

## Ekonomický přístup v soutěžním právu\*

Josef Šilhán\*\*

### ÚVOD

V poslední době došlo (a stále dochází) v právu hospodářské soutěže k výrazným změnám. Ať již máme na mysli jeho podobu *de lege lata* v procesním i hmotněprávním smyslu či postup při jeho interpretaci a aplikaci.

Ekonomie a ekonomické přístupy hrály v tomto oboru důležitou roli vždy; vzhledem k primárně by-

lostně ekonomické povaze svého předmětu je k tomu v podstatě přímo předurčen – regulace soutěže a rozhodování regulačních orgánů má na ekonomické prostředí a chování soutěžitelů v něm fundamentální vliv, jeho pochopení a smysluplná aplikace se bez alespoň základní ekonomické výbavy neobejde. V nejnovějším vývoji ale můžeme pozorovat nezanedbatelné tendence k dalšímu *posilování role ekonomického pohledu* a jeho užití v soutěžním právu a posun ve způsobu, jakým

\* Jde o příspěvek přednesený na mezinárodní konferenci studentů doktorského studijního programu „Obchodní právo“ na téma „Ekonomické aspekty právní úpravy a jejího výkladu“ konané 20. 12. 2005.

\*\* JUDr. Josef Šilhán, Student prezenční formy doktorského studia na Katedře obchodního práva Právnické fakulty MU v Brně a student Ekonomicko-správní fakulty MU v Brně

je do celého mechanismu soutěžní regulace zapojen.<sup>1</sup> Vyjádřením takového směřování pak bývá v poslední době často užívané slovní spojení „*more economic approach*“.<sup>2</sup>

V obecné formulaci „více ekonomický přístup“ můžeme spatřovat vyjádření komplexního trendu projevu-jícího se v několika rovinách. Doménou je především v procesu *interpretace a aplikace* v jednotlivých případech. Jeho výrazem jsou však i změny proběhnuvší (zatím ovšem ne zcela úplně) v rámci modernizace<sup>3</sup> soutěžního práva v rovině *tvorby práva*<sup>4</sup>. Dopady má též na otázky *institucionální* (viz níže) a procesní.

Význam tohoto trendu lze spatřovat nejen při hledání *cílů* soutěžního práva (v rámci snahy o dosažení jeho poslání<sup>5</sup>) a potažmo konkrétních jednání, které mají být regulovány, mimořádný dosah má především v oblasti *prostředků*, které k dosažení těchto cílů směřují. Ať už co se týče výběru relevantních kritérií či ve fázi prokazování, kvantifikace a možná ještě více při hodnocení jednotlivých (proti)soutěžních jednání a jejich (potenciálních) důsledků hrají ekonomické analýzy a zejména pak ekonomická argumentace klíčovou roli; zde můžeme reálný dopad směřování k „*more economic approach*“ považovat za nejhmatatelnější.

Nejde přitom ani tak o to používat ekonomické analýzy „více“ či „méně“, spíše záleží na tom *jaké* analýzy a *jak* jsou používány. Vše spočívá ve *způsobu*,

jakým jsou ekonomické principy a ekonomická odůvodnění vtaženy do rozhodovacího procesu a jakou roli v jeho kontextu hrají.<sup>6</sup>

Co se týče hodnotového významu, nemusí „*more economic approach*“ znamenat *sám o sobě* automaticky příklon k nějakým apriorně liberálnějšími pozicím, které jsou většinou pro ekonomické myšlení mnohem více než pro to právní (co se týče hospodářské soutěže) příznačnější. Je možno na „ekonomický přístup“ nahlížet spíše z jakéhosi „*procedurálně-technického*“ hlediska. Spíše než o *výsledek* pak půjde o *cestu*, kterou se k tomuto výsledku dobereme a patřičně *zdůvodnění* rozhodujících hledisek v průběhu rozhodování o něm.<sup>7</sup>

Je ovšem pravda, že v pozadí ekonomického přístupu lze z řady pozic často cítit snahu využít jej jako možnost poněkud *uvolnit* a popustit uzdu soutěžně-právní regulace, zejména pod vidinou *krátkodobějších efektů* – i když třeba svými výhodami směřujících hlavně ke spotřebitelům. Zda je ovšem tato orientace na okamžité potenciální účinky (a v důsledku toho mnohdy nutné podstoupení rizika následného *dlouhodobějšího ohrožení* nejen těchto výhod, ale i efektivní tržní struktury, která takovým přístupem může být *nenávratně* narušena) skutečně *ekonomickým* přístupem (tedy ekonomicky prozíravým a moudrým), o tom je možno s úspěchem pochybovat.

<sup>1</sup> Možná trochu přímočařeji (a zřejmě také poněkud přehnaně) charakterizováno: „Svět soutěžního práva, po celé dekády řízen právníky, se nyní stále více stává hájemstvím ekonomů.“ – HUTCHINGS, M.: The Competition Between Law and Economics. *E. C. L. R.*, 2004, č. 9, s. 531. Viz též KINDL, J.: Pojem narušení hospodářské soutěže – obecná východiska a konkrétní aplikace. *Právní rozhledy*, 2005, č. 10, s. 344: „Pohled ekonomů na význam soutěžního práva a regulaci hospodářské soutěže začíná více ovlivňovat praktickou aplikaci i evropských soutěžních norem, což pomalu a s jistotou neochotou začínají připouštět právníci, kteří jsou jinak zvyklí se často orientovat v rovině jednoduchých subsumpcí pod (pokud možno) jasná pravidla daná legislativním textem. V oblasti soutěžního práva tento v zásadě archaický, právně pozitivistický přístup není možný, a to zejména s ohledem na množství užívaných právně neurčitých pojmů, jejichž interpretace v konkrétních případech jde zpravidla hodně nad rámec prostého výkladu zákona.“

<sup>2</sup> Inspiraci k posilování ekonomických hledisek v Evropském soutěžním právu můžeme zřejmě hledat mimo jiné i ve Spojených státech. Tamější (nejen, ale zejména) situaci charakterizují KOVACIC, E., SHAPIRO, C. in Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Perspectives*, 2000, vol. 14. cit dle VICKERS, J.: Competition Economics and Policy. *E. C. L. R.*, 2003, č. 3, s. 97: „V současné době bylo propojení ekonomie a práva institucionalizováno s narůstající přítomností ekonomických náhledů v právních školách, s ohledem na extenzivní a explicitní důvěru justice v ekonomickou teorii a značnou účast ekonomů ve vládních soutěžních úřadech.“ K tomu též srov. BEJČEK, J.: Modernizace a decentralizovaná aplikace evropského soutěžního práva. *Právní fórum*, 2005, č. 10, s. 381.: „Jde patrně o vliv tendence, která dominuje v USA, k posilování ekonomických hledisek v soutěžním právu („*more economic approach*“).“

<sup>3</sup> Modernizace se týkala zatím především článku 81 ES a kontroly fúzí. Článek 82 je v tomto ohledu stále ještě spíše výzvou. Srov. např. ROUSSEVA, E.: Modernizing by eradicating: How the Commission's new approach to article 81 EC dispense with the need to apply article 82 EC to vertical restraints. *Common Market Law Review*, 2005, s. 587. NIELS, G., JENKINS, H.: Reform of article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down. *E. C. L. R.*, 2005, č. 11, s. 605. EILMANSBERGER, T.: How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses. *Common Market Law Review*, 2005, s. 129. Nadšení z „*prorůstání*“ ekonomického přístupu do dalších součástí soutěžního práva ale bezvýhradně nepanuje – srov. HUTCHINGS, M. cit. práce s. 532: „Pokud jde o kontrolu fúzí, ekonomický přístup je nezbytný. Ale co se týče ostatních soutěžněprávních případů, může a *měl by být* použit právní přístup.“

<sup>4</sup> Včetně tzv. *soft law* – především viz evropské soutěžněprávní *guidelines*.

<sup>5</sup> Za což můžeme považovat v první řadě efektivní hospodářskou soutěž směřující k uspokojování potřeb spotřebitelů, tedy *naplňování spotřebitelského blahobytu (consumer welfare)*. Jak ovšem bývá v literatuře upozorňováno, *spotřebitelský blahobyť* je jedním z nejneužívanějších pojmů v soutěžním právu – srov. Brodley: *The economic goals of antitrust: Efficiency, consumer welfare and technological process*. 62 NYU L. Rev. (1987) 1020, at 1032–1033 dle ROUSSEVA, E.: cit. práce s. 609.

<sup>6</sup> RÖLLER, L. H.: *Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe*, s. 11. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>7</sup> Též Report by the EAGCP: „An economic approach to article 82“. Červenec 2005, s. 5. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>: „Nejde o to mít *více* či *méně* intervence, jde o to mít *efektivnější* intervenci.“

## I. PROČ „MORE ECONOMIC APPROACH“?

Zcela zřejmě je nutno si hned na začátku položit otázku, proč v soutěžním právu k posilování role ekonomických hledisek dochází. I zde bude nutno odpověď alespoň částečně strukturovat.

Ze *soutěžně-politického* hlediska, tedy z hlediska zamýšleného a chtěného efektu soutěžního práva, můžeme vystopovat zřetelnou snahu působit prostřednictvím soutěžní politiky (především ve smyslu rozhodovací praxe Komise a národních úřadů) na funkčnost a kvalitu Společného trhu a v důsledku toho na konkurenceschopnost evropského hospodářství jako celku. Od zefektivnění soutěžního práva a jeho přizpůsobení moderním ekonomickým trendům se očekává posílení a podpora hospodářské soutěže, která je chápána jako klíčový element v *podpoře rychleji rostoucí, spotřebitelsky orientované a více konkurenceschopné* Evropské ekonomiky.<sup>8</sup> Zejména v úsilí o naplnění cílů stanovených v rámci renovované Lisabonské agendy hraje soutěžní politika významnou úlohu, požadovaným cílem má být především podpora hospodářského růstu. Jelikož je soutěžní právo jedna z oblastí, ve které má Komise značné pravomoci, dali jak bývalý komisař Mario Monti tak i jeho nástupkyně Neelie Kroes jasně najevo, že ekonomické reformy a přispění soutěžní politiky k nim, včetně s tím spojeným zapojením ekonomických hledisek do soutěžního práva považují za vrcholné cíle své agendy.<sup>9</sup>

Další významný faktor je role *judikatury* evropských soudů. Evropský soud několikrát vyslovil potřebu důkladnějšího ekonomického zdůvodnění a podložení rozhodnutí Komise<sup>10</sup>, zejména pokud je na Komisi, aby v daném případě prokázala negativní dopady posuzovaného jednání.<sup>11</sup>

Za podstatnou je považována také skutečnost, že používání ekonomických přístupů a ekonomických analýz může být prospěšné v případech zasahujících do různých jurisdikcí. Brát ohled na ekonomii, spíše než na jiné zřetele, má reálný potenciál *omezit konflikty mezi jurisdikcemi*.<sup>12</sup> Přestože úplná konvergence je otázkou spíše snovou než reálnou (neboť představa, že důraz na ekonomii znamená získat *jednoznačné, nevyvratitelné a obecně bezvýhradně akceptované* hypotézy, které umožní různorodým skupinám konečně nalézt společnou řeč, by byla zřejmě ve své naivitě až infantilní), je *ekonomická teorie* do jisté míry polem, na kterém nehrají národní právní řády a jejich rozdílná regulace hospodářské soutěže takovou roli a umožňují překonat jinak objektivně podmíněné překážky.<sup>13</sup> Zejména ve spolupráci evropských a amerických institucí<sup>14</sup>, v otázce sdílení poznatků judikatury a vzájemné *inspiratione* v metodice posuzování (proti)soutěžních jednání nabízí ekonomická hlediska perspektivu hledání společných východisek bez ohledu na právní režim.<sup>15</sup>

Přínos je očekáván i ve směru posílení *konsistence rozhodování a z toho plynoucí zvýšení předvídatelnosti rozhodování*.<sup>16</sup> A to hlavně cestou užívání zavede-

<sup>8</sup> Viz Report by the EAGCP: „An economic approach to article 82“. Červenec 2005, s. 2. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>9</sup> Např. projevy Neelie Kroes „Effective Competition Policy – a key Tool for Delivering the Lisbon Strategy“, Brusel, 3. února 2005; „Building a Competitive Europe – Competition Policy and the Relaunch of the Lisbon Strategy“, Milán, 7. února 2005. Již Mario Monti ve své závěrečné řeči „A reformed competition policy: achievements and challenges for the future“ 28. října 2004 prohlásil: „... a major trend of this mandate has been to ensure that competition policy is fully compatible with economic learning. Furthermore, competition policy is an instrument to foster economic growth, promote a good allocation of resources and to strengthen the competitiveness of European industry for the benefit of the citizens.“ Blíže k tomu viz též RÖLLER, L. H., BUIGUES, P.: *The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission*. Květen 2005, s. 3. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>10</sup> Např. případ *Airtours vs. Komise* (T-342/99).

<sup>11</sup> Nejvíce se důraz na ekonomické analýzy ze strany Soudu projevuje v oblasti kontroly fúzí – srov. RÖLLER, L. H., BUIGUES, P. cit. dokument s. 4.

<sup>12</sup> Viz RÖLLER, L. H.: *Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe*, s. 13. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>13</sup> Rozdílnosti plynoucí z odlišných právních systémů (judiciální vs. administrativní systém), rozdílnost trhů, politického prostředí apod. Přestože tak jako právníci i ekonomové dospívají k různým závěrům (mimo jiné i proto, že často vycházejí z různých předpokladů), je ekonomie mnohem více „společným jazykem se stejnými otázkami a stejnou metodologií“ – blíže viz. RÖLLER, L. H.: *Antitrust Economics – Catalyst for Convergence? Presentation at the George Mason Law Review Symposium on „Hot Topics in EU Antitrust Law“*, Washington D.C. September 20. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>14</sup> Např. spolupráce Evropského DG COMP (Directorate General for Competition) a sesterských institucí ve Spojených státech FTC (Federal Trade Commission) a DoJ (Department of Justice).

<sup>15</sup> Srov. RÖLLER, L. H.: *European Competition Policy in a Transatlantic Perspective*. Presentation at ULB, Bruxelles, February 14th, 2005. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>16</sup> K souvislosti mezi koncepčním ekonomicky podloženým přístupem k hodnocení narušení hospodářské soutěže a předvídatelností rozhodnutí viz také Kindl, J. cit. práce s. 343: „Bez určité koncepční shody ohledně chápání pojmu narušení hospodářské soutěže mohou být rozhodnutí příslušných orgánů ve značné míře nejen *ekonomicky nesmyslná*, ale též *nepředvídatelná*.“ V obecné rovině je hledání vyšší předvídatelnosti v ekonomickém přístupu, který pochopitelně tenduje mnohem více k „*rule of reason*“ než k (z hlediska předvídatelnosti velmi spolehlivému) „*per se*“ zákazům, možná poněkud paradoxní. V právě popisovaném ohledu jde ale spíše o to, jak se správně koncepčně (a tedy předvídatelně) pohybovat v rámci onoho „*rule of reason*“, neboť o nedostatečné efektivitě plošného užívání *per se* zákazů v soutěžní regulaci (vyjma případů, kdy lze zcela nepochybně presumovat splnění předpokladů pro automatickou aplikaci normy – neboť „*per se*“ zákaz vlastně není oproti „*rule of reason*“ zjednodušeně řečeno nic jiného než pou-

né metodologie, teoreticky zdůvodněných a empiricky ověřitelných (a ověřených) argumentů a orientací na reálné účinky jednání, nikoliv na jejich formu.<sup>17</sup> V podobném duchu může být hodnocena i snaha posuzovat argumenty a důkazy účastníků řízení v souvislosti s jejich ekonomickým zařazením a motivovat tak „strany“ (ať již půjde o rozhodující orgán či soutěžitele) k tomu, aby přinášely svá stanoviska zdůvodněná a podepřená pádnými ekonomickými argumenty. Jak se navrhuje v citované zprávě EAGCP, při absenci dalšího důkazního materiálu by se argument vycházející z etablované ekonomické teorie a podepřený odpovídajícími fakty považoval za přesvědčivější a spolehlivější (*more credible*) než protiargument, který na takových základech vybudovaný není.<sup>18</sup>

Součástí ekonomického přístupu je i požadavek důsledného zkoumání reálného fungování trhu a zhodnocení dopadu, který bude pro tento trh posuzované jednání znamenat. Z toho tedy nutně vyplývá orientace na skutečné účinky posuzovaných jednání (*effect-based approach*) spíše než na jejich formu (*form-based approach*). Tím má být dosaženo dvou komplementár-

ních cílů.<sup>19</sup> Jednak se má zabránit možnosti přelstít zákaz určitého formálně definovaného protisoutěžního jednání jeho obejitím, neboť právě orientací na *účinek* (a nikoliv *formu* provedení) budou i odlišné obchodní praktiky se stejným efektem posouzeny (a případně sankcionovány) shodně. S tím je pak spojeno i ono očekávané zvýšení konsistence rozhodování. Druhým efektem pak má být ujištění, že regulace soutěže nebude nadměru mařit prosoutěžní obchodní chování; *effect-based approach* má brát plně v úvahu, že rozdílné praktiky mohou mít různé důsledky za různých okolností – narušení soutěže v jednom případě a podporu efektivity a inovací v jiném.<sup>20</sup>

Dalo by se na tomto místě tedy co se týče důvodů, pro které o „více ekonomickém přístupu“ v současném právu hospodářské soutěže hovoříme, shrnout, že do jisté míry je trendem záměrným a *řízeným*, do jisté míry jde ale také o tendenci vznikající *přirozeným vývojem* regulace soutěže. V každém případě však blízká budoucnost zřejmě vzhledem k postupující globalizaci a liberalizačním tlakům ve světě jenom potvrdí, že jde ojev trvalejší a dlouhodobější.

há odlišná konstrukce podmínek; zatímco v rámci „*rule of reason*“ se zkoumají vždy v konkrétním případě, u „*per se*“ zákazu je prostřednictvím právní normy, a to třeba na základě o nic méně ekonomické úvahy jejich splnění presumováno a zákaz se na dané jednání uplatní vždy) panuje v moderním soutěžním právu v podstatě shoda.

<sup>17</sup> Toto poněkud optimistické stanovisko lze v tomto ohledu ale přeci jen poněkud zrelativizovat. Ať již bude ekonomická analýza použita v rozhodovacím procesu sebedokonalejší, bude stejně pořád pracovat pouze s do značné míry nejistým více či méně přesným *odhadem* hypotetického budoucího vývoje. Nehledě na rizika plynoucí již ze samého ekonometrického modelování samotného, zejména nutné selekce vstupních dat, jejich reálnou vypovídací hodnotu a určité (a pro modelování nezbytné) zjednodušení poznancích (a ignorace nepoznaných) zákonitostí, nepřinášejí ani přísně ekonomické rozhodování kýženou jistotu, že bude moci být budoucí vývoj, a tedy i rozhodnutí soutěžního orgánu, předvídáno. K tomu viz BEJČEK, J.: Modernizace a decentralizovaná aplikace evropského soutěžního práva. právní fórum, 2005, č. 10, s. 382.: „Na rozdíl od pevných principů právní analýzy se ekonomické hodnocení s opírá především o konkrétní situaci na trhu a ve značné míře též o hypotetický vývoj budoucí. Matematický aparát ani používání křivek a dalších technických prostředků symbolického uchopení ekonomické reality nevyloučí ovšem nejistotu budoucího vývoje.“ Obdobně ohledně užití ekonomických analýz při posuzování spojení soutěžitelů in DETHMERS, F.: Collective dominance under EC merger control. *E. C. L. R.*, 2005, č. 11, s. 641 je povaha tohoto procesu již ze své podstaty považována za spekulativní. K tomu navíc přistupuje i skutečnost, že i závěry ekonomické teorie se mohou v čase měnit – co bylo konstatováno před několika lety dnes „platit“ nemusí; jak upozorňuje Hutchings, M. v cit. díle s. 532, kde uvádí příklad změny stanoviska v průběhu pouhých čtyř let.

Tím ovšem na druhé straně nemá být řečeno, že užitím ekonomických analýz se situace správným směrem posunout nemůže. Spekulativní povahu mají četná rozhodnutí v soutěžním právu *mnohdy* opravdu již ze své podstaty; bez ohledu na to, zda budeme rozhodovat na základě ryze právních či také ekonomických analýz půjde vždy alespoň zčásti o odhad v tu chvíli ještě neznámého a tedy nejistého budoucího vývoje a důsledků zamýšleného rozhodnutí na nespočet přímo zasažených i vedlejších faktorů, jejichž reálný pohyb nejsme schopni zcela popsat a pochopit zákonitostí jejich dynamiky, a tedy ani odhadnout jejich budoucí vývoj. Užitím ekonomických hledisek můžeme ale *zvýšit šance*, že se při správném postupu a vyvážení správných *ekonomických* důkazů na straně jedné a jejich správného *právního* posouzení na straně druhé dobereme požadovaného kvalitnějšího rozhodnutí.

<sup>18</sup> Cit. zpráva s. 16. Při neobratném dogmatickém užívání takového přístupu by však mohly vznikat nemalé problémy.

<sup>19</sup> Tamtéž s. 3.

<sup>20</sup> Opět i zde vyvstává ale celá řada podstatných sporných otázek. S posuzováním *účinků* jednotlivých praktik a jejich hodnocením vždy souvisí problém výběru kritérií, jejich váhy a také zvažení časového rámce, ve kterém bude evaluace probíhat – neboť krátkodobé a dlouhodobé důsledky se mohou (a zpravidla k tomu také opravdu dojde) lišit. Vedle samotného určení dlouhodobých či krátkodobých účinků je nutno také rozhodnout, které z nich je výhodnější v tom kterém případě upřednostnit. Přitom ovšem nezřídka půjde o dvojsečnou problematiku: vzrůstající tržní moc například může krátkodobě přinést úspory z rozsahu a zvýšení možnosti dosažení na vyšší úroveň inovací a technologického rozvoje, ze středně až dlouhodobého pak ale naopak nebezpečí negativních projevů neefektivity dominantního postavení (ať již jako projevy *latentní formy* – tedy důsledek chybějící „hnačí síly“ konkurence, který nutí soutěžitele zdokonalovat co nejšeststranněji svoji činnost, snižovat náklady, inovovat, stlačovat ceny apod., tzv. „zlemivění“ podniku; či jako projevy *manifestní formy*, jako jeho aktivní zneužívající chování), na druhé straně ale naopak dominant operující na (společensky) neefektivní hladině výstupu a nákladů může z dlouhodobého hlediska přilákat do odvětví schopnější konkurenty, které ho z jeho tržní pozice sesadí (neboť ani mimořádně vysoké tržní podíly neznamenají jistou pozici dominanta proti schopnějším konkurentům – z mnoha příkladů např. podíl IBM na trhu elektronického zpracování dat v roce 1952, který činil plných 78 % a klesl až na 33 % do roku 1972 – viz Holman, R.: *Ekonomie*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001, s. 184) Vše ovšem závisí na povaze relevantního trhu, objektivních bariérách vstupu na něj a na bariérách, které dominant stihl v období využívání dominantní pozice svým (zejména zabraňovacím zneužívajícím) jednáním založit. Jde o značně komplexní problematiku, které na tomto místě vzhledem k rozsahu nemůžeme obsáhleji věnovat.

## II. ROLE EKONOMICKÉHO PŘÍSTUPU V SOUTĚŽNÍM PRÁVU

Jak už bylo výše nastíněno, nejvýrazněji se tendence k ekonomickému přístupu projevují především v rovině *aplikační*, v průběhu procesu zkoumání konkrétního případu. Zde nalézáme největší prostor pro uplatnění ekonomických analýz a pro ekonomickou kvalifikaci i kvantifikaci relevantních kritérií pro hodnocení posuzovaných (proti)soutěžních jednání. Jde přitom o oblast pro soutěžní právo naprosto stěžejní, aplikační praxe a jakési „case law“ v soutěžním právu tvoří zásadní část jeho reálné podoby.

Významnou roli hrají ekonomické analýzy v tomto bodě ve dvou aspektech. Jednak pomáhají ve fázi *identifikace případu*. Jde o užitečný nástroj, jak zjistit a náležitě prokázat, zda nějaké konkrétní jednání je v rozporu se soutěžněprávními pravidly. Například zjistit, zda existuje na určitém trhu kartelová dohoda či zda došlo k narušení trhu v důsledku konkrétního jednání dominantního soutěžitele.<sup>21</sup>

Druhým, a v praxi častěji se vyskytujícím způsobem<sup>22</sup> je užití ekonomické analýzy pro hodnocení *míry* dopadu zjištěného protisoutěžního chování. Jestliže v případě identifikace případu jde o to zjistit *zda* např. kartel vede k narušení soutěže, v tomto případě jde o otázku „*kolik*“, jak moc důsledky takového již identifikovaného jednání soutěž ovlivňují. To je klíčové například s ohledem na stanovení výše následné pokuty, která se od závažnosti porušení soutěžních pravidel odvíjí.<sup>23</sup>

Aplikace ekonomických metod probíhá jak v rovině *teoretické* tak *empirické*.<sup>24</sup> Ekonomická *teorie* je třeba k celkovému zařazení případu, k podepření celé

analýzy uceleným a soudržným ekonomickým základem. Zahrnuje to informace o struktuře trhu, povaze a struktuře poptávky i nabídky, technologie, základní ekonomické principy a koncepty. Cílem věrohodné teoretické konstrukce je především přinést ověřitelné hypotézy týkající se konkrétního předpokladu narušení soutěže. Sama o sobě ale ekonomická teorie odpovědi nepřinese, musí nutně být doplněna o empirické důkazy. Následnou fází je tedy na spolehlivých ekonomických základech provést *empirickou analýzu*. Existuje spousta metod, které se k tomuto účelu dají použít. Jedná se více méně o ryze ekonomickou a ekonometrickou problematiku, přesahující již plně rámec právní nauky. Pro různé oblasti soutěžního práva se užívají poněkud odlišné metody<sup>25</sup>, které se navíc postupem času neustále zdokonalují a upravují. Vztah k jednotlivým v úvahu přicházejícím metodám má také dosažitelnost („získatelnost“) relevantních dat, ne vždy je možno užít analýzu nevhodnější.

Podstatnou je ale skutečnost, že role ekonomů a analýz jimi poskytnutých při posuzování jednotlivých případů nemá být rolí rozhodovací. Proces posuzování souladnosti či rozpornosti se soutěžněprávními normami zůstává fundamentálně právní<sup>26</sup>; ekonomické podklady mají sloužit pouze pro kvalitnější a fundovanější kvalifikaci a kvantifikaci konkrétního jednání. Ekonomická analýza sama o sobě není schopna poskytnout spolehlivou odpověď na otázku, zda jednorázové ekonomické úspory, které jsou jako důsledek řady fúzí nesporné, nebudou ve středně a dlouhodobé perspektivě vyváženy nedostatečnými úsporami nákladů<sup>27</sup> apod. Může ale v rámci právního procesu poskytnout pomoc ve smyslu přesnější kvantifikace těchto možných úspor; tím pak přispěje jako jeden

<sup>21</sup> K roli ekonomických analýz v kartelovém právu srov. např. ALFTER, M., YOUNG, J.: *Economic Analysis of Cartels – Theory and Practice*. E. C. L. R., 2005, č. 10, s. 546–557. K analýzám týkajícím se především otázek dominantního postavení viz UTTON, M. A.: *Market Dominance and Antitrust Policy*. 2. vyd. Edward Elgar, 2003.; KOKKORIS, I.: *The Reform of the European Control Merger Regulation in the Aftermath of the Airtours Case – the Eagerly Experted Debate: SLC v Dominance Test*. E. C. L. R., 2005, č. 1, s. 37–47. Srov. též BISHOP, S., WALKER, D.: *The Economics of EC Competition – Concepts, Application and Measurement*. 2. vyd. Sweet & Maxwell, 2002. HILDEBRAND, D.: *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International, 1998.

<sup>22</sup> Srov. ALFTER, M., YOUNG, J.: cit. práce s. 546.

<sup>23</sup> Určení míry dopadu protisoutěžního chování má význam i pro nárok na náhradu škody z něj vzniklé, blíže k tomu srov. ALFTER, M., YOUNG, J.: cit. práce s. 546 a literaturu tam uvedenou.

<sup>24</sup> Blíže viz RÖLLER, L. H.: *Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe*, s. 16. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>25</sup> V oblasti protikartelového práva jde zpravidla o porovnání zjištěných reálných údajů s nějakým předpokládaným stavem odvozeným z ekonometrické modelace. „Je třeba analyzovat celý její ekonomický kontext – jak by se situace vyvíjela, kdyby dohoda nebyla uzavřena.“ Viz BEDNÁŘ, J.: *Aplikace soutěžního práva v rozhodovací praxi*. 1. vyd. Praha: C. H. BECK, 2005, s. 61. Právě stanovení těchto „protihodnot“, které jsou nezbytné pro takové poměrování a tím určení faktických dopadů kartelu je pro celý proces tím nejpodstatnější a zároveň nejproblematictější. Užívá se nejčastěji cenová komparace (price comparison), cenové nákladové komparace (price cost comparison) a vícefaktorová analýza (multi-variate analysis). Na tomto místě je možno k podrobnějšímu rozboru pouze odkázat na příslušnou literaturu, např. ALFTER, M., YOUNG, J.: *Economic Analysis of Cartels – Theory and Practice*. E. C. L. R., 2005, č. 10, s. 549 a násl. V oblasti měření tržní síly se nejčastěji užívají ekonometrické analýzy a odhady elasticity, analýza cenové korelace (price correlation analysis), analýza cenové koncentrace (price concentration analysis), nabídkové studie (bidding studies), „Granger causality“ apod. Lze přitom rozlišovat metody přímé a nepřímé. Blíže viz např. BISHOP, S., WALKER, D.: *The Economics of EC Competition – Concepts, Application and Measurement*. 2. vyd. Sweet & Maxwell, 2002, kap. 8.

<sup>26</sup> „Economists are used to provide analysis into an otherwise fundamentally legal process.“ RÖLLER, L. H.: *Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe*, s. 16. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>27</sup> Jak upozorňuje BEJČEK, J.: *Modernizace a decentralizovaná aplikace evropského soutěžního práva*. *Právní fórum*, 2005, č. 10, s. 382.

z důkazů pro kvalitnější a fundovanější *právní rozhodnutí*. Není tedy, lapidárně řečeno, role ekonomů v soutěžním právu rozhodovat, zda nevýhody plynoucí z nějakého jednání převáží jeho výhody či zda třeba ono jednání samo o sobě narušuje soutěž takovým způsobem, že musí být kvalifikováno jako rozporné s právní normou – role *ekonomů* v soutěžním právu je co nejpřesněji objektivně popsat a doložit míru oněch výhod a nevýhod plynoucích z posuzovaného jednání a role *právníků* je pak jejich ohodnocení, vzájemné poměření a vyvození aplikačního soudu.<sup>28</sup>

Další oblastí ve které je místo pro užití ekonomického přístupu, tentokrát poněkud dlouhodobějšího a obecnějšího charakteru, jsou tzv. *guidelines* a obdobně také *blokové výjimky*.<sup>29</sup> Oproti jednotlivým případům, kde je značný prostor pro empirické aplikace, *guidelines* jsou mnohem více otázkou obecnějších ekonomických principů.<sup>30</sup>

Úkolem pro ekonomy při vytváření *guidelines* je poskytnout relativně jednoduchá a jasná obecná pravidla uplatnitelná v širokém okruhu konkrétních okolností, která jsou zároveň ekonomicky pevně podložena. V těchto návodech není místo pro takové analýzy, jaké jsou zpracovávány v rámci posuzování jednotlivých případů, mohou ale poskytnout například radu ohledně typu analýzy, která má být v tom kterém případě využita a kritérií a způsobu jejich hodnocení, které v rámci ní mají být zkoumány – také v tomto ohledu pak může být dosaženo proklamovaného zvýšení předvídatelnosti rozhodování.

Dlouhodobější charakter mají i další dva aspekty soutěžní politiky, u kterých můžeme hovořit o významné možnosti přispění ekonomického náhledu. Jde o tzv. *ex post* a *ex ante* analýzy.<sup>31</sup>

Smyslem *ex post analýzy* je pomocí popsat a porozumět, jak přijatá autoritativní soutěžní rozhodnutí reálně ovlivnila soutěž. Aby mohl být jakýkoliv proces regulace kompletní a efektivní, musí v jeho závěrečné fázi dojít k vyhodnocení jeho účinků, jakési „zpeřené vazbě“ ohledně správnosti intervence a případnému přijetí opatření k nápravě nedostatků pro budoucí období. K takovému vyhodnocení je ale nutně zapotřebí stanovit relevantní protihodnoty, vypovídající o hypotetickém stavu při přijetí jiného nebo žádného rozhodnutí. Ty budou představovat ono poměřovací kritérium. Tento úkol je opět v celém postupu tím nejobtížnějším, neboť opět pracuje v podstatě s pouhými „odhady“ alternativních vývoji. Bez nějakých nereálných ambicí ohledně nezpochybnitelné neomylnosti

výsledku je zřejmé, že pomoc ekonomických modelů a ekonometrických analýz je v tomto případě vítána, neboť bez jejich přispění by asi celkový cíl byl mnohem nedosažitelnější, ne-li zcela imaginární.

Podobně i v případě *ex ante analýz* – například monitorování trhů, jsou dveře pro přispění ekonomů otevřené. Role takového monitorování spočívá především ve snaze definovat soubor indikátorů, které signalizují vysokou pravděpodobnost, že na trhu existuje nějaký problém, že soutěž nefunguje dostatečně. Monitorování trhu je tedy primárně o *pravděpodobnosti existence* soutěžního problému. Související otázkou je nastavení priorit (priority setting), v němž jde především o *závažnost* soutěžního problému.<sup>32</sup>

V nejobecnějším duchu jsou zpracovávány tzv. *ekonomické studie*. Ať již k teoretickým či praktickým otázkám.

### III. „MORE ECONOMIC APPROACH“ A OTÁZKY INSTITUCIONÁLNÍ A ORGANIZAČNÍ

Je tedy zřejmé, že možnosti využití ekonomického přístupu jsou v právu hospodářské soutěže široké. Jak na straně soutěžitelů v jednotlivých kauzách tak na straně soutěžních úřadů vyvstává potřeba využít služeb fundovaných ekonomických odborníků schopných poskytnout požadované informace. Kdo s takovými podklady v konkrétním případě přijde, záleží především na rozložení *důkazního břemene* v procesu. V situaci, kdy soutěžní úřad např. tvrdí, že fúze bude mít negativní dopady na tržní prostředí, musí takové tvrzení také náležitě prokázat. Poukazuje-li naopak soutěžitel na výhody, které mají z jeho jednání plynout, bude se snažit ho naopak co nejvíce (a nejpřesvědčivěji, tedy i ekonomicky) podložit on.

Zpracovat důkazní materiál a náležitou argumentaci na solidním ekonomickém základě samozřejmě vyžaduje notnou dávku dodatečných *nákladů, času* i zapojení specializovaných  *lidských zdrojů*. Pro soutěžitele, zpravidla profesionály pohybující se v podnikatelském prostředí, je ekonomické uvažování součástí běžné činnosti; obvykle na to mají institucionální a materiální aparát, personální zázemí i potřebné zkušenosti. Odpovědné plánování a rozhodování v rámci podniku ekonomické analýzy vyžaduje v každém případě.

Ze strany státních soutěžních institucí však již tato skutečnost tak samozřejmě neplatí. Zde se musí se

<sup>28</sup> Z těchto požadavků pak nevyhnutelně vznikají potřeby řešit vztah soutěžních ekonomů a právníků z profesní a institucionální stránky, k tomu také viz níže.

<sup>29</sup> Jako příklad lze uvést „Horizontal Merger Guidelines“ a „Transfer Technology Block Exemption Regulation.“ Viz RÖLLER, L. H., BUIGUES, P.: *The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission*. Květen 2005, s. 16. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>. Také cit dokument „An economic approach to article 82“.

<sup>30</sup> RÖLLER, L. H.: *Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe*, s. 24. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>31</sup> Tamtéž s. 18.

<sup>32</sup> Tamtéž s. 19.

vzrůstajícím užíváním ekonomie podíl ekonomů odpovídajícím způsobem teprve zvyšovat. V rámci Generálního ředitelství pro oblast hospodářské soutěže u Evropské Komise (DG Comp) v poslední době dochází k významnému posunu. „More economic approach“ zde má zcela konkrétní institucionální a organizační důsledky.

Přibližně dvě sta z celkových sedmi set odborníků v DG Comp má nějakou formu ekonomického vzdělání.<sup>33</sup> Kolem dvaceti jich má titul Ph.D. v ekonomickém oboru, polovina z nich pak působí v rámci Úřadu hlavního ekonoma pro hospodářskou soutěž („*The Office of the Chief Competition Economist*“ – „CCE“).

Tento úřad, fungující od 1. září 2003, sestává právě z deseti odborníků, kteří dohromady tvoří tzv. „CET“ – Chief Economist Team.<sup>34</sup> CCE je zapojen do vybraných soutěžněprávních případů a guidelines. Vykonává přitom dvě hlavní funkce.

Jednak jde o funkci podpůrnou (*support function*), v jejímž rámci je jeden z členů CET již v ranné fázi přidělen k týmu řešícímu určitý případ<sup>35</sup>. Stává se jedním z jeho řádných členů, je úzce propojen s každodenní prací na jednotlivých případech, v případě potřeby poskytuje rady a poučení z ekonomické oblasti a metodologickou pomoc a přitom referuje zpět úřadu CCE.

Druhou funkcí je funkce kontrolně vyvažovací (*checks-and-balances function*). CCE poskytuje Komisaři (případně Generálnímu řediteli) nezávislé stanovisko<sup>36</sup> ohledně všech případů a guidelines, ve kterých se CET angažoval, zpravidla před přijetím finálního rozhodnutí Komise. Komunikování tohoto stanoviska probíhá buď jako *interní písemné sdělení*, nebo je prezentováno na *týdenním setkání*

s *Komisařem*<sup>37</sup> (kde CCE, přestože je institucionálně součástí DG Comp, prezentuje svůj názor nezávisle na něm) nebo jako tzv. *Final Advice*, tedy konečné doporučení – se souhlasem Generálního ředitele nebo na jeho žádost připraví Chief Competition Economist písemné stanovisko ohledně určitého případu pro rozhodnutí Komisaře.

Oficiální mandát ukládá CCE soustředit se především na ekonomickou debatu uvnitř DG Comp, ve spolupráci s ostatními služebními odděleními Komise a ve spojení s akademickým světem. V souvislosti s tím úřad CCE inicioval mnoho rozličných aktivit.<sup>38</sup> Jednak jde o *interní aktivity*, zaměřené především dovnitř organizace v rámci Evropské Komise:

- a) Vytvoření „*EAGCP*“ – Economic Advisory Group on Competition Policy (Ekonomická poradní skupina pro soutěžní politiku). Jedná se o tým přibližně dvaceti předních evropských akademických ekonomických odborníků, kteří plní poradní a konzultační funkci v důležitých otázkách soutěžní politiky v rámci DG Comp.<sup>39</sup>
- b) *Výroční fórum* – celodenní setkání EAGCP a DG Comp, na kterém se diskutují zejména ekonomický přístup a metodologie v kontextu konkrétních řešených i ukončených případů.
- c) *Ekonomické semináře* – Economic Seminar Series on Competition policy („ESS“). Veřejný seminář konaný každý měsíc, kde externí akademičtí odborníci prezentují vnitřním pracovníkům DG Comp svůj aktuální výzkum a relevantní poznatky z oblasti soutěžního práva.<sup>40</sup>
- d) „*Brown Bag Luncheon*“ – Interní oběd (omezený pouze na interní zaměstnance DG

<sup>33</sup> V širokém smyslu, tedy zahrnující všechny ekonomické disciplíny (včetně makroekonomie) i související obory (jako např. účetnictví). Blíže k organizačnímu uspořádání v rámci DG Comp srov. RÖLLER, L. H., BUIGUES, P.: *The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission*. Květen 2005, s. 16. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>; RÖLLER, L. H.: *Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe*, s. 24. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>34</sup> Polovina týmu je tvořena stálými zaměstnanci, polovina externími členy. Funkci vedoucího tohoto týmu, tedy „Chief Competition Economist“ v současné době zastává Lars-Hendrik Röller.

<sup>35</sup> Jde samozřejmě pouze o určitý vybraný počet případů. Měla-li by být zajištěna účast CET u každého případu, muselo by být vzhledem ke kapacitním možnostem zřejmě založeno samostatné speciální ekonomické ředitelství. Ze všech případů, do kterých je CET zapojen (buď na žádost některého z ředitelství, Generálního ředitele, Komisaře či z vlastní iniciativy), je zpracován tzv. „*rolling plan*“, který je přijat Generálním ředitelem na jeho každotýdenní schůzi s CCE. Pro přehled uzavřených případů z posledních let, do kterých byl CET zapojen (viz Appendix F) a další podrobnosti celého procesu srov. RÖLLER, L. H., BUIGUES, P.: *The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission*. Květen 2005, s. 16. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>36</sup> Pro což je podstatné, že CCE není úřad podřízený některému z ředitelství, ale přímo Generálnímu ředitelství, navíc se speciálním nezávislejším statutem.

<sup>37</sup> V jeho rámci DG Comp, právní oddělení (Legal Service), vyšetřovatel (Hearing Officer) a CCE prezentují svá stanoviska k jednotlivým případům a zásadním otázkám soutěžní politiky Komisaři.

<sup>38</sup> RÖLLER, L. H., BUIGUES, P. cit. práce s. 11 a následující.

<sup>39</sup> Skupina začal oficiálně působit v prosinci 2003. Stanovisko skupina vypracuje na podnět Komisaře, DG Comp či CCE, organizačně je přitom rozčleněna do tří podskupin, dle předmětu zájmu – EAGCP Antitrust subgroup (čl. 81 a 82), EAGCP Merger subgroup a EAGCP State Aid subgroup. V současném složení EAGCP je zástupcem za Českou republiku Ing. Alena Zemplerová, působící v posledně jmenované podskupině.

<sup>40</sup> Význam takových setkání je sledován ve dvojitým smyslu. Jednak jsou výsledky nejnovějšího výzkumu v soutěžním právu rozšiřovány do DG Comp a na druhé straně externí (zejména akademičtí) odborníci vstřebávají a hlouběji poznávají reálná témata soutěžní politiky, která by zasluhovala důkladnější teoretický rozbor.

Comp), kde řešitelé jednotlivých případů, zejména mladší kolegové, *neformálně* diskutují ekonomická témata svých případů.

V rámci *externích aktivit* se CCE snaží udržovat a rozvíjet kontakty s institucemi vně oficiální struktury Komise. Můžeme mezi ně řadit především spojení s univerzitami, akademickými organizacemi a sdruženími, jako je např. „*CEPR*“ – Centre for Economic Policy Research. Obdobně se týká i významných profesních organizací v oboru, kupříkladu v poslední době vytvořená Association of Competition Economists („*ACE*“).

Výrazná je i spolupráce s Americkými sesterskými organizacemi. Kromě kontinuální kooperace, v říjnu 2004 proběhlo první Výroční bilaterální euro-americké setkání ekonomů. Zástupci DG Comp a FTC/DoJ na něm diskutují užítí ekonomického přístupu a metodologie v kontextu významných případů.

CCE a CET se dále účastní různých konferencí, sympózií, panelových diskusí a odborných veřejných akcí. V minulém roce bylo při nejrůznějších příležitostech předneseno na pětatřicet projevů.

Na pomezí mezi interními a externími aktivitami lze hovořit o *stycích s národními soutěžními úřady*. Jde sice o záležitosti z institucionálního hlediska mimo úroveň Evropské Komise, funkčně jde ale o součást Evropské soutěžní sítě; vzhledem k modernizaci soutěžního práva a posílení vazeb mezi národní a evropskou úrovní jde o mimořádně aktuální otázku. Bez paralelního procesu zajišťování potřebného ekonomického institucionálního a organizačního zázemí také v rámci národních úřadů nemůže být consistentní a efektivní aplikace ekonomického přístupu k soutěžnímu právu dosažena.

V několika zemích byl ale na národních soutěžních úřadech již tým obdobný CET zřízen. Mezi takovými ekonomickými odděleními a CCE by měla vzniknout intenzivní spolupráce, v současné době se zakládá Pracovní skupina pro „soutěžněprávní ekonomy“ v rámci celé Evropské soutěžní sítě. Ta by měla poskytnout tolik potřebné fórum pro vzájemnou komunikaci, předávání znalostí a zkušeností a zajištění jednotného ekonomického přístupu v rámci celé Evropské unie.

#### IV. TRIKY EKONOMETRIKY

Domnívat se, že odpovědný přístup k modernímu ekonomickému pojetí soutěžní politiky spočívá v institucionálních dimenzích a že „*more economic approach*“ snad znamená pouze nabírání potřebného počtu eko-

nomických odborníků na soutěžní úřady by ale byl pohled poněkud povrchní. Zapojení ekonomických metod do soutěžního práva má řadu problematických specifik vyplývajících přímo ze své povahy samotné. Bez ohledu na to, kdo s jakým vzděláním a v rámci jaké organizace je do této činnosti zapojen.

Existuje několik důležitých aspektů, kterým je třeba v souvislosti s potřebou profesionálního a efektivního použití ekonomie v soutěžním právu věnovat pozornost. Tak jako většina jakýchkoliv jiných analýz, jsou i mezi ekonomickými analýzami analýzy kvalitní a analýzy *nekvalitní*; tak jako jakékoliv jiné analýzy i ty ekonomické mohou být stejně tak dobře užity jako *zneužity*. K faktu, že a) analýzu zpracovává dostatečně fundovaný odborník (institucionální stránka) je tak třeba nutně připojit ještě požadavek, aby i b) obsah této analýzy byl dostatečně fundovaný (materiální stránka) a c) do právního posuzování vstupoval odpovídajícím způsobem (formální a komunikační stránka). Nejde tedy pouze o problém vlastního *vypracování*, ale také *srozumitelné formulace* a komunikace výsledků a jejich prezentace, zejména neekonomickým odborníkům.

Má-li být ekonomický přístup přínosným v rámci procesu principiálně právního, je nutno, aby splňoval řadu požadavků. Není výjimkou, že ekonomická analýza, kterou sice připraví zkušený odborník, ale nepřikládá dostatečnou váhu potřebám vyplývajícím ze způsobu jejího užítí, je velmi složitým, komplikovaným a nerosozumitelným rozbořem, vyvolávající tím pochybné závěry a interpretace. U takové analýzy, zapojené do procesu posuzování konkrétního jednání, pak hrozí nebezpečí, že bude buď *nesprávně zhodnocena* a budou z ní vyvozeny nesprávné závěry, nebo bude dokonce prostě *ignorována*.

Nejhorším příkladem je tzv. „*black box*“ přístup, tedy přístup založený na pouhé důvěře v odbornost ekonomů. Např. analýza typu:

1.  $\log q_{mt} = \beta \log y_{Bt} + \delta_{mk} \log \pi_{kt} + \alpha_m + \varepsilon_{mt}$
2.  $\log u_t = \beta_0 + \beta_1 \log y_t + \beta_2 \log \pi_t + Z_t \delta + \varepsilon_t$
3.  $S_{it} = \alpha_i + \beta_i \log (y_{Gt}/P_t) + \gamma_{ij} \log p_{jt} + \varepsilon_{it}$

Hodnoty parametrů implikují, že spojení soutěžitelů je prosoutěžní.<sup>41</sup>

Je zřejmé, že takovéto pojetí je v podstatě neakceptovatelné. „Já jsem expert, důvěřujte mi“, není *onen* ekonomický přístup, od kterého lze s nadějí očekávat zkvalitnění a zefektivnění soutěžní regulace. Jak upozorňuje literatura, takové nežádoucí tendence jsou již naštěstí spíše otázkou minulosti, ovšem stále se objevují více než by měly i v současné době.<sup>42</sup>

Obecně můžeme říci, že reálná „užitná hodnota“

<sup>41</sup> Odstrašující příklad převzat z FLORIAN, P., WALKER, M.: The Correct Approach to the Use of Empirical Analysis in Competition Policy. *E. C. L. R.*, 2005, č. 6, s. 320.

<sup>42</sup> Tamtéž.



analýzy závisí jak na faktorech *subjektivních*, tedy přístupu jejího autora, odbornosti, se kterou je zpracována a způsobu, jakým jsou její výsledky prezentovány a vyargumentovány, tak na faktorech *objektivních* – někdy totiž, ať už bude snaha zpracovatele jakákoliv, bude využitelnost analýzy v konkrétním případě limitována objektivními překážkami. Např. nemožností zjistit potřebná spolehlivá data či nemožností dostatečně přesně zmapovat všechny (i nepřímé) vlivy, které na zkoumaný primární faktor působí. Někdy bude také nutno prostě přijmout, že ekonomickou analýzou nepůjde daná situace popsat vůbec; ani roli ekonomie nelze přeceňovat. Na všechny otázky odpověď neposkytne (a nevědomě si těchto omezení může vést k nebezpečným snahám – s neblahými kvalitativními důsledky na rozhodování – přinášet ekonomické analýzy za každou cenu i tehdy, když jejich vypovídací hodnota bude zjevně minimální).

Aby mohla být ekonomická (zejména empirická) analýza využita v procesu posuzování soutěžního jednání a mohla být skutečně věrohodným a *spolehlivým* důkazem, který bude moci např. i neekonomicky vzdělaný soudce (či úředník na soutěžním úřadě) s čistým svědomím použít jako pádný argument, musí splňovat určitá kritéria.<sup>43</sup>

Musí být především založena na jasné ekonomické teorii, předpoklady, na kterých staví musí být *explicitní a zřejmé*. Teorie musí dále vést k *testovatelným hypotézám*. Analýza by měla celkově být, jak jen to jde *intuitivní* a neměla by být zbytečně komplikovaná. S pochopitelným vědomím nebezpečí přílišné trivializace musí úsilí směřovat k vytvoření maximálně srozumitelné, přesto odborné analýzy. Bez ambicí na zcela obecnou platnost lze užít známé rčení *„simple things work“*. Také by se nemělo zapomínat na jakýsi vnější pohled (či *nadhled*) a výsledky analýzy porovnat v kontextu celé ekonomické teorie a také ostatních důkazů a okolností v posuzovaném případě.

Analýza by také měla být *opakovatelná*, mělo by být možno ověřit její výsledky. Sledovat je též nutno *kvalitu vstupních dat*. Čím vyšší úlohu v dané analýze hrají, tím větší důraz musí být kladen na jejich reprezentativnost, přesnost a vypovídací hodnotu. Stejně tak model samotný musí být prozkoumán z hlediska *citlivosti na změny*. (Reagují-li výsledky plynoucí z analýzy na *nepodstatnou* změnu vstupních údajů či nějaké proměnné svou *podstatnou* změnou, je dán důvod k pochybnostem o spolehlivosti výsledku.)

Celkově je tedy možno říci, že ke zpracovávání ekonomických podkladů pro rozhodování soutěžních úra-

dů je nutno přistupovat s maximální možnou mírou odbornosti, zvláště pokud jim má být přikládán rozhodující význam, musí poskytovat skutečně spolehlivé a věrohodné údaje, které mohou sloužit jako důkaz v pravém slova smyslu.

## V. DŮVOD K OPTIMISMU NEBO PESIMISMU?

Že je „*more economic approach*“ a jeho konkrétní projevy v soutěžním právu realitou, je nepochybné. I sám „Chief Competition Economist“ Lars-Hendrik Röller ale konstatuje, že *automaticky* pozitivní to není. K využití plného přínosu ekonomického přístupu je třeba splnit řadu podmínek.<sup>44</sup>

Jak bylo poznamenáno výše, především by mělo jít o profesionální věcné *zpracování* a srozumitelnou prezentaci. S ohledem na potřebu předvídatelnosti a *právní jistoty*, zejména s pomocí využívání *guidelines*, publikací a veřejnou diskusí generalizovatelných metodologických postupů jakož i co nejvyšší mírou institucionální spolupráce v rámci ECN i mimo ní, by mělo být dosaženo konsistentního a tím snad i předvídatelného přístupu. „Právní jistota a ekonomické principy nejsou substituty, ale komplementy.“<sup>45</sup> Aby to však platilo, musí motto ekonomizující modernizace znít nikoliv jen jako prosté „*more economic approach*“, ale především „*better economic approach*“.

Vypořádat se je také nutné se zvýšenými nároky na *délku rozhodnutí*, náklady a personální požadavky. Jak v rámci Evropské Komise tak i na národních soutěžních úřadech musí být dostatečné personální a materiální kapacity k náležitému zvládnutí celé agendy. Mělo-li by užití ekonomického přístupu vést k podstatnému prodlužování délky řízení, znamenalo by to pro jeho pozitivní hodnocení jistě neopomenutelnou překážku.

Co se týče problematiky zapojení *pohledu ekonomického* do procesu *regulace právní* a možné *koliže dvou odlišných profesních přístupů*, lze v podstatě souhlasit s názorem, že „prostor pro větší aplikaci ekonomických teorií lze nepochybně uvítat, nelze přitom však zapomínat na širší kontext soutěžního práva a právní instituty, o nichž ekonomové zpravidla vůbec neuvažují (např. princip právní jistoty, srozumitelnost právních norem pro jejich recipienty atd.)“<sup>46</sup> Podoby skutečného střetu (či „*Soutěže*“ *mezi právem a ekonomikou*, jak zní titul citované Hutchingsovi práce) by tento vztah v žádném případě dosáhnout neměl. Nesmí do-

<sup>43</sup> Blíže viz tamtéž s. 321 a násl.

<sup>44</sup> RÖLLER, L. H.: *Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe*, s. 23. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>45</sup> Poznámka Johna Vickerse cit. dle RÖLLER, L. H.: *Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe*, s. 21. Dokument dostupný (v listopadu 2005) na URL <http://europa.eu.int>.

<sup>46</sup> KINDL, J. cit. práce s. 345.

jít k situaci, že mezi soutěžními právníky a ekonomy bude vztah *konkurence*. Vše je třeba směřovat k ideálnímu stavu, který z tohoto pohledu představuje vztah *částečné integrace* (aby zainteresovaný právník dokázal do svých úvah zahrnout alespoň základní ekonomický

kontext a na druhé straně ekonom chápal potřebu dodržet důsledně právní povahu regulativního mechanismu) a především plné *kooperace*. Jen tak lze v aplikaci „*more economic approach*“ v soutěžním právu vidět *skutečný* přínos.