

Kritický pohled na koncept relevantního trhu *

Josef Šilhán **

I. Úvod

Problematika relevantního trhu patří v právu hospodářské soutěže k jednomu z nejdůležitějších témat. Ať již jde o zakázané kartelové dohody, regulaci dominantního postavení, či kontrolu spojování soutěžitelů, vymezení relevantního trhu je v platné doktríně soutěžního práva zásadně nezbytnou a zpravidla i prvotní složkou jakékoliv případové analýzy.¹

Jde zejména o přímou provázanost se samotnými předpoklady, za nichž jde, či naopak nejde o protiprávní jednání. Např. v souvislosti s prahovými hodnotami tržních podílů kartelistů při aplikaci bagatelní či blokové výjimky, při kvalifikaci případné dominantní pozice soutěžitele, zde všude je soutěžní právo skrz na skrz protkáno nároky na poměrně přesné vymezení hranic relevantního trhu. A z velké části právě podle toho, jak úzce či široce je relevantní trh stanoven, potom ze soutěžněprávní regulace (nezřídka již víceméně automaticky) vycházejí příslušné závěry tu o zákazu či nezákazu dané dohody mezi soutěžiteli, tu o povolení jejich spojení, jindy o existenci a případném zneužití dominantní síly.

Přitom platí, že čím výraznější vliv v doktríně i výsledek aplikační praxi *relevantní trh* jako právní kategorie má, tím výrazněji se v konkrétních případech musí projevovat i případné nedostatky, které jsou s jeho určováním, ale i celkovou jeho koncepcí v soutěžním právu spojeny. Je-li totiž celé současné pojetí relevantního trhu i jen částečně mylné či zdeformované, pak vzhledem k výchozímu a pro další součásti soutěžněprávních analýz *určujícím*u postavení v celém systému, jsou jakéko-

liv takové nedostatky přenášeny dále a v celém procesu regulatorního posuzování dokonce multiplikovány a v zesílené míře se projevují v konkrétních rozhodnutích soutěžních úřadů.

Případů, v nichž právě šíře stanoveného trhu byla velmi významná pro celé následné soutěžněprávní posouzení, ale kde vymezení těchto hranic bylo přitom samo o sobě sporné, je v soutěžní praxi celá řada. Zmínit lze známý případ *United Brands*², kdy za samostatný trh byl prohlášen „*trh banánů*“, zatímco další druhy ovoce byly z trhu vyloučeny. Podobně v případech týkajících se ochucených nealkoholických nápojů, v nichž byl jako samostatný vymezen pouze *trh nápojů kolového typu* (např. *Coca-Cola*, *Pepsi Cola*)³; jindy však i mnohem širší trh zahrnující všechny *sycené nealkoholické nápoje*, tj. včetně ostatních limonád, ochucených sycených nápojů a ochucených minerálních vod.⁴ V sektoru letecké dopravy byly do samostatných trhů vyděleny *nízkonákladové a tradičních aerolinky*.⁵ Jako samotné trhy byly vymezeny také *mechanické klávesové nástroje* (tradiční piano) a *elektrofonické klávesové nástroje* (elektrické piano).^{6,7} Aktuálním, velmi ilu-

² Rozsudek ESD 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207.

³ Rozhodnutí Evropské Komise M.794 ze dne 22. 1. 1997; shodně rozhodnutí Evropské Komise COMP/A 39.116/B2 ze dne 22. 6. 2005.

⁴ Srov. rozhodnutí australského soutěžního úřadu (ACCC) ve věci spojení podniků *Coca-Cola/Schweppes* [1999]. Na případ odkazuje i tuzemský soutěžní Úřad (Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, dále též jen Úřad či ÚOHS), který v rozhodnutí *Kofola/Kofola Holding* vymezil trh též širěji jako trh nealkoholických nápojů (viz Rozhodnutí ÚOHS S095/2008/KD-14495/2008/810, čl. 107.) Úřad však upozorňuje, že „tím není dotčena možnost vymezit v jiných případech relevantní trh v oblasti nealkoholických nápojů odlišným způsobem, když vymezení relevantního trhu je vždy otázkou posouzení konkrétních okolností toho kterého případu.“ Viz čl. 123 rozhodnutí.

Jako otevřenou otázku ponechala stanovení relevantního trhu i Komise v případech M.2276 ve věci *The Coca-Cola Company/Nestlé/JV*, M.833 ve věci *The Coca-Cola Company/Carlsberg* nebo M.289 ve věci *Pepsico/KAS*.

⁵ Rozhodnutí S196/03-509/03 ze dne 21. 2. 2004 ve věci Spojení soutěžitelů *Air France a Koninklijke Luchtvaart Maatschappij*. V rozhodnutí úřad konstatuje, že klasické plánované lety tvoří odlišný relevantní trh vůči nízkotarifovým pravidelným letům, neboť u nich jsou výměnou za jednodušší služby a používání méně významných letišť nabízeny velmi nízké ceny.

⁶ Srov. rozhodnutí Úřadu S 118/98 *Petrof/Továrna na piana* (cit. dle Raus, D., Neruda, R. *Zákon o ochraně hospodářské*

* Příspěvek vznikl v rámci grantového projektu P408/10/P168. Za cenné připomínky děkuji J. Bejčkovi a J. Montagovi.

** JUDr. Ing. Josef Šilhán, Ph.D., Katedra obchodního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

¹ Viz konstatování (tehdejšího) Soudu první instance v případě T-68/89 *Societa Italiano Vetro (SIV) v Commission (Italian Flat Glass)* [1992] ECR II-1403, čl. 159: „Náležitá definice relevantního trhu je nezbytným předpokladem jakéhokoliv posuzování daného (proti)soutěžního jednání.“ Jen výjimečně soutěžní úřady k přesnému stanovení hranic trhu nepřistupují, a to v případech, kdy jde o jednání zakázané *per se*, které tedy platná doktrína pokládá za zakázané, ať již by byl trh stanoven jakkoliv (např. horizontální fixace cen). K tomu blíže např. Bellamy, Ch., Child, G. *European Community Law of Competition*. 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008, s. 242-243.

strativním příkladem je pak též rozhodnutí ve věci *Student Agency*, kde byl jako samostatný trh na trase Praha-Brno vymezen trh *pouze* autobusové dopravy, nikoliv i doprava železniční.⁸

Stanovování těchto relevantních trhů ze strany soutěžních úřadů je z pohledu hospodářských subjektů mnohdy překvapivé. Trhy jsou zejména stanovovány úžeji a jejich hranice pojmány neprostupněji, než jak podniky přepokládají a především než jak je z pohledu ekonomické reality vnímají.⁹

Stejně tak ani odborná literatura není zcela prosta kritických poznámek k těmto tématům, objevují se dokonce i rozsáhlejší studie zpochybňující stávající soutěžněprávní pojetí relevantního trhu jako takového.¹⁰

soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy. 2. vydání. Praha: Linde Praha, 2006, str. 54).

⁷ Klavír (klavírní křídlo) a piano byly naopak, poněkud překvapivě, zařazeny na trh stejný, i přes poměrně výrazné odlišnosti jak co se týče velikosti, výrazně i ceny, a v neposlední řadě i pravidelného využití (domácí vs. profesionální užití).

⁸ Rozhodnutí ÚOHS S162/2008/DP-4490/2010/820/DBr, potvrzené následným rozhodnutím předsedy č. R169/2010/HS - 2676/2011/310-PGa. Nyní je případ ve stadiu soudního přezkumu u krajského soudu v Brně, který však prozatím nerozhodl. I vymezením relevantního trhu se ale vzhledem k navrženému expertnímu externímu stanovisku bude zabývat (viz prozatím poslední usnesení 62Af27/2011-177). Text všech rozhodnutí dostupný na www.compet.cz.

⁹ „Není žádným překvapením, že podnikoví stratégové často shledávají antitrustová vymezení trhu pro podnikatelské účely nejen za irrelevantní, ale za zcela odtržené od obchodní reality, jak ji oni sami vnímají.“ Canoy, M., Weigand, J. *How relevant is the relevant market? Lessons from recent antitrust cases.* Working paper, Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, 2001, p. 10.

Dokladem může ostatně být i zmíněný případ autobusové a železniční dopravy. Přestože dle názoru ÚOHS nepatří do stejného trhu, názor jak dotčeného autobusového dopravce, tak dopravce železničního, je opačný. Oba se navzájem jako konkurenti vnímají. (Viz výše citovaná rozhodnutí, z nichž je postoj posuzovaného účastníka zřejmý. K tomu pak srov. oficiální infoservis českých drah [<http://www.cd.cz/infoservis/aktuality/-12528/>], kde se uvádí, že „výhodné ceny jízdenek přilákaly do vlaků o desítky procent více cestujících hlavně na relaci Praha – Brno, kde ČD konkuruje dálnice D1.“)

¹⁰ Zmínit je nutno především velmi podnětný příspěvek prof. L. Kaplowa *Why (ever) define markets?* *Harvard Law Review*. Vol 124, 2010, s. 438–517, jakož i jeho starší stať *The Accuracy of Traditional Market Power Analysis and a Direct Adjustment Alternative*, *Harvard Law Review*, Vol 95, 1982, s. 1817–1843. Dále viz Fisher, F. *Diagnosing Monopoly*. *Quarterly Review of Economics and Business*, vol 19, summer, 1979, zejm. s. 16. Také J. Farrell a C. Shapiro kritizují pojetí relevantního trhu, a to zejména ze vztahu k trhům s diferencovanými produkty (*Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition*. *The B.E. Journal of Theoretical Economics*. č. 1, 2010, art. 9, s. 1). K dílčí kritice celého konceptu viz též Kate, A., Niels, G. *The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition*. *Journal of Competition Law & Economics*. 5/2008, p. 297–333.

Na tyto náměty se pokusí následující text navázat. Je třeba připustit, že na stávající přístup k určování hranic relevantního trhu, zejména pak ve spojení s velmi silným právním významem, jaký je jim přisuzován, je nutno nahlížet i kriticky.

Zajímavým faktem přitom je, že z pohledu běžné právní praxe je pojem relevantního trhu nahlížen více-méně jako *samozřejmá* a *nerozporná* součást soutěžního práva, která je jakýmsi „pouhým“ technickým předstupněm ke skutečné následné *právní* regulaci, která se soutěžní situací na vymezeném relevantní trhu teprve zabývá.

V následujícím textu se na celý tento, z mého pohledu naopak velmi *nesamozřejmý* a *rozporuplný* koncept zaměřím detailněji a jako příspěvek do odborné diskuse se pokusím učinit několik poznámek z alternativního, kritického úhlu pohledu. Poukázáno bude na některé obtíže, které jsou spojeny s metodami *určování* relevantního trhu dle ustálené aplikační praxe, ale především budou vysloveny pochybnosti vztahující se k samotnému jeho *místu* (resp. hegemonní pozici) v celém systému soutěžního práva.

V článku se přikláním ke stanovisku, že „relevantní trh“ jako právní koncept, jakkoliv by *teoreticky* mohl při *určitém* jeho chápání jít o velmi užitečný a smysluplný nástroj, v *současném* pojetí vykazuje určité významné nedostatky. Lze identifikovat především tři problematické roviny: (i) Příliš *úzké*, přitom ale významnými normativními účinky provázené pojetí *hranic* trhu, (ii) nedokonalost *metod* užívaných při stanovování těchto hranic, a nadto i (iii) nedokonalé *provádění* těchto metod v aplikační praxi.

V závěru jsou proto navrženy určité modifikace celé koncepce a zmírnění významu, který je celému institutu přisuzován.

II. Relevantní trh jako „pouhá“ technická otázka?

Celá současná doktrína spojená s vymežováním relevantního trhu je dobře popsána v odborné literatuře¹¹

Rozsáhlejší přehled kritických náhledů na koncept relevantního trhu a jeho mainstreamové pojetí přináší Kaplow v cit. článku *Why (ever) define markets?*, kde cituje např. též rozsáhlou studii R. S. Markovitse *Predicting the Competitive Impact of Horizontal Mergers in a Monopolistically Competitive World: A Non-Market-Oriented Proposal and Critique of the Market Definition-Market Share-Market Concentration Approach*. *Texas Law Review*, vol 56, č. 4, 1978, s. 587–728 (blíže viz Kaplow, L. *Why (ever) define markets?* op. cit. s. 476–479).

¹¹ Z české literatury viz zejm. Raus, D., Neruda, R. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy.* 2. vydání. Praha: Linde Praha, 2006, str. 50–62; Munková, J., Kindl, J. Svoboda, P. *Soutěžní právo.* 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, str. 115–121; Bejček, J. *Exis-*

– identifikace jeho *věcné* (produktové), *teritoriální* (geografické) a *časové* složky, zaměření na *poptávkovou*, a k tomu doplňující *nabídkovou* stranu substituovatelnosti, víceméně ustálená je i samotná *definice* (vycházející nejprve z evropské judikatury¹², posléze formulovaná i v oficiálních soft law aplikačních dokumentech¹³, i zákonných předpisech¹⁴): „*trh zboží, které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné, a to na území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedních území*“.¹⁵

Dostatečně známé jsou i používané *testy a metodologie* určování hranic trhu (přestože o těch se oficiální dokumenty zmiňují již méně často¹⁶); především SSNIP cenový test¹⁷, test cenové korelace, cenové elasticity

tenční ochrana konkurence. Brno: MU, 1996; specializovaný sborník *Vymezení relevantních trhů a další aktuální otázky ochrany hospodářské soutěže v rozšířené Evropské unii*. Praha: Česká asociace pro soutěžní právo, 2008. Ze zahraniční pak komentářovou literaturu (zejm. Bellamy, Ch., Child, G. *European Community Law of Competition*. 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008, kap. 4; Faull, J., Nikpay, A. *The EC Law of Competition*. 2nd ed., New York: Oxford University Press, 2007, kap. I oddíl E) i specializované publikace, např. Säcker, F. J. *The Concept of the Relevant Product Market*. Frankfurt am Main: Petr Lang, 2008 i ekonomičtější zaměřené odborné publikace, zejm. Bishop, S., Walker, M. *Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 3rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2010, kap. 4 (str. 107 a násl.); Davis, P.J. *Quantitative techniques for competition and antitrust analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

¹² Srov. zejm. známá rozhodnutí *Continental Can* (6/72, Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc v Commission [1973] ECR 215) a *United Brands* (C-27/76 United Brands company and United Brands Continental BV v Commission, [1978] ECR 207), která položila z hlediska vymezení stěžejních znaků a požadavků na delimitaci trhů jasné základy.

¹³ Sdělení Komise 97/C 372/03 o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství.

¹⁴ V českém právu jde o §2 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb. o ochraně hospodářské soutěže. Určité aspekty geografického vymezení trhu jsou pak v evropském právu v závazném hard law zmíněny v nařízení o kontrole spojování podniků č. 139/2004 ES, v jeho čl. 9.

¹⁵ Definice je samozřejmě v těch nejdůležitějších bodech velmi obecná (a jiná ani být nemůže). Již na první pohled je zřejmé, že klíčový bude zejména způsob, jakým vyložíme výraz „*porovnatelné*“. Zatímco „*shoda*“ výrobků příliš prostoru pro úvahu nedává, naopak otázka *co ještě* budeme považovat za *dostatečně „porovnatelné“* je ryze vědomé rozhodnutí a vědomé určení umělé hranice. Formálně vzato je „*porovnatelné*“ téměř cokoliv; na mysli zde ale normotvůrce evidentně má něco jiného.

¹⁶ Nejpodrobněji v citovaném Sdělení Komise 97/C 372/03.

¹⁷ K tomu viz dále v textu. SSNIP vyjadřuje „Small but Significant Non-transitory Increase in Price“, tedy „malé, ale významné nepřechodné zvýšení ceny“. Test lze formulovat také v podobě „testu hypotetického monopolisty“. Podrobně např.

a křížové elasticity, případně též jiné kvantitativní i nekvantitativní metody.¹⁸

Mimořádně zajímavým faktem přitom je, že typicky je k určení relevantního trhu přístupováno jako k jakési technické, *ekonomicko-faktické* otázce. Jakoby šlo o pouhý nezbytný faktografický předstupeň ke skutečné soutěžně-„*právní*“ analýze, která teprve nastoupí později. Jakoby relevantní trh byl „*zjišťován*“, zatímco teprve následné postavení a chování na něm bylo „*posuzováno*“.

S tímto pojetím se v žádném případě nelze ztotožnit. Nelze souhlasit s názorem, že „*určení relevantního trhu je quaestio facti, nikoliv otázka právní*“.¹⁹ Není možné říci, že relevantní trh „*má především spíše ekonomický než právní význam*“.²⁰ Naopak, stanovení (nikoliv „*zjištění*“) hranic relevantního trhu je primárně *právní* otázka, a stejně jako tomu je i ve zbytku soutěžního práva, i *právně-politická* otázka.

Více než o cokoliv jiného jde o záměrně zamýšlené *rozhodnutí*, kudy povede ona důležitá hranice, kterou budeme považovat za *právně významnou* hranici relevantního trhu. Jde o rozhodnutí, *které* substituty budou považovány za *dostatečně blízké* a které již nikoliv. Právě např. rozhodnutí, zda nápoje kolového typu a ostatní slazené nápoje, banány a jiné druhy ovoce, nízkonákladové a standardní aerolinky, železniční či autobusová doprava atd. mají, anebo nemají být považovány za vzájemně zastupitelné, resp. *porovnatelné*, je onou důležitou *právní* otázkou.

Bylo by možno namítnout, že hranice relevantního trhu nejsou v rámci antitrustových řízení *autoritativně stanovovány*, že nejsou určovány pohledem, který zaujímá daná aplikační metodika či úřad, nýbrž že se *zjišťuje* pohled *spotřebitelů*, resp. *zákazníků*. Ve zmíněných cenových testech je to reakce spotřebitelů, která se zkoumá a vyhodnocuje.

To je samozřejmě pravdou, nicméně na to nejdůležitější, tedy na *prahové hranice* v oněch testech, které určují jejich *výsledky*, spotřebitel nijaký vliv nemá. Ty jsou pevně stanoveny právě určitým způsobem. Např. ve velmi důležitém cenovém testu SSNIP²¹ je úroveň

Bishop, S., Walker, M. *Economics of EC Competition Law* cit. výše, str. 111 a násl.

¹⁸ Přehledové shrnutí všech použitelných metod uvádí např. Bellamy, Ch., Child, G., op. cit. kap. 4.

¹⁹ Munková, J. in Munková, J., Kindl, J. Svoboda, P. op. cit. str. 115.

²⁰ Tamtéž.

²¹ „Small but Significant Non-transitory Increase in Price“. Test je výslovně zakotven v příslušném Sdělení Komise 97/C 372/03. Jako výchozí je zmiňován i z pohledu české soutěžní praxe – srov. informace o praxi ÚOHS podané R. Nerudou (Vymezování relevantních trhů z pohledu českého soutěžního úřadu in *Vymezení relevantních trhů a další aktuální otázky ochrany hospodářské soutěže v rozšířené Evropské unii*. Praha: Česká asociace pro soutěžní právo, 2008, str. 9–10).

zvýšení ceny, se kterou se oficiálně pracuje, ve výši 5–10 %.²² Pokud na toto pěti až desetiprocentní zvýšení ceny spotřebitel nezareaguje dostatečně intenzivně a nepřejde k nějakému substitutu, a zvýšení ceny tedy bude pro soutěžitele ziskové, je tím z pohledu tohoto testu *prokázána* samostatnost daného relevantního trhu. Ano, zkoumány, skutečně „zjišťovány“ jsou faktické spotřebitelské reakce a jejich míra, nicméně jak z nich konkrétně vyplývá hodnota 5 či 10 %, která jediná je skutečně „rozhodující“? Proč právě reakce či nereakce na poměrně malou změnu ceny o 5 % je tím rozhodným faktorem, který determinuje hranice tržní reality, která bude v následné analýze celého případu *primárně* brána v úvahu, a podle které následně (již víceméně automaticky) bude či nebude kvalifikováno dominantní postavení, bude nebo nebude moci být uplatněna výjimka de minimis nebo bloková výjimka apod.? Proč není tato hranice např. 15–20 %, nebo i 30 %? Jde jen o záměr, který daným nastavením sledujeme; jde o záměr, jak široké relevantní trhy máme v *úmyslu* vymezovat.^{23, 24}

Při vědomí, jak enormní vliv vymezení hranic relevantního trhu na výsledky soutěžní regulace má, je téměř až zarážející, jak samozřejmě je tato hranice 5–10 % mezi soutěžními právníky přijímána a nepodrobována dostatečně kritické diskusi. Předmětem vzrušených a často bouřlivých diskusí jsou nejružnější soutěžně-politické postoje o podobě jednotlivých regulačních

K SSNIP testu obecně, včetně jeho historického pozadí, srov. Sharma, K. *SSNIP Test: A Useful Tool, Not A Panacea*. Competition Law Reports, 2011, s. 188–192. Hlavní myšlenka testu se poprvé objevila v publikaci M. Adelmana v roce 1959. Oficiální význam pak začal růst až od roku 1982, kdy byl poprvé inkorporován do US Merger Guidelines.

V praxi se tento test často aplikuje v podobě tzv. analýzy kritické ztráty (Blíže viz Bishop, S., Walker, M. op. cit. str. 116 a násl. Massey, P. Market Definition and Market Power in Competition Analysis: Some Practical Issues. *The Economic and Social Review*. č. 4, 2000, s. 309–328. Kritičtěji např. O'Brien, D., P., Wickelgren, A., L. A Critical Analysis of Critical Loss Analysis. May 23, 2003, Text dostupný na <http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp254.pdf>)

²² Viz čl. 17 Sdělení Komise 97/C 372/03, které výši 5–10 % výslovně obsahuje.

²³ Viz Raus, D., Neruda, R. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář a související české i komunitární předpisy*. 2. vydání. Praha: Linde Praha, 2006, str. 53: „Při přílišném zvýšení ceny by se mohly do analýzy jako substituty dostat příliš vzdálené výrobky.“

²⁴ Lze si pro příklad uvést několik příkladů vlastního ekonomického chování – bude při zvýšení bankovního poplatku za vedení účtu o 5 % spotřebitel reagovat odchodem ke konkurenční bance? A pokud ne, má to skutečně znamenat, že jednotlivé běžné účty různých bank jsou samotnými trhy a nekonkurují si na jednom trhu společném? K tomu viz podrobněji část IV níže.

Jde o otázky spojené též s tzv. překážkami zastupitelnosti (v české literatuře srov. např. Raus, D., Neruda, R. op. cit. str. 54, v zahraniční např. Bellamy, Ch., Child, G., op. cit. s. 262), které však v rámci jednotné hranice SSNIP podchyčeny nejsou.

pravidel, ale o testech aplikovaných při určování relevantního trhu se *kriticky* v *soutěžně-právních* debatách hovoří zřídka. Samotná tato hranice, jakož i další související otázky se zdají být jakousi samozřejměnou *ekonomickou součástí* SSNIP testu, která taková zkratka je a je potřeba s tím pracovat.²⁵ Taková však realita spíše není; žádné ekonomické argumenty pro to nesvědčí. Za nezpochybnitelnou by tato hranice proto rozhodně být považována neměla.²⁶

III. Relevantní trh – výsek (vytržený z) reality

Má-li být relevantní trh nahlížen nedogmaticky, je třeba především připustit fakt, že nic jako „věcný relevantní trh“ v *ekonomickém* slova smyslu neexistuje; v rámci ekonomicko-právní analýzy žádnou takovou oblast nelze „zjišťovat“. V *soutěžněprávním* pojetí jde vskutku o ryze *právní* konstrukt, který je, možná z dobrých důvodů (k tomu kriticky níže), nicméně přesto *uměle konstruován*. Jeho hranice nejsou „nalézány“, nýbrž „stanovovány“ (na základě vědomě zvolených kritérií).^{27, 28}

²⁵ O samozřejmou a ekonomicky nevyhnutelnou hranici se skutečně nejedná. Z pohledu právníka je vskutku zajímavé si uvědomit, že i potenciálně výrazná změna oficiálních *regulačních soutěžních* pravidel (např. posun hranice bagatelního kartelu, blokové výjimky, zavedení hraničních hodnot tržního podílu při fúzích či identifikaci dominance) vlastně nemá vůbec tak výrazný dopad na konečné výsledky rozhodovací praxe v porovnání se silou vlivu případné změny „pouhého“ SSNIP testu při stanovování relevantního trhu. Kdyby se hranice posunula např. na 15 či 20 %, celá řada známých případů by možná dopadla diametrálně jinak. Na rozdíl od mnohých detailně zvažovaných a politicko-právně precizovaných detailů právní regulace soutěžního působení, současná hranice SSNIP testu výsledkem žádné řádné hlubokomyslné legislativní procedury není. Je tak poněkud paradoxní, že právě jeho hranice 5–10 % má možná ve výsledku i silnější praktický vliv než mnohá formální regulační pravidla, která nastupují při aplikaci až při již vymezeném relevantním trhu.

²⁶ V *ojedinelých* případech, kdy hranice určitého specifického trhu přirozeně ekonomicky skutečně existují, nebude třeba se jejich hledáním nijak zabývat. Tam, kde ale žádné takové hranice nejsou (a takových případů je většina), nemá smysl je uměle vytvářet.

²⁷ Lze uvést některá výstižná vyjádření k této otázce. Např. F. M. Fisher uvádí: „*Vymezení relevantního trhu je umělý konstrukt vytvořený antitrustovým právem. Pro všechny ostatní ekonomické analýzy je binární otázka, zda určité firmy či produkty jsou „v“ nebo „vně“ daného trhu, nesmyslná.*“ V textu „*Economic Analysis and Bright-Line Tests*“ se potom ptá: „*Co tedy může ekonomická analýza říci k definování relevantních trhů? V určitém smyslu, odpověď zní: 'vůbec nic'.*“ Obě citace dle Kaplow, L. Why (ever) define markets? *Harvard Law Review*. Vol 124:437, str. 458, pozn. pod čarou č. 41. Výstižné je i vyjádření G. J. Werdena: „*Ekonomická teorie nevyžaduje vymezení relevantních trhů a většina ekonomů nebude ani vědět, jak takové vymezení vůbec začít*“ (tamtéž).

Celá představa, že v rámci komplexní neustále se proměňující hospodářské reality spontánně působících tržních sil, neviditelně koordinovaných cenovým mechanismem, existují nějaké ohraničené homogenní shluky, které jsou přirozeně izolovány od vnějšího světa, je ekonomicky zcela lichá. Různé produkty jsou z hlediska své substituovatelnosti od sebe samozřejmě různě vzdáleny; některé jsou si blíže, jiné méně. Nelze ale hovořit o tom, že by ve vztahu k danému zkoumanému produktu existovaly dvě *jasně* oddělené skupiny (1) substitutů, o nichž budeme mít za to, že jsou na stejném trhu a pro účely soutěžního práva nás zajímají, a (2) nesubstitutů, které na stejný trh nepatří a pro účely soutěžního práva nás zajímat nemusí. Realita je naopak taková, že existuje jen (zpravidla početná) skupina produktů, které vykazují různou *míru* substituovatelnosti, kdy škála je plynulá, mnohdy velmi pozvolná. Nejde o binární nabývání hodnot „ano“ či „ne“. Spíše jde o přiřazování myšlených *koeficientů substituovatelnosti*, míry, ve které se onomu absolutnímu „ano“ blížíme – přiřadíme-li výchozímu výrobku hodnotu 1, pak existují velmi blízké substituty s hodnotou např. 0,9, několik vzdálenějších substitutů s hodnotou 0,8, dále pak některé s hodnotou 0,6, potom např. 0,3, až po velmi vzdálené, zcela nesouvisející statky, kterým bychom již mohli přiřadit koeficienty blízké nule. Nikdy ale nelze uvažovat *pouze* v kategoriích jedniček a nul, bez jemnější stratifikace. Pak by *nutně* na daný trh musel patřit vždy jen daný výrobek samotný a nic dalšího; každý produkt by tím definoval svůj vlastní, samostatný relevantní trh. Absurdita takového pojetí je zřejmá; stejně jako absurdita takového konceptu *soutěže* samotné. Spotřebitel si mezi jednotlivými produkty samozřejmě vybírá.

V doktríně i judikatuře přesto nalézáme až příliš prvků spíše prvního pojetí. Viz známé rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci (č. j. 2A 6/96), podle kterého relevantní věcný trh zahrnuje „všechny výrobky za splnění podmínek, že s ohledem na jejich funkční vlastnosti mohou nahradit výchozí výrobek a dále mají tu vlastnost, že *jestliže kterýkoliv z nich zvolíme jako výchozí výrobek, vymezení relevantního trhu se nezmění*“²⁹. Měla by tedy platit mezi takto určenými substituty dokonalá *ekvivalence* z hlediska potenciální pozice *výchozího*

²⁸ Zde i v dalším textu mám na mysli „věcný“ relevantní trh. Geografický rozměr trhu je otázka jiná, a zde se odtržení ekonomického a právního pojetí v uvedeném smyslu neprojevuje v takové míře. Panuje zde spíše problém s *chybným* určováním geografického trhu, což je však jiná úroveň problematiky (např. příliš časté vymezování trhu jako pouze *celostátního* i v případech, kdy trh evidentně překračuje hranice státu – k tomu viz informace o dlouholeté české aplikační praxi in Neruda, R. op. cit. str. 16–17).

²⁹ Rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A 6/96 (zvýraznění doplněno autorem).

bodou zkoumání.³⁰ Jako by zkrátka celá ekonomická realita byla pevně „rozsekána“ na jednotlivé homogenní oddělené sektory, jako by existovaly jasně ohraničené ostrovy (v rámci nichž dokonce ani nelze určit jejich střed, neboť všechny jejich body mají stejné předpoklady tímto středem být), kde se ekonomické tržní interakce odehrávají. A i kdyby „hraniční“ body ze dvou sektorů měly k sobě z komplexnějšího nadhledu i velmi blízko, zachycení takového „vztahu“ není v tomto pojetí možné. Patří zkrátka do různých „trhů“ a mohou být zkoumány jedinečně v rámci speciálních doplňkových analýz vlivů mezi trhy napříč (k tomu níže v textu).³¹

Považujeme-li k určitému zkoumanému výrobku, který je předmětem soutěžněprávního případu (tedy s koeficientem 1) za substituty např. produkty s hodnotou 0,9, ale 0,8 již nikoliv (již např. neobstojí dle provedeního SSNIP testu), pak by měla být dle judikatorní definice zcela shodná situace dosažena i v případě, že za výchozí zvolíme některý z produktů, kterému jsme přiřadili hodnotu 0,9.

To ale zjevně nemusí platit (na daný trh by se např. kromě výrobků s hodnotou 1 dostaly i některé s hodnotou 0,8; „trhy“, resp. „sféry tržního vlivu“³² se zkrátka mohou překrývat a neplatí zde tranzitivita ani symetrie) Výstupem takového testu by pak muselo být, že tyto substituty (0,9), přestože dostatečně blízkými substituty jsou, na daný trh vlastně nepatří, neboť nespĺňují požadavek ekvivalence z hlediska výchozího bodu. Relevantní trh by pak byl určen excesivně úzce, což by mohlo vést k chybným závěrům.

Požadavek, aby „*kteřýkoliv z produktů mohl být zvolen jako výchozí, aniž by se vymezení relevantního trhu změnilo*“, je proto třeba odmítnout. Výchozím výrobkem by měl být *vždy* ten produkt, který je předmětem daného řízení a ve vztahu k němu by měly být hledány substituty. Nikoliv naopak.³³

³⁰ Toto rozhodnutí je citováno (byť je zdůrazněno, že výchozím bodem analýzy by měl být původní výchozí produkt) i v komentáři Raus, D., Neruda, R. op. cit. str. 52.

V souhlasném duchu se k němu hlásí i R. Neruda ve svém příspěvku Vymezování relevantních trhů z pohledu českého soutěžního úřadu (in Vymezení relevantních trhů a další aktuální otázky ochrany hospodářské soutěže v rozšířené Evropské unii. Praha: Česká asociace pro soutěžní právo, 2008, str. 7), kde autor uvádí: „osobně za velmi instruktivní považuji též definici relevantního výrobového trhu, kterou podal Vrchní soud v Olomouci“.

³¹ Podrobně tuto otázku kriticky analyzují Kate, A., Niels, G. The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition. *Journal of Competition Law & Economics*. 5/2008, p. 306–310 a citují i příklady z aplikační praxe.

³² Parafraze výrazu „sphere of influence“ z kritiky pojmu relevantního trhu ve studii Kate, A., Niels, G. The Relevant Market: A Concept Still in Search of a Definition. *Journal of Competition Law & Economics*. 5/2008, p. 310.

³³ Shodně Kate, A., Niels, G. op. cit. zejm. str. 309–310, kde autoři situaci ilustrují i výstižnými grafickým zobrazením rozdílných popisovaných pojetí relevantního trhu.

IV. SSNIP a další zaklínadla

Pozoruhodné je zaměřit se na současné metody stanovování hranic relevantního trhu (v podobě jejich „iluzorního“ zjišťování) blíže i z hlediska metodologie samotné. Nehledě na sporné pojetí pojmu relevantního trhu jako takového (jak bylo zmíněno výše), i jednotlivé populární používané způsoby jeho vymezení vykazují mnohé nedostatky. Není tak možno říci, že přestože je pojem relevantního trhu diskutabilní, je alespoň v rámci zastávané koncepce vymežován přesně. Spíše naopak.

Částečně jsou diskutabilní již samy o sobě, částečně je problém v jejich nesmírné náročnosti na získaná data a jejich interpretaci. V podobě, v jaké jsou pak reálně aplikovány v běžných případech, soutěžními úřady, které jsou časově, finančně i personálně omezeny, mohou mít často skutečně nevýrazný, dokonce až přímo záporný přínos pro danou věc.

Vzhledem k zapojení (zdánlivě objektivních a precizních) dat, u kterých je však neklíčovějším prvkem až jejich *ekonomická interpretace* (která již objektivně daná zdaleka není), dostávají se prováděné testy do pozice jakéhosi „zaklínadla“, kterým lze v primárně právní analýze odůvodnit mnohé, a to (zdánlivě) neprůstřednými – numerickými – argumenty, kterým je neseznamné bez provedení kompletní konkurenční analýzy jakkoliv rozumně oponovat (což je nebezpečí současné tendence k „více ekonomickému přístupu“ v soutěžním právu obecně).³⁴

I pokud by však (zázračně) byly veškeré metody provedeny přesně tak, jak to jejich teorie předepisuje, pochybnosti vzbuzují i některé prvky této teorie jako takové.

Problémy provázejí samotnou – poměrně nízkou – hranici 5–10 % v rámci SSNIP testu, která má být onou prahovou hodnotou „malého, ale významného“ zvýšení ceny, na kterou by měl spotřebitel reagovat.

Takto kvantifikované pojetí SSNIP testu jakoby při zvažování přechodu k substitutům vycházelo z předpokladů *dokonalých informací* a *nulových transakčních nákladů* spotřebitelů. Předpokladů, o nichž je zřejmé, že skutečnosti neodpovídají, a příslušné analýzy na nich postavené budou v návaznosti na to nutně zkreslené; neboť uvažovat pouze změny cen produktů samotných (zde např. o oněch 5–10%), aniž zahrneme i vliv transakčních a dalších nákladů na tuto změnu, je rozhodně

chybou, která může být příčinou zcela deformovaných výsledků testu.³⁵

Při zkoumání potenciálního přechodu spotřebitelů k uvažovaným substitutům musí být totiž vzato v úvahu, zda spotřebitelé vůbec na počátku testu mají informace (resp. *důvod* mít informace) o existenci substitutů, o jejich ceně, o jejich vlastnostech ve srovnání s původním produktem apod. Obecně to předpokládat jistě nelze. Presumpci dokonalých informací, tedy plné znalosti všech nabídek všech produktů v reálném čase, je třeba považovat za mylnou. Přitom ale získání všech těchto informací není zadarmo – vyžaduje určité náklady, a co víc, i určitý čas (který je pro subjekty mnohdy v porovnání s penězi ještě vzácnější);³⁶ zde máme na mysli provedení průzkumu trhu, vyhledávání cenových srovnání, hledání spotřebitelských testů, referencí předchozích zákazníků atp., které nelze opomíjet.

Důležité je si v této souvislosti uvědomit *relativní vztah* všech těchto nákladů a času k ceně zkoumaného zboží, resp. k *výši změny této ceny* (5–10 %). Pro tyto náklady totiž vzhledem k výši ceny zboží zjevně neplatí žádná jednoduchá přímá úměra. Vyhledat, nastudovat a vyhodnotit všechny alternativní nabídky např. ke konkrétnímu bankovnímu či pojistnému produktu byť za několik málo desítek či stovek korun může vyžadovat stejný (nebo dokonce i vyšší) čas a náklady, než vyhledat a zrealizovat alternativu ke stávajícímu dodavateli např. energií či surovinových vstupů, např. i pro dodávky v desetitisícových či statisícových částkách. A nejde zde o žádnou souvislost s případnou diferenciací jednotlivých služeb; již samotné *porovnání* všech aspektů jinak shodných služeb (např. celkové zhodnocení všech sazeb a poplatků v jejich souhrnu a následné porovnání) může být výrazně náročnější, než pouhé porovnání ceny několika málo lokálních dodavatelů jednoduchého identického produktu.

Je tak zřejmé, že zejména u cenově méně náročného (levnějšího) zboží bude vliv těchto transakčních nákladů poměrně vyšší, a analýza relevantního trhu postavená na nerealistických výchozích předpokladech značně zkreslená; relevantní trhy budou stanovovány mnohem užší a omezenější, než by z hlediska plně informované „substituovatelnosti“ odpovídalo realitě. Jednotlivé banky se svými nabídkami běžných účtů by se tak skutečně mohly ocitnout každá na svém samostatném relevantním trhu, na kterém by zaujímaly monopolní postavení, a soutěžní regulátor by na celé prostředí nahlížel tak, že se jednotlivé samostatné trhy soutěžně neovlivňují.

Možnost nesymetrického postavení substitutů v rámci relevantního trhu zmiňuje i cit. publikace Bellamy & Child, s. 253, kde autoři poukazují na možnost tzv. „one-way markets“. Srov. i tam citovanou judikaturu.

³⁴ Tak například velmi snadno se může stát, že chybně je provedena interpretace dat zejména v rámci široce používaných testů *korelace* či *křížové elasticity*. (Nejen) u těchto metodických postupů je to právě *interpretace*, spolu s důkladným *očištěním dat* od zavádějících vlivů, co může jinak smysluplnou metodu naprosto zmařit.

³⁵ Náklady změny, tzv. switching costs, bývají někdy analyzovány v rámci posuzování překážek zastupitelnosti (k tomu viz stručně např. Bellamy & Child op. cit. s. 262). Samotné transakční náklady se ale v mainstreamové doktríně v úvahu neberou.

³⁶ K tématu transakčních nákladů a jejich praktickému vlivu na právo i ekonomii srov. četné příspěvky nové institucionální ekonomie, zejm. R. Coase, O. Williamsona, S. Cheunga či D. Northa.

Je proto potřeba vnímat fakt, že při zvýšení ceny v rozsahu mezi 5 a 10 % se zkrátka spotřebitelům nemusí vůbec vyplatit vynaložit dodatečné transakční náklady na vyhledávání a vyhodnocování alternativních nabídek substitutů, pokud je doposud neznají, a tedy k žádné skutečné manifestaci jejich rozhodnutí o substitutovatelnosti či nesubstitutovatelnosti produktů nedojde. Ani SSNIP test pak z toho nemůže vyvozovat dostatečně přesvědčivé závěry. Malé procentní zvýšení ceny o 5–10 %, vzhledem ke své nízké absolutní výši u nevýrazně dražších produktů, mnohdy není dostatečné, aby „vyburcovalo“ spotřebitele ke změně a dosáhlo prahové úrovně transakčních nákladů nutných pro změnu. Vnějšíkově se to bude jevit tak, že skupina tzv. marginálních spotřebitelů, na které se v této souvislosti klade důraz, je zcela minimální.³⁷ Naopak, u nákladného zboží bude stejné procentuální zvýšení postačovat (procentní zvýšení zde bude představovat mnohem vyšší absolutní částku, která již transakční náklady změny pokryje). Přestože ale u výše zmíněných běžných bankovních či pojistných produktů může být jejich substitutovatelnost z pohledu užitné i cenové zaměnitelnosti i vyšší než u nejrůznějšího dražšího zboží, závěry SSNIP testu budou opačné.

Je potom otázkou, zda skutečně mají tyto závěry takovou vypovídací hodnotu a má smysl na nich stavět analýzu relevantního trhu s takovou vahou. Obecné použití hranice 5–10 % je z tohoto pohledu sporné a tato úroveň se zdá být spíše nízká. Ani téměř dokonalé substituty, které je ale potřeba nejprve nákladně vyhledat, by dle provedeného testu nespádaly do společného relevantního trhu.

Vypovídací hodnota SSNIP testů by tedy měla být předmětem dalších kritických rozborů a jejich současné jednoduché využití by mělo být spíše obezřetnější, zejména při zkoumání trhů s méně nákladnými produkty.

V. Systémové pochybnosti, aneb je relevantní trh skutečně tak relevantní?

Přesné stanovení relevantního trhu se ukazuje být mimořádně nesnadným úkolem. Nikdo patrně nebude tvrdit, že tomu tak není, ale nikdo pravděpodobně ani nestaví na předpokladu, že se vůbec s absolutní přesností a bezchybností využívaných ekonomických metod určování počítá. I tak může být využití *současné koncepce* relevantních trhů natolik přínosným nástrojem, že uvedená negativa přesvědčivě převáží.

Součástí zde předkládaného kritického pohledu je však vznesení pochybností i v této rovině. Je třeba se otevřeně ptát, zda soutěžněprávní analýzy, které staví

³⁷ K pojmu marginálního spotřebitele srov. např. Bellamy & Child op. cit. s. 254–255.

na *prvotní delimitaci* relevantního trhu v *současném* pojetí a až *následném* posuzování *situace a jednání na něm*, mají skutečně o *to vyšší* vypovídací hodnotu a jsou o *to více* přesvědčivé, než kdyby bylo pojetí relevantních trhů jiné, případně by jej nevyužívaly vůbec. Omezení analýzy daného případu úzkými hranicemi relevantního trhu může totiž dost dobře být *již samo sobě* spíše škodlivým než přínosným zásahem, zejména z hlediska informační hodnoty a výstižnosti vyhodnocení tržní reality pro účely právního posouzení a regulace. Bez ohledu na to, *jak přesně* jsou hranice daného trhu vymezeny, jejich *samotná konstrukce* s sebou přináší vždy i nezanedbatelná rizika negativních důsledků.

Zejména jde o neblahé „odfiltrování“ mnoha potenciálně důležitých informací. Omezí-li se prostor zkoumání pouze na určitý výsek vymezený na základě uměle určených kritérií (např. 5–10% SSNIP testu), omezí se i *úplnost a vypovídací hodnota* následného právního hodnocení. Má-li být snahou soutěžněprávní aplikace *co nejpřesněji* kvalifikovat např. velikost tržní síly, schopnosti chovat se na trhu relativně nezávisle, posoudit závažnost dopadů určitého jednání apod., pak je vyloučení relevantního trhu z komplexní reality celého dynamického vzájemně se ovlivňujícího tržního prostředí nebezpečným zásahem, který může vést i k poměrně zásadním chybám a deformacím.³⁸

Jak již bylo výše zdůrazněno, tržní působení nelze v relaci k určitému danému produktu nahlížet v binárním pohledu „ano“ či „ne“, „in“ nebo „out“. Vždy jde o stanovení míry, kdy něco *ještě* budeme za součást trhu považovat (např. myšlený koeficient substitutovatelnosti 0,9), a něco *již* ne (např. hodnota 0,8). Potom i vazby z těchto mírně vzdálenějších oblastí, i když méně intenzivní, přesto nadále existují a v nezměněné míře v realitě působí. V rámci soutěžněprávní analýzy jsou přesto v pozici „out“ – v horším případě se zcela ignorují, v lepším je jim přikládána menší váha, než pokud by žádná umělá hranice stanovována nebyla. Jakmile již relevantní trh vymezen je, primární úvahy se týkají vždy pouze jeho; hřiště je jasně vymezeno, hra se odehrává na něm. Za mantinely se posuzovatel dívá jen periferně, nebo vůbec. Je-li argumentováno vlivy a údaji pocházejícími mimo vymezený trh, je jejich „relevance“ skokově nižší.³⁹

³⁸ Citovat lze výstižné vyjádření F. Fishera (Economic Analysis and "Bright-Line" Tests, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, 129, 2008, s. 132): „*Nic se tím nezíská, ale mnoho informací se může ztratit, budeme-li se pokoušet násilím vtačit všechna data do konceptu relevantního trhu, trvající na jednoznačné odpovědi, zda daný produkt je uvnitř, anebo vně trhu.*“

³⁹ Jak upozorňuje F. Fisher v cit. článku Diagnosing Monopoly, op. cit. s. 16: „*Zaměřením se na otázku, zda produkty jsou uvnitř či vně trhu, transformujeme nutně kontinuální a spojité hodnocení do kategorie striktní odpovědi ano/ne. Vzniká pak pokušení považovat produkty, které jsou uvnitř, za totožné, zatímco produkty, které jsou vně, neuvažovat vůbec.*“

Přesto je ale vymezení relevantního trhu, a tedy vědomé *zúžení rozhledu* a informačního vnímání prvotním krokem každé seriózní soutěžní analýzy.

Je mimochodem poměrně zajímavé, že v *právu proti nekalé soutěži* se s takto precizní delimitací hranic trhu aplikační praxe v podstatě vypořádávat nemusí a funguje poměrně spolehlivě i bez toho. Antitrustové právo je ale naprostým opakem. Vymezování relevantního trhu je přikládána důležitost mimořádná.

Přitom nelze vyloučit, že ve vztahu k výše zmiňovaným vazbám a vlivům z *vnějšku* trhu jde ve velké míře spíše jen o určitou (drahou a časově náročnou) „sofistiku“. Nejprve se co nejpřesněji určí relevantní trh, oddělí se světy „uvnitř“ a „vně“, následně se ovšem stejně podrobně zkoumají i veškeré překážky vstupu na něj, síla potenciální konkurence, nejlépe i vliv substituovatelnosti atd. Ve výsledku by potom mělo platit, že má-li být respektován doktrinální, velmi správný celostní pohled na zdroje *konkurenčních tlaků* na trhu⁴⁰ (totiž že kromě působení stávajících soutěžitelů musí být v úvahu vzat i konkurenční tlak skrze potenciální soutěž a substituovatelnost), potom ať již v konkrétním případě stanovíme relevantní trh jakkoliv úzce, vždy by mělo být hodnocení intenzity konkurenčního tlaku vlastně shodné (!) A jinak tomu ani být nemůže. Produkty pouze „přesunujeme“ např. z aktuální konkurence do substituovatelnosti, resp. potenciální konkurence, „přeražujeme“ je do jiné *právní* kategorie. Nemůžeme ale svým myšlenkovým hodnocením – samozřejmě – nic změnit na reálném působení na trhu. Ať již označíme produkt z našeho pohledu za bližší či *příliš* vzdálený substitut a zařadíme jej *proto* do kategorie *uvnitř* či *vně* trhu, jeho reálné konkurenční působení zůstane shodné. Spotřebitelé jej *bez ohledu na naše hodnocení* budou nebo nebudou vnímat jako konkurenční výrobek v *určité intenzitě* a musíme ho tedy při následné analýze tržní síly náležitě zohlednit tak jako tak, má-li být tato analýza správná a fundovaná.

V horším případě, kdy se ale analýza tlaků pocházejících z oblasti *mimo* stanovený relevantní trh neprovede dostatečně, nebo se jí přisoudí (ať již záměrně, anebo chybou) *menší váha*, než odpovídá realitě, nepůjde již jen o neškodnou (i když i tak nákladnou) „zbytečnost“, nýbrž o vyložené *zhoršení*. V tom spočívá jeden z důležitých problémů.

Navíc, existují i oblasti, kde závažnost negativních dopadů je ještě silnější. Ne vždy se situací *vně* trhu totiž právní regulace vůbec zabývá. Např. tam, kde hraje klíčovou roli kritérium tržního podílu, tj. zejména při posuzování tzv. bagatelních kartelů (de minimis) a u prahových hranic v blokových výjimkách. V těchto případech je stanoven relevantní trh, vypočítán tržní podíl, a prahová hodnota buď je, anebo není dosažena; případné vlivy substitutů byt' jen nepatrně vzdálenějších, než jsou určené hranice trhu, jsou ignorovány zcela.

Existuje tak nebezpečí, že relevantní trh je v *současné* pojetí konceptem, který – ať už by byl v jeho rámci vymezen *jakkoliv přesně* – k *lepší* *vypovídací schopnosti* soutěžněprávních analýz nevede. Spíše naopak. Praktický smysl určování relevantního trhu je skutečně rozporuplnější, než by odpovídalo jeho samozřejmě ústřední pozici v systému soutěžního práva.^{41, 42}

VI. Závěrem, aneb potřeba hledání „relevantnějších“ alternativ

Otázkou tedy zůstává, co dobrého vlastně koncept relevantního trhu přináší. Proč by i přes veškeré uvedené výhrady mohlo mít smysl jej v aplikační praxi používat.

Jeden z nejdůležitějších faktorů, který pro vymezení relevantních trhů alespoň v určité podobě hovoří, je praktická nezbytnost jakési *podrobnější, analytické strukturace* složité tržní reality. Je zřejmé, že vhodným *zprehledněním*, rozklíčováním a *rozlišením nejpodstatnějších*, vzdálenějších, a nakonec i zcela *bagatelních* faktorů lze přispět k preciznějšímu uchopení a následnému hodnotícímu posouzení celé situace. K takovému prvotnímu zorientování se v realitách daného případu je patrně třeba přistoupit, z ryze praktických důvodů, tak

⁴¹ Přitakat lze také výhradě, kterou k relevantnímu trhu velmi detailně a obsáhle učinil L. Kaplow. V celém procesu jde podle něj o jakýsi tautologický proces, který ani potenciálně skutečné přínosy mít nemůže. Skrze pomůcku relevantního trhu bychom měli ideálně získat co nejpřesnější představu o tržní síle (ať již domnělého dominanty, anebo kartelistů, anebo spojujících se soutěžitelů). Již samotné rozhodování o hranicích relevantního trhu předpokládá, že máme na tržní sílu v daném případě určitý jasný předběžný názor. Určujeme-li, jak má být v daném případě trh široký, aby byl pro účely soutěžní analýzy „dostatečně“, „přiměřeně“, „vhodně“ široký, činíme tak *právě* již s určitým předpokladem ohledně tržní síly, kterou na takovém trhu zamýšlíme zjistit. Hodnotíme-li v jednotlivých testech, jaká úroveň cenové korelace, elasticity či křížové elasticity je již dostatečná, abychom hovořili o vhodně širokém relevantním trhu, či určujeme-li vhodné zvýšení ceny v rámci SSNIP testu, děje se tak *právě* s vědomím, že situaci při dané zvažované šíři trhu přisuzujeme vždy určitý význam. V samotném základu vymezení šíře relevantního trhu je zkrátka již i odpověď na otázku, která má být skrze něj teprve zodpovídána. Blíže k tomu viz Kaplow, L. Why (ever) define markets? *Harvard Law Review*. Vol 124:437, str. 438–517. K (až příliš silné) intuitivní vazbě mezi tržní silou a tržním podílem viz jeho článek „Market Share Thresholds: On the Conflation of Empirical Assessments and Legal Policy Judgments“. *Journal of Competition Law & Economics*. 7(2), 2011, str. 243–276.

⁴² Nedá se přitom ani předpokládat, že by přinášel alespoň nějaké znatelné finanční úspory nákladů. Samo stanovování hranic relevantního trhu je velmi náročným a nákladným procesem a často zabere soutěžním autoritám týdny a měsíce intenzivního úsilí.

⁴⁰ Vyjádřeno mj. v cit. Sdělení Komise, bod 13.

jako tak. A relevantní trh může právě takovým vhodným nástrojem být.

Ve svém současném, spíše *zužujícím* pojetí ale tuto teoretickou roli poněkud překračuje. Pouhá *metodologicko-analytická pomůcka* pro prvotní zpřehlednění tržní situace přerostla až v jakési „dogma“, které velmi silně determinuje výstupy následných právních posouzení a často dokonce *zcela určuje výsledky* celých případů.

De lege ferenda lze proto doporučit, aby se celý koncept relevantního trhu navrátil z hlediska přímého normativního významu o několik kroků zpět, do pozice, která mu pojmově spíše přísluší:

(A) Má-li se zbavit nežádoucích účinků, které jsou s ním v současné době spojeny, měl by být především pojímán mnohem *širěji*. Neměl by mít natolik silný vylučovací efekt, aby z trhu zcela vyřadil i ty substituty, které evidentně reálný význam mají, a jejichž *úplné* vyřazení odporuje jakékoliv ekonomické intuici a obecné zkušenosti⁴³. Prvotním úkolem relevantního trhu by naopak mělo být jen *odfiltrování jednoznačně zanedbatelných*, bagatelních faktorů, u kterých je faktický vliv na trh zkoumaného produktu možno *skutečně* pominout.

Nemá jít tedy o hranici substitutů, které jsou sice evidentní a významné, ale ne *dost* významné dle hranice 5–10 % zvýšení ceny (jak je tomu dosud); naproti tomu se má jednat o hranici substitutů, které je možno zcela *ignorovat*, aniž to bude mít na hodnocení situace uvnitř trhu *statisticky významný* dopad.

Jde o významný funkční posun. Je zřejmé, že – v jazyce současné metodologie (pro účely porovnání) – by se prahová hodnota SSNIP testu musela odsunout ze stávajících 5–10 % podstatně výše, minimálně k 50 %, ale spíše i výraznějším zvýšení ceny.

(B) Má-li relevantní trh být skutečně užitečnou analytickou *pomůckou* pro strukturaci tržní reality, jeho úkolem by nemělo být pouze vymezení *vnějších* hranic substituovatelnosti, ale i jemnější rozlišení uvnitř trhu samotného. Jako vhodné se jeví, aby byly – a to primárně s výlučně informativními významy – vymežovány tři úrovně (hladiny) relevantního trhu⁴⁴:

- (1) *užší* relevantní trh, se stávajícími hodnotami zvýšení ceny v SSNIP testu 5–10 %,
- (2) *širší* relevantní trh, s hodnotami cca 25–30 %,
- (3) *vnější* (vzdálený) relevantní trh, s hodnotou minimálně 50 %, ale i více (až 100 %) procent.

Dosáhlo by se tak synergického spojení obou důležitých funkcí vymezení „relevantního“ (v pravém slova

⁴³ Viz řadu příkladů zmíněných v úvodu tohoto textu.

⁴⁴ Alespoň ve složitějších případech. Rozhodně by tomu tak nemuselo být nutně tehdy, pokud jsou hranice trhu *zjevné* a nesporné, zejména kdy ani účastník sám (resp. žádný z účastníků) proti jednoduchému vymezení trhu nic nenamítá.

smyslu) tržního prostoru, tedy *odstranění zcela zanedbatelných* vlivů (hranice vnějšího relevantního trhu), a zároveň identifikace a alespoň přibližná *stratifikace primárních i vedlejších* faktorů, které mají vliv na tržní charakteristiku zkoumaných produktů a ovlivňují například hodnocení tržní síly, schopnost soutěžitele chovat se do značné míry nezávisle atp. Nenastává ale nežádoucí efekt vyloučení *podstatných* informací a vlivů a nedochází ke zkreslujícímu *omezení* vypovídací hodnoty analýzy.

Když už tedy má být vymezování relevantního trhu věnováno takové úsilí a čas, jako je tomu dosud, mohl by být napříště *výstup* této snahy alespoň vskutku informačně hodnotný a „relevantní“ v plném smyslu toho slova.

Samozřejmě, výše uvedené hodnoty navrhovaného zvýšení ceny, které by byly pro jednotlivé úrovně určující, vycházejí více méně z kvalifikovaného odhadu a jsou stanoveny do značné míry arbitrárně (a především jde o pouhé *návrhy* určené k případné další podrobnější diskusi). Nejsou ale arbitrární o nic méně, než jak je určena hodnota stávající.

Navrhovaným řešením by se navíc žádná ze současných *výhod* relevantního trhu neztratila; *užší* relevantní trh by byl vymezován i nadále. Eliminována by se ale řada *negativ*, která celý stávající *výhradně* úzký koncept znatelně podkopávají a znevěrohodňují.

Hodnoty pro účely SSNIP testu jsou také (podobně jako dnes) zamýšleny spíše jako abstraktně-konceptuální; v tom smyslu, že není vhodné na jejich výši, jakož i na faktickém provádění testu (zdánlivě) precizními ekonometrickými postupy lpět s přílišnými nároky. Ostatně, ani dnes není SSNIP test chápán *jen* jako technicko-metodologický postup, náročný na získání (mnohdy nezískatelných) dat. Určuje zejména *myšlenkový* způsob, jakým má být o relevantním trhu při hodnotícím pohledu uvažováno.⁴⁵

Nejde tedy o proponování umělého technicistního způsobu určování hranic trhu. Vzhledem ke kritice *přeceňování* možností takového přístupu vznesené na předchozích stránkách by to ostatně postrádalo smysl. Naopak, mnohem více by měl být proces vymezování trhu spojen i s racionálním právním hodnocením založeným případně i na podkladech přímého zjišťování vnímání spotřebitelů, eventuálně i percepce hranic trhu samotnými soutěžiteli v předmetném oboru (k čemuž se v současné době přistupuje celkově spíše nedostatečně a je to též předmětem odborné kritiky).⁴⁶

⁴⁵ Srov. Bishop, S., Walker, M. op. cit. s. 123–124. Ostatně, samotné Sdělení Komise pokládá SSNIP test primárně za „spekulativní experiment“ – viz čl. 15 Sdělení.

⁴⁶ Zdůraznit je třeba zejména marketingový a strategický pohled samotných soutěžitelů, tedy přímé zohlednění jejich obchodních strategií. Standardně takovým metodám přílišná váha přisuzována nebývá, v literatuře je ale jejich využití, spolu i s celkově intenzivnějším zaměřením na nabídkovou stránku

(C) Pokud by mělo být uvažováno i o nějakých bezprostřednějších *normativních významech* stanovení hranic relevantního trhu, souvislost je třeba hledat především s přímým regulatorním využíváním *prahových hodnot tržních podílů*. Tam, kde jsou na ně navázány bezprostřední regulační důsledky (zejména v kartelovém právu), nelze si jejich fungování bez přesného vymezení relevantního trhu samozřejmě vůbec představit.

Při posuzování *dominantního postavení*, případně při hodnocení dopadů *fúze*, bylo by možno si plně vystačit s výše navrženým pouze *analytickým* informativním rozklíčováním hranic trhu, generujícím detailnější podklady pro komplexní posouzení. Samotná hodnota *tržního podílu* určeného *jen z nejužšího* vnitřního trhu mnoho informací o skutečné tržní síle beztak nedává. Mimo jiné i *právě proto*, že je tak *silně* ovlivněna právě vymezením jeho hranic (respektive závisí *jenom* na stanovení těchto hranic; na ničem jiném)⁴⁷. Věcná podstata rozhodnutí bude vždy spočívat ve velmi komplexní, celostní úvaze hodnotitele, která nemůže být jinak než *co nejkvalifikovanějším, odborným správním uvážením*. Předstírat cokoliv jiného by bylo zastírání podstaty věci. Jak substantivní test spojení, tak kvalifikace dominantní pozice jsou nesmírně těžko uchopitelným procesem, samy o sobě jen stěží pregnantně normovatelné. Hodnocení všech faktorů tržní síly a zejména jejich významu je *esenciálně* příkladem kvalifikovaného správného uvážení. Samotné stanovení či nestanovení relevantního trhu by na převážně úvahové povaze těchto rozhodnutí nemělo nic zásadního změnit. Ve svém stávajícím *restriktivním* pojetí mu přinejmenším *nemůže* příliš pomoci.

Naopak v *kartelovém právu* je přímé využití prahových hodnot tržních podílů časté, směřující dokonce k interpretaci a aplikaci samotnými soutěžiteli (zejména jde o bagatelní kartely a blokové výjimky). Bez jasných hranic relevantního trhu je použití těchto norem nemyslitelné. Využívání tohoto kritéria samo o sobě je nicméně mimořádně sporné⁴⁸, a i tam, kde by přesto k jejich použití mělo být přikročeno, mělo by se tak činit s vědomím, na jak vratkých základech je celý koncept po-

trhu, některými autory silně prosazováno – srov. např. Säcker, F. J. v monografii *The Concept of the Relevant Product Market*. op. cit. zejm. str. 31 a 54-65. Viz str. 64-54: „*Pokud cílem má být realistická – a nikoliv spekulativní – soutěžně-právní analýza, startovním bodem musí být relevantní trh vymezený na základě podnikatelských záměrů a plánů soutěžitelů.*“

⁴⁷ Hodnota *tržního podílu* je vždy okamžitým a bezprostředním výstupem jakkoliv *úzce* či *široce* stanoveného relevantního trhu. Zúžíme-li hranice, tržní podíl v důsledku toho automaticky roste. Rozšíříme-li tyto hranice, podíl klesá.

⁴⁸ Srov. zejm. cit. Kaplowovu stať „Market Share Thresholds: On the Conflation of Empirical Assessments and Legal Policy Judgments“. *Journal of Competition Law & Economics*. 7(2), 2011, str. 243-276.

staven, a být spojeno spíše s některým ze *širších* pojetí trhu, nikoliv s pojetím *nejužším*.

Navíc, o jasné, jednoduché a předvídatelné pravidlo se jedná jen zdánlivě. Z pohledu jednotlivých soutěžitelů je určení *vlastního* tržního podílu často zhora nemožné (zejména kvůli nedostatku dat od konkurentů). Mnohdy dokonce, jak ukazují četné případy z aplikační praxe, nejsou soutěžitelé schopni ani odhadnout samotnou *šíři právně „relevantního“ trhu*, na kterém mají daný podíl vůbec počítat; soutěžní úřady vymezují trhy často jinak, než jak je samotní soutěžitelé ze svého pohledu vnímají.⁴⁹

Úkol stanovit právní pravidla, která mají být jasná a předvídatelná, ale přitom dostatečně ekonomicky vypovídající a přesná, je samozřejmě svízelný. V úplnosti zřejmě nespílnitelný. Vhodnost současné kombinace striktně úzkých relevantních trhů a kritéria *na nich* stanovených tržních podílů je ale v tomto smyslu přinejmenším diskutabilní. Určitý *aplikační*, a v této otázce nejlépe i *normativní* posun by byl patrně žádoucí. Význam, který se kombinací *relevantního trhu a tržního podílu* v dnešním kartelovém právu přikládá, by měl být alespoň v určité míře zeslaben.

Positivním posunem by pak bylo již i výše navrhané (sub B) *rekonstruování* konceptu relevantního trhu přinejmenším v oblasti regulace *dominantního postavení a kontroly koncentrací*. Existuje-li alespoň minimální prostor pro změnu stávajícího přístupu v uvedeném směru, měla by být taková možnost příslušnými místy velmi seriózně zvážena. Kromě přívlastku „relevantní“ by si pak soutěžně-právně vymezený trh zasloužil i přídomek „teoreticky i aplikačně přínosný“. Za stávající situace totiž nezbyvá než připojit se k těm kritickým hlasům odborné veřejnosti⁵⁰, které se domnívají, že tomu tak není.

Summary

In this paper the author offers a critical view of the relevant market concept which is one of the key terms in competition (antitrust) law and strongly influences the end results of competition law regulation. The author presents the standpoint that in the current, quite narrow perception with strong legal meaning attributed to defined market boundaries, it has some significant shortcomings. Three levels are mentioned in the text to consider the issue: (i) too narrow market boundary definition, but connected with significant normative effects, (ii) imperfection of methods adopted for market boundary definition, and (iii) imperfect adoption of these methods in application practice. The author therefore suggests certain modifications of the entire concept accompanied by a mitigation of the significance attributed to the whole institute.

⁴⁹ K tomu viz pozn. č. 9.

⁵⁰ Viz pozn. č. 10.