, aby společnost, která povinnost splnila, vstupovala do práv povinného podniku a žalovala na zrušení celé pokuty. Konstrukce omezené právní subjektivity by mohla narazit také na názory odmítající, aby se právní subjektivita překrývala v tom smyslu, že právnické osoby jsou součástí jiného právního subjektu. Proti této námitce je však možno argumentovat existujícími právními konstrukcemi, které vcelku běžně zahrnují např. sdružení s právní subjektivitou, jejichž členy jsou právnické osoby. Koneckonců všechny sdružovací formy sdružují právní subjekty vytvářejíce při tom nový právní subjekt. Překrývající subjektivita je tedy čímsi v reálném právu zcela běžným.

Právní praxe členských států ve skutečnosti zná i dosti početné případy omezené právní subjektivity. To, o čem tu mluvím jako o koncepci, která nemá příliš mnoho naděje na přijetí, je ve skutečnosti dlouho přítomno. Méně to však je doktrinálně zhodnoceno a promítnuto do obecných nauk o právní subjektivitě. Narážíme opět na odtrženost právní teorie, která zpravidla vychází z nepřesných a zjednodušených představ o reálně fungujícím právu, od pozitivního práva. Jako příklad je možno uvést sdružení majitelů dluhopisů nebo společenství vlastníků bytů, která nejsou plnohodnotnými právními osobami. Také postavení podílových fondů jako pasivních entit, které však jistou právní existencí disponují, je zcela specifické.²⁷

Bylo by dokonce možno jít dále a interpretovat judikaturu SDEU tak, že soudní dvůr v podstatě tímto způsobem na podnik nahlíží, přestože přiznání subjektivity podniku výslovně odmítá. Taková interpretace odporující jednoznačnému explicitnímu vyjádření mnohokrát opakovanému v rozsudcích je ovšem obtížná.

Jestliže Komise uzavře šetření, mohla by uložit každé společnosti, která se podílela na řízení „provinilého“ podniku, zcela samostatnou pokutu tak, jako to dělají členské státy. Nahlížení na podnik jako celek s následným uložením solidární pokuty několika společnostem zjednodušuje úkol Komise. Uhrazení pokuty dosáhne snadněji, stojí-li na druhé straně několik solidárních dlužníků. Komise potom zdůrazňuje, že se nezajímá o to, jak a zda se po zaplacení pokuty některou ze společností společnosti mezi sebou vypořádají a zda část zaplacené pokuty jedna druhé uhradí. Tento postup zpravidla nenaráží na obtíže, pokud majetková vazba uvnitř skupiny společností trvá. Vzájemná dohoda není nikým zkoumána ani napadána. Jestliže se však změní struktura skupiny společností, jestliže některá dceřiná společnost je prodána jiné skupině apod., absence

²⁶ Srov. blíže PELIKÁN, R. *Právní subjektivita*, Wolters Kluwer ČR, Praha, 2012.

²⁷ Srov. zákon o kolektivním investování č. 189/2004 Sb. ve znění změn; konstrukce podílového fondu navazuje na anglický trust.

následného postihu mezi solidárními spoludlužníky vyvolá nepříznivou reakci toho, kdo pokutu zaplatil v plné výši nebo kdo je o zaplacení požádán, přestože druhá solidárně zavázaná společnost je již součástí jiného podniku.

Jak vyplývá z výše podaného výkladu, nemá solidární ukládání pokut samo o sobě oporu v primárním ani sekundárním evropském unijním právu a postrádáme tudíž jakákoli legislativní pravidla pro režim takovéto solidarity. Komise stojí na stanovisku, že jde o důsledek bezsubjektního pojetí podniku a uložení pokuty pro ni znamená jenom to, že kterákoli ze společností je povinna uhradit celou pokutu. Dojde-li ke sporu mezi společnostmi o následné vypořádání, má být podle Komise předložen národnímu soudci. Po desítky let se realizovala tato praxe Komise, aniž byla napadána a aniž tudíž Soudní dvůr k ní zaujal nějaké stanovisko.

V posledních letech se však ukazuje, že pod povrchem existující problém se vynořuje na povrch, roste počet sporů mezi společnostmi o vypořádání zaplacených pokut, národní soudy tápou a příslušné orgány EU se otázkou budou muset zabývat, ať chtějí, nebo nechťejí. Skupiny společností mění svoji strukturu stále častěji, některé ze společností se stávají součástí jiných skupin a dobrovolné vypořádání pokut naráží na neochotu. Odkrytí problému je tak evidentně důsledkem rostoucí dynamiky a trvale probíhajícího strukturálního přeskupování podniků, jehož jsme svědky.

O popsané otázce ve věci kartelu plynem izolovaných spínačů (AIG) rozhodoval *francouzský* soudce (obchodní soud v Grenoblu – srov. poznámka č. 12). Dospěl k závěru, že nemá kompetenci o věci rozhodnout. Nebyl podán opravný prostředek a rozhodnutí je tudíž konečné.

Později však byla podobná žaloba týkající se jiného kartelu předložena německému soudu²⁸. Odvolací soud v Mnichově nedostatek své kompetence neshledal. Dospěl k závěru, že věc má být posouzena podle německého práva, protože taková byla vůle žalobce. V tomto případě bylo žalováno na náhradu škody, což soud překvalifikoval na rozhodování o vypořádání solidárního společného závazku. Dospěl k závěru o aplikovatelnosti BGB, přestože závazek vznikl z rozhodnutí Komise a bez ohledu na probíhající řízení před Tribunálem EU.

Jestliže bychom akceptovali takovýto postup obsahující intervenci národního soudce, vznikla by dosti kuriózní situace: o povinnosti platit pokutu by rozhodoval soud jako o soukromoprávním solidárním společném závazku podle národního občanského zákoníku (doplňme, že o otázkách kartelů v Německu rozhodují civilní soudy). Tento soud by tedy měl konečné slovo v tom, kolik která ze společností řídících podnik, jenž se dopustil kartelového jednání, má v rámci vypořádání zaplatit. Zřejmě by nerevidoval celkovou částku pokuty, ale jenom rozdělení v rámci postihových práv. Takové rozhodnutí je však ve skutečnosti konečným určením velikosti sankce dopadající na právnickou osobu. Dodejme, že současně probíhající řízení před soudy EU může vyústit ve snížení pokuty nebo dokonce v její zrušení (teoreticky i ve zvýšení). Jestliže by národní soud rozhodl dříve, jeho rozhodnutí by nutně bylo dotčeno rozhodnutím soudů EU. Pokuta nepřestane být administrativní sankcí ani v případě rozhodování národního soudu, její uložení je ve výlučné kompetenci Komise. Soud členského státu by

²⁸ Rozhodnutí vrchního zemského soudu v Mnichově čj. U 3283/11 Kart.

při rozhodování musel zkoumat, nakolik byly splněny hmotněprávní předpoklady pro uložení pokuty a musel by tudíž aplikovat SFEU, přestože takovou kompetenci nemá. Kompetence národního soudu v tomto směru nemá žádný právní základ, přesunutí celého plnění do soukromoprávní sféry postrádá rozumného smyslu.

Odmítneme-li kompetenci národního soudu, pak musí rozhodnout Komise již ve správním rozhodnutí, nebo musí platit subsidiární pravidlo. Unijní právo nemá občanský zákoník a legislativně tudíž není otázka solidarity řešena ani pro soukromé, ani pro veřejné právo. Je možno opřít se jenom o *všeobecné právní principy*. Ve většině členských států nalezneme dispozitivní normy stanovící, že solidární spoludlužníci jsou povinni nést závazek rovným dílem, nedohodnou-li se jinak. Pro náhradu škody bývá sice použitelné i pravidlo rozdělení podle účasti na způsobení škody, což by však v kartelovém právu bylo velmi obtížně aplikovatelné.

Jestliže vyjdeme z teoretických úvah výše vyložených, vidíme, že Soudní dvůr nebo Tribunál EU, který tuto otázku rozhoduje, nemá mnoho variant řešení.

Soudní dvůr v rozhodnutí *Aristrain*²⁹ naznačil řešení. *V tomto rozhodnutí vytknul Tribunálu, že akceptoval rozhodnutí Komise, které postrádalo jakékoli odůvodnění toho, že Komise přičetla odpovědnost jedné společnosti ze skupiny, aniž se zabývala otázkou, zda jsou pro takové přičtení dostatečné důvody. Soudní dvůr říká, že samotný fakt, že základní kapitál dvou společností náleží jediné osobě nebo jediné rodině, není sám o sobě dostatečným důvodem pro to, aby jednání jedné společnosti bylo přičteno jiné společnosti a aby tato jiná společnost mohla být povinna nést pokutu za onu prvou společnost (bod 99). Podle Soudního dvora je rozhodnutí Komise i vnitřně rozporné, jestliže vyvolává dojem, že odpovědnost je třeba přičíst ve stejné míře oběma společnostem, zatímco pokutu ukládá jenom jedné z nich. Zejména v tomto bodě můžeme spatřovat vyjádření pravidla, že odpovědnostní sankce musí být individuálně lokalizována a že není přípustné trestat jednu společnost za chování několika společností. Tribunál při rozhodování o kartelu AIG³⁰ pokračuje v rozvinutí právě této myšlenky, jestliže dospívá k závěru, že Komise nemůže argumentovat uložením jediné pokuty několika společnostem a absencí určení, v jakém poměru má být mezi nimi závazek rozdělen. Určení solidárního režimu bez řešení následného (nebo i preventivního) vypořádání by odporovalo myšlence vyjádřené v rozhodnutí *Aristrain*.*

S odvoláním na princip individuality trestů tak Tribunál dospěl k závěru, že otázka vzájemného rozdělení pokuty mezi společnostmi nemůže být závislá na jejich dohodě a není ani otázkou, kterou by mohl rozhodovat národní soudce v rámci sporů o náhradu škody. Jestliže Komise nerozhodne, jakou část závazku k zaplacení pokuty má která ze společností řídících jeden podnik nést, je třeba subsidiárně postupovat podle obecného pravidla platného v členských státech pro solidární závazky. Vzhledem k tomu, že v národních právních řádech na základě občanských zákoníků zpravidla platí dispozitivní pravidlo o tom, že předběžný nebo následný postih v případech pasivní

²⁹ Rozsudek Soudního dvora ze dne 2. října 2003, *Aristrain v. Komise*, C-196/99 P, Recueil, s. I-11005, body 100 a 101.

³⁰ Rozsudky z 3. března 2011, T-117/07 a T-121/07, *Areva ad./Komise a Siemens AG Österreich ad./Komise*, T-122/07 až 124/07. V obou případech byly podány kasační opravné prostředky a věci jsou projednávány Soudním dvorem EU pod č. C-247/11 P a C-253/11 P

solidarity odpovídá *rovnému dílu celkové povinnosti* pro všechny dlužníky, lze použít toto pravidlo i v kartelovém unijním právu. V případě dvou společností by v souladu s tím každá z nich byla povinna nést polovinu pokuty, v případě tří společností, každá ponese třetinu atd.

S ohledem na význam rozhodnutí přináším poněkud obsáhlejší citaci³¹ bodů 214–216 rozsudku ve věci Areva:

V dopise došlém kanceláři Soudu dne 18. června 2009 (viz výše bod 42) Komise na rozdíl od toho, co uvedla na jednání (viz výše bod 39), tvrdila, že pokud ukládá pokutu více [...] společností, které ji mají zaplatit solidárně, aniž ve výroku svého rozhodnutí upřesní nebo uvede jinak, nemá v úmyslu řešit otázku konkrétního podílu jednotlivých spoludlužníků na zaplacení této pokuty. Je ovšem třeba poukázat na to, že rozhodnutí, jímž Komise více [...] společností ukládá solidární zaplacení pokuty, tedy nezbytně způsobuje všechny účinky, které se podle práva vážou k právnímu režimu platby pokut v právu hospodářské soutěže, a to jak ve vztazích mezi věřitelem a solidárními spoludlužníky, tak ve vzájemných vztazích solidárních spoludlužníků. Z toho důvodu Komise ani žalobkyně nemohou platně tvrdit, že solidarita při zaplacení pokuty upravuje vztahy mezi věřitelem a solidárními spoludlužníky, ale nikoli mezi solidárními spoludlužníky navzájem. Komise ani žalobkyně obdobně nemohou tvrdit ani to, že společnosti si mohou volně dohodnout podíly každé z nich na celkové částce pokuty uložené podle čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17, respektive podle čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003, za porušení článku 81 ES a článku 53 dohody o EHP, kterou mají zaplatit solidárně, neboť rozhodovací pravomoc v tomto ohledu má jediné Komise.

Je třeba mít za to, že není-li v rozhodnutí, jímž Komise ukládá pokutu za protiprávní jednání jednoho podniku více společností, které ji mají zaplatit solidárně, uvedeno jinak, přičítá jim odpovědnost za toto chování rovným dílem (viz v tomto smyslu rozsudek Soudního dvora ze dne 2. října 2003, *Aristrain v. Komise*, C-196/99 P, Recueil, s. I-11005, body 100 a 101). Také již bylo rozhodnuto, že společnosti, jímž bylo uloženo solidární zaplacení pokuty, mají povinnost zaplatit jedinou pokutu, jejíž výše se vypočítává ve vazbě na obrat dotyčného podniku (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek *Aristrain v. Komise*, bod 101). Z toho plyne, že každá ze společností má povinnost zaplatit Komisi celou částku pokuty a zaplatí-li pokutu jedna z nich, je vůči Komisi splněn závazek všech. Společnosti, jímž je uloženo solidární zaplacení pokuty a které nesou, není-li v rozhodnutí o uložení pokuty stanoveno jinak, stejnou míru odpovědnosti za protiprávní jednání, musí v zásadě přispět k zaplacení pokuty uložené za toto protiprávní jednání rovným dílem. V důsledku toho společnost, která po případné výzvě Komise zaplatí celou částku pokuty, může na základě rozhodnutí Komise žalovat své solidární spoludlužníky na vydání částek odpovídajících jejich podílům. Pokud tedy z rozhodnutí, jímž je ukládána pokuta vícero společností, které ji mají zaplatit solidárně, nelze a priori určit, která z těchto společností bude nakonec vyzvána, aby Komisi uhradila celou částku pokuty, nebrání to tomu, aby každá z těchto společností mohla jednoznačně zjistit svůj vlastní podíl na výši pokuty a podat proti svým spoludlužníkům žalobu na vydání částek, které by uhradila nad rámec tohoto svého podílu.

Z výše uvedeného plyne, že solidarita při placení pokut v právu hospodářské soutěže nebrání tomu, aby každá ze sankcionovaných společností mohla jednoznačně rozpoznat finanční důsledky, které pro ni mohou ze sankce vyplynout. V tomto ohledu samotná skutečnost, že z napadeného rozhodnutí nelze určit, která ze společností bude vyzvána, aby Komisi zaplatila částku pokuty, nepředstavuje porušení zásady právní jistoty.

³¹ Vzhledem k tomu, že mi jako soudci podílejícímu se na rozhodování nepřísluší rozsudek komentovat, omezují se na tuto citaci.

V bodech 155–159 rozsudku z téhož dne Siemens AG Österreich ad./Komisi, T-122/07 až 124/07, týkajícího se téhož kartelu (AIG), jsou citované závěry dále a podrobněji argumentovány:

Je třeba doplnit, že pojem „solidarita při placení pokut“ je stejně jako pojem „podnik“ ve smyslu práva hospodářské soutěže, jehož je pouze automatickým důsledkem (viz body 150 a 151 výše), pojem autonomní, který je nutno vykládat s odkazem na cíle a systém práva hospodářské soutěže, jehož je součástí, a případně s odkazem na obecné zásady vyvozené ze všech vnitrostátních právních řádů. I když se povinnost zaplatit pokutu, kterou nesou společnosti, jimž Komise uložila solidární zaplacení pokuty z důvodu porušení práva Společenství v oblasti hospodářské soutěže, liší především svou povahou od povinnosti spoludlužníků v rámci závazku podle soukromého práva, je třeba se inspirovat zejména právním režimem solidárního závazku.

Rozhodnutí, kterým Komise více společnostem ukládá solidární zaplacení pokuty, tedy nezbytně způsobuje všechny účinky, které se podle práva vážou k právnímu režimu platby pokut v právu hospodářské soutěže, a to jak ve vztazích mezi věřitelem a solidárními spoludlužníky, tak ve vzájemných vztazích solidárních spoludlužníků.

Je tedy vylučně věcí Komise, aby v rámci výkonu své pravomoci ukládat pokuty na základě čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003 určila příslušný podíl různých společností na částkách, jejichž solidární zaplacení jim bylo uloženo, jelikož byly součástí téhož podniku a tato úloha nemůže být na rozdíl od toho, co Komise naznačila na jednání, ponechána vnitrostátním soudům.

Není-li v rozhodnutí, jímž Komise ukládá pokutu za protiprávní jednání jednoho podniku vícero společnostem, které ji mají zaplatit solidárně, uvedeno jinak, je třeba mít za to, že Komise těmto společnostem přičítá odpovědnost za toto jednání rovným dílem (viz v tomto smyslu rozsudek Soudního dvora ze dne 2. října 2003, *Aristrain v. Komise*, C-196/99 P, *Recueil* s. I-11005, body 100 a 101). Společnosti, jimž je uložena pokuta, kterou mají zaplatit solidárně, a které nesou, není-li v rozhodnutí, jímž se ukládá pokuta, stanoveno jinak, stejnou míru odpovědnosti za protiprávní jednání, musí v zásadě přispět k zaplacení pokuty uložené za toto protiprávní jednání rovným dílem. V důsledku toho společnost, která po případné výzvě Komise zaplatí celou částku pokuty, může na základě rozhodnutí Komise žalovat své solidární spoludlužníky na vydání částek odpovídajících jejich podílům. Pokud tedy z rozhodnutí, jímž je ukládána pokuta vícero společnostem, které ji mají zaplatit solidárně, nelze a priori určit, která z těchto společností bude nakonec vyzvána, aby Komisi uhradila celou částku pokuty, nebrání to tomu, aby každá z těchto společností mohla jednoznačně zjistit svůj vlastní podíl na výši pokuty a podat proti svým spoludlužníkům žalobu na vydání částek, které by uhradila nad rámec tohoto svého podílu.

Pokud se tedy v napadeném rozhodnutí nekonstatuje, že v rámci podniku VA Tech měly některé společnosti během určité doby větší odpovědnost za účast uvedeného podniku na kartelové dohodě než jiné, je třeba předpokládat, že tyto společnosti mají stejnou odpovědnost, a tedy stejný podíl na částkách, které jsou jim uloženy k solidárnímu zaplacení.

Tímto způsobem soud v rozhodnutí Komise nalézá implicitní rozdělení solidární povinnosti mezi jednotlivé právnícké osoby, které byly adresáty rozhodnutí. Proti rozhodnutím byl podán opravný prostředek k Soudnímu dvoru EU, o němž dosud nebylo rozhodnuto.

4. PRINCIP INDIVIDUALITY TRESTŮ

Princip individuality trestů je jedním z pilířů trestního práva a musí bezpochyby platit i pro správní trestání, zejména jedná-li se o tak závažné sankce, jaké vyplývají z kartelového práva³². Přestože princip ukládající povinnost rozhodovat o trestu jenom s ohledem na všechny individuální okolnosti případu je nezpochybňovaným základem trestní odpovědnosti, můžeme rozvinout i jeho jiný aspekt, jenž však do rámce tohoto principu podle mého názoru jednoznačně spadá: trest je možno uložit jenom jednotlivě a konkrétní osobě, nikoli společně celé skupině osob. Připustit odchylku od popsaného aspektu by znamenalo návrat ke kolektivní odpovědnosti, která vždy provázela nejhorší úpady právní i politické kultury, ať už máme na mysli středověk nebo nacistické vypalování obcí či vyvražďování celých rodin nebo etnické čistky apod. Jestliže bychom připustili, že pokuta je ukládána bez rozdílu celé skupině společností, ustoupili bychom od uvedeného principu.

Jestliže chápeme řád jako existenci pravidel umožňujících předvídatelnost důsledků lidského chování ve společnosti³³, pak princip právní jistoty je vyjádřením konkrétního promítnutí této teze do práva a právních principů. V konstrukci veřejnoprávní odpovědnosti je potom další konkrétnější podobou právě princip individuality trestu. Kdyby neplatil, nemohl by nikdo ovlivnit, zda a za jakých okolností bude zatížen odpovědností. Má-li mít odpovědnost také motivační funkci, musí být její vznik předvídatelný a ovlivnitelný chováním. Kolektivní odpovědnost významně snižuje obojí.

Rozložení odpovědnosti uvnitř podniku ve smyslu evropského soutěžního práva potvrzuje uvedené obecné závěry. Společnosti se zpravidla brání právě tím, že nevěděly o protiprávním jednání druhé společnosti, že její chování neovlivňovaly, samy se na tomto jednání nepodílely, a proto nemohou nést odpovědnost. Zajisté je možno namítnout, že uvnitř provázané podnikové struktury nevypadají tyto námitky příliš důvěryhodně, avšak z hlediska aplikace veřejného práva taková pochybnost není relevantní. Relevantní může být jenom to, co se podaří prokázat, i kdyby to měla být skutečnost, že společnost „musela vědět“ o protiprávnosti chování jiné společnosti. To je důvod, proč je problematické chápat solidárně uloženou pokutu jako společnou pro všechny společnosti, aniž je jasně rozhodnuto, v jakém rozsahu která z nich nese svůj díl odpovědnosti a za co jej nese. Komise si toho je evidentně vědoma, a proto staví buď na prokázání protiprávního jednání, nebo na vyvratitelné právní domněnce, jde-li o stoprocentní majetkovou účast. Soudní dvůr ji judikaturou k takovému pozornému přičítání odpovědnosti vede. Dokud podnik není právním subjektem, jiný přístup není představitelný. Důsledně stanovisko, kdybychom uznali jako jediný odpovědný subjekt podnik, by totiž bylo, že je irelevantní, jak se chovala kterákoli ze společností, protože by bylo zkoumáno jenom chování podniku jako odpovědné osoby. K tomuto bodu však unijní soutěžní právo nedospělo.

³² Srov. např. LE POITTEVIN, A.: „L'individualisation de la peine“ in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, dostupné na adrese: http://ledroitcriminel.free.fr/la_science_criminelle/penalistes/la_loi_penale/sanction/poittevin_individualisation.htm.

³³ BAUMAN, Z.: *Individualizovaná společnost*, Mladá Fronta, Praha, 2004, s. 42.

summary, key words, klíčová slova – bude doplněno v 1. korektuře

OCHRANA SPOTŘEBITELE A JEHO BLAHOBYTU V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU

VÁCLAV ŠMEJKAL

1. PŘÍČINA A VÝZNAM ZKOUMÁNÍ VZTAHU OCHRANY SOUTĚŽE A OCHRANY SPOTŘEBITELE

Vydání Revue soutěžních předpisů *Concurrences* položilo v březnu 2012 otázku: Co je cílem soutěžního práva? Je to celkový blahobyt společnosti (total welfare) nebo blahobyt spotřebitelů (consumer welfare)?¹ Z přehledu 33 zemí Evropy (včetně Ruska, Turecka, Švýcarska nebo Srbska) vyplynulo, že soutěžní předpisy většiny z nich co do sledovaných cílů ochrany soutěže lavírují, a to nejen mezi oběma v otázce zmíněnými „blahobyty“, ale často i jinak definovanými cíli, jako např. otevřeností trhů, dostatečnou soutěží, svobodou soutěže či férovou soutěží. Jakoby vzhledem k této praktické rozmanitosti zůzila položená otázka problematiku zacílení soutěžní politiky a práva na příliš jednoznačnou volbu mezi ochranou soutěže ve prospěch jedné ze dvou kategorií blahobytu a opomněla, že ochrana soutěže v EU i jejich členských zemích vždy tradičně sledovala paletu cílů, nikoli cíl jediný. Současně však taková otázka shrnula podstatu jedné ze soutěžně-právních diskusí dneška: přechází ochrana soutěže na pole ochrany spotřebitele, stává se ochrana spotřebitelského blahobytu jejím hlavním cílem?

Co je podstatou a příčinou takové diskuse? Z širšího pohledu je to zájem o spotřebitele jako dnes všeobecně akceptovaného společného jmenovatele různých politik a dalších společenských aktivit. Blahobyt konzumenta se v post-ideologické západní společnosti stal ospravedlněním, resp. nezbytnou součástí všeho, co má veřejnost akceptovat jako hodné své podpory. Řečeno slovy O. Andriychuka, „spotřebitelský blahobyt je mocná mantra“, která by jakýmkoli demokratickým zákonodárným sborem „prošla jednoduše“.² Všudypřítomnost spotřebitele reflektuje i Smlouva o fungování Evropské unie, podle jejíhož čl. 12 „Požadavky vyplývající z ochrany spotřebitele budou brány v úvahu při vymezování a provádění jiných politik a činností Unie.“

Nejde však jen o filosofickou reflexi preferencí post-moderní společnosti. Každá udržitelná politika potřebuje společenskou podporu a jde zde tudíž o legitimizaci opatření,

¹ *Concurrences – Review of Competition Laws*, vydání 14. 3. 2012. Dostupné na: http://www.concurrences.com/rubrique.php3?id_rubrique=562

² ANDRIYCHUK, O.: Can we protect competition without protecting consumers? In: *The Competition Law Review*, Vol. 6 Issue 1, Dec 2009, s. 78

keré EU (členský stát) přijímá a v praxi vynucuje. V této souvislosti je zvláště výmluvné, s jakou frekvencí se sepětí spotřebitelských zájmů a ochrany soutěže dostalo do slovníku představitelů Evropské komise (dále „EK“) po vypuknutí finanční a hospodářské krize na přelomu let 2007/2008. V moderní historii krize vždy přinášely upozadění „antitrustu“ ve jménu politicko-společenských cílů (válečného úsilí, ochrany zaměstnanosti, přežití národních „šampionů“ apod.) a též v té současné bylo třeba přesvědčovat o prospěšnosti volné soutěže veřejnost, které již jde více než o národní velikost, svobodu či rovnost, spíše o jistoty a perspektivy vlastní spotřeby a tedy blahobytu. Přínos ochrany soutěže pro spotřebitele se ve vystoupeních představitelů GR pro soutěž EK stalo jedním ze tří nejvíce zdůrazňovaných témat, společně s přínosem soutěže pro překonání krize a dostatečné flexibility stávající právní úpravy ochrany soutěže v EU pro efektivní reakci na krizi.³

Diskuse o spotřebitelském blahu a soutěži má však v EU však i svůj „před-krizový“, právně-teoretický i právně-aplikační základ. Je jím již více než desetiletí trvající úsilí o modernizaci soutěžního práva EU. Jeho nejviditelnějším mezníkem je až doposud nahrazení původního nařízení 17/62/EHS o aplikaci soutěžní článků Smlouvy, nařízením 1/2003/ES, a s ním související decentralizace vynucování soutěžního standardu EU. Právě skutečnost, že od 1. 5. 2004 aplikují články (v současném číslování) 101 a 102 SFEU v jejich úplnosti i národní soutěžní úřady a národní soudy, logicky vyžaduje jednotný standard posuzování proti-soutěžního jednání, nemá-li dojít k rozpadu hmotného soutěžního práva EU na 27 národních aplikačních standardů. První bod Preambule nařízení 1/2003/ES proto stanoví: „Aby byl vytvořen systém, který zajistí, že hospodářská soutěž na společném trhu nebude narušována, musí být články 81 a 82 Smlouvy používány ve Společenství účinně a jednotně.“⁴

Je přitom obecně známo, že soutěžní právo a politika EU se od počátku vyznačovaly mnohostí cílů, jak těch úzce soutěžních, tak i těch ve veřejném zájmu, zhruba korespondujících s cíli integrace zachycených v úvodních člancích Smlouvy. Konkrétně se soutěžní politika a právo EU hlásily, a to po celou dobu své existence, byť s měnícími se akcenty, ke klíčové trojici cílů. Šlo o integraci trhů, ochranu ekonomické svobody a ekonomickou efektivitu svědčící spotřebitelům. Vedle nich se do soutěžních rozhodnutí tu a tam promítaly i jiné „veřejné zájmy“, ať již šlo o průmyslovou politiku, podporu MSP, ochranu zaměstnanosti nebo i kulturní diverzity apod.⁵

³ Pro analýzu reakcí představitelů Evropské komise na finanční a hospodářskou krizi srov.: ŠMEJKAL, V.: An Analysis of the Impact of the Economic Crisis on the European Union's Competition Policy. In: *AALaw Forum*, No. 2/2010. Dostupné na: <http://www.auni.edu/lawforum>. Též srov. ŠMEJKAL, V.: Impact of the Financial and Economic Crisis on the Paradigm of the European Union's Antitrust. In: *1/ŠE Praha Faculty of International relations Working Papers*, Vol. V, 12/2011. Dostupné na: http://vz.fmv.vse.cz/wp-content/uploads/12_Smejkal.pdf.

⁴ Decentralizace vynucení soutěžního práva EU samozřejmě nebyla jediným hybným motivem a praktickým dopadem modernizačního úsilí Komise. Jde však nad rámec této studie další aspekty modernizace samostatně rozebírat. Jednalo se o „komplikovanou souhrnu vícera faktorů“, mezi něž vedle vlivu rozvinutějšího antitrustového práva USA, značný pokrok v budování jednotného trhu a tím i oslabení cíle soutěžní politiky jako nástroje sjednocování národních trhů, neudržitelnost systému notifikace (žádosti o individuální výjimku adresovaných Komisi) dle nařízení 17/62/EHS, akumulace zkušeností a s ní související odformalizování soutěžně právního rozhodování cestou prohloubení ekonomických analýz, reakce na rigorózní přezkum rozhodnutí Komise ze strany Soudního dvora EU atd. Podrobněji viz PĚTR, M., *Modernizace komunitárního soutěžního práva*. Praha: C. H. Beck, 2008. Rovněž srov. MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P., *Soutěžní právo*. Praha: C. H. Beck, 2012, z jejíž str. 65 je v této poznámce citováno.

⁵ BEJČEK, J. ve stati Cílové konflikty v soutěžním právu, in: *Právník*, roč. 146, č. 6, Praha, 2007, analyzoval celkem 18 různých cílů, které lze nalézt v odůvodněních soutěžně-právních rozhodnutí. Podrobně

Modernizace měla, alespoň dle deklarací jejích nejviditelnějších představitelů – komisařů EU pro soutěž Maria Montiho a Neelie Kroesové – znamenat rozchod s touto tradicí a příklon k jedinému ekonomicky verifikovatelnému standardu pro-, resp. proti-soutěžního jednání, který měl vycházet právě z ochrany vyšší efektivity svědčící blahu spotřebitele.⁶ Tento příklon by do jisté míry konvergencí s tehdy dominující teorií soutěže, tzv. Chicagskou, resp. post-Chicagskou školou antitrustu. Ve snaze omezit subjektivitu zásahů státu do jednání na trhu nahlédly tyto školy hospodářskou soutěž nikoli přes definici její podstaty, ale utilitárně, tj. přes to, co by měla společnosti přinášet.⁷ A tímto přínosem měla být ekonomickou analýzou ověřitelná alokační efektivita generující tzv. celkový přebytek (total surplus), který se v delší časové perspektivě zhruba kryje se spotřebitelským přebytkem (consumer surplus).

S minimálním zjednodušením lze tedy tvrdit, že v posledních letech se slily dva impulzy – jeden původem z aktuální krize, druhý z teorie stojící za úsilím o modernizaci – oba směřující ke zvýraznění významu spotřebitele pro ochranu hospodářské soutěže. Příslušná odborná literatura to také náležitě odrazila a články s titulky jako „Spotřebitelé v srdci soutěžní politiky“⁸ nebo „Soutěžní právo po modernizaci – více než kdy jindy v zájmu spotřebitelů“⁹ zaplnily časopisy a servery věnované soutěžně-spotřebitelské problematice. Vyhne-li se dlouhodobě konstantnímu názoru libertariánů a následovníků tzv. rakouské školy, podle nichž jsou na fungujícím trhu ochrana soutěže i spotřebitelů kontraproduktivní a v zásadě nežádoucí, pak lze současnou produkci názorů na spojení ochrany soutěže a spotřebitele rozdělit do dvou proudů.¹⁰

Jeden lze shrnout do výroku: „soutěžní právo je ústředním článkem spotřebitelského práva“, což znamená jeho chápání jako součásti větší množiny soukromo- a veřejnoprávní tržní regulace prováděné ve jméno spotřebitele. Ochrana volné soutěže, stejně jako zdraví či ekonomických zájmů spotřebitelů, jsou jen různými větvemi jednoho stromu, vyrůstají ze stejných cílů a hodnot, liší se jen v nástrojích, kterými se

o cílech soutěžní politiky EU srov. též MONTI, G.: *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, str. 20–21, PARRET, L.: Shouldn't we know what we are protecting? Yes we should! A plea for solid and comprehensive debate about the objectives of EU competition law and policy. In: *European Competition Journal*, Vol. 6, No. 2, August 2010.

⁶ Z četných vystoupení obou komisařů v daném duchu lze např. vybrat: Extracts from a speech by Mario Monti European Commissioner for Competition matters: The Future for Competition Policy in the European Union Merchant Taylor's Hall London, 9. 7. 2001, SPEECH/01/340; a také: Neelie Kroes European Commissioner for Competition Policy Opening address at conference *Competition and Consumers in the 21st century*, Brussels, 21. 10. 2009, SPEECH/09/486. Dostupné na: <http://ec.europa.eu/competition/speeches/>.

⁷ Pro seznámení se základními koncepty Chicago school na poli antitrustu srov. soubor studií in: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 31, Spring 2008 Issue, zejména: EASTERBROOK, F. H.: The Chicago School and Exclusionary Conduct, dále: GINSBURG, H. D.: Judge Bork, consumer welfare, and antitrust law, a též: PRIEST, G. L.: The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself.

⁸ MADILL, J., MEXIS, A.: Consumers at the heart of EU competition policy. In: *Competition Policy Newsletter*, No. 1/2009.

⁹ STUYCK, J.: EC Competition law after modernization: More than ever in the interest of consumers. In: *Journal of Consumer Policy*, No. 28/2005.

¹⁰ Legitimní názory skalních liberálů prosazující minimalizaci zásahů státu do ekonomiky, včetně zrušení příslušných odvětví veřejného práva a jim odpovídajících úřadů, nejsou dlouhodobě určující pro reálný vývoj na poli ochrany hospodářské soutěže a spotřebitele, proto jim v tomto textu nebude věnována pozornost. V českém prostředí se je možné seznámit s tímto zde vynechaným názorovým proudem např. na serveru *Liberálního institutu*, srov. např. <http://www.libinst.cz/stranka.php?id=56>; <http://www.libinst.cz/stranka.php?id=61&highlight=antitrust>; nebo <http://www.libinst.cz/clanky.php?id=33&highlight=spot%F8ibitel>.

prosazují.¹¹ Druhý proud charakterizuje výrok „Spotřebitelské blaho je cílem hospodářské politiky EU, nikoli antitrustu jako takového [...], v opačném případě by nemělo smysl hovořit o právu ochrany soutěže, ale jen o právu spotřebitelského blahobytu“.¹² Ochrana soutěže a ochrana spotřebitele jsou v tomto pojetí dva samostatné, vedle sebe stojící stromy, jejichž větve se tu a tam dotýkají či dokonce proplétají, nicméně činí tak spíše mimoděk, průnikem svých užitečných externalit, nikoli pro to, že by měly jeden základ a jeden cíl. Jsou zkrátka „apart together“, každé po svém společně, jak napsal B. Keirsblick.¹³

Jedná se, jinými slovy, také o svébytnou existenci soutěžního práva, o to zda je jen prostředkem podřízeným spotřebitelským cílům, nebo zda ze své autonomní podstaty chrání unikátní hodnoty, jimž se jiné typy právní ochrany nevěnují. Spor, navenek spíše teoretický, má své zcela praktické projevy. Nejviditelnější jsou ty institucionální, kdy v některých členských zemích EU (Velká Británie, Polsko, Malta) došlo k propojení ochrany soutěže a spotřebitele pod křídla jednoho úřadu. I v rámci GR pro soutěž Evropské komise vznikl v roce 2003 post Úředníka pro komunikaci se spotřebiteli (Consumer Liaison Officer), který se v roce 2008 rozrostl na oddělení (Consumer Liaison Unit)¹⁴. Zřejmě nejpodstatnější však je, že v běžné praxi vyvstávají klíčové otázky: je proti-soutěžní i to, co nepoškozuje spotřebitele? Jaké přesně poškození spotřebitele je nutné, aby došlo na veřejnoprávní sankci ze strany soutěžního orgánu? Hledá se tudíž nová či upřesněná hranice mezi povoleným a zakázaným v chování soutěžitelů na trhu a standardy dokazování toho, co má být soutěžní právem postiženo. Hledají se odpovědi na otázky, které mohou mít pro soutěžitele hodnotu milionů až stamilionů eur.

Cílem této studie tudíž je kriticky analyzovat klíčové koncepty probíhající diskuse, prozkoumat umístění zájmů či blahobytu spotřebitele v současné praxi soutěžního práva EU (zejména výkladu a aplikace čl. 101 a 102 SFEU) a následně zjistit, zda se pro soutěžní politiku a právo EU skutečně stal blahobyt spotřebitelů hlavním či dokonce jediným cílem a zda je tedy odůvodněné spekulovat o jistém sloučení soutěžního práva s právem spotřebitelským.

2. BLAHOBYT SPOTŘEBITELE JAKO SPOJOVACÍ ČLÁNEK

Přiklonit se k názoru, že ochrana spotřebitele a ochrana soutěže jedno jsou, je tím snazší, na čím vyšší úrovni abstrakce je vedena diskuse. O veškeré regulaci lze napsat, že jejím cílem je přinejmenším v poslední instanci obecné blaho či blaho

¹¹ Srov. WEATHERHILL, S. Book Review of Buttigieg, E.: *Competition Law: Safeguarding the consumer interest. A Comprehensive analysis of US Antitrust and EC Competition Law*. In: *Journal of Consumer Policy*, No. 33/2010. Též STUÝČK, J.: op. cit. (pozn. 9); a také bývalá komisařka EU pro spotřebitele Meglena KUNEVA v projevu na konferenci *OECD Consumer and Competition Policies – Both for Welfare and Growth*, Paříž 22. 2. 2008: „Obě politiky usilují o dohled nad chováním ekonomických operátorů, jde o dvě strany téže mince“.

¹² ANDRYICHUK, O.: op. cit. (pozn. 2).

¹³ KEIRSBLICK, B.: *The New European law of unfair commercial practices and competition law*. Oxford: Hart Publishing, 2011, str. 543.

¹⁴ Srov. oficiální web GR pro soutěž Evropské komise, *Competition – Delivering for Consumers*. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/consumers/contacts_en.html.

jednotlivce.¹⁵ V tomto duchu také stoupenci „fúze“ obou ochran tvrdí, že je-li základem férová nabídka, tj. férová cena za férovou kvalitu, pak lze uzavřít, že ochrana soutěže je esencí ochrany spotřebitele v jakékoli ekonomice.¹⁶ Naopak logicky platí, že čím do větší detailů jsou ochrany soutěže a spotřebitele zkoumány, o to méně uvěřitelná se jeví jejich příbuznost. Stačí zdůraznit, že veškerá soutěžní analýza začíná vymezením relevantního trhu, tedy kategorie nezbytné pro kontrolu nadměrné tržní moci, ale naprosto zbytečné pro ochranu individuálního spotřebitele před klamavou reklamou, nebezpečným výrobkem nebo nepřiměřeným ujednáním spotřebitelské smlouvy. Vymezit opačné extrémy je však snazší, než jasně stanovit, na jakém poměru mezi obecným a jedinečným je třeba vést analýzu vztahů mezi oběma ochranami, aby její výsledek co nejlépe posloužil porozumění skutečnosti a působení na ní.

BLAHOBYT SPOTŘEBITELE VS. OCHRANA SPOTŘEBITELE

Jako výchozí bod hledání je nezbytné definovat klíčový pojem, který má obě odvětví práva spojovat – blahobyt spotřebitele (consumer welfare).

Nejméně diskutabilní definici blahobytu (welfare) nabízí ekonomická věda. Z pohledu ekonomické analýzy, která měla do soutěžně-právního rozhodování EU přinést v rámci jeho modernizace na počátku 21. století větší jednotu a jistotu, je blahobyt spotřebitele jiným označením pro tzv. přebytek spotřebitele (consumer surplus). Tento přebytek je kladným rozdílem mezi tím, jak si spotřebitel cení určitého zboží, a co je tedy za jeho získání ochoten zaplatit, a jeho tržní cenou. Celkový blahobyt spotřebitelů je pak agregátem těchto přebytků na trhu určitého zboží. Na první pohled přímo souvisí s efektivitou alokace zdrojů a dále výroby a distribuce daného výrobku, protože vyšší efektivita se ideálně promítne buď do nižší ceny, nebo do vyššího užítku pro spotřebitele, anebo do obojího.¹⁷

Slovo „ideálně“ v předešlé větě uvozuje skutečnost, že vyšší efektivita přímo souvisí s celkovým blahobytem, resp. přebytkem (total welfare, resp. surplus), který je součtem přebytku výrobce a přebytku spotřebitele a vyjadřuje souhrnnou míru ekonomického blahobytu společnosti. Společně s Chicagskou školou je možné věřit, že výrobce obětuje vše pro to, aby získal a uspokojil spotřebitele (v modelu dokonalé konkurence se při maximální alokační efektivitě dokonce zisk výrobce rovná nule), a nemá tudíž praktický význam činit rozdílů mezi růstem efektivity a růstem blahobytu spotřebitelů. Rada ekonomů toto hledisko podporuje poukazem na to, že situace na trhu, resp. regulace trhu, generující celkový přebytek je tatáž jako ta generující přebytek spotřebitele.¹⁸

¹⁵ Srov. diskuse filosofů práva nad smyslem, resp. účelem práva, např. in: HOLLANDER, P.: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, str. 74–93, nebo také: SOKOL, J., *Moc, peníze a právo*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, str. 232–239.

¹⁶ STUYCK, J.: op. cit. (pozn. 9) str. 3.

¹⁷ Podrobněji k definicím těchto pojmů srov. BALDWIN, R., WYPLOSZ, Ch.: *Ekonomie evropské integrace*. Praha: GradaPublishing, 2008, s. 128–130; dále: *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, compiled by R. S. KHEMANI and D. M. SHAPIRO, commissioned by the Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD, 1993.

¹⁸ Podrobněji k výkladu vztahu celkového a spotřebitelského blahobytu srov. MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P.: *Soutěžní právo*. Op. cit. (pozn. 4), str. 32–36, rovněž: FARELL J., KATZ, L. M., *The Economics of welfare standards in antitrust in competition policy*. In: *Competition Policy International*, Vol. 2, No. 2, Autumn 2006.

Sociálně citlivější Evropané je však vůči této vazbě spíše podezřívavý a tvrdí, že efektivita bez redistribučních opatření jen posiluje nerovnováhu v důchodech v rámci společnosti. Aby bohatí dále nebohatli a chudí nechudli, je třeba, podle kritiků chicagského přístupu, upřednostnit blahobyt spotřebitele před blahobytem výrobce a nestavět tak automaticky rovnítko mezi efektivitou a blahobytem spotřebitele.¹⁹

Jakou podobu by tento transfer přebytku od výrobců ke spotřebitelům měl mít, však není snadné určit a soutěžní právo EU k upřednostnění spotřebitelského blahobytu před celkovým blahobytem nic explicitně nestanoví.²⁰ Zohlednění pouze alokační efektivity by svádělo ke statickému, nicméně okamžitému a snadno vyčíslitelnému hledisku lepší ceny pro konečného spotřebitele. Vznikne tím ovšem riziko podvázání investic výrobce do výzkumu, vývoje a inovací, což způsobí snížení tzv. dynamické efektivity, významné zejména pro všechna rychle se vyvíjející technologická odvětví. Díky ní je spotřebitel příjemně překvapován novými a dokonalejšími výrobky, byť za to, alespoň zpočátku, platí vyšší cenu, protože výrobce musí pokrýt investice do výzkumu a vývoje. Prozíravé, na budoucnost zaměřené, se zdá být upřednostnění dynamické efektivity a tedy odloženého přebytku spotřebitele, což ovšem znamená stavět na modelech s mnoha proměnnými, přinášejícími často málo určité předpovědi.²¹ EK ve svém Sdělení k pravidlům aplikace článku 81 odst. 3 Smlouvy²² (dnes čl. 101 odst. 3 SFEU) v této souvislosti uznala, že efektivita se může projevit až po určitém čase, neb prvotní investice soutěžitelů musejí mít určitou návratnost, a do té doby může mít posuzovaná dohoda jen negativní dopady. Fakt, že se pozitivní efekt pro spotřebitele projeví s odstupem, nediskvalifikuje dle EK dohodu z možnosti vynětí ze zákazu. Ovšem příslib budoucí výhody není totéž, co okamžitý přínos a EK ilustrativně uvádí, že „hodnota úspory 100 EUR dnes je větší než hodnota stejné úspory za rok“. Vzhledem k takové depreciaci odložených přínosů pak stanoví pravidlo, že čím vzdálenější slibované výnosy dohody pro spotřebitele jsou, tím větší musejí být.

Krátký exkurz do ekonomie stačí k tomu, aby bylo zcela zásadně vyloučeno položení rovnítka mezi právní pojem „ochrana spotřebitele“ (případně ochrana před újmou způsobenou spotřebiteli a náprava této újmy) a ekonomický pojem „blahobyt spotřebitele“.

¹⁹ Srov. STYUCK, J.: op. cit. (pozn. 9), str. 8–9. Rovněž: CSERES, K. J. The Controversies of the Consumer Welfare Standard. In: *The Competition Law Review*, Vol. 3, Issue. 2, March 2007, která na str. 128 ke skutečnosti, že „žádná demokratická vláda neuzákoní pravidla, která by byla postavena výlučně na hledisku celkového blahobytu“ uvádí následující pragmatické důvody: volby vyhrává ten, kdo si nakloní masy voličů, voliči jsou lhostejní k zájmům zahraničních (nadnárodních) vlastníků, jistý soulad s populárními politikami (podpora malého podnikání, zaměstnanosti atd.), jde o „druhé nejlepší řešení“ vyvažující tlaky lobbistů ve prospěch ochrany domácího trhu a také dopady nepředvídaných událostí (krize).

²⁰ Srov. STYUCK, J.: op. cit. (pozn. 9), str. 9.

²¹ Zohledněním dynamiky trhu a efektů určitého jednání soutěžitelů v čase se situace komplikuje nejen z pohledu ekonomické analýzy, která již nevystačí se statickými vyčíslením dopadů na efektivitu skrze více či méně efektivní alokaci zdrojů a výrobu. Komplikovanější je při tomto pojetí i vysvětlení spotřebitelů, má-li být přesvědčen o tom, že je soutěž chráněna v jeho prospěch. Konkrétní spotřebitel si v daném okamžiku může připadat jako ten, kdo platí více než by měl, protože nemůže nebo nechce čekat na efekty dynamické efektivity, o nichž se předpokládá, že se v budoucnu dostaví a budou přeneseny na spotřebitele. Konkrétně může jít o případy, kdy je dominantní poskytovatel zboží či služby donucen soutěžním právem zrušit svůj věrnostní program, atraktivní pro věrně a často se vracející zákazníky, nebo jako ve známém případě společnosti Microsoft (*Microsoft Corp v. Commission T-201/04*), kdy spotřebitelé nesměli nadále dostávat prohlížeč WMP zadarmo společně s koupí operačního systému Windows.

²² Dokument Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08), konkrétně jeho odstavce 44, 87, 88.

Ochrana spotřebitele spočívá, jak praví čl. 169 odst. 1 SFEU, ve vysoké úrovni ochrany zdraví, bezpečnosti a hospodářských zájmů spotřebitelů, jakož i podpoře jejich práva na informace, vzdělání a práva sdružovat se k ochraně svých zájmů. Jde tedy o ochranná opatření proti konkrétní újmě, kterou může spotřebiteli způsobit nebezpečný výrobek, agresivní obchodní praktika nebo odmítnutá záruka za vadný výrobek. Dá se samozřejmě tvrdit, že poskytnutí této ochrany přispívá k naplnění ideálu spotřebitelského blahobytu. Půjde však o jinou definici blahobytu, než je ta, kterou poskytuje, jak bylo ukázáno výše, ekonomická věda. Vysoká úroveň ochrany spotřebitele je nákladem, který výrobce a obchodník promítnou do ceny. Spotřebitel musí tuto zvýšenou cenu zaplatit, čímž se mu snižuje jeho v penězích vyjádřitelný přebytek a tedy spotřebitelský blahobyt ekonomů. Politika (ať již soutěžní či obecně hospodářská), zaměřená na maximalizaci ekonomicky chápaného spotřebitelského blaha tak samozřejmě svědčí spotřebiteli, ovšem nikoli ve smyslu jeho právní ochrany, ale „jen“ co do jeho přebytku v delší časové perspektivě.

Soutěžní právo EU se však nikdy nehlásilo, ani neužívalo pojem spotřebitelského blahobytu v úzce ekonomickém významu jeho přebytku. EK, soudě opět dle jejího Sdělení k pravidlům aplikace článku 81 odst. 3 Smlouvy, totiž chápe tento blahobyť jakýmsi kompromisním způsobem, když vedle pojmu nákladové efektivity (cost-efficiency) zavádí ještě kvalitativní efektivitu (efficiencies of a qualitative nature). Posledně jmenovaná efektivita pak zahrnuje více než jen vyčíslitelnou dynamickou efektivitu, protože se týká jak nových a vylepšených produktů, tak i většího bohatství, rychlosti a adaptability jejich, nejlépe přes-hraniční, nabídky, stejně jako například i jejich větší bezpečnosti (Komise nabízí příklad nových pneumatik bezpečnějších v případě jejich proražení)²³. G. Monti v této souvislosti uvádí, že na základě takto definované efektivity mohla EK vyjmout ze zákazu rozhodnutí sdružení výrobců praček, podle něhož přestali všichni zúčastnění dodávat na trhu nejméně ekologický (ale také nejlevnější) typ praček a uzavírá, že „podle tohoto přístupu Komise, jakýkoli přínos může být vzat do úvahy, pokud ho lze chápat jako přínos pro spotřebitele.“²⁴

Lze tudíž učinit předběžný závěr, že přinejmenším na úrovni soft-law EK a pro potřeby jejího posouzení možnosti vynětí kartelové dohody ze zákazu dle čl. 101 odst. 3 SFEU, chápe soutěžní právo EU blahobyť spotřebitele dosti široce, jako hybrid jeho dlouhodobě nahlíženého spotřebitelského přebytku v ekonomickém smyslu a rovněž dlouhodobě nahlížené ochrany jeho ekonomických, ale i zdravotních a ekologických, zájmů.²⁵ Jasnost a přesnost ekonomického pojetí blahobytu v takovém pojetí samozřej-

²³ Evropská komise o typech efektivity zohledňovaných při aplikaci čl. 101 odst. 3 Smlouvy pojednává v odstavcích 59 a 69–72 uvedeného Sdělení (pozn. 22).

²⁴ MONTI, G.: op. cit. (pozn. 5), str. 120. Jedná se o rozhodnutí Komise v případě IV.F.1/36.718. *CECED* publikované v OJEC 26. 7. 2000 L 187/47. Současně je nutné uvést, že i toto rozšířené pojetí efektivity, prosazované Komisí od vydání Sdělení v roce 2004, je zúžením vějíře kritérií, které byly dříve brány v úvahu při udělování výjimek ze zákazu kartelů dle článku 101 odst. 3 SFEU. Právě G. Monti na str. 119–120 tvrdí, že Komise byla vedena snahou marginalizovat jiná hlediska veřejného zájmu, než ta, která lze subsumovat pod vyšší efektivitu a zájem spotřebitele. Obdobně k interpretaci efektivity ze strany Komise srov. MARDSEN, P., WHELAN, P.: Consumer detriment and its application in EC and UK competition law. In: *European Competition Law review*, Issue 10/2006.

²⁵ Na svém webu, v části určené spotřebitelům Komise uvádí následující přínosy soutěže pro spotřebitele (a tedy jejich blahobyť): nižší ceny pro všechny, lepší kvalita (v nejšířším významu slova: výdrž, výkon, servis, technická podpora, péče o zákazníka...), bohatší výběr, inovace také silnější (myšleno evropské) konkurenty na globálních trzích. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/consumers/why_en.html.

mě chybí. Kritici pak EK vytýkají, že její koncept je nejasný, není v něm jednoznačně dáno, co všechno snižuje nedovoleným způsobem takto pojatý blahobyt a jak se vyvažuje kvalitativní efektivita svědčící jedné skupině spotřebitelů, nikoli však druhé.²⁶ Je však nepochybné, že EK takový pojetím blahobytu spotřebitele otevírá větší prostor pro synergii s právní ochranou spotřebitele ve smyslu spotřebitelského práva EU.

SPOTŘEBITEL VS. UŽIVATEL

Citované Sdělení EK však tuto možnou synergii ihned nabourává tím, že v odstavci 84 doslova uvádí: „Pojem „spotřebitelé“ zahrnuje všechny přímé nebo nepřímé uživatele výrobků, na něž se vztahuje tato dohoda, včetně výrobců, kteří používají produkty jako vstup, velkoobchodníků, maloobchodníků a konečných spotřebitelů, tj. fyzických osob, které jednají za účelem, který lze považovat za mimo jejich podnikatelské činnosti. Jinými slovy, spotřebitelé ve smyslu čl. 81 odst. 3) jsou zákazníci stran dohody a následní kupující. Těmito zákazníky mohou být podniky, jako je tomu v případě odběratelů strojů pro průmyslovou výrobu nebo polotovarů pro další zpracování, anebo konečné spotřebitele například v případě kupujících kusové zmrzliny nebo jízdnicích kol.“ Stejný obsah dává pojmu „spotřebitelé“ EK i v novějším Sdělení k prioritám v oblasti používání čl. 82 (nyní čl. 102 SFEU) na vylučovací praktiky dominantních soutěžitelů z roku 2009.²⁷ Oporu má toto pojetí spotřebitele i v primárním právu EU, pokud se obrátíme k francouzskému znění SFEU, které v článku 101 odst. 3 již od Římské smlouvy (tehdy čl. 85, posléze 81, dnes 101) pracuje s termínem „utilisateurs“, tedy doslova uživatelé, nebo dle významu kupující či odběratelé. Toto znění přitom rozlišuje pojmy „utilisateur“ a „consommateur“ i pro potřebu soutěžního práva, jak o tom svědčí písm. b) čl. 102, které zakazuje zneužití dominantního postavení spočívající v omezování výroby, odbytu nebo technického rozvoje na úkor „consommateurs“, tedy doslova spotřebitelů.²⁸

²⁶ Tuto kritiku formuloval např. Pinar AKMAN v reakci na Diskusní dokument – The EC Discussion Paper on the Application of Article 82, dostupné na <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/004/pdf.G.MONTI>, op. cit. (pozn. 5), str. 100, uvádí příklad racionalizace maloobchodu ve prospěch velkých prodejen s širší nabídkou a nižšími cenami, což nepochybně uvítá skupina spotřebitelů uvyklých v těchto supermarketech nakupovat, ale jako újmu to mohou vnímat ti spotřebitelé, kteří nemohou či nechtějí za nákupy dojíždět do nákupních center a raději by dále nakupovali v obchodě na růžku, který však v rámci této racionalizace skončil. Ani současný komisař EK pro soutěž, J. ALMUNIA, v části svého vystoupení na European Competition and Consumer Day, Poznaň 24. 11. 2011, nazvané příznačně „What is consumer welfare“, SPEECH/11/803, obsah tohoto pojmu ani náznakem nedefinoval, pouze uvedl, že újma spotřebitelům, kterou zkoumá Komise jako soutěžní orgán, může spočívat v omezení výběru, zvýšení cen nebo zpomalování inovačního procesu.

²⁷ Sdělení komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele (2009/C 45/02). In: *OJEU C 045, 24/02/2009*, odkaz č. 15: Pojem „spotřebitelé“ zahrnuje všechny přímé nebo nepřímé uživatele výrobku, jehož se dané chování týká, včetně výrobců polotovarů, kteří používají výrobky jako vstup, jakož i distributorů a konečných spotřebitelů přímého produktu a produktů poskytovaných výrobci polotovarů. Pokud jsou mezitímní uživatelé skutečnými nebo potenciálními konkurenty dominantního podniku, posouzení se zaměřuje na účinky chování na uživatele na následující úrovni. Stejná definice spotřebitele jako kupujícího/odběratele se užívá i při posouzení dopadů spojení soutěžitelů. Totožně též: Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků (2004/C 31/03), pozn. 105.

²⁸ Jde spíše o ukázkou úskalí překladu, než zásadního významového rozdílu. Některé jazykové verze Smlouvy, k nimž patří i čeština, standardně používají stejný výraz v obou člancích: *consumer* v anglické verzi, *Verbraucher* v německé verzi. Jiné verze následují francouzštinu: *usario* a *consumador* ve španělské verzi, *utilizator* a *consumator* v italské verzi nebo *uzytkownik* a *konsument* v polské verzi. Požadavek souladného

Je přitom všeobecně známo, že spotřebitelské právo EU, resp. naprostá většina jeho směrnic a s nimi související precedenční judikatura Soudního dvora EU, definuje spotřebitele jako fyzickou osobu, která ve vztahu s profesionálním obchodníkem jedná za účelem, jež nelze považovat za její obchodní činnost, podnikání, řemeslo nebo povolání.²⁹ Dle dosavadní analýzy bychom tedy měli učinit závěr, že spotřebitelský blahobyť, s nímž pracuje soutěžní právo EU, je blahobytem všech uživatelů či kupujících. Pokud by soutěžní právo sledovalo určitou redistribuci celkového přebytku (total surplus), pak by mu zřejmě šlo o upřednostnění přebytku kupujících na úkor přebytku prodávajících. Tento přebytek, či blahobyť je přitom chápán široce a v určité časové perspektivě, jako zlepšení, výhoda či alespoň nezhoršení postavení kupujících. EK se ve výše citovaném Sdělení o aplikaci čl. 81 odst. 3 v jeho odst. 98, 99 a dalších zamýšlí nad přenosem efektů vyšší efektivity na další články odběratelského řetězce (souhrnně označované za spotřebitele), z čehož lze usuzovat, že zvýhodnění kupujících před prodávajícími se má nakonec projevit u posledního článku, tj. konečných spotřebitelů ve smyslu spotřebitelského práva. Ovšem i kdybychom přijali určitou metodu určující, kdy je tato efektivita na konečného spotřebitele přenesena, ihned nás to staví před otázkou různých zájmů a skupin konečných spotřebitelů. Tyto otázky bez odpovědi však nic nemění na závěru, že spotřebitel v soutěžním právu je dle čl. 101 odst. 3 Smlouvy a s ním souvisejícího Sdělení Komise jiným spotřebitelem, než je ten, který je chráněný spotřebitelským právem EU.

STÁLE POPULÁRNĚJŠÍ KONCOVÝ SPOTŘEBITEL

Přesnější bude relativizovat výše uvedený závěr upozorněním, že soutěžní právo EU je v užití pojmu spotřebitel nejednotné a v jeho dokumentech, vystoupeních představitelů GR pro soutěž EK a také judikátech SDEU lze za více než šedesát let jeho existence nalézt to i ono. Klasická judikatura SDEU k dominantnímu postavení (tj. čl. 102 SFEU) rozlišuje mezi soutěžiteli, zákazníky a spotřebiteli³⁰ a v posledních letech se v rozhodnutích zvláště Tribunálu objevil opakovaně důraz na ochranu bezprostředních ekonomických zájmů konečných spotřebitelů.³¹ Navíc většina analytiků a komentátorů se vzácně shoduje v tom, že z pouhého uvedení pojmu „spotřebitel“ v rozhodnutí Komise či Soudního dvora EU ještě nelze vždy spolehlivě dělat závěr o tom, že byl aplikován určitý spotřebitelský standard, ve smyslu výše definovaného

výkladu obou článků Smlouvy, stejně jako v předešlé poznámce citované Pokyny EK vedou k závěru, že v obou člancích jde o kupující, uživatele, odběratele i konečné spotřebitele současně.

²⁹ Pro definici spotřebitele jako fyzické osoby, koncového uživatele nakupujícího s cílem osobní spotřeby viz např. rozhodnutí SDEU C-541/99 *Idealservice* a C-269/95 *Benincasa* a zejména definice obsažené v „transakčně nespecifických“ směrnicích spotřebitelského práva EU: o právech spotřebitelů (2011/83/EU), o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách (93/13/EHS), o některých aspektech prodeje spotřebního zboží a záruk na toto zboží (99/44/ES), o nekalých obchodních praktikách (2005/29/ES).

³⁰ Srov. definici dominantního postavení daná Soudním dvorem EU v klasickém rozhodnutí 1978/207 *United Brands v. Komise*, kde v odst. 65 o „moci jednat do značné míry nezávisle na jeho konkurentech, zákaznících a v posledku na spotřebitelích.

³¹ Jedná se o rozsudky Tribunálu ve věcech T-214/01 *Oesterreichische Postsparkasse*; T-168/01 *Glaxo-SmithKline*; T-259/02 až T-264/02 a T-271/02 (spojené věci, označované souhrnně) *Raiffeisen Zentralbank Oesterreich*, všechny z roku 2006, o který je podrobněji pojednáno v dalším textu.

spotřebitelského blahobytu s cílem dokázání toho, že určité jednání soutěžitele má být zakázáno, resp. naopak ze zákazu vyňato.³² Odkaz na spotřebitele byl totiž často uváděn v jedné řadě s odkazem na další účastníky trhu, případně na zájmy společnosti a skupin jí tvořících tak, že blahobyt spotřebitelů byl spíše chápán jako nedílná součást širšího blahobytu celkového.

Shoda však panuje i v tom, že přinejmenším v deklaracích představitelů EK (a dílem i v některých novějších rozhodnutích Tribunálu) s prosazováním modernizace soutěžního práva, a posléze pak s nástupem nynější finanční a hospodářské krize, citelně přibýlo odkazů na konečné spotřebitele.³³ Ředitel GR pro soutěž EK, P. Lowe, např. veřejně oznámil, že za rok 2008 uspořila ochrana soutěže evropským spotřebitelům 11 miliard EUR a Komise vyvinula a zveřejnila metodiku, podle níž nyní tento propagačně užitečný údaje pravidelně vyčísluje a zveřejňuje.³⁴ Komisařka N. Kroesová se v řadě svých vystoupení obracela k řadovým spotřebitelům jako těm, „kdo jsou těmi nejzranitelnějšími účastníky trhu společně s tolika mocnými a organizovanými aktéry“ a na zasedání Evropského sdružení spotřebitelských organizací BEUC v roce 2008 prohlásila, že „hájit zájmy spotřebitelů je jádrem soutěžní politiky Komise“.³⁵ Právě ochranou poškozených spotřebitelů odůvodnila EK návrh směrnice harmonizující podmínky soukromého vymáhání náhrady škody způsobené proti-soutěžním jednáním, který však po odmítavé reakci z členských států i Evropského parlamentu v říjnu 2009 sama stáhla.³⁶ Rovněž představitelé spotřebitelských organizací uznávají, že EK skutečně klade v posledních letech důraz na blahobyt koncových spotřebitelů, a to i při vynucování soutěžního práva, kde se zaměřuje na sektory, v nichž jsou spotřebitelé nejvíce znevýhodňováni.³⁷

V tomto vývoji soutěžního práva EU za poslední desetiletí nepochybně tkví jeden z klíčů k současné diskusi o splývání soutěžního a spotřebitelského práva. Spotřebitelský blahobyt se v oficiální rétorice antitrustu EU, více než kdy dříve přibližuje spotřebitelskému zájmu, chápanému velmi utilitárně, jako vysoká ochrana a plná realizace ekonomických i dalších práv konečného spotřebitele. Tím dochází k většímu průniku

³² K tomu srov. STUYCK, J.: op. cit. (pozn. 9), str. 16, MONTI, G.: op. cit. (pozn. 5), str. 99–101, MARDSEN, P., WHELAN, P.: op. cit. (pozn. 24), str. 576.

³³ K tomu srov. MADILL, J., MEXIS, A.: op. cit. (pozn. 8), MONTI, G.: op. cit. (pozn. 5), str. 100, KEIRSLICK, B.: op. cit. (pozn. 13), str. 530–531, a také BUTTIGIEG, E.: Synergy between consumer policy and competition policy. In: *Bank of Valletta Review*, No. 33, Spring 2006.

³⁴ Lowe, P., Competition Policy and the Global Economic Crisis. In: *Competition Policy International*, Vol. 5, No. 2, Autumn 2009. Metodika výpočtu pracuje s kategorií „prevented harm“, což je zhruba výpočet předpokládaného nadcenění výrobku (mezi 10 a 15 %), např. vinou kartelu, násobeného objemy jeho prodejů na dotčených trzích a počtem let pravděpodobného trvání kartelu, pokud by tento zůstal neodhalen. Srov. DG COMP Management Plan for 2012, dostupný na: <http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/amp/doc/comp-mp.pdf>, str. 7 a 26. Tímto způsobem dospěla EK k výpočtu, že přínos kartelových rozhodnutí pro spotřebitele byl za rok 2011 mezi 2,8 a 4,2 miliard EUR. Ovšem spotřebitele tento dokument stále definuje jako „customers“, tedy všechny kupující, nikoli jen konečné spotřebitele, viz str. 6.

³⁵ KROES, N.: *Consumer welfare, more than a slogan*. Brusel 21. 10. 2009, SPEECH/09/486; *Consumers at the heart of competition policy*. Štrasburk 22. 4. 2008 SPEECH/08/212. Dostupné na: <http://ec.europa.eu/competition/speeches>.

³⁶ Ke stažení návrhu směrnice o náhradách škody srov. např. *Draft Damages Directive: off the agenda for now*. Dostupné na: <http://plc.practicallaw.com/8-500-5687>; též: AMORY, B., AMATO, F.: European Union: New EU Commissioner designated for competition policy. In: *Mondaq*, 4. 12. 2009.

³⁷ Srov. vystoupení prezidenta Evropského sdružení spotřebitelů BEUC, P. MARTINELLA, na konferenci Competition and Consumers in the 21st century 21. 10. 2009, dostupný na: http://ec.europa.eu/competition/consumers/events/2009/Paolo_MARTINELLO.pdf.

ochrany soutěže se spotřebitelským právem EU. Vzájemná provázanost ochrany soutěže a spotřebitele, která sice nikdy nebyla odmítána, ale dlouho zmiňována jen tak mimochodem, se najednou začala jak na poli teorie tak i praxe jevit jako zásadní a určující.³⁸ A to jednak díky zdůraznění významu efektivitu a kvalitativní efektivitu při analýzách soutěžních dopadů, což EK vždy chápala jako významný prvek modernizace soutěžního práva, a zejména pak díky postupnému upřednostňování konečných spotřebitelů před spotřebiteli-odběrateli při odůvodňování (ne zcela důsledně v aplikaci, jak bude ukázáno dále) soutěžního práva EU jako celku.

Nicméně, přibližně stejná definice toho, co mohou přinést spotřebiteli různé oblasti politiky a práva ještě nemusí zakládat jejich jednotu. Koneckonců, na podobně kompromisní definici spotřebitelského blahobytu, coby možné mety, by se s politikou ochrany spotřebitele zřejmě shodly i politika vnitřního trhu (odstraňování bariér obchodu uvnitř EU), politika technicko – bezpečnostně – hygienické harmonizace požadavků na výrobky, nebo třeba společná zemědělská politika EU, která mj. měla od samého počátku mezi Smlouvou danými cíli zajištění spotřebitelům dodávek za rozumné ceny (nyní čl. 39 odst. 1 písm. e SFEU).

3. ROZDÍLY V SUBJEKTU, PŘEDMĚTU, OBSAHU I METODĚ REGULACE

Ani stoupenci co největšího průniku obou právních odvětví nezastírají, že mezi ochranou soutěže a ochranou spotřebitele existují rozdíly. Neshodnout se však v tom, jaký zásadní jim má být přikládán. S přijatelnou mírou zobecnění lze říci, že krom blahobytu spotřebitele mají obě právní odvětví společné i to, že napravují tržní selhání a to především působením proti inherentně vznikajícím nerovnováhám, aby vztahy na trhu byly „férovější“.³⁹ Při hlubším pohledu však vyjde najevo, že tím jejich vzájemná podobnost v podstatě končí.

Soutěžní právo se soustředí na stranu nabídky, určujícím tržním selháním je pro něj určitá koncentrace tržní moci v rukách podniků-soutěžitelů a její dopad na trh. Spotřebitelské právo se naopak soustředí na stranu poptávky a klíčovým problémem k řešení je pro něj asymetrie či nerovné postavení spotřebitele vůči jeho dodavateli ve vztahu ke konkrétní smlouvě, konkrétní nabídce zboží či služby, konkrétní reklamě, konkrétní újmě. Hlavní subjekty (soutěžitel/podnik na straně jedné a spotřebitel na straně druhé) a zejména předměty jedním a druhým právem regulovaného vztahu se tedy nekryjí. Mezi koncentrovanou tržní mocí a poškozením konečného spotřebitele klamavou reklamou, vadným výrobkem, či odmítnutou reklamaci apod., není nutná

³⁸ Odkazy na spotřebitele a jejich zájmy lze nalézt již v projevech prvního komisaře EHS pro hospodářskou soutěž Hanse von der GROEBÉNA, srov. např. jeho vystoupení v Evropském parlamentu 19. 10. 1961 na téma *Competition in the Common Market*, kde za jeden z cílů ochrany soutěže označil „svobodu podnikatelů, spotřebitelů a pracovníků“. Dostupné na: <http://aei.pitt.edu/14786>. Spotřebitelé nechybějí ani v historicky první Zprávě Komise o soutěžní politice za rok 1971, srov. *Commission, First Report on Competition Policy*. Brussels-Luxembourg, April 1972, Part Four – Consumer Protection, str. 187–200, kde § 4 se přímo jmenuje „Zahrnutí zájmu spotřebitelů do uvážení Komise při vedení řízení“, ovšem týká se spíše ochrany zájmů spotřebitelů v procesu budování společného trhu cestou technické harmonizace.

³⁹ Srov. GUY, R.: *Droit de la consommation*. Paris: Lexis Nexis, 2011, str. 18.

souvislost ani přímá úměra. Je podstatně pravděpodobnější, že spotřebitelské právo se nejčastěji dostává do křížku s podniky, které nemají ani historii ani proslulost ani tržní moc, protože ty největší zpravidla profesionálně pečují o své zákazníky a ekonomický efekt z nich získávají jinak než jednorázovým obchodem za hranou dobrých mravů.⁴⁰ A naopak, pokud spotřebitelům škodí samostatně firmy, které nejsou v dominantním postavení, soutěžní právo jim nepomůže, jak zdůraznil v jednom ze svých nedávných projevů i soutěžní komisař J. Almunia.⁴¹ Přitom platí, že zásahy soutěžních úřadu proti koncentrované tržní moci nejsou vždy nutně v bezprostředním zájmu jejich klientů-spotřebitelů.⁴² A ochrana spotřebitele, z druhé strany, může ospravedlnit dohody, které jsou, dle ortodoxního výkladu soutěžního práva na první pohled nelegální.⁴³ „Nerušená soutěž zkrátka není totéž co nerušené maloobchodní jednání a tržní selhání způsobená jedním či druhým mají jinou povahu,“ shrnuje B. Keirsblick.⁴⁴

Soutěžní právo pracuje s dynamickými makro-veličinami, jako jsou relevantní trhy a tržní podíly, konkurenční tlaky a agregované údaje o vývoji cen či obchodu v čase. Spotřebitelské právo, zejména ve své soukromoprávní větvi, ale i v té veřejnoprávní (ochrana před nebezpečnými výrobky, nekalými obchodními praktikami) vždy sleduje bezprostřední ochranu spotřebitele ve vztahu „B2C tady a teď“ a dominuje v ní krátkodobý, v podstatě statický, horizont. Zatímco soutěžní právo, již z definice „svého“ dynamického a kvalitativního spotřebitelského blaha, jde po efektech dlouhodobých a má zcela zásadní možnost a povinnost bránit jejich negativním dopadům dříve, než se plně projeví, spotřebitelské právo zajišťuje ochranu proti bezprostředně hroící či již vzniklé újmě na zdraví, životě či ekonomických zájmech buď individuálního spotřebitele (soukromoprávní část spotřebitelského práva) nebo spotřebitelské veřejnosti (jeho veřejnoprávní část). Typ zákazů, s nimiž oba právní řády pracují, je tudíž zásadně odlišný. Zákazy článků 101 a 102 SFEU mají až „ústavní“ obecnost a je zřejmé, že empirie tržních selhání je v nich zobecněna na maximum s cílem umožnit působení na celé trhy v dynamicky se vyvíjející perspektivě. Naopak spotřebitelské právo EU je detailní až kazuistické, jeho směrnice podrobně a staticky upravují jednotlivé nepřímé předměty spotřebitelských vztahů (spotřebitelský úvěr, turistické zájezdy, časově dělené vlastnictví nemovitosti...), nebo prodejní techniky (prodej na dálku, mimo stálou provozovnu...) a jejich cílem je zajištění trvalé právní jistoty každého spotřebitele.⁴⁵

⁴⁰ Na tento nesoulad mezi nejčastějšími narušiteli soutěže a ochrany spotřebitele upozorňuje např. GOMEZ-POMAR, F.: EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How related They are? A Law and Economics Perspective. In: *Working Paper 113*, Barcelona, January 2003. Dostupný na <http://www.indret.com>, str. 7–8.

⁴¹ ALMUNIA, J.: *Competition – what's in it for consumers?* Competition and Consumer Day, Poznan 24. 11. 2011, SPEECH/11/803.

⁴² Pokud například soutěžní úřad nutí dominantního dodavatele zvýšit tzv. predátorské ceny, nebo zastavit program věrnostních slev.

⁴³ Někteří autoři v této souvislosti zmiňují dohody mezi podniky a spotřebitelskými organizacemi, které jsou doporučovány v rámci naplňování konceptu tzv. Corporate social responsibility, společenské odpovědnosti firem. Pozitivní spotřebitelský efekt však mohou mít i tvrdé vertikální kartely, pokud vedou ke specializaci „chráněného“ distributora na dokonalou obsluhu určité skupiny klientů. Srov. např. MICKLITZ, H. W., STUYCK, J., TERRY, E. (eds.): *Consumer Law – Cases, Materials and Texts on*. Oxford: Hart Publishing, 2010, str. 3.

⁴⁴ KEIRSBLICK, B.: op. cit. (pozn. 13), str. 543.

⁴⁵ K této statické a dynamice jednoho a druhého odvětví práva srov. např. KALBFLEISCH, P.: Aiming for Alliance: Competition law and Consumer Welfare. In: *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 2, No. 2/2011.

Evidentní rozdíl obou právních odvětví, plynoucí z popsané rozdílnosti subjektů, předmětů i obsahu právních vztahů, které regulují, pak ústí v dobře známou odlišnost veřejnoprávní a soukromoprávní metody právní regulace. Ochrana hospodářské soutěže je především věcí veřejného práva a ochrany zájmu společnosti jako celku. Počet soutěžních řízení EK zahájených na popud konkrétních spotřebitelů a rozhodnutých dle kritéria ochrany jejich zájmu je zcela zanedbatelný a nikdy v nich nejde o kompenzaci újmy utrpěné spotřebiteli.⁴⁶ Chápat zásahy EK jako reakci na újmu způsobenou kartelem či zneužitím dominantního postavení identifikovatelnému spotřebiteli by tudíž neodpovídalo skutečnosti. Nepřímo o tomtéž svědčí i to, že otázka soukromoprávního vymáhání soutěžního práva (tj. přes žaloby poškozených spotřebitelů) se dostala do centra pozornosti EK po šedesáti letech veřejnoprávní existence soutěžního práva EU a z pohledu zástupců spotřebitelů ještě spíše jako „opatření ve veřejném zájmu s cílem zvýšit jeho odstrašující efekt“.⁴⁷ Naopak, ochrana spotřebitele v pravém slova smyslu je ochranou soukromoprávní, je zásahem do nerovnováhy určitého smluvního či před-smluvního vztahu mezi spotřebitelem a podnikatelem. Veřejnoprávní část ochrany spotřebitele, reprezentovaná orgány dohledu nad trhem coby ochrana veřejného zdraví či zákonných povinností obchodníků, není sice zanedbatelná, svým postavením a kompetencemi se však tyto dílčí dohlížitelé nedají srovnat se soutěžními úřady a stěželi lze jejich činnost označit za aplikaci svébytného spotřebitelského práva.

Uvedené rozdíly jsou natolik zásadní, že je nelze jen tak překlenout poukazem na výše uvedené obecné shody či podobnosti. Vzájemná souvislost ochrany soutěže a ochrany spotřebitele skutečně tkví v něčem jiném, jak to vystihuje L. Vogel: „soutěžní právo spotřebitelům spíše prospívá, než aby je chránilo“.⁴⁸ V duchu výše provedeného srovnání stojí za to upřesnit, že jim „spíše *obecně* prospívá, než aby je *specificky* chránilo“. Statisticky a v určité časové perspektivě, umějí ekonomové dokázat, že více soutěžitelů na otevřeném trhu, na který mohou vstupovat i noví soutěžitelé, je situací pro spotřebitele z hlediska ceny, kvality, širší a inovace nabídky i servisu lepší, než uzavřený monopolizovaný trh, i když ani to nemusí platit v každý jednotlivý moment a pro každý jednotlivý případ. „Role soutěžních orgánů nespočívá v tom zajistit všechny tyto přínosy přímo spotřebitelům, ale vytvořit co nejlepší podmínky pro dobré fungování trhů,“ potvrzuje soutěžní komisař J. Almunia.⁴⁹ Lze tudíž přijmout i závěr mezinárodního kolektivu autorů aktuálního kompendia evropského spotřebitelského práva, že

⁴⁶ Srov. STUYCK, J.: op.cit. (pozn. 9), str. 15–16 a rovněž: AKMAN, P.: op. cit. (pozn. 26), str. 73.

⁴⁷ Srov. vystoupení prezidenta Evropského sdružení spotřebitelů BEUC, P. MARTINELLA, op. cit (pozn. 37). Iniciativa GR pro soutěž Komise na poli soukromého vymáhání soutěžního práva se až do poloviny roku 2011 rozvíjela paralelně ale odděleně od iniciativy GR pro zdraví a spotřebitele Komise rovněž zacílená na usnadnění kolektivních žalob spotřebitelů. Podrobněji viz IOANNIDOU, M.: Enhancing the Consumer's Role in EU Private Competition Law Enforcement: A normative and practical approach. In: *The Competition Law review*, Vol. 8, Issue 1, December 2011, str. 59–60. Je rovněž zaznamenání hodné, že GR pro soutěž EK se v komentáři k případu Pfeleiderer (C-360/09) postavilo v roce 2012 na stranu ochrany efektivnosti veřejnoprávních nástrojů vymáhání soutěžního práva na úkor možností jeho soukromoprávního vymáhání a hájilo nepřístupnost informací dobrovolně poskytnutých soutěžiteli v rámci tzv. leniency pro potenciální soukromé žalobce o náhradu škody. Srov. ITALIANER, A.: *Public and private enforcement of competition law*, vystoupení na 5th International Competition Conference, 17. 2. 2012, Brusel. Dostupný na: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_02_en.pdf.

⁴⁸ VOGEL, L.: *Droit de la concurrence*. Paris: Lawlex, 2012, str. 12.

⁴⁹ ALMUNIA, J., *Competition – what's in it for consumers?* Competition and Consumer Day, Poznan 24. 11. 2011, SPEECH/11/803.

„spotřebitelé mohou být považováni za konečné beneficienty fungující soutěže, a to i v případech, kdy jejich zájmy nejsou nikým zastupovány a dokonce ani zmiňovány.“⁵⁰

Nabízí se otázka, zda není přehnané hovořit o takové propojenosti ochrany soutěže a ochrany spotřebitelů, že se první stává podmnožinou té druhé.

Bezpečně lze z dosud uvedených argumentů učinit závěr o nepochybné komplementaritě obou právních odvětví, čili o jejich souběžnosti a doplňkovosti, kdy každé po svém svědčí spotřebitelům. Jedno jim dává větší možnosti nákupu, druhé je chrání v případě újmy způsobené prodávajícím. Jistá komplementarita ve prospěch spotřebitelů (příp. občanů, či příslušníků lidského rodu obecně), je ovšem kýženým stavem všech právních odvětví tvořících právní řád. Logika velí postoupit dále k předpokladu, že mezi ochranou soutěže a ochranou spotřebitele by existovalo něco více, než tato pouhá komplementarita, kdyby spotřebitelské hledisko, nazvané třeba spotřebitelským blahobytem, (avšak nikoli v přísně ekonomickém smyslu agregovaného přebytku, ale spíše ochrany zájmů spotřebitele, resp. spotřebitele před potenciální újmou), bylo jediným či hlavní cílem zásahů soutěžních orgánů, či přímo kritériem pro zákaz určitého jednání soutěžitelů na trhu. Z takového stavu by pak mohla plynout více než souběžnost a doplňkovost obou ochran. Soutěžní právo by se zařadilo do spotřebitelského práva, které by disponovalo dvěma nástroji. Ten soukromoprávní by představovali spotřebitelé a jejich žaloby a ten veřejnoprávní regulace trhu prostřednictvím nezávislého úřadu maximalizujícího užitek pro spotřebitele, resp. postihující újmu spotřebitelům obecně.

Zda a případně v jaké míře tomu tak je, může ukázat analýza legislativy a judikatury soutěžního práva EU, která je předmětem další části.

4. PŘESNÉ MÍSTO BLAHOBYTU SPOTŘEBITELE V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU

Prohloubení analýzy vyžaduje klesnout o úroveň níže a podívat se, zda a jak je spotřebitelský blahobyt zohledněn v legislativě a judikatuře EU. Prostá kladná odpověď, že takové zohlednění je nepochybné, by se dala odvodit z již zmíněného čl. 12 SFEU, který ukládá zohlednění požadavků ochrany spotřebitele při vymezování a provádění jiných politik a činností EU. Na podporu takto prostého řešení by šlo ocitovat čl. 114 SFEU, ve spojitosti s Protokolem č. 27 o vnitřním trhu a hospodářské soutěži připojeným ke SFEU. Podle Protokolu je ochrana hospodářské soutěže součástí budování vnitřního trhu. Při navrhování harmonizačních opatření k vytvoření a fungování tohoto trhu pak má EK přihlížet mj. požadavku vysoké úrovně ochrany spotřebitele. Při bližším pohledu z toho však plyne, že orgány EU bezpochyby nemohou jít proti zájmům spotřebitelů a popírat cíl vysoké úrovně ochrany, ale z příkazů „brát v úvahu“, „vycházet“ či „přihlédnout“ se nedá vyčíst, jak přesně, v jaké míře, případně s jakým stupněm priority by tak měly činit.

Kritérium spotřebitelského blahobytu, ve výše uvedeném, ne zcela jednoznačném vymezení dle soutěžního práva EU, je proto třeba nahlédnout jak z hlediska toho, kde,

⁵⁰ MICKLITZ, H. W., STUYCK, J., TERRY, E. (eds.): op.cit. (pozn. 43), str. 3.

kým a jak je užito a také z hlediska toho, zda jde o užití výlučné, či alespoň jasně dominující nad jinými kritérii. Z toho plyne potřeba prozkoumat:

- Místo spotřebitelského blaha ve stanovení priorit EK při rozhodování o zahájení sektorových šetření a individuálních šetření.
- Místo spotřebitelského blaha jako kritéria pro označení určitého jednání za proti-soutěžní (tj. např. pro aplikaci čl. 101 odst. 1 SFEU) ze strany EK a po ní Soudního dvora EU (dále „SDEU“).
- Místo spotřebitelského blaha jako kritéria pro ospravedlnění určitého jednání, resp. jeho vynětí ze zákazu (tj. např. pro aplikaci čl. 101 odst. 3 SFEU).
- Místo spotřebitelského blaha při rozhodování EK o závazcích soutěžitelů nebo při jednání o narovnání s nimi.
- Místo spotřebitelského blaha při rozhodování EK o výši pokuty za proti-soutěžní jednání a při přiznávání výhod tzv. leniency.

SOUTĚŽNÍ POLITIKA KOMISE A JEJÍ PRIORITY

Není pochyb o tom, že pojem spotřebitele či slovní spojení „blahobyť spotřebitele“ se objevuje nejčastěji tam, kde EK vystupuje jako nositel a propagátor soutěžní politiky EU. To znamená v projevech jejích představitelů, zejména komisařů pro soutěž a jejich generálních ředitelů („blahobyť spotřebitele je v centru naší politiky – soutěžní politika je nástroj ve službě spotřebitelům“⁵¹) a samozřejmě v řadě informačních materiálů vyprodukovaných GŘ pro soutěž, jakou je např. brožura Soutěž a spotřebitelé v 21. století z roku 2009. V ní se EK hlásí k úkolu naučit se „myslet jako spotřebitelé“, tj. zaměřit své zdroje a aktivity na ty trhy a případy, kde jsou spotřebitelé nejvíce poškozováni, čehož chce dosáhnout zejména intenzivnější komunikací se spotřebitelskými organizacemi a orientací tzv. sektorových šetření.⁵² Otázka tedy zní, zda EK, v rámci své (judikaturou opakovaně potvrzené) široké diskreční pravomoci, kdy má možnost určit si priority svých šetření, skutečně upřednostňuje spotřebitele a jejich blahobyť.⁵³

Oficiální materiály GŘ pro soutěž EK k odpovědi na tuto otázku poskytují spíše nejasná vodítka. Ohledně zacházení se stížnostmi protisoutěžním jednáním poškozených spotřebitelů vydala Komise v roce 2004 Oznámení.⁵⁴ Zdůvodňuje v něm (odst. 8), že na rozdíl od soudů členských států, jejichž posláním je chránit práva jednotlivců, nemůže jako veřejnoprávní orgán dohledu a vynučení zkoumat všechny stížnosti a nezbyvá jí, než stanovit priority svých zásahů vůči soutěžitelům. Odvolává se přitom

⁵¹ Srov. projev komisaře J. ALMUNII, *Competition and consumers: the future of EU competition policy*, 12. 5. 2010, SPEECH 10/233.

⁵² EU Commission, 2009: *Competition and Consumers in the 21st century*. Dostupný na: http://ec.europa.eu/competition/consumers/events/2009/consumers_brochure_WEB.pdf, str. 5 a další.

⁵³ K povaze a rozsahu diskreční pravomoci EK v soutěžních otázkách srov. rozhodnutí SDEU ve věcech C-143/08P *Lafarge* (odst. 94), C-334/98 *Masterfoods* (odst. 46), C-119/97P *Ufex and Others v. Commission* (odst. 88 a 98), C-449/98P *IECC v. Commission* (odst. 35–37) a systematicky též: WILS, W. P. J., *Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement in particular EU antitrust enforcement*. In: *World Competition*, Vol. 34, No. 3, September 2011. Dostupný na: <http://ssrn.com/author=456087>

⁵⁴ Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty. Dokument 2004/C 101/05.

na judikaturu SDEU, která ji uvážení ohledně priority stížností umožňuje.⁵⁵ Dále EK uvádí (odst. 44), že mezi kritéria, relevantní pro vyhodnocení zájmu Společenství na dalším šetření mj. počítá:

- Závažnost případného narušení a dosahu jeho dopadů, tj. zejména jeho trvání, rozsahu a důsledků pro soutěžní podmínky ve Společenství.
- Poměr mezi významem případného narušení z hlediska fungování společného trhu, pravděpodobností jeho prokázání a rozměrem k tomu nezbytných šetření s ohledem na svůj úkol zajistit soulad s články 81 a 82 Smlouvy.
- Nevhodnost šetření v případech, kdy soutěžitel, proti němuž směřovala stížnost, změnil své chování a lze se domnívat, že zájem Společenství na zásahu již dále neexistuje.

Výčet kritérií Komise dále obsahuje spíše formálně-procesní důvody, jako např. možnost podání žaloby u národního soudu, stupeň rozpracovanosti případu, ukončení jednání ze strany soutěžitele... Žádné z kritérií se však netýká specifikace a rozsahu spotřebitelské újmy jako takové, případně ovlivnění spotřebitelského blahobytu, ani toho, jak by měl spotřebitel-stěžovatel (resp. spotřebitelská organizace) jinak prokázat, že případ je dostatečně závažný svým rozsahem a důsledky. V odst. 37 Komise pouze uvádí, že stěžovateli, i spotřebiteli-jednotlivci, jehož zájmy coby kupujícího zboží či služeb jsou přímo a negativně dotčeny jednáním, které považuje za narušení, může být přiznán legitimní zájem na věci. To má však dopad do jeho práv po formálním zahájení řízení, nikoli vliv na to, zda bude řízení na základě jeho stížnosti zahájeno. Dokument z období modernizace soutěžního práva, u něhož by se dalo očekávat zdůraznění hledisek spotřebitelského blahobytu, zájmu či újmy, a tedy priorit spotřebitelských stížností pro iniciaci konkrétních kroků Komise, s těmito pojmy vůbec nepracuje. Na jejich místě figurují pojmy jako soutěžní podmínky Společenství, fungování společného trhu a zájem Společenství odvozený z cílů Smlouvy.

Co se priorit sektorových šetření týče, nařízení 1/2003/ES, které dává Komisi pravomoc je provádět, žádná kritéria výběru šetřených sektorů přímo nestanoví. Komisařka N. Kroesová je za EK v roce 2007 vyjádřila takto:

- sektor s dlouhodobými soutěžními problémy,
- s problémy, které mohou pravděpodobně vyplývat z narušení soutěžních pravidel,
- sektor, kde existuje možnost lepší regulace,
- sektor, který je klíčový pro spotřebitele nebo/a pro konkurenceschopnost.

Ze zaměření EK reálně provedených sektorových šetření – energetika, finanční služby (zejména retail banking), farmacie – nelze jednoznačně stanovit, že převládá čtvrtý z komisařkou uváděných důvodů, a to ještě ve jeho první části („klíčový pro spotřebitele“). Soutěž v dodávkách elektřiny, stejně jako bankovních službách nebo výrobě léčiv je pro spotřebitele rozhodně významná, ale stejně tak platí, že je podstatná pro konkurenceschopnost EU (tedy pro podniky-soutěžitele), že jde o sektory, v nichž z různých oborově-specifických důvodů volná soutěž nebyla vždy pravidlem atd. Někteří

⁵⁵ EK se výslovně v tomto Sdělení (pozn. 54) odkazuje v pozn. 7 na rozhodnutí SDEU C-344/98 *Masterfoods v. HB Ice Cream* (odst. 46); C-119/97 P *Union française de l'express (Ufex) and Others v. Commission* (odst. 88) a Tribunálu T-24/90, *Automec v. Commission* (odst. 73–77).

analytici se dokonce domnívají, že zaměření těchto sektorových šetření nebylo nejen úzce spotřebitelské, ale dokonce ani úzce soutěžní, protože souviselo s prioritami EK jako celku, její politiky budování jednotného trhu, liberalizace a deregulace atd.⁵⁶ Tím není snížen jejich význam pro spotřebitele, protože na jejich základě výsledků těchto šetření byla zahájena řada individuálních řízení se soutěžiteli a samo šetření zpravidla přispělo k zefektivnění soutěže v daném sektoru v důsledku toho, že soutěžitelé pocítili pozornost EK a riziko, které by z ní mohlo pro ně vyplývat.⁵⁷

Aktuální Manažerský plán GR pro soutěž EK na rok 2012 ukládá soustředění pozornosti na „ty sektory, které jsou nejdůležitější pro konkurenceschopnost hospodářství EU a jejichž fungování má největší – přímý či nepřímý – dopad na spotřebitele.“⁵⁸ Spotřebitelé jsou však výslovně chápáni jako kupující, odběratelé, poškozovaní zejména cenovými ujednáními mezi konkurenty (tj. tvrdými horizontálními kartely) a soutěžní politika je zcela explicitně dávána do služeb cílů EU jako celku. Mezi hlavními obecnými cíli GR pro soutěž pak zvýšení blahobytu spotřebitelů figuruje společně s přínosem soutěže hospodářskému růstu, zaměstnanosti a konkurenceschopnosti hospodářství EU, tj. opět prioritám celku, nikoli přímo a výslovně spotřebitelům. Takové vymezení priorit výkonu soutěžních pravomocí Komise nevyhnutelně vede k závěru, že sektorová šetření spotřebitelům (tak jako celá ochrana soutěže) „spíše prospívají“, než aby skutečně šly ve stopách spotřebitelských problémů a zájem spotřebitelů byl jejich hlavním spouštěčem.

K prioritám individuálních šetření, tedy toho na jaké podněty a zjištění týkající je jednotlivých soutěžitelů bude EK reagovat formálními kroky, se tato ve Výroční zprávě o soutěžní politice za rok 2005, vydané v červnu 2006⁵⁹, vyjádřila následovně:

Na základě dostupných informací používá Komise jedno nebo několik z následujících kritérií, podle jednotlivých případů, aby rozhodla, zda existuje dostatečný zájem Společenství provést hloubkové šetření stížnosti, či ne:

- význam dopadu na fungování hospodářské soutěže na vnitřním trhu, který se vyznačuje zejména: zeměpisným rozsahem jednání, proti němuž byla stížnost podána, nebo hospodářským významem jednání, proti němuž byla stížnost podána, nebo velikostí trhu nebo významem pro koncového spotřebitele dotčených výrobků nebo jednání, proti němuž byla stížnost podána;
- nebo postavením na trhu podniků, které jsou předmětem stížnosti, nebo celkovým fungováním dotčeného trhu;
- ...
- význam jiných oblastí právních předpisů Společenství nebo vnitrostátních právních předpisů dotčených jednáním, proti němuž byla stížnost podána, v porovnání s významem obav o hospodářskou soutěž vzbuzených stížností.

⁵⁶ Srov. OLSEN, G., ROY, B.: The New World of Proactive EC Antitrust Enforcement? Sector Inquiries by the European Commission. In: *Antitrust (American Bar Association)*, Vol. 21, No. 3, Summer 2007.

⁵⁷ EVANS, P. v příspěvku na *E-Competitions*, No. 45254, str. 3, dostupném na <http://www.concurrences.com> hovoří v této souvislosti o „Heisenbergově“ principu regulace, tj. neurčitosti efektů zásahu administrativního orgánu a dokládá, že sektorová šetření mají pozitivní dopad i bez následného zahájení individuálních řízení.

⁵⁸ Srov. DG COMP Management plan for 2012, str. 6. Dostupný na: <http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/amp/doc/comp-mp.pdf>.

⁵⁹ Zpráva Komise – Zpráva o politice hospodářské soutěže za rok 2005. Dokument SEC(2006)761.

Tato kritéria se však používají flexibilně. Je nemožné definovat abstraktní pravidla, zda by bylo správné, aby Komise zasáhla, či ne. Vždy budou existovat faktory, které nejsou uvedeny v odstavcích výše, jež mohou zvýšit, nebo snížit stupeň priority konkrétního případu.⁶⁰

Zjevně se zde jedná o ještě širší a zásadně neuzavřenou paletu faktorů určujících priority, mezi nimiž sice nechybí „význam pro koncového spotřebitele dotčených výrobků nebo jednání“, ten je však opět zmíněn v jedné řadě s dalšími prioritami či cíli, jako jsou fungování hospodářské soutěže na vnitřním trhu obecně, hospodářským významem jednání a jeho aktérů pro celkové fungování trhu a také zohlednění významu a dopadů jiných oblastí práva a politik EU. Z vyznění pro dané téma nejvýznamnějšího prvního odstavce a také z užití spojky „nebo“ v tomto odstavci je zřejmé, že Komise nedeklaruje zúžení svých zásahů na narušení významná pro koncového spotřebitele a bude zasahovat i v případech významných pro fungování trhů, resp. pro zachování soutěže na vnitřním trhu, i když nepůjde o výrobky či služby, které by se nějak promítly do blahobytu koncových spotřebitelů. Je to logické i vzhledem k výše vzpomínané vazbě mezi politikou ochrany soutěže a cíle EU vybudovat fungující vnitřní trh. Komise by se odchýlila od cílů Smlouvy (a dnes zejména jejího Protokolu 27), pokud by vazbu mezi ochranou soutěže a efektivním fungováním vnitřního trhu jednoznačně nahradila vazbou mezi ochranou soutěže a ochranou spotřebitele.

Na první pohled se může zdát, že Komise zašla na samu hranici uvedeného nahrazení jedné priority za druhou ve svých Pokynech k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele:

Při používání článku 82 na chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele se Komise zaměří na ty druhy chování, které spotřebitele poškozují nejvíce. Spotřebitelé mají prospěch z hospodářské soutěže v souvislosti s nižšími cenami, vyšší kvalitou a větším výběrem nových nebo zdokonalených výrobků a služeb. Komise proto zaměří svou činnost v oblasti prosazování práva na zajištění toho, aby trhy fungovaly řádně a spotřebitelé měli prospěch z efektivnosti a produktivity, které vyplývají z účinné hospodářské soutěže mezi podniky.⁶¹

Přestože je zde deklarována prioritá ochrany spotřebitelů (tj. všech kupujících/odběratelů) před poškozováním ze strany dominantních soutěžitelů, i ta je ve druhé větě navázána na řádně (tj. efektivní a produktivitu zvyšující) fungování trhů, které vyplývá z „účinné hospodářské soutěže“. Takové vyjádření lze současně interpretovat i opačně, jako odvození všemožného prospěchu pro spotřebitele z klíčové existence a fungování procesu soutěže, v duchu konceptu funkční či tzv. „workable competition“, který byl

⁶⁰ V zájmu stručnosti a sdělnosti citace byla vynechána kritéria, která se vztahují spíše k formálně-procesním aspektům případů, než k jejich významu pro soutěž, spotřebitele a jiné cíle či hodnoty vyznávané EU. Tj. např. kritérium rozsahu, složitosti a pravděpodobnosti úspěchu případného šetření, kritérium možnosti řešení případu na národní úrovni, kritériu novosti a závažnosti právní otázky s případem spojené, kritérium zastavení nebo změny jednání.

⁶¹ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti posuzování práva při používání čl. 82 Smlouvy ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučujících ostatní soutěžitele. Dokument 2009/C 45/02 publikovaný v OJCE 24. 2. 2009, odst. 5.

v evropské ochraně soutěže přítomen vždy.⁶² V historicky „nejmladším“ dokumentu, Oznámení Komise o osvědčených postupech pro vedení řízení týkajících se článků 101 a 102 SFEU z října 2011, EK v odstavci 2.2. „Prvotní posouzení a přidělení případu“ uvádí, že zaměřuje své zdroje „zejména na případy s nejméně významným dopadem na fungování hospodářské soutěže na vnitřním trhu a s rizikem poškození spotřebitele, jakož i na případy, které pravděpodobně přispějí k vymezení politiky EU v oblasti hospodářské soutěže a /nebo zajištění jednotného uplatňování článků 101 a /nebo článku 102 SFEU“.⁶³

Ačkoli zde citovaná formulace obsahuje spojku „a“, která by umožňovala dovozovat jednoznačnou nutnost současného splnění obou kritérií, tj. dopad na soutěž na vnitřním trhu a riziko poškození spotřebitele, ve skutečnosti o posun oproti výše citované Výroční zprávě za rok 2005 (obsahující mezi stejnými pojmy spojku „nebo“) nejde. Sama EK na konci citovaného odstavce Oznámení odkazuje (odkaz 21) právě na starší dokumenty, v nichž „zveřejnila úplný seznam kritérií, která zamýšlí používat při posuzování toho, zda určitá stížnost vykazuje dostatečný „zájem Evropské unie“, a to konkrétně na výše citovanou Výroční zprávu o soutěžní politice za rok 2005 a Oznámení o vyřizování stížností z roku 2004.

Ani EK není tudíž ve svém soft-law ohledně významu spotřebitelského blahobytu jednoznačná a konzistentní. Přes verbální zvýraznění ochrany spotřebitele jako prioritního zájmu, v ničem neupozaduje prioritu zájmu na fungování soutěže na vnitřním trhu. Nabízí se tudíž závěr, že ačkoli Komise ve vystoupení svých představitelů staví zájem spotřebitele velmi vysoko a zavdává tak příčinu k diskusím ohledně blahobytu spotřebitele coby priority zaměření své soutěžní politiky, již její výkladové dokumenty takto jasně nevyznívají. Deklarovaná ochrana spotřebitelského blahobytu je sice vždy uváděna při stanovení priorit Komise. To však přesněji vyjádřeno znamená, že nikdy není popřena či zcela opomenuta, nikde však také není hlavní a jedinou prioritou. Není tím, co určuje, zda Komise bude jednat, v jaké oblasti nebo v jakém pořadí. Naopak, blahobyt spotřebitele se spíše jeví jako výslovně vítaný, avšak automaticky předpokládaný efekt fungující soutěže na vnitřním trhu EU. Tyto závěry potvrzuje nejen vyjádřením bývalé soutěžní komisařky N. Kroesové, že GŘ pro soutěž není „one-stop-shop pro stížnosti spotřebitelů“, ale také analyticky často uváděné upozornění, že žádný stěžovatel, i kdyby jim byla sebevlivnější spotřebitelská organizace, nemá v ničem oporu pro to, aby Komisi donutil k zahájení konkrétního šetření a také se tak v praxi neděje.⁶⁴

⁶² Model funkční (workable) soutěže pochází od amerického teoretika J. M. Clarka a historicky předchází vznik poválečné evropské integrace. Srov. MUNKOVA, J., KINDL, SVOBODA, P.: op.cit. (pozn. 4), str. 12. Rovněž: BENDER, C. M., GOETZ, G., PAKULA, B.: *Effective Competition: The importance and relevance for network industries*. Justus-Liebig-University Giessen, October 2010. Dostupný na: <http://wiwi.uni-giessen.de/dl/down/open/goetz>, kde je na str. 2 vysvětleno, že „koncept funkční soutěže vždy hrál prominentní úlohu v evropském a národním právu“ a na str. 4, že koncept „workable competition“ J. M. Clarka „představuje základ pro to, co se dnes nazývá funkční soutěží v ekonomické teorii a právu“. Srov. též rozhodnutí SDEU ve věci *Metro – SB Grossmaerkte GmbH v. Commission* 26/76, odst. 20.

⁶³ Oznámení Komise o osvědčených postupech pro vedení řízení týkajících se článků 101 a 102 SFEU. Dokument 2011/C 308/06 z 20. 10. 2011.

⁶⁴ Srov. KROES, N.: op.cit. (pozn. 35), rovněž: WILS, W. P. J.: op. cit. (pozn. 53), str. 8–9, a také: STUYCK, J.: op.cit. (pozn. 9), str. 15–16 a AKMAN, P.: op. cit. (pozn. 26), str. 73.

Na svém webu nabízí GR pro soutěž EK pod ikonou „Přínosy pro spotřebitele“ (Delivering for consumers) interaktivní videoprezentaci bytu, v níž se po kliknutí kurzorem na jeho jednotlivé předměty jeho vybavení objevují odkazy na soutěžní iniciativy a rozhodnutí EK týkající se výrobců či dodavatelů těchto produktů či jejich součástí.⁶⁵ Spotřebitel je tak informován např. o rozhodnutích, kterými Komise donutila spol. Volkswagen neomezovat prodej svých aut na italském trhu zahraničním klientům, či Coca-Cola změnit politiku distribuce skrze zdarma poskytované chladicí boxy, anebo o zásazích EK, které rozbily kartel výrobců LCD obrazovek, autoskel, či zamezily zneužívání dominantního postavení na trzích TV přenosů fotbalových západů UEFA, případně zásobování zemním plynem. S podobnými odkazy na sankcionované tabákové, banánové či pивní kartely nešetří ani komisaři pro soutěž ve svých vystoupeních a Komise jako celek v další komunikaci se spotřebiteli.⁶⁶ Jak bylo ukázáno výše, málokteré rozhodnutí Komise však bylo iniciováno výhradně či přednostně spotřebiteli. Platí tedy alespoň to, že se spotřebitelský blahobyt či jinak definovaný zájem dostal do Komisí připomínaných rozhodnutí v jiné kvalitě – jako základní hledisko pro zákaz určité praktiky a ne „jen“ pro její vynětí ze zákazu?

Položená otázka vyžaduje další vyjasnění. Nelze směřovat, zda je zájem či blahobyt spotřebitele užit při rozhodování EK o zákazu určité praktiky či o možnosti vynětí určité praktiky ze zákazu kartelových dohod či zneužití dominantního postavení. Jinými slovy, nejde o totéž, je-li blahobyt spotřebitele kritériem zákazu určité dohody mezi soutěžiteli dle článku 101 odst. 1 SFEU, nebo kritériem ne-aplikace tohoto zákazu dle článku 101 odst. 3 SFEU. Pro článek 102 SFEU zakazující zneužití dominantního postavení platí, alespoň v rozhodování EK, podobné rozlišení, neboť i když článek 102 SFEU žádnou možnost vynětí neobsahuje, EK, ve Sdělení – Pokynech o používání článku 82 Smlouvy ES na vylučující praktiky dominantního podniků, jistou analogii s podmínkami vynětí dle čl. 101 odst. 3 SFEU připouští. V obou případech je tedy nutné prověřit, zda lze blahobyt spotřebitele chápat jako kritérium zákazu na straně jedné a/nebo jako kritérium pro vynětí z tohoto zákazu na straně druhé.

Spotřebitelský blahobyt jako kritérium zákazu by vyžadoval zahrnutí určitého testu spotřebitelské újmy (consumer harm test) do posouzení dle čl. 101 odst. 1, resp. čl. 102 SFEU, v tom smyslu, že zakázána mají být ta jednání soutěžitelů, která snižují spotřebitelský blahobyt, resp. působí újmu spotřebitelům. Takový přístup by přinesl nejčistší variantu začlenění soutěžního práva do větší množiny práva na ochranu spotřebitele: zásahy EK coby soutěžního orgánu by důsledně dopadaly na spotřebitelsky škodlivá jednání soutěžitelů, proti-soutěžní by bylo totéž co proti-spotřebitelské. Toto pojetí by mj. konvenovalo i stoupencům Chicagské školy antitrustu, podle nichž vše co zvyšuje celkový (a tedy i spotřebitelské) blahobyt nemá být omezováno zásahy státu. Ten má zasahovat naopak a výhradně tam, kde je tento blahobyt vinou proti-soutěžního jednání soutěžitelů umenšován. I při tomto výkladovém zjednodušení je zřejmé, že dané pojetí trpí – alespoň v EU – formálními i logickými nedostatky.

⁶⁵ Prezentace dostupná na: http://ec.europa.eu/competition/consumers/how/index_en.html.

⁶⁶ Srov. dokument EU Commission, 2009: *Competition and Consumers in the 21st century*, op. cit. (pozn. 52), nebo vystoupení komisaře J. ALMUNII, op. cit. (pozn. 49).

Článek 101 odst. 1 SFEU považuje za kritérium ne/slučitelnosti vnitřním trhem „vyloučení, omezení nebo narušení soutěže na vnitřním trhu“ a v příkladném výčtu zakázaných kartelových ujednání (písm. a až e) spotřebitele nikde výslovně neuvádí, spíše si všímá dopadů na odběratele či obchodní partnery. Článek 102 SFEU rovněž vychází z ne/slučitelnosti určité praktiky s vnitřním trhem, která může (písm. b) spočívat i „v omezování výroby, odbytu nebo technického rozvoje na úkor spotřebitelů“ (kterými ovšem jsou z hlediska konzistentního výkladu obou článků SFEU všichni odběratelé)⁶⁷. Dát tomuto znění obou článků výrazně spotřebitelskou interpretaci ve smyslu „zakázáno je to, co snižuje spotřebitelský blahobyt“, by znamenalo rozchod s jejich gramatickým výkladem a popření v nich výslovně zdůrazněné vazby mezi ochranou soutěže a fungováním vnitřního trhu (potvrzené dále Protokolem č. 27 SFEU). Jakkoli fungování vnitřního trhu vysokou úroveň ochrany spotřebitelů nepochybně zahrnuje (viz čl. 12 a 114 SFEU), jde nepochybně o množinu cílů a hodnot, která je daleko širší, než je ta spotřebitelská.⁶⁸ Navíc je otázkou, nakolik si EK může takový odvážný výklad článků 101 a 102 SFEU dovolit, protože pádem výkladu těchto přímo aplikovatelných článků je SDEU a jeho chápání je nakonec to závazné, jak bude ukázáno dále.

Další otázka, již kladou např. S. Weatherhill nebo G. Monti, zní, nač by byl ve Smlouvě odst. 3 čl. 101, pokud by posouzení dopadu dohody na spotřebitelské blaho proběhlo již při aplikaci jeho odst. 1?⁶⁹ Jaký smysl by mělo zkoumat dle čl. 101 odst. 3, zda dohoda vyhrazuje spotřebitelům přiměřený podíl na výhodách z ní vyplývajících, kdyby již bylo prokázáno, že dohoda snižuje spotřebitelský blahobyt? Taková výjimka ze zákazu by ani nemohla být příznána, neboť dohody spotřebitelům prospívající by vůbec nebyly zakázány. Zákaz by dopadl pouze na ty, které spotřebitelům prokazatelně škodí. Šlo by o aplikaci „pravidla rozumu“ (rule of reason) ve stylu antitrustu USA, která by se realizovala již na úrovni čl. 101 odst. 1.⁷⁰ Takový přístup by jen dále popíral logiku a systematiku ustanovení Smlouvy, která jak potvrzuje i dosud nerevidovaná judikatura, vyžaduje u kartelů dvoustupňový test, v němž případné pozitivní dopady jinak protisoutěžní dohody mají být posouzeny až ve druhém stupni, tj. při aplikaci čl. 101 odst. 3 SFEU.⁷¹ Současně by zde hrozilo riziko odchodu od normativní podstaty soutěžního

⁶⁷ K povinnosti souladné interpretace čl. 101 a 102 SFEU z důvodu toho, že slouží stejnému cíli, srov. rozhodnutí SDEU ve věci *Europemballage and Continental Can v. Commission* 6/72. Stejnou definice spotřebitele jako čl. 101 odst. 3, tj. jako kupujícího/odběratele užívá i Sdělení komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, op. cit. (pozn. 61), odkaz č. 15 a rovněž Pokyny pro posuzování horizontálních spojování podle nařízení Rady o kontrole spojování podniků. Dokument 2004/C 31/03 v pozn. 105.

⁶⁸ Často citovaným příkladem, kdy se zájem na fungování vnitřního trhu může dostat do sporu se spotřebitelským blahobytem jsou dohody obsahující vertikální omezení distributorů. Nepochybně oddělují trhy členských států na úkor jejich sjednocení v rámci vnitřního trhu EU, ovšem na druhé straně mohou přinést lepší péči o spotřebitele, vůči němuž je vybraný distributor výhradním dodavatelem, který není ohrožován vzájemnou rivalitou dodavatelů téže značky zboží či služby. Podrobněji srov. např. EASTERBROOK, F. H.: op. cit. (pozn. 7). Ze strany práva ochrany spotřebitele lze rovněž dokázat, že jednak národně rozdílná a jednak příliš přísná ochrana spotřebitele (i harmonizovaná) škodí fungování vnitřního trhu, neboť odrazuje zejména malé a střední podniky od přeshraničních transakcí. Blahobyt spotřebitele se tedy nekryje s fungováním vnitřního trhu, jakkoli je nesporné, že spotřebitel z fungujícího vnitřního trhu (tj. nerušené soutěže na něm) také profituje. Podrobněji např. MUSIL, A.: Interface between Competition and Consumer Policy. In: *Antitrust – Revue soutěžního práva*, č. 1/2012.

⁶⁹ Srov. WEATHERHILL, S.: op. cit. (pozn. 11), str. 278–289, MONTI, G.: op. cit. (pozn. 5), str. 25–27.

⁷⁰ Srov. MONTI, G.: op. cit. (pozn. 5), str. 26, STUYCK, J.: op. cit. (pozn. 9), str. 7.

⁷¹ Srov. rozhodnutí Tribunálu ve věci T-528/93 *Métropole Télévision SA v. Commission*, odst. 107–108.

práva k rozhodování na základě souboje různých kalkulací a modelů blahobytu, v jehož důsledku by (značně tautologicky) bylo po právu to, co je efektivní, protože je to dle přijatého způsobu vyčíslení efektivní.⁷²

Nakonec je podaného vysvětlení zřejmé, že orientace na test spotřebitelské újmy (consumer harm test) by znamenala výrazné omezení možností zásahů Komise proti jednání soutěžitelů, a to ve stručnosti z následujících důvodů:

- Praktiky omezující propojení a prostupnost trhů v rámci vnitřního trhu EU, které nepřinášejí prokazatelnou újmu spotřebiteli a jeho blahobytu (ale pouze otevřenosti a svobodě soutěže, polypolní strukturu např. nově vznikajícího či liberalizovaného trhu), by nemohly být postiženy vůbec nebo jen při značně uvolněném výkladu toho, co vše působí újmu blahobytu spotřebitele.
- Újma procesu soutěže, otevřenosti trhu pro nově vstupující, časově zpravidla o dost předchází případné újmě spotřebitelskému blahobytu. Bylo-li by nutné čekat se zásahem proti soutěžiteli, který monopolizoval trh, až do chvíle, kdy začne nabytého postavení zneužívat na úkor spotřebitelů, šlo by o zásah značně opožděný, který by byl účinný jen za cenu vynucení brutálních strukturálních opatření (rozdělení monopolu na více nezávislých soutěžitelů atd.).
- Přesné vyčíslení spotřebitelské újmy, resp. újmy spotřebitelskému blahobytu, je tím obtížnější, čím více mezičlánků stojí mezi narušitelem soutěže a konečným spotřebitelem. Sám standard důkazu by tudíž byl velmi problematický a vedl by buď k minimálnímu počtu sankcí, které obstály u soudního přezkumu, anebo v případě bezmezně uvolněného standardu naopak k riziku značné arbitrárnosti až „soutěžního populismu“.⁷³
- V případě upřednostnění krátkodobého zájmu spotřebitele a jeho blahobytu (což by consumer harm test předpokládal, aby se zahrnutím dlouhodobé perspektivy nezměnil v populistické slovní cvičení) by se EK zbavila možnosti zohlednit dynamickou efektivitu, připustit přínosy určitého jednání soutěžitelů pro inovace, investice, průnik na nové trhy, které se ne vždy kombinují s momentálně nejnižšími cenami nebo nejširší nabídkou pro spotřebitele. Současně by zřejmě rezignovala na ochranu soutěže na trzích, jejichž účastníkem není konečný spotřebitel, resp. na nichž se vývoj konkurence tohoto spotřebitele tak či onak nedotýká.

Při zavedení přísného spotřebitelského standardu v duchu toho, co navrhovala Chicagská škola, by se tak zřejmě potvrdila slova o tom, že jejím zakladatelům ani tak nešlo o blahobyt konečných spotřebitelů, jako o to, aby stát zasahoval do fungování trhů co nejméně.⁷⁴ Toho si zřejmě byla vědoma EK při redigování svých Pokynů k prioritám používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků

Komise v dokumentu *Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*, op. cit. (pozn. 22) tuto dvoustupňovost analýzy plně uznává a porovnání pro- a proti-soutěžních efektů dohody klade jednoznačně do druhého stupně, tj. aplikace čl. 101 odst. 3 (viz odst. 11 dokumentu).

⁷² Např. J. Bejček píše v této souvislosti kriticky o „bitvě posudků“. Srov. BEJČEK, J.: Falešné dilema strnulé právní normativisty a pružného pragmatismu v soutěžním právu. In: *Právník*, roč. 145 č. 7, Praha, 2006. P. HOLLANDER, op. cit. (pozn. 15), str. 31, dokazuje „nemožnost odvodit netautologická etická pravidla z tvrzení o faktech“, což lze aplikovat i na případ vyčíslení efektivity, které samo o sobě neurčí jak moc efektivní je již pro-soutěžní a naopak.

⁷³ Srov. MONTI, G.: op. cit. (pozn. 5), str. 505.

⁷⁴ Srov. ANDRYICHUK, O.: op. cit. (pozn. 2), str. 81.

vylučující ostatní soutěžitele⁷⁵ pro posouzení cenových praktik dominantního soutěžitele (např. predátorských cen) stanoví za standard posouzení tzv. test stejně efektivního spotřebitele (as efficient competitor test). To znamená, že zakázané zneužití odvozuje ze situace, kdy stejně efektivní konkurent není s to uspět v podmínkách, které trhu diktuje dominantní hráč. Tento test je podstatně blíže ochraně fungující soutěže na trhu než ochraně spotřebitele. Té by svědčil právě tzv. test spotřebitelské újmy (consumer harm test), vyžadující, např. v případě predátorských cen, důkaz pravděpodobného kompenzování ztrát dominantního soutěžitele (recoupment of losses), kterému po té, co se cenovou válkou zbavil konkurentů, nic nezabrání zvýšit ceny na úkor spotřebitelů. Tento důkazní standard, běžný v USA, však Soudy EU nevyžadují⁷⁶ a EK tak může zasahovat proti cenovým praktikám dominantanta podstatně dříve – jakmile doloží ohrožení stejně efektivních konkurentů.

Zohlednění spotřebitelské újmy však Komise v citovaných Pokynech přesto vyžaduje, a to pro případy odmítnutí dodávek, resp. zpřístupnění duševního vlastnictví ze strany dominantního soutěžitele (odst. 86, 87, 88). Spíše než o konkrétní test spotřebitelské újmy však jde o prosazení požadavku, aby spotřebitelé měli zajištěn výběr mezi konkurenčními nabídkami, aby měli přístup k inovovaným výrobkům, které jim může nabídnout nový soutěžitel na trhu. Navíc jde, jak již bylo opakovaně zdůrazňováno, o spotřebitele ve smyslu všech přímých i nepřímých uživatelů produktu (odkaz 15 v dokumentu Komise). Komisi v zásadě stačí pro účely dokazování kvalitativní újma, neboť pouze tam, kde je to možné a účelné, bude pro účely dokazování tuto újmu mezitímním anebo konečným spotřebitelům kvantifikovat (odst. 19). To také znamená, že v závislosti na tom, jak Komise vyhodnotí okolnosti případu, nemusí ani provádět detailní posouzení před vyvozením závěru, že jednání dominantního soutěžitele pravděpodobně způsobí újmu spotřebiteli (odst. 22). Jak trefně poznamenávají P. Mardsen a P. Whelan, je třeba to chápat tak, že zájmy spotřebitelů v širším záběru budou brány v potaz, nikoli, že by si Komise ukládala povinnost konzistentně zdokumentovat újmu konečným spotřebitelům.⁷⁷ Přesto jsou řídké zákazy odmítnutí dodávek, resp. licence k duševnímu vlastnictví, těmi případy, kdy zájem spotřebitelů-uživatelů je kritériem zahrnutým již do rozhodování o těchto zákazech. Vzhledem k tomu, že jde o případy, kdy je dominantní soutěžitel nucen do určitého jednání, které z hlediska svého zájmu odmítá (je mu tedy zakázáno ne-jednat určitým způsobem), je zřejmé, že jde o případy spíše výjimečné a aplikace takového zákazu je dle citovaného dokumentu Komise i standardní judikatury podmíněna splněním více kritérií, nikoli jen újmy spotřebitelům-uživatelům.⁷⁸

Skutečnost, že dopad jednání soutěžitelů na spotřebitelský blahobyt není ani nutně ani často kritériem aplikace zákazu dle článků 101 a 102 SFEU nakonec dokládá i rozbor rozhodnutí EK z poslední doby. V rozhodnutích jako COMP/39579 *Consumer*

⁷⁵ Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti posuzování práva při používání čl. 82 Smlouvy ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučujících ostatní soutěžitele. Op. cit. (pozn. 61).

⁷⁶ Srov. např. rozhodnutí Tribunálu ve věci T-340/03 *France Télécom SA v. Commission*, odst. 333–339, posléze potvrzení rozhodnutím SDEU C-202/07 P.

⁷⁷ MARDSEN, P., WHELAN, P.: op. cit. (pozn. 24), str. 584.

⁷⁸ Srov. odst. 81 citovaného Sdělení – Pokynů EK (pozn. 61) a také rozhodnutí Tribunálu ve věci T-201/04 *Microsoft v. Komise*, odst. 643–659.

Detergents (tedy spotřební čisticí prostředky) nebo COMP/39605 *CRT Glass* (katodové trubice do TV a PC obrazovek) či COMP/39482 *Exotic Fruits* (banány) z roku 2011, kde by bylo možné dopady kartelu na spotřebitele očekávat, nejsou spotřebitelé v textu zmíněni ani jednou. V řadě rozhodnutí odůvodněných existencí tvrdého kartelu (restriction by object) se EK spokojila s poznámkou, že v těchto případech nelze s žádným přínosem pro spotřebitele počítat.⁷⁹ Svého druhu „přiznáním“ EK, jak to s hledáním dopadů na spotřebitelské blaho v jejím rozhodování je, jsou pak případy zneužití dominantního postavení jako COMP/38.784 *Wanadoo Espana* nebo COMP/39.525 *Telekomunikacja Polska*. V nich EK s odvoláním na judikaturu uvedla, že čl. 102 SFEU není zacílen jen na praktiky, které mohou přímo poškodit spotřebitele, ale i na ty, které jim škodí skrze dopady na strukturu efektivní soutěže a EK proto nemá za povinnost zkoumat, zda chování dominantního soutěžitele způsobilo újmu spotřebitelům.⁸⁰ Navíc pravidla soutěže jako celek, podle výroku SEUD ve věci *GlaxoSmithKline* z roku 2009, jak připomněla EK, „nemají za cíl ochraňovat jen zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů, ale také strukturu trhu a tím pak i soutěž jako takovou.“⁸¹

Závěr P. Mardsena a P. Whelana o tom, že „přímý, skutečný dopad určitého jednání na spotřebitele není samostatně zkoumán, nepřímý a potenciální dopad není rovněž dokládán v rámci dokazování“, je tudíž zcela namístě.⁸² Oba autoři po důkladném průzkumu rozhodovací praxe dospěli k tomu, že případy, kdy se Komise na újmu spotřebitelům odvolává, samozřejmě existují, jsou však spíše výjimkou než pravidlem, navíc, že jde o újmu chápanou velmi plasticky a široce, zjevně nad rámec vymezení spotřebitelského blahobytu ekonomů. Újma spotřebitelům-uživatelům se podle autorů výslovně zohledňuje ve specifických případech zneužití dominantního postavení, jakými jsou excesivní ceny z vylučujících praktik výše analyzované odmítnutí dodávek, resp. licence k předmětu duševního a průmyslového vlastnictví. Skutečnost, že se v rozhodovací praxi EK ohledně zakázaných praktik dominantního soutěžitele zpravidla žádný důkaz ani pravděpodobné budoucí újmy spotřebitelům neprovádí, vede některé autory až ke kritice EK za to, že nedrží vlastních pokynů a deklarácí.⁸³

VÝJIMKY ZE ZÁKAZU A SPOTŘEBITELSKÝ BLAHOBYT

Výjimku lze v soutěžním právu EU chápat v širším a užším smyslu. V širším smyslu nejde doslova o výjimku, ale o případ standardní ne-aplikace soutěžních pravidel. I nad ní se pro případy, kdy je dán výrazný zájem EU na vysoké úrovni ochrany práv spotřebitele, někteří autoři zamýšlejí. G. Monti připomíná, že pro vztahy

⁷⁹ Srov. např. rozhodnutí ve spotřebitelsky nepochybně citlivých věcech COMP/39181 *Candle Waxes* z 1. 10. 2008, COMP/39125 *Carglass* z 12. 11. 2008, COMP/39.309 *LCD Displays* z 8. 12. 2010.

⁸⁰ Rozhodnutí EK COMP/38.784 *Wanadoo Espana* z 4. 7. 2007 odst. 543, s odvoláním na judikáty SDEU C-95/04P *British Airways* a 6/72 *Europemballage and Continental Can*.

⁸¹ Rozhodnutí EK COMP/39.525 *Telekomunikacja Polska* z 22. 6. 2011 odst. 812, s odvoláním na rozhodnutí SDEU ve spojených věcech C-501/06P, C 513/06P, C-515/06P, C-519/06P *GlaxoSmithKline and others* v. *Commission* a také C-08/08 *T-Mobile Netherlands and Others*.

⁸² MARDSEN, P., WHELAN, P.: op. cit. (pozn. 24), str. 584.

⁸³ Srov. MARDSEN, P., WHELAN, P.: op. cit. (pozn. 24), str. 584, rovněž: IOANNIDOU, E.: op. cit. (pozn. 46), která na str. 66 takto kritizuje rozhodnutí EK COMP/E-1/38.113 *Prokent-Tomra* potvrzené rozhodnutím Tribunálu T-155/06 *Tomra Systems and Others* v. *Commission* v roce 2010.

sociálních partnerů zajišťujících sociální smír, pro ochranu veřejného pořádku a dílem i životního prostředí, již SDEU judikoval ve prospěch ne-aplikace čl. 101 SFEU, a to z důvodů sledování významnějších cílů Smlouvy.⁸⁴ Současně však tento i jiný autoři zdůrazňují, že dosud neexistuje rozsudek na způsob rozhodnutí SDEU ve věci *Albany* C-76/96 z roku 1999 (vynětí dohod mezi sociálními partnery), který by takovou generální ne-aplikaci soutěžních pravidel např. na dohody svazu výrobců a svazu spotřebitelů určitého produktu umožňoval.⁸⁵ To v praxi znamená, že všechny nezanedbatelné dohody mezi soutěžiteli, i ty přinášející prospěch spotřebitelům, musejí v současnosti projít posouzením dle čl. 101 odst. 1 a případně usilovat o výjimku ze zákazu (tj. v užším slova smyslu) dle čl. 101 odst. 3.⁸⁶

EK nejuplněji vyjádřila své pojetí výjimky v užším smyslu, tj. obsažené v článku 101 odst. 3 SFEU, jednak ve svém, již výše citovaném, Sdělení⁸⁷ a dále pak v jednotlivých nařízeních o „blokových výjimkách“, tj. o aplikaci čl. 101 odst. 3 SFEU na jednotlivé typy smluv.⁸⁸ Zejména Sdělení, dokument vydaný těsně před spouštěcím datem „modernizace“ soutěžního práva EU (tj. před 1. 5. 2004), lze chápat jako nejvýraznější manifest snahy EK o nové zacílení soutěžní politiky a práva EU. V Obecných poznámkách (odst. 13 Sdělení) EK stanoví, že cílem článku 81 SES (dnes 101 SFEU) je ochrana soutěže na trhu jako nástroje zvyšujícího blahobyt spotřebitelů a zajišťujícího efektivní alokaci zdrojů. Z formálního hlediska by bylo možné usuzovat na plný příklon k Chicagské škole antitrustu, pro kterou je jediným akceptovatelným cílem soutěžního práva ochrana alokační efektivity zvyšující blahobyt spotřebitelů. Ač se Komise k tomuto pojetí: cíl = blaho spotřebitelů a alokační efektivity, hlásí i v dalších částech dokumentu (odst. 33), bylo by zavádějící činit jen na tomto základě dalekosáhlé závěry, a to z následujících důvodů.

- Hlavním posláním Sdělení je podrobný výklad kritérií pro výjimku ze zákazu kartelových dohod, nikoli kritérií dovoleného a zakázaného jednání, tj. Komise pojednává především o aplikaci čl. 101 odst. 3, nikoli čl. 101 odst. 1 SFEU, což je podstatný rozdíl, jak bylo vysvětleno výše. Komise toto plně potvrzuje, když stanoví (odst. 11), že analýza dle čl. 101 SFEU má dvě samostatné části a porovnání kladných a negativních dopadů dohody na soutěž spadá vždy a výlučně do druhé části, tj. právě do aplikace odst. 3 čl. 101 SFEU.
- Spotřebitelé v celém dokumentu jsou, jak bylo rovněž zdůrazněno výše, chápáni jako „všichni přímí i nepřímí uživatelé produktů dotčených dohodou, včetně výrobců,

⁸⁴ MONTI, G.: op.cit. (pozn. 5), str. 116–117.

⁸⁵ Srov. STUYCK, J.: op. cit. (pozn. 9), str. 11.

⁸⁶ Výjimku z uvedeného závěru budou samozřejmě představovat případy, kdy EK neshledá zájem EU na řešení určitého případu, zejména z důvodu absence dopadů na obchod mezi členskými státy EU, případně pro to, že označí aktéra určitého jednání za nesoutěžitele. To může být únikovou cestou pro nezasahování do místních dohod prospívajících mj. spotřebitelům, resp. některým jejich potřebám (kulturní diverzita) nebo skupinám (pacienti, důchodci).

⁸⁷ Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, op. cit. (pozn. 22).

⁸⁸ Tyto nejnovější, oborově nespecifické „blokove výjimky“: Nařízení Komise č. 330/2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě; Nařízení Komise č. 1217/2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na některé kategorie dohod o výzkumu a vývoji; Nařízení Komise č. 1218/2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na některé kategorie specializačních dohod a Nařízení Komise č. 240/1996 o použití čl. 85 odst. 3 Smlouvy na určité kategorie dohod o převodu technologií. Dostupné na: <http://www.compet.cz/legislativa/hospodarska-soutez>.

kteří užívají produkt jako vstup pro vlastní výrobu, velkoobchodníků, maloobchodníků a konečných spotřebitelů, tedy fyzických osob, které jednají s cílem ležícím mimo jejich profesi nebo podnikání“ (odst. 84).

- Újma, resp. prospěch, takto široce pojatých spotřebitelů jsou v dokumentu rovněž chápány velmi široce, ve smyslu negativních, resp. pozitivních efektů dohody (včetně přínosů výše popsané kvalitativní efektivity), které je potřeba vzájemně poměřit. Má se tak dít způsobem: „Pokud soutěž omezující dohoda pravděpodobně povede ke zvýšení cen, spotřebitelé musejí být plně kompenzováni poskytnutím vyšší kvality nebo jiných přínosů“ (odst. 85 a 86). Skutečnost, že zde jde spíše o hodnotový soud, než o propočet konkrétní spotřebitelské újmy či zisku, EK potvrzuje v dalších odstavcích: „Rozhodující je celkový dopad na spotřebitele produktů na daném relevantním trhu, nikoli dopad na jednotlivé spotřebitele v rámci této skupiny“ (odst. 87) a „Každé takové posouzení nevyhnutelně vyžaduje hodnotový soud“ (odst. 103).
- EK ve Sdělení žádný standardně vyjádřitelný dopad na spotřebitelské blaho (v ekonomickém smyslu) ani újmu spotřebitelům (v právním smyslu) při posuzování možnosti výjimky dle čl. 101 odst. 3 nespécifikuje a nevyžaduje. Přímou to vyplývá z toho, že u dohod s jasnou převahou přínosů efektivitě nad proti-soutěžními dopady, které současně plní poslední dvě podmínky pro vynětí (neobsahují zbytečná omezení a nevylučují soutěž z podstatné části trhu), se pozitivní efekt pro spotřebitele automaticky předpokládá a samostatně se neanalyzuje (odst. 90). Na příklon Komise k pojetí, že fungující soutěž spotřebitelům automaticky prospívá, nikoli že je kvalifikovaným způsobem chrání, ukazuje i kritérium vyjádřené v odst. 92: „Čím větší je dopad dohody na soutěž, tím pravděpodobnější je, že spotřebitelé v dlouhodobé perspektivě utrpí.“

Ač se podle vstupních obecných poznámek ohledně cíle čl. 101 SFEU mohlo zdát, že EK svým Sdělením provádí revoluci v ochraně soutěže, podrobnější průzkum dokumentu svědčí o setrvání u tradičního, velmi plastického, kompromisního a často jen předpokládaného „přiměřeného podílu“ (fair share) spotřebitele na výhodách plynoucích z dohody soutěžitelů. Toto tvrzení dokládá i obsah nařízení Komise o „blokových výjimkách“ vydaných v posledních letech. Pojem spotřebitelský blahobyt se v nich nevyskytuje vůbec, dokonce i pojem spotřebitel je obsažen pouze v preambulích, nikdy v normativním textu.⁸⁹ Stěžejí lze pak tvrdit, že spotřebitelský blahobyt nebo spotřebitelská újma zaujaly při posuzování výjimek ze zákazu hlavní či výlučné místo.

Sdělení EK je novátorské spíše v tom, jak interpretuje první podmínku čl. 101 odst. 3, spočívající v přínosu ke „zlepšení výroby nebo distribuce anebo k podpoře technického či hospodářského pokroku“. Činí tak prakticky výlučně v pojmech efektivit (nákladové a kvalitativní), přičemž zdůrazňuje, že musí jít o efektivitu ekonomickou (odst. 57, 59) a vyžaduje objektivní vyjádření rozměru dosažené efektivit (odst. 50). Podle G. Montiho tím EK dala najevo, že obecnější cíle Smlouvy, budou v analýze dle čl. 101 odst. 3 brány v potaz jen v té míře, v jaké je možné je subsumovat pod ekonomicky vyjádřitelnou efektivitu. Prostý poukaz na význam dohody pro zachování pracovních míst, průmyslový či kulturní rozvoj, tudíž Komise odmítá nadále uznávat jako

⁸⁹ Srov. seznam prozkoumaných nařízení EK v pozn. 88.

dostatečné pro splnění první podmínky pro vynětí dohody ze zákazu dle čl. 101 odst. 3 SFEU.⁹⁰ Současně v dalších letech EK oznámila, že stejné standardy efektivity bude aplikovat i při posouzení případů zneužití dominantního postavení a při kontrole spojování.⁹¹ Takový přístup plně koresponduje se závěrem předchozího odstavce: zatímco by zohlednění potřeb zaměstnanosti nebo průmyslového rozvoje mohlo jít na úkor spotřebitelského blaha (např. v případě zachování neefektivní, ale pro region sociálně významné výroby, která by svědčila maximálně koupěschopnosti spotřebitelů daného regionu), vyžadování prokazatelné nákladové nebo kvalitativní efektivity velmi pravděpodobně prospěje spotřebitelům bez rozdílu tím, že se promítne do nižších cen, vyšší kvality, inovované či bezpečnější produkce apod.

Ačkoli čl. 102 SFEU přístup podobný čl. 101 odst. 3, tj. umožňující výjimku pro dominantního soutěžitele, jehož jednání naplňuje znaky zneužití, *stricto sensu* nepředvídá, EK v již citovaných Pokynech aplikaci čl. 82 Smlouvy ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučujících ostatní soutěžitele, takovou možnost dovodila.⁹² Jednou z možností dominantního soutěžitele, jak uniknout zákazu a postihu ze strany EK, je obrana vyšší efektivitou (*efficiency defenses*), jejíž podmínky v zájmu souladných kritérií aplikace čl. 101 a 102 v Pokynech EK v podstatě kopírují čtyři podmínky vynětí dohody ze zákazu dle čl. 101 odst. 3. Třetí z kumulativně vyžadovaných podmínek zní: „pravděpodobná vyšší efektivnost v důsledku dotyčného chování převáží nad pravděpodobnými nepříznivými účinky na hospodářskou soutěž a prospěch spotřebitelů na ovlivněných trzích.“⁹³ Prospěch spotřebitelů (*consumer welfare*) se zde tedy, bez bližší konkretizace, opět ocitl v jedné sadě kritérií společně s vyšší efektivitou (vyšší jakost, snížení nákladů), ale také s nutností nevyločit účinnou hospodářskou soutěž odstraněním soupeření mezi podniky. Ačkoli EK explicitně nestaví daná pozitiva jednání dominantního podniku do fixní hierarchie, přesto zdůrazňuje, že právě poslední podmínka – zachování soupeření mezi podniky tvořícího proces hospodářské soutěže – vždy převáží nad důkazy možné vyšší efektivity, jakkoli by tato byla výhodná pro spotřebitele.⁹⁴ Připočteme-li k tomu, že spotřebitele i tyto Pokyny v odkazu č. 15 definují jako „všechny přímé anebo nepřímé uživatele výrobku, jehož se dané chování týká“, nelze učinit jiný závěr než ten, že ani nový přístup EK k posuzování zneužití dominantního postavení nevede k tomu, že by EK podstatněji upřednostnila kritérium prospěchu pro konečné ho spotřebitele při zvažování možností *de facto* výjimky z jeho zákazu.⁹⁵

⁹⁰ Srov. MONTI, G.: op. cit. (pozn. 5), str. 120.

⁹¹ Srov. MONTI, G.: op. cit. (pozn. 5), str. 502.

⁹² Sdělení Komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti posuzování práva při používání čl. 82 Smlouvy ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučujících ostatní soutěžitele. Op. cit. (pozn. 61).

⁹³ Tamtéž, odst. 30.

⁹⁴ Tamtéž, odst. 30, srov. též odst. 91 v „Diskusním dokumentu“ GR pro soutěž EK z prosince 2005, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, dotupněm na: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

⁹⁵ Tento závěr souzní s komentářovou literaturou k novému přístupu EK k posuzování zneužití dominantního postavení, která se přiklání k tomu, že zásadním motivem EK byla snaha o srovnání hledisek, podle nichž EK posuzuje kartelové dohody a zneužití dominantního postavení, tj. jistý přenos standardů aplikace čl. 101 odst. 3 SFEU i na aplikaci č. 102. Jediný podstatnější rozdíl zde spočívá v tom, že při existenci dominantního soutěže je již fungující soutěž na trhu částečně omezena, proto je více než v případě aplikace čl. 101 odst. 3 zdůrazněna klíčová a obtížně splnitelná podmínka, aby vyšší efektivita vyplývající z jednání dominantního soutěžitele neměla vylučovací efekt, tj. neposilovala dále jeho postavení na trhu,

V souhrnu lze tudíž souhlasit s tím, že obecný prospěch spotřebitelů-uživatelů (a to i těch konečných) odvozený z vyšší nákladové nebo kvalitativní efektivity produkované jednáním soutěžitelů, má své nezastupitelné – byť nikoli výsadní a exaktně vyjádřené – místo při rozhodování EK o tom, zda toto jednání může být přes některé své protisoutěžní dopady vyňato ze zákazu proti-soutěžních praktik.

SPOTŘEBITELSKÝ BLAHOBYT V ROZHODOVÁNÍ SOUDNÍHO DVORA EU

Soudy EU nejsou vázány rozhodnutími, dokumenty či prohlášeními EK a tím pádem ani nepodléhají dobovým „výkyvům“ její politiky ochrany hospodářské soutěže. Standardně střeží soulad interpretace a aplikace soutěžního s cíli Smlouvy. To však neznamená, že by byly zcela imunní vůči vyvíjejícím se teoretickým konceptům, kterými je ochrana soutěže vysvětlována a tím i podprahově usměrňována. Mezi komentátory obecně panuje shoda⁹⁶, že zejména SDEU se standardně drží pojetí tzv. funkční soutěže (workable competition), jak uvedl již v 70. letech v rozsudku 26/76 *Metro – SB Grossmaerkte GmbH v. Commission* (odst. 20): „Funkční soutěž označuje takovou úroveň konkurence, která je nezbytná k dosažení silů smlouvy.“ Pojem soutěže, která není narušována, je v tomto pojetí organicky spojen s budováním a fungováním jednotného trhu, jehož konkurenční a otevřené prostředí musí být zachováno. Opakovaně bylo připomenuto, že toto propojení nově potvrdil Protokol č. 27 k Lisabonské smlouvě.

Není cílem tohoto textu podat obraz myšlenkového vývoje stojícího v pozadí posunů v cílech politiky ochrany hospodářské soutěže, který např. A. Weibrecht označil slovy „od ordoliberalismu k Chicagu a dále“ a jiní např. od férovosti k blahobytu.⁹⁷ Podstatné je to, že tento vývoj se týkal spíše soutěžní politiky deklarované a dílem i prosazované EK, oproti níž byly Soudy EU vždy podstatně konzervativnější, co se týče změn přístupu a konzistentnější, co se týče sledování vlastní starší judikatury. Nedá se však říci, že by Soudy EU zcela minul zájem o blahobyt spotřebitele, který EK deklarovala v rámci své modernizace soutěžního práva EU (tj. v době, kdy podle zmíněných komentátorů měla blíže k Chicagské škole než k tradičnímu ordoliberalismu, kdy u ní zájem o blahobyt nahradil zájem o férovost). B. Keirsblick dokonce připomíná starší rozhodnutí SDEU ve věci 136/79 *Panasonic* (1980), v němž prohlásil, že funkcí soutěžního práva je bránit jejímu omezení na úkor veřejného zájmu, jednotlivých podniků a spotřebitelů.⁹⁸ J. Stuyck se podobně odvolává na rozhodnutí SDEU ve věcech 46/87 a 227/88 *Hoechst AG v. Commission*, kde v bodě 25 uznal zájem spotřebitele za cíl

neboť pokud by k tomu došlo, žádná pozitiva vyšší efektivity nepřeváží a dané jednání bude zakázáno jako soutěži nebezpečné zneužití. Srov. PETR, M. a kol.: *Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 319; dále GRAVENGAARD, M. A., KJAERGAARD, N.: The EU Commission Guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice. In: *European Competition Law Review*, No. 7/2010, též PEEPRKORN, L.: Commission Publisher discussion paper on abuse of dominance. In: *Competition Policy Newsletter* No. 1/Spring 2006.

⁹⁶ Srov. PARRET, L.: op. cit. (pozn. 5), též KEIRSBLICK, B.: op. cit. (pozn. 13), str. 525 a také pozn. 62 výše.
⁹⁷ WEITBRECHT, A.: From Freiburg to Chicago and Beyond – the First 50 years of European competition law. In: *European Competition Law Review* No. 2/2008, též PADILLA, J. A., AHLBORN, A., From Fairness to Welfare, Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law. *Paper for 12th Annual Competition and Law Policy Workshop*, EUI Florence, Robert Schuman Centre, June 2007.

⁹⁸ Srov. KEIRSBLICK, B.: op. cit. (pozn. 13), str. 525.

soutěžního práva, byť jen obecně v duchu: „chránit soutěž před narušením, které by negativně dopadlo na veřejný zájem, jednotlivé podniky a spotřebitele.“⁹⁹

V literatuře na dané téma je pak citována celá plejáda rozsudků, v nichž SDEU zopakoval stejné zacílení soutěžního práva: spojené 97–99/87 *Dow Chemical Ibérica SA and others v. Commission*, 85/87 *Dow Benelux v. Commission*, 374/87 *Orkem v. Commission*, a z doby splývající s úsilím EK o modernizaci soutěžního práva např. C-94/00 *Roquette Freres*, jakož i rozhodnutí Tribunálu T-66/99 *Minoan Lines SA v. Commission*, T-65/99 *Strintzis Lines Shipping SA v. Commission* a T-59/99 *Ventouris Group Enterprises SA v. Commission*.¹⁰⁰ Těžko lze však těmito odkazy dokázat více, než že SDEU nikdy nevyučoval spotřebitele z jednotného trhu a vždy měl za to, že rovněž spotřebitelé jsou ti, jimž fungující soutěž prospívá. Konzistentní odkazy SDEU na spotřebitele zaznamenali komentátoři jen v případech, kdy se jednalo o vymezení relevantního trhu a dominantního postavení na něm.¹⁰¹ Pokud však jde o blahobyt spotřebitele jako cíl soutěžního práva, převažuje prakticky jednoznačně přesvědčení, že klíčovou metou ochrany soutěže pro SDEU vždy byla svoboda soutěžit, promítající se do existence více soutěžitelů na trhu a tedy i do jeho otevřené a polypolní struktury.¹⁰²

Přesto judikatura posledních let přinesla určitý vklad do diskuse, zda a nakolik se mění zacílení ochrany soutěže v EU, a to právě, zda se tímto cílem stává spotřebitelský blahobyt. Tribunál (dříve Soud první instance) totiž vyšel v několika svých rozhodnutích po roce 2004 „Komisi vstříc“ a vyjádřil se o „blahobytu konečných spotřebitelů výrobků“ jako o klíčovém důkazu pro- či proti-soutěžního jednání na trhu. Jde zejména o rozhodnutí Tribunálu ve věcech T-214/01 *Oesterreichische Postsparkasse* (odst. 115); T-168/01 *GlaxoSmithKline* (odst. 118) a T-259/02 až T-264/02 a T-271/02 (spojené věci, označované souhrnně) *Raiffeisen Zentralbank Oesterreich* (odst. 99), všechna z roku 2006. Reprezentativní je v tomto ohledu rozhodnutí ve věci T-168/01 *GSK Services Unlimited v. Komise* z 27. 9. 2006, v němž Tribunál v odst. 118 uvedl: „Cílem čl. 81 odst. 1 ES, který je základním ustanovením nezbytným k plnění úkolů svěřených Komisi, zejména za účelem fungování vnitřního trhu [...], je totiž zabránit podnikům, aby tím, že mezi sebou nebo s třetími osobami omezí hospodářskou soutěž, snižovaly blahobyt konečného spotřebitele dotčených výrobků...“

Toto pojetí však rezolutně odmítl SDEU v rozhodnutí o odvolání v téže věci (C-501/06P ze dne 6. 10. 2009), když v odst. 62 stanovil: „... pokud jde o tvrzení Soudu, podle kterého, je-li nesporné, že dohoda směřující k omezení paralelního obchodu musí být v zásadě považována za dohodu s cílem omezit hospodářskou soutěž, je tomu tak jen v rozsahu, v němž lze předpokládat, že zbavuje konečné spotřebitele výhod účinné hospodářské soutěže v rámci zásobování a cen, je třeba uvést, že ani znění čl. 81 odst. 1 ES, ani judikatura neumožňují podpořit takové tvrzení“. A v odst. 63 pak

⁹⁹ STUYCK, J.: op. cit. (pozn. 9), str. 11.

¹⁰⁰ Srov. KIERSBLICK, B.: op. cit. (pozn. 13), str. 526.

¹⁰¹ Srov. MARDSEN, P., WHELAN, P.: op. cit. (pozn. 24), str. 584.

¹⁰² Výrazně toto pojetí dominovalo ve starší judikatuře, která i vzhledem k přirozenému vývoji soutěžního práva byla bohatší na definice a koncepční závěry. Srov. Rozhodnutí SDEU 6 a 7/73 *Commercial Solvents Corp. v. Commission*, spojené 40–48, 50, 54–56, 111, 113, 114/73 *Suiker Unie UA and others v. Commission*, 85/76 *Hoffmann-La Roche and Co. v. Commission*, 322/81 *Michelin I* a T-228/97 *Irish Sugar plc v. Commission*, v nichž KIERSBLICK, B.: op. cit. (pozn. 13) na str. 522–523 spatřuje nejjasnější reflexi ordoliberalních principů soutěže postavené na svobodě soutěžit a omezování nadměrné tržní moci.

vysvětlil: „Jednak z tohoto ustanovení vůbec nevyplývá, že pouze dohody zbavující spotřebitele určitých výhod mohou mít protisoutěžní cíl. Krom toho je třeba zdůraznit, že Soudní dvůr rozhodl, že článek 81 ES směřuje, podobně jako ostatní pravidla hospodářské soutěže uvedená ve Smlouvě, nikoliv pouze k tomu, aby chránil hospodářské zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů, nýbrž i k tomu, aby chránil strukturu trhu, a tím hospodářskou soutěž jako takovou. Proto konstatování existence protisoutěžního cíle dohody nemůže být podmíněno tím, že je konečný spotřebitel zbaven výhod účinné hospodářské soutěže v rámci zásobování a cen...“ Podobně se SDEU v témže roce vyjádřil ve vlastním rozhodnutí C-8/08 *T-Mobile Netherlands and Others* z 4. 6. 2009, v odst. 28 a 30.

Dle SDEU tudíž neexistuje přímá vazba mezi proti-soutěžním jednáním a dopadem na konečného spotřebitele ve smyslu jediného důkazu proti-soutěžního jednání nebo jediného cíle soutěžního práva, neboť ochrana struktury či procesu soutěže se nezužuje na ochranu zájmů spotřebitelů. Je tudíž zcela možné zakázat jako proti-soutěžní i jednání, které bude pro konečné spotřebitele neutrální nebo ho spotřebitelé dokonce pocítí jako vstřícné (v případě *T-Mobile Netherlands* měla dohoda telefonních operátorů snížit ceny dealerů jejich služeb, což mohlo být pro spotřebitele cenově výhodné). V rozhodnutí z 16. 9. 2008 ve spojených věcech C-468/06 až 478/06 souhrnně označovaných *Sot. Lélos kai Sia EE* se SDEU (odst. 65 a 66) rozhodně přihlásil k tradiční pevné vazbě ochrany soutěže se spojováním vnitrostátních trhů v rámci jednotného trhu EU. Dohody či jednostranné praktiky, které toto spojování trhů narušují, podle SDEU odstraňují „výhody účinné hospodářské soutěže v oblasti zásobování a cen, které tyto vývozy přinášejí konečným spotřebitelům.“ Z toho lze vyčíst v podstatě neměnnou logiku rozhodování SDEU, podle níž je třeba chránit fungující soutěž na jednotném trhu, neboť tak to odpovídá cílům Smlouvy a zájmům účastníků trhu včetně konečných spotřebitelů.

Na základě uvedeného lze shrnout, že omezení soutěže ve smyslu negativního zásahu do jejího fungování, tj. do existence konkurenční struktury a otevřenosti trhu, je primární a dokazuje se vždy, má-li být jednání soutěžitele zakázáno. Naopak prokázání újmy pro potenciálního konečného spotřebitele SDEU nevyžaduje ani ho jako výhradní hledisko při rozhodování o existenci narušení soutěže nepřijímá. Řečeno slovy Generální advokátky J. Kokott, pronesenými v kauze C-95/04 P *British Airways Plc v. Commission* (2007), s nímž se SDEU ztotožnil: „Článek 82 stejně jako další soutěžní ustanovení Smlouvy tu nejsou jen, nebo hlavně, k ochraně bezprostředních zájmů soutěžitelů nebo spotřebitelů, ale k ochraně struktury trhu...“ Ve stanovisku k věci C-8/08 *T-Mobile Netherlands and Others* (2009) pak J. Kokott ve stejném duchu dodala, že zúžení článku 81 odst. 1 SES „jednoduše na jednání, které má přímý dopad na spotřebitele, by zbavilo toto ustanovení, klíčové pro vnitřní trh, většiny jeho praktického významu“.¹⁰³

¹⁰³ Stanovisko G. A. KOKOTT k věci C-95/04 P *British Airways Plc. v Commission* je dostupné na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004CC0095:EN:NOT>; a k věci C-8/08 *T-Mobile Netherlands and Others* na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CC0008:EN:NOT>.

Nařízení Rady 1/2003/ES zavedlo v čl. 9 i možnost přijetí závazků navržených soutěžiteli, vůči nimž EK „zamýšlí přijmout rozhodnutí“. Rozhodnutím o přijetí učiní Komise závazky napravující hrozící narušení soutěže závazné a vynutitelné. Proposouzení navržených závazků se logicky nabízí hledisko jejich dopadů na spotřebitele, resp. spotřebitelský blahobyt. Pojmy spotřebitel a spotřebitelský blahobyt však nařízení 1/2003/ES vůbec neobsahuje. Podobně na něj navazující nařízení Komise 773/2004 o vedení řízení v soutěžních věcech se o spotřebitelích zmiňuje pouze v souvislosti s prokázáním dostatečného právního zájmu ze strany spotřebitelských organizací pro účely jejich účasti na slyšeních (odst. 11 preambule). Oznámení Komise o osvědčených postupech pro vedení řízení týkajících se článků 101 a 102 SFEU z roku 2011 vysvětluje v části 4 Postupy pro přijetí závazků a stanoví, že závazky musejí být dostatečné k odstranění „zjištěných obav z narušení hospodářské soutěže“ (avšak bez zmínky o dopadech na spotřebitele), že jsou nepřijatelné v případech tajných kartelů (bez zmínky o případech značné újmy pro spotřebitele) a že Komise podrobí navržené závazky „tržnímu testu“ (bez zmínky o testu spotřebitelské újmy).¹⁰⁴

Podobně i komentářová literatura k řízení o přijetí závazků o jakkoli pojetém spotřebitelském hledisku při rozhodování o závazcích nehovoří.¹⁰⁵ Jednání soutěžitele, které je možné „zhojit“ závazkem, by mělo být „typově méně závažné“, z čehož však nevyplývá, zda závažné svými dopady na soutěž na vnitřním trhu, na fungování tohoto trhu nebo na spotřebitelský blahobyt. O tom, že spotřebitelský blahobyt nemá žádné standardně přiznané místo v rozhodování EK o závazcích, nakonec svědčí i prověrka publikovaných verzí těchto rozhodnutí za roky 2009–2011. Sám termín spotřebitelský blahobyt se v nich neobjevuje vůbec, o spotřebitelích se hovoří spíše ad hoc a jako o všech odběratelích nebo jako o konečných spotřebitelích, často ve smyslu kritéria pro vynětí ze zákazu dle čl. 101 odst. 3 SFEU. Pouze v případě závazků spol. Microsoft argumentovala EK ve svém rozhodnutí z 16. 12. 2009 průzkumem mezi spotřebiteli, ovšem nikoli z hlediska přírůstku či úbytku jejich blahobytu, ale existence informačního deficitu, který jim neumožňuje efektivně vybírat mezi prohlížeči medií bez toho, aby se dotčený soutěžitel zavázal k tomu, že jim takovou nabídku různých konkurujících si prohlížečů sám učiní.¹⁰⁶

Podobně „macešského zacházení“ se spotřebitelům a jejich blahobytu dostává i v dokumentech upravujících podmínky a postup narovnání, tj. Nařízení Komise č. 622/2008, kterým se mění nařízení (ES) č. 773/2004 s ohledem na postup při

¹⁰⁴ Oznámení Komise o osvědčených postupech pro vedení řízení týkajících se článků 101 a 102 SFEU, op. cit. (pozn. 63).

¹⁰⁵ Srov. např. SCHWEITZER, H. Commitment Decisions under Art 9 of Regulation 1/2003: the Developing EC Practice and Case Law. In: *EUI Working Papers Law* 2008/22, EUI Florence, department of Law, 2008. rovněž PETR, M. a kol.: op. cit. (pozn. 95), s. 474–485.

¹⁰⁶ Průzkumu toho, zda nějakým způsobem zohledňují dopad na spotřebitelský blahobyt, byla podrobena tato rozhodnutí Komise o závazcích: COMP/39.402 *RWE Gas foreclosure* z 18. 3. 2009, COMP/39.416 *Ship Classifications* z 14. 10. 2009, COMP/C-3/39.530 *Microsoft (tying)* z 16. 12. 2009, COMP/39.595 *BA/AA/IB* z 14. 7. 2010, COMP/39.398 *VISA MIF* z 8. 12. 2010, COMP/39.592 *Standard & Poor's* z 15. 11. 2011, COMP/C-3/39692 *IBM Maintenance Service* z 13. 12. 2011, COMP/39736 *Siemens/AREV* z 18. 6. 2012.

narovnání v případech kartelů a Oznámení Komise o postupu při narovnání s cílem přijmout rozhodnutí podle článků 7 a 23 nařízení Rady (ES) č. 1/2003 v případech kartelů.¹⁰⁷ Ani v nich se pojmy spotřebitel nebo blahobyt spotřebitele vůbec nevyskytují. Jak v případě závazků, tak i narovnání je tudíž spotřebitelské hledisko zřejmě přítomné jen implicitně, jak to vyžaduje čl. 12 SFEU ukládající orgánům EU brát v úvahu při své činnosti požadavky vyplývající z ochrany spotřebitele. Rozhodně však nelze tvrdit, že je toto spotřebitelské hledisko prioritním kritériem, podle něhož EK rozhoduje o závazcích, resp. o narovnání.¹⁰⁸

KRITÉRIA STANOVENÍ POKUT A PŘIZNÁNÍ VÝHOD SHOVÍVAVOSTI

Klíčové dokumenty EK upravující její postup při stanovení výše pokut, resp. při jejich odpuštění v důsledku přiznání výhod tzv. leniency (tedy shovívavosti výměnou za oznámení kartelu a spolupráci s Komisí při jeho vyšetření a prokázání), jsou ke spotřebitelům a jejich blahobytu rovněž skoupé.

Pokyny pro výpočet pokut uložených pokut¹⁰⁹ pojem spotřebitel či spotřebitelské blaho vůbec neobsahují, takže EK formálně nezkoumá a nezohledňuje míru jejich poškození mezi přitěžujícími či polehčujícími okolnostmi, jimž přiznává váhu při stanovení výše pokuty. Oznámení Komise o ochraně před pokutami a snížení pokut v případech kartelů¹¹⁰, tj. klíčový dokument leniency, používá „zájem spotřebitelů a občanů na zjištění a potrestání kartelů“ jako ospravedlnění skutečnosti, že těm účastníkům kartelu, kteří se rozhodnou spolupracovat s EK a další fungování kartelu tak znemožní, nebude uložena pokuta. Ovšem zájem spotřebitele, resp. spotřebitelské blaho, nijak nefigurují mezi kritérii, podle nichž se žádost soutěžitele o přiznání výhod leniency posuzuje. Zmínka o občanech a spotřebitelích je tudíž spíše ospravedlněním morálně diskutabilního postupu (spolu-pachatel kartelu může jeho oznámením uniknout trestu), nikoli však právně-technickým standardem, např. v tom smyslu, že by jistá kvalifikovaná újma způsobená spotřebitelům přiznání plných výhod leniency znemožňovala apod.

Tato až zarážející absence spotřebitelského blahobytu v klíčových prováděcích a výkladových dokumentech EK týkajících se jak výše zmiňovaných závazků a narovnání, tak i stanovení pokut a jejich odpuštění v rámci shovívavosti, samozřejmě neodráží plně to, co se v praxi odehrává. EK má, jak již bylo opakovaně zdůrazněno, v rámci jí přiznaného rozsahu uvážení jednoznačnou povinnost sledovat cíle Smlouvy a v souladu s čl. 12 SFEU v každém svém rozhodnutí či opatření sledovat zájem na vysoké ochraně zájmů spotřebitele. To co při jejím rozhodování o závazcích či pokutách nemá formálně zdůrazněnou roli, bývá v praxi zohledněno, jak to dokládají např. A. Ezrachi s M. Ioannidou na případech, kdy EK snížila pokutu, resp. přijala vyrovnání se narušitele se spotřebiteli jako polehčující okolnost při jejím výpočtu, čímž využila své soudně přiznané

¹⁰⁷ Jedná se o Nařízení Komise (ES) 622/2008 ze dne 30. 6. 2008 a Oznámení Komise 2008/C 167/01 z 2. 7. 2008

¹⁰⁸ Srov. také PETR, M. a kol.: op. cit. (pozn. 95), str. 475

¹⁰⁹ Pokyny pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení č. 1/2003. Dokument 2006/C 210/02 z 1. 9. 2006.

¹¹⁰ Oznámení Komise o ochraně před pokutami a snížení pokut v případech kartelů. Dokument 2006/C 298/11 z 8. 12. 2006.

diskreční pravomoci.¹¹¹ Fakt, že EK zájem spotřebitelů či dopad na jejich blahobyt implicitně zohledňuje – ovšem vždy společně s dalšími relevantními skutečnostmi – nic nemění na závěru, že jasnou prioritou či kritériem spotřebitelský blahobyt není. Opět nelze než konstatovat, že výkon ochrany soutěže ze strany EK spotřebitelům nepřímo prospívá, ale přímo, jednoznačně a kvalifikovaně je nechrání.

5. OCHRANA HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE ZŮSTÁVÁ SAMA SEBOU

Soutěžní právo EU nemá, a to ani na úrovni soft-law, „jasnou, komplexní a koncepční definici toho, co to je újma, prospěch či blahobyt spotřebitele a jakou roli by to pojmy měly hrát při aplikaci soutěžního práva.“¹¹² „Specialisté na ochranu spotřebitele mohou zaznamenat jen to, jak daleko od praxe soutěžního práva zůstává ve skutečnosti spotřebitel. Z mnoha hledisek soutěžní právo předpokládá, že spotřebitel bude profitovat z jeho pečlivé aplikace. Ovšem hlas spotřebitele není zahrnut do řízení – alespoň ne přímo.“¹¹³ Je tomu tak proto, že „důkaz potenciálního poškození spotřebitele, není pro prokázání proti-soutěžního jednání podstatný. Bezprostřední, ať již skutečný nebo potenciální dopad jednání na spotřebitelské blaho není obecně v soutěžních věcech zvažován.“¹¹⁴ Tyto zobecňující závěry badatelů potvrdil beze zbytku i tento průzkum dokumentů a rozhodovací praxe orgánů EU.

Jak ve světle toho závěru pohlížet na zdůrazňování spotřebitelského blaha ve vystoupeních představitelů EK, kteří přinejmenším posledních deset let neopomenou v žádném zobecňujícím vystoupení pronést cosi na způsob: „Spotřebitelské blaho není líbivá fráze. Je to základní kámen a vůdčí princip soutěžní politiky EU.“¹¹⁵ A má se takové zdůrazňování spotřebitele *de lege ferenda* skutečně více promítnout do legislativy a judikatury EU?

„Povinná“ odvolávka na blaho spotřebitele má nepochybně politický smysl a ospravedlňuje užitečnost soutěžní politiky a práva v očích řadových Evropanů, jak bylo zdůrazněno již v úvodní části tohoto textu. Nicméně, z provedeného průzkumu vyplynulo, že nejde jen o bezobsažnou úlitbu masám, že konečný spotřebitel není nepřítomným Godotem soutěžního práva. Přestože systematické je na začlenění spotřebitelského hlediska do ochrany soutěže pouze to, jak je představiteli EK vzýváno, současně platí, že i bez přesné definice a jednoznačného právního vymezení, je konečný spotřebitel v soutěžní politice a právu EU přítomen. Děje se tak převážně „automaticky“,

¹¹¹ EZRACHI, A., IOANNIDOU, M.: Public compensation as a complementary mechanism to damages actions: From a policy justifications to formal implementation. In: *Journal of European Competition Law and Practice*, online 21. 6. 2012, dostupný na: <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/early/2012/06/21/jeclap.lps031.full.pdf+html>. Podle autorů (str. 5–6) jde o rozhodnutí Komise ve věcech COMP/35.587 a 36.321 *PO Video Games, PO Nintendo Distribution and Omega Nintendo* (2003); IV/28.851 *General Motors Continental* (1974); IV/35.691/E-4 (1999) *Pre-Insulated Pipe Cartel*. Komisi je přiznána možnost vzít tyto skutečnosti v potaz v rámci své diskreční pravomoci, srov. rozhodnutí Tribunálu T-59/02 *Archer Daniel Midland Co v. Komise* (2006) odst. 354–355.

¹¹² MARDSEN, P., WHELAN, P.: op. cit. (pozn. 24), str. 572.

¹¹³ WEATHERHILL, S.: op. cit. (pozn. 11), str. 288.

¹¹⁴ KIERSBLICK, B.: op. cit. (pozn. 13), str. 529.

¹¹⁵ ALMUNIA, J.: op. cit. (pozn. 49).

bez jednoznačného zmocnění či ukotvení v dokumentech EU, jako součást moderního přístupu k vynucování soutěžních pravidel, které je založeno na analýze ekonomických dopadů každého případu (tzv. effect-based-approach). Tato analýza logicky pracuje s veličinami blahobytu a zkoumá reálné a potenciální důsledky jednání soutěžitelů pro cenu, výběr, dostupnost, inovativnost nabídky na trhu. Tím nepochybně prospívá ekonomickým zájmům odběratelů dané nabídky, včetně konečných spotřebitelů. Komisař J. Almunia tudíž neklame veřejnost, když prohlašuje: „U všech našich případů začínáme tím, že se díváme na pravděpodobnost újmy pro spotřebitele [...] zda omezuje výběr, zvyšuje ceny nebo zpomaluje inovace.“¹¹⁶

Nic přesnějšího a zejména radikálnějšího ve prospěch spotřebitelů ani EK nemožňuje konstantní judikatura SDEU, jak ukázal její průzkum. V EU se navíc nevede podobně rozsáhlá a vyhraněná diskuse o cílech, které by měla soutěžní politika sledovat jako v USA, většina teoretiků se kloní k plasticitě jejích cílů, vyplývajících již ze skutečnosti, že tato politika nemůže nesloužit obecnějšímu cílům Smlouvy EU, zejména budování vnitřního trhu.¹¹⁷ Tato širší paleta cílů umožňuje i taková prohlášení, jako učinil komisař J. Almunia v lednu 2011: „Soutěžní politika v Evropě je o podněcování podnikatelství a inovací, o vytváření pracovních míst a umísťování na trhy inovovaných produktů a služeb, které přináší spotřebitelům výběr za konkurenční ceny [...]. Soutěžní politika tak má regulatorní úlohu a tato její úloha je nezbytná pro zachování sociálního hospodářství a sociální spravedlnosti.“¹¹⁸ Spotřebitelé se v tomto širokém výměru soutěžní politiky nepochybně najdou, aniž by však mohli očekávat, že bude jejich materiální blahobyt jejím jediným a specifickým cílem, resp. měřítkem pro- a proti-soutěžního jednání.

Pokud radikálně pro-spotřebitelštější pojetí soutěžní politiky a práva vylučuje sama Smlouva EU v interpretaci SDEU, je možné pouze spekulovat ohledně toho, jaký budoucí vývoj by byl žádoucí. Ptát se, zda by modernizace soutěžní politiky a práva EU měla perspektivně zasáhnout do primárního práva a dát následně i pojetí SDEU výrazně utilitárnější charakter ve smyslu důsledného poměřování pro- a proti-soutěžního charakteru jednání dle dopadů na spotřebitelské blaho. Je to nepochybně lákavá představa a většina podnikatelsky-orientovaných pragmatiků by zřejmě podpořila zúžení cílů soutěžní politiky a práva v duchu Chicagské školy, aby zakázáno bylo pouze to, co prokazatelně snižuje efektivitu, z níž profituje konečný spotřebitel. Pravdu mají však ti, kdo tvrdí, že jde o zásadní otázku společenských hodnot, tedy o to, zda materiálně utilitární pojetí ochrany soutěže naplňuje ten smysl, který do ní předešlé generace z dobrých důvodů vkládaly. Demonopolizace a dekartelizace Porúří po 2. Světové válce měla vedle možnosti bezprostřední revanše ze strany poraženého Německa zabánit tomu, aby svobodný trh a veřejný prostor ovládlo několik málo nejsilnějších hráčů.¹¹⁹ Jiní autoři se s odkazem na teoretika spravedlnosti J. Rawlse ptají, zda výkonnější a bohatší

¹¹⁶ ALMUNIA, J.: op. cit. (pozn. 49).

¹¹⁷ Srov. STUYCK, J.: op. cit. (pozn. 9), str. 9. V případě J. Stuycka jde přitom o výrazně pro-spotřebitelského autora, pro něhož je začlenění ochrany soutěže do ochrany spotřebitele nanejvýš žádoucí.

¹¹⁸ ALMUNIA, J.: *How Competition Policy Contributes to Competitiveness and Social Cohesion*. Lisabon 14. 1. 2011, SPEECH 11/17.

¹¹⁹ Srov. MŮNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P.: op. cit. (pozn. 4), kteří v této souvislosti citují na str. 46 zásadní poznámku prof. G. Amata.

společnost je automaticky lepší a srovnávají ochranu svobodné hospodářské soutěže s ochranou svobody slova, která také z principu nechrání jen ty „nejlepší“ či „spotřebitelsky nejžádanější“ myšlenky.¹²⁰

Tento hodnotový soud nepochybně překračuje rámec výše provedené analýzy. Směřuje však ke smířlivému závěru, že přes kritické vyznění průzkumu, který ukázal, že soutěžní politika a právo konečného spotřebitele vzývají, aniž by se mu konkrétně a přímo věnovaly, dobře činí, pokud trvají na tom, že se má tento spotřebitel „automaticky“ těšit z toho, že žije a spotřebovává ve společnosti, která chrání svobodu soutěžit na otevřených trzích. Výsledek provedeného průzkumu v souvislosti s právě zaujatým stanoviskem pak umožňuje odpovědět i na úvodní otázku, zda dochází či má docházet ke sloučení práva soutěžního s právem spotřebitelským. Odpověď je záporná, leda bychom vystoupali v charakteristikách ochrany soutěže a ochrany zájmů spotřebitelů na přiměřeně vysoký stupeň abstrakce, který se spokojí s globalizujícím vysvětlením, že ochrana soutěže před jejími omezeními, tak jak jí chápe a provádí orgány EU, svědčí v dlouhodobé perspektivě zákazníkům, uživatelům a také konečným spotřebitelům, kterým umožňuje svobodný výběr mezi konkurujícími si nabídkami.

CONSUMER PROTECTION AND CONSUMER WELFARE IN EU COMPETITION LAW

Summary

The ongoing debate whether the consumer welfare becomes the paramount goal of antitrust policy and law leads to a logical questioning whether the protection of economic competition becomes part of a larger set of consumer law. The study therefore first discusses the theoretical issues of definitions of basic concepts and of systemic similarities and differences between the two sub-branches of law, and then examines in detail the extent to which the welfare and interests of consumers are specifically, or even exclusively, present in the basic legislative and soft-law documents of EU competition law, as well as in recent decisions of the European Commission and the European Court of Justice. In conclusion it proves that the final consumer belongs to the range of beneficiaries of positive effects of competition protection, but his welfare cannot be considered as the sole or the main goal of EU competition policy and law in the sense of their focus and the criteria for their application. Protection of competition is therefore not becoming part of the EU consumer protection, at least if we get beyond the general assertion that both branches of law are beneficial to the consumer.

Key words: protection of economic competition, consumer protection, consumer welfare, goals of EU competition policy and law

Klíčová slova: ochrana hospodářské soutěže, ochrana spotřebitele, spotřebitelský blahobyt, cíle evropské soutěžní politiky a práva

¹²⁰ ANDRYICHUK, O.: op. cit. (pozn. 2), str. 82–84.

REKLAMA V SOUTĚŽNÍM PRÁVU EU

VERONIKA VILÍMKOVÁ

1. ÚVODEM

Soutěžní právo se dělí na dvě hlavní oblasti. První z nich je právo na ochranu soutěže (hospodářská soutěž v užším slova smyslu), druhou pak právo na ochranu proti nekalé soutěži. V rámci předpisů upravujících nekalou soutěž je téma reklamy poměrně jasně upraveno a to směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006 o klamavé a srovnávací reklamě. Naopak vztah reklamy a práva na ochranu soutěže již tak jednoznačný není. Přitom reklama je jedním z hlavních prostředků sloužících k propagaci zboží a služeb a je tedy zřejmé, že může být prostředkem k narušení soutěže.

Tento článek je věnován právní úpravě reklamy v souvislosti jak s právem na ochranu soutěže, tak s právem na ochranu proti nekalé soutěži. Cílem článku je zjistit, zda může být jednání podniku propagující výrobky či služby pomocí reklamy posouzeno jako protiprávní (porušující soutěžní právo v užším slova smyslu). Nebo naopak, zda by mohla být reklama právem na ochranu hospodářské soutěže chráněna. Dále se pokusíme zjistit, jaká je právní úprava klamavé a srovnávací reklamy jako nekalosoutěžního jednání. A jestli zákaz klamavé, či případně srovnávací, reklamy nějak souvisí s ochranou soutěže.

Před vlastním rozborem vztahu reklamy a soutěžního práva je třeba popsat rozdíl mezi právem na ochranu soutěže (soutěžní právo v užším slova smyslu) a právem na ochranu proti nekalé soutěži. Obě tyto oblasti se sice týkají soutěžního práva, ale v mnohém se liší. Další kapitola bude pak věnována vztahu reklamy a práva na ochranu soutěže, a to konkrétně právní úpravě kartelových dohod a zneužití dominantního postavení. Poté se zaměříme na vztah reklamy a nekalé soutěže, tedy na klamavou a srovnávací reklamu.

2. PRÁVO NA OCHRANU SOUTĚŽE A PRÁVO NA OCHRANU PROTI NEKALÉ SOUTĚŽI

Právo na ochranu soutěže i právo na ochranu proti nekalé soutěži se týkají soutěže mezi podniky, v jiných aspektech jsou však značně rozdílné. Podle prof. Munkové je možné tyto oblasti rozlišit již na základě ekonomických vztahů. Právo

na ochranu soutěže je třeba posuzovat z pohledu makroekonomického, neboť se zde zabýváme ekonomikou jako celkem. Oproti tomu právo na ochranu proti nekalé soutěži dbá o vztahy na téže úrovni a jedná se tedy o mikroekonomické vztahy.¹

Mimo rozdílných vztahů z pohledu ekonomiky je možné uvedené oblasti soutěžního práva odlišit podle zájmu, který chrání. Cílem práva na ochranu hospodářské soutěže, jak již vyplývá z jeho názvu, je ochrana hospodářské soutěže jako takové. Hlavním zájmem je zajistit, aby podniky působící na trhu neomezovaly nebo dokonce nevyloučili volnou hospodářskou soutěž. Jsou proto zakázány veškeré praktiky, které by byly schopny narušit soutěž na vnitřním trhu EU.

Oproti tomu v oblasti práva na ochranu proti nekalé soutěži je převažujícím zájmem ochrana jednotlivých soutěžitelů². Cílem právní úpravy je ochránit soutěžitele před jejich konkurenty, se kterými se na trhu střetávají a před jednáním, které by bylo v rozporu s dobrými mravy soutěže.

Dalším odlišujícím znakem dvou zmiňovaných oblastí je rozdílná povaha právní úpravy. Soutěžní právo v užším slova smyslu je upraveno právními předpisy veřejnoprávní povahy, neboť ochrana soutěže je zájmem státu (Evropské unie). Oproti tomu právo na ochranu proti nekalé soutěži, které chrání jednotlivé soutěžitele, má charakter soukromoprávní.

Z výše uvedeného vyplývá, že při posuzování vztahu reklamy a soutěžního práva by bylo vhodné rozdělit tuto problematiku na dvě části. V následující kapitole bude tedy rozebrána reklama v souvislosti s právem na ochranu hospodářské soutěže (hospodářská soutěž v užším slova smyslu). Další kapitola pak bude věnována reklamě jako nekalosoutěžnímu jednání.

3. REKLAMA A HOSPODÁŘSKÁ SOUTĚŽ V UŽŠÍM SLOVA SMYSLU

Úpravu práva na ochranu hospodářské soutěže najdeme zejména v primárním právu EU a to konkrétně ve Smlouvě o fungování Evropské unie³ (dále jen SFEU) v čl. 101 až 109. V tomto článku se zaměříme pouze na čl. 101 a 102, které se týkají dohod mezi podniky (tzv. kartelových dohod) a zneužití dominantního postavení, neboť právě tyto dva články mohou být v souvislosti s reklamou porušeny.

První část této kapitoly bude věnována možnému vztahu reklamy a zákazu kartelových dohod. Půjde zejména o to, zda může být reklama (nebo přesněji dohoda týkající se využití reklamy) posouzena jako protiprávní ve smyslu článku 101 SFEU.

Ve druhé části se zaměříme na vztah reklamy a zákaz zneužití dominantního postavení upravený článkem 102 SFEU. Zde se pokusme odpovědět na otázku, zda může být reklama použita jako nástroj ke zneužití dominantního postavení.

¹ Viz blíže MUNKOVÁ, J.: *Právo proti nekalé soutěži: komentář*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 10–11.

² Smlouva o fungování Evropské unie používá pojem „podnik“. Oproti tomu v právu nekalé soutěže, například ve Směrnici o klamavé a srovnávací reklamě, je uváděn pojem „soutěžitel“. Pojem „soutěžitel“ navíc najdeme i v českém soutěžním právu. K těmto pojmům srov. blíže MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P.: *Soutěžní právo*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 83–115.

³ Smlouva o fungování Evropské unie, Úř. věst. C 83 ze dne 30. 3. 2010.

3.1 REKLAMA A KARTELOVÉ DOHODY (ČL. 101 SFEU)

Nejprve musíme zodpovědět otázku, zda je vůbec možné článek 101 SFEU na dohody týkající se reklamy aplikovat. Poté je třeba posoudit, zda jsou tyto dohody schopny naplnit skutkovou podstatu čl. 101 SFEU⁴, tj. ovlivnit obchod mezi členskými státy a omezit či narušit hospodářskou soutěž na vnitřním trhu EU. Pokud ano, tak přesto nemusí být dohoda posouzena jako protiprávní, neboť může spadat pod některou z výjimek.

Reklama může se zákazem kartelových dohod souviset dvojím způsobem. První možností je dohoda mezi výrobcem a distributorem, ve které výrobce distributorovi zakazuje provádět reklamu. Druhou možností je dohoda o společné reklamě, kterou uzavírá několik menších podniků za účelem minimalizace nákladů na propagaci svých výrobků. V prvním případě, pokud bude dohoda zakazující reklamu porušovat článek 101 SFEU, bude reklama jako taková právem EU chráněna. Oproti tomu ve druhém případě, když bude dohoda o společné reklamě posouzena jako protiprávní, bude naopak reklama právem EU zakázána.

3.1.1 APLIKOVATELNOST ČL. 101 SFEU NA DOHODY TÝKAJÍCÍ SE REKLAMY

Čl. 101 SFEU zakazuje dohody, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž účelem je vyloučení, omezení či narušení soutěže na vnitřním trhu. Ve druhé části prvního odstavce tohoto článku je pak uvedeno, čeho se takovéto dohody mohou týkat.⁵ Reklama zde výslovně uvedena není.

Podle čl. 101 odst. 1 písm. a) jsou pak zakázány ty dohody, které „přímo nebo nepřímo určují nákupní nebo prodejní ceny anebo jiné obchodní podmínky“⁶. Je tedy teoreticky možné zařadit dohodu týkající se využití reklamy pod pojem *dohody určující jiné obchodní podmínky*. Navíc z formulace „jsou neslučitelné, a proto zakázány, veškeré dohody mezi podniky, [...] zejména ty, které...“⁷ je zřejmé, že jde pouze o demonstrativní výčet. Mohou sem tedy patřit i jiné dohody, které v článku výslovně uvedené nejsou.

Aplikaci článku 101 SFEU na dohody týkající se reklamy potvrzuje i Komise. Podle ní pod právní úpravu obsaženou v tomto článku spadají různé dohody o obchodním využití, například i ty, které se zabývají distribucí, prodejním servisem či reklamou.⁸

⁴ Článek 101 Smlouvy o fungování Evropské unie zní: „S vnitřním trhem jsou neslučitelné, a proto zakázány, veškeré dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž účelem nebo důsledkem je vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na vnitřním trhu...“

⁵ Dle článku 101 SFEU jsou zakázány dohody, které: „a) přímo nebo nepřímo určují nákupní nebo prodejní ceny anebo jiné obchodní podmínky; b) omezují nebo kontrolují výrobu, odbyt, technický rozvoj nebo investice; c) rozdělují trhy nebo zdroje zásobování; d) uplatňují vůči obchodním partnerům rozdílné podmínky při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodněni v hospodářské soutěži; e) podmiňují uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisí.“

⁶ Smlouva o fungování Evropské unie, op. cit., čl. 101 odst. 1 písm. a).

⁷ Ibid., čl. 101 odst. 1.

⁸ Viz blíže Sdělení Komise Evropské unie, *Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci* ze dne 14. 1. 2011, Úř. věst. C 11, bod 225.

Z uvedeného rozboru jednoznačně vyplývá, že na dohody týkající se reklamy je možné aplikovat článek 101 SFEU. Pro posouzení, zda může být dohoda o společné reklamě nebo dohoda o distribuci zakazující reklamu protiprávní je tedy třeba vyřešit ještě otázku, jestli mohou být tyto dohody schopny omezit či narušit soutěž. Článek 101 SFEU totiž zakazuje pouze ty dohody, jejichž účelem nebo důsledkem je vyloučení, omezení či narušení soutěže na vnitřním trhu.

3.1.2 DOHODA ZAKAZUJÍCÍ REKLAMU A MOŽNÉ OMEZENÍ HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

Vertikálních dohod obsahujících ustanovení o provádění reklamy existuje mnoho. V tomto článku není možné podrobně rozebrat všechny tyto dohody, jako příklad tedy uvedeme jednu z nich a to dohodu o distribuci, ve které výrobce zakazuje distributorovi provádět reklamu.

Pokud by výrobce v dohodě o distribuci zakázal distributorovi provádět reklamu jím dodávaných produktů, je otázkou, zda by takováto dohoda ve svém důsledku mohla omezit hospodářskou soutěž. Jako příklad lze uvést situaci, kdy výrobce zakáže všem svým distributorům na území České republiky provádět reklamu. Motivem by mohl být zájem na tom, aby byla reklama na jeho výrobky jednotná. Poté se tento výrobce rozhodne své výrobky uvést i na trh v zahraničí, ale nechá na distributorovi z jiného členského státu, aby reklamu prováděl sám. Zahraniční distributor by se pak mohl rozhodnout prodávat výrobky i v České republice a měl by tak značnou výhodu oproti českým distributorům. A v důsledku toho by mohla být narušena soutěž mezi jednotlivými distributory.

Kdyby v dohodě o distribuci bylo stanoveno, že distributor nesmí provádět určitý druh reklamy (např. televizní reklamu) a tento zákaz by se týkal všech výrobků, tj. i výrobků konkurenčních výrobců, tak by narušení soutěže bylo ještě zjevnější. Tato dohoda by totiž ve svém důsledku omezovala distributora v jeho podnikatelské činnosti, neboť by (pokud by konkurenční výrobce neprováděl reklamu sám) nemohl prodávat výrobky jiných značek. Faktický důsledek dohody zakazující reklamu by byl stejný, jako dohoda o výhradní distribuci, ve které výrobce distributorovi zakazuje prodávat výrobky konkurenčních značek. Soudní dvůr EU potvrdil v několika rozsudcích, že na dohodu o výhradní distribuci se může aplikovat zákaz v článku 101 SFEU.⁹

Konkrétní příkladem dohod omezujících reklamu mohou být dohody, ve kterých sdružení soutěžitelů vymezují svým členům okruh kolem provozoven, kde mohou být umístěny reklamní poutače a omezují prostředky reklamy (např. zakazují reklamu na internetu, v tisku či v televizi). Propagace zboží a služeb je přitom z hlediska soutěže mezi podniky jednou z klíčových oblastí, neboť právě prostřednictvím reklamy

⁹ Jako příklad můžeme uvést Rozsudek Soudního dvora EU ze dne 14. února 1978, *United Brands Company a United Brands Continentaal BV proti Komisi Evropských společenství*, 27/76, Sb. soud. rozh. 1978 00207, odst. 159 nebo Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. července 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. a Grundig-Verkaufs-GmbH proti Komisi Evropského hospodářského společenství*, Spojené věci C-56/64 a C-58/64, Sb. soud. rozh. 1966 00429, s. 308–309.

konkurenční podniky bojují o zákazníky (konečné spotřebitele).¹⁰ Pokud tedy dohoda o distribuci omezí či úplně vyloučí možnost reklamy, je zřejmé, že může být omezena i soutěž mezi podniky.

K vlivu těchto dohod na hospodářskou soutěž se vyjádřila též Komise, podle které je pravděpodobné, že dohoda, která omezuje volnost rozhodování jedné ze stran takovým způsobem, že je snížena její motivaci vstoupit na trh druhé strany, bude mít omezující účinky na soutěž.¹¹ V případě dohody o distribuci obsahující zákaz reklamy se sice distributor nesnaží vstoupit na trh na úrovni výrobce, ale i tak může být soutěž omezena. Ve svém jednání bude totiž omezen nejen distributor, jak již bylo popsáno výše, ale i konkurenční výrobce, protože nebude moci uvádět na trh své výrobky prostřednictvím tohoto distributora. Toto potvrzuje i Soudní dvůr EU, podle nějž může být hospodářská soutěž narušena ve smyslu čl. 101 nejen dohodami omezujícími soutěž mezi stranami, ale i dohodami, které mají za důsledek vyloučení či omezení soutěže mezi jednou stranou dohody a jinými podniky.¹² Je tedy zřejmé, že dohoda zakazující reklamu může mít omezující účinky na hospodářskou soutěž.

3.1.3 DOHODA O SPOLEČNÉ REKLAMĚ A MOŽNÉ OMEZENÍ HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

Účelem dohody o společné reklamě je minimalizace nákladů na propagaci výrobků a služeb. Lze tedy očekávat, že se budou této dohody účastnit spíše menší podniky, které se snaží vstoupit na trh nově nebo které chtějí konkurovat velkým podnikům. Dalším příkladem může být situace, kdy podnik chce vstoupit na trh jiného členského státu. Spotřebitelé upřednostňují známé značky velkých firem, v důsledku čehož mají nové podniky značně ztížený přístup na trh.¹³

Podle Komise společná reklama neomezuje hospodářskou soutěž mezi zúčastněnými podniky, pokud je zaměřena obecně na podporu prodeje určitého druhu výrobků a není orientována na konkrétní značku. V takovém případě mají totiž z reklamy prospěch všichni výrobci a nepůjde tedy o narušení hospodářské soutěže. Takováto reklama by však neměla nabádat spotřebitele ke koupi výrobků z daného členského státu či jej odrazovat od nákupu produktů dovezených ze zahraničí.¹⁴

Dohody, jejichž cílem je standardizace produktů za účelem společné reklamy, nebudou podle Komise spadat do působnosti zákazu kartelových dohod tehdy, když nebude vyloučena hospodářská soutěž mezi stranami dohody a bude možné přistoupení jiného výrobce k této dohodě.¹⁵

¹⁰ Viz blíže POSPÍŠIL, I.: *Sdružení soutěžitelů z hlediska soutěžního práva*, Sdružení soutěžitelů pohledem ÚOHS, informační list č. 3/červenec 2010, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, str. 7.

¹¹ Viz blíže Sdělení Komise Evropské unie, *Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci*, op. cit., bod 238.

¹² Viz blíže Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. července 1966, *Consten a Grundig proti Komisi*, Spojené věci C-56/64 a C-58/64, op. cit., s. 309.

¹³ Tato problematika bude podrobněji popsána v kapitole 3.2 reklama a zneužití dominantního postavení.

¹⁴ Viz blíže Rozhodnutí Komise Evropských společenství ze dne 7. prosince 1984, *Milchförderungsfonds*, 85/76/EEC, Úř. věst. L 35, bod 38.

¹⁵ Viz blíže *1st Report on Competition Policy*, 1971, bod 37.

Některé dohody o společné reklamě však mohou mít omezující účinky na hospodářskou soutěž. Jako příklad lze uvést situaci, kdy se podniky budou snažit obejít zákaz stanovení cen tzv. tajně dohodnutým výsledkem, ke kterému lze dojít sjednocením výše nákladů. U výrobků, u kterých je nejvyšším nákladovým faktorem výroba, to nebude možné. Na druhou stranu u výrobků, kde je významným nákladovým faktorem právě propagace, může dohoda o společné reklamě k tajně dohodnutému výsledku značně přispět.

Dle Komise k tajně dohodnutému výsledku může vést i situace, kdy si podniky účastníci se dohody o společné reklamě budou vyměňovat informace o cenách. Sdílení těchto informací totiž přesahuje to, co je pro provádění dohody o společné reklamě nezbytné. Dohody o společné reklamě nebo společné propagaci tak mohou mít omezující účinky na hospodářskou soutěž.¹⁶

Z výše uvedeného vyplývá, že jak dohoda obsahující pravidla zakazující reklamu, tak dohoda o společné reklamě jsou v určitých případech schopny omezit či narušit hospodářskou soutěž. Dále je tedy třeba posoudit, zda tyto dohody mohou ovlivnit obchod mezi členskými státy.

3.1.4 VLIV DOHOD NA OBCHOD MEZI ČLENSKÝMI STÁTY

Vliv na obchod mezi členskými státy může mít například dohoda, která je uzavřena mezi podniky ze dvou různých členských států. Pokud tedy dohodu o distribuci uzavře výrobce z jednoho členského státu s distributorem působícím v jiném členském státě, bude mít tato dohoda zároveň vliv na obchod mezi členskými státy. Stejně to bude i u dohody o společné reklamě, kterou může uzavřít několik podniků z různých členských států za účelem minimalizace nákladů na propagaci svých výrobků v jiném členském státě.

Z výše uvedeného vyplývá, že jak dohoda obsahující zákaz reklamy, tak dohoda o společné reklamě spadají pod aplikaci článku 101 SFEU. Obě tyto dohody mohou zapříčinit omezení či narušení hospodářské soutěže a zároveň mít ovlivnit obchod mezi členskými státy. Dohoda týkající se reklamy, která naplní všechny tyto podmínky, tedy bude posouzena jako protiprávní ve smyslu článku 101 SFEU. Přesto tato dohoda může být nakonec povolena a to tehdy, když bude spadat pod některou z výjimek.

3.1.5 VÝJIMKY ZE ZÁKAZU KARTELOVÝCH DOHOD

Podle čl. 101 odst. 3 SFEU může být odstavec jedna prohlášený za neúčinný, pokud budou naplněny uvedené podmínky.¹⁷ Pokud dohoda splňuje uvedené kritéria, mohou smluvní strany získat individuální výjimku. Dále se zákaz kartelových dohod neaplikuje na tzv. blokové výjimky, které vydává Komise.

¹⁶ Viz blíže Sdělení Komise Evropské unie, *Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci*, op. cit., body 243 a 245.

¹⁷ Článek 101 odst. 3 SFEU: „Odstavec 1 však může být prohlášen za neúčinný pro dohody [...], které přispívají ke zlepšení výroby nebo distribuce výrobků anebo k podpoře technického či hospodářského pokroku, přičemž vyhrazují spotřebitelům přiměřený podíl na výhodách z toho vyplývajících, a které a) neukládají příslušným podnikům omezení, jež nejsou k dosažení těchto cílů nezbytná; b) neumožňují těmto podnikům vyloučit hospodářskou soutěž ve vztahu k podstatné části výrobků tímto dotčených.“

Navíc je možné, v případě menších podniků, aplikovat doktrínu „de minimis“, podle které se zákaz obsažený v čl. 101 odst. 1 SFEU nevztahuje na tzv. bagatelní dohody. Mezi ně patří dohody, jejich účastníci nemají na relevantním trhu ve vertikálních vztazích více než 15% a v horizontálních vztazích více než 10%.¹⁸ Dále se tento zákaz nevztahuje ani na tzv. malé a střední podniky. Dohody mezi menšími podniky tak mohou být z aplikace čl. 101 SFEU vyloučeny a to právě proto, že zde nehrozí omezení či narušení soutěže.¹⁹

Podle E. Vollebregta existuje mnoho případů, kdy bude dohoda o společné reklamě povolena. I kdyby se na dohodu vztahoval zákaz kartelových dohod, jak bylo popsáno výše, je poměrně vysoká pravděpodobnost, že by se dala aplikovat některá z uvedených výjimek. Možnost společné reklamy tak nabízí zejména pro malé a střední podniky skvělé možnosti, díky kterým mohou plně využívat výhod společného vnitřního trhu.²⁰

3.2 REKLAMA A ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ (ČL. 102 SFEU)

V této kapitole se zaměříme na vztah reklamy a zneužití dominantního postavení. Konkrétně se pokusíme odpovědět na otázku, zda může být použití reklamy považováno za protiprávní dle článku 102 SFEU. Abychom na ni mohli odpovědět, bude třeba nejprve posoudit, zda je možné uvedený článek na reklamní jednání vůbec aplikovat a pak zda je toto jednání schopné ovlivnit obchod mezi členskými státy.

3.2.1 MOŽNOST APLIKACE ČL. 102 SFEU NA REKLAMU

Podle článku 102 SFEU není zakázána samotná existence dominantního postavení, ale jeho zneužití a to za podmínky, že toto zneužití může ovlivnit obchod mezi členskými státy. Dále je v uvedeném článku upraveno, v čem takovéto jednání může spočívat.²¹ Reklama, jako možný prostředek zneužití, zde přímo uvedena není, výčet je však pouze demonstrativní (jako tomu bylo u článku 101 SFEU). Je tedy teoreticky možné zneužít dominantního postavení i jinými prostředky, než těmi, které jsou ve smlouvě uvedené, a jedním z nich může být právě reklama.

3.2.2 REKLAMA JAKO BARIÉRA VSTUPU NA TRH

Z výše uvedeného vyplývá, že použití reklamy by teoreticky pod aplikaci článku 102 SFEU spadat mohlo. Je však otázkou, zda by reklama mohla být prostředkem ke zneužití dominantního postavení i v praxi.

¹⁸ Viz blíže *Oznámení Komise o dohodách menšího významu, které výrazně neomezuji hospodářskou soutěž podle čl. 81 odst. 1 smlouvy o založení Evropského společenství (de minimis)* ze dne 22. prosince 2001, Úř. věst. C 368, bod 7.

¹⁹ Viz blíže SVOBODA, P.: *Úvod do evropského práva*. 4. vydání. Praha: C.H. Beck, 2011, s. 286.

²⁰ Viz blíže VOLLEBREGT, E. R.: *Joint brand advertising: is it allowed? European Competition Law Review*, Thomson Reuters, UK, 1997.

²¹ Dle článku 102 SFEU může zneužití dominantního postavení spočívat zejména: „a) v přímém nebo nepřímém vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen anebo jiných nerovných obchodních podmínek; b) v omezování výroby, odbytu nebo technického vývoje na úkor spotřebitelů; c) v uplatňování rozdílných podmínek vůči obchodním partnerům při plnění stejné povahy, čímž jsou někteří partneři znevýhodňováni v hospodářské soutěži; d) v podmiňování uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která ani věcně, ani podle obchodních zvyklostí s předmětem těchto smluv nesouvisí.“

Na tuto otázku se pokusíme odpovědět pomocí teorie zvané „Market power theory of advertising“. Podle ní se velké, na trhu již zavedené společnosti, snaží pomocí reklamy odlišit své značky od jiných, méně známých značek. V důsledku toho je možné, že budou spotřebitelé výrobky známých značek vnímat jako odlišné produkty a nebudou je pak považovat za nahraditelné produkty novými.

Dle názoru L. Paterson může věrnost spotřebitele k určité značce ve svém důsledku ztěžovat vstup na trh novým výrobcům. Spotřebitelé, které Paterson označuje za loajální ke své značce, totiž nejsou ochotni zkusit něco nového. Při nákupu upřednostní známý značkový výrobek oproti jinému nevyzkoušenému produktu, i když by se jednalo o výrobky stejné kvality a ceny. Je podstatné, jak moc je loajalita k dané značce silná. Pokud je slabá, spotřebitel bude ochoten zkusit značku novou. Oproti tomu, pokud by spotřebitel nekoupil jinou značku (i kdyby byl výrobek levnější či kvalitnější), tak půjde o silnou loajalitu k dané značce. Silná loajalita se projevuje zejména v případě produktů dominantních podniků, které mají rozsáhlou reklamu.²² Velké společnosti tak mohou pomocí reklamy bránit potencionálním konkurentům ve vstupu na trh.

Toto potvrzuje i J. S. Bain, který považuje reklamu za jeden z příkladů bariéry vstupu na trh.²³ Je totiž obtížnější vstoupit na trh, na kterém jsou spotřebitelé loajální k malému počtu velkých výrobců, než na trh, kde působí velký počet menších podniků, aniž by se jednalo o známé značky.²⁴

Reklama jako bariéra vstupu na trh se objevila i v rozhodnutí Komise ve věci Nestlé/Perrier. Podle Komise národní dodavatelé vytvořili prostřednictvím dlouhodobých a rozsáhlých reklamních kampaní věrnost spotřebitelů k propagovaným značkám. Důsledkem byl vznik překážek a rizik pro vstup na francouzský trh a to jak pro nové místní dodavatele, tak pro nově vstupující z jiných sousedních zeměpisných trhů. Použitím reklamy tak byla vytvořena bariéra přístupu na trh.²⁵

Pokud se podnik snaží prostřednictvím reklamy vytvořit bariéru vstupu na trh a tak zabránit nebo ztížit přístup na trh svým potencionálním konkurentům, omezuje tím hospodářskou soutěž. Bude-li mít zároveň na trhu dominantní postavení, mohlo by se jednat o zneužití dominantního postavení zakázané článkem 102 SFEU.

3.2.3 MŮŽE BÝT POUŽITÍ REKLAMY PROTIPRÁVNÍ VE SMYSLU ČL. 102 SFEU?

Aby bylo určité jednání považováno za protiprávní ve smyslu čl. 102 SFEU, tak musí být splněny následující podmínky: existence dominantního postavení, jeho zneužití alespoň na podstatné části relevantního trhu a schopnost ovlivnit obchod mezi členskými státy.²⁶

Výše bylo popsáno, že reklama může být prostředkem ke zneužití dominantního postavení. Zbývá tedy vyřešit otázku vlivu na obchod mezi členskými státy. Odpověď

²² Viz blíže PATERSON, L.: The power of the puppy – does advertising deter entry? *European Competition Law Review*, Thomson Reuters, UK, 1997.

²³ Viz blíže BAIN, J. S.: *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, 1956.

²⁴ Viz blíže Rozsudek Soudního dvora ze dne 28. února 1991, *Stergios Delimitis proti Henninger Bräu AG*, C-234/89, Sb. soud. rozh. 1991 I-00935, bod 22.

²⁵ Viz blíže Rozhodnutí Komise Evropských společenství ze dne 22. července 1992, *Nestlé/Perrier*, 92/553/EEC, Úř. věst. L 356, bod 81 a 92.

²⁶ Viz blíže SVOBODA, P.: *Úvod do evropského práva*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 288.

na tuto otázku je poměrně jednoduchá. Stačí totiž, aby dominantní podnik působil v jiném členském státě, než jeho konkurenti.

Jako příklad lze uvést situaci, kdy v důsledku rozsáhlé reklamní kampaně dominantního podniku nebude moci na trh členského státu (kde tento dominantní podnik působí) vstoupit podnik z jiného členského státu. Pro konkurenční podnik bude totiž příliš riskantní vstup na nový trh, neboť výrobky jeho značky nebudou u spotřebitelů dodatečně známé a spotřebitelé zůstanou loajální již známým značkám.

Z výše uvedeného vyplývá, že reklama může být prostředkem ke zneužití dominantního postavení a její používání může být posouzeno jako protiprávní ve smyslu článku 102 SFEU.

3.2.4 REKLAMA A POSUZOVÁNÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ

Mimo posouzení zda lze považovat reklamu za prostředek ke zneužití dominantního postavení, je třeba zmínit ještě jinou možnou souvislost reklamy a článku 102 SFEU. První skutečností, která se zjišťuje při posuzování, zda nějaký podnik porušil článek 102 SFEU je to, zda má na relevantním trhu dominantní postavení. A právě zde se můžeme setkat s reklamou.

Jako příklad je možné uvést rozsudek Soudního dvora EU ve věci *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Komise*, který je známý pod názvem „Chiquita“. V tomto sporu Komise vyslovila názor, že reklamní kampaň je jedním z faktorů, které dohromady dávají převahu společnosti UBC nad ostatními konkurenty na trhu a že tato společnost má tedy dominantní postavení. Toto postavení pak dává společnosti UBC možnost chovat se na trhu nezávisle a to do té míry, že může bránit hospodářské soutěži.²⁷

Reklama tedy může být, v určitých případech, jedním z aspektů, které je třeba zohlednit při posuzování, zda má daný podnik na trhu dominantní postavení či nikoliv.

4. REKLAMA JAKO NEKALOSOUTĚŽNÍ JEDNÁNÍ

Tato kapitola se věnuje vztahu reklamy a práva na ochranu proti nekalé soutěži. Jak již bylo popsáno výše, jedná se o soukromoprávní úpravu a půjde tedy spíše o vztahy mezi jednotlivými soutěžiteli, než mezi jedním podnikem hospodářskou soutěží jako takovou.

Za nekalosoutěžní jednání mohou být považovány dva druhy reklamy a to klamavá a srovnávací reklama. V této kapitole nejprve rozebereme právní úpravu klamavé a srovnávací reklamy v právu EU. Jelikož se tato úprava neobjevuje v primárním právu, půjde zejména o sekundární právo, tj. směrnice. Poté se pokusíme definovat klamavou a srovnávací reklamu a posoudit, za jakých okolností je reklama považována za protiprávní.

²⁷ Viz blíže Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. února 1978, *United Brands Company a United Brands Continental BV proti Komisi*, 21/76, op. cit., odst. 58 a 59.

4.1 KLAMAVÁ A SROVNÁVACÍ REKLAMA V SEKUNDÁRNÍM PRÁVU EU

V právu Evropské unie byla klamavá reklama nejprve upravena směrnicí zabývající se pouze klamavou reklamou.²⁸ Samotná směrnice uvádí několik důvodů, které vedly k jejímu vytvoření. Jako první je zmíněna potřeba harmonizace různorodých právních úprav členských států, což je cílem každé směrnice a vyplývá to již z její podstaty. Dalším důvodem bylo zajištění fungování společného trhu (dnes již vnitřního trhu), což směrnice uvádí nejdříve obecně a dále pak upřesňuje, že různá úprava v právních předpisech členských států může ovlivňovat volný pohyb zboží a služeb. Cílem této směrnice je také potřeba ochrany spotřebitele.²⁹ V neposlední řadě směrnice uvádí, že „klamavá reklama může vést k narušení soutěže“³⁰, což jasně dokládá vztah reklamy a ochrany hospodářské soutěže.

Směrnice týkající se klamavé reklamy byla několikrát kodifikována a poté zrušena a nahrazena směrnicí obsahující úpravu klamavé a nově navíc i srovnávací reklamy.³¹ Cílem této směrnice je, stejně jako u směrnice předešlé, ochrana vnitřního trhu, ochrana spotřebitele a ochrana soutěže. Podle směrnice může totiž nejen klamavá, ale i nedovolená srovnávací reklama vést k narušení soutěže.

V případě obou směrnic se jedná o tzv. minimální harmonizaci,³² což znamená, že je stanovena minimální ochrana, která musí být transponována do vnitrostátních právních předpisů a jednotlivým členským státům je ponechána možnost přijmout opatření přísnější. V této souvislosti je možné říci, že přijetí přísnější úpravy na úrovni některých členských států by jistě vedlo k lepší ochraně jak spotřebitele, tak hospodářské soutěže, tato úprava by však naopak mohla být překážkou volnému pohybu zboží a služeb a tedy fungování vnitřního trhu. Pokud totiž některé členské státy přijmou úpravu přísnější, nezabrání se tak různorodosti právních předpisů, což je jeden z cílů směrnice. Možným řešením by bylo přijetí směrnice s maximální harmonizací či rovnou nařízením, které by obsahovaly přísnější právní úpravu a která by byla na úrovni všech členských států jednotná.

4.2 KLAMAVÁ REKLAMA

Pro náležité definování klamavé reklamy je třeba nejprve specifikovat, co je myšleno pod pojmem reklama. Podle obou výše zmiňovaných směrnic se reklamou

²⁸ Směrnice Rady 84/450/EHS ze dne 10. září 1984 o sblížení právních a správních předpisů členských států týkajících se klamavé reklamy, Úř. věst. L 250, 19. 9. 1984, s. 17–20.

²⁹ Směrnice 84/450/EHS uvádí, že „... reklama přesahuje hranice jednotlivých členských států a má tak přímý vliv na vytvoření a fungování společného trhu...“ „... [R]eklama se dotýká ekonomických zájmů spotřebitelů“ a „... v důsledku klamavé reklamy může spotřebitel při nákupu zboží nebo jiného majetku nebo využívání služeb činit rozhodnutí, která ho poškozuji, a že rozdíly v právních předpisech členských států nejenže mnohdy vedou k nedostatečné úrovni ochrany spotřebitele, ale rovněž brání provádění reklamních kampaní mimo území státu, a tím ovlivňují volný pohyb zboží a poskytování služeb...“ Směrnice 84/450/EHS, op. cit.

³⁰ Směrnice 84/450/EHS, op. cit.

³¹ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/114/ES ze dne 12. prosince 2006 o klamavé a srovnávací reklamě, Úř. věst. L 376, 27. 12. 2006, s. 21–27.

³² Toto vyplývá již z textu Směrnice 84/450/EHS: „... je nezbytné za tímto účelem stanovit minimální a objektivní kritéria, na základě kterých se posoudí, zda je reklama klamavá...“ Směrnice 84/450/EHS, op. cit.

myslí takové předvedení, které má za cíl podporu odbytu zboží či služeb.³³ Definice pojmu klamavá reklama byla z první do druhé směrnice převzata beze změny. Podle textu směrnic musí reklama naplnit několik znaků, aby byla posouzena jako klamavá a tedy protiprávní.

Prvním znakem, který musí být naplněn vždy, je skutečnost, že reklama klame nebo může klamat osoby, kterým je určena. Poté následují dvě alternativní podmínky, ze kterých musí být splněna alespoň jedna, aby byla reklama posouzena jako klamavá. Buď reklama ve svém důsledku pravděpodobně ovlivní chování osob, kterým je určena, nebo poškodí či je způsobilá poškodit jiného soutěžitele.³⁴ V případě, kdy by na relevantním trhu působil menší počet soutěžitelů, by důsledkem klamavé reklamy mohlo být nejen poškození jednoho či více soutěžitelů, ale zároveň i narušení hospodářské soutěže jako takové. Je tedy možné konstatovat, že klamavá reklama je schopna omezit či narušit hospodářskou soutěž.

Tento článek je sice zaměřen na právní úpravu na úrovni Evropské unie, na tomto místě je však vhodné srovnání s českým právem. Obchodní zákoník totiž definuje klamavou reklamu podobně, jako výše zmiňované směrnice, navíc však přidává podmínku, že dotčené jednání je způsobilé zjednat prospěch vlastnímu nebo cizímu podniku.³⁵

Pro úplnost je třeba doplnit, že pro posouzení, zda je reklama klamavá, je třeba dle směrnic vzít úvahu ještě další skutečnosti, jako informace v reklamě obsažené (vlastnosti zboží a služeb či cena) a skutečnosti týkající se zadavatele reklamy (např. jeho totožnost, majetek či zda má nějaká vyznamenání).³⁶

4.3 SROVNÁVACÍ REKLAMA

Srovnávací reklama, oproti klamavé reklamě, je v právu EU upravena až ve Směrnici 2006/114/ES. Podle této směrnice se za srovnávací reklamu považuje taková reklama, která (výslovně či nepřímou) označuje soutěžitele nebo zboží či služby nabízené soutěžitelem.³⁷ Úprava v českém obchodním zákoníku navíc přidává, že se informace ve srovnávací reklamě musí týkat „jiného soutěžitele“.³⁸ Český zákon tak ze své působnosti vylučuje reklamu, která by srovnávala různé výrobky stejného soutěžitele.

Srovnávací reklama je povolena, pokud jsou splněny podmínky uvedené ve směrnici. Mezi tyto podmínky patří požadavek, že reklama nesmí být zároveň klamavá,

³³ Směrnice 2006/114/ES definuje reklamu jako „... každé předvedení související s obchodem, živností, řemeslem nebo svobodným povoláním, jehož cílem je podpora odbytu zboží nebo poskytnutí služeb, včetně nemovitostí, práv a závazků“. Směrnice 2006/114/ES, op. cit., čl. 2 písm. a).

³⁴ Směrnice definuje klamavou reklamu jako „... [reklamu], která jakýmkoli způsobem, včetně předvedení, klame nebo pravděpodobně může klamat osoby, kterým je určena nebo které zasáhne, a která pro svůj klamavý charakter pravděpodobně ovlivní jejich ekonomické chování, nebo která z těchto důvodů poškodí nebo může poškodit jiného soutěžitele“. Směrnice 2006/114/ES, op. cit., čl. 2 písm. b).

³⁵ Dle českého obchodního zákoníku je klamavou reklamou „... šíření údajů o vlastním nebo cizím podniku, jeho výrobcích či výkonech, které je způsobilé vyvolat klamnou představu a zjednat tím vlastnímu nebo cizímu podniku v hospodářské soutěži nebo v hospodářském styku prospěch na úkor jiných soutěžitelů, spotřebitelů nebo dalších zákazníků“. Zákon č. 513/1991 Sb. obchodní zákoník, § 45 odst. 1.

³⁶ Viz blíže Směrnice 2006/114/ES, op. cit., čl. 3.

³⁷ Viz blíže Směrnice 2006/114/ES, op. cit., čl. 2 písm. c).

³⁸ Dle českého obchodního zákoníku je za srovnávací reklamu považována: „... jakákoliv reklama, která výslovně nebo i nepřímou identifikuje jiného soutěžitele anebo zboží nebo služby nabízené jiným soutěžitelem.“ Zákon č. 513/1991 Sb. obchodní zákoník, § 50a odst. 1.

srovnávané zboží či služby jsou určeny stejným potřebám a srovnání musí být objektivní. Další podmínky zakazují reklamu, která by oslabovala důvěryhodnost soutěžitele, těžila z dobré pověsti ochranné známky, představovala napodobeninu nebo vedla k záměně ochranných známek.³⁹ Reklama přitom může srovnávat různé charakteristické rysy zboží i služeb, tedy i cenu. Aby byla reklama dovolena, všechny podmínky uvedené pod písmeny a) až h) v článku 4 Směrnice 2006/114/ES musí být splněny kumulativně.

Pokud některá z uvedených podmínek splněna není, reklama bude posouzena jako protiprávní. U srovnávací reklamy je zřejmé, že pokud například nebude objektivně porovnávat propagované zboží či služby nebo oslabí důvěryhodnost jiného soutěžitele, může nejenom poškodit jiné soutěžitele působící na trhu, ale zároveň bude v jejím důsledku narušena hospodářská soutěž mezi podniky.

4.4 KLAMAVÁ A SROVNÁVACÍ REKLAMA JAKO NEKALOSOUTĚŽNÍ JEDNÁNÍ

Klamavá a srovnávací reklama mají mnoho společného. Jak již bylo řečeno výše, oba tyto druhy reklamy jsou schopny poškodit jiné soutěžitele působící na trhu a narušit hospodářskou soutěž. Jejich právní úprava má tedy stejný cíl, tj. nejen ochranu spotřebitele, ale zároveň i ochranu ostatních soutěžitelů a celé hospodářské soutěže.

Mezi právní úpravou klamavé a srovnávací reklamy je však jeden zásadní rozdíl. Reklama, která je posouzena jako klamavá, je právem EU zakázána. Oproti tomu srovnávací reklama je za splnění určitých stanovených podmínek povolena. Důvodem tohoto rozdílu je skutečnost, že srovnávací reklama by mohla prospěšná, neboť může sloužit k informování spotřebitele, což je v jeho zájmu.⁴⁰ Podmínky, které musí splnit, jsou proto nastaveny takovým způsobem, aby zároveň nepoškozovala jiné soutěžitele a neomezovala hospodářskou soutěž.

5. ZÁVĚR

Reklama je jedním z nejčastěji používaných prostředků sloužících k propagaci zboží a služeb. Je tedy potřeba, aby byla právem chráněna. V soutěžním právu EU je možné považovat za pravidla sloužící na ochranu reklamy (nebo na ochranu podniků používajících reklamu) čl. 101 SFEU, jehož aplikace sice není z textu samotného ustanovení úplně zřejmá, uvedený rozbor však nasvědčuje závěru, že je možná. Z právní úpravy nekalé soutěže slouží k ochraně reklamy pravidla týkající se srovnávací reklamy,⁴¹ neboť ta může být ve prospěch spotřebitele.

³⁹ Viz blíže Směrnice 2006/114/ES, op. cit., čl. 4.

⁴⁰ Směrnice 2006/114/ES uvádí, že „[s]rovnávací reklama, pokud srovnává základní, důležité, ověřitelné a charakteristické rysy a není klamavá, může být oprávněným prostředkem k informování spotřebitele v jeho zájmu“. Směrnice 2006/114/ES, op. cit.

⁴¹ Ochranou srovnávací reklamy zde není myšleno to, že by se dané právní úpravy domáhal soutěžitel ve vztahu k jiným soutěžitelům. Reklama je chráněna v tom smyslu, že v důsledku existence směrnice není možné, aby členské státy vnitrostátní právní úpravou srovnávací reklamu zakázaly.

Na druhou stranu je zřejmé, že reklama může omezit či narušit hospodářskou soutěž. Určitý způsob propagování výrobků či služeb pomocí reklamy pak může být posouzen jako protiprávní, a to jak podle článku 101 SFEU (dohoda o společné reklamě, která by přispěla k tzv. tajně dohodnutému výsledku), tak podle článku 102 SFEU (např. situace, kdy reklama může být bariérou vstupu na trh). Hospodářskou soutěž může ve svém důsledku omezit i klamavá či srovnávací reklama (pokud není povolena). A právě ochrana hospodářské soutěže je jedním z důvodů jejich zákazu.

ADVERTISING IN EU COMPETITION LAW

Summary

This article summarizes rules of advertising in relation to the competition law. The question is whether the advertising is protected by competition law or on the contrary whether it might be considered as a violation of EU law. The article begins with theoretic differentiation between the competition law and unfair competition. The subsequent chapter analyses if articles 101 and 102 TFEU may apply on business practices in advertising products and services. The final chapter contains an analysis of unfair competition, in particular misleading and comparative advertising.

Key words: EU, competition law, article 101 TFEU, article 102 TFEU, advertising, misleading and comparative advertising

Klíčová slova: EU, soutěžní právo, článek 101 SFEU, článek 102 SFEU, reklama, klamavá a srovnávací reklama

HOSPODÁŘSKÁ SOUTĚŽ A DUŠEVNÍ VLASTNICTVÍ V PRÁVU EU

PAVEL SVOBODA*

1. ÚVODEM

Ve výčtu cílů EU v čl. 3/3 Smlouvy o Evropské unii („SEU“) je mj. uvedeno, že „*Unie vytváří vnitřní trh*“. Podle čl. 26/2 Smlouvy o fungování Evropské unie („SFEU“) „*vnitřní trh zahrnuje prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu v souladu s ustanoveními Smluv*“. Vnitřní trh má tedy – podle ideálu Soudního dvora EU („SDEU“) – představovat prostor, který se ekonomicky chová jako trh jediného státu: „*koncept společného trhu [...] zahrnuje odstranění všech překážek intrakomunitárnímu obchodu za účelem spojení národních trhů do jediného trhu, jehož podmínky jsou co nejbližší skutečnému vnitřnímu trhu*“ (15/81 Gaston Schul, bod 33). Takovému ideálu se přičií mj. jakákoliv práva absolutní povahy, omezená na území jednotlivého státu; práva duševního vlastnictví („PDV“)¹ takovými právy rozhodně jsou.

Právní postavení hospodářské soutěže Lisabonskou smlouvou neposílilo: její zajištění bylo na nátlak Francie vyňato z cílů EU, ale jiné cíle EU – vyvážený a trvale udržitelný rozvoj hospodářského života, vysoká úroveň zaměstnanosti a trvalý růst (čl. 3 SEU) – jsou podmíněny *otevřeným tržním hospodářstvím s volnou soutěží* (čl. 119/1 SFEU). Význam dodržování soutěžních pravidel nepřímou ale také vyplývá mj. z toho, že „*[s]tanovení pravidel hospodářské soutěže nezbytných pro fungování vnitřního trhu*“ patří mezi výlučné pravomoci EU (čl. 3 SFEU).

* Doc. JUDr. Pavel Svoboda, Ph.D., D.E.A. je docentem Právnické fakulty UK v Praze.

¹ K vymezení pojmu práv duševního vlastnictví srov. např. MUNKOVÁ J., KINDL J., SVOBODA P.: *Soutěžní právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, str. 309. Srov. též např. BEJČEK, J.: Antitrust a ochrana duševního vlastnictví. *ANTITRUST – REVUE SOUTĚŽNÍHO PRÁVA*, Praha: Sdružení KAIROS, Neuveden, 1, od str. 2–6; srov. též BEJČEK, J.: Ochrana soutěže a duševní vlastnictví. In: *Svatomartinská konference ÚOHS*, 2009.

Pro potřeby této práce uvedme, že právo EU nemá stabilní definici PDV: např. čl. 36 SFEU pracuje s pojmem „*průmyslové a obchodní vlastnictví*“, což SDEU vložil extenzivně tak, že do pojmu PDV spadají i autorské právo (55&57/80 Membran), jakož i práva k obchodní firmě (C-255/97 Pfeiffer Großhandel). Naproti tomu čl. 1(f) nař. 330/2010 definuje PDV jako „*práva k průmyslovému vlastnictví, know-how, autorská práva a příbuzná práva*“ – s tzv. obchodním vlastnictvím na rozdíl od čl. 36 SFEU tedy již nepracuje. V úvahu je třeba vzít i tu skutečnost, že EU sama i všechny její členské státy jsou signatáři TRIPs (Dohoda o obchodních aspektech duševního vlastnictví – Trade-related Intellectual Property Aspects, vyhl. 191/1995 Sb.), podle jejíhož čl. 1/2 DV zahrnuje autorská díla a příbuzné předměty ochrany, ochranné známky, zeměpisná označení, průmyslové vzory, vynálezy, topografie integrovaných obvodů, významné nezveřejněné informace (tj. know-how, obchodní tajemství, goodwill)

Před již zmíněnými cíli EU (čl. 3 SEU) ale SEU v čl. 2 upravuje hodnoty EU, mezi něž patří dodržování lidských práv. Od Lisabonské smlouvy právně závazná Listina základních práv EU („LZP“) v čl. 17/2 řadí výslovně mezi chráněná základní práva PDV: „*Duševní vlastnictví je chráněno.*“

Konečně duševní vlastnictví („DV“) je vlastnictví, a proto i na ně vztahuje čl. 345 SFEU, ponechávající jejich úpravu v pravomoci členských států: „*Smlouvy se nijak nedotýkají úpravy vlastnictví uplatňované v členských státech.*“

Obchod zbožím a službami je obecně takřka obestřen DV – ochrannými známkami, patenty či autorskými právy. Možná vás bez nich ještě ostříhají u kadeřníka anebo si koupíte anonymní mrkev, ale s přibývajícím přidanou hodnotou či individualizací zboží či služby zakrátko na nějaké DV nutně narazíte. Z toho vyplývá, že hovořit např. o liberalizaci obchodu a služeb jen na úrovni daní, cel, embarg či kvót je sice pěkná, ale od reality vzdálená teorie: skutečný obchodní život lze jako celek postihnout právě jen při započtení omezení, která pro jeho liberalizaci představují právě PDV.

Z výše uvedeného vyplývá potřeba v těchto úvodních poznámkách nejprve stručně naznačit problém vztahu hospodářské soutěže a DV obecně a poté pojmenovat zvláštní výzvy, které pro tento kolizní vztah představuje odstraňování obchodních hranic mezi státy vnitřního trhu EU, resp. Evropského hospodářského prostoru.² Zbytek práce pak bude věnován vztahu PDV a soutěžním článkům 101 a 102 SFEU.³

Analýza vztahu soutěže a PDV je problematická z hlediska metodologického: buď lze postupně analyzovat jednotlivé protisoutěžní praktiky napříč všemi druhy PDV, anebo postupovat naopak po jednotlivých PDV a v jejich rámci zkoumat možná protisoutěžní jednání. Ani jeden z přístupů není zcela přehledný. Pro oblast čl. 101 SFEU jsme zvolili analýzu podle druhů PDV, protože zde jsou důležité rozdíly mezi specifickými předměty ochrany DV: ty působí, že klauzule zakázaná u jednoho druhu PDV je povolena u jiného druhu PDV. Naproti tomu později u analýzy čl. 102 SFEU zvolíme postup opačný: podle zakázaných jednání napříč všemi PDV.⁴

1.1 HOSPODÁŘSKÁ SOUTĚŽ A DUŠEVNÍ VLASTNICTVÍ: PERMANENTNÍ KONFLIKT, ANEBU DVĚ STRANY TĚŽE MINCE?

Na první pohled jsou PDV v permanentním konfliktu s principem hospodářské soutěže. Ta má za cíl svobodnou hru více soutěžitelů na trhu, jíž se dosahuje mj.

² Svobody vnitřního trhu, stejně jako pravidla hospodářské soutěže co do územní působnosti zahrnují nejen členské státy EU, ale na základě Dohody z Porta (1992) vytvářející Evropský hospodářský prostor, též členské státy Evropského sdružení volného obchodu (ESVO – EFTA) – Norsko, Island a Lichtenštejnsko. Cílem této vnější smlouvy je „*zavést co možná nejlépe volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu v celém EHP tak, aby vnitřní trh zavedený na území Unie zahrnoval také státy ESVO*“ (C-72/09 Rimbaud, bod 20). Totéž lze říci o Švýcarsku, které sice v referendu (také 1992) Dohodu z Porta odmítlo, ale na základě řady bilaterálních smluv navázalo s EU obdobný režim; srov. SVOBODA, P.: *Právo vnějších vztahů EU*. Praha: C. H. Beck, 2010, str. 200. Pro zjednodušení budeme v této práci odkazovat na vnitřní trh EU s vědomím, že územní působnost zkoumaných právních zásad a norem je širší.

³ Z důvodu rozsahu této práce je vynechána analýza vztahu spojování podniků a PDV. K této oblasti doporučujeme detailní právně-ekonomickou studii REGIBEAU, P., ROCKETT, K.: *Assessment of potential anticompetitive conduct in the field of intellectual property rights and assessment of the interplay between competition policy and IPR protection* (2011); dostupné on-line na http://ec.europa.eu/competition/consultations/2012_technology_transfer/study_ipr_en.pdf.

⁴ Vzhledem ke specializaci autora je mezi PDV mírně větší akcent kladen na oblast autorskoprávní.

minimalizací vlivu výlučných práv. PDV naopak jsou zásadně práva výlučná, nositelé tohoto zákonného monopolu většinou svobodně rozhodují o tom, zda jejich užití třetím osobám dovolí, či nikoliv. Bližším pohledem ale zjišťujeme, že tento konflikt neplatí, zkoumáme-li účel existence obou právních úprav. Tento účel je společný: „*podpora tvůrčí inovace, ekonomického růstu, soutěživosti a v důsledku toho zlepšení blahobytu konečného spotřebitele.*“⁵ Tento účel potvrzuje např. čl. 101/3 SFEU, dovolující ta protisoutěžní ujednání, jež mj. „*přispívají ke zlepšení výroby nebo distribuce výrobků anebo k podpoře technického či hospodářského pokroku*“; toho se dosahuje právě za pomoci PDV. Státy ostatně chrání PDV za stejným účelem: povzbuzení duševní tvorby, vedoucí k inovacím.

Ke společnému cíli podpory invací však obě odvětví práva přispívají odlišnými přístupy, jež doktrína nazývá „*klacek a mrkev*“: zatímco klacek – soutěžní pravidla nutí podniky k inovacím dohledem nad soutěžní otevřeností trhu, mrkev představují PDV, odměňující tvůrce za jejich úsilí absolutními právy a s tím souvisejícími odměnami finanční povahy.⁶

To, že obě oblasti právní úpravy mají jeden společný účel, ale nic nemění na konfliktu, který pramení z rozdílnosti jejich podstat. Ostatně i na globální úrovni uznává vliv PDV na soutěž především čl. 40/1 TRIPS: „*Členové se shodli na tom, že některé licenční praktiky nebo podmínky, vztahující se k právům duševního vlastnictví, které omezují soutěž, mají nepřiznivě účinky na obchod a mohou být překážkou převodu a rozšiřování technologií.*“

Skutečnost, že PDV jsou chráněna za účelem podpory invace, ale nedokáže zabránit jejich zcela protichůdnému užití, totiž že PDV jsou v rámci nejrůznějších obchodních strategií používány nejen k narušení hospodářské soutěže, ale právě i k omezování invací, tedy proti vzniku dalších PDV na straně konkurence. Ve věci T-201/04 *Microsoft* tak šlo o snahu dominanta ovládnout sekundární⁷ softwarový trh mediálních programů, jež ke svému fungování potřebují funkční napojení na operační systém. Ve věci *Intel*⁸ šlo o protisoutěžní poskytování slev k zajištění exkluzivity na primárním trhu. Případ T-321/05 *AstraZeneca* zas otevřel otázku zneužití patentového řízení k porušení čl. 102 SFEU. Sdružené technologie (*technology pools*) zas hrozí kartelizací průmyslových standardů.⁹

⁵ UTĚŠENÝ, P.: *Tržní moc a duševní vlastnictví v evropském soutěžním právu*. C. H. Beck 2005, str. 6.

⁶ Srov. ANDERMAN, S., SCHMIDT, H.: *EU Competition Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press, 2001, str. 12. Tamtéž an. je k dispozici stručná analýza různých ekonomických přístupů, analyzujících význam PDV a soutěžního práva pro podporu inovací.

⁷ K pojmům primárního a sekundárního (hlavního a vedlejšího) trhu viz MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P.: op. cit., str. 180.

⁸ Rozhodnutí Komise ve věci COMP/37.990 *Intel* z 13. 5. 2009.

⁹ Technology pool je ujednání dvou nebo více stran vytvoří balík technologií, jež jsou poté licencovány nejen stranám, ale i třetím osobám (bod 210 TT-Pokynů). Tím často dochází k vytvoření průmyslového standardu. Vytvoření sdružené technologie mj. implikuje společný prodej sdružených technologií, což u zaměnitelných technologií může vest k cenovému kartelu. Proto mj. nejsou pokryty blokovou výjimkou. Soutěžní rizika do značné míry závisejí na vztahu mezi sdruženými technologiemi navzájem a mezi sdruženými a ostatními (nesdruženými) konkurujícími technologiemi.

1.2 VNITŘNÍ TRH EU (EHP) V. ÚZEMNĚ OMEZENÉ VNITROSTÁTNÍ ÚPRAVY DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Výše popsaný prvoplánový konflikt mezi oběma úpravami je ještě výraznější v právu EU. Zde je třeba překonávat nejen výše popsaný obecný problém mezi výlučností PDV a odstraňováním výlučnosti v zájmu volné hospodářské soutěže, ale také konflikt mezi cílem odstraňovat hranice mezi členskými státy EU při obchodu zbožím či službami na jedné straně a teritoriální omezeností národních úprav PDV na straně druhé. Čl. 26 SFEU jasně přikazuje mezi členskými státy EU zřídit tzv. vnitřní trh – „*prostor bez vnitřních hranic, v němž je zajištěn volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu*“. PDV ale v sobě obsahují – pro oblast volného pohybu zboží, služeb i soutěže nebezpečnou – exkluzivitu, monopol jejich majitele udílet (kromě tzv. zákonných nebo soudních licencí) územně omezený (díky územní působnosti vnitrostátního práva) souhlas k užití předmětu PDV.¹⁰ Tím se PDV mohou stát prostředkem omezování soutěže v rámci obchodu mezi členskými státy EU, prostředkem parcelizace trhu, jež v EU obnovuje hranice mezi členskými státy.

I přes tuto teritorialitu a zásadní nebezpečí z ní vyplývající pro vnitřní trh EU neexistuje v právu EU celistvá úprava DV. EU paralelně používá několik nástrojů: sbližování vnitrostátních úprav členských států harmonizačními směrnici a účastí na mezinárodních úmluvách, vytvářením celounijních práv DV (zatím funguje v zásadě jen komunitární ochranná známka¹¹), ale také judikaturou SDEU, která ostří kolize mezi požadavky vnitřního trhu EU a PDV otupila rozvinutím dvou doktrín: doktrínou rozdílu mezi existencí a výkonem PDV a doktrínou vyčerpání PDV. Judikatura sehrála významnou roli potud, že normativní cesta překonávání hranic členských států ve vztahu k teritoriálně omezeným PDV (harmonizace, vytváření celounijních PDV, multilaterální úmluvy) postupovala vpřed jen pomalu. Jak řečeno, jde o obecnější problém vztahu práva vnitřního trhu EU a PDV, nikoliv jen o problém týkající se hospodářské soutěže a PDV v EU, a proto se oběma doktrínám budeme věnovat jen velmi stručně. Předtím ale naznačíme zdroj oprávnění SDEU omezit základní právo, jímž PDV jsou.

1.2.1 PRÁVNÍ ZÁKLAD MOŽNOSTI OMEZIT ZÁKLADNÍ PRÁVO PODLE LZP

PDV patří na základě čl. 17/2 LZP mezi základní práva: „*Duševní vlastnictví je chráněno.*“ Jakkoliv se jedná práva základní, jejich omezování je možné: analogicky lze aplikovat čl. 17/1 LZP, podle něhož „*[n]ikdo nesmí být zbaven svého majetku, s výjimkou existence veřejného zájmu, a to v případech a za podmínek stanovených zákonem a při poskytnutí odpovídající náhrady v přiměřené lhůtě. Užívání majetku může být upraveno zákonem v míře, která je z hlediska veřejného zájmu nezbytná.*“

¹⁰ Omezení této absolutní výlučnosti existuje i na základě zákona, a to dvojmo: (1) vyčerpání práva, (2) nucené licence. Se soutěžní problematikou toto souvisí jen potud, že nucená licence nikdy není výlučná, a proto zásadně nemůže být považována za omezování soutěže.

¹¹ Viz nařízení o komunitární ochranné známce 40/94.

Můžeme se ptát, zda analogické použití druhé části čl. 17/1 LZP na čl. 17/2 LZP je možné, zda absencí výslovného ustanovení o možnosti omezení PDV – na rozdíl od čl. 17/1 LZP – nechtěli autoři LZP říci pravý opak, tj. že PDV nelze omezovat. Na tuto otázku je třeba odpovědět záporně, a to ze dvou důvodů:

- (1) Čl. 52/1 LZP obecně připouští při splnění řady podmínek možnost omezení základních práv upravených LZP: „Každé omezení v uplatňování práv a svobod uznávaných touto Chartou musí být stanoveno zákonem a musí být přitom chráněna jejich podstata. V souladu se zásadou přiměřenosti lze omezení uplatnit jen tehdy, jsou-li nezbytná a odpovídají-li účelům sledujícím obecný zájem uznávaný Unii nebo potřebě chránit práva a svobody druhých.“ „Zákonem“ zde lze rozumět i všeobecné zásady právní, společné členským státům EU, jak jsou vyloženy SDEU.¹²
- (2) Podle čl. 52/3 LZP „[p]okud tato listina obsahuje práva odpovídající právům zaručeným Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod, je smysl a rozsah těchto práv stejný, jako smysl a rozsah práv stanovených touto úmluvou. Toto ustanovení nebrání, aby právo Unie poskytovalo širší ochranu.“ Tím LZP otevírá dveře pro aplikaci EÚLP a judikatury ESLP. Podle čl. 1 Dodatkového protokolu k EÚLP (právo na pokojné užívání vlastnictví) je možné toto právo omezit za podmínek obdobných čl. 17/1 LZP,¹³ a proto se tato možnost omezení vztahuje i na čl. 17/2 LZP o ochraně DV jako druhu vlastnictví.

1.2.2 DOKTRÍNA JEDNOTNÉ APLIKACE

Z výše uvedených důvodů mohl SDEU vytvořit prostor pro aplikaci soutěžního práva EU mj. **doktrínou jednotné aplikace**¹⁴ – **rozdílem mezi existencí a výkonem PDV**. SDEU rozhodl, že respektování pravomoci členských států chránit DV podle čl. 345 SFEU se bezvýhradně vztahuje pouze na otázku, zda členský stát konkrétnímu druhu DV ochranu poskytne či nikoliv, tj. zda podle právního řádu daného státu tento druh DV vůbec bude **existovat**. Zato **výkon** těchto absolutních práv ale již není plně v kompetenci členských států.

Hranici mezi existencí a výkonem PDV pak precizoval SDEU tím, že stanovil, že do nedotknutelné pravomoci členských států podle čl. 345 SFEU spadá právo definovat pro každý druh DV, jemuž chce členský stát poskytnout ochranu, tzv. **zvláštní předmět ochrany**,¹⁵ a to v závislosti na „**základní funkci**“ takového práva.¹⁶ Např. základní funkcí autorského práva je „*zajistit morální ochranu díla a odměnu za úsilí tvůrce*“ (T-70/89 BBC v. Komise, bod 58).

¹² Toto nepřímo vyplývá z judikátů ze starších judikátů, např. 44/79 Hauer, body 13–23, a 5/88 Wachauf, bod 18; v poslední době např. T-341/07 Sison III, bod 50 an.

¹³ Čl. 1 Dodatkového protokolu k EÚLP:

„1. Každá fyzická nebo právnická osoba má právo pokojně užívat svůj majetek. Nikdo nemůže být zbaven svého majetku s výjimkou veřejného zájmu a za podmínek, které stanoví zákon a obecné zásady mezinárodního práva.

2. Předchozí ustanovení nebrání právu států přijímat zákony, které považují za nezbytné, aby upravily užívání majetku v souladu s obecným zájmem a zajistily placení daní a jiných poplatků nebo pokut.“

¹⁴ Angl. *uniform application*, fr. *application uniforme*.

¹⁵ Angl. *specific subject matter*, fr. *objet spécifique*, něm. *der spezifische Gegenstand*; tím není myšlen předmět ochrany – nehmotný statek sám, ale právo užití nehmotného statku.

¹⁶ Angl. *essential function*.

Pojem základní funkce PDV je užitečným vymezením základních zájmů majitele PDV na poskytnutí ochrany; po překročení těchto zájmů se lze domnívat, že majitel PDV již jedná v zakázaném zájmu narušování soutěže, např. zneužití dominantního postavení odmítnutím licence jakékoliv třetí osobě, aniž by majitel sám PDV využíval – tedy umělé udržování trhu bez příslušného zboží či služby, což rozhodně není důvodem, proč právo autorská díla chránit.

I přes různorodost PDV lze zjednodušit, že zvláštní předmět ochrany zahrnuje právo (a) umístit poprvé do oběhu, ať přímo nebo prostřednictvím licence, (b) bránit se porušením ze strany třetích osob bez jakéhokoliv vztahu k předmětu DV.¹⁷

1.2.3 VYČERPÁNÍ PRÁV

Společným cílem pravidel volného pohybu zboží, služeb i soutěže v EU je nerozdělenost vnitřního trhu, kde se zboží a služby volně pohybují a kde jejich výrobci, majitelé či poskytovatelé mezi sebou nerušeně soutěží. Tento cíl v oblasti vnitrostátních – tedy teritoriálně omezených – požadavků na kvalitu výrobků zajišťuje vedle minimální harmonizace vnitrostátních standardů rovněž princip vzájemného uznávání vnitrostátních standardů a jejich vnitrostátních kontrol (120/78 Cassis de Dijon a navazující judikatura).

V oblasti PDV nerozdělenost vnitřního trhu EU zajišťuje – opět kromě jisté harmonizace vnitrostátních úprav – **princip vyčerpání práv**:¹⁸ zboží dané do oběhu v EHP vlastníkem PDV nebo s jeho souhlasem má právo být volně obchodováno po celém EHP.¹⁹ Jde o rub výlučného práva uvést poprvé předmět DV do oběhu.

Jak jsme ale uvedli, (i) koncept vyčerpání práva je konceptem především pro potřeby zachování volného pohybu zboží, (ii) legalita podle pravidel volného pohybu zboží neznamená automaticky legalitu podle pravidel hospodářské soutěže. To potvrdil i SDEU: „*Je-li převod ochranné známky mezi nezávislými podniky důsledkem dohody o rozdělení trhu, použije se zákaz protisoutěžních dohod podle čl. [101 SFEU] a převody, které takovou dohodu uskutečňují, jsou neplatné. Nicméně převod ochranné známky může být považován za dohodu zakázanou čl. [101 SFEU] pouze po posouzení souvislosti, závazků v pozadí převodu, úmyslu stran a protiplnění za převod*“ (9/93 Ideal Standard, bod 59).

Obecně formulovanou zásadu vyčerpání PDV by ale bylo třeba upřesnit, pokud jde o její územní a věcnou působnost, pojem souhlasu, jakož i případné výjimky, stejně jako o aplikaci principu vyčerpání na jednotlivé druhy DV; to jde ale nad rámec této práce.²⁰

¹⁷ V případě autorských děl je výčet těchto práv obsažnější. K výčtu zvláštních předmětů ochrany viz MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P.: op. cit., str. 314.

¹⁸ Angl. *exhaustion of rights*, fr. *l'épuisement du droit*.

¹⁹ Proto se někdy právo uvádět zboží či službu na trh zkratkovitě označuje jako právo distribuční.

²⁰ Viz k tomu blíže MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P.: op. cit., str. 315–323.

2. ZÁKLADNÍ PRINCIPY VZTAHU SOUTĚŽNÍHO PRÁVA A PRÁV DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Vztah soutěžního práva a PDV se řídí následujícími zásadami:

(i) Výkon PDV může porušit jak zákaz protisoutěžních ujednání mezi soutěžiteli (čl. 101/1 SFEU, §3 ZOHS)²¹ i zákaz zneužití dominantního postavení (čl. 102 SFEU, § 10 ZOHS).²²

(ii) Skutkové podstaty protisoutěžní dohody a zneužití dominantního postavení jsou na sobě relativně nezávislé: to, že nedošlo k protisoutěžnímu kartelu, neznamená, že takové jednání nelze odsoudit jako zneužití dominantního postavení.²³

(iii) Nezávisle na čl. 101 a 102 SFEU se zkoumá předmětné omezení co do souladu s čl. 34 a 36 SFEU. Proto bude dobré si níže připomenout, jaký je obecně vztah pravidel soutěže a svobod vnitřního trhu.

(iv) Z výše uvedeného vyplývá, že soutěžní pravidla představují sekundární kritéria legality výkonu PDV (nastupující po vlastních předpisech DV), jejichž aplikace tento výkon může omezit (nikoliv zakázat PDV),²⁴ a to tehdy, jsou-li PDV používána jako „nástroj zneužívání“²⁵ nebo prostředek omezování soutěže.²⁶ Např. v pilotním rozsudku 56&58/64 Consten v. Grundig SDEU upozornil, že omezení výkonu PDV, vyplývající z napadeného rozhodnutí Komise, „neovlivňuje udělení těchto práv, ale pouze omezuje jejich výkon, nakolik je to nutné k tomu, aby byla dána účinnost zákazu podle čl. [101/1]“. Pro ostatní situace SDEU majitele PDV ujistil, že ustanovení Smluv nebudou narušovat normální výkon PDV, nenarušující soutěž.²⁷ Proto také např. ve věci C-241-2/91 Magill SDEU v bodě 50 rozhodl, že nejprve musejí být nalezeny „mimořádné okolnosti“, že výkon PDV bude prohlášen na odporující Smlouvám.

Opačná argumentace části doktríny, že by PDV měla mít přednost před pravidly soutěže pro jejich přínos inovacím a tomu odpovídající potřebě zajistit jejich majitelům odměnu pramenící z dočasného monopolu,²⁸ nebyla SDEU akceptována mj. proto, že

²¹ Srov. např. 40/70 Sirena: „Výlučné právo plynoucí z ochranné známky nepředstavuje samo o sobě dohodu či jednání ve vzájemné shodě, aby spadalo pod ustanovení článku [101/1 SFEU]. Avšak výkon takového práva v podobě smlouvy může spadat pod článek [101/1 SFEU], jestliže jeho předmětem, prostředkem nebo důsledkem je kartelová dohoda.“ Podobně v oblasti autorskoprávní SDEU zakázal majiteli autorského práva žalovat společnost Metro, aby mu zabránil bránit paralelnímu dovozu do SRN gramodesek, které Metro nakoupila od francouzské pobočky Deutsche Grammophon. I když šlo zásadně o vyčerpání výlučného distribučního práva, a tedy o volný pohyb zboží, SDEU jasně řekl, že čl. 101 SFEU se použije, „je-li prokázáno, že [takový výkon práva] je předmětem, prostředkem nebo důsledkem kartelové dohody, jež působí rozdělení společného trhu tím, že zakazuje dovozy z jiných členských států pro výrobky, které v nich byly řádně uvedeny na trh“ (78/70 Deutsche Grammophon).

²² Srov. např. 102/77 Hoffman-La Roche v. Centrafarm: „Výkon známkového práva [...] není v rozporu s článkem [102] Smlouvy pouze na základě toho, že jde o úkony podniku, který zaujímá dominantní postavení na trhu, nebylo-li známkové právo použito jako nástroj ke zneužití takového postavení.“

²³ T-51/89 Tetra Pak v. Komise.

²⁴ Srov. např. RAHNAŠTO, I.: Intellectual Property Rights, External Effects and Antitrust Law, citováno v: ANDERMAN, S., SCHMIDT, H.: *EU Competition Law and Intellectual Property Rights*. Oxford University Press, 2001, str. 4.

²⁵ 85/76 Hoffman-La Roche v. Komise, bod 51.

²⁶ 262/81 Coditel II, bod 14.

²⁷ 24/67 Parke Davis, str. 72.

²⁸ Srov. např. GOVAERE, I.: *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law*. Sweet & Maxwell, Londýn, 1996. Srov. též argumentaci AG Gulmana v C-241-2/91 P Magill.

systém právní ochrany DV musí vyvažovat ochranu nejen pionýrských inovátorů, ale i inovátorů následných, kteří přínos pionýrů rozvíjejí.

Právní systémy, zřetelně odlišující veřejné a soukromé právo, pak přicházejí s dalším argumentem ve prospěch vyššího hierarchického postavení pravidel hospodářské soutěže, jež se stávají korektivem výkonu PDV: i když regulace DV spadá do veřejného práva, konkrétní PDV udělená jednotlivci pro jeho DV se již ocitají v oblasti soukromoprávní; jejich výkon tudíž podléhá omezením pramenícím z práva veřejného, včetně práva hospodářské soutěže.²⁹

Jak ale z dalšího vyplyne, soutěžní právo zohledňuje přínos ochrany DV (vytváření nových hlavních i sekundárních trhů, šíření technologií licencemi PDV, ochrana inovací nejen pionýrských, ale i navazujících inovátorů), takže nejde z jeho strany o vrchnostenský přístup „padni, komu padni“; to ostatně odpovídá i obecné povaze soutěžního práva, jež při rozhodování ponechává dostatečný prostor pro uvážení ekonomické i jiné reality. Důvodem pro takový přístup je jisté i částečné prolínání cílů obou právních odvětví, zmíněných shora pod bodem 1.1. Proto byl také opuštěn prvotní přístup, jenž kvaziautomaticky spojoval PDV s tržní silou, a to ve prospěch současného individuálního posouzení každé situace.

3. OBECNÉ PODMÍNKY APLIKACE SOUTĚŽNÍHO PRÁVA V OBLASTI DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Připomeňme, že soutěžní právo EU se obecně aplikuje, je-li (1) obchod mezi členskými státy (2) citelně ovlivněn (3) jednáními (4) podniků (5) lokalizovanými v EU. V návaznosti na výše uvedené obecné výklady k základním institutům soutěžního práva se budeme zabývat specifiky, souvisejícími s DV.

3.1 PODNIK

Podnik (v českém právu „soutěžitel“) je pro účely soutěžního práva EU charakterizován ekonomickou činností a autonomním chováním na trhu, nikoliv nutně právně subjektivitou.³⁰

Tyto podmínky splňuje např. v oblasti průmyslového vlastnictví **majitel patentu**³¹ či **majitel průmyslového vzoru**,³² v oblasti obchodního vlastnictví **vlastník ochranné známky**,³³ ve světle práv příbuzných autorskému právu **výrobce zvukových záznamů**,³⁴ **vysílací organizace**,³⁵

²⁹ Srov. ANDERMAN, S., SCHMIDT, H.: op. cit., str. 5.

³⁰ Podrobněji k definici podniku – soutěžitele MUNKOVÁ, J., KINDL, J., SVOBODA, P.: op. cit., str. 83 an.

³¹ Rozh. Komise 76/29 AOIP v. Beyard.

³² 238/87 Volvo v. Veng.

³³ 40/70 Sirena, 56&58/64 Consten v. Grundig.

³⁴ 78/70 Deutsche Grammophon v. Metro.

³⁵ 155/73 Sacchi, C-241&242/91 RTE a ITP v. Komise „Magill“, srov. též rozh. Komise ARD: různé regionální televizní vysílače SRN, spojené v jednu organizaci s názvem ARD, byly v této věci žalovány podle čl. 101 SFEU kvůli smlouvám s americkými společnostmi o vysílacím právu na prvním kanálu německé televize, týkající se mj. amerických televizních filmů. Ze členů ARD tuto dohodu jako jediná nepodepsala regionální bavorská stanice, a nebyla tudíž žalována. Rozhodnutí neupřesňuje, proč ARD byla považována za podnik – smluvní stranu smlouvy, zatímco její členové za podnik považováni nebyli. Rovněž

autorská ochranná organizace,³⁶ ba i **výkonný umělec**.³⁷ Zdá se, že tato rozhodnutí jsou aplikovatelná i na ostatní nositele PDV. Naproti tomu se dříve mělo za to, že **autor** není zásadně podnikem: podnik „zajisté nezahrnuje autora, využívá-li osobně své dílo; předpokládá se jistý stupeň technické a komerční organizace, kterou zásadně u umělce postrádáme“³⁸. SDEU se zatím k této otázce výslovně nevyjádřil, ale již naznačil, že výše citovaná teze, by nemusela za všech okolností být udržitelná: „Výlučná práva udělená literárním a uměleckým vlastnictvím jsou, podobně jako ostatní práva k průmyslovému a obchodnímu vlastnictví, svoji povahou taková, že ovlivňují obchod se zbožím a službami a také soutěžní vztahy v rámci Společenství. Proto [...] podléhají požadavkům Smlouvy...“ (C-92 a 326/92 Phil Collins, bod 22); „autorské právo a práva příbuzná spadají do působnosti Smlouvy především díky svým účinkům na interkomunitární obchod zbožím a službami“ (C-360/00 Hessensko v. Ricordi, bod 24).

3.2 RELEVANTNÍ TRH

Vymezení věcného, zeměpisného, popř. časového relevantního trhu³⁹ je základním předpokladem správného přezkumu fungování hospodářské soutěže i v oblasti obchodu zbožím a službami, zahrnujícími DV.⁴⁰

Věcný relevantní trh – v oblasti **obchodu zbožím** je zejména třeba důsledně dělit na **trh základní** – hlavní⁴¹ a **trh vedlejší** – odvozený,⁴² např. v oblasti software např. diskové operační systémy (DOS)⁴³ v. grafická uživatelská rozhraní (GUI) v. softwarové aplikace⁴⁴. Takové užší vymezení věcného relevantního trhu Soudu umožňuje častěji dospět ke zjištění protisoutěžního jednání, a tak Soud zajišťuje, že „v případě absence obecně závazných norem a pravidel může jakýkoliv nezávislý výrobce, pokud jde o soutěžní právo EU, zcela volně vyrábět výrobky určené k užití v zařízení vyráběném třetími osobami, ledaže by tím porušoval patent nebo jiné průmyslové či duševní vlastnické právo“ (T-30/89 Hilti v. Komise, bod 68; srov. T-83/91 Tetra Pak v. Komise).

Podobně v oblasti **obchodu službami**, např. se odlišuje hlavní trh programů televizního vysílání jednotlivých vysílatelů včetně jejich autorskoprávně chráněných

neupřesňuje, proč rozhodnutí je adresováno regionálním společenstvem a ne ARD. Navíc Komise prohlásila ARD za podnik, jakkoliv se jednalo o instituci veřejného práva, pověřenou vnitrostátním právem poskytovat programy ve veřejném zájmu. Komise se opírá o to, že nákup televizních práv je ekonomickou aktivitou směřující k zisku, a při této činnosti podniky čelí konkurenci jiných podniků, zejména soukromých televizí (rozh. Komise IV/31/734, ÚV 1989 L 284, 36).

³⁶ 125/78 GEMA; srov. též předcházející rozhodnutí Komise č. 71/224 GEMA, ÚL L 134/1971.

³⁷ Operní pěvec – rozh. Komise 78/516 RAI – UNITEL, ÚV 1978 L 157: „Komise má dosud za to, že umělci jsou podniky ve smyslu čl. [101 SFEU], odst. 2, pokud komerčně využívají své umělecké výkony.“

³⁸ Srov. GÖTZEN, F.: Het Bestemmingsrecht van de Auteur, in: *Le droit de destination de l'auteur*. Brusel, 1975, str. 391.

³⁹ Obecně k definici relevantního trhu srov. Sdělení Komise (ES) o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (ÚV 97/C 372/03). Není ambicí tohoto článku seznamovat čtenáře blíže se základními pojmy soutěžního práva EU, naopak se jejich znalost předpokládá.

⁴⁰ T-62/98 Volkswagen v. Komise.

⁴¹ *Principal market, marché principal*.

⁴² *Ancillary market, marché auxiliaire*; srov. např. rozvoj hlavního trhu tabletů i sekundárního hardwarového i softwarového trhu v návaznosti na vytvoření Ipadu.

⁴³ Navíc Komise došla k závěru, že každý operační systém je nezaměnitelný, a proto vytváří samostatný relevantní trh (srov. rozh. Komise IV/M.050 AT&T/NCR).

⁴⁴ Viz 24. zpráva Komise o soutěžní politice (1994), body 364–5.

názvů a vedlejší trh – souhrnné publikování těchto názvů třetí osobou,⁴⁵ či trh zvukových a obrazových záznamů a komentářů koňských dostihů a trh sázek na koňské dostihy, jenž tyto záznamy a komentáře využívá.⁴⁶

V tomto posledně uvedeném rozhodnutí je zajímavě vymezen **zeměpisný relevantní trh**, a to podle zvyků poptávkové strany – podle konečných spotřebitelů, tj. v daném případě sázkařů.

Navíc zde SDEU zakotvil důležité pravidlo pro vztah mezi věcným a zeměpisným relevantním trhem: pokud je věcným relevantním trhem trh vedlejší a tento vedlejší trh je zeměpisně definován jako trh vnitrostátní, pak i hlavní trh musí být definován jako trh vnitrostátní a nikoliv větší.⁴⁷

3.3 CITELNÉ OVLIVNĚNÍ INTRAUNIJNÍHO OBCHODU

Pojem intraunijního obchodu byl v oblasti DV co do svého obsahu zpochybněn pouze jednou, a to otázkou, zda se vztahuje pouze na obchod zbožím anebo rovněž pokrývá sféru služeb. SDEU odpověděl, že „*není důvod omezovat výklad na pouhou výměnu zboží a neaplikovat ji na poskytování služeb*“ (22/79 SACEM I, bod 11). Zboží i služby mohou mít duševně-právní aspekty (např. nosiče zvuku, vysílání autorských děl), a proto jsou předmětem právní úpravy nejen z hlediska mezistátního obchodu,⁴⁸ ale – jak se níže ukáže – i z hlediska soutěžního.

3.4 LOKALIZACE PROTISOUTĚŽNÍHO JEDNÁNÍ V EVROPSKÉM HOSPODÁŘSKÉM PROSTORU

V autorskoprávních souvislostech se otázka geografického omezení intraunijního obchodu, tj. lokalizace protisoutěžního jednání v EU objevila dvakrát:

(i) Komise má za to, že podnik – ochranná organizace autorská s výlučnými právy, vykonávající svoji činnost na území jediného členského státu (v tomto případě GEMA – SRN), může ovlivnit obchod.⁴⁹

(ii) SDEU má za to, že pro posouzení, zda jednání podniku v dominantním postavení je schopno ovlivnit intraunijní obchod, je třeba zkoumat důsledky jednání podniku na strukturu skutečné konkurence ve společném trhu, a to bez rozlišení, zda příslušné výrobky jsou nebo nejsou exportovány. Tudíž smlouva o výkonu autorského práva, uzavřená na území členského státu podniky závislými na tomto státu, která se týká provozování díla v zemi mimo EU, může ovlivnit obchod mezi členskými státy.⁵⁰

⁴⁵ C-241, 242/91 RTE a ITP v. Komise „Magill“.

⁴⁶ T-504/93 Tiercé Ladbroke v. Komise.

⁴⁷ Viz UTĚŠENÝ, P.: op. cit., str. 27.

⁴⁸ Srov. čl. 207/1,4 SFEU pro společnou obchodní politiku EU či Dohodu o obchodních aspektech práv k duševnímu vlastnictví – Trade-Related Intellectual Property Rights (TRIPs) pro obchod mezinárodní.

⁴⁹ rozh. Komise VI/26/760, ÚV L 166/1972, 24.

⁵⁰ 22/79 SACEM I.

Tento koncept potvrzuje např. rozhodnutí belgických soudů ve věci *Time Limit* z 26. 10. 1978,⁵¹ kde se posuzoval případ dohody mezi anglickým hudebním vydavatelstvím Reditune s anglickou ochrannou organizací MCPS (Mechanical Copyright Protection Society), která obsahovala zákaz vývozu zvukových nosičů mimo Velkou Británii, která v té době nebyla členským státem EU a to z důvodu ochrany před zpětnými dovozy, neboť mezi státy existují rozdíly ve výši vybíraných poplatků.⁵² Rozhodnutí zdůrazňuje, že uvedená kartelová dohoda ovlivnila obchod v EU tím, že smluvní strany tím, že zakázaly vývoz nahrávek, z nichž se platilo pouze 6,25% honorářů z půjčovného, směřovaly ke zdražení těchto nahrávek na území EU (6,4%).

Ve věci 22/79 SACEM I se jednalo o smlouvu uzavřenou na území členského státu, jejímiž smluvními stranami byly dvě společnosti z různých členských států: britská Greenwich Film a francouzská autorská organizace SACEM. SACEM dohodou požadovala pro Greenwich Film odměnu za filmovou hudbu užitou ve filmech, které byly postoupeny k promítání ve více státech mimo EU. Šlo tedy o to, zda čl. 102 SFEU je možno aplikovat, i když provádění smluv se uskuteční mimo území EU. SDEU v této věci konstatoval, že „*ke zjištění, zda lze aplikovat čl. [102], nelze výkon některých smluv posuzovat izolovaně, ale ve světle všech jednání dané společností*“ (bod 12). To je dosti podivné, protože tím se předmět kontroly přesunuje z jednání podniku na podnik samý.

4. PROTISOUTĚŽNÍ DOHODY A PRÁVA DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Čl. 101 SFEU zakazuje všechny dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve shodě, jež mohou ovlivnit obchod nejen mezi členskými státy EU, ale i – na základě dohody o vytvoření Evropského hospodářského prostoru z r. 1992 – i dalšími členy EHP: Island, Norsko a Lichtenštejnsko. PDV sama o sobě zásadně ale nespádají pod čl. 101 SFEU: jde o výlučná **práva, nikoliv dohody**.

V oblasti PDV je třeba soustředit pozornost na tři typy horizontálních dohod: licence PDV, převod PDV a tzv. standardizační dohody.

Licence je oprávnění příjemce licence užívat DV, aniž by došlo ke zcizení DV – aniž by zaniklo originární právo poskytovatele licence k DV.⁵³ Licence můžeme dělit podle

⁵¹ RIDA, duben 1979, s. 158.

⁵² Dohoda obsahovala výši honoráře ve prospěch autorů 6,25 % z ceny půjčovného, jež je stanovena v UK zákonem. Jiná společnost Time Limit získala od Reditune nahrávky, vyvezla je do Belgie a tam je půjčovala. Za to dohodla s belgickou autorskou organizací SABAM honorář ve výši 6,4% z nájemného v Belgii. Po čase však Time Limit přestala společnosti SABAM platit honoráře a navíc ji zažalovala na navrácení již zaplacených částek s tím, že neměly být zaplacené, neboť autorské právo bylo vyčerpáno prvním řádným dáním do oběhu nahrávek v UK. Time Limit se rovněž dovolávala čl. 101 a 102 SFEU. Otázka zněla, zda dohoda uzavřená mimo EU (tehdy v UK) může ovlivnit obchod mezi členskými státy EU, když zakazuje export nahrávek mimo UK a stanoví honorář menší (6,25 %), než jaký by mohli autoři požadovat v kontinentální Evropě (6,4 %).

⁵³ K civilním aspektům licenční smlouvy k průmyslovým právům jakožto smluvního typu viz § 508 an. ObchZ, resp. §§ 2358–2389 NOZ.

jejich právního základu,⁵⁴ výlučnosti,⁵⁵ účelu,⁵⁶ nebo podle druhů nehmotných statků,⁵⁷ k nimž je licence poskytována.

Jinou dispozicí s PDV je jeho **převod**.

Konečně od převodu či licence je třeba odlišit **dohody o vymezení** (*delimitační dohody*). To jsou ujednání, jež mají cestou vzájemných ústupků odstranit spory a nejistotu o tom, zda existuje konflikt s jiným PDV a kde leží jeho meze. Takovéto dohody však mohou vést k rozdělování společného trhu. Poskytovatel licence by však bez nich často do licenčního vztahu vůbec nevstoupil.⁵⁸ Tyto dohody jsou zakázány, ledaže jejich právní a hospodářský kontext je ospravedlní ve světle čl. 101/3 SFEU.

Delimitační dohody známe v oblasti známkové či patentové. Na jejich základě se např. jedna smluvní strana zaváže nepoužívat určitou ochrannou známku pro jisté výrobky, anebo nenapadat používání jisté ochranné známky druhou smluvní stranou na jistém území nebo u jistých výrobců. Je-li omezení práv k ochranné známce ujednáno pouze v rozsahu nutném k odstranění nebezpečí zaměnitelnosti známek, nespadá toto omezení pod zákaz čl. 101/1 SFEU. Kritériem legality při posuzování těchto dohod je **realnost rizika záměny známek**. Je-li záměna možná, jde o legální dohodu předcházející možnému sporu, v opačném případě jde o simulovaný a protiprávní pokus o rozdělování trhu – to je závěr rozhodnutí Komise,⁵⁹ potvrzované Soudem.⁶⁰

Podobně v oblasti patentů platí, že „článek [101/1 SFEU] ve svém zákazu některých dohod mezi podniky nerozlišuje mezi dohodami, jejichž účelem je ukončit soudní

⁵⁴ Podle právního základu dělíme licence na licence:

- **smluvní** (*contractual licence, licence contractuelle, Kontraktlizenz*), jež jsou udělovány např. licenční, frančizovou smlouvou a jsou zásadně úplatné;
- **zákonné**, jež jsou stanovené státem formou legálního dovození užití pro úřední, zpravodajské, citační aj. účely cizí DV i proti vůli jeho vlastníka určitým způsobem, a to za úplatu či bezúplatně;
- **nucené** (*compulsory licence, licence obligatoire*) licence uděluje soud nebo jiný orgán státní správy, zejména nevyužívá-li majitel nehmotný statek bez řádného důvodu ani po uplynutí určité lhůty.

Srov. TELEC, I.: *Přehled práva duševního vlastnictví*. Díl I., 1. vyd. Brno: Doplněk, 2002. str. 95 an.

⁵⁵ Podle výlučnosti dělíme licence na:

- **vylučné** (exkluzivní), v níž se poskytovatel zavazuje příjemci, že na daný nehmotný statek neposkytne pro dané území licenci nikomu jinému, případně že ani on sám jej tam nebude využívat. Příjemce tak pro dané území získá postavení podobné majiteli PDV. V právu EU je však poskytovatel nemůže chránit před paralelními dovozy, jinak by takové ujednání mohlo být napadeno jako zakázané rozdělování vnitřního trhu;
- **nevylučné**, kde sice příjemci vzniká právo na užití, ale poskytovatel může nehmotný statek na daném území nadále využívat sám nebo udělením dalších licencí.

Kompromisem mezi oběma typy licencí je tzv. **sole licence**, v níž se poskytovatel zavazuje neposkytovat pro dané území licence třetím osobám, ale sám si ponechává možnost právo na daném území využívat. Srov. JONES, A., SUFRIN, B.: *EU Competition Law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, str. 716.

⁵⁶ Podle účelu dělíme licence na:

- **čisté**, kde se smlouva týká jen dispozice s DV,
- **smíšené**, jejichž obsahem je omezení licence co do účelu, např. výroba zboží. Poskytování služeb či i technická pomoc, tj. vyslání odborníků od poskytovatele k nabyvateli licence, zaškolení pracovníků nabyvatelé, dodávka zvláštních surovin apod.

⁵⁷ Podle druhů nehmotných statků, k nimž je licence poskytována, můžeme licence dělit na

- **ednoduché**, jejichž předmětem je jediný druh DV, a
- **sdrůžené** (*package licences*), jejichž předmětem jsou různé druhy DV – patent, ochranná známka, know-how. Ty mohou být využity i protisoutěžně, např. jako tzv. návazná smlouva, vnučující příjemci nákup některých licencí v balíku proti jeho vůli.

Srov. MALÝ, J.: *Obchod nehmotnými statky. Patenty, vynálezy, know-how, ochranné známky*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2002. str. 76, 77

⁵⁸ ANDERMAN, S. D.: *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*. 1st ed. New York: Oxford University Press, 1998. str. 123.

⁵⁹ Rozh. Komise Toltecs/Dorset, ÚV 1982 L 379/90 či Sirdar v. Phildar; ÚV 1975 L 125 str. 27–30.

⁶⁰ Srov. 35/83 BAT Cigaretten-Fabriken GmbH v. Komise. Srov. též rozhodnutí Komise Chiquita v. Fyffes.

řízení a dohodami s jiným zamýšleným účelem“ a že „ujednání o nenapadnutí v licenci k patentu může v závislosti na právním a hospodářském kontextu omezit soutěž ve smyslu čl. [101/1 SFEU]. Avšak takové ujednání soutěž neomezuje, pokud smlouva, jejíž je součástí, uděluje bezplatnou licenci a příjemce licence se tak neocitá v soutěžní nevýhodě s poplatkem spojené, nebo pokud je licence udělena za poplatek, ale vztahuje se na technicky zastaralý proces, který podnik, přijímající licenci a zavazující se k nena- padání, nepoužíval“ (65/86 Bayer,⁶¹ bod 21).

Čl. 101 SFEU porušuje zejména (i) protisoutěžní omezení jako součást dohody, (ii) nepřiměřený, zejména nedostatečný výkon výlučných licenčních práv, anebo (iii) podání žaloby, která se dovolává protisoutěžní dohody a tím sleduje protisoutěžní cíle. Naproti tomu odmítnutí licence se v praxi zásadně považuje za zneužití dominantního postavení, zakázané čl. 102 SFEU.

Vztah licenčních dohod k PDV má v soutěžním právu tři východiska: (i) omezení licence v. otevírání dveří, (ii) potřeba povzbuzovat udělování licencí k novým technologiím, (iii) teorie omezování konkurenceschopnosti.

(i) **Omezené licence v. otevírání dveří.** PDV udělují majiteli DV monopolní – výlučná práva k DV. Majitel PDV není povinen licenci zásadně udělovat (vyjma tzv. nucených licencí). Udělením licence k DV tedy dojde z hlediska užití DV k „**otevření dveří**“, jež by jinak byly zavřeny. Proto do r. 1984 měla Komise za to, že omezení v licenční smlouvě jsou přijatelná, protože jinak by k udělení licence vůbec nedošlo, zboží by se nevyrábělo atd. Od r. 1984 byl koncept „otevřených dveří“ částečně opuštěn,⁶² i když se nadále uznává, že některá ustanovení jsou **zvláštnímu předmětu ochrany** DV (viz výše bod 0) přirozená a nutná k jeho ochraně.

(ii) **Potřeba povzbuzovat udělování licencí k novým technologiím.** Omezení jedné ze smluvních stran (např. výlučnost licence, tedy zákaz udělování dalších licencí třetím osobám příjemcem licence) může být považováno za podstatné pro to, aby licence vůbec byla udělena, zejména – z pohledu příjemce licence – kvůli vysokým nákladům na transformaci DV do formy prodejného výrobku či služby. Stejně tak poskytovatel licence by mohl neudělit licenci, pokud by příjemce licence nesouhlasil s tím, že nebude dodávat zboží pod licenci na území, která si poskytovatel licence vyhradil sobě nebo jiným.

Bez obou typů těchto omezení by tedy nedocházelo k udělení licence, a tudíž ani k šíření nových technologií.

(iii) **Teorie omezování konkurenceschopnosti.** Je potřeba zvažovat i postavení příjemce licence: nepřiměřené podmínky, např. vysoké licenční poplatky mohou celkově omezovat jeho konkurenceschopnost.

Od převodu či licence PDV je třeba odlišit tzv. **standardizační dohody** – ujednání o stanovení standardů.⁶³ Zde platí, že zásadně dovolené jsou dohody umožňující neomezenou a transparentní účast na stanovování standardů, bez závazku dodržovat

⁶¹ Srov. též Komisi formálně nerozhodnutou věc IGR Stereo-Television – XIth Competition Policy Report, 1982, str. 63. in: ANDERMAN, S. D.: *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*. 1st ed. New York: Oxford University Press, 1998, str. 200.

⁶² Srov. Patentové sdělení Komise, ÚV 1984 C 220/14, zrušující oznámení ÚV 1962 C 139/2922.

⁶³ Srov. Sdělení Komise – Pokyny k použitelnosti článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie na dohody o horizontální spolupráci (ÚV 2011/C 11/01), body 257 an., jehož novelizace je v současné době veřejně konzultována.

uvedené standardy; naopak zásadně zakázané jsou ty dohody, jejichž skrytým cílem je omezení přístupu konkurence na trh, stanovení cen apod.

Standardy jsou důležité proto, že usnadňují inovace (zvláště pak v odvětví informačních technologií), avšak klíčovým pro zajištění účinné hospodářské soutěže je účinný, otevřený a transparentní postup stanovování těchto standardů. Cílem revize kapitoly o standardizaci – vycházející ze zkušeností z nedávných případů v této oblasti – je zajistit stanovování standardů takovým způsobem, aby evropští spotřebitelé těžili ze zvláštních výhod těchto ujednání a aby na ně byly výhody z nich vyplývající přeneseny.

4.1 PŘEZKUM LEGALITY LICENČNÍCH PODMÍNEK A BLOKOVÉ VÝJIMKY

Smluvní podmínky, za nichž jsou PDV licencována nebo postupována, mohou za jistých okolností ohrozit soutěž. V praxi je ale nutno rozlišovat mezi legitimními omezeními smluvních stran, jež vyplývají z povahy PDV a jež nutně omezují svobodu jednání třetích osob, a protisoutěžními klauzulemi. Obecně se dá říci, že ustanovení, která chrání tzv. **zvláštní předmět ochrany** (viz výše bod 0), jsou legální.

To vše ale ještě komplikuje potřeba zohlednit širší tržní kontext smlouvy. Např. ustanovení, které neohrožuje soutěž při uzavření smlouvy, kdy smluvní strany měly slabou pozici na trhu, se stane protisoutěžním, pokud některá ze stran se dostane do silné tržní pozice.

Přezkum soutěžní legality konkrétních smluvních ustanovení zásadně probíhá tak, že nejprve se zjistí, zda ustanovení porušuje některou generální klauzuli. Je-li tomu tak, prověříme, zda se na zkoumané ustanovení nevztahuje nějaká **bloková výjimka**.

Blokové výjimky existují na základě čl. 101/3 SFEU a na základě § 3/1 ZOHS se aplikují i na čistě vnitrostátní české situace. Nařízení 19/65 deleguje na Komisi pravomoc vydávat nařízení k prohlášení neaplikovatelnosti čl. 101/1 SFEU na jisté kategorie smluv, jichž se neúčastní více než dva podniky.

Pro udělování licencí k PDV existují čtyři blokové výjimky, věcně zahrnující (i) transfer technologií (nař. 772/2004), (ii) jisté kategorie vertikálních dohod (nař. 330/2010), (iii) výzkum a vývoj (nař. 1217/2010) a (iv) specializační smlouvy (nař. 1218/2010).

Odlišme nejprve velmi hrubě tyto blokové výjimky.

(i) Blokovaná výjimka pro **transfer technologií** se vztahuje na dohody, jejichž cílem je poskytnout licenci PDV příjemci, který na jejím základě bude **vyrábět a následně eventuálně prodávat zboží**. Proto se ze všeho DV týká „**průmyslového vlastnictví**“, včetně know-how; ostatní DV může být pokryto výjimkou, jen pokud podporuje poskytovaná průmyslová práva, nikoliv samostatně. Zde jde o vztahy primárně horizontální, ale i vertikální.

(ii) Blokovaná výjimka pro **jisté kategorie vertikálních dohod** se vztahuje na dohody, jejichž cílem je poskytnout licenci k PDV příjemci, který na jejím základě bude **prodávat zboží či služby**. Proto se týká **celého DV**, neboť při prodeji je v praxi třeba zohlednit všechna možná DV. Typicky pod blokovou výjimku pro jisté kategorie vertikálních dohod patří např.:

- ustanovení distribuční smlouvy, dovolující distributorovi používat výrobcovu ochrannou známku za účelem prodeje zboží, které je předmětem smlouvy;

- licence fračízorova know-how a ochranné známky, jež fračízantovi pomůže prodávat zboží a služby, jež jsou předmětem frančízy.

Ani jedna ze dvou výše uvedených blokových výjimek se nevztahuje na tzv. **čisté licence**, tj. smlouvy, jimiž jsou poskytovány licence k PDV bez vztahu k výrobě či prodeji zboží či služeb.

(iii) Bloková výjimka pro **výzkum a vývoj** má za cíl dosáhnout stavu, kdy všechny strany se budou podílet na využívání plodů společného vývoje a výzkumu (prodej výrobků apod.), a to i při poskytování licencí třetím osobám, převodu práv atd.

(iv) Bloková výjimka pro **specializační smlouvy** (nař. 1218/2010) zahrnuje dohody o výrobní specializaci a specializační dohody pro přípravu služeb, díky nimž se jejich strany mohou soustředit jen na určitou výrobní činnost, a tak pracovat efektivněji a dodávat výrobky či služby levněji; tak při účinné hospodářské soutěži získají spotřebitelé přiměřený podíl na výsledných přínosech. Jde tedy po vztahy horizontální – na stejné úrovni trhu.

Nespadá-li protisoutěžní ustanovení pod některou blokovou výjimku, od 1. 5. 2004 (účinnost nař. 1/2003) **není možno požádat o individuální výjimku**. Je na smluvních stranách, aby samy posoudily, zda jejich dohody jsou platné ve světle kritérií čl. 101/3 SFEU.

Jelikož se pravidla aplikace čl. 101 SFEU liší podle druhu DV, budeme nadále prvoplánově postupovat podle druhu DV a teprve v rámci jednotlivých druhů DV budeme analyzovat jednotlivé druhy smluvních ujednání (licence, převod práva atd.)

4.2 LICENCE K PRŮMYSLOVÉMU VLASTNICTVÍ – TZV. PŘEVOD TECHNOLOGIÍ

Základem unijní úpravy licencí k průmyslovému vlastnictví (ne k obchodnímu vlastnictví – ochranné známky, zeměpisná označení původu) je bloková výjimka o transferu technologií –nař. 772/2004,⁶⁴ doplněná sdělením Komise 2004 C 101/1, jež obsahuje pravidla pro jeho aplikaci a pro individuální posuzování dohod, které pod působnost nového nařízení nespádají.

Mimo meze věcné působnosti nařízení platí jen generální klauzule čl. 101/1 SFEU. Individuální výjimky nejsou podle nař. 1/2003 možné, a proto bude též vhodné prozkoumat dosavadní rozhodovací praxi kvůli případně legálním klauzulím, na něž se však bloková výjimka nevztahuje.

4.2.1 BLOKOVÁ VÝJIMKA O TRANSFERU TECHNOLOGIÍ

Základem blokové výjimky o transferu technologií je (i) vymezení věcné působnosti, (ii) v jejích mezích zásada, že **co není zakázáno, je dovoleno**.

A. Vymezení věcné působnosti blokové výjimky o transferu technologií

Věcnou působnost nař. 772/2004 lze vymezit pojmem technologie a okruhem pokrytých případů transferu technologie.

⁶⁴ Nařízení Komise 772/2004 o aplikaci čl. 101/3 SFEU na druhy smluv o převodu technologií, ÚV 2004L 123/11. Jako každá bloková výjimka i tato je časově omezena, a to do r. 2014, v současnosti probíhají konzultace k její novelizaci.

Základním pojmem zde je **technologie**, jíž se překvapivě nemyslí ani výrobní postup,⁶⁵ ani jakékoliv zařízení k výrobě, ale jde o střední pojem právem chráněné **znalosti nutné pro výrobu zboží či poskytování služby**, tedy o **průmyslové vlastnictví**, zde skryté pod pojmem patent, definovaný jako „*patenty, patentové přihlášky, užité vzory, přihlášky užitéch vzorů, průmyslové vzory, topografie polovodičů, dodatečná ochranná potvrzení pro lékařské výrobky nebo jiné výrobky, pro něž lze takové dodatečné potvrzení obdržet a šlechtitelská osvědčení*“ (čl. 1/1(h) nař. 772/2004), dále **know-how** a – doposud autorskoprávně chráněný – **software**.⁶⁶

Transfer – převod technologie pro účely nař. 772/2004 ve skutečnosti **není převod práv**, ale (i) licence – souhlas k užití DV, anebo (ii) neúplné převody práv, při nichž „*část rizika spojeného s využitím technologie zůstává u převodce*“ (čl. 1/1(b) nař. 772/2004); úplné převody práv tedy pokryty nejsou. Důvod je evidentní: úplné smluvní převody průmyslového vlastnictví jsou zajímavé v kontextu posilování dominantního postavení (čl. 102 SFEU), na něž se ovšem tato bloková výjimka nevztahuje (bod 20 preambule nař. 772/2004), zatímco neúplné převody jsou svojí povahou spíše dohody licenční, spadající pod čl. 101 SFEU.

Důvod k licencování technologie bývá zpravidla ten, že majitel technologie nemá prostředky pro její využití v cizí zemi, anebo mu chybějí znalosti o specifickém trhu, k němuž se technologie vztahuje. Klasická je situace, kdy poskytovatel licence k patentu poskytne i licenci k know-how, jež zlepší využitelnost patentu.

Cílem poskytovatele licence bývá maximální zisk. Různá území ale mají různou platební schopnost – kupní sílu. Ochrana postavení příjemce licence může též vyžadovat výlučnost na určitém území. Pokud však smluvní omezení jdou nad to, co je nutné k ochraně technologie a její šíření za slušnou odměnu („*zvláštní předmět ochrany*“ – viz výše bod 0), tedy o efektivní využití technologie, může jít o porušení soutěže.

B. Základní princip: co není zakázáno, je dovoleno

V mezích věcné působnosti blokové výjimky platí pravidlo, že co není zakázáno, je dovoleno. Neexistují zde již žádné šedé či bílé seznamy dovolených ustanovení, jak tomu bylo v předchozím nař. 240/96. Zakázány (tj. bývalý černý seznam) jsou při převezech technologií výslovně tzv. **tvrdá omezení** (*hardcore restrictions*), rozlišená podle toho, zda jde o vztah mezi podniky – konkurenty či nekonkurenty (čl. 4/1–2 nař.).

4.2.2 LEGALITA KLAUZULÍ VNĚ BLOKOVÉ VÝJIMKY

Výše popsaná bloková výjimka do značné míry kodifikuje předcházející judikaturu. I když smluvní klauzule spadá vně blokové výjimky, **neplatí presumpce ilegality**, zejména ne pro pouhé překročení tržních podílů pro aplikaci blokové výjimky (viz bod 12 preambule nař. 772/2004, bod 130 sdělení Komise ÚV 2004 C 101/2, dále jen

⁶⁵ Srov. *Ottův slovník naučný*, Praha 1906, díl XXV, str. 149.

⁶⁶ Zahnutí software do této blokové výjimky je příspěvkem k diskusi o tom, zda má software být chráněn autorským právem, anebo patentem jako průmyslové právo. To souvisí s otázkou, zda předmětem ochrany je zde programátorský text (to by odpovídalo autorskoprávnímu přístupu – ochraně výsledku tvůrčího procesu) anebo jeho funkce (cesta k dosažení výsledku, což je přístup průmyslových práv).

TT-Pokyny). Soulad s *TT-Pokyny* ale neznamená nutně, že pro SDEU bude konkrétní klauzule v konkrétní situaci legální (bod 4 *TT-Pokynů*).

4.3 LICENCE K OCHRANNÝM ZNÁMKÁM

Mezi průmyslovými právy a ochrannými známkami existuje podstatný funkční rozdíl: „*zatímco patentová licence nepředpokládá závislost podnikatelské činnosti příjemce licence na poskytovateli licence, nýbrž může být omezena na čistý převod technologie, slouží známková licence téměř vždy k vytvoření distribučního systému poskytovatele licence.*“⁶⁷ Proto bývá označována jako „distribuční licence“.⁶⁸

Problémy aplikace čl. 101 SFEU na licence k ochranným známkám jsou podobné výše popsanému průmyslovému vlastnictví, je ale k dispozici méně pozitivněprávních pravidel, protože žádná bloková výjimka se specificky ochrannými známkami nezabývá; jen bod 39 Pokynů Komise k vertikálním omezením konstatuje: „*Licence na užívání ochranné známky poskytnutá distributorovi se může týkat distribuce výrobků poskytovatele licence na určitém území. Pokud se jedná o výhradní licenci, dohodu lze považovat za dohodu o výhradní distribuci.*“

Základním smyslem ochranné známky je zaručit původ jí označeného zboží (viz výše bod 1.2.1). Jakékoliv použití ochranné známky bez souhlasu jejího vlastníka představuje zásadně porušení jeho práv, a proto k takovému užití bude třeba licence.

Známková licence obvykle není výlučná, neboť to by pro poskytovatele znamenalo ztrátu možnosti známku využívat a naopak pro nabyvatele by se tak známka stala příznačnou. Čistá licence k ochranné známce je vzácností, zpravidla je poskytována v širším obchodním kontextu, kde sama licence k ochranné známce je „příslušenstvím“ např. distribuční, franšizové smlouvy, smlouvy o obchodním zastoupení, smlouvy o transferu technologií, dále tzv. OEM smluv, kdy výrobce původního zboží (*original equipment manufacturer* – OEM), označovaný též za subkontrahenta, používá ochrannou známku kontrahenta k výrobě a prodeji zboží, jež potom přímo prodává koncovým zákazníkům, anebo je **výlučně** prodává kontrahentovi; v takovém případě se licence k ochranné známce nepožaduje.

4.3.1 APLIKACE BLOKOVÝCH VÝJIMEK

Blokové výjimky, jež se aplikují na případy specializace, na transfer technologií a vertikální dohody, upravují i podmínky, za nichž se poskytují licence k ochranné známce.

Bloková výjimka pro specializační smlouvy (nař. 1218/2010) se aplikuje i na ta smluvní ustanovení o PDV, která nejsou primárním předmětem smlouvy, ale přímo s ním souvisejí a jsou nutná k jejímu provádění (čl. 2/2 nař.).

Bloková výjimka pro transfer technologií (nař. 772/2004): smlouvy o transferu technologií mohou obsahovat licenci k ochranné známce, pokud známková licence je

⁶⁷ DAUSES, M. A.: *Příručka hospodářského práva EU*. ASPI Publishing s.r.o., 2002, str. 125.

⁶⁸ FAULL, J., NIKPAY, A.: *The EC Law of Competition*. 1st ed. New York: Oxford University Press 1999, str. 578.

jen pomocná vůči hlavní licenci k technologii (čl. 1/1(b) nař.). Ochranná známka musí mít vztah a podporovat využití licencované technologie především tím, že příjemce licence k patentu či know-how může ochrannou známkou označit zboží, vyráběné pod licencí, s cílem zvýšit prodeje takového zboží.

Bloková výjimka pro některé vertikální dohody (nař. 330/2010) se aplikuje zejména na **smlouvy distribuční, franšisové a o obchodním zastoupení**, kde sama licence k PDV není primárním předmětem smlouvy, ale těsně s ním souvisí.

4.3.2 SITUACE BEZ APLIKOVATELNOSTI BLOKOVÝCH VÝJIMEK

Jelikož licence k ochranné známce nemá zvláštní blokovou výjimku, je třeba analyzovat judikaturu Komise a SDEU, aplikující čl. 101/1 SFEU na ochranné známky.

Komise se zjevně při individuálních rozhodnutích inspiruje blokovou výjimkou pro transfer technologií. Pro získání odhadu legality některých sporných ustanovení licence k ochranným známkám pomohou i Pokyny k vertikálním omezením Komise (ÚV 2010 C 130/1).

4.4 AUTORSKOPRÁVNÍ LICENCE

Aplikace soutěžních pravidel EU na autorskoprávní licence není jednoduchá: neexistuje žádná bloková výjimka ani sdělení Komise, které by se specificky zabývaly autorskoprávními licencemi ze soutěžního pohledu. Ani judikatura SDEU v této oblasti není bohatá. Je proto třeba nejčastěji hledat analogie a přitom nezapomínat na specifika, která občas vedou k odlišným výsledkům než u jiných druhů PDV.

Zprávy Komise o soutěžní politice konsistentně poukazují na to, že se na autorskoprávní oblast aplikuje analogie zejména s patentovými právy. I SDEU používání této analogie posvětil („*obchodní využití autorských práv vyvolává stejné problémy jako u jiných práv průmyslového nebo obchodního vlastnictví*“ – C-92/92 Phil Collins, bod 21), výsledky aplikace soutěžního práva se u autorského práva liší.

Rozdíl proti patentové úpravě působí to, že v rámci autorského práva existuje **více „zvláštních předmětů ochrany“**. To odráží skutečnost, že výlučné autorské právo neobsahuje jen výlučné právo povolovat rozmnožování díla, ale i jeho zveřejnění, veřejné provozování, vysílání atd., přičemž relativní význam každého z těchto práv se bude lišit podle povahy předmětu ochrany – knihy, obrazu, databáze, zvukového záznamu či filmu. Např. omezení přeneseného vysílání do jiného státu, jež je dovoleno u filmu, není aplikovatelné analogicky na distribuci knih, protože význam omezení provozování je zásadní pro hodnotu filmu, zatímco pro zachování hodnoty knihy je nedůležitější právo zamezit kopírování a ne šíření hmotného nosiče, na němž je dílo vytištěno. Můžeme tedy rozlišovat (i) **provozovací práva**, která umožňují kontrolovat veřejné provozování a vysílání (ii) **reprodukční práva**, která umožňují kontrolovat rozmnožování a jiná porušení.

4.4.1 ÚZEMNÍ VÝLUČNOST

Nejobvyklejší autorskoprávní licenční omezení je výlučné právo užít dílo na určitém území. Licencování autorských práv umožňuje větší míru teritoriální ochrany než patentová licence, která směřuje k vyrobení produktu volně nabízeného na celém vnitřním trhu, protože předmětem autorskoprávní licence je sám finální produkt, a povinnost jeho zpřístupnění jiným zájemcům o licenci by podkopalo každý systém výhradních licencí.⁶⁹ Zde je třeba odlišit provozovací a reprodukční práva. Samostatně je třeba věnovat pozornost ochranným organizacím autorským, jejich smlouvám o vzájemném zastupování repertoáru a paušálními platbám za veřejné užití děl.

A. Reprodukční práva

Z neformálních rozhodnutí Komise zjišťujeme, že autorskoprávní licence, obsahující **absolutní územní výlučnosti** (tj. zákaz vývozu), porušují čl. 101 SFEU a dříve se netěšila ani výjimce podle čl. 101/3 SFEU.

BBC např. byla nucena odstranit z autorskoprávní sublicence zákaz pro příjemce sublicence vývážet zboží do jiných členských států (6. zpráva o soutěži 1976, bod 163).

Při pokusech o analogickou aplikaci rozhodnutí *Nungesser* (dovolující alespoň zákaz aktivních prodejů) na autorské právo se navíc ukázalo, že splnění tam uvedených kritérií pro oprávněnost omezení se v oblasti autorského práva těžko dosahuje. Např. ve věci *Knoll/Hille-Form* Komise odmítla, že by novost výrobku a výše investic odůvodňovaly výlučnou autorskoprávní a vzorovou licenci na 8 let (13. zpráva, bod 142).

B. Provozovací práva

V oblasti provozovacích práv se naproti tomu zdá být **absolutní územní výlučnost přípustná**, a to zejména při vysílání jednotlivého filmu, v případě portfoliové licence a při sportovních přenosech.

Vysílání jednotlivého filmu řešil SDEU nejprve pro účely volného poskytování služeb, když ve věci 62/79 *Coditel v. Ciné Vog Films I* konstatoval, že belgická společnost Ciné Vog, majitel výlučného vysílacího práva k francouzskému filmu *Le Boucher* (Řezník) pro území Belgie na 7 let, má právo žalovat tři belgické kabelové televize za to, že převzaly tento film z vysílání v SRN a rozšířily ho svým předplatitelům. Pravidla volného poskytování služeb, kam vysílání filmu patří, takové žalobě nebrání, protože film patří „do kategorie literárních a uměleckých děl, zpřístupňovaných veřejnosti provozováním, jež mohou být neomezeně opakovány“, což jej odlišuje např. od knih, jejichž zpřístupnění veřejnosti je podstatně spjato s oběhem hmotné formy takového díla. Proto podle SDEU má majitel autorských práv k filmu mj. legitimní zájem na omezení vysílání filmu po jistou dobu na jistém území, což mu zajišťuje přiměřený zisk, přičemž právo majitele autorských práv k filmu na odměnu je „část podstatné funkce autorského práva tohoto druhu literárních a uměleckých děl.“

Stejný skutkový základ platil i pro věc 262/81 *Coditel v. Ciné Vog Films II*, kde SDEU mj. zkoumal neodůvodněně malé využití licence ke škodě veřejnosti jakožto

⁶⁹ FAULL, J., NIKPAY, A., op. cit., str. 620.

možné porušení čl. 101 SFEU. Zásadně uznal, že takováto licence u filmu nespadá pod zákaz čl. 101 SFEU, ledaže jsou dány „ekonomické nebo právní okolnosti, jejichž účinkem je významné narušení soutěže na kinematografickém trhu“; „pro autory je každopádně potěšitelné, že cese výhradní licence na provozování filmu není zakázána článkem [101 SFEU].“⁷⁰

Portfoliová licence. Výlučná licence pro německy mluvící země na 15 let a všechny filmy od filmového výrobce MGM/United Artists pro televizi ARD byla podle Komise porušením čl. 101 SFEU.⁷¹ Licence na 10 let a uvolnění filmu v obdobích, kdy ARD sama nechtěla konkrétní filmy promítat, ale již přípustná byla.

Sportovní přenosy.⁷² Význam sportovních přenosů pro fanoušky a tomu odpovídající hodnota vysílacích práv pro televizi učinila z výlučných vysílacích licencí velmi citlivou věc pro soutěž. Jakkoliv jistá výlučnost je povolena, Komise vždy individuálně zkoumá (i) tržní sílu smluvních stran, (ii) rozsah a trvání výlučnosti, (iii) dopad na soutěž mezi vysílateli při získávání práva na sekundární (odvozené) televizní trhy (reklama), (iv) zda exkluzivita je ospravedlnitelná k tomu, že umožní operátorovi vstup na nový trh s inovovanou službou nebo k zavedení nové technologie s vysokým investičním rizikem. Např. v r. 1993 Komise povolila pětiletou výlučnou licenci mezi BBC, BSkyB a English Football Association proto, že BSkyB byla novým soutěžitelem na trhu. Komise konstatovala, že takového dohody na dobu delší než 1 rok (= 1 sezóna) spadají pod čl. 101 SFEU. V r. 1998 Komise rozhodla, že 11ti-letá licence byla příliš dlouhá, i když šlo o zavedení nové technologie *pay-per-view* (zaplat' za podívání), za přiměřenou uznala 3-letou lhůtu.⁷³

SDEU mj. v r. 2011 zakázal systém licencí k přenosu fotbalových utkání, který vysílatelům uděluje územní exkluzivitu pro určitý členský stát a divákům zakazuje sledovat tato vysílání s dekódovací kartou, pořízenou v jiném členském státu, s tím, že taková smlouva by umožnila absolutní územní exkluzivitu, vyloučila by tak veškerou hospodářskou soutěž vysílatelů a oddělila vnitrostátní trhy podle vnitrostátních hranic.⁷⁴

C. Ochranné organizace autorské

Specifickou oblastí autorských práv, kde může docházet ke střetu se zákazem uvedeným v čl. 101/1 SFEU, je správa autorských práv prováděná ochrannými autorskými organizacemi.

Územní výlučnost pro zastupování autorů. Poskytnutí výlučných autorských práv autorem ochranné organizaci neznamená porušení čl. 101/1 SFEU, pokud není vedeno snahou omezit konkurenci.⁷⁵

⁷⁰ Viz FRANÇON, A.: *Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la CEE*. RIDA, duben 1979, str. 127.

⁷¹ „Nákup filmů“ ÚV 1989 L 284/36.

⁷² Viz např. Broadcasting of Sports events and Competition law. Competition Policy Newsletter, červen 1998, č. 2, str. 27.

⁷³ Rozh. Komise Audiovisual Sport – IV/M709 Telefónica/Sociedad Canal Plus/Cabletelevision.

⁷⁴ C-403&429/08 Football Association Premier League.

⁷⁵ 125/78 GEMA v. Komise. Je ale třeba sledovat, zda tato zásada vytrvá i po vydání rozsudku Tribunálu ve věci T-442/08 CISAC v. Komise, jímž CISAC (Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs – mezinárodní konference společností autorů a skladatelů – sdružení národních ochranných organizací autorských v oblasti tzv. malých hudebních práv) žádá zrušení rozhodnutí Komise COMP/38.698, jímž Komise prohlásila síť bilaterálních dohod mezi jednotlivými ochrannými organizacemi autorskými za jednání ve shodě.

Vzájemné výlučné celosvětové zastupování repertoáru. Vzhledem k tomu, že ochranné organizace mají většinou vnitrostátní charakter, uzavírají mezi sebou smlouvy o vzájemném zastupování repertoáru. Ochranná organizace pak zastupuje díla svých členy i v jiném členském státě prostřednictvím partnerské organizace, sídlící v tomto jiném členském státě), které poskytla licenci ke svému repertoáru. SDEU povolil tyto licence, pokud jejich účelem je pouze vybírání honorářů za užití děl a nikoliv zabezpečení vlastní výlučnosti a omezení konkurence ze strany jiných ochranných organizací, které mohou na daném území působit.⁷⁶

4.4.2 POUŽITELNOST BLOKOVÉ VÝJIMKY PRO VERTIKÁLNÍ DOHODY

- Bloková výjimka pro určité druhy vertikálních dohod se aplikuje, pokud:
- strany nejsou konkurenty, ale působí na různých úrovních obchodního řetězce,
 - licence k DV není hlavním předmětem smlouvy, ale přímo se vztahuje k užití, prodeji či předprodeji zboží či služeb; toto se nevztahuje se na pronájem a půjčování autorských děl,
 - smlouva neobsahuje ustanovení z černého seznamu,
 - dodavatel – poskytovatel licence nemá víc než 30% relevantního trhu.

VO-Pokyny uvádějí, že ustanovení o tom, že příjemce licence bude prodávat zboží jen takovému kupujícímu, který se zaváže neporušovat autorská práva (bod 40), je blokovou výjimkou pro určité druhy vertikálních dohod legalizováno. Takové ustanovení by mohlo narušit čl. 101 SFEU např. tehdy, když by šlo o vytlačení z trhu např. čínských či vietnamských dodavatelů, systematicky porušujících PDV, ale zato prodávajících levně.

4.4.3 LICENCE K POČÍTAČOVÝM PROGRAMŮM

Spor o způsob ochrany software je dlouholetá záležitost. Nyní je chráněn jako autorské dílo literární, připravuje se jeho patentová ochrana. Pro autorskoprávní ochranu svědčí skutečnost, že kvalitu jeho fungování ovlivňuje, jak je napsán – zde se chrání tedy sepsání myšlenky. Na druhou stranu uživateli je jedno, jak je zapsán, pokud přináší žádoucí výsledek, funkčnost, tj. jde o cestu k dosažení výsledku, jež je obecně předmětem ochrany průmyslových práv.

A. Druhy software

Software můžeme dělit na dva typy: na hotové, prefabrikované „*off-the-shelf*“ software (zásadně všechny nabízené software – zejména Microsoft Windows) a software vytvořený na individuální zakázku. Licence k software také mají řadu forem, záviselých na typu software.

⁷⁶ 110/88, 241/88 a 242/88 François Lucazeau v. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique SACEM.

B. Softwarová směrnice

Směrnice 91/250 má za úkol harmonizovat software ochranu v celé EU. I když se přímo netýká soutěžního práva, definuje zvláštní předmět ochrany software, což je důležité pro aplikaci soutěžního práva: autor software má výlučné právo rozmnožovat, upravovat, pronajímat a šířit software nebo takové úkony povolovat (čl. 4). První prodej v EU vyčerpává distribuční právo (právo šířit kopie software), ale ne právo půjčovat software (čl. 4(c)) – toto je shodné i se Směrnicí o půjčování – viz výše.

Řádný nabyvatel software má, pokud jde o **rozmnožovací právo**, právo rozmnožovat (nahrání, záložní kopie), nahrávat software nebo činit jiné úkony, potřebné k užití software ve shodě se zamýšleným účelem.

Pokud jde o právo na **zpracování díla**, má řádný nabyvatel právo překládat software, opravovat chyby, měnit v míře odpovídající původnímu zamýšlenému jeho účelu, dekompileovat program, pokud je to nutné pro jeho funkční spojení s jiným programem, pokud takový interface již není připraven majitelem software.

C. Obvyklá omezení v softwarových licencích

Řadu ustanovení posuzovala Komise hlavně v souvislosti s licencemi pro produkty Microsoft. Nejtypičtější jsou tyto:

Omezení rozmnožování software. Ze software směrnice vyplývá, že prvním umístěním na trh dojde k vyčerpání distribučního práva. Distribuční smlouvy mohou též dovolit distributorovi kopírovat software k distribučním účelům pro koncové uživatele. Ale užití software jinou osobou než příjemcem licence je porušením autorského práva, neboť z povahy věci vyplývá, že dojde k nepovolenému rozmnožování software.

Územní omezení působí potíže. Relativně bezpečná cesta je vytvoření distribuční sítě postavené na zákazu aktivních, nikoliv pasivních prodejů, jak tomu bylo u šlechtitelských odrůd ve věci *Nungesser*.⁷⁷

Omezení místa, kde software může být užíván. Klauzule omezující užití software na jednom PC na jednom místě může omezit právo příjemce licence se s PC volně pohybovat, což je porušení zásady volného pohybu zboží.⁷⁸ Internetový časopis *Practical Law* radí čelit tomuto smluvním povolením stěhování PC za minimální poplatek, takový poplatek ale podle našeho soudu spadá do definice zakázaného tzv. opatření s účinkem rovnocenným clům⁷⁹, jež je v EU zakázáno.

Omezení hardware, na němž smí software být užíván, zejména jde-li o hardware prodáváný majitelem software, mohou porušit čl. 101/1 SFEU (**junktim**), pokud jinak software může být technicky užit i na jiném hardware. Takové ustanovení potenciálně uzavírá trh výrobci hardware. V praxi to ale může citelně narušit soutěž jen tehdy, když výrobce software je v dominantním postavení.

⁷⁷ 258/78 *Nungesser v. Komise*.

⁷⁸ IV/E-2/36.233 *ARCO Chemical/Resol*.

⁷⁹ Jde o „jakýkoliv peněžní poplatek, jakkoliv malý bez ohledu na to, jaké je jeho určení nebo způsob vybírání, jímž je jednostranně zatíženo domácí či zahraniční zboží z důvodu jeho překročení státní hranice a jenž není celním poplatkem v pravém slova smyslu [...] i když není odváděn do státního rozpočtu, i když není diskriminační nebo ochranné povahy a i když výrobek, který je poplatkem zatížen, nekonkuruje žádnému domácímu výrobku“ (24/68 *Komise v. Itálie*).

D. Použitelnost blokové výjimky pro vertikální dohody

Platí to, co již bylo uvedeno dříve: bloková výjimka pro vertikální dohody se aplikuje, pokud:

- strany nejsou konkurenty, ale působí na různých úrovních obchodního řetězce,
- software licence není hlavním předmětem smlouvy, ale přímo se vztahuje k užití, prodeji či předprodeji zboží či služeb; **nevztahuje se na pronájem a půjčování software**,
- smlouva neobsahuje ustanovení z černého seznamu,
- dodavatel software – poskytovatel licence nemá víc než 30% relevantního trhu. *VO-Pokyny* (bod 41) uvádějí, že bloková výjimka pro vertikální dohody se použije na
- distribuční smlouvu software s „balíčkové“ (rozbalovací – *shrink-wrapped*) licencí,⁸⁰
- závazek kupujícího software neporušovat autorská práva k tomuto software.

E. Použitelnost blokové výjimky pro transfer technologií

K subsidiaritě autorského práva obecně (a tedy i k právům k software) vůči průmyslovým právům v rámci převodu technologie.

Bloková výjimka pro transfer technologií má ve vztahu k software význam zejména tehdy, jde-li o využití nového produktu – služby na internetu, kdy software sám je skutečně subsidiární – i zde je nutno vážít, jakou roli mám samotný software pro fungování takové služby. Komise ani SDEU oporu k takové úvaze zatím neposkytly.

4.5 NEVYUŽÍVÁNÍ LICENCE

Po protisoutěžních smluvních klauzulích za další protisoutěžní situaci ve smyslu čl. 101 SFEU je situace, kdy udělená výlučná licence je jejím příjemcem využívána nepřiměřeně restriktivně. To může porušit čl. 101/1 SFEU, na příkladu výlučné územní licence k promítání filmu, „*pokud ekonomické nebo právní okolnosti mají za důsledek významné omezení distribuce filmu nebo narušení soutěže na kinematografickém trhu, a to s přihlédnutím ke specifikům tohoto trhu*“. Vnitrostátní soudy mají posoudit, zda výkon výlučného práva vytváří „*umělé a neospravedlnitelné*“ překážky, např. požadováním přehnaných platebních podmínek nebo udržováním exkluzivity po nepřiměřenou dobu. Přitom ale podle SDEU vnitrostátní soud musí vzít v potaz „*znaky, které charakterizují filmový průmysl a trhy ve Společenství, zejména dubbing nebo titulkování pro tuzemské obecenstvo, možnost televizního vysílání a systém financování kinematografické produkce v Evropě*“. Toto stanovisko ale nemusí platit „*v ekonomickém nebo právním kontextu, jehož důsledkem by bylo citelné omezení filmové distribuce nebo narušení soutěže na kinematografickém trhu vzhledem k jeho zvláštnostem*“. SDEU tedy argumentoval spíše ekonomicky, věda, že producenti na sebe nevezmou finanční rizika, nebudou-li mít výhradní právo řídit provozování filmového díla (vše z 262/81 Coditel v. Ciné Vog Films II, bod 17 an.).

⁸⁰ Vyjmutí nosiče se software z obalu se považuje za souhlas s podmínkami licence.

4.6 ODMÍTNUTÍ LICENCE

Jednostranné odmítnutí licence nemůže zásadně porušit čl. 101 SFEU, protože v takové situaci neexistuje žádná dohoda.⁸¹ Totéž platí i o **odmítnutí udělit sublicenci**, pokud držitel licence nemá právo licenci udělit, protože zákaz poskytovat sublicence je součástí normálního výkonu PDV.⁸²

Pokud ale jde o **kolektivní odmítnutí** udělit licenci třetí osobě, tj. společný postup více podniků, čl. 101/1 SFEU je možno aplikovat, může však navíc znamenat zneužití dominantního postavení, jsou-li podniky v dominantním postavení. Sem patří zejména spory o to, zda ochranné organizace autorské mohou odmítnout přímý přístup cizích uživatelů k repertoáru.⁸³ Do této kategorie úvah patří též spory s ochrannými organizacemi autorskými, odmítajícími cizím uživatelům přímý přístup ke svému repertoáru,⁸⁴ stejně jako některé aspekty kolektivních dohod ohledně televizního vysílání.

4.7 PODÁNÍ ŽALOBY NA PORUŠENÍ PDV S CÍLEM ROZDĚLIT SPOLEČNÝ TRH

Velmi pozoruhodný případ možného porušení čl. 101 SFEU z důvodu protiprávního výkonu PDV je i samo podání žaloby na porušení PDV s cílem rozdělit společný trh. Pozoruhodnost vyplývá z tohoto, že tradičně soudní uplatnění sporných práv samo o sobě nebývá považováno za protiprávní úkon. Podle SDEU však tomu tak je, ovšem při splnění přísných podmínek – pokud takové uplatnění práv je „*předmětem, prostředkem nebo důsledkem*“ (*the object, the means or the consequence*) protisoutěžní dohody, zejména pokud **kumulativně** (i) směřuje k rozdělení společného trhu,⁸⁵ (ii) mezi stranami existuje trvalejší vztah⁸⁶ a (iii) existuje kauzální nexus mezi dohodou a porušením PDV.

5. ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ A PRÁVA K DUŠEVNÍMU VLASTNICTVÍ

Základními podmínkami aplikace čl. 102 SFEU je (1) existence dominantního postavení (2) na konkrétním trhu zboží či služeb a (3) jeho zneužití (4) jedním podnikem, (5) přičemž dojde k negativnímu ovlivnění obchodu mezi členskými státy⁸⁷ a současně (6) takové jednání nesmí být objektivně ospravedlnitelné.⁸⁸

Níže se budeme zabývat tím, jaké zvláštnosti představuje PDV při plnění těchto podmínek.

⁸¹ T-504/93 Tiercé Ladbroke v. Komise.

⁸² T-504/93 Tiercé Ladbroke v. Komise.

⁸³ 395/87 Ministère Public v. Tournier, 110&241&242/88 Lucazeu v. SACEM, T-114/92 BEMIM v. Komise, T-53/93 Tremblay v. Komise (Tremblay I), T-224/95 Tremblay v. Komise (Tremblay II).

⁸⁴ ibid.

⁸⁵ Ve věci 56&58/64 Grundig v. Costen, kde šlo o ochranné známky. Na toto rozhodnutí navazuje rozhodnutí ve věci 40/70 *Sirena v. Eda*. Porušit čl. 101/1 SFEU bráněním paralelním dovozům může též výkon práv k patentu (15/74 *Centrafarm v. Sterling Drug*) či k zapsanému průmyslovému vzoru (144/81 *Keurkoop v. Nancy Kean Gifts*).

⁸⁶ Rozhodnutí *Sirena* ale bylo překonáno rozhodnutím 51/75 *CBS v. EMI*.

⁸⁷ Tato podmínka je shodná jako u čl. 101 SFEU, a proto nebude již rozebírána.

⁸⁸ C-41/90 *Höfner*.

5.1 PRÁVA K DUŠEVNÍMU VLASTNICTVÍ SAMA NEZAKLÁDAJÍ DOMINANTNÍ POSTAVENÍ

V dominantním postavení se podnik ocitne buď úspěšným konkurenčním bojem, spojováním podniků, získáním přírodního monopolu či právně podobného podstatného infrastrukturního zařízení (tzv. *essential facilities*). PDV jsou typická monopolem oprávněných osob na užití díla. Nedalo by se tedy říci, že díky tomuto monopolu jsou tyto osoby v dominantním postavení bez dalšího? Neumožňuje toto postavení oprávněné osobě neúčastnit se soutěže na relevantním trhu?

Odpověď SDEU na tyto otázky je **záporná**: výlučné PDV nezakládá automaticky pro jeho vlastníka dominantní postavení.⁸⁹ PDV jsou sice práva výlučná, ale proto ještě nepředstavují hospodářský monopol, protože výrobky nesoucí tato PDV mohou v rámci soutěže být případně nahrazeny jinými výrobky, takže nevznikne dominantní postavení; podle SDEU je třeba na základě ekonomické analýzy konkrétního trhu vzít v úvahu postavení výrobců a distributorů podobného zboží, aby bylo možno zjistit, zda „*podnik podezřelý ze zaujetí dominantního postavení má dostatečnou moc, aby mohl bránit skutečné soutěži na důležité části trhu*“. Zejména je podle SDEU třeba vzít v potaz eventuelní existenci výrobců podobných výrobků a jejich pozici na trhu.⁹⁰

5.2 DOMINANTNÍ POSTAVENÍ V DŮSLEDKU PRÁVA DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ NEZAKLÁDÁ SAMO O SOBĚ ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ

Obecně platí, že „*být velký není hřích*“⁹¹. Dominantní postavení samo o sobě není zakázáno.

Doktrína toto ale zpochybňuje u komunikačních sítí a informačních technologií, pro něž je typický tzv. **síťový efekt** (*network externality*); ten spočívá v tom, že v prostředí uživatelských sítí produkt nabývá na kvalitě samotným nárůstem jeho uživatelů (telefon, on-line komunikační služby tzv. *messengers*; tzv. přímý síťový efekt), či v tom, že velké rozšíření komunikačního produktu vede k jeho dalšímu vývoji nejen jeho výrobce, ale i jeho uživatele (tzv. *plug-ins*, *skins* apod.; tzv. nepřímý síťový efekt). Doktrína poukazuje na to, že samotná existence dominantního postavení produktu díky síťovému efektu působí negativně na soutěžní prostředí v informačních sítích. Působí totiž tzv. přichylování /nabalování (*tipping*, *snowballing*), kdy uživatelé nemají možnost svobodně se rozhodnout pro konkurenční menšinový produkt, protože by ztratili výhody síťového efektu, zejména vzájemnou konektivitu. Tím vzniká další negativum – neefektivní standardizace: dominantní a obchodně úspěšný produkt nemusí nutně být ten nej kvalitnější. Historie počátků operačních systémů je toho jasným důkazem.⁹²

⁸⁹ 24/67 Parke Davis v. Probel; 40/70 Sirena v. Eda; 78/70 Deutsche Grammophon v. Metro; 51/75 CBS UK v. EMI Records; 102/77 Hoffmann-La Roche v. Centrafarm.

⁹⁰ Pro ochranné známky srov. 40/70 Sirena, bod 16; pro patenty srov. 24/67 Parke Davis, str. 72; pro užitné vzory srov. 238/87 Volvo v. Veng; pro práva příbuzná autorskému právu srov. 78/70 Deutsche Grammophon, bod 16; pro samo právo autorské srov. 22/79 SACEM, bod 12.

⁹¹ Komise EU, Competition Policy in the European Community, Brusel 1992, s. 3. Nechceme na tomto místě polemizovat s tímto tvrzením, byť na druhé straně posílení dominantního postavení může být důvodem k nepovolení spojení podniků.

⁹² Srov. POLÁČEK, op. cit. a tam uvedená literatura.

Ani **sám výkon PDV** neznamená **zásadně** zneužití dominantního postavení,⁹³ samozřejmě v mezích „zvláštního předmětu ochrany“, který je definován pro každý druh PDV, a to ani za situace, kdy jde o výkon již dominujícím podnikem (102/77 Hoffmann-La Roche v. Centrafarm), protože podstata PDV spočívá ve výlučném právu, uděleném zákonem, zakázat výrobu a prodej zboží neautrizovanými třetími osobami (53/87 Cira a Maxicar v. Renault); aby šlo o zneužití, musejí být dány další okolnosti.⁹⁴

Např. samotné cenové rozdíly mezi jednotlivými územími PDV tedy nepředstavují zneužití. O zneužití jde tehdy, když **výkon PDV slouží jako prostředek k tomu, aby dominantní postavení bylo zachováno nebo posílněno** (C-241&242/91 RTE a ITP v. Komise) – viz níže.

5.3 HLAVNÍ DRUHY ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ V OBLASTI DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Jak výše uvedeno, o zneužití dominantního postavení v souvislosti s PDV jde tehdy, když **výkon PDV slouží jako prostředek k tomu, aby dominantní postavení bylo zachováno nebo posílněno** (C-241&242/91 RTE a ITP v. Komise). V primárním evropském právu není zneužití PDV definováno jako samostatná skutková podstata, v českém právu ale je zneužitím dominantního postavení též odmítnutí licence k DV, jež soutěžitel v dominantním postavení vlastní nebo využívá na základě jiného právního důvodu, pokud je takové využití pro potenciálního příjemce licence nezbytné pro účast v hospodářské soutěži na stejném trhu jako dominantní soutěžitelé nebo na jiném trhu (§ 11/1(b) ZOHS).

Výčet možných **zneužití** v čl. 102 SFEU je pouze **demonstrativní**. Patří sem mj. též odmítnutí licence, věrnostní rabaty, výjimečné rabaty zákazníkovi konkurenta, likvidační ceny (ceny stanovené tak nízko, aby zničily konkurenci, po jejímž zničení naopak nenormálně stoupnou) apod. Podle SDEU „*pojem zneužití je objektivní pojem, který zahrnuje chování podniku v dominantním postavení, které je schopno ovlivnit strukturu trhu, kde v důsledku přítomnosti tohoto podniku byl stupeň soutěže již oslaben a toto chování má za důsledek vytváření překážek použitím prostředků odlišných od těch, které vládnou při normální soutěži výrobků nebo služeb na základě výkonů ekonomických operátorů k udržení stupně soutěže ještě existující na tomto trhu nebo rozvoji této konkurence*“. (31/80 L'Oréal, bod 27).

Uveďme příkladmo konkrétní ukázky zneužití dominantního postavení ve vztahu k PDV: registrace ochranné známky za účelem rozdělení trhu, podání žaloby na porušení PDV a dále protiprávnosti v oblasti licencí k PDV: odmítnutí licence třetí osobě, odmítnutí licence jen některé třetí osobě, získání výlučné licence posilující dominanci, nepřiměřené podmínky licenční smlouvy, či junktimace.

5.3.1 ZÁPIS OCHRANNÉ ZNÁMKY ZA ÚČELEM ROZDĚLENÍ TRHU

Není-li účelem zápisu známky naplnění jeho základní funkce – zajištění vztahu mezi výrokem a výrobcem, ale jiný benefit, zejména pokud navrhovatel zápisu

⁹³ 238/87 Volvo v. Veng.

⁹⁴ Viz rozh.Komise a Tribunál: Hilti, ÚV 1988 L 65,19 & T-30/89 Hilti v. Komise 1988; RTE a ITP, ÚV 1989 L 78,43 & 241/91 RTE v. Komise 1991; srov. Dausés, op. cit. pozn. p. č. 221.

„věděl nebo měl vědět, že stejnou známku užívá v jiném státě jiný soutěžitel, protože tento zápis omezuje příležitost soutěžitele proniknout na trh ovládaný dotyčným podnikem“ (rozh. Komise Airam/Osram, 11. zpráva o soutěži, bod 97), půjde patrně nejen o zápis ve zlé víře,⁹⁵ ale i o pokus o protisoutěžní rozdělení trhu (srov. též rozh. Komise Bayer/Tanabe – 8. zpráva Komise o soutěži 1978). Citovaná subjektivní stránka věci – zavinění – jako podmínka protiprávnosti v oblasti hospodářské soutěže je ale mimořádně sporná: pokud je úmysl přímý či nepřímý („věděl nebo měl vědět“) podmínkou soutěžní protiprávnosti, proč se jej Komise dovolává jen v tomto případě a ne jinde, např. při uzavírání protisoutěžních dohod?

5.3.2 PROTIPRÁVNÍ PRODLOUŽENÍ PATENTU

Za zneužití dominantního postavení byl rovněž odsouzen výrobce léčiv – skupina AstraZeneca, jenž dosáhl prodloužení příslušného patentu na základě falešných informací poskytnutých vnitrostátním patentovým úřadům, čímž mohl bránit v dovozu generických léků a v paralelním dovozu svého přípravku Losec.⁹⁶

Skutková podstata případu spočívá v uvádění nesprávných údajů patentovým orgánům s cílem získat tzv. dodatkové ochranné osvědčení. Pro lék Losec získala skupina AstraZeneca registraci patentu. Po vypršení lhůty patentové ochrany mohl obdobný léčivý přípravek založený na stejném principu být vyráběn konkurenty, a proto skupina AstraZeneca stáhla registraci tohoto přípravku. Předtím ovšem na základě zjednodušeného postupu podle čl. 4/8(a) (iii) směrnice 65/65 získala další patent a další výhradní práva pro svůj nový výrobek založený na obdobném principu. Stažením registrace na původní výrobek tak skupina AstraZeneca znemožnila vstup jiným podnikům s obdobným léčivem na trh zjednodušenou procedurou a sobě zabezpečila opět výlučná práva na trhu k výrobě nového produktu. Jiní soutěžitelé sice z trhu zcela vyloučeni nebyli, ale jejich vstup byl opožděn a ztížen tím, že museli absolvovat zdlouhavou proceduru, kterou by bez vědomého stažení registrace skupinou AstraZeneca absolvovat nemuseli.

5.3.3 PODÁNÍ ŽALOBY NA PORUŠENÍ PRÁVA DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Právo vymáhat výlučná PDV nevede nutně k dominantnímu postavení (viz výše) a soudní uplatňování PDV není samo o sobě zneužitím dominantního postavení.⁹⁷ Pokud však dominantní postavení existuje, může jít o zneužití i podáním žaloby, pokud existuje dostatečná příčinná souvislost mezi uplatňovaným právem a údajným zneužitím, např. přinucením žalované strany k uzavření omezující licenční dohody.

5.3.4 ODMÍTNUTÍ UDĚLIT LICENCI KAŽDÉ TŘETÍ OSOBĚ

Jedním z druhů zneužití dominantního postavení je odmítnutí obchodovat (*refusal to deal*). Soutěžní právo zde zasahuje do práva svobodně nakládat se

⁹⁵ Srov. § 4 písm. m) zákona č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách.

⁹⁶ T-321/05 AstraZeneca; rozsudek je předmětem kasačního opravného prostředku pod č.j. C-457/10 P.

⁹⁷ 102/77 Hoffmann-La Roche v. Centrafarm (bod 16); T-198/98 Micro Leader v. Komise.

soukromým majetkem, jde tedy o smluvní volnost a neexistenci povinnosti poskytovat licence. O odmítání obchodovat se nejedná, existuje-li pro takové jednání objektivní odůvodnění a kdy účelem odmítnutí není odstranění konkurenta z trhu, např. neziskovost obchodu, nedostatečná kapacita vlastníka PDV, zastavení nerentabilní výroby, hrozící bankrot potenciálního příjemce, špatná předchozí zkušenost vlastníka PDV s potenciálním příjemcem licence (nedodržení dohod, ohrožení dobrého vlastníka PDV apod.).

Právo neudělit licenci k PDV je podstatou PDV, takže při neudělení licence nemůže jít o zneužití dominantního postavení (teorie imunního výkonu PDV), ledaže:

(i) díky PDV existuje dominantní postavení,

(ii) jednání dominantora může ovlivnit obchod mezi členskými státy (238/87 Volvo v. Veng⁹⁸),

(iii) jednání spočívá zejména v **rozhodnutí majitele sám nevyužívat PDV a ani licenci neudělit**, např. náhradní díly nevyrábět, i když vozidla daného typu jsou v provozu. Zde jde o **průlom do práva majitelů PDV rozhodnout o využití samotného práva**, jež je možný jen za **mimořádných okolností**, (tzv. *Magill Test*), kdy neposkytnutí licence by (kumulativně):

- **zcela** zabránilo vzniku **nového** výrobku nebo služby, po němž existuje poptávka ze strany spotřebitelů (např. souhrnný program televize⁹⁹; doplňkový software k dominantnímu operačnímu systému,¹⁰⁰ databázový systém sběru a vyhodnocování informací;¹⁰¹ audiovizuální komentáře z dostihů,¹⁰² tj. DV musí představovat tzv. základní zařízení (*essential facility*) *sui generis*, protože za ně nemůže náhrada, jinak by nemohlo vzniku nové služby či zboží zabránit,
- odmítnutí by bylo bezdůvodné,
- majitel PDV by si tím podržel sekundární trh pro sebe, a vyloučil tím na něm soutěž (např. trh souhrnných programů TV).¹⁰³

5.3.5 DISKRIMINAČNÍ ODMÍTNUTÍ LICENCE JEN NĚKTERÉ TŘETÍ OSOBE

Příklady diskriminačního odmítnutí licence jen některé třetí osobě se v souvislostech PDV týkají především ochranných organizací autorských, jež jsou v pozici, kterou lze označit jako *de facto* monopol, koncept velmi blízký podstatnému

⁹⁸ Zde šlo o odmítnutí licence k dovozu náhradních dílů, dovezených firmou Veng do UK, které tato firma vyrobila bez souhlasu Volva.

⁹⁹ C-241-242/91 RTE a ITP v. Komise (Magill).

¹⁰⁰ T-201/04 Microsoft; v této věci šlo jednak o junktomy (Windows Media Player, dodávaný výlučně s MS Windows, jež má 95% trhu), ale i o neposkytnutí licence – propojovací informace, která by umožnila soutěžitelům Windows Media Player (např. Real Networks, v menší míře též Apple s QuickTime, AOLu s WinAmpem, MP3, DivX a mnoha dalším výrobcům podobných programů), aby jejich výrobky fungovaly s MS Windows.

¹⁰¹ C-418/01R IMS Health Inc. v. Komise.

¹⁰² T-504/93 Tiercé Ladbroke.

¹⁰³ V oblasti odmítání licencí lze ilustrovat odlišné pojetí antimonopolní politiky v EU oproti USA. Žádný soud v USA doposud nerozhodl, že odmítnutí licence k PDV porušuje soutěžní právo. Nejvyšší soud USA např. ve srovnatelném případě Verizon Communications Inc. v. Trinko (rozhodnutí 02-682 z 13. 1. 2004) rozhodl, že soudy by běžně neměly dominantorům ukládat povinnost obchodovat se svými konkurenty, zde konkrétně nenutit monopolního poskytovatele telekomunikačních služeb sdílet své místní telefonní sítě s ostatními soutěžiteli, neboť by jej to mohlo odradit od dalších investic do své infrastruktury či by ho to mohlo vést k uzavírání protisoutěžních dohod s konkurencí.

^Pro podrobnější rozbor této judikatury odkazujeme zejména na UTĚŠENÝ, P.: op. cit., str. 100 an.

infrastrukturnímu zařízení. Proto nesmějí bezdůvodně odmítat služby osobám, jež jsou na nich závislé.

Tyto organizace nesmějí ani ukládat povinnosti, jež nejsou nutné k plnění jejich cílů – správy autorských práv – a jež by zbytečně omezovaly výkon ostatních práv zastupované osoby. Dále nesmějí vykonávat svoji činnost k rozdělování trhu.

Např. německá ochranná organizace výkonných umělců GVL byla odsouzena SDEU za to, že odmítala ochranu interpretů, kteří neměli v SRN trvalý pobyt.¹⁰⁴ Stejně tak byl odsouzen dominátor v oblasti léčiv za odmítnutí dodávat velkoobchodníkům, kteří dělají paralelní vývozy do jiných členských států.¹⁰⁵

5.3.6 DOHODA O VÝLUČNÉ LICENCI, POSILUJÍCÍ DOMINANCI

„Pouhý fakt, že podnik v dominantním postavení získá výlučnou licenci, nepředstavuje per se zneužití ve smyslu článku [102 SFEU]. Za účelem aplikace článku [102 SFEU] je třeba vzít v úvahu okolnosti, které získání licence provázely, zejména účinek na strukturu soutěže na příslušném trhu“ (T-51/89 Tetra Pak Rausing v. Komise, bod 23). Takovéto okolnosti, jež z uzavření dohody o výlučné licenci, posilující dominanci, činí akt zneužití dominantního postavení, lze v oblasti PDV dokumentovat u více druhů PDV.¹⁰⁶

5.3.7 ODMÍTNUTÍ DODÁVEK VÝROBKŮ CHRÁNĚNÝCH PRÁVEM DUŠEVNÍHO VLASTNICTVÍ

Toto zneužití může spočívat např. v nedodání náhradních dílů nezávislé společnosti, dřívějšímu výhradnímu distributorovi,¹⁰⁷ jež jsou diskutovány výše v souvislostech neposkytnutí licence.

5.3.8 CENOVÉ ZNEUŽITÍ

Čl. 102/2(a) SFEU zakazuje mj. zneužívání dominantního postavení, spočívající „v přímém nebo nepřímém vynucování nepřiměřených nákupních nebo prodejních cen...“; „ukládání ceny, která je nepřiměřená, neboť nemá žádný rozumný vztah k ekonomické hodnotě výrobku [...] je zneužití“ (27/76 United Brands, bod 250¹⁰⁸). Obsahuje-li produkt PDV, posuzují se cenové rozdíly mezi chráněnými a nechráněnými výrobky benevolentněji, neboť „nositel ochranných práv k ozdobnému vzoru může právem požadovat náklady, které investoval, aby zdokonalil chráněný vzor“ a dále „nejen své výrobní náklady v úzkém smyslu a rozumné ziskové rozpětí, ale i náklady na výzkum a rozvoj“ (53/87 CICRA v. Renault).

V praxi půjde o vymáhání příliš nízkých cen nákupních či příliš vysokých cen prodejních. Relativně vzácné je v oblasti PDV vymáhání nepřiměřeně nízkých nákupních cen.¹⁰⁹

¹⁰⁴ 7/82 GVL v. Komise.

¹⁰⁵ C-468/06 až C-478/06 Lélou.

¹⁰⁶ Např. pro patenty srov. T-51/89 Tetra Pak Rausing v. Komise.

¹⁰⁷ 22/78 Hugin; 53/87 Volvo v. Veng.

¹⁰⁸ Srov. též 40/70 Sirena.

¹⁰⁹ Např. 298/83 CICCE v. Komise.

V rámci cenového zneužití dominantního postavení musíme rozlišovat dvě skutkové podstaty:

(i) **předražování**, jehož cílem je cenové znevýhodňování všech,¹¹⁰

(ii) **diskriminační ceny**, diskriminující jen některé osoby, nejčastěji podle státní příslušnosti či bydliště druhé strany.

Ke zjištění **předražování** zboží či služeb s DV nepoužívá SDEU obecnou metodu porovnání nákladů a prodejní ceny,¹¹¹ ale srovnání cen podobného zboží a služeb v jiném členském státě;¹¹² případnou vyšší úroveň cen musí zdůvodnit prodávající. Důvodem použití této metody je, že nelze zjistit skutečnou nákladnost vytvoření autorského díla, vymyšlení vynálezu atd. SDEU v této věci nevyloučil, že by mohl porovnávat ve stejném členském státě honorář za licenci mezi různými druhy užití (zde šlo o diskotéky), což by vedlo k překvalifikování předražení na **požadování diskriminační ceny**.

V oblasti autorského práva se cenové zneužití nejvíce týká ochranných organizací autorských, a to jak ve vztahu ke třetím osobám (tj. nečlenům), tak i ve vztahu k vlastním členům:

- *vyšší poplatky za užití hudebních děl na francouzských diskotékách, jež byly vyšší, než v jiných členských státech.*¹¹³ Francouzská autorská organizace SACEM vybírala za užití hudebních děl na diskotékách více, než vybíraly její sesterské organizace v jiných státech EU. SACEM argumentovala tím, že (a) honoráře z diskoték kalkuluje jinak, než její sesterské organizace, (b) část diskoték vybírá vyšší vstupné od svých klientů, (c) francouzský autorský zákon dává autorům více práv než obdobné zákony v jiných zemích společného trhu a (d) sama SACEM dbá na přísné dodržování autorského práva ve Francii, což se nedá vždy říct o jejich sesterských organizacích. Podle SACEM to vše vede k vyšším honorářům od uživatelů hudebních děl. Tyto argumenty však SDEU nepřesvědčily: „*Národní organizace spravující autorská práva se nachází v dominantním postavení na podstatné části společného trhu a tím, že ukládá nerovné podmínky transakcí honoráři z diskoték, které jsou citelně vyšší než honoráře vybírané v jiných členských státech, nakoř srovnání úrovní tarifů se uskutečňuje na stejnorodém základě*“, dochází k zneužití dominantního postavení. SDEU připouští, že kdyby bylo možno ospravedlnit takový rozdíl objektivními rozdíly mezi správou autorských práv ve Francii a v jiných členských státech, nemuselo by se o zneužití jednat. Toto rozhodnutí bylo silně kritizováno, protože nepřihlíží k různým úrovním ochrany a správy autorských práv v různých členských státech;¹¹⁴

¹¹⁰ Ke zneužití dominantního postavení v globálním kontextu připomeňme též ságu Rambus, k níž se na unijní úrovni vztahuje „jen“ rozhodnutí Komise ve věci COMP/38.636 – RAMBUS (ÚV 2010 C 30/09). Tímto rozhodnutím Komise přijala závazky podniku Rambus Inc. (dále jen „Rambus“), který požadoval potenciálně zneužívající licenční poplatky za užívání určitých patentů týkajících se dynamických pamětí s přímým přístupem (dále jen DRAM) pro čipy. Rambus se tak mohl chovat v důsledku svého podvodného jednání v rámci procesu stanovování norem uvnitř sdružení JEDEC. Toto jednání spočívalo v tom, že Rambus nezveřejnil existenci patentů a patentových přihlášek, které dle jeho pozdějšího tvrzení byly relevantní pro normu schválenou JEDEC.

Praktiky podniku Rambus požadovat licenční poplatky za užívání svých patentů od výrobců DRAM splňujících normu JEDEC v takové výši, kterou by si nemohl účtovat, kdyby u něj nedošlo k újdavnému úmyslnému podvodnému jednání, považovala Komise za neslučitelné s čl. 102 SFEU.

¹¹¹ 27/76 United Brands v. Komise.

¹¹² 395/87 Ministère public v. Tournier.

¹¹³ 402/85 Basset v. SACEM – „SACEM III“.

¹¹⁴ Srov. např. KEREVER, M.: Poznámky, RIDA říjen 1989, str. 283.

- vyšší licenční poplatky v zemi dovozu;¹¹⁵
- rozdíl v použité metodě výpočtu licenčních poplatků podle toho, zda uživatelem byla soukromá vysílací společnost, anebo veřejnoprávní osoba; takový rozdíl je podle čl. 102 SFEU přípustný, je-li podložen oprávněnými ekonomickými důvody, ale byl by napadnutelný, pokud by vedl k vyloučení soutěže či k parcelizaci unijního trhu na trhy národní.¹¹⁶

Mimo oblast ochranných organizací autorských:

- *poplatky bez hospodářské kauzy*: poplatek za užití ochranné známky i bez použití příslušných služeb;¹¹⁷
- *nespravedlivé licenční poplatky*.¹¹⁸

Od cenového zneužívání, kdy jde skutečně o peníze, je třeba odlišit **zastřené odmítnutí licence**, jednání o nepřijatelných cenách, jež má zakrýt neochotu dominantora vůbec obchod k porušení soutěžního práva uzavřít (viz výše 0): „rozumný obchodník [...] by si měl přinejmenším uvědomit, že požadováním tak vysokých poplatků bylo zbytečně protahováno jednání o udělení licenčních práv a že takové chování nepochybně zakládá zneužití“ (rozh. Komise IV/30.787 Eurofix Ltd. V. Hilti AG).

5.3.9 VÁZANÉ ODBĚRY ZBOŽÍ ČI SLUŽEB

Tento obecně známý typ zneužití dominantního postavení (tzv. *tying, bundling*, junktimy; srov. §11/1(a) ZOHS, čl. 102(d) SFEU), má svoje příklady i v oblasti PDV, např.:

- prodej počítačového procesoru (*mainframe processor* CPU) jen spolu s paměťovou jednotkou (*memory bundling*) jako součást licenčního ujednání;¹¹⁹ IBM změnilo tuto praktiku výměnou za ukončení řízení před Komisí; stejně tak prodej neoddělitelného mediálního přehrávače Microsoft Media Player v rámci operačního systému Windows;¹²⁰
- prodej patentovaného systému lan a plachet jen spolu se surfovacím prknem;¹²¹
- ochranné organizace autorské mohou zneužívat dominantního postavení, pokud vyžadují od svých členů takové **cese práv, které nejsou nutné k naplnění jejich poslání a k účinné ochraně práv a zájmů svých členů**. Tak by tomu např. bylo, pokud by autorská ochranná organizace požadovala od svých členů, aby jí postoupily svá práva pro celý svět nebo na celou dobu ochrany.¹²² Zde byla na SDEU vznesena předběžná otázka podle čl. 267 SFEU: je z pohledu čl. 102 SFEU platná klauzule členské smlouvy, kterou autoři postupují společnosti SABAM práva k dílům současným i budoucím? SDEU obecně konstatoval že:

¹¹⁵ 78/70 Deutsche Grammophon v. Metro.

¹¹⁶ C-52/07 Kanal 5, bod 47 an.; i pouhá nejasnost metody výpočtu licenčního poplatku může být posouzena jako zneužití dominantního postavení; srov. rozhodnutí ÚOHS č.j. S 68/97-230 z 27. 3. 1998.

¹¹⁷ rozh. Komise DSD „Grüne Punkt“; ÚV 2001 L 166.

¹¹⁸ 24/67 Parke Davis v. Probel; 53/87 Renault v. Volvo.

¹¹⁹ Rozh. Komise IBM, ÚV 1984 L118/24.

¹²⁰ T-201/04 Microsoft.

¹²¹ 193/83 Windsurfing v. Komise.

¹²² 127/73 SABAM.

(1) použití čl. 102 SFEU přichází v úvahu, ukládá-li autorská organizace svým členům povinnosti, které nejsou nutné k naplnění jejího poslání (prvek zneužití postavení),

(2) je na vnitrostátním soudci, aby vyhodnotil, nakolik se povinnosti ukládané členskou smlouvou přičí zájmům autora a třetích osob. Neochotu tento citlivý problém abstraktně a na dálku ze strany SDEU lze považovat samo o sobě za šťastné řešení, neboť „účinná ochrana práv a zájmů autorů předpokládá, že takové sdružení [tj. ochranná organizace autorská] je založena na cesi práv autorem v jeho prospěch a v celé míře nutné k tomu, aby jeho činnosti byl dán požadovaný dosah a váha“ (22/79 SACEMI, bod 13).

5.3.10 UPLATŇOVÁNÍ ROZDÍLNÝCH PODMÍNEK VŮČI OBCHODNÍM PARTNERŮM

V oblasti ochranných organizací autorských bylo prokázáno mj. diskriminační rozlišování mezi obchodními partnery, zakázané čl. 102/2(c) SFEU, a to podle státní příslušnosti. Šlo o *diskriminaci německých autorů, kteří byli zastupovanými v německé ochranné organizaci GEMA*: jakkoliv všichni zastupovaní, němečtí i cizí, platili stejné poplatky této instituci, právo volby do orgánů GEMA a právo na sociální příspěvky z jejích fondů měli pouze němečtí autoři. Komise uložila GEMA změnit své stanovy v těchto bodech, nebot tuto situaci považovala za zneužití dominantního postavení.¹²³

6. ZÁVĚR

EU má podle čl. 3/3 SEU za cíl mj. vytvořit vnitřní trh, mít vysokou konkurenceschopnost a podporovat vědecký a technický pokrok. Podle čl. 179 SFEU dokonce EU směřuje k založení „evropského výzkumného prostoru, ve kterém se vědci, vědecké poznatky a technologie volně pohybují“. EU ostatně nemá v tomto ohledu na výběr: globální ekonomická realita i vysoká cena pracovní síly v EU nás nutí k těmto cílům, odrážejícím potřebu stavět evropskou ekonomiku na vysoké přidané hodnotě jejího zboží a služeb. Takové cíle jsou ale nedosažitelné jak bez fungující hospodářské soutěže, tak bez ochrany DV.

Z výše uvedeného vyplývá, že EU musí vynakládat značné úsilí pro to, aby nalezla fungující model koexistence mezi požadavkem odstraňování obchodních hranic mezi členskými státy, kterýžto požadavek podporují i pravidla hospodářské soutěže, a teritoriálně omezenými PDV, a to jak cestou sblížení vnitrostátních předpisů, tak prostřednictvím čistě unijních právních titulů DV. Jelikož oba tyto právní nástroje mají na cestě k efektivní koexistenci hospodářské soutěže a PDV jen omezený význam, rozhodující roli sehrála judikatura SDEU. Ta zejména doktrínami existence v. výkon a vyčerpání PDV omezila pravomoc členských států v oblasti DV podle čl. 345 SFEU tak, že v rámci výkonu PDV vytvořila prostor pro aplikaci pravidel hospodářské soutěže. Tato judikatura, omezující výkon PDV ve prospěch zachování hospodářské soutěže na vnitřním

¹²³ Rozh. Komise 71/224 ÚV1971 C134.

trhu EU, zasáhla jak oblast základních pojmů soutěžního práva (podnik, relevantní trh, narušení soutěže), tak i výklad protisoutěžních jednání podle článků 101 a 102 SFEU.

Dosud se tato judikatura jeví jako přijatelná a rozumná: ponechává nositelům PDV právo rozhodnout o první komercializaci (umístění na trh) DV, stejně jako nenarušuje právo na adekvátní odměnu, ale za hranicemi tohoto „zvláštního předmětu ochrany“ brání vytváření parcelizaci vnitřního trhu. Přijatelnost této doktríny se projevuje i v tom, že byla částečně převzata i do následně přijímaných sekundárních aktů EU.

Rychlý rozvoj technologií, nových nosičů autorských děl, nových způsobů jejich užití atd. neklade ani tak vysoké nároky na přizpůsobování regulace DV, jako spíše vyžaduje bdělost při aplikaci soutěžního práva: nové zboží a služby znamenají i vytváření nových relevantních trhů stejně jako nové možnosti omezování hospodářské soutěže jevy, které se zdají mít příčinu v technologické povaze nového zboží a služeb. Má-li být dosaženo výše uvedených hospodářských cílů, mají-li svobody vnitřního trhu EU být realistické, je třeba právní regulaci koexistence hospodářské soutěže a PDV věnovat trvalou pozornost.

ECONOMIC COMPETITION AND INTELLECTUAL PROPERTY IN EU LAW

Summary

One of the EU objectives in accordance with Article 3/3 TEU is the creation of an internal market. The EU also wants to have a high level of competitiveness and to promote scientific and technical progress. According to Article 179 TFEU, the EU aims even at establishing a „European Research Area in which researchers, scientific knowledge and technology circulate freely.“ Indeed, the EU has no choice in this regard: the global economic reality and the high cost of labor in the EU forces us to these objectives, reflecting the need to build the European economy to its high value-added goods and services. Such objectives are unattainable but as functioning without competition and without IP protection.

From the above it is clear that the EU must expend considerable effort for it to find a working model of coexistence between the requirement of removing trade barriers between Member States, a requirement which is also supported by competition rules, and territorially limited intellectual property rights (IPRs), both through approximation of national laws and through a purely EU legal IP instruments. Since both of these are on the way to effective co-existence of competition and IPR only of limited importance, it was CJEU case law that One of the objectives of the EU in accordance with Article 3/3 TEU is the creation of the internal market. The EU also wants to have a high level of competitiveness and to promote scientific and technical progress. According to Article 179 TFEU, even the EU aims to establish a „European Research Area in which researchers, scientific knowledge and technology circulate freely.“ Moreover, the EU has no choice in this regard: the global economic reality, the high cost of labor in the EU forces us to these objectives, reflecting the need to build the European economy to its high value-added goods and services. Such objectives are unattainable but as functioning without competition and without IP protection.

From the above it is clear that the EU must expend considerable effort for it to find a working model of coexistence between the requirement of removing trade barriers between Member States, a requirement which is also supported by the competition rules, and territorially limited IPR, both through approximation of national laws and through a purely Union titles DV. Since both of these legal instruments are on the way to effective co-existence of competition and IPR limited importance, it was the CJEU case law that played a crucial role. Particularly the doctrines of existence v. exercise and of IPR exhaustion have limited the Member States' competence in the IP field granted by Article 345 TFEU.

This doctrine seems to be acceptable and reasonable: IPR holders retain the right to decide on the first commercialization (placing on the market) of their IP products in return for adequate compensation, but

beyond this „special object of protection“ prevention of the internal market partition is to be avoided via competition rules.

The rapid development of technology, new media etc. require special vigilance in the application of competition law: new goods and services lead to the creation of new relevant markets as well as new opportunities for reducing economic competition via phenomena that seem to be caused by the technological nature of these new goods and services. In order to achieve the above-mentioned economic objectives, legal regulation of coexistence of competition and IPR requires continued attention.

Key words: competition, intellectual property, exhaustion of rights, cartel agreements, abuse of dominant position, technology transfer license refusal

Klíčová slova: soutěž, duševní vlastnictví, vyčerpání práv, kartelové dohody, zákaz dominantního postavení, odmítnutí převodu technologií

REDAKČNÍ RADA

Předseda: prof. JUDr. Pavel Šturma, DrSc.

Tajemnice: Ludmila Matoušková

Členové:

doc. JUDr. PhDr. Ilona Bažantová, CSc.

prof. JUDr. Miroslav Bělina, CSc.

prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.

doc. JUDr. Jaroslav Drobník, CSc.

prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc.

doc. JUDr. Vladimír Kindl

prof. JUDr. Zdeněk Kučera, DrSc.

prof. JUDr. Václav Pavlíček, CSc., dr. h. c.

prof. JUDr. Jiří Švestka, DrSc.

prof. JUDr. PhDr. Michal Tomášek, DrSc.

prof. JUDr. Petr Tröster, CSc.

JUDr. Marie Vanduchová, CSc.

prof. JUDr. Alena Winterová, CSc.

Externí členové:

prof. JUDr. Michael Bogdan (Lund)

prof. JUDr. Jiří Boguszak, DrSc. (Praha)

prof. Dr. Wladyslaw Czapliński (Varšava)

doc. JUDr. Taisia Čebišová, CSc. (Praha)

prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Brno)

prof. Dr. Michael Geistlinger (Salzburg)

prof. JUDr. Mahulena Hofmannová, CSc. (Giessen/Heidelberg)

prof. JUDr. Pavol Holländer, DrSc. (Brno)

prof. JUDr. Dalibor Jílek, CSc. (Brno/Bratislava)

Dr. Kaspar Krolop (Berlín)

prof. JUDr. Jan Musil, CSc. (Brno)

prof. JUDr. Jan Svák, CSc. (Bratislava)

prof. Dr. Jiří Toman (Santa Clara)

JUDr. Peter Tomka, CSc. (Haag)

prof. JUDr. Helena Válková, CSc. (Plzeň/Praha)

prof. Dr. Miroslav Vítěz (Subotica)

doc. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc. (Brno/Bratislava)

ACTA
UNIVERSITATIS
CAROLINAE

IURIDICA 3/2012

HODPODÁŘSKÁ SOUTĚŽ A DUŠEVNÍ VLASTNICTVÍ

PProrektor-editor: prof. PhDr. Ivan Jakubec, CSc.
Vědecký redaktor: doc. JUDr. Pavel Švoboda, Ph.D., D.E.A.
Recenzovali: prof. JUDr. Stanislava Černá, CSc.
JUDr. Michal Petr
Obálku navrhla Jarmila Lorencová
Graficky upravila Kateřina Řezáčová
Vydala Univerzita Karlova v Praze
Nakladatelství Karolinum, Ovocný trh 3–5, 116 36 Praha 1
<http://cupress.cuni.cz>
Praha 2013
Sazba DTP Nakladatelství Karolinum
Vytiskla tiskárna Nakladatelství Karolinum
Periodicita: 4× / rok
Vydání 1. Náklad 300 výtisků
ISSN 0323-0919
MK ČR E 18585