

Czech Association for Competition Law
Anglo-American University

Definition of Relevant Markets and other Topical Issues of Protection of Competition in the Enlarged European Union



CZECH ASSOCIATION
FOR COMPETITION LAW



ANGLO-AMERICKÁ VYSOKÁ ŠKOLA, o.p.s.

ANGLO-AMERICAN UNIVERSITY

••T••Mobile•

NOTES ON THE ECONOMIC APPROACH TO ASSESSMENT OF COMPETITION DISTORTING AGREEMENTS IN ÚOHS (OFFICE FOR THE PROTECTION OF COMPETITION) PRACTICE

Tomáš Fiala¹

The issue of competition authorities' approach to agreements which involve competition distortion or restriction is very important as the concept adopted has an immediate impact on the business practice of entrepreneurial entities. It is apparent that interpretation of the key factor contained in Section 3, Subsection 1 of Act No. 143/2001 Sb. providing for competition protection, as amended (hereinafter the "Competition Protection Act" or the "Law") is decisive in assessment of anticompetitive conduct, or Article 81, Paragraph 1 of the EC Treaty, expressed by the term "competition distortion". Until recently, interpretation of this term was very broad and some authors are of the opinion that it was formalist up to legalist.² At present, the need of interpreting the expression "competition distortion" based on the test of economic aspects of anticompetitive behaviour, representing a kind of a rule of reason, is gaining ground ever more, on the contrary. In this way, it should be assessed in what extent the anticompetitive aspects prevail, and in the case such a test ends in a procompetitive conclusion, such a conduct would not be subject to general prohibition of competition distorting agreements. This new manner of applying the rules of competition and its reflection in the decision-making practice of the Office for the Protection of Competition (hereinafter the "Office") is the subject-matter of the following contribution.

1. Assessment Concept of Competition Distorting Agreements

Pursuant to Section 3, Subsection 1 of the Law, agreements among competitors, decisions of their associations and conduct of competitors in mutual concordance, which lead or may lead to distortion of competition, are prohibited and invalid unless determined otherwise by this or a special law or unless the Office permits an exception to this prohibition by means of an executive regulation. Especially agreements stated in the Law as examples are prohibited, such as agreements on prices, market distribution, constrained business, discrimination or collective boycott (Section 3, Subsection 2 of the Law).

¹ Tomáš Fiala, solicitor at AK Vejmělka & Wünsch in Prague

² See Tichý, L.: Změna paradigmatu evropského soutěžního práva a její význam pro Českou republiku (Change of the European competition law paradigm and its meaning for the Czech Republic), Právní rozhledy No. 2/2004.

It follows from the above that such agreements among competitors are considered prohibited, which lead or may lead to distortion of competition, while in my opinion, the decision-making practice of the Office concerning Section 3, Subsection 1 of the Law often stems from the narrow grammatical interpretation of the rule of law above,³ considering even those agreements as prohibited competition distorting agreements which do not fall among *hard-core* cartels, aimed at competition distortion, by their nature, but which could have the hypothetical consequence of competition distortion.⁴ I assume that the approach of the Office is not entirely clear in this respect, and especially in the former period it was relatively activist and formalist. From the viewpoint of the Office, it was sufficient for unlawfulness of agreements in the sense of Section 3, Subsection 1 of the Law if a certain agreement had at least potential impact on a delimited relevant market, while mere fabulation of future possible consequences of the agreement was often sufficient to demonstrate such an impact.⁵

At the same time, the Office found support for the interpretation mentioned also in judicial decisions of administrative courts (cp., for example, judgment of the Supreme Administrative Court, Ref. No. 1 As 19/2006-55 from January 9, 2007 regarding the case of *Chamber of Veterinary Surgeons*). According to the Supreme Administrative Court, the Law is based on the principle of potential competition protection, preventive action is thus possible based on the Law or sanction can be deduced, respectively, even in cases when such an agreement exists which may lead to the anticompetitive consequence.

However, in my opinion, distortion of competition cannot be viewed as an abstract, theoretical possibility but as a real potential in a given, particular case. Any other interpretation could be namely at variance with the Charter of Rights and Freedoms forming part of the constitutional order of the Czech Republic (hereinafter the "Charter").

3 I would like to note regarding the role of grammatical interpretation of legal regulations that grammatical interpretation is only one of interpretation methods, however, not the determinant method. In this respect, the Supreme Administrative Court emphasized repeatedly (cp. judgment of the Supreme Administrative Court from October 23, 2007, Ref. No. 5 Afs 127/2006-55) that grammatical interpretation is only one of interpretation methods, however, not the determinant method. However, in order to arrive at a reasonable and acceptable interpretation of a regulation, application of the literal (grammatical) interpretation does not suffice usually but other interpretation methods need to be used, as well (logical, systematic, historic, theological, comparative in law etc.). Grammatical interpretation of a regulation represents only the first step toward finding the meaning of a regulation (cp. finding of the Constitutional Court No. 30/1998 Sb.). Its final interpretation is an intersection and balancing of the methods mentioned above.

4 Decision of the chair of the Office from April 18, 2007 in the legal case of *building societies*.

5 Ad absurdum, such an approach might lead up to the conclusion that in theory, every agreement can distort competition in some way, and it is thus only up to the competition authority to fabulate its consequences.

It follows from its provisions that any lawful limitation of freedoms (in the given case of the right for free business in the sense of Article 26, Paragraph 1 of the Charter) can be done in the democratic society only when it is indispensable for achievement of purposes observed by the law and for protection of rights and interests of others. Pursuant to Article 4, Paragraph 4 of the Charter, "in using the provisions on limits of fundamental rights and freedoms, their substance and purpose should be spared". Thus, if there is no real danger of distortion of competition in a certain, particular situation, the government must refrain from interventions in business and other freedoms. Any other interpretation would lead to far-reaching and dangerous consequences – every human activity is namely and theoretically a possible source of hazard. The law and government within the framework of the law may therefore suppress real distortions only, if the economic and social life is not to be paralysed. Especially the limitation of an individual competitor (such a limitation is represented by every business contract) and limitation of competition as is should always be distinguished. Limitation of an individual competitor need not mean general, perceivable (felt) limitation of competition yet, and especially, it need not mean any real or threatening distortion of competition, which is a fundamental condition of application of Section 3, Subsection 1 of the Competition Protection Act.

European judgments, too, which must be taken into account by the Office within the framework of the so called Euroconformity interpretation of national law in assessment of similar legal issues,⁶ has come to the conclusion that the purpose of the general prohibition of competition distorting agreements is to suppress ways of conduct which disturb the very function of competition on a certain market, while such a disturbance must be felt (see, for example, the decision of the European Court of Justice in the legal case no. 5/69 *Völk vs. Vervaecke*, according to which the agreement does not fall in the scope of Article 85 (now 81) of the EC Treaty, provided that the agreement has only insignificant effect on the market). Similarly, the Court of Justice concluded its determination of law in the legal case no. C-7/95 *P John Deere Ltd vs. the Commission* from May 28, 1998, by stating that if the purpose of a certain agreement is not to distort competition, it can be found prohibited based on Article 81, Paragraph 1 of the Treaty only due to its anticompetitive effects. However, the agreement shall not fall in the scope of Article 81, Paragraph 1 of the Treaty if its impact on the competition is only negligible.

Article 81, Paragraph 1 of the Treaty, transposed into the Competition Protection Act

⁶ According to steady practice of the Supreme Administrative Court even in cases when those factual circumstances are assessed which occurred before the entry of the Czech Republic in the European Union and the law effective then is the applicable law, provision of the Czech legal regulation, adopted without a doubt for the purpose of bringing the Czech law closer to that of European Communities and having its prototype in the legal regulation contained in the law of European Communities, must be interpreted in conformity with this regulation (see, for example, judgment of the Supreme Administrative Court from January 31, 2007, Ref. No. As 50/2006-262).

by means of provision of Section 3, Subsection 1 of the Law, prohibits agreements, decisions and ways of conduct in mutual concordance, "aimed at or resulting in" distortion of competition on the common market. It follows from the text of this provision that it is necessary to distinguish consistently between agreements *aimed* at restriction of competition and agreements *resulting* in unfavourable effect on competition. Concerning this issue in the legal case of *Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm* (decision from June 30, 1996), the Court of Justice decided that the terms aim or result had to be viewed separately, and that the purpose of agreement should be examined at first. In the case that it is not clear based on such an assessment whether the aim of the agreement was to distort competition, it should be assessed whether the relevant agreement had (or may have a real) consequence of distortion of the competitive environment on the given market.

From the case law of the European Court of Justice, contained in the summary form in notification of the European Commission of application of Article 81, Paragraph 3 of the Treaty (OJ 2004/C 101/08), it then follows that in horizontal agreements, the aim of distortion of competition can be presumed only in the case of agreements to determine prices, to restrict production and divide markets or customers. In such agreements exclusively, their *per se* prohibition can be considered based on Article 81, Paragraph 1 of the Treaty. In such cases, the Commission is not obliged to perform detailed assessment of the agreement and provide evidence of its anticompetitive effect. In other agreements among competitive entities, their real (or bringing a real threat at least) negative impact on development of competition must be demonstrated, and it is not possible to stem only from hypothetical effects of such arrangements. In other words, the European Commission must demonstrate based on detailed market analysis in such cases that the agreement has a (felt) negative impact on the price level, production volume, innovation or quality and assortment of the goods and services offered.

In order to fulfil the material condition of the anticompetitive nature of the agreement, it thus does not suffice to fabulate exclusively the future possible consequences of the agreement. The condition of at least (real) potential distortion of competition can be considered met only if the agreement leads to reduction at least of the uncertainty degree regarding future behaviour of the competitor on the market. This condition is met in such a type of consensual ways of conduct from which it can be construed indirectly at least, based on the summary of circumstances of the very consensus origination and content and of its implementation, how individual competitors shall probably act on the market. As stated by the European Court of Justice in the case of *Chemiefarma* (judgment in the case C-41/69, 1970), in order to qualify a conduct as "anticompetitive agreement", it is necessary that "...common will to behave in a certain manner on the market..." follows from it indirectly at least.⁷ Only such a form of coordination of

⁷ Judgment of the Regional Court in Brno from January 8, 2008 in the case of *building societies*.

competitive behaviour can be thus considered anticompetitive, which shall lead in the future to creation of deformed competition conditions on the market because individual market participants (competitors) do not determine their future competing strategies separately and independently. Capacity of the agreement to distort competition must be thus necessarily built on considerations that have a real basis, demonstrable by concrete facts. Thus in considering whether the agreements under assessment lead or may lead to distortion of competition, it is especially necessary to examine thoroughly and take into account the situation on the given relevant market.

The present decision-making practice of the European Commission as well as of judicial bodies of European Communities then clearly accentuates the predominance of economic analysis (i.e. assessment of objective economic circumstances of the case) over the legal analysis stemming only from estimates or hypotheses on possible impacts of the agreement on competition. This trend can be tracked clearly, for example, in the judgment of the Court of First Instance in the legal case of *Night Services* from September 15, 1998 (consolidated cases T-374/94, T-377/94, T-384/94 and T-388/94 *European Night Services*). In its judgment, the Court emphasized the necessity of assessing the agreements in their economic context, with the exception of those agreements the clear purpose of which was to restrict competition (for example, agreements on prices or division of markets). Similarly, in the legal case of *Métropole Télévision – M6 and Others vs. the Commission* from September 18, 2001 (case no. T-112/99), the Court of First Instance emphasized such an application of Article 81, Paragraph 1 of the Treaty, which requires strict analysis of the impact of the agreement on competition.

It follows from the above that there is an apparent trend in the EC competition law, which represents a deflection from application of Article 81, Paragraph 1 of the Treaty in an automatic (formalist) way for the benefit of the economic concept of the competition law, and assessment of agreements in their overall economic context. I assume that a similar approach to agreements among competitors should be taken by the Office, too, in its decision-making practice.

Based on the above, it can be concluded that, with the exception of the so called hard cartels (cartels with the hard core) the impact of which on competition need not be subjected to rather thorough analysis, illegal nature cannot be presumed automatically in agreements including restriction of competition, but the given agreement should be assessed in its legal and economic context, and it should be verified in the light of particular factual findings whether it has a negative impact on some fundamental parameters of competition or has a significant potential at least of doing so. Fundamental factors or indicators that should be taken into account by the relevant competition authorities include especially the market positions of parties to the agreement, market positions of competitors, entrance barriers, the nature of the affected product and possibly also other factors such as the level of specific control in the given industry.

2. Duty of Euroconformity Interpretation in the Decision-Making Practice of the Office

In linkage to the above, I deem it suitable to think also about interpretation of the provision of Section 3, Subsection 1 of the Competition Protection Act in the decision-making practice of the Office, and to point out possible violation of the duty of Euroconformity interpretation on part of the Office.

It follows from the previous part of this contribution that Section 3, Subsection 1 of the Law is interpreted very extensively on part of the Office, and it can be thus at variance with the scope of the corresponding legal regulation contained in the law of European Communities, i.e. in Article 81, Paragraph 1 of the EC Treaty. In my opinion, this potential variance can be demonstrated, for example, in connection with decision of the Office in the case of *building societies*. In this case, the Office initiated an administrative procedure in 2004 based on its own motion with six building societies (which provide services to clients as delimited in Act No. 96/1993 Sb. providing for building savings and state benefit in building savings, as amended). Initiation of the administrative procedure was based on complaints of inhabitants about the fees for the building savings account administration and about introduction of a new fee, the so called fee for interest preference. On April 18, 2007, the Office issued a decision in the second step of the administrative procedure (i.e. decision of the chair of the Office for the Protection of Competition) addressed to the companies Českomoravská stavební spořitelna, a.s.; Hypo stavební spořitelna a.s.; Wüstenrot – stavební spořitelna a.s.; Modrá pyramida stavební spořitelna, a.s.; Stavební spořitelna České spořitelny, a.s.; and Raiffeisen stavební spořitelna a.s., according to which the participants mentioned concluded and implemented a prohibited and invalid agreement on exchange of information, which could lead to distortion of competition on the building savings market – the saving phase. By doing so, the building societies mentioned above were believed to have violated the prohibition stated in Section 3, Subsection 1 of the Law and due to this, a penalty was imposed on them by the Office in the aggregate amount of CZK 55 mil. All the building societies filed administrative actions with the Regional Court in Brno against this decision, and by its judgment from January 8, 2008, the Court cancelled the decision of the Office issued in the second step of the administrative procedure, and returned the case to the Office for the purpose of further proceeding. The Office filed a cassation complaint with the Supreme Administrative Court against this decision of the Regional Court; the subject-matter has not been decided on by the Supreme Administrative Court yet.

Building societies objected to the decision of the Office arguing precisely, besides others, that interpretation of Section 3, Subsection 1 of the Law on part of the Office was unlawful.

8 Se

societi

9 Mi

Act –

10 C

The final decision of the Office states that the provision of Section 3, Subsection 1 of the Law was violated due to the agreement concerned on exchange of statistical surveys, which *could lead* to distortion of competition on the building savings market – the savings phase. Paragraphs 70 – 75 of the contested decision the Office states that the legal regulation of competition distorting agreements pursuant to Section 3, Subsection 1 of the Law can be assessed as stricter than regulation in the sense of Article 81 of the Treaty when in the opinion of the Office, in order to demonstrate violation of Section 3, Subsection 1 of the Law it should suffice that potential distortion of competition due to the conduct of the competitors has been evidenced properly. However, such a conclusion of the Office is problematic in my opinion as it does not take into account the rules following from the Community law, i.e. in the given case Article 81, Paragraph 1 of the Treaty.

In my opinion, the conclusion of the Office mentioned above is built especially on absolutizing the linguistic interpretation of the provision of Section 3, Subsection 1 of the Law, which determines that such agreements among competitors are prohibited which *lead or may lead* to distortion of competition. However, conclusion of the Office in the sense that the legal regulation contained in Section 3, Subsection 1 of the Law is stricter in any respect than the regulation contained in Article 81 of the EC Treaty must be rejected in my opinion. From the viewpoint of the conceptual and reasonable application of the competition law, it is necessary to construe that both provisions express the same material prohibition. Then both provisions must be interpreted in the same way, as well.⁸

Any other interpretation would be at variance with legal regulations of European Communities which form a prototype of Section 3, Subsection 1 of the Law, i.e. Article 81, Paragraph 1 of the EC Treaty. Here I deem it suitable to recall that from the very beginning, Czech legislation struggled for harmonization of the Czech competition law with the Community competition law, while the undertaking to approximate the competition law was coded afterwards as an international undertaking assumed in Article 64 and especially in Articles 69 and 70 of the European Treaty.⁹ From provisions of Section 1, Subsection 2 of the Constitution,¹⁰ in connection with the principle of cooperation set in Article 10 of the Treaty, the constitutional principle then follows, according to which national legal regulations should be interpreted in conformity with processes of European integration and cooperation of European bodies and the membership country bodies when possible. It follows from the above that if several possible interpretations of the relevant provision exist pursuant to the national interpretation methodology, such an interpretation should be chosen which makes it possible to interpret the relevant regulation in conformity with the European

⁸ See judgment of the Regional Court in Brno from January 8, 2008 in the case of *building societies*.

⁹ Munková, J.: *Zákon o ochraně hospodářské soutěže – Komentář* (Competition Protection Act – Comments), C. H. Beck, 2003, p. 26.

¹⁰ Constitutional Act No. 1/1993 Sb., Constitution of the Czech Republic, as amended.

It is therefore evident that in interpretation of Section 3, Subsection 1 of the Law, adopted without a doubt in order to bring the Czech law closer to that of European Communities, it is essential to proceed in such a manner so that the interpretation conforms to the provision of Article 81, Paragraph 1 of the Treaty. It is so without a doubt also in cases in which factual circumstances are assessed, occurring before entry of the Czech Republic in the European Union.¹²

As mentioned above, Article 81, Paragraph 1 of the EC Treaty prohibits agreements the *aim or result* of which is distortion of competition on the common market. The provision of Section 3, Subsection 1 of the Law does not use such terms the meaning of which was interpreted in detail in the judgment of the Court of Justice but it stems from vague formulation “agreements which lead or may lead” to distortion of competition. Interpretation of Section 3, Subsection 1 of the Law in a way different (broadening in the given case) from interpretation of Article 81, Paragraph 1 in the decision-making practice of Community bodies can be thus at variance with the duty of Euroconformity interpretation mentioned above. I assume that respecting the Euroconformity interpretation of Section 3, Subsection 1 of the Law, the term *leads to distortion of competition* must be understood as a situation when a certain agreement brings the *result* of distorting competition, while the term *may lead to distortion of competition* must be understood as cases when a certain agreement is *aimed* at distorting competition. However, in my opinion, interpretation of Section 3, Subsection 1 of the Law supporting the decision of the Office goes beyond the scope of Article 81, Paragraph 1 of the Treaty and is thus at variance with the sense of this regulation. Adoption of interpretation of the provision of Article 81, Paragraph 1 of the Treaty embraced by the Office could thus lead to far-reaching and hazardous consequences – namely that any conduct in competition is prohibited automatically as every such conduct is a potential source of threat.

Based on the above, I have come to the conclusion that in agreements among competitors not aimed at distorting competition, their real (or really threatening at least) negative impact on competition must be proven in accordance with Euroconformity interpretation of Section 3, Subsection 1 of the Law, and that it is not possible to stem only from hypothetic effects of such arrangements. In other words, the Office may identify an agreement as one which distorts competition (and thus as one prohibited pursuant to Section 3, Subsection 1 of the Law) only based on detailed assessment of its real anticompetitive effects. However, the interpretation advocated by the

11 Finding of the Constitutional Court PI ÚS 66/04 from May 3, 2006.

12 Generally, regarding the duty of Euroconformity interpretation of Czech legal regulations, especially judgment of the Supreme Administrative Court from September 29, 1995, Ref. No. 2 Afs 92/2005-45.

Office regarding the decision in the case of building societies can be at variance with interpretation of Article 81, Paragraph 1 of the Treaty in the practice of Community bodies, and it can thus establish violation of the duty of Euroconformity interpretation of national legal regulations.

3. Conclusion

In general, I am convinced that assessment of competition distorting agreements in the Czech Republic follows the trends in the Community competition law and responds to them with a varying degree of delay. I assume that in general, the Office is capable of using the approaches adopted by the European Commission in relevant cases. In spite of that, it can be recommended that the Office applies more consistently the economic approach mentioned in assessment of competition distorting agreements, and that it interprets the fundamental term "distortion of competition" in a less formalist way and while taking into account economic aspects of the conduct concerned. Furthermore, I assume that in other legislative adaptations of the Competition Protection Act, it would be suitable to take into account the text of Article 81, Paragraph 1 of the EC Treaty ("*... agreements aimed at or resulting in distortion of competition...*"), and to incorporate it in a corresponding manner in the provision of Section 3, Subsection 1 of the Law so that it is apparent from the grammatical (literal) interpretation of the provision that both provisions express the same material prohibition. Especially the competitors exposed to action of Czech as well as Community rules for assessment of competition distorting agreements would derive benefit from such a development.

Česká asociace pro soutěžní právo
Anglo-americká vysoká škola, o. p. s.

Vymezení relevantních trhů a další aktuální otázky ochrany hospodářské soutěže v rozšířené Evropské unii



ČESKÁ ASOCIACE
PRO SOUTĚŽNÍ PRÁVO



ANGLO-AMERICKÁ VYSOKÁ ŠKOLA, o.p.s.

ANGLO-AMERICAN UNIVERSITY

••T••Mobile•

POZNÁMKY K EKONOMICKÉMU PŘÍSTUPU POSUZOVÁNÍ DOHOD NARUŠUJÍCÍCH SOUTĚŽ V PRAXI ÚOHS

Tomáš Fiala¹

Otázka přístupu soutěžních úřadů k dohodám obsahujícím narušení soutěže je velmi důležitá, neboť zvolená koncepce má bezprostřední dopad na obchodní praxi podnikatelských subjektů. Je zřejmé, že pro posuzování protisoutěžního jednání je rozhodující interpretace klíčového faktoru obsaženého v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“ nebo „zákon“) i čl. 81 odst. 1 Smlouvy o ES, vyjádřeného ve slovech „narušení hospodářské soutěže“. Do nedávné doby byla interpretace tohoto pojmu velmi široká a někteří autoři soudí, že byla formalistická až legalistická.¹ V současné době se naopak stále více prosazuje potřeba vykládat spojení „narušení soutěže“ na základě testu ekonomických aspektů protisoutěžního jednání, jenž by představoval jakési pravidlo rozumu (rule of reason). Takto by se mělo posoudit, do jaké míry převažují prosoutěžní aspekty protisoutěžního jednání, a v případě, že by takovýto test vyústil v prosoutěžní závěr, pak by takové jednání nepodléhalo obecnému zákazu dohod narušujících soutěž. Tento nový způsob aplikace soutěžních pravidel a jeho odraz v rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) je předmětem následujícího příspěvku.

1. Koncepce posuzování dohod narušujících soutěž

Podle § 3 odst. 1 zákona dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Zakázanými jsou především dohody příkladmo uvedené v zákoně, jako jsou např. dohody o cenách, rozdělení trhu, vázané obchody, diskriminace nebo kolektivní bojkot (§ 3 odst. 2 zákona).

Z výše uvedeného vyplývá, že za zakázané jsou považovány dohody mezi soutěžiteli, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže. Rozhodovací praxe Úřadu ohledně § 3 odst. 1 zákona přitom dle mého názoru mnohdy vychází z úzce

¹ Tomáš Fiala, advokát v AK Vejmelka & Wünsch, Praha

gramatického výkladu uvedené právní normy,² a za zakázanou dohodu narušující soutěž považuje i dohodu, jež svým charakterem nespadá mezi *hard-core* kartely, které mají za cíl narušení soutěže, ale která by narušení hospodářské soutěže pouze hypoteticky mohla mít za následek.³ Domnívám se, že přístup Úřadu není v tomto ohledu zcela čitelný a zejména v dřívějším období byl poměrně aktivistický a formalistický. Z hlediska Úřadu bylo pro nezákonnost dohod ve smyslu § 3 odst. 1 zákona postačující, pokud určitá dohoda měla alespoň potenciální dopad na vymezený relevantní trh, přičemž dostačujícím pro prokázání tohoto dopadu byla mnohdy i pouhá fabulace budoucích možných důsledků dohody.⁴

Pro uvedený výklad přitom Úřad nalézal oporu i v judikatuře správních soudů (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 1 As 19/2006-55 ze dne 9. 1. 2007 ve věci *Komora veterinárních lékařů*). Podle Nejvyššího správního soudu je zákon založen na principu ochrany potenciální soutěže, takže na jeho základě lze působit i preventivně, resp. k vyvození postihu je možno přistoupit i tehdy, je-li zde taková dohoda, která k protisoutěžnímu následku může vést.

Narušení hospodářské soutěže však dle mého názoru nelze chápat jako abstraktní, teoretickou možnost, ale jako reálnou možnost pro daný konkrétní případ. Každý jiný výklad by totiž mohl být v rozporu s Listinou základních práv a svobod tvořící součást ústavního pořádku České republiky (dále jen „Listina“). Z jejich ustanovení vyplývá, že jakékoliv zákonné omezení svobody (v daném případě práva na svobodné podnikání ve smyslu čl. 26 odst. 1 Listiny) lze uskutečňovat jen tam, kde je to v demokratické společnosti nezbytně nutné k dosažení účelů zákonem sledovaných a k ochraně práv a zájmů druhých. Podle článku 4 odst. 4 Listiny musí být „při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod šetřeno jejich podstaty a smyslu“. Pokud tedy v určité konkrétní situaci neexistuje reálné nebezpečí narušení hospodářské soutěže, musí se státní moc zdržet zásahů do podnikatelských a dalších svobod. Jakýkoliv jiný výklad by vedl k dalekosáhlým a nebezpečným důsledkům – každé lidské jednání je totiž teoreticky

² Tak Tichý, L.: Změna paradigmatu evropského soutěžního práva a její význam pro Českou republiku, *Právní rozhledy* č. 2/2004.

³ K úloze gramatického výkladu právních norem poznamenávám, že gramatický výklad je pouze jednou z výkladových metod, nikoliv však metodou určující. Nejvyšší správní soud v tomto ohledu opakovaně zdůraznil (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. října 2007, č. j. 5 Afs 127/2006-55), že gramatický výklad je pouze jednou z výkladových metod, nikoliv však metodou určující. Pro rozumný a přijatelný výklad právní normy však zpravidla nepostačuje použití výkladu doslovného (gramatického), nýbrž je nutno využít i výkladové metody další (logickou, systematickou, historickou, teologickou, srovnání v právu aj.). Gramatický výklad právního předpisu představuje pouze první vykročení ke zjištění obsahu právní normy (srov. nález Ústavního soudu č. 30/1998 Sb.). Její konečný výklad je průnikem a vyvážením výše zmíněných metod.

⁴ Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 18. dubna 2007 v právní věci *stavebních spořitelén*.

možným zdrojem ohrožení. Zákon a státní moc v rámci zákona proto může potlačovat jen narušení reálná, nemá-li docházet k paralyzování hospodářského a společenského života. Vždy musí být rozlišováno především mezi omezením jednotlivého soutěžitele (takové omezení představuje každá obchodní smlouva) a omezením hospodářské soutěže jako takové. Omezení jednotlivého soutěžitele nemusí ještě znamenat celkové zaznamenatečné (citelné) omezení hospodářské soutěže a zejména nemusí znamenat skutečné či hrozící narušení soutěže, což je základní podmínkou aplikace § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Také evropská judikatura, k níž musí být Úřadem v rámci tzv. eurokonformního výkladu vnitrostátního práva přihlíženo při posuzování obdobných právních otázek,⁵ dospívá k závěru, že smyslem obecného zákazu dohod narušujících soutěž je potlačovat jednání, která na určitém trhu narušují samu funkčnost soutěže, přičemž takové narušení musí být citelné (viz například rozhodnutí Evropského soudního dvora v právní věci č. 5/69 *Völk vs. Vervaecke*, podle něhož dohoda nespádá pod dosah článku 85 (nyní 81) Smlouvy o ES, má-li pouze nevýznamný účinek na trh). Podobně Soudní dvůr uzavřel své právní posouzení v právní věci č. C-7/95 P *John Deere Ltd vs. Komise* ze dne 28. května 1998, když konstatoval, že pokud určitá dohoda nemá za cíl narušit soutěž, může být shledána zakázanou na základě článku 81 odst. 1 Smlouvy pouze z důvodu jejich protisoutěžních účinků. Dohoda však nebude spadat do působnosti článku 81 odst. 1 Smlouvy, pokud její dopad na soutěž bude pouze zanedbatelný.

Článek 81 odst. 1 Smlouvy, který je transponován do zákona o ochraně hospodářské soutěže ustanovením § 3 odst. 1 zákona, zakazuje dohody, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě, které mají za „cíl nebo výsledek“ narušení hospodářské soutěže na společném trhu. Z textace tohoto ustanovení vyplývá, že je nezbytné důsledně rozlišovat mezi dohodami, jejichž cílem je omezení soutěže a těmi dohodami, jejichž výsledkem je nepříznivý dopad na soutěž. Soudní dvůr k této otázce v rozsudku v právní věci *Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm* (rozhodnutí ze dne 30. června 1966) judikoval, že pojmy cíl nebo výsledek je nutné vnímat odděleně s tím, že je nejprve třeba zkoumat účel dohody. V případě, kdy nebude na základě takového hodnocení zřejmé, zda cílem dohody bylo porušit soutěž, je nezbytné posoudit, jestli příslušná dohoda měla (nebo může reálně mít) za následek narušení konkurenčního prostředí na daném trhu.

Z případového práva Evropského soudního dvora, které je v souhrnné podobě obsaženo v oznámení Evropské komise o aplikaci článku 81 odst. 3 Smlouvy (OJ 2004/C 101/08), pak vyplývá, že u horizontálních dohod je možné cíl narušení hospodářské soutěže presumovat pouze v případě dohod o stanovení cen, omezení výroby a rozdělení trhů

⁵ Ad absurdum by takovýto přístup mohl vést až k závěru, že každá dohoda teoreticky nějak může narušit hospodářskou soutěž a je tedy pouze na soutěžním úřadu, aby její důsledky fabuloval.

či zákazníků. Výhradně u těchto dohod lze uvažovat o jejich *per se* zákazu na základě článku 81 odst. 1 Smlouvy. V těchto případech pak není Komise povinná provádět detailní hodnocení dohody a prokazovat její protisoutěžní účinek. U ostatních dohod mezi konkurenčními subjekty musí být prokázán jejich skutečný (nebo alespoň reálně hrozící) negativní dopad na vývoj hospodářské soutěže a není možné vycházet pouze z hypotetických účinků takových ujednání. Jinými slovy vyjádřeno, Evropská komise musí v těchto případech na základě podrobné analýzy trhu prokázat, že dohoda má (citelný) negativní účinek na cenovou hladinu, objem výroby, inovace nebo kvalitu a sortiment nabízeného zboží a služeb.

Pro splnění materiální podmínky protisoutěžního charakteru dohody tedy nepostačí výlučně fabulovat budoucí možné důsledky dohody. Podmínku alespoň (reálního) potenciálního narušení hospodářské soutěže je možné pokládat za splněnou pouze tehdy, pokud dohoda vede alespoň ke snížení stupně nejistoty ohledně budoucího chování soutěžitele na trhu. Tato podmínka je splněna u takových typů konsensuálního jednání, z nichž lze alespoň nepřímo na základě souhrnu okolností vzniku a obsahu samotného konsensu a jeho realizace dovozovat, jak budou jednotliví soutěžitelé pravděpodobně na trhu jednat. Jak bylo konstatováno Evropským soudním dvorem ve věci *Chemiefarma* (rozsudek ve věci C-41/69, 1970), pro kvalifikaci jednání jako „protisoutěžní dohoda“ je zapotřebí, aby z ní alespoň nepřímo vyplynula „...*společná vůle chovat se na trhu určitým způsobem*...“.⁶ Protisoutěžní tedy může být toliko taková forma koordinace soutěžního chování, která do budoucna vede k vytvoření deformovaných soutěžních podmínek na trhu proto, že jednotliví účastníci trhu (soutěžitelé) neurčují svoji budoucí soutěžní strategii samostatně a nezávisle. Způsobilstv dohody narušit hospodářskou soutěž pak musí být nutně vystavěna na úvahách, jež mají reálný základ, jenž lze doložit konkrétními skutečnostmi. Proto při úvaze, zda posuzované dohody vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, je především zapotřebí důkladně prozkoumat a brát v úvahu situaci na daném relevantním trhu.

Současná rozhodovací praxe Evropské komise i soudních orgánů Evropských společenství pak jednoznačně akcentuje převahu ekonomické analýzy (tj. posouzení objektivních ekonomických okolností případu) nad analýzou právní vycházející pouze z odhadů či hypotéz o možných dopadech dohody na soutěž. Tento trend lze jednoznačně vystopovat například v rozsudku Soudu první instance v právní věci *Night Services* ze dne 15. září 1998 (spojené případy T-374/94, T-377/94, T-384/94

⁶ Podle setrvalé judikatury Nejvyššího správního soudu dokonce i v případech, kdy se posuzují skutkové okolnosti, k nimž došlo před vstupem České republiky do Evropské unie a rozhodným právem je právo tehdy účinné, je nutno ustanovení českého právního předpisu, přijatého nepochybně za účelem sblížení českého práva s právem Evropských společenství a majícího svůj předobraz v právní normě obsažené v právu Evropských společenství, vykládat konformně s touto normou (viz například rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. ledna 2007, č. j. 7 As 50/2006-262).

a T-388/94 *European Night Services*). Soud ve svém rozsudku zdůraznil nezbytnost hodnocení dohod v jejich ekonomickém kontextu, s výjimkou těch dohod, jejichž zřejmým cílem je omezení soutěže (např. dohody o cenách či rozdělení trhů). Podobně v právní věci *Métropole Télévision – M6 a Ostatní vs. Komise* ze dne 18. září 2001 (případ č. T-112/99) Soud první instance zdůraznil takovou aplikaci článku 81 odst. 1 Smlouvy, která vyžaduje přísnou analýzu dopadu dohody na hospodářskou soutěž.

Z výše uvedeného vyplývá, že v soutěžním právu ES je zcela zřejmý trend, který představuje odklon od aplikace článku 81 odst. 1 Smlouvy automatickým (formalistickým) způsobem ve prospěch ekonomického pojetí soutěžního práva a posuzování dohod v jejich celkovém ekonomickém kontextu. Domnívám se, že obdobný přístup k dohodám mezi soutěžiteli by měl zaujímat ve své rozhodovací praxi i Úřad.

Na základě výše uvedeného lze uzavřít, že s výjimkou tzv. tvrdých kartelů (kartelů s tvrdým jádrem), jejichž dopad na hospodářskou soutěž nemusí být podroben důkladnější analýze, nelze u dohod obsahujících omezení soutěže automaticky presumovat jejich nezákonnost, ale danou dohodu je třeba posoudit v jejím právním a ekonomickém kontextu a ve světle konkrétních skutkových zjištění ověřit, zda negativně ovlivňuje některé základní parametry hospodářské soutěže či má alespoň významný potenciál tak činit. Základní faktory či ukazatele, které by měly příslušné soutěžní úřady vzít v úvahu jsou pak zejména tržní postavení stran dohody, tržní pozice konkurentů, vstupní bariéry, povaha dotčeného produktu a případně i další faktory jako je míra specifické regulace v odvětví.

2. Povinnost eurokonformního výkladu v rámci rozhodovací praxe Úřadu

V návaznosti na výše uvedené považuji za vhodné zamyslet se rovněž nad interpretací ustanovení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže v rozhodovací praxi Úřadu a poukázat na možné porušování povinnosti eurokonformního výkladu ze strany Úřadu.

Z předchozí části tohoto příspěvku vyplývá, že § 3 odst. 1 zákona je interpretován ze strany Úřadu velmi extenzivně a může tak být v rozporu s rozsahem působnosti korespondující právní normy obsažené v právu Evropských společenství, tj. článku 81 odst. 1 Smlouvy o ES. Tento potenciální rozpor je možné dle mého názoru demonstrovat například v souvislosti s rozhodnutím Úřadu ve věci *stavebních spořitelén*. V tomto případě Úřad v roce 2004 zahájil z vlastního podnětu správní řízení se šesti stavebními spořitelny (poskytujícími služby klientům vymezené v zákoně č. 96/1993 Sb., o stavebním spoření a státní podpoře stavebního spoření, v platném znění). Podkladem pro zahájení správního řízení byly stížnosti občanů na výši poplatků za vedení účtu stavebního spoření a na zavedení nového poplatku, tzv. poplatku za úrokového zvýhodnění. Dne 18. dubna 2007 vydal Úřad ve druhém stupni správního řízení (tj.

rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže) rozhodnutí adresované společností Českomoravská stavební spořitelna, a.s., Hypo stavební spořitelna a.s., Wüstenrot – stavební spořitelna a.s., Modrá pyramida stavební spořitelna, a.s., Stavební spořitelna České spořitelny, a.s., a Raiffeisen stavební spořitelna a.s., podle něhož uvedení účastníci řízení uzavřeli a plnili zakázanou a neplatnou dohodu o výměně informací, která mohla vést k narušení hospodářské soutěže na trhu stavebního spoření – fáze spořicí. Tím měly shora nadepsané stavební spořitelny porušit zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona a v důsledku jim byla ze strany Úřadu uložena pokuta v souhrnné výši 55 mil. Kč. Proti tomuto rozhodnutí všechny stavební spořitelny podaly správní žaloby ke Krajskému soudu v Brně, který svým rozsudkem ze dne 8. ledna 2008 rozhodnutí Úřadu vydané ve druhém stupni správního řízení zrušil a vrátil věc Úřadu k dalšímu jednání. Úřad proti tomuto rozsudku krajského soudu podal kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu, který dosud v této věci nerozhodl.

Stavební spořitelny proti rozhodnutí Úřadu namítaly mj. právě i nezákonnou interpretaci § 3 odst. 1 zákona ze strany Úřadu.

V pravomocném rozhodnutí Úřadu se konstatuje, že ustanovení § 3 odst. 1 zákona bylo porušeno v důsledku předmětné dohody o výměně statistických přehledů, která *mohla vést* k narušení hospodářské soutěže na trhu stavebního spoření – fáze spořicí. V odstavcích 70 – 75 napadeného rozhodnutí pak Úřad konstatuje, že právní úpravu dohod narušujících soutěž dle § 3 odst. 1 zákona lze hodnotit jako přísnější než úpravu ve smyslu článku 81 Smlouvy, když pro prokázání porušení § 3 odst. 1 zákona má být podle názoru Úřadu postačující, že bylo náležitě doloženo potenciální narušení soutěže v důsledku jednání soutěžitelů. Takový závěr Úřadu je však dle mého názoru problematický, neboť odhlíží od pravidel, která vyplývají z komunitárního práva, tj. v daném případě článku 81 odst. 1 Smlouvy.

Podle mého názoru je výše uvedený závěr Úřadu vystavěn především na absolutizaci jazykového výkladu ustanovení § 3 odst. 1 zákona, který stanoví, že jsou zakázané dohody mezi soutěžiteli, které *vedou nebo mohou vést* k narušení hospodářské soutěže. Závěr Úřadu, že by právní úprava obsažená v § 3 odst. 1 zákona byla úpravou v jakémkoli směru přísnější, než je úprava obsažená v článku 81 Smlouvy o ES, je však dle mého názoru nutné odmítnout. Z pohledu koncepční a rozumné aplikace soutěžního práva je nezbytné dovozovat, že v obou ustanoveních je vyjádřen týž materiální zákaz. Pak je nutné obě tato ustanovení shodným způsobem i interpretovat.⁷

Jakýkoliv jiný výklad by byl v rozporu s právními předpisy Evropských společenství, které tvoří předobraz § 3 odst. 1 zákona, tj. článku 81 odst. 1 Smlouvy o ES. Na tomto místě považuji za vhodné připomenout, že česká legislativa usilovala od samého počátku o harmonizaci českého soutěžního práva s komunitárním soutěžním právem s tím,

⁷ Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 8. ledna 2008 ve věci *stavebních spořitelek*.

že závazek k aproximaci soutěžního práva byl posléze kodifikován jako mezinárodní závazek převzatý v článku 64 a zejména článcích 69 a 70 Evropské dohody.⁸ Z ustanovení článku 1 odst. 2 Ústavy,⁹ ve spojení s principem spolupráce zakotveného v článku 10 Smlouvy pak vyplývá ústavní princip, podle něhož domácí právní předpisy mají být interpretovány pokud možno souladně s procesy evropské integrace a spolupráce evropských orgánů a orgánů členského státu. Z toho plyne, že pokud existuje, podle domácí metodologie výkladu, několik možných interpretací příslušného ustanovení, je nutno volit výklad, který umožňuje vyložit příslušnou normu souladně s evropským právem, tj. v daném případě v souladu s článkem 81 odst. 1 Smlouvy.¹⁰

Je proto nasnadě, že při výkladu § 3 odst. 1 zákona, který byl přijat nepochybně za účelem sblížení českého práva s právem Evropských společenství, je nutno zásadně postupovat tak, aby tento výklad byl konformní s ustanovením článku 81 odst. 1 Smlouvy. Tak je tomu nepochybně i v případech, pokud se posuzují skutkové okolnosti, k nimž došlo před vstupem České republiky do Evropské unie.¹¹

Jak již bylo uvedeno výše, článek 81 odst. 1 Smlouvy o ES zakazuje dohody, které mají za *cíl nebo výsledek* narušení hospodářské soutěže na společném trhu. Ustanovení § 3 odst. 1 zákona nepoužívá tyto pojmy, jejichž význam byl detailně vyložen v judikatuře Soudního dvora, ale vychází z neostré formulace „dohody, které vedou nebo mohou vést“ k narušení hospodářské soutěže. Interpretace § 3 odst. 1 zákona odlišným (v daném případě rozšiřujícím) způsobem, než jak je vykládán článek 81 odst. 1 v rozhodovací praxi komunitárních orgánů, tak může být v rozporu s výše uvedenou povinností eurokonformního výkladu. Domnívám se, že při respektování eurokonformního výkladu § 3 odst. 1 zákona je nezbytné pod pojmem *vede k narušení hospodářské soutěže* rozumět situaci, kdy má určitá dohoda za *výsledek* narušení hospodářské soutěže, zatímco pod pojmem *může vést k narušení hospodářské soutěže*, je nutné rozumět případy, kdy má určitá dohoda za *cíl* narušit hospodářskou soutěž. Výklad § 3 odst. 1 zákona, o nějž se opírá rozhodnutí Úřadu, však jde podle mého názoru nad rámec rozsahu působnosti článku 81 odst. 1 Smlouvy a je tak v rozporu se smyslem této právní úpravy. Přijetí výkladu ustanovení § 3 odst. 1 zákona zastávaného Úřadem by tak mohlo vést k dalekosáhlým a nebezpečným důsledkům – že totiž každé jednání v hospodářské soutěži je automaticky zakázané, neboť každé takové jednání je potenciálně zdrojem ohrožení.

Na základě výše uvedeného dospívám k závěru, že u dohod mezi soutěžiteli, které nemají za cíl narušit hospodářskou soutěž, pak musí být, v souladu s eurokonformním výkladem § 3 odst. 1 zákona, prokázán jejich skutečný (nebo alespoň reálně hrozící)

8 Tak rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 8. ledna 2008 ve věci *stavebních spořitelén*.

9 Munková, J.: Zákon o ochraně hospodářské soutěže – Komentář, C. H. Beck, 2003, str. 26.

10 Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, v platném znění.

11 Nález Ústavního soudu Pl ÚS 66/04, ze dne 3. května 2006.

negativní dopad na hospodářskou soutěž a není možné vycházet pouze z hypotetických účinků takových ujednání. Jinými slovy vyjádřeno, Úřad může označit dohodu za narušující soutěž (a tedy zakázanou podle § 3 odst. 1 zákona) pouze na základě detailního posouzení jejích skutečných protisoutěžních účinků. Výklad zastávaný Úřadem v rozhodnutí ve věci stavebních spořitelů však může být v rozporu s výkladem článku 81 odst. 1 Smlouvy v praxi komunitárních orgánů a může tak zakládat porušení povinnosti eurokonformního výkladu tuzemských právních předpisů.

3. Závěr

Celkově jsem přesvědčen, že posuzování dohod narušujících soutěž v České republice sleduje trendy v komunitárním soutěžním právu a s různou mírou zpoždění na ně reaguje. Domnívám se, že Úřad je obecně schopen přístupy používané Evropskou komisí v relevantních případech využívat. Přesto je možné doporučit, aby Úřad důsledněji aplikoval zmíněný ekonomický přístup při posuzování dohod narušujících soutěž a základní pojem „narušení soutěže“ vykládal méně formalistickým způsobem se zohledněním ekonomických aspektů předmětného jednání. Dále se domnívám, že by bylo vhodné při dalších legislativních úpravách zákona o ochraně hospodářské soutěže vzít v úvahu textaci článku 81 odst. 1 Smlouvy o ES („...*dohody, jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže...*“) a odpovídajícím způsobem ji zapracovat do ustanovení § 3 odst. 1 zákona tak, aby i z gramatického (doslovného) výkladu tohoto ustanovení bylo zřejmé, že v obou ustanoveních je vyjádřen týž materiální zákaz. Z takového vývoje by pak těžili zejména soutěžitelé, jenž jsou vystaveni působení jak českých, tak komunitárních pravidel pro posuzování dohod narušujících soutěž.