

Stanovení tržní síly a její význam v soutěžním právu

Kamil Nejezchleb, Zuzana Hajná *

Anotace

V tomto článku se zabýváme pojmem tržní síla, jejím určováním, měřením a vlivem na praktickou apli-

* Mgr. Ing. Kamil Nejezchleb, doktorand na Právnické fakultě MU, Brno,

Ing. Mgr. Zuzana Hajná, asistentka soudkyně Nejvyššího správního soudu, externí doktorandka na Katedře obchodního práva Právnické fakulty MU, Brno.

kaci norem soutěžního práva. Rozebíráme nejdůležitější aspekty, které tržní sílu ovlivňují a jsou standardně zkoumány ze strany soutěžních úřadů. Zdůrazněno je, že tržní sílu nelze zaměňovat s tržním podílem a je třeba vždy posuzovat i další aspekty, jako jsou charakter relevantního trhu, bariery vstupu, protivázná tržní síla kupujících atd. Rovněž se zabýváme možnostmi přímého hodnocení tržní síly, zejména tzv. Lernerovým indexem a možnostmi jeho praktické aplikace v soutěžním právu. Použití přímých metod a obecně více ekonomického přístupu v soutěžním právu při měření

tržní síly je hodnoceno z hlediska praxe českého i zahraničních soutěžních úřadů. Závěrem shrneme zjištěné skutečnosti a polemizujeme o využitelnosti přímých nástrojů pro měření tržní síly před soudy v České republice.

1. Úvod

Tržní síla je ústředním pojmem soutěžního práva. S vysokou mírou jistoty lze říci, že pokud soutěžitel (případně více soutěžitelů) nedisponuje dostatečnou tržní silou, nemá reálnou možnost narušit hospodářskou soutěž. Jednání soutěžitele (soutěžitelů) bez tržní síly¹ není reálně způsobilé hospodářskou soutěž narušit. Soutěžní úřady by proto měly ve všech případech potenciálních protisoutěžních jednání, bez ohledu na jejich typ, resp. způsob jednání, jakým je soutěž narušována, posuzovat, zda jednající soutěžitelé vůbec disponují dostatečnou tržní silou, aby byli opravdu reálně schopni soutěž ohrozit či narušit.²

Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (dále též „ZOHS“) zmiňuje tržní sílu v § 10 u posuzování dominantního postavení, kdy říká, že „[d]ominantní postavení na trhu má soutěžitel nebo společně více soutěžitelů (společná dominance), kterým jejich tržní síla umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích.“ Z uvedeného lze dovodovat, že tržní síla jednotlivých soutěžitelů je veličinou, jež má různou intenzitu a jako taková by zřejmě měla být měřena např. dle určitých „prahů“, („benchmarků“), přičemž specifickou otázkou pak je, co již znamená „značně“ ve vztahu k nezávislosti a zda je takovýto práh „značnosti“ nějak kvantifikovatelný.

¹ Vedle ZOHS existuje rovněž zákon č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití (dále též „ZVTS“), který však pojímá tržní sílu naprosto odlišně od ZOHS a je specificky zaměřen na zemědělské a potravinářské produkty. Autoři se domnívají, že ZVTS funguje spíše jako výjimka z pravidel hospodářské soutěže a je založen čistě na ochraně drobných zemědělců vůči tlaku ze strany obchodních řetězců, přičemž samozřejmě takovéto řešení potlačuje hospodářskou soutěž, narušuje její základní principy a je silnou regulací.

² V ČR, EU i USA je zastáván i v současné době názor, že u některých praktik, jako jsou „hard-core“ kartely, se tržní silou soutěžní úřady zabývat nemusejí, neboť tyto praktiky jsou jakožto cílové dohody přímo zakázané, protože samy o sobě jsou takovým jednáním, které hospodářskou soutěž narušuje za všech okolností, tedy bez ohledu na tržní sílu soutěžitelů. V ČR a EU to platí rovněž u vertikálních dohod týkajících se určování minimálních cen pro další prodej. Naproti tomu v USA je tento typ dohod již několik let zkoumán z pohledu „rule of reason“, tedy z hlediska jejich efektu a nikoliv jako tzv. „per se“ delikt.

2. Tržní síla v praxi antitrustu

V praxi antitrustu je s tržní silou především spojeno zkoumání, zda její míra je již taková, že soutěžitel, který jí disponuje, se nachází v dominantním postavení. V případech zakázaných dohod mezi soutěžiteli a posuzování spojení soutěžitelů často vůbec nedojde ke zkoumání tržní síly jako takové, ale centrem pozornosti je tržní podíl, který je často považován za její nejvýznamnější indikátor. Podle výše tržního podílu dotčených soutěžitelů jsou totiž nastaveny jednak tzv. bezpečné přístavy³ pro určité typy spolupráce mezi soutěžiteli a rovněž se z nich počítá tzv. *Herfindahl-Hirschmanův index*⁴ tržní síly (dále jen „HH index“), dle kterého se posuzuje míra koncentrace před a po uskutečnění spojení. Pokud je společný tržní podíl kooperujících soutěžitelů nižší, než jaký je nastaven jako hraniční bezpečný přístav, Evropská Komise (dále jen „EK“) bude takovou dohodu obecně považovat za jednání, které nemá potenciál narušit hospodářskou soutěž na daném relevantním trhu. Stejně tak pokud je hodnota HH indexu nižší než stanovená hodnota, presumuje se, že spojení soutěžitelů nemůže mít vliv na zvýšení tržní síly, resp. nemůže mít negativní vliv na hospodářskou soutěž na daném trhu. Z toho je patrné, že soutěžní právo předjímá, že soutěžitelé s tržním podílem nedosahujícím určité výše nemají dostatečnou tržní sílu narušit na daném trhu hospodářskou soutěž. Posuzování tržní síly tak v praxi přichází na řadu až v případech, kdy se posuzují dohody soutěžitelů v situaci, kdy alespoň jeden z nich dosahuje vyššího tržního podílu, než jaký je pro daný typ spolupráce vnímán jako bezpečný přístav⁵ a v případě, že hodnota HH indexu dosahuje určité výše.

Pro posouzení, zda soutěžitel disponuje tržní silou a v jaké výši, je třeba tržní sílu nejprve pojmově definovat. Obecně lze tržní sílu označit za možnost soutěžitele dlouhodobě se chovat do určité (dostatečné) míry nezávisle na ostatních soutěžitelích a spotřebitelích, tedy připodobnit tržní sílu k nezávislosti chování na trhu. Z hlediska nezávislosti chování se pak tržní síla nejčastěji definuje jako možnost soutěžitele udržet ceny

³ Viz např. pokyny k vertikálním a horizontálním dohodám – „Guidelines for the assessment of vertical restraints“ a „Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements“ vydané Evropskou komisí.

⁴ Blíže např. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hhi.html>.

⁵ K uvedenému je třeba dodat obecnou zásadu uznávanou soutěžními úřady, podle které platí, že stupeň tržní síly požadovaný ke shledání uzavření zakázané dohody (v rozporu s § 3 ZOHS, resp. čl. 101 Smlouvy o fungování EU) je nižší než stupeň tržní síly potřebný ke konstatování zneužití dominantního postavení (v rozporu s § 11 ZOHS, resp. čl. 102 Smlouvy o fungování EU). Srov. bod 97 Pokynů k vertikálním omezením (2010/C 130/01) Evropské komise.

nad tzv. soutěžní úrovní.⁶ Zde je třeba si uvědomit, že soutěžitel disponující tržní silou může narušit soutěžní proces i jiným způsobem než zvýšením cen, například oslabením stávající soutěže, vytvářením či udržováním bariér vstupu, nebo zpomalováním inovací. Je zřejmé, že zvyšování cen nad soutěžní úroveň či zpomalování produkce nebo inovací nesmí být pro účely konstatování, že se jedná o projev tržní síly, pouze nárazové. Tržní síla tedy bývá zpravidla definována jako schopnost soutěžitele udržet ceny nad soutěžní úrovní nebo udržet vyšší produkce, kvalitu výrobků a služeb či míru inovace pod soutěžní úrovní po delší než nevýznamnou dobu.⁷ Lze konstatovat, že tržní síla je z ekonomického pohledu jev nežádoucí, neboť představuje potenciální hrozbu narušení soutěže a tedy hrozbu snižování celospolečenského blahobytu.

Z teoretického hlediska platí, že v dokonale konkurenčním prostředí nedisponuje žádný soutěžitel tržní silou a ceny jsou proto díky konkurenčnímu tlaku na soutěžní úrovni, přičemž je díky tomu dosahováno maximální alokační efektivity a je maximalizován společenský blahobyt. Jedná se však o modelovou situaci, která je v reálném světě prakticky nemožná. A contrario lze pak dovodit, že pokud je takováto situace v podstatě nereálná, téměř na každém trhu disponuje alespoň nějaký soutěžitel určitou tržní silou. Vzhledem k tomu, že existence byť malé tržní síly může teoreticky znamenat její využití, které může vést k protisoutěžním účinkům (tj. snižování spotřebitelského blahobytu a alokační neefektivitě), je třeba se zamýšlet nad tím, kdy již tržní síla soutěžitele dosáhne takové míry, že by mohlo být určité jednání jí disponujícího soutěžitele (soutěžitelů) považováno za protisoutěžní a hodné zásahu ze strany soutěžního úřadu.

Na základě výše uvedeného je zřejmé, že se jedná o určitý rozsah, a tedy, že tržní síla jednotlivých soutěžitelů může být větší, či menší. Není proto správné zabývat se tržní silou jen z „černobílého“ pohledu, zda jí soutěžitel disponuje či nedisponuje, ale také je důležité zkoumat, jak velká tato tržní síla soutěžitele je, a to zejména ve vztahu a v porovnání s ostatními soutěžiteli působícími na stejném relevantním trhu. Zásadní otázka související s tržní silou pak zní, jakým způsobem jí u jednotlivých soutěžitelů posuzovat a měřit.

Existují dva základní přístupy k posuzování tržní síly. V praxi doposud převažuje strukturální přístup založený zejména na zkoumání velikosti tržního podílu a podmínek na trhu. Vedle toho je možné také měřit tržní sílu přímo pomocí kvantitativních metod, nejznámější, ovšem v praxi zřídka používanou je výpočet Lernerova indexu.

⁶ Cenami na soutěžní úrovni se nejčastěji označují ceny, jaké by existovaly v případě dokonalé konkurence, resp. za předpokladu, že mezní náklady se rovnají ceně na trhu.

⁷ Srov. bod 97 Pokynů k vertikálním omezením (2010/C 130/01) Evropské komise.

3. Určování tržní síly – strukturální přístup

3.1. Zákonná východiska

Základní východiska, resp. kritéria rozhodná pro posouzení tržní síly soutěžitele nalezneme v úpravě dominantního postavení a jeho zneužívání v § 10 odst. 2 ZOHS, který uvádí, že „[t]ržní sílu [...] Úřad posuzuje podle hodnotového vyjádření zjištěného objemu dodávek nebo nákupu na trhu daného zboží (tržní podíl) dosaženého soutěžitelem nebo soutěžiteli se společnou dominancí v období, které je zkoumáno podle tohoto zákona a podle dalších ukazatelů, zejména podle hospodářské a finanční síly soutěžitelů, právních nebo jiných překážek vstupu na trh pro další soutěžitele, stupně vertikální integrace soutěžitelů, struktury trhu a velikosti tržních podílů nejbližších konkurentů.“

Z textu ZOHS vyplývá, že při posouzení tržní síly se vychází z tržního podílu a současně se hodnotí další faktory, které ovlivňují možnost soutěžitele chovat se nezávisle na ostatních. Je tedy zřejmé, že při zkoumání tržní síly je potřeba postupovat komplexně a zohledňovat různé aspekty, protože přílišné spoléhání se pouze např. na velikost tržního podílu by mohlo vést k nesprávnému závěru o tržní síle daného soutěžitele. Přitom je třeba zdůraznit, že u každého jednotlivého případu, resp. soutěžitele a trhu, na kterém působí, je třeba brát do úvahy také jejich specifické vlastnosti.

Rámcově lze uvést, že při analýze tržní síly strukturálním způsobem se vždy bude jednat především o vymezení relevantního trhu, posouzení jeho struktury, určení tržních podílů soutěžitelů působících na tomto trhu a jejich vývoj v čase, existenci stávající a potenciální konkurence, zjištění bariér vstupu, předešlého tržního chování soutěžitelů, kapacitních omezení, finanční a technologické síly soutěžitelů, chování a síly kupujících, tempa inovací a případné regulace na posuzovaném trhu.

3.2. Tržní podíl

Tržní síla soutěžitele, resp. soutěžitelů, je dosud v praxi antitrustu neodmyslitelně spjata s velikostí jeho tržního podílu. Současně však v oblasti soutěžního práva a ekonomie celosvětově panuje shoda na tom, že není možné posuzovat tržní sílu pouze dle velikosti tržního podílu bez zohlednění ostatních faktorů. I tak má tržní podíl v praxi v soutěžní analýze stále své nezastupitelné místo⁸ a představuje významný vypoví-

⁸ Někteří autoři s tímto názorem nesouhlasí a kloní se k přímému odhadování tržní síly, bez vymezení relevantního trhu, resp. nutnosti určování tržního podílu. Např. Kaplow, Louis. *Why (Ever) Define Markets?* Harvard Law Review, Forthcoming; Harvard Law and Economics Discussion Paper

dací prvek, z něhož lze, když ne přímo dovozovat, tak minimálně usuzovat existenci tržní síly soutěžitele. Důležitost, ale zároveň i určitou omezenost důkazní hodnoty velikosti tržního podílu vyjádřil Evropský soudní dvůr v rozsudku *Hoffmann-La Roche*⁹, ve kterém uvedl, že důkazy o existenci dominantního postavení se mohou lišit trh od trhu v závislosti na tržní struktuře, zejména co se týká produkce, nabídky a poptávky. I praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“) zřetelně potvrzuje, že tržní podíl není totožný s pojmem tržní síla a že tržní sílu nelze bez dalšího určovat jen na základě tržního podílu.¹⁰

Tržní podíl je možné reálně určit na základě premisy, že k narušení soutěže dochází vždy v určité oblasti a u určitých výrobků, resp. na určitém relevantním trhu, tj. trhu, který je dostatečně oddělen od ostatních území a jiných výrobků a služeb tak, že soutěž na něm probíhá odlišně od nich. Díky vymezení relevantního trhu je možné identifikovat „hráče“, kteří na něm působí a mezi nimiž dochází k „tržní interakci“ (soutěži), a zjistit, jak velký podíl na vymezeném trhu jednotliví soutěžitelé zaujímají. Jinak řečeno, zjišťujeme velikost poměru objemu dodávek nebo nákupu daného zboží na relevantním trhu dosažený soutěžitelem za určité období vůči celkovému objemu dodávek nebo nákupu daného zboží na relevantním trhu dosaženému všemi soutěžiteli na něm působícími. Tržní podíl se v soutěžních analýzách standardně vyjadřuje v procentech za období jednoho kalendářního roku.¹¹ Je třeba dodat, že je rovněž možno zkoumat tržní podíl i z jiného pohledu, např. z hlediska podílu na počtu přepravených cestujících za kalendářní rok.¹²

No. 666; Harvard Public Law Working Paper No. 11-08. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=1750302>. (viz níže).

⁹ Rozsudek Evropského soudního dvora ze dne ve věci C-85/76 *Hoffmann-La Roche & Co AG v. Komise* [1979] ECR 461.

¹⁰ Existují však rozhodnutí Úřadu, ve kterých je konstatováno, že tržní podíl určité výše lze automaticky považovat za důkaz o tržní síle soutěžitele, zejména v případě, že takovýto soutěžitel disponuje 100 procentním tržním podílem. S ohledem na současný doktrinální vývoj a příklon k více ekonomickému přístupu se autoři domnívají, že ač je velmi vysoký tržní podíl významným indikátorem tržní síly, je třeba se vždy zabývat při posuzování tržní síly rovněž dalšími faktory, které ji ovlivňují a považují za chybné činit závěry o tržní síle pouze na základě velikosti tržního podílu. Autoři si však dokáží představit např. existenci vyvratitelné domněnky fungující na opačném principu než domněnka obsažená v § 10 odst. 3 ZOHS, která stanovuje, že soutěžitel, který nedosahuje 40 procentního tržního podílu, pokud není prokázán opak, je považován za soutěžitele, který nezaujímá dominantní postavení, tedy tak, že např. soutěžitel zaujímající 100 procentní tržní podíl má dominantní postavení, pokud se neprokáže opak.

¹¹ Např. tržní podíl soutěžitele na daném relevantním trhu v roce 2012 byl cca 23 %.

¹² Toto vyjádření tržního podílu použil ÚOHS např. v rozhodnutí ze dne dne 3. 11. 2010, č. j. ÚOHS-S162/2008/ DP-

Technicky je tedy pro určení tržního podílu¹³ nezbytné nejprve vymezit relevantní trh, zjistit, kteří soutěžitelé na něm působí a poté určit, jaký tržní podíl tyto soutěžitelé zaujímají vypočtením hodnoty podílů prodeje, jež na vymezeném relevantním trhu dosáhl zkoumaný soutěžitel a hodnoty prodeje dosažených na vymezeném relevantním trhu všemi soutěžiteli.¹⁴ Pokud se jedná o podíl prodeje, berou se do úvahy zásadně prodeje přímým zákazníkům na relevantním trhu, nikoliv celková produkce. Tržní podíl lze v určitých případech měřit i dle výrobních kapacit, a to především na trzích, kde jsou kapacity významným faktorem, např. pokud je relevantní trh definován s ohledem na nabídkovou stranu trhu. Tržní podíl se zásadně stanovuje na základě ceny, kterou soutěžitelé účtují zákazníkům. V úvahu se bere se cena, za kterou soutěžitel prodává svým přímým zákazníkům, nikoliv cena až pro konečné spotřebitele. V případě, že relevantní trh je širší než národní, je třeba často brát v potaz rovněž měnový kurz a skutečnost, že se vyvíjí v čase. V případě národního či lokálního trhu je pak třeba brát do úvahy rovněž dovozy, přičemž není správné je agregovat (brát všechny dovozy, jako by se jednalo o jednoho soutěžitele – importéra), ale posuzovat je jako tržní podíl jednotlivých importérů samostatně.¹⁵ Rovněž může být otázkou, zda brát při určování tržního podílu do úvahy také kapacity, které soutěžitel využívá pro vlastní potřeby, ale které je v případě potřeby schopen uvést na trh, pokud ano, tak jakým způsobem. Důležité je v případě započítávání kapacit využívaných pro vlastní potřebu především postupovat konzistentně, resp. stejným způsobem u všech soutěžitelů.

Značný vliv na vypovídací schopnost a spolehlivost tržního podílu jakožto indikátoru tržní síly má charakter trhu, resp. zboží či služby. Trhy, na kterých je vypovídací schopnost tržního podílu zpochybnitelná, jsou především ty, kde neexistují žádné, nebo jen velmi malé bariéry vstupu. Soutěžitel i s velmi vysokým tržním po-

4490/2010/820/DBr. Současně se však v tomto rozhodnutí zabýval i klasicky vyjádřeným tržním podílem, založeným na finančním obratu. V tomto rozhodnutí se pak ÚOHS zabýval rovněž vývojem tržních podílů.

¹³ Autoři zdůrazňují, že stanovení relevantního trhu je nezbytné pro určení tržního podílu, nikoliv tržní síly a zastávají názor, že tržní sílu lze, a je to teoreticky přesnější, měřit empiricky, přímo, a to za pomoci ekonometrických metod a odhadování vlastní elasticity poptávky bez vymezení relevantního trhu. Z hlediska praktického je však takovéto měření často extrémně obtížné či nemožné, a to zejména s ohledem na nedostatek dostatečně přesných dat potřebných k takovéto analýze.

¹⁴ Při zkoumání podílu na trhu je rovněž velmi důležité zjišťovat nejen jeho aktuální výši, ale zabývat se i jeho vývojem, který nám rovněž umožní udělat si lepší úsudek o daném soutěžiteli a jeho tržní síle.

¹⁵ Pokud by jeden soutěžitel výrobky na trh dovážel a zároveň je na něm vyráběl, objem prodeje z výroby i importu se zásadně sčítá a nahlíží se na obě skupiny prodeje, jako by tvořily jeden tržní podíl.

dílem je proto na takovémto trhu značně omezen v možnosti chovat se nezávisle na ostatních díky existenci potenciální konkurence, která by mohla na tyto trhy vstoupit, kdyby se pokusil např. zvýšit cenu na nezanedbatelnou dobu nad soutěžní úroveň. Vypovídací hodnota velikost tržního podílu je nízká také na trzích, kde probíhá soutěž především prostřednictvím inovací, kdy vysoký tržní podíl v určitý okamžik může být velmi rychle ztracen, pokud konkurence přijde s lepším výrobkem či službou. Specifická situace nastává na trzích, kde se soutěž uskutečňuje prostřednictvím tendrů. Tam je potřeba se zaměřit na to, jak probíhá soutěž v okamžiku tendru a nikoliv na tržní podíly, které jsou následně po skončení tendru získány, protože řada tendrů je vypisována na delší období a po dobu, kdy je tendr zadán, je daný zákazník v podstatě zablokovaný. Tržní podíly proto na těchto typech trhů nebývají příliš vypovídající a i soutěžitelé s vysokým tržním podílem nemusí disponovat velkou tržní silou, pokud soutěže v rámci tendrů probíhají efektivně.

Vedle charakteru trhu ovlivňují vypovídací schopnost tržního podílu i další faktory. Velmi důležitá je v tomto ohledu otázka tzv. produktové diferenciaci, kdy závisí na vymezení relevantního trhu, kolik produktů je do něj zařazeno a to, jak blízkými substituty jednotlivé produkty jsou. V případě, že do relevantního trhu spadají i produkty, které jsou sice substituty, nikoliv však velmi blízkými, může mít tržní sílu i soutěžitel s relativně menším tržním podílem, např. díky rozdílnému marketingu, věrnosti značce, resp. nízké křížové elasticitě mezi jeho a konkurenčními výrobky.¹⁶ Nelze tedy automaticky usoudit, že pokud mají dva soutěžitelé stejný tržní podíl, disponují stejnou či alespoň podobnou tržní silou.

Tržní podíl není statický jev, ale vyvíjí se v čase. Skutečnost, zda dochází u soutěžitele v průběhu let ke zvyšování či snižování tržního podílu má vedle samotné výše tržního podílu v rozhodném období rovněž velký význam. Pokud např. zjistíme, že soutěžitel má sice vysoký tržní podíl, avšak tento podíl za posledních několik období neustále klesá, je vysoce pravděpodobné, že takovýto soutěžitel určitou tržní silou disponuje, nicméně tato se evidentně zmenšuje a je otázkou, zda je taková tržní síla i přes vysoký tržní podíl dostatečná např. pro konstatování existence dominantního postavení. Naproti tomu soutěžitel s relativně nízkým tržním podílem, který splňuje zákonnou domněnku pro konstatování, že nezaujímá dominantní postavení, jehož tržní podíl výrazně a rychle v posledních obdobích roste, by měl být podroben zkoumání, jestli i přes relativně nižší tržní podíl nedisponuje tržní silou svědčící o jeho dominanci. Rychle rostoucí tržní podíl naznačuje

¹⁶ Samozřejmě v tomto případě je nasnadě otázka, zda byl skutečně relevantní trh správně vymezen.

existenci určité soutěžní výhody,¹⁷ která samozřejmě zvyšuje tržní sílu soutěžitele.

Ve strukturální analýze tržní síly je tržní podíl jejím klíčovým indikátorem, který je spjat a podmíněn vymezením relevantního trhu, protože na výhradně tomto vymezení závisí velikost tržního podílu soutěžitele. Je třeba mít na paměti, že je důležité vždy zkoumat i další faktory ovlivňující tržní sílu a při činění závěrů o tržní síle se nikdy nespolehat výlučně na tržní podíl.

3.3. *Ostatní hráči na trhu - konkurenti aktuální a potenciální, tržní síla odběratelů*

Vedle velikosti tržního podílu je při posuzování tržní síly sledovaného soutěžitele patrně nejvýznamnější otázka, jaké čelí konkurenci ze strany ostatních soutěžitelů. Zásadně se uvažuje jednak konkurence existující, resp. aktuální, a konkurence, která je schopna vzniknout v relativně krátkém období, jež se označuje jako konkurence potenciální. Mezi aktuální konkurenty se zahrnují i ti soutěžitelé, kteří sice na daném relevantním trhu nepůsobí, ale vlastní takové kapacity, že jsou schopni ve velmi krátkém období¹⁸ na daný trh vstoupit bez nutnosti vynaložení výraznějších dodatečných nákladů. Pro soutěžitele, které je třeba při analýze tržní síly považovat za potenciální konkurenty, je obecně vstup na trh složitější a trvá déle z řady objektivních důvodů, mezi které patří např. potřeba nákupu zařízení, získávání nových povolení, trénink a nábor zaměstnanců, hledání distribučních kanálů atd. Důležitá je u potenciální konkurence také pravděpodobnost jejího vstupu na trh. Faktory zohledňované při posuzování pravděpodobnosti vstupu jsou jednak bariéry vstupu a dále i samotný charakter daného relevantního trhu, resp. zda se jedná o trh rostoucí, stagnující, či klesající, přičemž platí, že výrazně vyšší potenciál vstupu nových konkurentů je na trh, který roste, resp. tam kde poptávka převyšuje nabídku.

Je patrné, že stejně jako u tržního podílu hraje i při identifikaci konkurentů zásadní roli vymezení relevantního trhu, neboť na tom, jak úzce či široce je vymezen relevantní trh, závisí, kteří soutěžitelé, resp. jejich výrobky či služby, budou do tohoto trhu zařazeni a považováni za konkurenty.

Významným faktorem ovlivňujícím tržní sílu soutěžitele je v mnoha případech nejen samotná tržní síla konkurence, ale rovněž tržní síla jeho odběratelů, která je extrémní v případě tzv. monopsonu.¹⁹ Do úvahy se

¹⁷ Např. nový výrobek, úspory z rozsahu, nová technologie, efektivní reklama atd.

¹⁸ Za velmi krátké období lze zpravidla považovat lhůtu kratší než jeden rok.

¹⁹ Monopson vytváří situaci, kdy na daném trhu existuje jediný odběratel a je tak extrémně nepravděpodobné, že by soutěžitelé, kteří mu dodávají zboží, byli schopni vůči němu

ohledně protívahy v podobě tržní síly odběratelů se zásadně zahrnuje potenciál a schopnost odběratelů vertikálně se integrovat a začít si zboží obstarávat samostatně, či sponzorovat vstup nového dodavatele na předřazený trh.²⁰

3.4. Bariéry vstupu

Ani soutěžitel, který disponuje velkým tržním podílem, nečelí výrazné konkurenci ze strany aktuální konkurence a není omezen tržní silou svých odběratelů, ještě nemusí nutně disponovat velkou tržní silou. Důvodem může být neexistence tzv. bariér vstupu, které jsou negativně závisle spjaty s hrozbou vstupu potenciálních konkurentů na relevantní trh. To znamená, že čím méně je bariér vstupu a čím jsou nižší, tím je vyšší pravděpodobnost, že na trh při zvýšení ceny vstoupí noví konkurenti. Neexistence bariér vstupu na relevantní trh znemožňuje soutěžiteli na tomto trhu svoji tržní sílu uplatnit, neboť například při zvýšení cen by s velmi vysokou pravděpodobností došlo k relativně rychlému vstupu nových hráčů (potenciální konkurence) na daný trh, kteří by „přetáhli“ jeho zákazníky a znemožnili tak, aby zvýšením cen realizoval zisk, resp. uplatnil tržní sílu. Obecně lze konstatovat, že v případě neexistence či existence pouze velmi nízkých bariér vstupu, je vysoce nepravděpodobné, že by jakýkoliv soutěžitel na takovémto trhu disponoval výraznější tržní silou, natož aby jeho tržní síla byla takového rozsahu, aby mu umožňovala chovat se značně nezávisle na ostatních, resp. měl na daném relevantním trhu dominantní postavení.

Je zřejmé, že na druhé straně existence vysokých bariér vstupu výrazně zvyšuje tržní sílu soutěžitelů již na trhu působících a umožňuje jim využívat jejich tržní sílu, např. udržovat ceny nad soutěžní úrovní. Může nastat situace, kdy přestože existují potenciální konkurenti, kteří by dokázali být na daném trhu efektivnější, díky bariérám vstupu na trh představujícím vynaložení vysokých zejména tzv. „zapuštěných („utopených“) nákladů,²¹ aby na daném relevantním trhu vůbec mohli začít působit, není pro ně takovýto vstup v konečném důsledku výhodný.

jakkoliv uplatňovat tržní sílu. Možnost chovat se nezávisle na monopsonistickém odběrateli by mohla nastat zřejmě pouze v případě, že i soutěžitelů, kteří by mu dodávali zboží, by bylo velmi málo (oligopol), či existoval pouze jediný (monopol) a na trhu dodávek by současně existovaly vysoké bariéry vstupu.

²⁰ Tyto faktory ovlivňují tržní sílu soutěžitelů pouze v případě, že vertikální integrace, či podporovaný vstup nového soutěžitele je dostatečně rychlý a efektivní.

²¹ Utopené náklady, neboli „sunk cost“ jsou náklady, jež je třeba vynaložit při vstupu na trh, ale které již není možné získat zpět při opuštění trhu. Jedná se např. o náklady na marketing při vstupu na trh.

Na základě existence či neexistence bariér vstupu můžeme zjistit charakteristiku trhu z hlediska jeho přístupnosti. V této souvislosti se hovoří o tzv. „kontestabilitě“ trhu, tedy o náročnosti vstupu nových soutěžitelů na trh. Trh je považován za „kontestabilní“, pokud zde neexistují žádné zapuštěné náklady nebo jiné bariéry vstupu a spotřebitelé jsou ochotni pohotově přejít k novému prodávajícímu za výhodnějších podmínek, aniž by stávající podnik (byť i s vysokým tržním podílem) stihl zareagovat a nějakým způsobem si k sobě spotřebitele připoutat. V praxi však většina trhů není zcela kontestabilní.²²

Obecně lze bariéry vstupu charakterizovat²³ jako existenci určité výhody soutěžitelů již operujících na daném relevantním trhu, které však nespočívají pouze v jejich vyšší efektivitě oproti potenciálním konkurentům. Bariéry vstupu můžeme dělit na strukturální a strategické. Strukturální bariéry vstupu souvisejí se základními ekonomickými ukazateli, jako jsou náklady a poptávka. Patří mezi ně například úspory z rozsahu²⁴, technologická výhoda, náklady spotřebitelů na přechod k jinému prodávajícímu, utopené náklady, právní ochrana – např. duševní vlastnictví, asymetričnost informací či věrnost ke značce. Strategické bariéry vstupu jsou takové, které stávající podnik na trhu („incumbent“) úmyslně vytváří nebo rozšiřuje za účelem odrazení ostatních soutěžitelů od vstupu na trh. Do strukturálních bariér můžeme zařadit například exkluzivní smlouvy, účtování predátorských cen či investice do reklamy.²⁵ V odborné literatuře se objevuje také rozdělení bariér vstupu z hlediska náročnosti nových vstupů na trh, a to na bariéry vstupu v „užším smyslu“ (překážky I. typu) a bariéry ve smyslu „nákladů vstupu“ (překážky II. typu). Bariéry (překážky) I. typu jsou takové, které stávající podnik na trhu nemusel sám překonávat a znamenají tak výhodu tohoto prodávajícího vůči ostatním podnikům. Takové překážky nepramení ze soutěže mezi hráči a nesouvisí nijak s vyšší efektivitou současného soutěžitele. Oproti tomu překážky II. typu musí překonat každý soutěžitel, který zamýšlí do odvětví vstoupit a musel je tudíž překonat i stávající podnik na trhu. Mezi tento typ překážek patří například pronájem budov, nákup strojů, investice do výzkumu a podobně.

²² FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC law of competition*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 18.

²³ Více o různých pohledech na pojem bariéry vstupu viz např. MCAFEE, R. Preston; MIALON, Hugo, M., Williams, M. „What is a Barrier to Entry?“ *American Economic Review*. 2004, Vol. 94, No. 2, 461–465.

²⁴ Úspory z rozsahu lze definovat jako úspory, který získá prodávající díky rozšiřování své výroby. Čím větší objem výroby produkuje, tím se mu snižují průměrné náklady na jednotku výstupu.

²⁵ FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC law of competition*. s. 328–334.

Překážky vstupu II. stupně proto většinou nejsou považovány za opravdové bariéry vstupu.²⁶

Bariéry vstupu vznikají především díky silné regulaci určitých odvětví, privilegovanému přístupu ke klíčovým vstupům, vlastnictví distribučních sítí, nutnosti vynaložení utopených nákladů pro vstup na trh, existenci fyzických, právních, či geografických překážek, které znesnadňují vstup na trh, existenci síťového efektu, nákladů na změnu dodavatele, úspor z rozsahu a struktury, existence silných obchodních značek na trhu atd. Skutečnost, že při posuzování tržní síly hraje významnou roli i charakter trhu a typ výrobků či služeb jsme již zmínili výše a dokládá ji také např. existence metodiky Evropské Komise ohledně určování tržní síly v oblasti elektronické komunikace.²⁷

Standardní technikou při posuzování bariér vstupu je zjištění názoru „incumbentů“ a potenciálních konkurentů na utopené náklady, jež je podle nich nutné vynaložit pro vstup na daný relevantní trh. Dále se posuzuje, jestli existují nějaké nezbytné faktory nepostradatelné pro vstup na trh, zda a jak brání případná regulace na daném trhu vstupu na něj a obecně veškeré další faktory, které vstup na relevantní trh nějakým způsobem znesnadňují. Tvrzení o existenci hrozby vstupu potenciální konkurence mohou podpořit zejména nedávné vstupy jiných soutěžitelů, tržní studie a jiné dokumenty a plány vztahující se k potenciálnímu vstupu.

Vedle bariér vstupu se posuzují také *bariéry tržní expanze*, které představují schopnost podniků již působících na trhu rozšířit objem produkce. Při existenci bariér expanze soutěžitelé působící na trhu nedisponují dostatečnými volnými kapacitami a i přes zvýšení ceny některého ze soutěžitelů (např. podniku s dominantním postavením) nemají možnost uspokojit potenciální nově vzniklou poptávku, tedy zákazníky, kteří by chtěli koupit jejich výrobky místo zdražených výrobků jiného soutěžitele.²⁸

²⁶ ŠILHÁN, Josef. „Objektivní ospravedlnění“ v právu proti zneužití dominantního postavení. In *Dny práva – 2008 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2008. s. 1186-1203.

²⁷ Srovnej metodiku Evropské Komise pro tržní analýzu významné tržní síly týkající se oblasti elektronických komunikací – Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services, *Official Journal C 165*, 11/07/2002 P. 0006 – 0031.

²⁸ FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC law of competition*. s. 335. Viz. též rozsudek Evropského soudního dvora ve věci C-85/76 Hoffman-La Roche proti Komisi [1979] ECR 461.

4. Přímé měření tržní síly, Lernerův Index

Vedle metod vycházejících především ze struktury relevantního trhu, resp. tržních podílů soutěžitelů na něm působících, je možno se pokusit tržní sílu identifikovat prostřednictvím metod přímých, kdy patrně nejznámější přímou metodou odhadu tržní síly je tzv. Lernerův index, resp. odhad vlastní elasticity poptávky. Mimo něj existují další techniky pro přímý odhad tržní síly, které jsou již složitější a používají pokročilé statistické a ekonometrické metody. Jedná se např. o tzv. metodu „benchmarku“ soutěžních cen či použití simulacních ekonometrických modelů jako např. „regrestní, logit či AIDS poptávkové modely“.²⁹ Tyto metody se stávají populárnějšími zejména v poslední době, kdy již vyspělé technické prostředky umožňují si opatřit a zpracovat data pro jejich dostatečně spolehlivou aplikaci.

Kvantitativní techniky používané pro odhad elasticity poptávky jsou již relativně běžné zejména v USA, což dokládá Werden,³⁰ který uvádí, že odhad reziduální elasticity poptávky již poměrně často provádějí ekonomové a soudy v USA, kde se běžně na takové odhady spoléhá jakožto na věrohodné důkazy. Tomuto trendu odpovídá i skutečnost, že odvolací soudy v USA již vícekrát judikovaly, že tržní podíl je pouze jednou z cest, jak odhadovat tržní sílu a pokud existují jiné, lepší způsoby jak ji odhadnout, měly by být použity tyto způsoby a soud by je měl akceptovat.³¹

Patrně nejznámějším zastáncem přímého určování tržní síly a úplného opuštění konceptu relevantního trhu a strukturálního přístupu pro účely soutěžní analýzy je profesor Luis Kaplow. Jeho argumentace spočívá v tom, že nemá smysl definovat relevantní trh, neboť k jeho stanovení (minimálně na trzích diferencovaných výrobků) je nezbytné nejprve vymezit či alespoň odhadnout tržní sílu, přičemž samotné vymezení relevantního trhu následně taktéž slouží ke zjištění tržní síly soutěžitele. Kaplow tak považuje vymezování relevantního trhu a strukturální přístup v soutěžní analýze vůbec za „neohrabaný“ a zavádějící. Vymezováním relevantního trhu se totiž znovu vracíme ke zjišťování tržní síly, a to navíc v horší kvalitě, než je první odhad. Již při

²⁹ Existují i další způsoby měření používané konkrétně pro specifické trhy a odvětví, např. na energetických trzích byl použit v USA tzv. pivotal supplier indicator a tzv. supply margin assessment, oba založené na prosté otázce, zda při absenci daného soutěžitele by zbytková nabídka byla schopna uspokojit poptávku po energii v dané hodině. Vedle těchto dvou měřítek se rovněž používá na energetických trzích tzv. residual supplier index.

³⁰ WERDEN, Gregory, J. “Demand Elasticities in Antitrust Analysis”. *Antitrust Journal*. 1998. Vol. 43, pp. 363-414.

³¹ Například *Allen-Myland, Inc. v. IBM Corporation*, 33 F.3d 194, 209 (3rd Cir. 1994); *United States v. Baker Hughes, Inc.*, 908 F.2d 981, 992 (DC Cir. 1990) and *Ball Memorial Hospital Inc. v. Mutual Hospital Ins.*, 784 F.2d 1325, 1336, (7th Cir. 1986).

prvním odhadu tržní síly se z logiky věci musí soutěžní úřad pokusit co nejlépe přímo odhadnout tržní sílu, tedy vlastní elasticitu poptávky soutěžitele (přímou metodou) a na jejím základě pak relevantní trh vymezit. Po vymezení relevantního trhu určí tržní podíly soutěžitelů na tomto trhu, a na základě strukturálních úvah tržní sílu znovu odhaduje, čímž z původního co nejlepšího odhadu – měření vlastní elasticity poptávky posuzovaného soutěžitele, činí pouhý derivát, resp. odhad horší kvality. Nelze totiž jednoznačně určit, který další soutěžitel nabízí nejlepší substitut a při začlenění jakých „druhých“ substitutů může být splněna podmínka testu hypotetického monopolisty (tj. testu sloužícího k vymezení relevantního trhu). Jinak řečeno, podle Kaplowa není možné bez co nejlepšího odhadu tržní síly určit, zda jedno vymezení relevantního trhu je lepší než jiné. Jako správný krok proto považuje zcela změnit koncepci soutěžní analýzy založenou na vymezování relevantních trhů a tržních podílů, protože takový postup nutně vede k principálně méně spolehlivým a méně přesným odhadům tržní síly, než je prvotní odhad tržní síly používaný jako vstupní veličina při testu hypotetického monopolisty na trzích s diferencovanými výrobky.³²

4.1. Lernerův index

Nejnámější a základním teoretickým konceptem a přímým kvantitativním měřítkem tržní síly v oblasti antitrustu je tzv. Lernerův index. Pro jeho pochopení je nutné si uvědomit, že z hlediska tržní síly je z ekonomického pohledu klíčovou elasticita poptávky, tedy jak moc jsou odběratelé citliví na zvýšení či snížení ceny. Pokud jsou odběratelé velmi citliví, resp. vlastní elasticita poptávky po zboží soutěžitele je vysoká, soutěžitel není schopen zvýšit dlouhodobě ziskově ceny, a tudíž lze dovodit, že nedisponuje tržní silou. Naopak tam, kde je vlastní elasticita poptávky nízká, je větší pravděpodobnost, že soutěžitel je schopen zvýšit ziskově ceny, tedy disponuje tržní silou. Tento princip stojí v pozadí myšlenky Lernerova Indexu, což dokládá skutečnost, že jeho hodnota je inverzní k hodnotě vlastní elasticity poptávky na daném relevantním trhu.

Lernerův index se vypočítá jako cena snížená o tzv. mezní náklady dělená cenou.³³ Lernerův index nabývá

hodnoty mezi 0 a 1 a platí, že čím více se jeho hodnota blíží k 1, tím je tržní síla posuzovaného soutěžitele vyšší. Lernerův index rovnající se 0 naznačuje existenci dokonale konkurenčního trhu. Jeho výpočtem v podstatě zjistíme, že v okamžiku, kdy se cena na relevantním trhu nerovná mezním nákladům soutěžitele, není maximalizován společenský blahobyt, tedy existuje určitý prostor pro zvýšení efektivity na tomto trhu. To znamená, že čím je rozdíl mezi cenou a mezními náklady soutěžitele vyšší, tím je vyšší i prostor pro snížení ceny, resp. dosažení společensky optimálního stavu maximalizujícího blahobyt. Toto vnímání je však určitým způsobem zavádějící, protože odchýlení se od mezních nákladů může být způsobeno i jinými faktory než je tržní síla, např. potřebou krýt fixní náklady. Proto není možné bez dalšího uzavírat, že každý soutěžitel, u kterého se ceny nerovnej mezním nákladům, disponuje tržní silou.

Rozdíl mezi cenou a mezními náklady může být dále způsoben charakteristikou trhu. Například na trzích s diferencovanými produkty a trzích s významnými inovacemi jsou standardně uplatňovány vyšší marže, které jsou pak investovány do vědy a výzkumu, reklamy atd. Vyšší marže a tedy i výpočet Lernerova indexu pak může být rovněž pouze výsledkem úspěšné obchodní strategie, úspor z rozsahu, vlastnictví lepších technologií či pracovních sil. V reálném světě platí, že drtivá většina soutěžitelů má ceny vyšší než jsou jejich mezní náklady, a proto je třeba Lernerův index chápat spíše jako určité měřítko schopnosti soutěžitele kontrolovat své vlastní ceny a indikátor potenciální tržní síly, než jako samojediný určovatel toho, zda soutěžitel disponuje tržní silou.

Měření Lernerova indexu vypadá zdánlivě snadně, jelikož technicky stačí znát cenu zboží a mezní náklady, resp. marži soutěžitele, abychom byli schopni jej vypočítat. Tato zdánlivě snadná úloha je však v praxi relativně obtížnou, neboť je velmi složité zjistit mezní náklady soutěžitele. Díky provázanosti s elasticitou poptávky, je možné Lernerův index určovat rovněž přímo z ní, pokud máme dostatečná data pro její modelování.

Zásadní nevýhodou Lernerova indexu je skutečnost, že do něj nevstupují fixní náklady, což je klíčovým nedostatkem ve všech odvětvích, kde tyto náklady tvoří velkou část celkových nákladů, např. v síťových odvětvích.

Z pohledu antitrustu byl Lernerův index, přestože je koncepčně uznáván jako měřítko tržní síly, využit jen ve velmi omezeném počtu případů v USA, přičemž v žádném z nich nesehrál zásadní roli. V rozhodnutí ve věci U.S. v. Eastman Kodak (1995) se Ministerstvo spravedlnosti („Department of Justice“, dále jen „DOJ“) pokusilo odvodit tržní sílu společnosti Kodak, vychá-

³² KAPLOW, Louis, „Market definition alchemy“, Discussion Paper No. 746, 05/2013, Antitrust Bulletin vol. 57: 915-52 (2012). Dostupné na: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_746.pdf

Uvedený postup Kaplow trefně přirovnává k tomu, když by chtěl alchymista vyrábět zlato z olova, přičemž by tvrdil, že z něj dokáže vyrobit zlato pouze nižší kvality a k tomu potřebuje jako vstup stejné množství zlata vyšší kvality, než které pak z olova dokáže vyrobit.

³³ Lernerův index se vypočte dle vztahu $(P-MC)/P$, kdy P je cena a MC jsou mezní náklady. Pro vztah mezi Lernerovým

indexem a vlastní elasticitou poptávky platí, že $(P-MC)/P = -1/e$, kdy P je cena, MC jsou mezní náklady a e je vlastní elasticita poptávky.

zeje z toho, že její prodejní ceny byly dvojnásobné oproti jejím krátkodobým mezním nákladům. Soud však toto posouzení zamítl s odůvodněním, že vysoké marže nelze bez dalšího považovat za indikátor tržní síly, protože mohou být způsobeny například potřebou splácet vysoké fixní náklady a že společnost Kodak má další vysoké náklady, které při výpočtu Lernerova indexu³⁴ nebyly zahrnuty do krátkodobých mezních nákladů. I v dalších případech americké soudy shodně konstatovaly, že lernerův index není vhodné měřítko pro určování tržní síly.³⁵

Pokud jde o použití Lernerova indexu v praxi českého Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, lze konstatovat, že ÚOHS tento ukazatel doposud v žádném svém rozhodnutí nepoužil jako, byť i jen podpůrného, důkazního prostředku. To stejné platí i pro soudní přezkum jeho rozhodnutí. Ani do budoucna nelze čekat, že by se tento ukazatel měl a mohl stát významnějším při posuzování antitrustových případů, a to především díky výše uvedeným nedostatkům, kterými tento index trpí. Nadále bude zřejmě sloužit jednak jako indikátor, jenž je schopen v určitých případech dokreslit, resp. vysvětlit existenci či neexistenci tržní síly soutěžitele a také jako vhodná didaktická pomůcka sloužící pro pochopení vztahu mezi elasticitou poptávky, cenou a mezními náklady.

V praxi i teorii panuje obecná shoda na tom, že Lernerův index není vhodné používat jako samostatné měřítko tržní síly v rámci antitrustu, neboť platí, že pokud se jeho hodnota rovná 0, má dle Lernerova indexu soutěžitel určitou tržní sílu, nicméně nelze bez dalšího určit, že dostatečnou k tomu, aby narušil hospodářskou soutěž.

5. Závěr

Tržní síla je klíčovým pojmem v soutěžním právu, a to především z hlediska ekonomického. Podle ekonomické teorie platí, že soutěžitel či soutěžitelé bez tržní síly mohou hospodářskou soutěž narušit jen stěží. Ačkoliv se teorie i praxe shoduje v tom, že tržní sílu nelze zaměňovat a odvozovat pouze z tržního podílu, v české i zahraniční praxi je stále tržní podíl a strukturální přístup k zjišťování tržní síly převládajícím způsobem jejího určování. Na druhé straně je rovněž patrné, že všechny vyspělé soutěžní úřady se zásadně nespolehají při odhadování tržní síly na tržní podíl

a jejich analýzy jsou doplněny minimálně úvahami nad dalšími aspekty ovlivňujícími tržní sílu, a to i v případech, kdy má posuzovaný soutěžitel na relevantním trhu velmi vysoký tržní podíl. Tento přístup, ač má mnohá úskalí a nedostatky, bude nejspíše, zejména z důvodu kontinuity, jistoty a především neexistence jednoznačně lepší a spolehlivější alternativy, i nadále převládat v praxi antitrustu a v blízké budoucnosti nelze dle názoru autorů očekávat výrazný odklon od vymezování relevantních trhů a ústřední role tržních podílů v analýze tržní síly soutěžitelů.

Pokud se týká přímého měření tržní síly např. pomocí Lernerova indexu, přímého odhadu vlastní elasticity poptávky soutěžitele či dalších přímých metod, autorům známá dosavadní česká praxe takového měření přímo v odůvodnění rozhodnutí dosud nepoužila. Tento index byl použit v praxi DOJ, avšak americké soudy jej považovaly za nedostatečně spolehlivý indikátor pro praxi antitrustu.

Tržní sílu je vhodné alespoň rámcově posoudit i v případech tzv. hard-core kartelů, které se standardně považují za protisoutěžní ze své podstaty³⁶ bez ohledu na tržní sílu soutěžitelů do nich zapojených, a to zejména s ohledem na možnost prioritizace.³⁷ Nemá totiž příliš velký význam, aby se soutěžní úřady zabývaly zakázanými dohodami mezi soutěžiteli s velmi nízkou tržní silou, neboť jejich dopad na spotřebitele nebude ve většině případů výrazný.

Ze současné vědecké literatury zabývající se měřením tržní síly plyne, že koncepční nedostatky strukturálního přístupu (zejména v případě diferencovaných produktů) by měly vést k jeho ústupu a k případnému příklonu k přímému měření tržní síly. Tento trend lze spatřit i v pokynech DOJ³⁸ týkajících se posuzování koncentrací, kde je zřetelně naznačeno, že pokud je možné a vhodné v určitých případech použít přímé metody pro určení soutěžních účinků spojení, je snížen vliv odhadu těchto účinků založený na základě vymezení relevantního trhu a tržních podílů. Zároveň však v praxi nadále zůstává zažita potřeba i v případech, kdy je tržní síla rovněž měřena přímo, vymezit relevantní trh. Soutěžní úřady ve svých rozhodnutích, s výjimkou těch, jež se týkají hard-core omezení, zásadně relevantní trh vymezují, což je dáno především potřebou určit tržní podíly a posoudit, zda například není možné aplikovat některou z blokových výjimek, jak velká je koncentrace trhu dle HHI indexu či zda není dána presumpce existence, či neexistence dominantního postavení. Nevýhodou přímých metod určování tržní síly

³⁴ Lernerův index ve výši 0,5 nebyl v tomto případě shledán dostatečným, viz strana 109 rozhodnutí U.S. v. Eastman Kodak (1995).

³⁵ Kaiser Found. v. Abbott Labs., No. CV 02-2443-JFW (FMOx), 2009 WL 3877513, at *9 (C.D. Cal. Oct. 8, 2009), Fresh Del Monte Pineapples Antitrust Litig., No. 04-md-1628 (RMB)(MHD), 2009 WL 3241401, at *7 n.9 (S.D.N.Y. Sept. 30, 2009).

³⁶ Jedná se především o dohody u určení cen, rozdělení trhu, omezení produkce a tzv. bid rigging – dohody o koordinaci účasti v zakázkách.

³⁷ Zakotvena do ZOHS novelou účinnou od 1. 12. 2012.

³⁸ Srov. část 4 Horizontal Merger Guidelines (Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, 2010). Dostupné z: <http://ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>

je relativně vysoká náročnost na získávání dat a rovněž obava z přístupu soudů k jejich využití v rozhodnutích. V tomto ohledu můžeme pouze čekat, zda a kdy se ÚOHS či některý ze soutěžitelů poprvé odhodlá vymezit tržní sílu soutěžitele přímou metodou bez ohledu na relevantní trh a jak se k tomuto přístupu postaví české soudy.

Summary

In this paper we analyze the term market power, its assessment, measurement and influence on practical application of competition law. Most important aspects that affect market power and are commonly assessed by

competition authorities are described. Emphasis is put on the fact that market power cannot be substituted with market share and it is necessary always assess also other aspects like character of relevant market, barriers of entry, countervailing buyer power etc. Methods for direct measurement of market power are also described, especially so called Learner index and possibilities of its application within competition law practice. Use of direct methods and generally more economic approach to competition law within measurement of market power is evaluated on the base of Czech and foreign competition authorities practice. We conclude with regard to practical applicability of direct methods for assessment of market power before courts in the Czech Republic.