

Má DMA regulatorní a/nebo soutěžní „DNA“?*

Does the DMA have Regulatory and/or Competitive „DNA“?

Josef Bejček**

Abstract

Součástí tzv. digitálního balíčku Evropské komise je i nařízení o digitálních trzích (DMA), jež se v plném rozsahu prosazuje od března 2024. Jde o průlomovou předběžnou regulaci chování provozovatelů velkých digitálních platforem, založenou na automatických (*per-se*) kasuistických zákazech určitých praktik v závislosti na rozhodnutí Komise o statusu provozovatelů jakožto tzv. strážců vstupu (*gatekeepers*). Tato dopředná regulatorní metoda se pokládá za včasnější a účinnější pro funkčnost a férovost digitálních trhů v porovnání s dříve uplatňovanou následnou kontrolou chování velkých provozovatelů platforem, založenou na vymáhání zákazu zneužití dominantního postavení na trhu. Převládá názor, že soutěžně právní ochrana je na platformách ovládnutých již dnes digitálními obry pozdní a nedostatečná. Jasná a přesná pravidla obsažená v DMA přitom jsou založena na reflexi dřívější evropské kasuistiky zákazu zneužití dominance ve smyslu soutěžního práva. DMA sice přinese zvýšení transparentnosti a právní jistoty, ale vytvoří přirozeně i prostor pro obcházení taxativně stanovených jednotlivých *per-se* zákazů a příkazů, na rozdíl od obecných standardů chování podle soutěžního práva. Článek informuje o hlavních principech úpravy a komentuje některé právně politické tenze s ní spojené. Rozebírá kontroverzní možnost souběhu dvojího postihu podle DMA a podle práva soutěžního a kriticky hodnotí přísný zákaz tzv. sebezvýhodňování strážců vstupu podle DMA. Vyslovuje obavy ze zmrazovacího efektu plošné úpravy, jež kromě eliminace nekalých praktik velkých provozovatelů digitálních platforem může podvázat jejich inovační dynamiku, a tím i konkurenční trhy. Zdůvodňuje se nutnost uvážlivého přístup k této delikátní regulaci a pokorné sebereflexe. Regulatorní tlak Komise by měl být zdrženlivý a postupný při hledání optimální regulatorní polohy.

Klíčová slova

Digitální platformy; digitální trhy; soutěžní právo; zneužití dominance; čl. 102 SFEU; strážci vstupu; zákaz dvojího postihu: *ne bis in idem*; zákaz sebezvýhodňování; dynamická efektivnost.

Abstract

The European Commission's „digital package“ includes the Digital Markets Act (DMA), which is fully enforced from March 2024. It is a ground-breaking pre-emptive regulation of the behaviour of operators of large digital platforms, based on automatic (*per-se*) casuistic rules depending on the Commission's decision on the status of operators as gatekeepers. This ex-ante regulatory

* Děkuji své pomocné vědecké síle Adéle Moravčikové za účinnou rešeršní podporu. Část textu byla nabídnuta pod jiným názvem jako příspěvek na mezinárodní konferenci XXXI. Karlovarské právnícké dny; s tímto účelem vznikl původně celý text.

** Prof. JUDr. Josef Bejček, CSc., Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita Brno / Department of Commercial Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: Josef.Bejcek@law.muni.cz / ORCID: 0000-0002-9059-3630 / Scopus ID: 9633621200

method is considered to be more timely and efficient for the functionality and fairness of digital markets compared to the previously applied ex-post control of the behaviour of large platform operators based on the enforcement of the prohibition of abuse of market dominance. The prevailing view is that competition law protection is late and inadequate on platforms already dominated by digital giants. However, the clear and precise rules contained in the DMA are paradoxically and ironically based on a reflection of the earlier European case law on the prohibition of abuse of dominance in competition law terms. While the DMA will bring increased transparency and legal certainty, it will also naturally create scope for circumvention of the exhaustive list of individual per se bans and commands, as opposed to the general standards of conduct under competition law. The article informs about the main principles of the regulation and comments on some of the legal and political tensions associated with it. It discusses the controversial possibility of double sanctioning under the DMA and competition law and critically evaluates the strict prohibition of self-preferencing of gatekeepers under the DMA. It discusses concerns about the chilling effect of universal regulation, which, in addition to eliminating the unfair practices of large digital platform operators, may stifle their innovative dynamism and thus competitive markets. The need for a sensible approach to this delicate regulation and for humble self-reflection is argued. Regulatory pressure from the Commission should be restrained and gradual in the search for the optimal regulatory position.

Keywords

Digital Platforms; Digital Markets; Competition Law; Abuse of Dominance; Article 102 TFEU; Gatekeepers; Prohibition of Double Sanctioning; ne bis in idem; Prohibition of Self-preferencing; Dynamic Efficiency.

Úvodem

V březnu 2024 vypršela lhůta, v níž měli strážci přístupu na digitální platformy uvést své chování a postupy do souladu s evropským nařízením o digitálních trzích (DMA).¹ Příspěvek nejprve stručně charakterizuje obsah a kontext tohoto koncepčně průlomového předpisu, ovlivňujícího nejen velké hráče na digitálním trhu, ale i jejich klienty a obchodní partnery. Zamýšlí se též nad spornými koncepčními východiský a problémy praktického uplatňování onoho nařízení.

DMA je součástí tzv. digitálního balíčku Komise, zahrnujícího mj. ještě nařízení o digitálních službách a nařízení o správě dat.² Jeho cílem je upravit postavení a povinnosti velkých technologických společností (Big Tech) ovládajících poskytování hlavních služeb digitálních platform. Několik provozovatelů těchto velkých platform nabylo obrovskou moc,

¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2022/1925 ze dne 14. září 2022 o spravedlivých konkurenčních trzích v digitální odvětví a o změně směrnic (EU) 2019/1937 a (EU) 2020/1828 (nařízení o digitálních trzích, zvané též Digital Markets Act (DMA)). Nařízení je účinné od 2. května 2023.

² Digital Services Act (DSA) – Nařízení 2022/2065 ze dne 19. října 2022 o jednotném trhu digitálních služeb, a Data Governance Act (DGA) – Nařízení 2022/868 ze dne 30. května 2022 o evropské správě dat. Tyto úpravy se mají vzájemně doplňovat a být nástrojem pozitivní i negativní integrace trhu. Integrovaná negativně znamená odstraňovat *omezení* volného obchodu (trhotvorný dopad); integrace pozitivní spočívá v boji proti *selbáním* trhu – tak se třeba u DSA proponuje (ostatně politicky velmi kontroverzní) snaha snížit rizika demokratické politiky ohlašování a mazáním nelegálního obsahu a posílit či zaručit tak základní práva uživatelů. DMA integruje jak negativně (bojuje proti nadměrné tržní síle), tak i pozitivně (stanoví některé pozitivní behaviorální povinnosti).

kteřá se pokládá dokonce za ohrožení demokracie, jemuž by se mělo čelit snahou o dosažení jakési „digitální suverenity EU“;³ soutěžní právo na tyto platformy začalo být údajně „krátké“ kvůli omezení své funkčnosti na nástroje *ex post*,⁴ resp. i kvůli nezpůsobivosti účinně bránit *ex ante* prosoutěžní strukturu trhu, ohrožovanou formou tzv. *killer acquisitions*. Těch se dopouštějí právě ty (již tak nesmírně velké) technologické společnosti, dusící tak možnou budoucí konkurenci již v zárodku.

Protože soutěžní právo jakožto nástroj proti selhání trhu v tomto digitálním sektoru trhu samo selhalo, má být nikoli nahrazeno, ale doplněno a posíleno přímým regulatorním nástrojem. Tradiční přístup k soutěžní politice hospodářské soutěže, založený na definici trhu, posuzování tržní síly a případných návrzích vhodných nápravných opatření, se v digitálním prostoru pokládal za nevyhovující; proto se stanovily absolutní prahové hodnoty velikosti gatekeepera a uložily se jim kvaziautomatické povinnosti.⁵

Ambicí DMA je tedy zakázat určité typy chování „strážců vstupu“ ještě předtím, než k němu dojde; tradiční analytický rámec soutěžního práva, vyžadující rozbor jednotlivých případů, by neumožnil dosáhnout srovnatelných výhod z hlediska právní jistoty, konkurenceschopnosti na trhu a včasnosti a účinnosti zásahu.⁶ DMA se tak dá pokládat za reminiscenci na ordoliberalní přístup, vlivný v době Římské smlouvy, za přechod od spíše reaktivního a defenzivního přístupu antitrustové politiky ke spíše předběžným aktivním zásahům do prostředí, jež patrně není způsobilé vytvářet a udržovat dostatečnou konkurenceschopnost.⁷

Hlavním deklarovaným cílem DMA je předcházet nekalým praktikám obřích klíčových digitálních platforem⁸ a zvýšit konkurenceschopnost jejich rivalů na souvisejících trzích, což

³ Tak BENDIEK, A. The Impact of the DSA and DMA on European Integration Policy. *Working Paper*. Stiftung Wissenschaft und Politik, Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, 11. 2. 2021, s. 1, s. 7. Srov. např. případ společnosti Cambridge Analytica která získala data desítek milionů uživatelů sociální sítě Facebook a zneužívala je v rámci volebních kampaní v několika zemích.

⁴ Vynucování soutěžního práva *ex post* v digitální oblasti údajně selhalo a otevření digitálního trhu a zajištění konkurenceschopnosti trhu se má docílit interoperabilitou a přístupem k datům, což jsou mj. povinnosti ukládané v DMA. Srov. MŇUK, J. Interoperability and Data Access as Effective Remedies in Digital Markets: Internet of Things and Beyond. *Antitrust*. 2023, č. 3, s. 76 a násl. Regulace chování soutěžitelů a přístupu na trh se podle některých názorů neosvědčily jako takové (srov. KNAPSTAD, T. Breakups of Digital Gatekeepers under the Digital Markets Act: Three Strikes and You're out? *Journal of Competition Law and Practice*. 2023, roč. 14, č. 7, s. 16. DOI: <https://doi.org/10.1093/jcclap/lpad035>), takže se stejně doporučují strukturální nápravné prostředky (jako je třeba rozdělení – *divestiture* – delikventních subjektů), které by měly vytvořit tlak na dodržování pravidel DMA.

⁵ CABRAL, L., HAUCAP, J., PARKER, G., PETROPOULOS, G., VALLETTI, T., ALSTYNE, M. van. *The EU Digital Markets Act*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021, s. 3. Dostupné z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3783436

⁶ Podobně CHIRICO, F. Digital Markets Act: A Regulatory Perspective. *Journal of Competition Law and Practice*. 2021, roč. 12, č. 7, s. 497. DOI: <https://doi.org/10.1093/jcclap/lpad058>

⁷ Podobně RENDA, A. Can the Digital Markets Act achieve its goals? *The Digital Revolution and the New Social Contract series*. Segovia: IE University, Center for the Governance of Change, June 2022, s. 8.

⁸ Již v r. 2019 označil expertní panel 5 velkých digitálních společností uplynulého desetiletí, disponujících trvalou a významnou tržní mocí, jako GAFAM. Kromě toho Komise zahájila pět tržních šetření s cílem posoudit, zda společnost Microsoft Bing, Microsoft Edge, Microsoft Advertising, Apple iMessage a Apple iPad OS jsou „hlavními službami platformy“ (CPS). Srov. <https://digital-markets-act-cases.ec.europa.eu/gatekeepers>

má velmi blízko k soutěžnímu právu;⁹ tímto vztahem se také budu zabývat. Na druhé straně nese tato úprava rysy sektorově specifického přístupu, na rozdíl od zásadně plošné a obecné regulace ochrany soutěže.¹⁰ Navíc se hybridně propojuje s regulací nekalých obchodních praktik či nekalé soutěže.¹¹ Zatímco však soutěžní právo upravuje *procesy*, sektorová regulace se zaměřuje na konkrétní *výstupy*; přitom se ale právě fungující soutěžní procesy pokládají za nejlepší předpoklad rozumně dobrých výkonů a výstupů na trhu.

Tento předpis by neměl být (díky svému regulatornímu rozpětí) předmětem zájmu pouze oněch digitálních obrů v postavení „strážců přístupu“ (používá se pro ně akronym „GAFAM“, symbolizující společnosti Google, Apple, Facebook/Meta, Amazon, Microsoft). Týká se totiž i koncových uživatelů, ať už se statusem podnikatele, nebo v postavení spotřebitele. Přinejmenším se tedy ocitáme denně na straně klientů (B2B, B2C); DMA se na mnoha místech bere za zájmy podnikatelských uživatelů jakožto objektů ochrany.

DMA má specifickou osobní působnost – vztahuje se totiž jen na zvláštní kategorii strážců přístupu (*gatekeepers*) k hlavním službám platform (*core platform services*), kteří disponují největší finanční mocí a kteří v současnosti již oligopolizovali poskytování hlavních služeb na trhu provozovaném na digitálních platformách.¹² Tyto subjekty se určují především kvantitativními kritérii;¹³ podniky poskytující hlavní služby platform mají přitom sebeoznamovací povinnost a musí Komisi v krátké době informovat o dosažení stanovených prahových hodnot.¹⁴ Jejich povinností je zajistit soulad i se všemi dalšími požadavky DMA.

DMA není tedy druhem dopředné *sektorové* regulace v pravém slova smyslu (typu regulace dopravy, zemědělství, pojišťovnictví apod.). Vztahuje se totiž na zvláštní skupinu subjektů, jež z hlediska regulace nesjednocuje jejich působení v nějakém „sektoru“, ale jen jejich velikost (podle stanovených ekonomických ukazatelů) a ekonomický význam coby „strážců přístupu“ na důležité trhy digitálních platform.

⁹ Proto se také vydání DMA svého času ironicky komentovalo jako „znovuvynalézání kola“ – srov. BASEDOW, J. Das Rad neu erfunden: Zum Vorschlag für einen DMA. *ZEuP*. 2021, roč. 21, s. 217 a násl.

¹⁰ DMA se metaforicky označuje za „ztracené dítě soutěžního práva“ (Srov. LAROUCHE, P., STREEL, A. de. The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions. *Journal of European Competition Law and Practice*. 2021, roč. 12, č. 7. s. 542. DOI: <https://doi.org/10.1093/jecp/lpab066>). Jeho zařazení do ustálených poznávacích schémat je obtížné, „protože se neopírá o soubor rozumně vyložitelných dobře formulovaných politických cílů, jako je tomu v případech specifických odvětvových politik, ani netěží ze zkušeností a z praxe v jednotlivých případech, jako v případě práva na ochranu hospodářské soutěže.“

¹¹ LEISTNER, M. The Commission's vision for Europe's digital future: proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – a critical primer. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. 2021, roč. 16, č. 8, s. 780, 781. DOI: <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpab054>

¹² SCHWEITZER, H. The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal. *ZEuP*. 2021, Heft 3, s. 503.

¹³ Jako obrat, tržní kapitalizace a počet aktivních uživatelů v určitých zemích EU v daném čase (srov. čl. 3/1 a 2 DMA). Možnost označit strážce přístupu *nedosahujícího* kvantitativních hledisek je přesto v rukou Komise (čl. 3/8 DMA), ač nemá jasná hlediska. Srov. SOLEK, L. Concept of dominance in the digital age. *E.C.L.R.* 2023, č. 5, s. 194. Kritéria stanovená v čl. 3 DMA vytvářejí technikou vyvratitelné domněnky novou kategorií „strážce přístupu.“

¹⁴ Případně může spolu s oznámením výjimečně doložit, že ani přes dosažení kvantitativních kritérií nemá být označen za „strážce přístupu.“ Absence *označení* znamená absenci osobní *působnosti* DMA. Srov. čl. 3/3 a čl. 3/5 DMA.

Digitální služby, v nichž tyto subjekty působí, jsou velmi dynamické a heterogenní. DMA se ale použije nikoliv plošně na tyto služby, ale jen na směsici *subjektů*, z nichž některé nejsou v žádném vzájemném soutěžním či obchodním vztahu a působí napříč řadou trhů a dodavatelských řetězců. Tyto zasažené subjekty vystupují na různých trzích a DMA upravuje jen *některé* jejich aktivity. DMA není proto tradiční sektorovou regulací, ale spíše *sui generis* asymetrickou regulací *subjektů*, na rozdíl od regulace *aktivit*,¹⁵ resp. je příkazovou a zákazovou regulací *některých* aktivit *některých* subjektů. Na rozdíl od tradiční regulace formou *příkazů* (*ex ante*) však DMA obsahuje i řadu *zákazů* (*ex post*),¹⁶ což ji přibližuje k soutěžnímu právu a vzdaluje ji od klasické „příkazové“ a „dopředné“ regulace. Rigidnost příkazů a zákazů je určitě přínosem z hlediska jejich dodržování a vynucování, ale kontrastuje s docela nejasně určenými cíli. Bude zřejmě vyžadovat doplnění a vysvětlení, ev. praktičtější návody v podobě *soft law*, jež snad lze reálně očekávat.

DMA tedy vychází z představy jasných a přesných pravidel s motivací vysoké právní jistoty, nízkých administrativních nákladů prosazování těchto pravidel a s představou, že se takto budou povinnosti snáze plnit a také snadněji kontrolovat. Tato kasuistická technika se však může ocitnout ve vlastní pasti – může totiž podnitit „strážce vstupu“ ke kreativnímu vymýšlení nových (formálně nezakázaných) postupů se stejnými či podobnými faktickými účinky. Proto se budou muset promyslet i pravidla DMA proti obcházení, aby se legislativní úsilí vynaložené na vytvoření povinností v DMA plíživě neznehodnotilo.¹⁷

Vlastní cíle DMA jsou přitom poněkud rozmlžněné a zastřené formulovány: má „*přispět k řádnému fungování vnitřního trhu stanovením pravidel pro zajištění otevřenosti (resp. „konkurenceschopnosti“)* tržů v digitálním odvětví hospodářské soutěži (contestability) a jejich spravedlnosti (fairness).“¹⁹

¹⁵ Sotva lze totiž za druh obchodní aktivity označit „hlídání přístupu“ (*gatekeeping*). Srov. AKMAN, P. Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act. *European Law Review*. 2022, roč. 47, č. 1, s. 85–114. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3978625>

¹⁶ Z 18 specifických povinností, jež vážou „strážce vstupu“, má 7 povahu zákazu.

¹⁷ Srov. FRANCK, J.-E., PEITZ, M. The Digital Markets Act and the Whack-A-Mole Challenge. *Discussion Paper*. Universität Mannheim, No. 439, July 023, s. 38. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4509422>

¹⁸ *Contestability of markets* se v odborné literatuře běžně překládala jako konkurenceschopnost trhů. V oficiálním českém znění DMA se ale *contestability and fairness for the markets* (srov. recital č. 7) překládá jako „otevřenost hospodářské soutěže a spravedlnost pro trhy.“ To může vyvolat jisté zmatení. Není zejm. jasné, co je to „otevřená soutěž“ (na rozdíl od jasnějšího „otevřeného trhu“, který však má především strukturální vymezení). „Konkurenceschopný trh“ by byl asi přiléhavější pojem, ale asi se nepoužil z puristické výhrady, že *trh* jako takový (samozřejmě) nikomu nekonkuruje, ale konkurují si jen soutěžitelé *na něm*. Pojem „konkurenceschopný trh“, resp. „soutěžní trh“ (*contestable market*) se ale přece dá rozumněji a intuitivně vyložit i tak, že je *způsobivý* být prostorem, v němž funguje konkurence (tedy na jako nějaký „konkurent“); proto si dovolím v tomto směru odchylku od těžkopádného a poněkud zavádějícího oficiálního překladu a pojem „konkurenceschopný trh“ či „soutěžní trh“ občas použiji.

¹⁹ Srov. *recital* č. 7 k DMA. Jde přitom o druh pojmové „černé skříňky“, závislé na subjektivních hodnotových soudech a generující značnou právní nejistotu. Srov. WOERSDOERFER, M. The Digital Markets Act and E.U. Competition Policy: A Critical Ordoliberal Evaluation. *Philosophy of Management*. 2023, č. 22, s. 164. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40926-022-00213-4>. Pojmovou rozostřenost DMA kritizují i CRÉMER, J., CRAWFORD, G.S., DINIELLI, D., FLETCHER, A., HEIDHUES, P., SCHNITZER, M., SCOTT MORTON, F., SEIM, K. Fairness and Contestability in the Digital Markets Act. *Yale Journal on Regulation*. 2023, roč. 40, s. 978.

Podle čl. 1 DMA, který tuto myšlenku závazně normuje,²⁰ lze dovodit, že se tu cílí *také* na ochranu soutěže jako procesu, protože se v něm upravují pravidla ovlivňující soutěž o (!) trh (*gatekeeperů*), ale i na (!) tomto trhu a na dalších (!) trzích.

Zatímco otevřenost trhu ovšem míří spíše na strukturu relevantního trhu a s ní spojené otázky,²¹ poctivost se vztahuje především na chování. Ambice DMA sledovat oba cíle je zřejmá; méně zřejmé je však, jakými specifickými způsoby by se měla zajistit ona *contestability* na velmi dynamických trzích, jež se přitom nijak nedefinují. Právní jistotě a předvídatelnosti neprospívá poněkud kruhové „definiční“ zmatení.²²

Těchto cílů se má přitom dosáhnout nikoliv pomocí zavedených kvalitativních *standardů* ochrany soutěže, ale velmi konkrétních a kasuistických *ex ante* (většinou) a *per-se* příkazových a zákazových *pravidel*, bez možnosti jejich vyvažování případným argumentem prosoutěžního dopadu chování či zakázané praktiky. Ekonomické argumenty se na rozdíl od práva soutěžního neberou v úvahu a normativní formální přístup předepsaný v DMA nepřipomíná ani zdaleka tendenci tzv. „více ekonomického přístupu“, uplatňovanou v právu soutěžním z iniciativy evropských soudů.

Předběžnou (*ex ante*) a plošnou regulací se sice dá čelit strukturálním problémům, jež (s výjimkou kontroly fúzí) dokáže právo soutěžní (postihem zakázaných kartelových dohod a zakázaného zneužití dominantního postavení) řešit až následně (*ex post*). Soutěžněprávní následná intervence má však výhodu komplexní analyzovatelnosti *ekonomických* dopadů dané praktiky v *konkrétním* jednotlivém případě a umožňuje přesnější hodnocení její případné škodlivosti, ev. v porovnání s možnými prosoutěžními efekty. To je ovšem velmi nákladné a zdlouhavé.

Soutěžněprávní pravidla (sledující jasné a vcelku dobře odhadnutelné *standards* chování) jsou tedy sice flexibilnější a širší, ale mohou dojít svého naplnění pozdě, zejména na dynamicky se vyvíjejících trzích; a i když se nakonec přece jen uplatní, nemusejí ani tak vést

²⁰ „... přispět ke řádnému fungování vnitřního trhu stanovením harmonizovaných pravidel zajišťujících pro všechny podniky spravedlivé konkurence způsobilé trhy v digitálním odvětví v celé Unii, kde působí strážci přístupu, ve prospěch podnikatelských i koncových uživatelů.“

²¹ *Recital* č. 11 výslovně odkazuje na čl. 101 a 102 SFEU a na úpravu kontroly spojování podniků podle soutěžního práva a jasně deklaruje, že DMA se vztahuje na subjekty na trhu již působící (nezasahuje tedy mj. do kontroly spojování), že chrání *jiny zájem* než pravidla na ochranu soutěže a že se tedy DMA použije, aniž je dotčeno uplatňování soutěžních pravidel. Přitom ovšem GAFAM (viz pozn. 8) získal kolektivně do srpna 2022 kontrolu nad více než 800 podnikateli. Srov. WITT, A. C. The Digital Markets Act – Regulating the Wild West. *Common Market Law Review*. 2023, roč. 60, s. 631. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4395089>

²² P. Akman v cit. práci vtipně glosuje tento stav takto: Současný návrh DMA, jehož cílem je řešit „nekalé“ chování na trzích, kde již existují „strážci brány“, a zároveň se snaží zajistit „konkurenceschopnost“ těchto trhů, vyvolává otázky, zda se DMA snaží řešit „příčinu“ nebo „příznaky“ jakýchkoli problémů s hospodářskou soutěží na příslušných trzích. Dále vyvstává otázka, zda lze těchto rozdílných cílů účinně dosáhnout jediným nástrojem, a pokud ano, v jakém rozsahu. Dá se pozorovat trvalejší trend k jisté regulační bezbřehosti a ambicióznosti v EU; přijetí DMA je jen *pars pro toto* tohoto pohybu. Anticipativní (*ex ante* působící) DMA byl součástí širších politických cílů Komise, zahrnujících podporu inovativnosti, zvýšení poctivosti a dosažení neekonomických cílů spojených otevřenou demokracií a zelenou tranzicí: srov. EU COMMISSION. *Strategy Priorities for 2019–2024*. Dostupné z: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024_en. Srov. též ANDREANGELI, A. The Digital Markets Act and the enforcement of EU competition law: some implications for the application of articles 101 and 102 TFEU in digital markets. *E.C.L.R.* 2022, č. 11, s. 498.

k potřebným strukturálním změnám v daném případě, resp. nikoliv včas.²³ Je otázka, jestli jednodušší a administrativně pohodlnější metoda kasuistických zákazů a příkazů uplatnitelných plošně na všechny dotčené²⁴ a s ušetřením komplikovaných a zdlouhavých analýz faktického stavu přinese kýžené výsledky.

Aby se snížily nevýhody statickosti a dosáhlo se jisté adaptability a flexibility vzhledem k rychlému tempu inovací v digitální oblasti, zakotvuje se použití nástroje „kvazisektorového šetření trhu“, jež by mělo napomoci k vyvážení právní jistoty a flexibility. Tato šetření by měla též napomoci zavčas rozpoznat potenciální „hlídače vstupu“, kteří by ještě nesplňovali čistě kvantitativní kritéria pro status „hlídače“ a přitom by si „zasloužili“ z preventivních důvodů zvýšený dohled, aby se třeba tito *emerging gatekeepers* nekontrolovaně nerozpínali do nových oblastí.²⁵

Významným rozdílem oproti právu na ochranu soutěže je *vylučně centralizované vynucování* DMA Komisí (na rozdíl od decentralizované aplikace soutěžního práva); k tomu se přistoupilo v zájmu účinnosti a jednotnosti dopadu regulace na společný trh, prevence rozdílů a jeho fragmentace.²⁶

1 Základní východiska DMA a povinnosti jím ukládané

Rozbor celého předpisu není ambicí tohoto příspěvku; mj. by byl neúnosně dlouhý. Uvádím zde proto jen jeho právně politická východiska a hlavní povinnosti či zákazy, na něž je především třeba se zaměřit.

1.1 Výběr z výčtů

Tzv. výčty (*recitals*), jež jsou pravidelnou součástí evropských předpisů, předznamenávají to, co bývá obsahem obecné části důvodové zprávy k tuzemským zákonům a jsou také významným interpretačním vodítkem obsahu nařízení. Na tomto místě podávám jen velmi stručný a místy parafrázovaný přehled významnějších bodů této rozsáhlé kvazidůvodové zprávy (čítající 109 položek), zejm. pokud se jich nedotkly již úvodní pasáže.

Účelem nařízení je přispět k řádnému fungování vnitřního trhu stanovením pravidel pro zajištění *otevřenosti hospodářské soutěže* a *spravedlnosti* pro trhy v digitálním odvětví obecně,

²³ Upozorňuje na to P. Akman v cit. práci a dokumentuje to téměř sedmiletým šetřením v případě *Google Search (Shopping)* – od zahájení vyšetřování až po vydání meritorního rozhodnutí. Průměrná doba řízení v případech zneužití dominance před EK je pět let – srov. DETHMERS, F., BLONDEEL, J. EU Enforcement Policy on Abuse of Dominance: Some Statistics and Facts. *E.C.L.R.* 2017, č. 4, s. 161 a násl.

²⁴ Metoda parafrázovatelná jako *one size fits all (who are of big size)*.

²⁵ Srov. CHIRICO, op. cit., s. 497.

²⁶ Jistá hybridnost DMA na pomezí (sektorové) regulace a soutěžního práva se vyjadřuje pěknou metaforou, že DMA je něco jako „soutěžní ruka v regulatorní rukavičce“ (srov. BELLOSO, N. M., PETTI, N. The EU Digital Market Act (DMA): A Competition Hand in a Regulatory Glove. *European Law Review*. 2023, roč. 48, s. 391. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=4411743>). Nevyjasněnost povahy tohoto předpisu hodnotí vtípalkovským rýmem (s. 33), že se teprve musí odhalit „*the DNA of the DMA*“. Tuto hříčku přebírám i v názvu svého příspěvku.

a zejména pro podnikatelské a koncové uživatele hlavních služeb platformou poskytovaných strážci přístupu (*recital* 7).

Cílem nařízení je tedy *doplnit* (nikoliv nahradit) vymáhání práva hospodářské soutěže, aniž jsou tedy dotčeny články 101 a 102 SFEU. Uplatňováním těchto pravidel by však neměly být dotčeny povinnosti uložené podle tohoto nařízení strážcům přístupu a jednotné a účinné uplatňování těchto povinností na vnitřním trhu (10). Nařízení explicitně deklaruje, že jeho cílem je *jiný právní zájem* než zájem chráněný pravidly na *ochranu soutěže* a že by se DMA měl použít, aniž je dotčeno uplatňování oněch pravidel (11).

Slabá otevřenost hospodářské soutěži (*contestability*) a nekalé praktiky v digitálním odvětví jsou u některých digitálních služeb častější a výraznější než u jiných, zejména u digitálních služeb, které jsou většinou přímými zprostředkovateli mezi podnikatelskými a koncovými uživateli a které docilují velkých úspor z rozsahu, těží ze silných síťových účinků, mají schopnost propojit díky vícestannosti těchto služeb mnoho podnikatelských uživatelů s mnoha koncovými uživateli, chrání je uzamykací (*lock-in*) dopady apod. Strážci přístupu jsou s to stanovit *obchodní podmínky jednostranně* a na úkor podnikatelských i koncových uživatelů (13). Takto jsou nejpostizitelnější zejména online zprostředkovatelské služby, internetové vyhledávače, operační systémy, online sociální sítě, služby platform pro sdílení videonahrávek, interpersonální komunikační služby nezávislé na číslech, služby *cloud computingu*, virtuální asistenti, webové prohlížeče a online reklamní služby, včetně služeb zprostředkování reklamy (14).

Vyvrátitelnost domněnky strážce přístupu na základě kvantifikovaných prahových hodnot podle nařízení je možná, ale *důkazní břemeno opaku* nese namítající podnik; přitom se nepřihlíží k ev. námitce účinnosti, tedy že je daná praktika efektivní; zákazy jsou *per-se* (*efficiency defence*, 23).

Zvláštní soubor pravidel umožňujících včasný a přiměřený zásah se má vztahovat i na podniky poskytující hlavní služby platformou i jen s *potenciálem získat* v blízké budoucnosti zavedené a trvalé postavení (26–28).

Otevřenost hospodářské soutěži (coby jedním z cílů nařízení) se rozumí schopnost podniků účinně překonávat překážky pro vstup na trh a expanzi a konkurovat strážci přístupu díky kvalitě svých produktů a služeb (32). *Nepoctivostí* (proti níž má nařízení za cíl také bojovat) se rozumí nerovnováha mezi právy a povinnostmi podnikatelských uživatelů, při níž strážce přístupu získává nepřiměřenou výhodu (33).

Strážce přístupu má za určitých okolností *dvojitý úlohu*: jedná jako podnik *poskytující* hlavní služby platformou a zároveň *soutěží* (nebo to má v úmyslu) s týmiž podnikatelskými uživateli při poskytování stejných nebo podobných služeb nebo produktů stejným koncovým uživatelům (46). Může proto použít různé prostředky ke *zvyhodňování* své vlastní služby nebo produktů či služeb třetích stran ve svém operačním systému, virtuálním asistentovi nebo webovém prohlížeči na úkor stejných nebo podobných služeb, které by koncoví uživatelé mohli získat prostřednictvím jiných třetích stran. Podle DMA by se neměl dopouštět *jakékoli* formy *rozdílného nebo preferenčního zacházení* při určování pořadí v rámci hlavní služby platformy a souvisejícího indexování a automatického procházení (49, 52).

Strážci přístupu mohou omezit schopnost podnikatelských a koncových uživatelů odhlásit se z hlavní služby platformy, k níž se dříve přihlásili. Proto by měla být stanovena pravidla,

kteřá zabrání situaci, ve které strážci přístupu narušují právo podnikatelských a koncových uživatelů *svobodně si vybrat* hlavní službu platformy, kterou chtějí využívat (63).

Nedostatečná interoperabilita umožňuje strážcům přístupu využívat silných síťových účinků, což snižuje soutěžeschopnost na trhu (64).

Komise by měla mít možnost *za výjimečných okolností* a na základě vymezených důvodů veřejného zdraví nebo veřejné bezpečnosti rozhodnout, že se *konkrétní povinnost* na konkrétní hlavní službu platformy *nevztahuje* (67).

Vzhledem ke značné hospodářské síle strážců přístupu je důležité, aby se jejich příslušné povinnosti plnily účinně a *neobcházeły se*. Stanovená pravidla se proto mají vztahovat na *veškeré* praktiky ze strany strážce přístupu bez ohledu na jejich *formu* či *povahu* (zákaz obcházení, funkční přístup, 70).

K dosažení cílů nařízení by měla mít Komise možnost posoudit, zda by podnik poskytující hlavní služby platformy měl být *označen* za strážce přístupu, i když *nedosahuje* stanovených kvantitativních prahových hodnot, a to na základě posouzení založeného na šetření trhu (73).

Proti strážci přístupu, jenž maří cíle nařízení (udržuje, rozšiřuje či posiluje své klíčové postavení navzdory nápravným opatřením), by Komise měla mít možnost přijmout jakékoliv proporcionální nápravné opatření směřující ke změně *chování*, či *strukturální* opatření (75). Může přitom rozhodnout i o přijetí *závazků* nabídnutých strážcem přístupu (76).

Jediným orgánem s pravomocí vymáhat povinnosti z nařízení je *Komise* (91), která také jediná rozhoduje, zda vůbec zahájit řízení (91); má přitom silné vyšetřovací a vymáhací pravomoci (80), včetně práva požadovat informace od kohokoliv (81) včetně orgánů a osob v členských státech (82), provádět inspekce (83) a ukládat *předběžná* opatření (84) a pokuty a penále (86). Vyhrazuje si též možnost vypracovat potřebné pokyny a návody (*soft law*, 95).²⁷

1.2 Hlavní povinnosti

Dotčené subjekty v postavení „strážce přístupu“ mají řadu konkrétních povinností pozitivních i negativních (zákazů), do nichž se výše uvedené právně politické záměry přetavily, a jež ony podniky musí dodržovat. Uvádím²⁸ nekritičtější z nich, na něž by se adresáti měli zaměřit i ve svých programech *compliance*. Na nesoulad chování *gatekeeperů* se ostatně Komise

²⁷ Komisi se tak z hlediska institucionálního dostává pozice jakéhosi integrovaného evropského digitálního regulátora velkých *gatekeeperů*, který se svým postavením blíží pozici Evropské centrální banky v bankovním sektoru, nastavené po finanční krizi z r. 2008. Konstatují to LAROUCHE, STREEL, op. cit., s. 558.

²⁸ Přejímám členění a formulace z CARUGATI, Ch. Compliance principles for the Digital Markets Act. *Policy Brief 21/2023*. Bruegel, November 2023, s. 4. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4738733>

zaměřila velmi záhy po nabytí účinnosti DMA a poté, co měli *gatekeeperi* povinnost uvést své chování a postupy do souladu s DMA (termín byl 7. března 2024).

- Kontrola nad údaji: DMA brání kombinaci a použití některých údajů (čl. 5 odst. 2 a čl. 6 odst. 2 DMA).²⁹ Vyžaduje také, aby strážci brány umožnili přístup k některým údajům podnikům čl. 6 odst. 10) nebo konkurentům online vyhledávačů (čl. 6 odst. 11).
- Ustanovení o cenové paritě: DMA zakazuje doložky, které brání podnikům nabízet lepší ceny a podmínky prostřednictvím kanálů třetích stran (čl. 5 odst. 3).
- Nepřiměřené obchodní podmínky: DMA brání omezením přístupu k určitým službám a jejich využívání (čl. 5 odst. 4 a 5)³⁰ nebo stížnostem u orgánů veřejné moci a soudů (čl. 5 odst. 6). Ukládá rovněž povinnosti zajistit přiměřené podmínky přístupu a služeb (čl. 6 odst. 12 a 13).
- Protisoutěžní vázání a slučování do balíčků: DMA zakazuje strážcům přístupu podmiňovat přístup ke svým hlavním službám platformy službám zakoupením (vázáním) doplňkových identifikačních služeb, webových prohlížečů nebo platebních služeb (čl. 5 odst. 7) nebo hlavních služeb platformy jiných strážců (čl. 5 odst. 8). Zakazuje rovněž nežádoucí spojování různých služeb.
- Nedostatečná transparentnost: DMA ukládá transparentnost online reklamních služeb. (čl. 5 odst. 9, čl. 5 odst. 10 a čl. 6 odst. 8).

²⁹ Společnost Meta se ocitla v podezření, že porušuje právé pravidla podle čl. 5 odst. 2 DMA, týkající se kombinace údajů. V rámci jejího modelu „Předplatné bez reklam“ musí uživatelé, kteří chtějí používat Facebook a Instagram bez cílené reklamy, za tuto vymoženost zaplatit. To donutilo miliony uživatelů v celé Evropě k binární volbě: „platit, nebo souhlasit“. A pokud uživatel souhlasí, Meta může jeho data, získaná například v aplikaci Messenger, použít k cílení reklamy na Instagramu. DMA však jasně stanoví, že *gatekeeperi* musí získat souhlas uživatelů s používáním jejich osobních údajů v různých službách. A tento souhlas musí být podle Komise svobodný. O svobodě existují pochybnosti v případě binární volby. Uživatelům, kteří souhlas nedají, by měla být poskytnuta méně personalizovaná alternativa služby, například financovaná díky kontextové reklamě. Neměli by však za to platit, aby se v souladu s cíli DMA uživatelům vrátila možnost rozhodovat o tom, jak budou jejich údaje využívány. Srov. vyjádření místopředsedkyně Komise Vestagerové a komisaře Bretona k zahájení vyšetřování nesouladu s předpisy podle zákona o digitálních trzích z 25. března 2024. Dostupné z: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_24_1702

³⁰ Aktuálně má Komise výhrady k tomu, jak se společnosti Alphabet a Apple staví k povinnosti podle čl. 5 odst. 4 DMA. Podle DMA musí strážci brány umožnit svým podnikovým uživatelům bezplatnou komunikaci s jejich koncovými uživateli. Rovněž se jim musí umožnit uzavírání smluv s koncovými uživateli „napřímo“. Cílem tohoto ustanovení je podpořit hospodářskou soutěž v obchodu s aplikacemi. K tomu je ovšem nutný přístup spotřebitelů ke všem potřebným informacím o jejich možnostech volby. *Gatekeeperi* nemohou podle DMA bránit svým podnikovým uživatelům, aby v rámci aplikace informovali oni své vlastní klienty o levnějších možnostech mimo to, co nabízí *gatekeeper*. Jde o reakci na zakázanou praxi tzv. *anti-steeringu*, tedy o opatření proti tomu, aby se poptávka koncových uživatelů uměle nasměrovala či odkláněla ve prospěch *gatekeeperů*. Apple a Alphabet podle komisařky Vestager stále účtují různé pravidelné poplatky a stále omezují a směřují možnosti volby. Možný nežádoucí a zakázaný dopad a porušení tohoto zákazu se v současnosti zkoumá. Srov. pozn. 29.

- Předinstalace a výchozí nastavení: DMA vyžaduje, aby uživatelé měli možnost odinstalovat předinstalované služby (čl. 6 odst. 3).³¹
- Nedostatečná možnost přechodu: DMA vyžaduje, aby strážci přístupu umožnili koncovým uživatelům stahování softwaru z webu nebo alternativních obchodů s aplikacemi (čl. 6 odst. 4 DMA). Vyžaduje také, aby uživatelé mohli přecházet z jedné softwarové aplikace na jinou (čl. 6 odst. 6).
- Protisoutěžní sebevýchodňování: DMA brání strážcům přístupu, aby při řazení (*ranking*), procházení a indexování upřednostňovali své vlastní služby před těmi konkurenčními (čl. 6 odst. 5).³²
- Nedostatek účinné interoperability: DMA vyžaduje, aby produkty a služby třetích stran mohly s platformou spolupracovat (čl. 6 odst. 7) a aby poskytovatelé služeb zaslání zpráv mohli vzájemně komunikovat (čl. 7).
- Nedostatečně účinná přenositelnost dat: Podle DMA musí strážci brány umožnit přenositelnost osobních a neosobních údajů průběžně a v reálném čase (čl. 6 odst. 9).

2 Kritika a tenze nejen transatlantické

Leckde ve světě (a zejména v USA) se pohlíží nepříznivě na ambicióznost přístupu Komise, kterou někdo podezírá ze snahy stanovit v podobě extrateritoriálně uplatňovaného DMA globální standard, podobně jako se to asi podařilo v případě nařízení o ochraně osobních údajů (GDPR; tzv. „Bruselský efekt“³³). Evropské komisi určitě nechybí sebevědomí založené především na důležitosti evropského trhu pro globální technologické společnosti, které se něm musí udržet i za náročnějších podmínek.³⁴

³¹ I tato praktika je v současnosti předmětem zájmu Komise. Jde vlastně o tlak na otevřenost dříve uzavřených „ekosystémů“ s cílem umožnit hospodářskou soutěž na všech úrovních. Podle čl. 6 odst. 3 DMA mají *gatekeeperi* povinnost umožnit snadné odinstalování aplikací a snadnou změnu výchozího (defaultního) nastavení. Musí také zobrazit obrazovku s možnostmi volby. Komisi se zdá, že stávající model společnosti Apple, jímž hodlala tuto povinnost naplnit, není dostatečný. Zejména současná podoba obrazovky webového prohlížeče pro výběr zbavuje koncové uživatele možnosti plně informovaně se rozhodnutí (např. se nezvyšuje zapojení uživatelů do všech dostupných možností). Společnost Apple také u několika aplikací nezajistila, aby se daly odinstalovat (třeba u aplikace Fotografie), a brání koncovým uživatelům změnit jejich nastavený výchozí status (například Cloud), jak požaduje DMA. Srov. pozn. 29.

³² Na cestě je žaloba proti společnosti Alphabet. Ta je v podezření, že porušuje zákaz sebevýchodňování podle čl. 6 odst. 5 DMA. Při informacích online by gatekeeperi neměli neoprávněně prosazovat vlastní služby oproti konkurenčním. Pořadí by mělo být založeno na transparentních, spravedlivých a nediskriminačních podmínkách. Zdá, že se to nenaplnuje u prezentace výsledků ve vyhledávači Google. Vlastní služby společnosti Alphabet, jako jsou Google Shopping, Google Flights and Google Hotels, stále využívají přednostní zacházení, při němž se se službami třetích stran nezachází stejně. Komise již údajně má konkrétní důkazy o možném nedodržení předpisů (které získala za méně než 20 dní od zavedení DMA). Provéřuje se rovněž, zda se sebevýchodňování nedopouští společnost Amazon ve svém obchodě Amazon Store, jehož činnost má přímý dopad nejen na nespočet prodejců, maloobchodníků a poskytovatelů služeb, ale také na miliony spotřebitelů. Srov. pozn. 29.

³³ RENDA, op. cit., s. 11.

³⁴ Komisař T. Breton prohlásil 25. března 2024 mj., že u trhu se 450 miliony zákazníků „... je prostě nemyslitelné, aby na něm někdo nebyl. Tam, kde digitální giganti dokázali bez mrknutí oka zaplatit pokuty ve výši několika miliard dolarů (mimořádně, když už je museli zaplatit, tak až po dlouhých letech řízení, a to zdaleka ne vždy), si dnes nikdo z nich nemůže dovolit na našem trhu nebyť.“ Srov. zdroj v pozn. 29.

Objevují se obavy politiků a podnikatelů ve Spojených státech, jež DMA považují za přímý útok na americké společnosti, které jsou v Evropě „nějak příliš velké a úspěšné“. Evropská komise se naopak zdá být přesvědčena, že tato nová regulace v rámci DMA vytvoří pro evropské technologické společnosti příležitosti k rozšíření a zvýšení globální konkurenceschopnosti; to se samozřejmě teprve ukáže.³⁵

Dokonce se občas hovoří o tom, že DMA představuje „regulační znemožnění činnosti amerických technologických gigantů“, jež by mohlo vést k opačným a nezamýšleným důsledkům pro evropské podniky a spotřebitele a pro strategický postoj Evropy vůči čínské konkurenci do budoucna. Do souvislosti se staví poměrně slabý výkon „Evropy“ jakožto inkubátoru světových technologických šampionů a potřeba pokroku v transatlantické *spolupráci a partnerství* – mimo jiné v oblasti datových toků a politiky hospodářské soutěže – [a ne tedy *boje* – pozn. aut.] v otázkách digitální ekonomiky.³⁶

Zejména se cítí dotčeny ty největší světové digitální společnosti se sídlem v USA, protože právě na ně jakoby „náhodou“ a fakticky ona regulace dopadá přirozeně nejvíce. DMA je však plošný nástroj, vztahující se na *všechny* subjekty se systémovou tržní silou ve službách digitálních platforem, takže jej nelze automaticky pokládat za diskriminační či protekcionistický. Není překvapivé, že DMA tak může v dnešní konstelaci v oblasti digitálních platforem působit prostě proto, že „digitální“ společnosti se sídlem v USA jsou jím kvůli svému technologickému náskoku a obrovské ekonomické síle postiženy nejvíc. I evropské společnosti v postavení *gatekeeperů* této regulaci podléhají, resp. budou možná někdy podléhat, dosáhnou-li (pro všechny stejně, tedy nediskriminačně) stanovených prahových hodnot.³⁷

DMA se pokládá za jednu z řady iniciativ³⁸ Evropské unie, směřujících k upevnění její pozice prvního tvůrce norem (*first mover*) a toho, kdo vlastně nastoluje agendu a standardy v oblasti globální regulace technologií. Leckdo v Evropě považuje DMA za nedílnou součást ambic Evropské unie na dosažení evropské „technologické suverenity“ s celkovým

³⁵ Podobné „pevné přesvědčení“ panovalo i v roce 2000 u tzv. Lisabonské strategie, schválené na zasedání Evropské rady v Lisabonu na jaře roku 2000 s desetiletým časovým horizontem do roku 2010 (srov. https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00100-r1.en0.htm). Jejím hlavním smyslem byla podpora ekonomického růstu a konkurenceschopnosti EU zejména ve vztahu k USA. Ambiciózním cílem bylo učinit EU „nejkonkurenceschopnější a nejdynamičtější ekonomikou světa založenou na znalostech, jež bude schopna udržitelného růstu a bude nabízet více kvalitních pracovních míst a větší sociální soudržnost“. Dnes se ale její evidentní neúspěch raději nezmiňuje.

³⁶ Tak BROADBENT, M. Implications of the Digital Market Act for Transatlantic Cooperation. *Center for Strategic and International Studies*. September 2021, s. 1, s. 19. Dostupné z: <https://www.csis.org/analysis/implications-digital-markets-act-transatlantic-cooperation>

³⁷ Jistý podíl či prvek zájmově motivované obchodní „války“ asi z té regulace nelze „politicko-korektně“ vyloučit. Nasvědčuje tomu např. i výrok místopředsedkyně Evropského parlamentu Dity Charanzové, která vyzvala ke společnému transatlantickému přístupu k regulaci digitálních technologií, aby se tak čelilo Číně, a řekla: „*Musíme si říct pravdu: tyto návrhy [DMA a DSA] jsou zaměřeny na americké společnosti. Ty jsou milovány i nenáviděny, ale nikdo nemůže popřít, že jsou pro evropskou ekonomiku životně důležité.*“ Srov. BROADBENT, 2021, op. cit., s. 2 [zvýraznil autor].

³⁸ Dokonce označovaných jako „regulatorní útok“ (*regulatory assault*) a jako porušení normální právní ochrany; srov. BROADBENT, M. The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool – European Initiatives to Hobble U.S. Tech Companies. *Center for Strategic and International Studies*. November 2020, s. 17, 18. Dostupné z: <https://www.csis.org/analysis/digital-services-act-digital-markets-act-and-new-competition-tool>

cílem vybudovat nezávislé a soběstačné systémy v celé řadě oblastí, zejména však v digitálním sektoru.³⁹

V současné konstelaci budou podle DMA postižitelné především či výhradně velké americké digitální společnosti, zatímco konkurenti z jiných zemí (zejména z Evropy, čínské a možná i ruské), které poskytují v podstatě stejné služby, zůstanou nedotčeny. Kritizuje se jisté „opojení úspěchem“, jemuž podlehla EU poté, co v rámci GDPR převzala roli jakéhosi globálního tvůrce norem v oblasti ochrany osobních údajů; to mělo prý dodat Bruselu energii „dále kontrolovat obchodní praktiky úspěšných amerických společností.“⁴⁰

Kritické hlasy koncepčního rázu se však ozývají i z naší strany Atlantiku. Ambice DMA regulovat digitální strážce přístupu pomocí přísných povinností a zákazů se podle této kritiky⁴¹ zdůvodňují potřebou zabránit roztržitosti mezi celoevropskou regulací a regulacemi členských států na národní úrovni. Tvrdí se však, že DMA nejenže takto stanovený cíl neplní, ale že této úpravě dokonce chybí potřebný právní základ a že navíc tato regulace vsadila spíše na opatrnost nežli na potřebu inovací v digitální ekonomice. Nezamýšlené důsledky DMA prý povedou mimo jiné k transatlantickému rozkolu, ačkoliv je právě naopak nutné partnerství.

DMA údajně nijak nepomáhá zabránit roztržitosti regulace a harmonizovat vnitrostátní předpisy, ale spíše podněcuje další roztržitost regulace – tak Německo již vydalo svá vlastní pravidla hospodářské soutěže platná pro digitální trhy, což ukazuje právě na fragmentaci. DMA je postaven na „preventivní logice“ předběžné opatrnosti v antimonopolních záležitostech (tzv. „preventivní antitrust“ na úkor inovace, tržní dynamiky a podnikatelské akceptace rizika).

Zásada předběžné opatrnosti je regulační zásada, která předepisuje regulační zásahy při nejistotě, a to i přes neexistenci škody, aby se tak zabránilo hypotetickému riziku nevratných dopadů. Zásada předběžné opatrnosti obrací důkazní břemeno tak, že již není na regulátorovi, aby prokázal potřebnost zásahu, ale že je naopaku na společnosti, aby prokázala, že je potřeba, aby regulátor nezasahoval. A právě tuto logiku předběžné opatrnosti předepisuje DMA v oblasti digitální hospodářské soutěže. Předběžná opatření podle DMA mohou zasahovat nejen do vlastnických práv a do práva na podnikání, ale strohá regulace také by mohla odrazovat od inovací v právě v takové oblasti a v takovém dynamickém tržním prostředí, v němž jsou zásadní inovace charakteristické.

Varuje se před možným ochlazujícím dopadem preventivních opatření DMA na inovace. Tzv. strážci přístupu mohou v některých svých inovačních snahách narážet na určité zákazy v DMA (např. budou muset sdílet své údaje s konkurenty, mohou mít ztíženou možnost

³⁹ Francouzský prezident Macron své systémotvorné (či spíše systémoborné?) záměry charakterizoval nepokrytě takto: „*Cheame-li technologickou suverenitu, budeme muset upravit naše právo hospodářské soutěže, které je možná až příliš zaměřeno pouze na spotřebitele a nedostatečně na ochranu evropských šampionů.*“ [zvýraznil autor]. Srov. BROADBENT, 2021, op. cit., s. 19.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Tak PORTUESE, A. *The Digital Markets Act: Precaution over Innovation*. European Policy Information Center. June 2021, s. 1. Dostupné z: <https://www.epicenternetwork.eu/wp-content/uploads/2021/06/Digital-Markets-Act-precaution-over-innovation-final.pdf>. Následující odstavce shrnují hlavní kritické postřehy tohoto autora, obsažené na s. 1–3 článku.

oslovit spotřebitele kvůli zákazu ukládání hesel uživatelů). DMA by prý mohl také poškodit malé evropské digitální podnikatele, protože zakazuje cenovou diskriminaci ve prospěch digitálních strážců. Digitální hlídač bude tedy muset s malým podnikatelským uživatelem bez finančních prostředků zacházet úplně stejně jako s uživatelem, který disponuje miliardami dolarů. Toto rovné zacházení je ve své podstatě „nespravedlivé“, protože digitálnímu strážci zakazuje v rozporu s ekonomickou logikou rozlišovat mezi podnikatelskými uživateli podle jejich finančních možností.⁴²

Možný „inovačně prohibitivní“ vliv DMA se spatřuje i v tom, že pokusy digitálních strážců o vstup na trh, ohrožující postavení jeho stávajících účastníků, se mohou považovat za využívání praktik zakázaných v DMA. To se může projevit v omezení inovací a může to být na újmu spotřebiteli (ti mohou mít třeba vyšší náklady na vyhledávání, vyšší transakční náklady a vyšší ceny). Je možné, že povinnosti a zákazy podle DMA se budou vymáhat bez ohledu na jejich nezamýšlené důsledky pro spotřebitele a pro inovace.⁴³

I zde se opakují kritické výtky proti DMA jakožto rozbíječi transatlantické jednoty a nástroji politického rozdělování v geopolitickém kontextu (vzhledem k rostoucí moci čínských technologických platforem spojovaných s nedemokratickými hodnotami). Evropská unie se údajně může dostat těmito omezeními obchodu nejen do konfliktu s pravidly WTO, ale vysílá i špatný signál Američanům v podobě „digitálního protekcionismu skrytého pod přezdívkou digitální suverenity“.⁴⁴

⁴² Uvádí se příklad, že kdyby všichni podnikatelští uživatelé byli v obchodech s aplikacemi zpoplatněni stejně, mnoho drobných digitálních podnikatelů, kteří by dříve byli v obchodech s aplikacemi přítomni zdarma, protože je digitální strážce osvobodil od jakýchkoli poplatků, by najednou podléhalo stejnému poplatku jako velmi „lukrativní“ podnikatelští uživatelé (PORTUESE, op. cit., s. 3).

K tomu poznamenávám, že podle obecné úpravy a ustálené evropské judikatury není zneužitím dominantního postavení, pokud rozdílné zacházení ze strany dominanta je rozumně ospravedlnitelné; pokud dominant uplatňuje rozdílné podmínky při shodném nebo srovnatelném plnění, diskriminovat nesmí, byť by to bylo ve prospěch „drobných digitálních podnikatelů“, protože by tím zkresloval trh v neprospěch těch velkých. Množstevní slevy (rabaty) naopak dominant, pokud je che použít, musí uplatňovat plošně a parametricky (tedy nediskriminačně) vůči všem účastníkům trhu, takže diskriminační praktikou by byla naopak bezplatnost (být ve prospěch oněch „drobných podnikatelů“). Diferencovaný přístup k zákazníkovi podle jeho finančních možností si může dovolit subdominant (samozřejmě s dodržением případných omezení veřejnoprávních, jako je např. zákaz diskriminace spotřebitele podle veřejnoprávního zákona o ochraně spotřebitele). Důvodem je, že od subdominanta může nespokojený zákazník snadno odejít k jinému, na rozdíl od situace na trhu ovládaném dominantem. Jde o projev ustálené soudní doktríny tzv. „zvláštní odpovědnosti“ (*special responsibility*) dominanta.

⁴³ Podobné dopady se ostatně spojují s aplikací GDPR. Její hlavní autor, člen EP Axel Voss, konstatoval, že toto nařízení má závažné nezamýšlené dopady. GDPR podle něj „*zkeracuje jiná základní práva, vede k explozi nákladů na compliance a vážně brzdí digitální transformaci Evropy*“ (VOSS, A. Fixing the GDPR: Towards Version 2.0. AXEL VOSS [online]. 25. 5. 2021. Dostupné z: <https://www.axel-voss-europa.de/wp-content/uploads/2021/05/GDPR-2.0-ENG.pdf>). DMA má být v tomto směru (jak tvrdí A. Portuese) obávanou obdobou GDPR, aplikované na digitální konkurenci. V důsledku mohou utrpět nejen evropské digitální podnikatele kvůli řadě vedlejších účinků, ale i evropské spotřebitelé. Inovativní produkty a služby (ať už evropské, nebo mimoevropské) budou totiž prý buď zakázány, nebo se budou ve srovnání s jinými kontinenty uvádět na evropský trh pomaleji, nebo za vyšší cenu.

⁴⁴ SIEBERT, Z. Digital Sovereignty – The EU in a Contest for Influence and Leadership. *Heinrich Böll Stiftung* [online]. Brussels, 15. 2. 2021. Dostupné z: <https://eu.boell.org/en/2021/02/15/digital-sovereignty-eu-contest-influence-and-leadership>

Namísto transatlantické technologické spolupráce s americkými podnikateli proti výzvě čínských technologických společností se EU kloní k regulační roztržštěnosti pomoci „další obskurní regulace“ vedoucí k tomu, že Evropa bude vůdcem v opatrnosti, ale nikoliv v inovacích.⁴⁵

3 Ambivalentní vztah DMA k soutěžnímu právu

Sama Komise chápala zpočátku od prvotních konzultací navrhovaný DMA jako nový „soutěžní nástroj“⁴⁶, už jen z toho důvodu, že formulace povinností *gatekeeperů* kopírovaly klíčové případy protisoutěžního zneužití dominance, rozhodované v nedávné minulosti Komisí. Názory se postupně tříbily a konečné znění DMA se od soutěžního práva zřetelně *distancuje*. DMA není ve formálním smyslu nařízením ve smyslu čl. 103 SFEU, které by mělo provádět čl. 102 SFEU o zákazu zneužití dominance. Přitom se však *materiálně* jedná o *svébo druhu* prováděcí ustanovení k čl. 102 SFEU, jež má nespornou výhodu precizace obecných hledisek zneužití podle čl. 102, ale i s nespornou výhodou v podobě (předem jisté) osobní působnosti DMA na *gatekeepery* a obrácení důkazního břemene v jejich neprospěch, pokud přesáhnou práh znamenající dosažení statusu *gatekeepera*.⁴⁷

Vztah k soutěžnímu právu se tedy poněkud uměle popírá a DMA nemá být součástí práva soutěžního, ačkoliv právě ono po desetiletí řešilo mnoho problémů, jež se objevují i v novém regulačním modelu. Ten podle DMA umožňuje, aby příslušné orgány chybně dovodily, že chování zakázané v člancích 5 a 6 „DMA není u menších platform tak špatné“. Mohly by se navíc využívat stávající nástroje, jako je Evropská síť pro hospodářskou soutěž (ECN) a soukromoprávní vymáhání k prosazování zvláštních povinností *gatekeeperů* a jejich obchodním partnerům by se poskytovaly osvědčené právní prostředky nápravy. Nový regulační model DMA se postavil bez souvislosti se stávajícími právními předpisy Unie a členských států. To se nepokládá za chytrý legislativní krok, který by měl naopak využívat a průběžně rozvíjet to, co již existuje.⁴⁸

Nařízení o DMA se ve své konečné podobě jakožto specifické regulace od soutěžního práva *odlišuje* docela zřetelně už jen tím, že deklaruje *odlišné cíle*, byť možná aspoň zčásti jen domněle.⁴⁹ Soutěživost na trzích (resp. otevřenost trhů soutěži) a spravedlnost jsou coby cíle DMA poněkud vágní mohou se s cílem soutěžního práva překrývat. Vztah DMA k soutěžnímu

⁴⁵ A. Portuese používá v cit. práci na s. 3 pro tento druh regulací expresivní novotvar „všudypřítomné technologické bičování“ (*pervasive techlash*).

⁴⁶ WITT, op. cit., s. 649. Srov. Proposal for a Regulation by the Council and the European Parliament introducing a new competition tool: *EUR-Lex – Ares* (2020) 2877634 – EN, kde se toto spojení objevuje dokonce čtyřikrát.

⁴⁷ Tak BASEDOW, op. cit., s. 225.

⁴⁸ Jak konstatuje J. Basedow *ibid.*, s. 226.

⁴⁹ Srov. *recital* č. 7 a čl. 1 DMA. Toto explicitní slovní distancování se předpisu i komisařky pro soutěž, tvrdící, že DM *není* nástrojem soutěžního práva, však nepřesvědčuje každého o substantivním rozdílu cílů. Tak se v doktríně setkáme s názorem, že DMA má společné cíle a chrání shodné právní zájmy jako soutěžní právo. Srov. SCHWEITZER, H. The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal. *ZEUP*. 2021, č. 3, s. 503 a násl.

právu (které DMA nemá a ani nemůže nahrazovat, ale má jen upravit některé jeho slabiny dané povahou a vynucováním soutěžního práva) je proto ambivalentní a mírně neurotizující. Přitom se předpokládá, že uplatňování pravidel podle č. 102 SFEU by mělo jaksí „zachraňovat“ situaci v případě, že DMA nebude s to dostatečně řešit selhání trhu popsaná v DMA, a že bude na uvážení Komise, zda zahájí šetření trhu s cílem změnit DMA, nebo jestli raději použije čl. 102 SFEU, zakazující zneužití dominance.⁵⁰

Cíle DMA a práva soutěžního však nepochybně *nejdou* (ani přes tyto zjevné formální rozdíly) *úplně* mimoběžné či dokonce *protichůdné*, ale spíše *komplementární*. Zatímco cíl soutěžních trhů se může překrývat s ochranou soutěžního prostředí proti zneužití tržní moci, cíl poctivosti digitálních trhů soutěžní právo prvořadě nesleduje,⁵¹ ale tato ambice může soutěžní právo jako nástroj zvýšení spotřebitelského blahobytu doplňovat.⁵² K jeho zvyšování přinejmenším v podobě svobody spotřebitelského výběru (*consumer choice*) a tím ochrany *procesu* soutěže může přispět jak právo soutěžní, tak i DMA.⁵³ Působení obou těchto soustav vedle sebe a možnost národních soutěžních úřadů postihovat jisté praktiky velkých soutěžitelů zakázané v DMA i na základě národní úpravy ochrany soutěže (zákazu zneužití dominance) vytváří situaci právní nejistoty a *dvojitou obroženi*. Tato možnost překryvu je spojena mj. i s nežádoucím a zakázaným dvojitým postihem téhož subjektu za totéž protiprávní jednání (*ne bis in idem*, resp. *NBI*).

3.1 Nezávislá aplikace DMA a čl. 102 SFEU?

Výše jsme dovodili, že DMA, předepisující povinnosti „strážcům přístupu“, se dá (*de facto*) pokládat za jakýsi *lex specialis* k předpisům práva soutěžního-alespoň z hlediska věcného, protože *formální* subsidiarita soutěžního práva se nestanoví. V případě, že by se překrývaly skutkové podstaty zákazů a příkazů kladených na *gatekeepery* podle DMA a zákaz zneužití dominance podle vnitrostátních soutěžněprávních předpisů, ale i podle čl. 102 SFEU nebo jiných regulací, dalo by se použití DMA preferovat v prvním případě jako výraz nadřazenosti přímo aplikovaného evropského práva, a ve druhém případě jako *lex specialis* k čl. 102 SFEU. *Referal* č. 10 prohlašuje, že nařízení DMA je *doplňkové* k vymáhání práva hospodářské soutěže a že by se mělo uplatňovat, *aniž jsou dotčeny články 101 a 102 SFEU*, zároveň i na odpovídající vnitrostátní pravidla hospodářské soutěže a další vnitrostátní pravidla hospodářské soutěže

⁵⁰ Srov. MONTI, G. The Digital Markets Act: Improving Its Institutional Design. *Competition and Regulatory Law Review*. 2021, roč. 5, č. 2, s. 101. DOI: <https://doi.org/10.21552/core/2021/2/4>

⁵¹ Nezanedbatelná část antitrustové komunity však konkurenčnost a poctivost (*contestability of markets and fairness*) mezi cíle soutěžního práva tradičně zařazuje. Srov. DREXL, J., CONDE GALLEGO, B., GONZÁLES OTERO B., HERRMANN, L., HOFFMANN, J., JOHANSEN, G. O., KESTLER, L., MATARAZZI, G. Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Implementation of the DMA, *GRUR International*. 2023, č. 9, s. 868. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.4437220>

⁵² Soutěžně způsobilé *férové* trhy se přece mohou také pokládat za skutečný cíl soutěžního práva a neměla by se aplikovat variace „Hlavy 22“, že právě jen koncept férovosti (prosazovaný explicitně v DMA) by měl být dělicím kritériem působnosti mezi DMA a soutěžním právem v případech, kdy se tyto oblasti překrývají. Tak LEISTNER, 2021, op. cit., s. 782.

⁵³ Srov. ŠMEJKAL, V. Abuse of dominance and the DMA – differing objectives or prevailing continuity? *AUCI*. 2023, č. 2. s. 50. DOI: <https://doi.org/10.14712/23366478.2023.13>

týkající se jednostranného jednání. Povinnosti strážců přístupu podle DMA by však uplatňováním pravidel hospodářské soutěže neměly být dotčeny v zájmu jednotného a účinného uplatňování těchto povinností na vnitřním trhu.

Přesto se pochybuje o tom, zda se DMA skutečně uplatní bez újmy na *jakémkoli* existujícím právu nebo nároku zakotveném ve všech platných pravidlech regulujících chování platforem. Nelze totiž vyloučit, že uplatnění DMA může porušit zásadu *NBI* v následných řízeních zahájených podle jiných předpisů (a že tato řízení budou proto zastavena). Může se též stát, že některá pravidla ztratí *fakticky* svůj účel i přes absenci takového záměru. V takových případech by DMA (navzdory doložce „aniž jsou dotčeny“) nemusela nutně účinnost stávajících pravidel doplňovat, ale spíše ohrozit. Tím, by se mohl narušit celkový regulační rámec, jehož cílem je chránit podniky a spotřebitele před problematickým chováním platforem.⁵⁴

3.2 Prevence dvojího postihu za totéž

Zákaz dvojího trestání se odvozuje z. čl. 50 Listiny základních práv a svobod EU (LZPS EU).⁵⁵ Uplatňuje se i mimo úzkou oblast trestního práva, tedy i ve správním trestání. Pro uplatnění tohoto zákazu by se mělo jednat o identitu pachatele, relevantních skutečností a právem chráněného zájmu.⁵⁶ Vzhledem k oddělenosti regulace podle DMA a regulace soutěžní se musí vyřešit otázka, zda lze souběžně vyšetřovat a potrestat totéž jednání téhož pachatele, pokud se jím porušily povinnosti stanovené jak v DMA, tak i v soutěžních pravidlech

⁵⁴ Tak BANIA, K. Fitting the Digital Markets Act in the existing legal framework: the myth of the “without prejudice” clause. *European Competition Journal*. 2023, roč. 19, č. 1, s. 117. DOI: <https://doi.org/10.1080/17441056.2022.2156730>. Autorka se neomezuje na vztah DMA k čl. 102 SFEU, ale poukazuje na možné regulační konflikty s nařízením P2B (2019/1150 ze dne 20. června 2019 o podpoře spravedlnosti a transparentnosti pro podnikové uživatele online zprostředkovatelských služeb), jehož uplatnění by mohlo být ohroženo. Jako problematický vidí též možný souběh mezi praktikami zakázanými v DMA a některými klamavými a agresivními „nekalými praktikami“ podle směrnice o nekalých obchodních praktikách (2005/29 EC z 11. 5. 2005).

⁵⁵ 2007/C 303/01.

⁵⁶ Podle stanoviska GA SDEU Michala Bobka ve věcech *bpost* (C-117/20) a *Nordzucker* (C-151/20). Test identického právem chráněného zájmu se v oblasti soutěžního práva pokládá za nesporný. Srov. MĚKOTA, J. Concurrent Enforcement of the DMA and Competition Law and the *ne bis in idem* Principle. In: ŠMEJKAL, V. (ed.). *EU Antitrust: Hot Topics & Next Steps*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2022, s. 283. Uplatňováním zásady *NBI* se v soutěžněprávním kontextu zabývají i RUDOHRADSKÁ, S., HUČKOVÁ, R. Ku vztahu Aktu o digitálních trzích a sůtažného práva. *Právník*. 2023, č. 10, s. 949 a násl. Tyto dva případy však zůstaly mimo jejich pozornost.

V případě *bpost* belgickou poštu pokutoval tamní sektorový regulátor za rabatový systém, jímž měla diskriminovat zákazníky. Místní soud pokutu zrušil, neboť protiprávnost neshledal. Za tentýž rabatový systém aplikovaný v tomtéž období ovšem uložil pokutu belgický soutěžní úřad v rámci řízení o zneužití dominance. Toto rozhodnutí bylo napadeno u SDEU pro rozpor se zásadou *NBI*. Podle Komise obě řízení sledovala rozdílný, byť komplementární zájem („sektorový“: zákaz diskriminačních praktik a povinnost transparentnosti při provozu univerzální poštovní služby, a na druhé straně zákaz zneužití dominance podle evropského a belgického práva). Podle stanoviska M. Bobka nebrání princip *NBI* v postihu správním orgánem členského státu EU za porušení evropského nebo národního práva, jestliže se následné řízení týká jiného porušitele, nebo jsou jiné skutkové okolnosti, nebo se liší *chráněný právní zájem*.

...

(čl. 101 a zejm. čl. 102 SFEU).⁵⁷ Ideově právně politické stanovisko⁵⁸ praví, že se na jednání strážců přístupu *vztahují* články 101 a 102 SFEU, ale že oblast působnosti těchto ustanovení je omezena na určité případy tržní síly, například dominantní postavení na konkrétních trzích. Kromě toho stávající právní předpisy Unie neřeší nebo účinně neřeší problémy pro účinné fungování vnitřního trhu, které představuje jednání strážců přístupu, kteří *nemusí* mít nutně *dominantní* postavení z hlediska práva hospodářské soutěže.

Samotný DMA tedy souběžnou aplikaci těchto pravidel také *připouští*, což neznamená, že ji garantuje. Korektivem by měla být právě zásada *NBI*. Ta však (podle řady reprezentativních názorů založených ovšem na kvaziprecedenční kasuistice⁵⁹) paralelní aplikaci čl. 102 SFEU a DMA nebrání. Řada povinností stanovených v DMA je přitom jen zobecněnou zkušeností či synopsí z konkrétních či probíhajících případů zneužití dominantního postavení podle čl. 102 SFEU.⁶⁰

SDEU začlenil test „dostatečně těsné věcné a časové souvislosti“ (*sufficiently closely connected in substance and time test: SCCST*) do své judikatury týkající se zásady *NBI* a zejména do své judikatury v oblasti soutěžního práva EU.

Nemyslím, že diskuse o (ne)použití zásady *NBI* jsou spíše akademické.⁶¹ Je zřejmé, že Komise by sotva zahajovala s tímž účastníkem řízení podle DMA v případě, že by se u ní vedlo řízení podle čl. 102 SFEU a že by naopak zahajovala řízení podle DMA (v němž má výlučnou

...

Případ *Nordzucker* se liší v tom, že se do střetu kvůli principu *NDI* dostala dvě *soutěžněprávní* řízení ve dvou státech EU. Nejříve zahájil řízení německý BKA se společností *Nordzucker* a dalšími pro podezření z „tvrde“ kartelové dohody, již měla porušit německé i evropské soutěžní právo. Poté rakouský soutěžní úřad zahájil řízení o porušení evropského a rakouského soutěžního práva s týmiž účastníky a s totožným skutkovým dějem. V tomto případě GA Bobek konstatoval, že se musí při hodnocení zásady *NBI* vzít zřetel na konkrétní účel nebo zájem, které ono uplatňované ustanovení sleduje, co a proč trestá. V tomto případě se konstatovala *shoda chráněného zájmu* v obou případech uplatnění jak evropského, tak národního soutěžního práva. 22. března 2022 vydal SDEU dva rozsudky velkého senátu týkající se zásady *NBI* v soutěžním právu EU v případech *bpost* (*bpost SA proti Autorité belge de la concurrence*, C-117/20, EU:C:2022:202) a *Nordzucker* (*Bundesrepublik Deutschland proti Nordzucker AG*, C-151/20, EU:C:2022:203). V nich SDEU sjednotil uplatňování článku 50 EÚLP. Srov. ENGEL, A., GROUSSOT, X., HOLMBERG, E. The Digital Markets Act and the Principle of Ne Bis in Idem: A Revolution in the Enforcement of EU Competition Law? In: *New Directions in Digitalisation: Perspectives from EU Competition Law and the Charter of Fundamental Rights*. Springer, August 2023. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4547947>

⁵⁷ U jednání téhož pachatele, které není totožné, ale jen podobné, se zákaz *NBI* neuplatní.

⁵⁸ Kvazidůvodová zpráva v podobě recitálu č. 5 k DMA.

⁵⁹ CRÉMER, J., DINIELLI, D., HEIDHUES, P., KIMMELMAN, G., MONTI, G., PODSZUN, R., SCHNITZER, M., SCOTT MORTON, F., STREEL, A. de. Enforcing the Digital Markets Act: institutional choices, compliance, and antitrust. *Journal of Antitrust Enforcement*. 2023, roč. 11, č. 3, s. 315–349. DOI: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnad004>

⁶⁰ Tak zákaz podle čl. 6 odst. 5 DMA (sebepreferenční) je reflexí případu *Google Shopping* (ze dne 27. června 2017, AT. 39740); čl. 6 odst. 5 DMA reaguje na případ *Google Android* (zákaz povinné předinstalace softwaru pro operační systém, ze dne 18. 7. 2018, AT 40099); čl. 6 odst. 7 DMA (povinnost interoperability) vychází z rozhodnutí Komise ve věci *Microsoft Corp.* (ze dne 21. 4. 2004, COMP/C-3/37.792); zákaz podle čl. 5 odst. 3 DMA (zákaz *most favoured nation clauses*) vychází z případu *Amazon proti Komisi* (ze dne 4. 5. 2017, AT.40153); zákaz podle čl. 5 odst. 2 písm. c (kombinace osobních údajů z hlavních služeb s osobními údaji získanými z jiných služeb) reaguje na případ *Bundeskartellamt proti Facebooku* (ze dne 6. 2. 2019, B6-22/16). Příklady uvádí NERSESJAN, R. Akt o digitálních trzích vstoupil v platnost. *Antitrust*. 2022, č. 4, s. 114 a násl.

⁶¹ Jak píše NERSESJAN, op. cit., s. 117.

věcnou příslušnost), pokud by již proběhlo nebo bylo dříve vedeno řízení podle čl. 102 SFEU pro porušení týchž povinností týmž účastníkem a týmž jednáním;⁶² může se však stát, že Komise zahájí řízení podle DMA s dominantem, s nímž se vede nebo bylo ukončeno řízení před *národním* soutěžním úřadem pro totožnou protiprávnost, zakládající zneužití dominantního postavení *podle čl. 102 SFEU a národních* předpisů na ochranu soutěže.⁶³ Pak by se s ohledem na identitu chráněného zájmu (tedy pokud by nebyl v pozdějším řízení chráněn nějaký další zájem, jehož porušení v předchozím řízení nebylo sankcionováno) muselo pozdější řízení pro rozpor se zásadou *NBI* zastavit.

Otázka totožné protiprávnosti je však také sporná, neboť u zneužití dominance i u zakázané dohody podle čl. 101 se musí dokazovat *určité* chování na *určitém* trhu a po *jistou* dobu (a případně jeho *dopad*), u DMA se jen konstatuje porušení *ex ante* stanovených povinností a zákazů identifikovaným *gatekeeperem*. Není též vyloučen⁶⁴ souběh některého ze zákazů podle DMA a zákazu kartelů podle čl. 101 SFEU (omezení soutěže ve vertikálních dohodách). Dá se dovodit, že DMA nechrání strukturu soutěže, ale férové chování, takže postih podle DMA by nemusel vyloučit následné řízení a postih podle čl. 101 SFEU nebo podle národního předpisu, neboť by se nedovodila *identita* chráněného zájmu, a tedy ani oprávněnost argumentu o zákazu *NBI*.

Dobrá spolupráce v rámci Evropské soutěžní sítě (*ECN*) by mohla takovým souběhům zabránit. Nicméně se nedá vyloučit duplicita řízení jednak podle DMA a jednak podle (unijních a vnitrostátních) pravidel pro ochranu hospodářské soutěže s cílem prošetřit *stejnou* praxi, do níž je zapojen konkrétní strážce přístupu.

⁶² Už jen proto, že si asi nebude ztěžovat situaci zdlouhavým a náročným důkazním řízením v soutěžních věcech; na rozdíl od článků 101 a 102 SFEU stanoví DMA zákazy *per se* a nevyžaduje, aby Komise definovala relevantní trhy, prokázala, že zkoumaná platforma je dominantní, a prokázala protisoutěžní účinky. K. Bania (v cit. práci, s. 145) konstatuje, že DMA nabízí Komisi zkratku a neexistuje žádný zjevný důvod, proč by Komise měla namísto této zkratky dát při řešení stejného jednání přednost dlouhé a lopotné cestě přes vymáhání práva na ochranu hospodářské soutěže. Navíc se (byť jen v recitálu k DMA č. 86) Komisi ukládá postupovat v souladu se zásadou proporcionality a zákazu dvojího trestání. Komise by také měla brát v úvahu veškeré uložené pokuty a penále za stejné skutky, aby celkově odpovídaly závažnosti protiprávního jednání.

⁶³ Tak např. § 19a německého zákona o ochraně soutěže (GWB), jenž byl přijat ještě před DMA a jenž si vysloužil vtípnou přezdívku „německý lex GAFA“ (podle počátečních písmen digitálních obrů tehdejší „velké čtyřky“ Google, Amazon, Facebook, Apple), se se zákazy podle DMA překrývá ve značném rozsahu. Stanoví např. zákazy upřednostňování sebe sama, vylučovacího chování, pákových efektů, upravuje práci s údaji, stanoví požadavek interoperability, přenositelnosti údajů, informační povinnosti v zájmu srovnatelnost. Zakazuje se zneužít v podobě nepřiměřených výhod za zpracování nabídek jiného podniku. Srov. BAUERMEISTER, T. Section 19a GWB as the German “Lex GAFA” – lighthouse project or superfluous national solo run? *Working Paper Series*, Jean Monnet Network on EU Law Enforcement, č. 23/22, s. 5–6. Motivaci jistého spěchu při novelizaci GWB dokresluje metafora pronesená předsedou německého Bundeskartellamtu Andrease Mundta: že „*právo musí zavřít dveře od stáje dříve, nežli kůň uteče*“. MUNDT, A. Amendment of the German Act against Restraints of Competition. *Bundeskartellamt* [online]. 19. 1. 2021. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html. Funkčně podobnou úpravu na ochranu slabšího obchodníka v rámci postupu proti ekonomické závislosti na významné vyjednávací síle uplatňované digitálními zprostředkovateli přijala i Itálie. Srov. COLANGELO, G. DMA begins. *Journal of Antitrust Enforcement*. 2023, č. 11, s. 119. DOI: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnac033>

⁶⁴ Jak upozorňuje MĚKOTA, op. cit., s. 290.

Poslední judikatura SDEU a z ní vyplývající strukturované podmínky pro uplatnění zásady *NBI*⁶⁵ nevyklučují možnost duplicitního řízení, které však musí respektovat podstatu dotčených práv a svobod.⁶⁶ Neurgickým bodem bude odpověď na otázku, zda DMA sleduje *stejný cíl* jako právo hospodářské soutěže.⁶⁷ To je nejasné, neboť stejných či velmi komplementárních cílů se dosahuje oběma úpravami, byť jinými prostředky. Není jisté, zda se SDEU přikloní ke stanovisku, že je případná duplicita řízení a sankcí v oblasti DMA a soutěžního práva skutečně legitimní vzhledem k odlišným (ale komplementárním) cílům obou úprav.

I kdyby SDEU nakonec snad přece jen dospěl k názoru, že DMA i soutěžní právo sledují *tytéž cíle*, musel by se splnit výše uvedený test „dostatečně těsné věcné a časové souvislosti“. Vzhledem ke kritériím věcné a časové stránky testu není jisté, zda duplicita mezi DMA a pravidly hospodářské soutěže může vůbec nastat, protože pravidla stanovená v DMA mají povahu *ex ante*, na rozdíl od pravidel na ochranu soutěže podle čl. 101 a 102 SFEU, uplatňovaných *ex post*. Neplatí však již podmínka, že dva trestné činy jsou stejné pouze tehdy, pokud chrání stejný právní zájem (*idem crimen*). V praxi to znamená, že rozhodujícím pro posouzení dvou protiprávních jednání jakožto stejného trestného činu ve světle článku 50 LZPS EU bude, pokud jsou založena na stejných nebo neoddělitelně spojených skutkových podstatách (*idem factum*).⁶⁸

K nejasnému pojmu podstaty dotčených práv a svobod přistupuje další neurčitá podmínka možného dvojího postihu za totéž jednání, a to *přiměřenost* duplicitních řízení. Nelze vyloučit příklon k pojetí DMA jakožto zvláštního předpisu, který by měl dostat přednost před jinými pravidly, a to i soutěžními. To by mohlo narušit celkový regulační rámec pro ochranu podniků a spotřebitelů před problematickým jednáním platform.⁶⁹

Nicméně na úrovni EU je velmi nepravděpodobný dvojí postih téhož protiprávního jednání; jak podle pravidel DMA, tak i podle pravidel soutěžních, a to už jen vzhledem k výlučné pravomoci EU vymáhat DMA. Neočekává se tedy žádná revoluce. To ale nevyklučuje vznik možných problémů s prosazováním DMA a soutěžního práva na *vnitrostátní* úrovni. Hrozí to v případě, kdy členský stát přijme národní „hybridní“ vnitrostátní právní úpravu, *směšující* pravidla chování silných účastníků digitálního trhu s ochranou soutěže.

⁶⁵ Jak je uvádějí BANIA, op. cit., s. 143 a násl.; ENGEL a kol., op. cit., s. 14 a násl.: – možnost duplicitního řízení musí respektovat podstatu věci; – právní předpisy by neměly umožňovat řízení a sankce pro stejné skutkové podstaty na základě *stejného* činu nebo při sledování stejného cíle, ale měly by pouze umožnit duplicitu řízení a sankcí podle různých pravidel sledujících *odlišné legitimní cíle*; duplicita řízení musí být *přiměřená*, to znamená, že by nemělo přesahovat to, co je „vhodné a nezbytné k dosažení cílů“ sledovaných příslušnými pravidly.

⁶⁶ Srov. rozsudek ve věci *bpast*, body 41 a 43.

⁶⁷ DMA stanoví v recitalu 10, že jeho cílem je „doplnit vymáhání práva hospodářské soutěže“ (rozumí se v digitálním sektoru), z čehož plyne legitimní domněnka, že DMA tedy že součástí práva soutěžního *není*.

⁶⁸ To dovozují ENGEL a kol., op. cit., s. 28.

⁶⁹ Varuje i BANIA, op. cit., s. 148.

To může narušit hlavní účel DMA, jímž je jednotné prosazování práva mezi členskými státy EU právě na základě DMA.⁷⁰

4 Některé koncepční otázky – *pars pro toto*

Kritické hlasy k tak přelomové regulaci digitálních trhů se daly očekávat a také zazněly. Samozřejmě mohou být některé argumenty podbarveny zájmově a lobbisticky, což je ale předem nezabavuje relevance. Kritizuje se mj. plošnost a apriornost úpravy, která vůči všem dotčeným subjektům a jednotlivým praktikám přistupuje stejně, aniž by brala ohledy na možné ekonomické argumenty ve prospěch zakázaných praktik.⁷¹

4.1 Sebevyhodňování

Obchodní vztahy jsou ze své podstaty nikoliv výronem idealistického sebeobětujícího se altruismu, ale v *zásadě* jsou úsilím o dosažení rovnovážného bodu mezi vlastním zvýhodněním obchodníka a ochotou jeho zákazníka akceptovat tuto úroveň pro sebe jako také ještě výhodnou. Jde o jakýsi indiferentní či rovnovážný bod ve střetu dvou egoismů, tedy o to, „kdo s koho“. V asymetrickém mocenském postavení stran vítězí přirozeně egoismus toho silnějšího, není-li korigován jeho autoregulací nebo (účinnějším a pravděpodobnějším) tlakem zvnějšku. Sociální darwinismus se eticky ani politicky většinou neakceptuje. Strukturálně i behaviorálně podmíněná asymetrie je předmětem úpravy zákona, zahrnující mj. obecné soukromoprávní korektivy obsahové správnosti právních jednání (např. ochranu dobrých mravů, ochranu slabší strany, pravidla proti nekalé soutěži, zákaz zneužití práva atp.). Sebevyhodňování omezuje i řada veřejnoprávních předpisů (např. zákon o ochraně spotřebitele či zákon o ochraně hospodářské soutěže).

Řada zákazů a povinností stanovených v DMA pro *gatekeepery* by v případě svého porušení naplnila skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení. Důvody, proč se prosadila namísto toho dopředná a plošná regulace bez zkoumání ekonomických podmínek chování a dopadů na trh a na spotřebitele, jsou podrobně popsány v recitálech k DMA a zmínil jsem se o nich v úvodu. Nedá se tedy korektně říct, že se *gatekeeperům* zakazuje v DMA např. něco tak přirozeného, jako je zvýhodňování sebe sama, protože řada zákazů by se vůči nim uplatnila (a také se ve skutečnosti uplatnila a soudně vymohla) již dříve z titulu zakazu zneužití dominance a tzv. zvláštní odpovědnosti dominantanta za svoje chování.

Ani dominant (alespoň před přijetím DMA a v nedigitálním světě) nemohl být postižen *jen za to*, že například upřednostňuje svoje vlastní soukromé značky, že zaměstnává svoje

⁷⁰ Konstatují ENGEL a kol., op. cit., s. 30. Srov. pozn. 55 (o § 19a německého GWB) a čl. 1 odst. 6 DMA, který deklaruje cíl zamezit roztržštění vnitřního trhu tím, že by národní státy ukládaly strážcům přístupu další právní povinnosti či opatření s cílem zajistit konkurenci způsobilé trhy. Nebrání se ukládat podnikům, včetně těch, které poskytují hlavní služby platform, povinnosti v souvislosti s otázkami, jež spadají *mimo* působnost tohoto nařízení, pokud jsou takové povinnosti slučitelné s právem Unie a nevyplývají ze skutečnosti, že dotčené podniky mají postavení strážce přístupu ve smyslu tohoto nařízení. Problém je v tom, že § 19a GWB byl přijat již začátkem roku 2021, tedy skoro o dva roky dříve než DMA...

⁷¹ Jde o zrádné řešení *one size fits all*, viz pozn. 24.

zaměstnance a odmítá *outsourcing* apod. Sebezvýhodňování může v *jistých situacích* udržovat a posilovat tržní moc dominantanta a může vylučovat ostatní soutěžitele z trhu nebo bránit vstupu na něj.⁷² Sebezvýhodňovat se nesměl a nesmí dominant jen v úzkém okruhu případů, v němž se naopak podle soutěžního práva musí leckdy naopak znevýhodňovat.⁷³ Jinak má samozřejmě sebezvýhodňování i *prosoutěžní* účinek, protože je součástí soutěžního tlaku a motivace rivalů, aby se i oni sami prosazovali.⁷⁴

Hranice, od které už soutěžitel musí dát v rámci oné „zvláštní odpovědnosti dominantanta“ přednost zájmu na zachování účinné soutěže a zájmu spotřebitele před svým vlastním zájmem, se v soutěžním právu hledá za pomoci ekonomických metod a je obecně velmi vysoko. DMA ji *bez* takových soutěžních analýz stanovil apriorně pro *všechny* identifikované *gatekeepers*, tedy bez ohledu na spornost teoretického zdůvodnění onoho regulatorního rámce a bez zvažování konkrétních okolností jednotlivého případu.

Zatímco tedy ve zdlouhavém a *ex post* vedeném soutěžním sporu mohl dominant argumentovat ekonomicky a dokazovat třeba nezbytnost svého chování jakožto inovativního a třeba i koneckonců prosoutěžního, a dominantovi se musel dokázat škodlivý dopad jeho jednání na spotřebitele nebo soutěžitele (újma), DMA podobnou obrannou linii nenabízí.⁷⁵ Je to v protikladu s tím, co se v soutěžním právu označuje jako více ekonomický přístup (*more economic approach*), který je v DMA nahrazen více administrativním či normativním přístupem (*more administrative approach?*). Zatímco sebezvýhodňování není tedy *obecně* deliktem podle soutěžního práva, na digitálních trzích je to podle (údajně a chtěně „nesoutěžního“) DMA opačně. Ale již jsme referovali o tom, že (a proč) DMA není (a programově nechce být) soutěžním právem.⁷⁶

⁷² Ostatně právě níže referovaný případ *Google Search/Shopping* se řešil podle *soutěžního* práva jako zvláštní případ zneužití dominance (srov. pozn. 77).

⁷³ Srov. např. zákaz odmítnutí spolupráce (*refusal to deal*), nebo doktrínu tzv. podstatných zařízení (*essential facilities* aj.).

⁷⁴ Označuje se to jako tlak na přežití nejzdatnějších (*survival of the fittest*).

⁷⁵ Příznačné je, že Tribunál EU (dříve Soud první instance) v případě *Google Search/Shopping* odmítl použít test stejně efektivního soutěžitele (*AEC: as efficient competitor*) pro případ sebezvýhodňování dominantanta a prohlásil, že tento ekonomický argument je použitelný jen pro cenová zneužití dominance. Srov. bod 538 rozsudku ve věci. Dostupné z: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=250881&pageIndex=0&doclang=CS&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3283886>

⁷⁶ Jak kromě předpisů deklarují i politici (že tedy DMA není nástrojem soutěžního práva). Srov. VESTAGER, M. Competition in a digital age. *European Internet Forum* [online]. 17. 3. 2021. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/newsroom/comp/items/705929>

Kontroverznost a úskalí tohoto přístupu se dají demonstrovat na příkladu jedné ze zakázaných praktik, tzv. „sebeupřednostňování“ (*self-preferencing*).⁷⁷ Podle čl. 5/6 DMA nesmí strážce přístupu při určování pořadí a souvisejícím indexování a automatickém procházení (*crawling*) zvýhodňovat služby a produkty nabízené jím samým (tedy přímo) před podobnými službami nebo produkty třetí strany. Při určování pořadí uplatňuje transparentní, spravedlivé a nediskriminační podmínky. Jakékoliv pořadí bude založeno na určitých kritériích. Ustanovení čl. 6 odst. 5 jasně zakazuje strážcům brány používat kritéria, která přímo zvýhodňují jejich vlastní výrobky a služby. Ale nehovoří se o kritériích, která jej zvýhodňují jen nepřímo.⁷⁸

Také platby za pořadí (umístění, *ranking*) ve vyhledávači jsou sporné. Strážce brány může uživatele transparentně informovat, že platby platformě posunou jeho výsledek na vyšší pozici. Pokud však strážce brány prodává na vlastní platformě své vlastní služby prostřednictvím vlastních placených žebříčků, pak bude mít silnější ekonomickou motivaci zvýšit platby za umístění v pořadí dalším zájemcům, protože tak dostane zpět vše, co sám zaplatí. Vyhnout se v takové variantě sebezvýhodňování není jednoduché (snad pomocí aukcí?).⁷⁹

Sebezvýhodňování považuje DMA za *ex ante* zakázané, protože podporuje a zvýhodňuje vlastní služby provozovatele platformy, jenž v těchto službách soutěží s jinými uživateli. Přes zdánlivě jasně konkurenční povahu může tato konstelace přinést i přidanou hodnotu potřebnou k odblokování inovační dynamiky. Z hlediska inovací mohou mít sebezvýhodňující postupy poskytovatelů platform negativní nebo pozitivní dopady podle toho, zda se díky nim nové interakce *nabrazují* (což inovacím brání), *udržují* (což inovace může posilovat připojením dodatkových služeb ke stávajícím interakcím), nebo *spouštějí* (vyvolávají). Jen ty postupy nahrazovací jsou *v průměru* škodlivé, zatímco ty udržovací a spouštěcí jsou

⁷⁷ Praktiku *self-preferencing* proslavil případ *Google Search/Shopping* (ze dne 27. 6. 2017, AT: 39740, OJ C 9/11; stal se evidentně „předlohou“ úpravy zákazu podle čl. 6/5. DMA). V něm Komise uložila Googlu extrémně vysokou pokutu téměř 2,5 mld € za zneužití dominantního postavení na trhu všeobecných internetových vyhledávacích služeb a na trhu srovnávacích nákupních služeb. Google měl tehdy téměř 90 % tržeb z reklam prezentovaných spotřebitelům v odpověď na jejich dotazy. Neexistovaly bariéry vstupu na trh. Zneužití spočívalo v poskytování nezákonného zvýhodnění ve srovnávacích – Google umisťoval na předních místech výsledků vyhledávání svoje vlastní srovnávací prodejní služby a odsouval služby konkurentů, čímž potlačoval soutěž na trhu. Využil „pákového efektu“ a svoji sílu na trhu všeobecných vyhledávacích služeb přenesl na trh nákupních internetových srovnávačů. Google tak nezákonně bral konkurentům příležitost soutěžit a inovovat, a spotřebitelům tím omezoval svobodu výběru. Výsledky vyhledávačů odkazující na služby Googlu byly pro spotřebitele podstatně viditelnější než výsledky konkurentů, takže na ně spotřebitelé také mnohem častěji klikali. Prokázalo se, že deset nejvýše uvedených odkazů na *první* stránce dostalo přibližně 95 % všech kliknutí příslušného generického vyhledávání; již jen ten první odkaz dostal celých 35 %. Prvý výsledek na *druhé* straně dostával jen zhruba 1 % kliknutí. Důvodem nebyla vyšší relevance výsledku, ale vazba preferenčně umístěné služby na dominantní Google. Posunutí odkazu z prvního místa na *třetí* (!) znamenalo pokles počtu kliknutí o 50 %. Na mobilech byly rozdíly kvůli malému displeji ještě výraznější.

⁷⁸ Pokud například společnost Amazon zakládá pořadí ve svém žebříčku (*ranking*) částečně na rychlosti doručení, což je faktor, který podle ní její zákazníci vysoce oceňují, ale který naopak zvýhodňuje výrobky využívající vysoce efektivní logistické služby poskytované právě společností Amazon, bude se to pokládat za sebezvýhodnění? Příklad uvádějí FLETCHER, A., CRÉMER, J., HEIDHUES, P., KIMMELMAN, G., MONTI, G., PODSZUN, R., SCHNITZER, M., SCOTT MORTON, F., STREEL, A. de. *The Effective Use of Economics in the EU Digital Markets Act. Policy Discussion Paper*. 27. 7. 2023, č. 8, s. 14.

⁷⁹ *Ibid.*

v průměru přínosné.⁸⁰ Takže univerzální povinnost zakazující sebezpreferenci strážců přístupu (podle pravidla „jedna velikost padne všem“) by nemusela být nutně v nejlepším zájmu koncových nebo podnikových uživatelů.

Kontroverznost *per-se* úpravy sebezvýhodňování v DMA ve srovnání se soutěžním rozhodnutím v případě *Google Search* zdůrazňují některé komentáře.⁸¹ Sebezvýhodnění dominanty pokládají za implicitní ekvivalent odmítnutí spolupráce (*refusal to deal*), resp. stlačování marží (*margin squeeze*), při němž by se měla hodnotit nepostradatelnost služby, vyloučení účinné soutěže na trhu a existence objektivního ospravedlnění dominantova chování, což by prý vedlo k opačnému závěru, nežli k němuž soud dospěl.

Upřednostňování vlastních výrobků v nabídce spotřebitelům se vždy pokládalo za normální ekonomické chování v netechnologickém světě a neexistují důvody, proč by se v digitální oblasti mělo takové chování pokládat za „abnormální“. Vést dělicí čáru mezi chováním zákonným a nezákonným jen na základě toho, co je či není normální, se pokládá za nesmyslné, protože i velmi škodlivé chování může být v určitém kontextu považováno za normální. Normální je podle těchto názorů i snaha Googlu expandovat na přidružené trhy. Kritizuje se i použití argumentu o pouhé *pravděpodobnosti* uzavíracího a vylučovacího dopadu chování Googlu na příslušném trhu, zatímco se měla dokázat *existence* takového účinku, který je omezen na úzký okruh případů. Sebezvýhodňování přece vždy obsahuje *možnost* uzavíracího a vylučovacího dopadu na trh, kterou však ve skutečnosti představuje i prodej lepšího výrobku či služby.

Je zřejmé, že jakkoliv je kritizovatelný a sporný postup v soutěžním rozhodnutí, je dnes fakticky přenesen do *per-se* pravidel regulatorního rámce DMA, který podobné otázky ani nedovolí vznášet. A to právě proto, že zdlohouvá a až následná analýza se vědomě vyřazuje a nahrazuje tvrdým pravidlem *ex ante*. Vedlejší dopadem může vskutku být, že se budou chránit méně efektivní soutěžitelé, a ne soutěž a spotřebitelé,⁸² což ovšem DMA nevylučuje a cíl ochrany soutěže si explicitně neklade.

Kritizuje se argumentace poctivostí, která je jakožto hodnota podle cit. autora namísto ve vztahu ke spotřebitelům, ale je prý nežádoucí ve vztahu dominanty vůči jeho konkurentům, protože soutěžní právo nemá chránit soutěžitele, ale soutěž. To je podle mého soudu poněkud apodiktické a hodnotově předpojaté. Psychologicko-manipulativním (*de facto*) vytlačováním *konkurentů* Googlu ze zorného pole spotřebitelů se snad reálně neomezovala soutěž, a navíc i reálná svoboda volby *spotřebitele*?

Pozitivisticky vzato uvedené argumenty z oblasti aplikace práva soutěžního dnes ztratily relevanci, jakkoli řada z nich má či může mít ekonomické *ratio*. Politické rozhodnutí v podobě schválení DMA je samozřejmě kritizovatelné z jiných ideových a hodnotových pozic, ale ono

⁸⁰ Srov. CENNAMO, C., KRETSCHMER, T., CONSTANTINIDE, P., ALAIMO, C., SANTALÓ, J. Digital Platforms Regulation: An Innovation-Centric View of the EU's Digital Markets Act. *Journal of European Competition Law & Practice*. 2023, roč. 14, č. 1, s. 47–48. DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpac043>

⁸¹ TAGLIAVINI, M. Self-preferencing and the concept of abuse of dominance: much ado about nothing? *E.C.L.R.* 2023, č. 5, s. 201 a násl.

⁸² *Ibid.*, s. 210.

prostě a jednoduše dalo tomu regulatornímu přístupu přednost. A to z právně-politicky obhajitelných důvodů.

4.2 Plošnost úpravy

Objevují se i obecnější výhrady proti plošnému regulatornímu přístupu, jenž nerozlišuje mezi takovými postupy *gatekeeperů*, které zvyšují hodnotu vytvářenou při spolupráci na digitální platformě, a takovými (nepatříčně zrovnoprávněnými) postupy, jež pouze mění rozdělení dané hodnoty.⁸³ To prý může vést k nezamýšleným negativním dopadům v podobě zmařených inovací a snížené schopnosti vytvářet hodnoty. Hodnota se podle těchto kritiků nevytváří jen jako nějaký vedlejší produkt soutěže mezi atomistickými podniky, ale musí ji skutečně nejprve vytvořit ti, kdož se označují za strážce přístupu (*gatekeepers*). Oni jsou ale i tvůrci přístupu (*gatemakers*), poskytujícími uživatelům přínosy v podobě integrace mnohačetných služeb, které dále rozvíjejí a inovují; v těchto aktivitách by se jim nemělo bránit.

- Platformy mohou v nejjednodušším případě zvýšit efektivnost spolupráce již probíhající v jiné formě, a tím vytvořit novou hodnotu (př. *Visa, PayPal*), spočívající v přesunu dvoustranné spolupráce ke spolupráci multilaterální v rámci platformy.
- Některé formy spolupráce by byly naopak nesmírně (až prohibitivně) nákladné, pokud by probíhaly mimo platformu (srov. webovou stránku rezervace letenek). Vytvoření takové možnosti na platformě umožní uskutečnit i takové interakce, které by jinak existovaly jen *latentně* a k nimž by reálně bez ní nebylo došlo, Platforma tak vlastně vytvoří poptávku po službě realizovatelné jen díky ní samotné. Jde o inovaci zvyšující celkovou hodnotu všech takto umožněných vzájemných komunikací účastníků.
- A konečně, některé druhy spolupráce před zavedením platformy nemusely existovat vůbec. Proti latentním interakcím podle předchozího odstavce se liší kvalitativně. Například se koncoví uživatelé mohou zapojit do několika interakcí, které dříve neexistovaly vůbec (např. platformy umožňující spotřebitelům ukládat a komentovat své zážitky z restaurací, jako je například *TripAdvisor* nebo *Yelp*, vytvářejí úplně novou možnost sdílení mezi uživateli, již dříve neměli).

Výhrady podobného rázu se týkají povinností *gatekeeperů* při získávání dat a jejich zpracování.⁸⁴ Aby strážci brány nemohli nespravedlivě těžit ze své dvojí role, nesmějí používat agregované nebo neagregované údaje, jež shromažďují a jež nejsou veřejně dostupné, k nabízení podobných služeb jako jejich podnikoví uživatelé. Poskytovatelé platformy by měli sdílet údaje, ke kterým mají přístup a které zpracovávají na své platformě, s podnikovými uživateli a třetími stranami, aby umožnili inovace.

Mělo by se však, podobně jako u zákazu sebeprosazování, přihlížet k vytvoření přidané hodnoty díky provozovatelům a k tomu, jakým způsobem data vznikají, jak se s nimi zachází a jak se zpracovávají. Mohou totiž vznikat ze stávajících interakcí (s nízkým inovačním

⁸³ Kritizují to CENNAMO a kol., op. cit., s. 44 a násl. Následující typologizaci platformy jakožto možných tvůrců přístupu odtud přejímám.

⁸⁴ V následujících řádcích referuji o úvahách uvedených *ibid.*, s. 49 a násl.

potenciálem), nebo se tvoří z latentních interakcí (se středním inovačním potenciálem), anebo se generují z nových interakcí (s vysokým inovačním potenciálem). Poskytovatelé platformem mohou také navrhnout nové interakce, z nichž vznikají data vedoucí k inovaci ve stávajících a latentních interakcích.

Platformy nejsou jen zprostředkovateli, ale producenty dat, takže data nejsou „zpřístupněna“ nebo někde „nalezena“, ale jsou *vytvářena* i díky nákladnému organizačnímu a technologickému úsilí, tedy nikoliv s nulovými náklady (na rozdíl od jejich nízkonákladové reprodukce). Omezení možnosti poskytovatele platformy používat nebo sdílet data může ohrozit motivaci poskytovatele platformy investovat do vytváření nových dat, jež jsou cenná pro *všechny* zúčastněné.

Kreativní a inovační funkce digitálních platform⁸⁵ je přínosná nejen pro ně, ale i pro koncové uživatele a podniky a neměla by se podvazovat nad nezbytnou míru. Paušální klasifikace vybraných praktik jakožto zakázaných, bez ohledu na to, zda jsou důležité pro vytváření hodnot, nebo jen pro jejich rozdělování, neodpovídá deklarovanému cíli DMA zajistit férové a soutěžní trhy.⁸⁶

Závěrem

Při přijetí DMA hrály roli zejména ekonomické argumenty.⁸⁷ Předpis si klade rozumný záměr zvýšit srozumitelnost, rychlost, administrovatelnost a vymahatelnost pravidel. Přitom se nutně (a vědomě) rezignuje na některé zavedené postupy prosazování práva hospodářské soutěže, založené na důkladné ekonomické analýze. Prokázat totiž porušení pravidel DMA bez nutnosti doložit vznikuvší hospodářskou újmu bude pravděpodobně zahrnovat jednodušší ekonomickou analýzu nežli při prokazování deliktu ve formě porušení práva hospodářské soutěže.⁸⁸

Celý projekt DMA ostatně vznikl proto, že tradiční (převážně ekonomický) přístup k analýze hospodářské soutěže v čl. 102 SFEU nedokázal prosadit účinnou soutěž na digitálních trzích. Samotný DMA se i pojmově vyhýbá tradiční analýze soutěžního práva (nedefinuje

⁸⁵ Tyto funkce jistě mohou platformy mít. Upozorňuje se ovšem i na úplně opačné zkušenosti, z nichž plyne, že velké platformy nejsou jakýmsi altruistickými dynamickými světlohoši inovací, ale že je naopak dusí. Srov. EZRACHI, A., STUCKE M. E. The Darker Sides of Digital Platform Innovation. *WuW* 2023, č. 7–8, s. 383. Resp. že jde často o „toxické inovace“, které jsou zaměřeny na vytěžování dat, dekódování našich citů a myšlení a lepší manipulaci naším chováním. Srov. *ibid.*, s. 385.

⁸⁶ CENNAMO a kol., *op. cit.*, s. 51.

⁸⁷ Srov. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT Accompanying the document Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act). In. *EUR-Lex* [online]. SWD/2020/363 final, body 159–164. Dostupné z: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52020SC0363>

⁸⁸ Konstatují FLETCHER a kol., *op. cit.*, s. 10 a 21.

pojmy trhu, tržní síly, dominance, a dokonce i „soutěž“ lze v DMA nalézt jen velmi zřídka).⁸⁹ Cíle DMA (otevřenost trhů soutěži a spravedlnost) jsou dost nejasné, ale liší se od cílů soutěžního práva.

Přínosy a rizika DMA se v tuto chvíli nedají kategoricky hodnotit, nemáme-li sklouznout k předpojatostem. Jde o úpravu nesmírně komplikovanou a velmi (pře)podrobně propracovanou, která obsahuje mnoho zobecněné zkušenosti a intelektuálního úsilí. Odborná pojednání o DMA jsou již dnes k dispozici v obrovském a téměř nepřehledném počtu a sotva v nich nebylo vysloveno něco podstatného. Argumenty ve prospěch této regulace i argumenty kritické zazněly pravděpodobně všechny; to se týká asi i právně-politických a apriorních hodnotových výhrad. Nemá smysl je samoučelně opakovat a rozvíjet. Co však smysl má, je používat je při hodnocení praktického postupu Komise a soudů podle DMA a teprve na základě této praktické zkušenosti navrhnout případné změny, resp. rozvíjet v zájmu právní jistoty a předvídatelnosti příslušné flexibilnější *soft law*.

Politická objednávka na vyšší regulaci digitálních platform a společenský tlak na slušné standardy jejich chování jsou očividné; nakonec vedly k přijetí nejen DMA, ale i dalších předpisů reagujících na rozmach digitalizace v ekonomice a celé společnosti. *Gatekeeperi* se budou muset na předepsaná omezení postupně adaptovat.⁹⁰ Odpovědnost Komise jakožto centrálního vynucovatele DMA je nesmírná a bude se snad naplňovat nikoliv byrokratickým poručníkováním, ale především pokornou sebereflexí a vstřícnou reakcí na relevantní argumenty, které poukazovaly na rizika nové regulace. Regulatorní tlak Komise má zákonné možnosti, aby byl odpovědný, zdrženlivý a postupný při hledání optimální polohy. Především spočívají v možné korekci dosahu DMA v podobě vyvratitelné domněnky strážce přístup na trh (*gatekeepera*) v kvantitativním vyjádření⁹¹ a potenciálně v širokém prostoru pro jemnější dolaďování stanovených pravidel chování dotčených platform.

Dne 12. února 2024 přijala Komise rozhodnutí o ukončení čtyř šetření trhu, která byla zahájena 5. září 2023 podle DMA a rozhodla, že společnosti Apple a Microsoft by neměly být určeny jako strážci brány pro základní služby platformy: jde o službu iMessage společnosti Apple, online vyhledávač Bing společnosti Microsoft, webový prohlížeč Edge a online reklamní službu Microsoft Advertising. Společně s oznámeními ze září 2023 (srov. též pozn. č. 8) předložily společnosti Apple a Microsoft také takzvané „vyvracející“ argumenty, v nichž vysvětlily, proč by i přes splnění kvantitativních prahů neměly být tyto čtyři služby hlavní platformy podle jejich názoru kvalifikovány jako brány.⁹²

⁸⁹ Upozorňuje ekonom KERBER, W. Taming tech giants with a per-se rules approach? The Digital Markets Act from the “rules vs. standard” perspective. *Concurrentes*. 2021, č. 3, s. 10. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3861706>

⁹⁰ Na zvýšený tlak vůči *gatekeeperům* na sdílení dat a na možnost přístupu, který bude motivovat k diferenciaci produktů ve prospěch spotřebitelů a podnikatelských uživatelů platform upozorňuje BASCHENHOF, P. The Digital Markets Act (DMA): A Procompetitive Recalibration of Data Relations? *Journal of Law, Technology and Policy*. 2022, č. 1, s. 55.

⁹¹ Podle čl. 3/2 DMA. První kroky Komise se zdají být uvážlivé a nepředpojaté.

⁹² Commission closes market investigations on Microsoft’s and Apple’s services under the Digital Markets Act. Dostupné z: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-closes-market-investigations-microsofts-and-apples-services-under-digital-markets-act-2024-02-13_en

Regulace v této oblasti je velmi delikátní. Má sice uživatele platform chránit před zneužitím obrovské moci *gatekeeperů* a jejich neférovými, vykořisťovatelskými a vytlačovacími manipulacemi, ale na druhé straně nemá mít „zmrazovací efekt“ a odrazovat provozovatele platform od těch „dobrých“⁹³ inovací přispívajících k blahobytu spotřebitelů. Přijetí nového předpisu vše teprve začíná, nikoliv končí. Zejména je otevřená použitelnost přesnější ekonomické argumentace a míra, v níž se jí zřekneme ve prospěch státních zásahů, které jsou rychlejší a jednodušší (*per-se* řešení).⁹⁴

Teprve ve zkoušce času se ukáže, zda je DMA opravdu tak průlomovou regulací, za kterou ji normotvůrce podle *recitalů* sám pokládá, a jestli dlouhodobě předznamená posun od decentralizovaného a následného vymáhání soutěžního práva k hybridní „eurocentrické“ a dopředné regulaci digitálních platform.⁹⁵ Tato otázka se nevyřešila (ba spíše zatemnila a obešla normativně v DMA), takže zůstává stále prostor pro doktrinální pŕtky a přestřelky, v nichž lze jen vyslovovat různé názory a sledovat, jak a zda vůbec se projevují v rozhodovací praxi a v ev. *soft law*.

To, že se soutěžní právo a DMA navzájem přinejmenším značně překrývají svými cíli, které sledují (a to bez ohledu na verbální distancování v *recitalech* k DMA), je očividné. Obě úpravy chrání v *důsledku* soutěžní proces a blahobyt *spotřebitele* (spotřebitelovu svobodu výběru) a jsou tedy komplementární.⁹⁶ Problém ovšem může nastat v případě, že národní právní úpravy soutěžního práva⁹⁷ míří věcně na shodné či podobné praktiky upravované v DMA. Pak by se taková úprava nemohla použít na subjekty kvalifikované podle DMA jako „strážci přístupu.“

Národní soutěžní úřady nemají v otázkách upravených v DMA a ve vztahu k identifikovaným *gatekeeperům* žádnou působnost, přestože má DMA velmi široký blokační dopad na národní právní řády. Mohou sice sledovat podobné cíle a postihnout zneužití dominance *gatekeeperů*, ale jen pokud by se tím nedostaly do rozporu s ustanoveními DMA. Proto by byla nanejvýš žádoucí a nejúčinnější *komplementární* aplikace soutěžního práva a DMA a *zdrženlivost* Komise při aplikaci DMA, jež by neměla zbytečně omezovat rozhodovací činnost národních soutěžních úřadů.⁹⁸

Pokud by třeba ÚOHS hodlal z vlastního podnětu zahájit řízení o zneužití dominance se skutkovým základem stejným nebo obdobným, jako jsou povinnosti *gatekeeperů* podle DMA, mohl by to učinit jen ve vztahu k subjektům, které nesplňují prahové hodnoty *gatekeepera* podle čl. 3 DMA. Pod touto hranicí by se národně relevantní strážci vstupu

⁹³ Zásadní otázku, zda inovace velkých technologických korporací vytvářejí, ničí, nebo jen vytěžují a dobývají hodnotu, řeší velmi kriticky (a s důrazem na respekt k veřejnému zájmu a s odporem k „toxickým“ a „dušivým“ inovacím) EZRACHI, A., STUCKE, M. E. *How Big-Tech Barons Smash Innovation and How to Strike Back*. New York, Harper-Collins Publishers, 2022.

⁹⁴ Srov. PODSZUN, R. From Competition Law To Platform Regulation- Regulatory Choices for the Digital Markets Act. *Economics*. 2023, č. 17, s. 11. DOI: <https://doi.org/10.1515/econ-2022-0037>

⁹⁵ Podobně ANDREANGELI, op. cit., s. 504.

⁹⁶ Srov. ŠMEJKAL, op. cit., s. 50.

⁹⁷ Jako cit. § 19a německého GWB.

⁹⁸ Shodně DREXL a kol., op. cit., s. 865.

na „národní“ digitální platformy⁹⁹ mohli účastníky řízení pro zneužití dominantního postavení stát. Na druhé straně by se *gatekeeperi* menších digitálních platform měli mít na pozoru před možným překročením kvantitativních prahů podle DMA, aby se nestalo, že vyrostou v *gatekeepery* podle DMA, aniž by si toho vůbec všimli. V případě pochybností lze doporučit obezřetný přístup a nečekat na označení za *gatekeepera* ze strany Komise,¹⁰⁰ ale iniciativně oznámit již i *potenciální* překročení prahových hodnot, a tím možný status *gatekeepera*.¹⁰¹

DMA by mohl sloužit mj. i jako jakýsi „zásobník“ *typově* nepřipustných praktik indikujících možné zneužití tržní moci podle práva *soutěžního*. Nicméně by soutěžní úřad nemohl prohlásit v takovém řízení apriorní porušení *ex ante* pravidel stanovených v DMA, ale musel by za pomoci zavedených testů prokázat porušení zákazu zneužití dominance a doložit též *újmu*, která tím vznikla soutěžitelům nebo spotřebitelům. Výhody rychlého doložení zakázané praktiky, jíž se dopustil *gatekeeper* podle DMA (bez nutnosti dokazovat cokoli jiného) by byl úřad v takovém řízení zbaven.

⁹⁹ Třeba typu Seznam.cz.

¹⁰⁰ Jak se stalo v září 2023, kdy Komise označila šest *gatekeeperů*. Dostupné z: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/digital-markets-act-commission-designates-six-gatekeepers>. Srov. též pozn. č. 8.

¹⁰¹ Jak to nedávno udělali Booking, ByteDance a X. Srov. Booking, ByteDance and X notify their potential gatekeeper status to the Commission under the Digital Markets Act. European Commission – Business, Economy, Euro. Dostupné z: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/booking-bytedance-and-x-notify-their-potential-gatekeeper-status-commission-under-digital-markets-2024-03-01_en

Vůči společnosti Bytedance Ltd. vydala Komise nedávno rozhodnutí, jímž ji a společnosti jí ovládané označila za *gatekeepera* ve smyslu DMA při poskytování sociálních služeb TikTok. Žalobu účastníka na neplatnost rozhodnutí Komise zamítl Tribunál 17. července 2024 (případ T-1077/23). Konstatoval přitom mj., že žalobce naplnil prahové hodnoty podle čl. 3 odst. 1 DMA a že obecná tvrzení žalobce o cílech sledovaných DMA nemohou naplnění tohoto předpokladu zpochybnit. Přestože Bytedance Ltd. nesplňovala hranice obratu v rámci EU, splnila alternativní hranici celosvětové tržní hodnoty a v důsledku toho se považuje za společnost s významným vlivem na vnitřním trhu. Soud též potvrdil, že TikTok má na trhu pevné a trvalé postavení. Soud konstatoval, že kritéria požadovaná v čl. 3 DMA společnost ByteDance naplnila.