

Václav Šmejkal

DOKTRINÁLNÍ SOUBOJ O EVROPSKÝ ANTITRUST – ODKUD KAM SMĚŘUJE SOUTĚŽNÍ POLITIKA A PRÁVO EU?

Abstrakt: Výzkum doktrinního základu antitrustu EU se v současnosti těší zvýšené pozornosti. Je to vyvoláno posuny v chápání a zacílení ochrany soutěže, které přinesla Lisabonská smlouva, ale také proces globalizace a nynější hospodářská krize. Ta je dle mnohých zároveň hlubokou krizí dnešního modelu kapitalismu. EU je tak opět v procesu hledání těch správných cílů ochrany hospodářské soutěže, do něhož se vrátila po období tzv. modernizace, které mělo vést ke konvergenci antitrustu EU a USA na společném základu zformovaném na učení neoliberální chicagské školy. Z pohledu historie nejde o neznámý vývoj, neboť soutěžní politika a právo EU tradičně sledovaly širší paletu ne vždy souladných cílů, jak je též ukázáno v této studii. Otázkou dne je, zda po odeznění hospodářské krize se antitrust EU vrátí k tomuto tradičnímu pojetí, nebo se pokusí navázat na svou neoliberální modernizaci s důsledným zacílením na blahobyt spotřebitele, či zda bude hledat nový standard, který smíří jeho akumulovanou zkušenost a konstantní judikaturu s realitou globální soutěže na světově propojených trzích. Studie se nejprve věnuje otázce, jak přímo a do jaké hloubky mohou doktríny antitrustu ovlivnit soutěžní politiku a právo EU. Následně analyzuje vývoj antitrustu EU z hlediska jeho ovlivnění určitou doktrínou antitrustu či diskursem hospodářské politiky. Závěrečná část je věnována nynějšímu přístupu Evropské komise a Soudního dvora EU k otázce cílů, které by aktuálně měl antitrust EU sledovat.

Klíčová slova: soutěžní politika, soutěžní právo, antitrust, Evropská unie, Evropská komise, ordoliberalismus, chicagská škola

ÚVOD

Soutěžní politika a právo jsou v Evropské unii (dále jen EU) proslulé výraznými zásahy do chování firem na trzích. V podmínkách otevřené tržní ekonomiky patří tzv. antitrust (boj proti kartelům, proti zneužívání dominantního postavení a kontrola spojování) k hlavním a současně nejkontroverznějším nástrojům ovlivňování její struktury. Spornost vyplývá z faktu, že na rozdíl od většiny jiných centralizovaných politik a odvětví práva zde neexistuje shoda o samotném předmětu ochrany (definice soutěže) ani o tom, co soutěži škodí a zda a jak tomu má být bráněno.

Proslulá pětice definic klasika antitrustu USA, R. H. Borka, názorně ukazuje, že hospodářskou soutěž lze definovat přes určitou strukturu trhu, jakož i přes dynamiku procesu soupeření, nebo přes absenci cenotvorné tržní moci, či přes svobodu soutěžitele nepodřizovat se jinému soutěžiteli a také přes plody fungující soutěže, jakým je zejména vyšší efektivnost svědčící spotřebitelskému blahobytu.¹ Preference té či oné výchozí definice vede k rozdílnému pohledu na to, co soutěži škodí, a následně i k rozdílnému směřování a četnosti zásahů veřejné moci na její ochranu. Předvídání těchto zásahů vyžaduje porozumění preferované definici soutěže, které je o to jasnější, oč více se tato definice blíží některé ze standardně přijímaných teorií, resp. doktrín antitrustu. K těmto doktrínám se řadí jednak varianty neoliberálních teorií soutěže a v podmínkách EU i pokusy

¹ Definice R. Borka jsou citovány dle BLACK, O. *Conceptual Foundations of Antitrust*. Cambridge University Press, 2005, s. 6.

o postulování svébytné „bruselské školy“.² Výzkum jejich vztahu k praktickému antitrustu se těší v poslední době zvýšené pozornosti.³ Ta je důsledkem posunů v chápání významu a zacílení ochrany hospodářské soutěže, které přinesla Lisabonská smlouva (tj. Smlouva o Evropské unii – SEU a Smlouva o fungování Evropské unie – SFEU), ale také probíhajících procesů globalizace a aktuální hospodářské krize, která je dle mnohých i krizí dosavadního modelu kapitalismu, a tedy i těch škol antitrustu, které staví na předpokladu efektivního chování trhů.

Následující studie se nejprve věnuje otázce, zda a jak může doktrína antitrustu vůbec ovlivnit soutěžní politiku a právo EU. Následně jsou analyzována dosavadní setkání této politiky a práva s jednotlivými doktrínami, známými z dějin ekonomicko-právních teorií. Závěrečné části analyzují aktuální postoje představitelů Komise, rozhodovací praxi Komise a Soudního dvora EU, jakož i debatu o tom, co by mělo být cílem ochrany hospodářské soutěže v EU v po-krizovém období.

1. ŠKOLY ANTITRUSTU A EVROPSKÁ UNIE – VYMEZENÍ POMĚRU

Pátrání po tom, co lze považovat za doktrínu antitrustu, není cílem tohoto pojednání. Badatelé se zhruba shodují v tom, že pro období po 2. světové válce ovlivnily soutěžní politiku a právo jednak školy neoliberálního směru (harvardská, freiburská, chicagská, příp. její postchicagská verze) na straně jedné a přístupy popírající samostatnou roli soutěže v hospodářství a životě společnosti (národní či evropský neomerkantilismus, středo-levé až neomarxovské směry) na straně druhé.⁴

O svébytné doktríně antitrustu ve smyslu souboru pevně zformovaných východisek a doporučení lze hovořit pouze u neoliberálních škol, které teoretizovaly soutěž jako společensky žádoucí, ba určující fenomén.⁵ Obecně uznávanou je tak *harvardská* doktrína vycházející z tzv. S-C-P paradigmatu (struktura trhu určuje chování soutěžitelů, z něhož pak plyne jejich výkon), jakož i v polemice s ní zformovaná *chicagská* doktrína vycházející z obrácené kauzality (výkonnost soutěžitelů je základem jejich chování, které pak tvoří strukturu trhu) a pohledu na soutěž skrze její přínos pro efektivnost a spotřebitelský blahobyt.⁶ S poválečnou harvardskou školou „nedokonalé konkurence“ je spojována

² Za standardní školy antitrustu, jak je vysvětleno dále, jsou zde považovány harvardská, chicagská a freiburská (ordoliberalní) doktríny. O „bruselské škole – École de Bruxelles“ v této souvislosti hovoří např. SOUTY, F. *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*. Paris: Montchrestien, 2003, s. 21–31.

³ Srov. např. PARRET, L. Do we (still) know what we are protecting? In: Tilec. *Discussion Paper*: DP 2009-010. University of Tilburg, April 2010; WITT, A. C. Public Policy Goals under EU Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order. *European Competition Journal*. Vol. 8, No. 3 December 2012; MONTALBAN, M. – RAMIREZ-PEREZ, S. – SMITH, A. EU Competition Policy Revisited: Economic Doctrines Within European Political Work. *Cahiers du GREThA*, No. 2011-33, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2011; LIANOS, I. Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law. *CLES Working Paper Series 3/2013*. Centre for Law, Economics and Society, UCL London 2013.

⁴ Srov. MONTALBAN, M. – RAMIREZ-PEREZ, S. – SMITH, A., op. cit. pozn. 3; též BUCH-HANSEN, H. – WIGGER, A. *Politics of European Competition Regulation*. Routledge, 2011.

⁵ Přívlastek neoliberální zde označuje všechny poválečné nástupce klasického liberalismu, nikoli jen ideologii spojovanou v posledních třiceti letech s neoklasickou, příp. neorakouskou školou na poli teorie a se jmény R. Reagana či M. Thatcherové v politické praxi.

⁶ Z českých pramenů k jednotlivým školám antitrustu srov. zejména: KRABEC, T. Teoretická východiska soutěžní politiky. *Studie Národohospodářského ústavu Josefa Hlávky*. č. 1/2006, Praha 2006; MUNKOVÁ, J. – KINDL, J. –

i tzv. škola odvětvové organizace a její pojetí funkční či operabilní (*workable*) soutěže, kterou by měl hlídat silný antimonopolní úřad. Toto pojetí jako nepodložené a „populistické“ odmítli v 70. letech 20. století právě teoretikové chicagské školy, podle níž měl stát zasahovat do spontánního vývoje trhu jen minimálně, a to tam, kde nebylo pochyb, že soutěžitelé jednají vědomě na úkor jediného legitimního cíle antitrustu: alokační efektivnosti produkující spotřebitelský blahobyt.⁷ Evropským „partnerem“ těchto amerických směrů byla *freiburská* škola, soutěžní učení poválečného německého ordoliberalismu. Je pověstná důrazem na vědomě zvolený hospodářský řád společnosti, v němž trh jako hlavní koordinátor individuálních aktivit musí být hlídán nezávislou autoritou, aby jeho volnost nezašla na nadměrnou koncentraci ekonomické moci, která je prvotní příčinou ohrožení svobody – lidské, politické, smluvní i té ekonomicko-soutěžní.⁸

Existují autoři, kteří (v zájmu dobře vnímatelné zkratky) charakterizují vývoj soutěžní politiky a práva EU jako „od Freiburgu k Chicagu a dál“.⁹ Detailnější pohled na vývoj antitrustu EU, od jeho „zrodu“ na počátku 50. let 20. století až do nedávné doby, však problematizuje jakoukoli jednoznačnost, jak bude demonstrováno dále. Výkladu na toto téma však musí předcházet stručné připomenutí známých skutečností, které rozmělnují vliv každé doktríny antitrustu na soutěžní politiku a právo EU:

- Evropská integrace je projektem definovaným smluvně fixovanými cíli, s jejichž pomocí Soudní dvůr EU (SDEU) interpretuje význam a meze jednotlivých ustanovení zakládajících Smluv.¹⁰ Pro antitrust EU z toho plyne, že pokud měla již Smlouva o EHS z roku 1957 již v první větě čl. 2 za své poslání stanoveno vytvoření společného trhu a v čl. 3 písm. f) uloženo „vytvoření systému zajišťujícího, aby na vnitřním trhu nebyla narušována hospodářská soutěž“, je zřejmé, že cílem (nebo jedním z cílů) ochrany soutěže v EU vždy byla podpora integrace trhů cestou odstraňování překážek, které jí mohli postavit do cesty soutěžitelé (např. dohodami o rozdělení trhů, o zákazu reexportu odebraného zboží apod.). Vynucování pravidel antitrustu je tak orgány EU chápáno v paralele k uvolňování pohybu zboží a služeb mezi členskými státy. S takovou cílovou hodnotou ovšem žádná ze zmiňovaných doktrín antitrustu nepracuje.¹¹

SVOBODA, P. *Soutěžní právo*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012; ELIÁŠ, K. – BEJČEK, J. – HAJN, P. – JEŽEK, J. a kol. *Kurs obchodního práva – Obecná část – Soutěžní právo*. 4. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004. Zahraniční prameny viz dále v jednotlivých odkazech.

⁷ Chicagské pojetí antitrustu a kritika jeho předešlého „populistického“ pojetí je spojena se jmény R. A. Posnera (klíčové dílo: *Antitrust Law*, 1976) a R. H. Borka (*The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 1978), výklad k němu viz např. JONES, A. – SUFRIN B. *EC Competition Law*. Oxford University Press, 2004, s. 19–29.

⁸ O německém ordoliberalismu v českém jazyce viz např. KRABEC, T., op. cit. pozn. 6; SOJKA, M. *Dějiny ekonomických teorií*. Praha: HBT, 2010; MLČOCH, L. *Ekonomie důvěry a společenského dobra. Studie Národohospodářského ústavu Josefa Hlávky*. č. 5/2005. Praha 2005. Původní zdroj: EUCKEN, W. *Ordnungspolitik*. Münster: LIT Verlag, 1999 a prakticky veškerá produkce Walter Eucken Institut ve Freiburgu, dostupná na <http://www.walter-eucken-institut.de/>.

⁹ WEITBRECHT, A. *From Freiburg to Chicago and Beyond – the First 50 Years of European Competition Law*. *European Competition Law Review*, Issue 2/2008.

¹⁰ Pro interpretaci historicky konstantních článků Smlouvy o ochraně hospodářské soutěže, tj. v nyní čl. 101 a 102 SFEU, potvrdil SDEU nutnost vycházet z cílů Smlouvy výslovně v rozhodnutí 6/72 *Continental Can* z roku 1973 v odst. 24.

¹¹ Mezi těmito koncepty existují podobnosti, stavět na nich by však znamenalo neorganicky přičlenit cíl integrace trhů k takovým konceptům, jako je zákaz „omezování obchodu“ (*restraint of trade*) v tradici *common law*, nebo „volnosti trhů“ (či úžeji svobody soutěžit), coby konstitutivnímu principu soutěžního řádu dle ordoliberalů. Většina autorů se proto přiklání k interpretaci, že antitrust EU slouží „dvěma pánům“: integraci trhů a soutěži, je nástrojem sjednocení a vlastní ochrany soutěže. Viz např. JONES, A. – SUFRIN, B., op. cit. pozn. 7, s. 36.

- Stanovení cílů Smluv a ještě více intenzita jejich politické podpory v určitém historickém období nejsou v EU výtvorem ideově jednotné většiny, ale obtížně vyjednaného kompromisu mezi členy integračního projektu. Znamená to, že všechny tzv. modely kapitalismu či hospodářské politiky, rýnský, středomořský, posléze anglosaský i skandinávský,¹² se vždy musely shodnout na tom, čím naplní pojem vnitřního trhu a nenarušované soutěže na něm. To vylučuje jakoukoli ideovou čistotu, jak pěkně ilustruje první odstavec čl. 3 současného (lisabonského) znění Smlouvy o Evropské unii: „Unie vytváří vnitřní trh. Usiluje o udržitelný rozvoj Evropy, založený na vyváženém hospodářském růstu a na cenové stabilitě, vysoce konkurenceschopném sociálně tržním hospodářství směřujícím k plné zaměstnanosti a společenskému pokroku a na vysokém stupni ochrany a zlepšování životního prostředí...“ Soupeřící představy se spojily v *contradictio in adjecto*, kterým se mají orgány EU řídit, mj. při rozhodování o zásadách do chování firem v hospodářské soutěži.
- Evropská komise, plnící v ochraně soutěže role správce, vyšetřovatele, prokurátora i soudce, není, na rozdíl od národních soutěžních úřadů (modelovaných většinou podle německého *Bundeskartellamt*), v pozici politicky nezávislého a neutrálního strážce. Ačkoli odbornost a výkon její funkce se soustředí v Generálním ředitelství pro soutěž (DG COMP), ke všemu podstatnému se vyjadřují zástupci členských států v Poradním výboru pro restriktivní praktiky a dominantní postavení a závazná rozhodnutí jsou přijímána v kolegiu komisařů. Každý z nich prosazuje svou agendu, včetně těch, s nimiž se nenarušená soutěž ne vždy snáší, jako průmysl, zaměstnanost, sociální věci, životní prostředí, doprava, energetika, rozvoj regionů apod. Toto kolegium ovlivňuje soubor aktivit tvořících soutěžní politiku EU – politiku, v níž se nevyhnutelně odrážejí i neliberální vlivy inspirované již zmíněným neomerkantilismem a středo-levým politickým diskursem.
- Obecně platí, že „vyspělé země opírají svou antimonopolní politiku většinou o více koncepcí“.¹³ Ideová čistota není vlastní ani pravlasti antitrustu a jeho teorií – USA, kde „intelektuální DNA“ moderního antitrustu představuje „dvojitá šroubovice Chicago/Harvard“, tedy trvalé lavírování mezi dvěma teoreticky nesmiřitelnými školami.¹⁴ I z průzkumu soutěžních předpisů 33 zemí Evropy (včetně Ruska, Turecka, Švýcarska nebo Srbska), provedeného na počátku roku 2012 *Revue soutěžních předpisů Concurrances*, vyplynulo, že ve většině zemí jde při ochraně soutěže jak o celkový blahobyt společnosti (*total welfare*), tak i spotřebitele (*consumer welfare*), ale také o další cíle, nejčastěji o otevřenost trhů, dostatečnou soutěž, nebo férovou a svobodnou soutěž.¹⁵ Ochrana soutěže je v praxi neustálým přetlačováním mezi von Hayekovými *nomos* a *thesis*, tedy mezi vynucováním *pravidel*, která jen hlídají spontánní řád, a *opatřeními*, kterými určitá společenská organizace sleduje svou představu obecného dobra.¹⁶

¹² Jedno z možných členění modelů kapitalismu zde slouží jen pro zdůraznění variant nesdílejících vždy, či alespoň ne plně, neoliberalní přístup k antitrustu. Podrobněji k modelům kapitalismu srov. HUČKA, M. – KISLINGEROVÁ, E. – MALÝ, M. a kol. *Vývojové tendence velkých podniků. Podniky v 21. století*. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011.

¹³ KLIKOVÁ, CH. – KOTLÁN, I. *Hospodářská politika*. 2. vydání. Ostrava: SOKRATES, 2006, s. 230.

¹⁴ KOVACIC, W. E. The Intellectual DNA of Modern US Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix. *Columbia Business Law Review*. Vol. 2007, No. 1:1.

¹⁵ *Concurrances – Review of Competition Laws*, vydání 14. 3. 2012, dostupné na http://www.concurrances.com/rubrique.php?id_rubrique=562.

¹⁶ HAYEK, F. A. *Právo, zákonodárství a svoboda*. Část 1. Pravidla a řád. Praha: Academia, 1991, s. 115 a dále.

– Ač různé teorie antitrustu pocházejí z tábora neoliberálů, v praxi vliv vykonávají i ty směry regulace hospodářské soutěže, které v rámci demokratické společnosti nepřipisují volnému trhu zásadní hodnotu. Hospodářská soutěž je pro ně jen nástrojem, kterého může hospodářská politika vlády využít, pokud to pro naplnění svých politických priorit v určité oblasti (růst, zaměstnanost, podpora podnikání, boj s inflací apod.) považuje za vhodné.¹⁷ H. Buch-Hansen a A. Wigger v této souvislosti oddělují neoliberální diskurs (k němuž patří výše zmíněné harvardská, chicagská a freiburská školy) od diskursů v jádře neliberálních, kterými jsou nacionálně-merkantilistický, euro-merkantilistický a středo-levý diskurs. Neo-merkantilisté usilují zajistit politickou cestou mezinárodní konkurenceschopnost tzv. „národních šampionů“ ve jménu národního hospodářského růstu, zaměstnanosti, blahobytu. Obsahově shodný, jen pro větší celky formulovaný je euro-merkantilistický diskurs, podle něhož má Komise v zájmu EU vést průmyslovou politiku ve prospěch „evropských šampionů“. Středo-levý diskurs vidí ve volné soutěži jen omezený přínos, role státu v ekonomice má skrze ochranu zaměstnanců, přerozdělování a veřejný sektor zajišťovat demokratickou participaci a kvalitu života co největšímu počtu občanů.¹⁸ Všechny jmenované doktríny a diskursy se tak či onak projeví a střetly ve vývoji soutěžního práva EU.

O příklonu soutěžní politiky a práva EU ke konkrétní doktríně antitrustu lze tedy hovořit spíše ve smyslu převládající inspirace či afinity, než všestranně určujícího vlivu, a navíc jen v převážně liberálních obdobích, kdy byla volné soutěži připisována větší hodnota, než jen sloužit hospodářské či průmyslové politice.

2. VLIV USA, HARVARDSKÉ ŠKOLY A „WORKABLE COMPETITION“

Vznik moderního soutěžního práva integrované Evropy po 2. světové válce byl tradičně připisován zejména vlivu USA a za pravzor byl označován proslulý Shermanův zákon.¹⁹ USA coby mocnost, která poválečnou demokratickou a tržní obnovu západní Evropy bezpečnostně garantovala, finančně podporovala a v okupovaném Západním Německu z části i řídila, měly bezprostředně po válce v této části světa bezprecedentní vliv. Nejméně do vypuknutí války v Koreji měly i zájem na důsledné dekartelizaci a dekoncentraci klíčového průmyslu rodící se SRN a dlouhodobě také na tom, aby se západní Evropa sblížila, ovšem na jiných principech než propagovaly předválečné mezinárodní ocelářské kartely, resp. aby se nestala protekcionistickou pevností (jak si přáli někteří nacio- i euro-merkantilisté).²⁰

Bezprostředně po 2. světové válce převládal v USA intervencionistický přístup k vymáhání antitrustu a formovala se *harvardská škola* odvětvové organizace (spojená

¹⁷ BEJČEK, J. ve své studii Cílové konflikty v soutěžním právu. *Právník*, roč. 146, č. 6/2007, vyjmenoval celkem 18 cílů nalezených v soutěžně-politických rozhodnutích, z nichž většinu (ochrana specifických skupin výrobců, ochrana trhu práce, ochrana životního prostředí, strategické důvody průmyslové a obchodní politiky, zdravotně-politické a hygienické důvody, aspekty energetické, dopravní a jiné infrastrukturní politiky, podpora technického rozvoje, boj s inflací atd.) by neoliberál nesdílel.

¹⁸ K národnímu a evropskému merkantilismu srov. BUCH-HANSEN, H. – WIGGER, A., op. cit. pozn. 4, s. 21–24.
¹⁹ Viz např. WEITBERCHT, A., op. cit. pozn. 9, s. 82 Tuto tezi prosazoval např. britský historik GILLINGHAM, J. v díle *Coal and Steel and the Rebirth of Europe (1945–1944)*. Cambridge University Press, 1991.

²⁰ K historicko-politicko-právnímu kontextu vzniku soutěžního práva EU srov. ŠMEJKAL, V. Původ soutěžního práva integrované Evropy. *Právník*, roč. 151, č. 3/2012.

i se jménem autora pojmu *workable* a *effective competition* J. M. Clarka²¹). V západní Evropě v téže době kvetl poválečný rekonstrukční dirigismus, obnova probíhala za velmi silné ingerence veřejné moci, často se opírající o odvětvové svazy zaměstnavatelů a zaměstnanců. Po volné soutěži v duchu liberálního *laissez-faire* zde volal málokdo, naopak přežíval předválečný přístup ke kartelům, který chránil ty stabilizující a usměrňující a nepřilíš efektivně odmítal ty inflační a vykořisťující.²² Žádný ze zakladatelů ESUO neměl antitrustové předpisy v moderním slova smyslu. Šlo tedy o to ochranu soutěže do plánu integrace vůbec prosadit a následně také o to, v jaké podobě.

Shodou okolností znění prvního návrhu soutěžních článků 65 a 66 Smlouvy o ESUO navrhl pro „otce-zakladatele“ evropské integrace, J. Monneta, profesor práva z Harvardovy univerzity, R. Bowie, uznávaný odborník na antitrust, působící v dané době jako poradce člena Vysoké komise pro Německo za USA J. McCloye. Jeho návrhy dekoncentračních opatření v okupované SRN byly velmi důrazné, až byl považován za „fanatika dekartelizace“.²³ Nepatřil však do okruhu harvardské školy antitrustu a bylo by ahistorické spojovat ho s časově pozdějším S-C-P paradigmaticem, stejně jako s teorií funkční (*workable*) soutěže. Přesto se dodnes objevují tvrzení, že evropská integrace adoptovala jako svou základní doktrínu harvardskou *workable competition*.²⁴ Je tomu tak zřejmě proto, že již první komisař pro soutěž H. von der Groeben prohlašoval, že je třeba ustanovit „*effective and workable*“ systém soutěže.²⁵ Lze rovněž doložit, že Soudní dvůr EU již od svých prvních soutěžních rozsudků v polovině 60. let 20. století (*Consten a Grundig* z roku 1966) opakovaně uváděl a dosud uvádí *effective* (výjimečně a jako synonymum i *workable competition*) jako to, co má být soutěžním právem EU chráněno.²⁶ Terminologicky, a v první dekádě integrace i časově, je zde tedy plná shoda s harvardským profesorem J. M. Clarkem.

²¹ JONES, A. – SUFRIN, B., op. cit. pozn. 7, s. 20–21. Pojem *workable competition* pochází z článku J. M. Clarka *Toward a Concept of Workable Competition* z roku 1940, o dvacet let později ho autor sám nahradil pojmem *effective competition*, a to v knize *Competition as a Dynamic Process* z roku 1961. Srov. FUCHS, R. F. *Workable Competition and Antitrust Policy*, by George F. Stocking; *Competition as a Dynamic Process*, by Maurice Clark; *Competition and Monopoly*, by Mark S. Massel. *Indiana Law Journal*. Vol. 38, Iss. 4 Art. 4 (1963).

²² K této evropské tradici srov. např. FELDENKIRCHEN, W. *Competition Policy in Germany*. *Business and Economic History*. 2nd Series, Vol. 21, 1992.

²³ STRIRK, P. M. – WEIGALL, D. *The Origins and Development of European Integration. A Reader and Commentary*. London: Pinter, 1999, s. 68. Profesionální biografie R. Bowieho, který po návratu ze SRN do USA odešel z akademického světa do státní správy, srov. MCFAZDEAN, A. *The Bigger Picture and/or History? Robert Bowie*. *Australasian Journal of American Studies*. Vol. 22, No. 2 December 2003, s. 41–63.

²⁴ BUDZINSKI, O. *Pluralism of Competition Policy and the Call for Regulatory Diversity*. *Working paper No. 14/2003*, Philipps Universität Marburg, 2003. Větší význam konceptu *workable competition* v právu EU přikládá i BASKOY, T. *Effective competition and EU Competition Law*. *Review of European and Russian Affairs*. Vol. 1, No. 1 Dec 2005; též SAUTER, W. *Competition Policy*. *The European Union Economics*. 9th Ed. Ed. By El-Agraa, A. M. Cambridge University Press, 2011, s. 199.

²⁵ BASKOY, T., op. cit. pozn. 24, s. 2.

²⁶ První přímá zmínka o *workable competition* je v rozsudku SDEU *Metro*, věc 26/76 z roku 1977 odst. 20. Odkazy na *effective competition* jsou starší a do současnosti podstatně častější, např. již v prvním soutěžním rozhodnutí *Consten Grundig*, věc 56 a 58/64, hovořil SDEU o „*une concurrence efficace*“. Aktuálně tak činí např. čl. 2 nařízení Rady 139/2004 o kontrole spojování, nebo rozsudek Tribunálu ve věci T-168/01 *GlaxoSmithKline* z roku 2006, kde v odst. 20 se za účinnou soutěž označuje ta soutěž, na kterou odkazuje čl. 3 odst. 1 písm. g) SES a také její čl. 81, tj. taková úroveň soutěže, která je nutná k dosažení cílů Smlouvy. Z poslední doby viz např. rozsudek T-321/05 *AstraZeneca* z roku 2010, odst. 175, nebo Pokyny k vertikálním omezením Evropské komise z téhož roku (dokument OJ 2010 C130/1) odst. 107.

Z doktrinálního hlediska je teorie J. M. Clarka spíše obecná a neúplná a snáze tak umožňuje přenos klíčových konceptů.²⁷ Rovněž platí, že jeho dílo bylo ceněno německými ordoliberaly, jakož i to, že řada jeho závěrů neodporuje tomu, jak bývají vykládány soutěžní články Smlouvy. Určité shody existují s koncepcí optimální intenzity konkurence E. Katzenbacha, která měla v 70. letech 20. století ohlas v SRN a jejím prostřednictvím nepochybně i v GŘ pro soutěž Evropské komise.²⁸ Jde však spíše o podobnosti vyplývající ze všeobecné obeznámenosti poměrně úzkého kruhu specialistů mladého a dlouho i malého odvětví práva s dobovými teoriemi a jejich hlavními představiteli. Důkazy o přímém vlivu či alespoň rozhodné inspiraci dílem J. M. Clarka mezi autory Smlouvy či mezi soudci SDEU však zcela absentují.

Účinná či funkční soutěž jsou pojmy v soutěžní politice a právu EU běžně užívané, až všudypřítomné. Stěží si mohly v jejich šedesátiletém vývoji zachovat stejnou doktrinální kotvu, a to i dlouho po té, co byl v teorii koncept *workable competition* dávno opuštěn jako „nepříliš praktický základ pro konzistentní soutěžní politiku“.²⁹ SDEU, resp. i Evropská komise těmito termíny označují „takovou úroveň soutěže, která je nezbytná pro dosažení cílů Smlouvy“,³⁰ případně nezávislé jednání více účastníků stejného trhu.³¹ Orgány EU tedy dávají těmto pojmům teleologický (s odkazem na cíle Smlouvy), případně jen primárně empirický obsah (popis reálně dosažitelného stavu soutěže na trhu), jinak tyto pojmy dále nedefinují, ani jim nepřikládají hlubší doktrinální význam. Obsahová či doktrinální podobnost s J. M. Clarkem se dá vystopovat pouze ve výchozím přesvědčení, že v realitě nemůže být soutěž *perfect*, ale měla by být *effective* – účinná. V dalším popisu *effective* či *workable competition* již v EU panuje naprostá doktrinální volnost: někteří autoři ji spojují nikoli se stavem či strukturou soutěže na trhu EU, ale s existencí jejího přínosu pro spotřebitele,³² zatímco jiní tvrdí, že EU prosazuje účinnou soutěž jako cílový stav těch trhů, kde působí jen málo soutěžitelů, resp. kde existuje riziko koncentrace tržní moci,³³ případně že jde prostě o základní charakteristiku soutěžního procesu jako takového.³⁴

Většina komentátorů se proto přiklání ke stanovisku, že termíny *workable* a *effective competition* neodkazují v aktech Komise a SDEU k nějakým sofistikovaným konceptům ekonomické teorie³⁵ a nemůže jít tedy o trvalé následování J. M. Clarka a harvardské

²⁷ Zda lze koncept *workable competition* J. M. Clarka považovat za ucelenou teoretickou koncepci nebo jen za pouhou formulaci souhrnu kritérií je sporné, např. dle KLIKOVÁ, CH. – KOTLÁN, I., op. cit. pozn. 13, s. 231–232, čímž lze pak vysvětlit i snadnou přenositelnost konceptu, který není vyhraněně spojen s určitou zpracovanou teorií.

²⁸ Srov. KRABEC, T., op. cit. pozn. 6, s. 66–68.

²⁹ Srov. JONES, A. – SUFRIN, B., op. cit. pozn. 7., na s. 33 autoři dovozují, že úroveň soutěže, tedy především počet relevantních soutěžitelů na trhu odpovídající stavu *workable competition*, nelze exaktně určit. Závisí tak na hodnotovém soudu a nepředstavuje tedy objektivní kotvu pro soutěžní politiku.

³⁰ Srov. citovaný rozsudek *Metro* 26/76 odst. 20., kde vedle „dosažení cílů Smlouvy“ SDEU uvedl, že v souladu požadavkem *workable competition* „způsoby a intenzita soutěže se mohou lišit v závislosti na druhu zboží nebo služeb o které se jedná a na hospodářské struktuře sektorů relevantního trhu“.

³¹ MILANESI, M. – WINTERSTEIN, A. *Minority shareholding, interlocking directorships and the EC Competition Rules – Recent Commission Practice. Competition Policy Newsletter*. No. 1/2002.

³² BISHOP, S. – WALKER, M. *The Economics of EC Competition Law*. 2nd Ed. Sweet and Maxwell, 2006, s. 16.

³³ KENT, P. *Law of the European Union*. 3rd Ed. Pearson Education, 2001, s. 225.

³⁴ SAUTER, W., op. cit. pozn. 24, s. 199.

³⁵ KOENIG, CH. – BARTOSCH, A. – BRAUN, J.-D. *EC Competition and Telecommunication Law*. The Hague Kluwer Law International, 2002, s. 325, dále např. WHISH, R. – BAILEY, D. *Competition Law*. 7th Ed. Oxford University Press, 2012, s. 18.

školy. Jde o termíny, které se přirozeně nabízejí k popisu reálně dosažitelné soutěže na trzích. Ta zpravidla nemůže být ideální ve smyslu dokonalé soutěže, ale měla by být taková, aby soutěž na trzích byla zachována, aby trhy a jejich integrace fungovaly. „Firmy musejí čelit v rozumné míře konkurenčním tlakům od stávajících, tak od potenciálních konkurentů a také zákazníků a je úlohou soutěžního orgánu dohlížet na to, že takové tlaky na trhu působí“, uvádí na vysvětlenou k obecnému chápání požadavku účinné soutěže jeden z klasiků soutěžní jurisprudence R. Whish.³⁶ Jde tudíž o tak široce přijímanou definici reálného stavu konkurence,³⁷ že je možné v ní hledat souvislost jak s harvardskou školou, tak se vším, co přišlo v teorii soutěže po ní, vyjma neoklasické chicagské školy a jejich následovníků.

Poválečný politicko-ekonomický vliv USA a jejich akumulovaného know-how v oblasti antitrustu se tedy do dějin evropské integrace zapsal tím, že ochrana soutěže byla do Smlouvy vůbec zařazena a nakonec, byť v pozměněné podobě oproti prvnímu návrhu R. Bowieho, všemi zakládajícími státy ESUO přijata.³⁸ Není tedy čistou náhodou, že v EU podobně jako předtím v USA, se po 2. světové válce zformovala ochrana soutěže jako samostatná politika a odvětví práva (a nikoli jen jako součást hospodářské politiky a práva nekalé soutěže), ani to, že Shermanův zákon má dva obecně formulované články postihující kartely a monopoly, podobně jako dnes čl. 101 (zákaz kartelů) a 102 (zákaz zneužití dominantního postavení) SFEU... Nic z těchto vlivů či souvislostí však neznamená, že se orgány EU inspirovaly či dosud inspiřují učením J. M. Clarka.

3. VLIV SRN A FREIBURSKÉHO ORDOLIBERALISMU

Skutečnost, že soutěžní politika a právo EU měly své freiburské období, je obecně sdílena akademiky i praktiky tohoto oboru.³⁹ Problematičtější je však odpověď na otázku, v čem přesně a jak dlouho. Je třeba odlišit vliv SRN, resp. to, co zejména francouzští badatelé⁴⁰ nazývají „německým modelem“ evropské integrace na straně jedné a vlivem konkrétní doktríny freiburského ordoliberalismu na straně druhé.

Německý model lze shrnout do sousloví ukotvený liberalismus (*embedded liberalism*), či organizovaný kapitalismus, která jsou někdy pro 60. a dílem i 70. léta evropské integrace užívána.⁴¹ Zahnuje uvolnění trhu uvnitř i vně EU, regulaci jako aplikaci právních pravidel, prioritu soutěže před strukturálními politikami, monetární a rozpočtovou disciplínu

³⁶ WHISH, R. – BAILEY, D., op. cit. pozn. 35, s. 18.

³⁷ Autoři jedné ze základních mezinárodních učebnic práva EU, P. Craig a G. De Búrca, považují *workable competition* za termín označující prostě realistickou verzi ideální *perfect competition*. Srov. CRAIG, P. – DE BÚRCA, G. *EU Law – Texts, Cases and Materials*. 5th Ed. Oxford University Press, 2011, s. 959.

³⁸ O tvrdém diplomatickém nátlaku USA, zejména na průmyslovou lobby SRN bránící se antitrustovým článkům ve Smlouvě o ESUO, více in HARPER, J. L. *Ve vlastním zrcadle – Američané a otázka Evropské unie 1943–1954*. In: M. Bond – J. Smithová – W. Wallace. *Význační Evropané*. Praha: Evropský literární klub, 1998.

³⁹ Srov. WEITBRECHT, A., op. cit. pozn. 9, a také bývalý ředitel DG COMP Evropské komise P. Lowe, vystoupení v Mnichově 27. 3. 2007. *Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?* Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf.

⁴⁰ Srov. BILGER, F. *Idées et intérêts dans la construction économique européenne*. In zvl. číslo revue *Petites Affiches – La Loi – Le Quotidien Juridique*. 22. 1. 2009; DENORD, F. *Nééo-libéralisme et „économie sociale de marché“: les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930–50)*. *Histoire, économie et société*. 27e année No. 2008/1, s. 23–33.

⁴¹ BUCH-HANSEN, H. – WIGGER, A., op. cit. pozn. 4, s. 57 an.

v rámci všech hospodářsky zaměřených politik.⁴² V tomto smyslu byl vliv SRN patrný již od jednání o Římské smlouvě v letech 1956–1957, posléze ve formování politik EHS, kdy představoval hráz nacionálnímu a dílem i evropskému merkantilismu, a to ve prospěch veřejnou mocí formovaného a střeženého, ovšem jinak svobodného trhu. Výjimečností Němců v daných letech v rámci EHS bylo to, že „pěstovali soutěž stejně náruživě jako Američané“.⁴³ Nepochybně se na tom projevil tlak USA jako okupační mocnosti, která si uvědomovala, že předání moci orgánům SRN musí doprovázet taková regulace, mj. v oblasti antitrustu, kterou si Němci vytvoří sami, a podporovala proto ty myšlenkové směry v rámci Německa, které slibovaly pokračování poválečné dekoncentrace a dekartelizace.

Výklad učení freiburského ordoliberalismu, zejména principů tržního řádu, v němž musí veřejná moc vynucením práva zajistit, aby nedocházelo k nadměrné koncentraci a zneužití tržní moci na úkor soutěže (která by ideálně měla být úplná či tzv. kompletní), přesahuje rámec této studie a je dobře dostupný z jiných zdrojů.⁴⁴ Zde jde o to, jak a v čem ovlivnila tato doktrína antitrust EU a zda je oprávněné hovořit o freiburském či ordoliberalním období v soutěžní politice a právu EU.

Ač byl ordoliberalismus nepochybně nejpropracovanějším proudem evropského neoliberalismu, ani v rámci SRN ani v rámci evropské integrace však nesehrál výlučnou a dominantní roli. Uvnitř SRN byl skrze priority vládní CDU-CSU ihned (A. Mueller-Armack v r. 1949⁴⁵) zkombinován se sociálním učením do doktríny sociálně-tržní ekonomiky a nehledě na úvodní, jednoznačně ordoliberalní legislativní návrhy, neprosadil některá svá klíčová doporučení ani do prvního německého zákona proti omezením soutěže (GWB 1957), z něhož pod vlivem národního merkantilismu zcela vypadla kontrola koncentrací, tedy kumulace tržní moci.⁴⁶ Podobně na jednáních o Smlouvě o EHS, tak jak se je podařilo zrekonstruovat z *travaux préparatoires* a dalších svědectví doby, šlo zcela zásadně o francouzsko-německý kompromis národních zájmů a národních modelů hospodářství obecně.⁴⁷ K otázce ochrany soutěže lze v jisté zkratce napsat, že Bonn prosadil samostatnou úpravu antitrustu ve Smlouvě výměnou za ústupek Paříži, trvající stejně tvrdošijně na společné zemědělské politice.⁴⁸ Vlastní obsah antitrustových článků Smlouvy někteří autoři charakterizují jako kompromis mezi ordoliberaly a národními merkantilisty, ovšem ordoliberalové jednoznačně nedominovali ani na straně vyjednávačů SRN.⁴⁹ Svědčí o tom mj. ta skutečnost, že zatímco merkantilisticky orientovaní

⁴² BILGER, F., op. cit. pozn. 40.

⁴³ MARKERT, K. Recent developments in German Antitrust Law. *Fordham Law Review*. Vol. 43, Issue 5, 1975, s. 703.

⁴⁴ Odkaz na zdroje viz pozn. 8 a také klíčové dílo o dějinách antitrustu EU: GERBER, D. J. *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford University Press, 2001.

⁴⁵ Geneze pojmu sociálně-tržní hospodářství viz GOLDSCHMIDT, N. – MÜLLER-ARMACK, A. – ERHARD, L. *Social Market Liberalism. Freiburg Discussion Papers on Constitutional Economics*. No. 04/12 Walter Eucken Institut, Freiburg, 2012.

⁴⁶ Srov. FELDENKIRCHEN, W., op. cit. pozn. 22.

⁴⁷ WARLOUZET, L. La Politique de la concurrence européenne depuis 1950: surveiller les entreprises et les Etats. CVCE _ Centre Virtuel de la Connaissance sur l'Europe, 28. 9. 2012. Dostupné na <http://www.cvce.eu>, s. 4. Jednání o EHS byla poznamenána snahou vytvořit fungující společný trh jako základ pro růst a sociální blahobyt, a tedy i bez znevýhodnění firem z toho či onoho členského státu „nekorrektním“ nastavením podmínek soutěže po té, co budou odstraněny národní hranice. Historické záznamy svědčí o tom, že ochrana soutěže nebyla klíčovou otázkou, ale spíše uspokojením potřeby vyvolané prioritním zájmem o vybudování společného trhu a zajištění jeho funkčnosti.

⁴⁸ AYDIN, U. – THOMAS, K. P. The Challenge and Trajectories of EU Competition Policy in The Twenty-first Century. *European Integration*. Vol. 34, No. 6 September 2012, s. 534.

Francouzi posléze prosazovali stejný princip zákazu jak pro kartely, tak pro dominantní postavení, vyjednávači SRN chtěli řešit dominanci na principu zneužití, tj. zamezení zneužití jinak právně nezávadného dominantního postavení – jakkoli se taková pozice rozcházela s ordoliberalním kánonem.⁵⁰

Badatelé dnes spatřují vliv ordoliberalismu v tom, že zásluhou osobností vyznávajících ordoliberalní krédo, jako byli W. Hallstein (první předseda Evropské komise), H. von der Groeben (první komisař pro soutěž), A. Deringer (europoslanec a autor návrhu prvního prováděcího nařízení k článkům 85 a 86 č. 17/62) a posléze zejména soudci Soudního dvora, se ve formativní první dekádě 1957–1967 prosadila ochrana hospodářské soutěže jako nezávislá součást aktivit EHS, mající v článcích 85 a 86 přímo aplikovatelný právní nástroj svěřený nadnárodním orgánům integrace.⁵¹ Rozhodování o soutěži bylo chápáno jako formální aplikace práva, nikoli jako provádění politiky.⁵² Do právní interpretace „ústavně obecných“ článků 85 a 86 se výrazně prosadil ordoliberalní požadavek svobody a férovosti soutěže na straně jedné (korespondující se Smluvním cílem budování společného trhu, který narušovaly a rozdělovaly diskriminační kartely, zákazy reexportu či obchodu se zahraničím apod.) a nedůvěra ke koncentrované tržní moci na straně druhé (nízký práh domněnky dominantního postavení stanovený na 40% podíl na relevantním trhu, zvláštní odpovědnost dominantního soutěžitele za zachování zbytků soutěže na trhu).⁵³

Nepochybný vliv freiburského ordoliberalismu je třeba vnímat v poměru k jiným, doktrinárně neukotveným vlivům (vycházejícím z *ad hoc* kompromisů mezi národními, resortními či skupinovými merkantilistickými zájmy). Je jasné, že evropská integrace nikdy neprosazovala úplnou či kompletní soutěž v duchu ordoliberalů, ale jak bylo výše ukázáno, vždy spíše funkční soutěž, a to společně s cílem integrace trhů daným Smlouvou. H. von der Groeben pojmenoval tři základní cíle soutěžní politiky EHS v roce 1963 takto: 1) zabránit firmám nebo členským zemím v tom, aby vybudovaly bariéry obchodu tam, kde je již EHS odstranilo, 2) podporovat integraci, 3) chránit ekonomický a sociální řád založený na svobodě pro podnikatele, spotřebitele i pracující.⁵⁴ Jen poslední z nich je možné označit za ordoliberalní, první dva vyplývají z cílů Smlouvy a lze do nich promítnout různorodé názory a zájmy.

Ani při vlivu ordoliberalů v Evropské komisi nebylo možné prosadit její plnou nepolitickost a nezávislost srovnatelnou s německým *Bundeskartellamt* a v období, kdy byl vliv výše jmenovaných stoupenců ordoliberalismu přímý a nejsilnější, Komise přijala (za léta 1962–1968, neboť před přijetím nařízení 17/62 měly aplikační pravomoc národní

⁴⁹ Srov. BUCH-HANSEN, H. – WIGGER, A., op. cit. pozn. 4, s. 54.

⁵⁰ Podrobný rozbor jednání o čl. 86 Římské smlouvy (dnes č. 102 SFEU) viz AKMAN, P. Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC. *Oxford Journal of Legal Studies*. No. 29/2009 (též CPP Working Paper 07-5 ESRC Centre for Competition Policy and School of Law University of East Anglia).

⁵¹ WARLOUZET, L., op. cit. pozn. 47.

⁵² GERBER, D. J. Competition Law and International trade: The European Union and the Neo-Liberal factor. *Pacific Rim Law and Policy Journal*. Vol. 4, No. 1 March 1995, s. 50.

⁵³ K ordoliberalní interpretaci soutěžních článků Smlouvy srov. např. PADILLA, J. A. – AHLBORN, Ch. From Fairness to Welfare, Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law. 12th Annual Competition Law and Policy Workshop, EUI Robert Schuman Centre, Florence June, 8–9 2007, s. 15, dostupné na <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition>, též GROMSEN, L. L. Article 82 ES: Where are we coming from and where are we going? *The Competition Law Review*. Vol. 2, Issue 2 March 2006, s. 10–11.

⁵⁴ Cit. dle MARTIN, S. The Goals of Antitrust and Competition Policy. *Purdue Ciber Working Papers*. No. 2007-003 Purdue University, s. 54. Dostupný na <http://docs.lib.purdue.edu/ciberwp/48/>.

orgány) pouhých pět rozhodnutí.⁵⁵ Prakticky všechna se týkala vertikálních distribučních kartelů coby bariér účinné soutěže na integrujících se trzích.⁵⁶ Vůči koncentrované moci zasahovala Komise maximálně neformálním vyjednáváním a první tvrdý horizontální kartel výrobců jednoho odvětví ztrestala až v roce 1969 (rozhodnutí ve věci *Quinine* z července 1969). Žádné rozhodnutí nebylo Komisí přijato ve věci zneužití dominantního postavení, ani kontroly státní pomoci a pravomoc kontrolovat fúze a převzetí si Komise formálně nevydobyла až do roku 1989. Nacionální merkantilismus bránil strategická odvětví a podniky před zásahy nadnárodní autority.⁵⁷ Léta, kdy se aparát Komise nacházel v rukách ordoliberalů, byla tak spíše věnována vyjasňování pojmů Smlouvy, budování kapacit a hledání spojenců pro získání dalších pravomocí (umožnění tzv. blokových výjimek), než prosazování určité doktríny do rozhodovací praxe.

Sám ordoliberalismus postupně „stárá“. V jeho domovině, v SRN na přelomu 60. a 70. let, kdy se Komise chystala na první zásahy vůči dominantním podnikům (historicky první aplikace čl. 86, dnes 102 SFEU, ve věci *GEMA*, 1971), byl již vliv ordoliberalismu za zenitem. V hospodářské politice budovala vládnoucí SPD sociální stát blahobytu, na poli antitrustu se vedly polemiky mezi stoupenci optimální intenzity konkurence (výrazně ovlivnily novelu GBW z roku 1973) a postupně sílícími neoklasickými názory odkazujícími na F. A. Hayeka.⁵⁸ Posledním ohniskem „evropského“ ordoliberalismu tak zůstal Soudní dvůr EU.⁵⁹ Jeho po desetiletí konstantní judikatura, v níž se konzervativně drží svých starších rozhodnutí, se stále vrací např. ke zvláštní odpovědnosti dominantního soutěžitele,⁶⁰ k nutnosti chránit fungující proces otevřené soutěže i v případech, kdy je to na úkor efektivnosti, případně i proti bezprostřednímu zájmu konečných spotřebitelů, je dodnes interpretována jako doklad přežívajícího vlivu ordoliberalismu.⁶¹ Dle komentátorů byl známkou dlouhotrvajícího otisku ordoliberalismu (či německého přístupu obecně) též formalistický přístup Komise i SDEU k potenciálním narušením soutěže, který až do 90. let 20. století subsumoval komplexní realitu trhů pod několik právem fixovaných principů.⁶² Ordoliberalismus v orgánech EU nepochybně zakořenil a dodnes umožňuje vysvětlit řadu tradičních definic a interpretací antitrustu EU.

⁵⁵ WARLOUZET, L., op. cit. pozn. 47, s. 5.

⁵⁶ BUCH-HANSEN, H. – WIGGER, A., op. cit. pozn. 4, s. 67.

⁵⁷ MONTALBAN, M. – RAMIREZ-PEREZ, S. – SMITH, A., op. cit. pozn. 3, na s. 27–28 uvádějí, že Hallsteinova výrazně ordoliberalní Komise neprosadila v 60. letech skutečně ordoliberalní soutěžní politiku proti odporu neo-merkantilistů zejména z Francie a Itálie.

⁵⁸ DENORD, F. *Néo-liberalisme et économie sociale de marché: les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930–1950)*. *Histoire, économie et société*. 27e année, No. 2008/1, s. 23–33; též KRABEC, T., op. cit. pozn. 6, s. 55–58 a 66–68.

⁵⁹ MARTY, F. *Politiques européennes de la concurrence et économie sociale de marché*. OFCE No. 2010/20 Nov. 2010, s. 15–17.

⁶⁰ Viz klasické rozhodnutí SDEU ve věci 85/76 *Hofmann-LaRoche* z roku 1979 a nově odkaz na něj např. v nedávném rozhodnutí SDEU ve věci *AstraZeneca C-457/10P* z prosince 2012.

⁶¹ Srov. aktuální judikaturu SDEU ve věcech *GSK Services Unlimited C-501/06P* a *C-8/08 T-Mobile Netherlands and others*, obě rozhodnutí z roku 2009, v nichž SDEU zdůrazňuje potřebu „chránit strukturu trhu a tím hospodářskou soutěž jako takovou“, a to přednostně před ochranou zájmů účastníků trhu včetně konečných spotřebitelů.

⁶² Viz např. kritika V. Korah z roku 1981, citovaná in CRAIG – DE BÚRCA, op. cit. pozn. 37, s. 972. Praktickým příkladem formalismu bylo znění nařízení Komise o blokových výjimkách, které až do konce 20. stol. obsahovala nejen „černé klauzule“, coby vždy zakázaná kartelová ujednání mezi stranami, ale i omezený seznam „bílých klauzulí“, tj. těch, které měly strany ve svých dohodách použít, aby zachovaly soulad s pravidly soutěže. Srov. GOYDER, J. ALBORS-LLORENS, A. *Goyder's EC Competitive Law*. 5th Ed. Oxford University Press, 2009, s. 611.

4. PŘES EKONOMICKOU KRIZI K „BRUSELSKÉ ŠKOLE“ ANTITRUSTU

Období od počátku 70. do poloviny 80. let lze ve vývoji antitrustu EU srozumitelně charakterizovat lépe odkazem na znaky doby než na konkrétní soutěžně-právní doktríny. A to proto, že vedle poválečného modelu hospodářské politiky procházel krizí i sám koncept evropské integrace – šlo o léta stagnace či „eurosklerózy“ ve sjednocování kontinentu. Soutěžní politika prováděná Evropskou komisí za podpory SDEU v této době na jedné straně vykazovala zřetelnou „závislost na nastoupené cestě“ a podržela si určité rysy předchozí etapy vývoje, na druhé straně s obtížemi čelila novým tlakům vyvolaným reálnými hospodářskými a sociálními problémy členských států.

Z pohledu soutěžní ortodoxie tato politika upadla do podřízeného postavení vůči boji s inflací, nezaměstnaností, nedostatečným využíváním výrobních kapacit atd.⁶³ R. Wesseling nazývá toto období „druhou fází“ vývoje evropského antitrustu a za klíčovou charakteristiku považuje skutečnost, že soutěžní politika byla využita k tomu, aby etablovala širší průmyslovou politiku tehdejšího EHS.⁶⁴ Antitrustu to dávalo možnost bojovat proti oživenému národnímu protekcionismu, současně však stavělo Komisi pod tlak vyžadující schvalování výjimek pro transnárodní projekty kooperace i restrukturalizační odvětvové kartely všude tam, kde to odpovídalo širším cílům Smlouvy.⁶⁵ Rozhodování Komise se tak částečně zpolitizovalo, neboť byla podstatně více nucena brát v potaz momentální ekonomickou situaci.⁶⁶ Ordoliberalní juridismus předchozího období se svářel se středo-levým diskursem zaměstnanosti a práv pracujících i silícím euro-merkantilismem argumentujícím nutností restrukturalizovat nosná odvětví a dát vyrůst evropským „šampionům“.⁶⁷

Období přitom nebylo chudé na soutěžní rozhodnutí – pocházejí z něj dodnes klasická rozhodnutí ve věcech zneužití dominantního postavení (*United Brands* v roce 1975, *Hofmann-La Roche* v roce 1976, *Michelin I* v roce 1981) i pokusy suplovat neexistující pravomoc EHS v kontrole spojování, a to aplikací čl. 86 na vznik dominantního postavení skrze spojení firem (věc *Continental Can* rozhodnutá Komisí v roce 1972, Soudem 1973) a čl. 85 na kartel vzniklý ze spolupráce firem před jejich spojením (*Philip Morris* a *Rembrandt Group*, Komise 1984, Soud 1987). Rozhodnutí byla odůvodňována převážně potřebou bránit integraci trhů a funkční soutěž, což se často nepřičilo ani dobovému euro-merkantilnímu diskursu, neboť v řadě případů šlo o firmy původem z USA.⁶⁸ Praktický výkon

⁶³ S odkazem na priority Komise uváděné v první Zprávě o soutěžní politice z roku 1972 takto charakterizují dobový antitrust EU BUCH-HANSEN, H. – WIGGER, A., op. cit. pozn. 4, na s. 69.

⁶⁴ WESSELING, R. *The Modernization of EC Antitrust Law*. Hart Publishing, 2000, s. 48–49.

⁶⁵ Jako „památka“ se uvádějí zejména rozhodnutí SDEU *Metro SB-Grossmarkte GmbH* z roku 1977, kde byla potvrzena výjimka ze zákazu kartelů pro dohodu, která měla blahodárný vliv na zaměstnanost, zejména v době nepříznivých tržních podmínek a *Synthetic Fibres* z roku 1978, kde Komise posvětila „krizový kartel“ směřující ke koordinovanému odstavení přebytečných kapacit. Komise nicméně zdůrazňovala výjimečnost takových rozhodnutí, aby jim v žádném případě nebyl připisován precedenční charakter pro budoucnost.

⁶⁶ GERBER, D. J. The transformation of European Competition Policy. *Harvard International Law Journal*. Vol. 35 No. 1, 1994, s. 119 a také HORNSBY, S. B. Competition Policy in the 80's: More Policy Less Competition. *European Law Review*. Vol. 12, 1987, s. 80.

⁶⁷ Srov. BUCH-HANSEN, H. – WIGGER, A., op. cit. pozn. 4, s. 69, nebo charakteristiku těchto let v MONTALBAN, M. – RAMIREZ-PEREZ, S. – SMITH, A., op. cit. pozn. 3, s. 28, jako období dominujícího neo-merkantilismu.

⁶⁸ FREYER, T. A. *Antitrust and Global Capitalism 1930–2004*. Cambridge University Press, 2006, s. 289.

ochrany soutěže se nevyhnutelně občas svárel s přístupy a definicemi převzatými z ordoliberalismu. Např. v rozhodnutí 322/81 *Michelin I* Soudní dvůr opakovaně (odst. 10 a 57 rozhodnutí) potvrdil „zvláštní odpovědnost“ dominantního soutěžitele za zachování soutěže na trhu, tj. přístup, který koření v ordoliberalní *als-ob* (jako by) doktríně zavazující dominantní podnik k takovému jednání, *jako by* neměl výsadní mocenské postavení na trhu.⁶⁹ Totéž rozhodnutí však dominantnímu soutěžiteli zakázalo (odst. 72–73) politiku věrnostních slev, tedy jednání běžné a povolené právě pro nedominantní podniky.

Do boje s kartely v klíčových odvětvích se Komise naplno pustila až v 80. letech,⁷⁰ kdy také začala zdůrazňovat nejen škodlivost těchto kartelů pro tradiční integraci trhů, ale nově i pro výkonnost firem a blahobyt zákazníků.⁷¹ Přibližně v téže době se v odůvodněních Komise objevuje více ekonomické analýzy na úkor formální aplikace práva dle vnějších znaků určitého jednání.⁷² Šlo o nové prvky, charakteristické pro další vývoj evropského antitrustu. V listopadu 1984 označil tehdy již končící komisař pro soutěž, F. Andriessen, za cíle soutěžní politiky (pevně spojené s politikou hospodářskou a průmyslovou) 1) realizaci jednotného trhu, 2) podporu harmonického rozvoje ekonomických aktivit.⁷³ P. Sutherland, jeho neoliberalně naladěný nástupce, v roce 1985 potvrdil úzké sepětí ochrany soutěže s hospodářskou, průmyslovou a sociální politikou a za její klíčový úkol označil podporu harmonického rozvoje hospodářských aktivit, trvalý a vyvážený růst a co nejrychlejší zvyšování životní úrovně.⁷⁴

Pro antitrust EU se tudíž stala v tomto období charakteristická mnohost cílů,⁷⁵ vysvětlitelná nutností podřídit v obtížných letech ochranu soutěže daleko více Smlouvou posvěceným (a do jisté míry i populisticky líbivým) metám. V pojetí F. Soutyho se právě v této době v soutěžní politice a právu EU eklekticky prosadily všechny prvky, které dle něj charakterizují „bruselskou školu“ antitrustu: a) politický cíl těsnější integrace trhů, b) zaměření na hospodářskou, nikoli úzce soutěžní efektivnost, c) zaujetí pro sociální a morální přínosy (harmonický rozvoj, férovost, ochrana spotřebitele).⁷⁶ Fakt, že jde o cíle ne vždy konzistentní a občas konfliktní, které svědčí ochraně soutěže spíše jako ad hoc politice než jako konstantní aplikaci práva,⁷⁷ nemohl nevyvolat depolitizující reakci v nadcházejícím období.

⁶⁹ Srov. MARTIN, S., op. cit. pozn. 54, s. 47–48; PERA, A. Changing Views of Competition and EC Antitrust Law. *Working Paper. No. 13 March/2008* Macerata Lectures on European Economic Policy, Università degli Studi di Macerata 2008, s. 25.

⁷⁰ *Yearbook of European Law* No. 10, 1990 Ed by BARAV, V. – WYATT, D. A. Oxford: Clarendon Press, 1991, s. 411–412.

⁷¹ HORNSBY, S. B. Competition Policy in the 80's: More Policy Less Competition. *European Law Review*. Vol. 12 1987, s. 80.

⁷² GERBER, D. J., op. cit. pozn. 66, s. 118.

⁷³ ANDRIESEN, F. H. La Politique de concurrence de la CEE. Vystoupení 29. 11. 1984 Fédération des Entreprises de Belgique, Bruxelles 1984.

⁷⁴ SUTHERLAND, D. Towards a Positive Competition Policy: Future Trends and Actions. *European Competition Law Review*. Vol. 6, No. 1, 1985, s. 284.

⁷⁵ WITT, A. C., op. cit. pozn. 3, na s. 446 hovoří o tom, že Komise sledovala „vějíř ekonomických přínosů, aniž by často jakýkoli ekonomický přínos přímo pojmenovala“, jakož i přínosy z oblasti průmyslové, sociální, environmentální či dokonce kulturní a zdravotní politiky.

⁷⁶ SOUTY, F., op. cit. pozn. 2, s. 21–28.

⁷⁷ Podle WITT, A. C., op. cit. pozn. 3, s. 446, byla v podstatě až do modernizačního období počítaného od přelomu 20. a 21. století teorie ležící v základu soutěžního rozhodování Komise „vzdálená jakékoli jednoznačností“, což je častá charakteristika těch autorů, kteří odmítají eklektické doktrinální novotvary překračující rámec všeobecně přijímaných teorií antitrustu.

5. OD PROGRAMU JEDNOTNÉHO TRHU K MODERNIZACI V CHICAGSKÉM DUCHU

Od poloviny 80. let 20. století západní Evropa postupně akceptovala neoliberální diskurs, který se po kontinentu šířil jako ozvěna thatcherismu ve Velké Británii a reaganomiky v USA. Sířilo přesvědčení, že problémy v ekonomice i společnosti lze řešit důrazem na tržní orientaci, nákladovou efektivitu a individuální konkurenceschopnost.⁷⁸ Dle některých pozorovatelů tento přístup, vycházející z neoklasické ekonomie a na poli antitrustu z chicagské školy, nejprve těžil z kombinace či spojení s nositeli ordoliberalní tradice uvnitř Komise, aby posléze tyto tradice zcela zastínil a stal se dominantním diskursem neoliberálů v soutěžní politice a právu EU.⁷⁹

Již citovaný P. Sutherland je považován za komisaře, který v letech 1985–1989 jako první výrazněji prosadil silnou, neoliberálně orientovanou soutěžní politiku, vyznačující se četností a razancí zásahů, zejména proti horizontálním kartelům (coby tržním selháním snižujícím efektivnost a spotřebitelský blahobyt i dle autority chicagské školy R. H. Borka⁸⁰). Zcela nově ji zaměřil i proti státní pomoci churavějícím „národním šampionům“ a také na program liberalizace a deregulace ve státně-monopolních odvětvích.⁸¹ Za komisaře L. Brittana, přesvědčeného thatcheristy, v letech 1989–1993 tyto tendence dále zesílily. Komise zahajovala desítky řízení ročně, průměrná výše ukládané pokuty za porušení soutěžních pravidel se oproti začátku 80. let zvýšila čtyři až pětkrát.⁸² Generální ředitelství pro soutěž se za L. Brittana stalo v rámci Komise mocenským centrem, jehož ideově semknutý a navenek dokonce obávaný (!) tým, dokázal vytvořit „neoliberální alianci“ šířící i do dalších politik Komise odpor k neomerkantilismu a víru v přínosy volných trhů.⁸³

Nešlo však o rychlý a lineární vývoj. Programový manifest druhé Delorovy komise, tzv. Bílá kniha pro růst, konkurenceschopnost a zaměstnanost, z roku 1993, byl euromerkantilistickým dokumentem, v němž byla ochrana soutěže zmiňována jen okrajově.⁸⁴ Brittanův nástupce na postu soutěžního komisaře, vlámský socialista K. van Miert (1993–1999), byl spíše stoupencem „bruselské školy“ prosazujícím jak v dané době vsudypřítomnou liberalizaci, tak i komplementaritu soutěžní a průmyslové politiky EU, a to ve jménu „normálního fungování tržní ekonomiky a skutečné integrace trhů“.⁸⁵ Mezi rozhodnutími Komise a SDEU se v těchto letech objevily případy, které jsou dodnes předmětem polemik o tom, nakolik má ochrana soutěže ustupovat nesoutěžním zájmům a cílům, případně nakolik je má přímo prosazovat. SDEU ve věci *Albany C-67/96* vyloučil z aplikace soutěžních pravidel dohody sociálních partnerů směřujících ke zlepšení podmínek práce a zaměstnání. Komise v rozhodnutí 93/49 o společném podniku *Ford/VW*

⁷⁸ BUCH-HANSEN, H. – WIGGER, A., op. cit. pozn. 4, s. 75.

⁷⁹ MONTALBAN, M. – RAMIREZ-PEREZ, S. – SMITH, A., op. cit. pozn. 3, s. 33.

⁸⁰ Srov. klasické dílo chicagské školy, BORK, R. H. *The Antitrust Paradox*. 2nd Ed. New York: Free Press, 1978.

⁸¹ BUCH-HANSEN, H. – WIGGER, A., op. cit. pozn. 4, s. 80–81.

⁸² CARREE, M. – GUNSTER, A. – SCHINKEL, M. P. *European Antitrust Policy 1957–2004: An Analysis of Commission Decisions*. *Revue of Industrial Organisation*. No. 36, 2010, s. 123.

⁸³ MONTALBAN, M. – RAMIREZ-PEREZ, S. – SMITH, A., op. cit. pozn. 3, s. 32–33.

⁸⁴ Growth, Competitiveness, Employment. The Challenges and ways forward into the 21 century. White Paper COM (93)700 December 1995, *Bulletin of the European Communities*, Supplement 6/93.

⁸⁵ VAN MIERT, K. The role of competition policy. *Competition Policy Newsletter*. Vol. 1, No. 3 Autumn/Winter 1994.

v Portugalsku z roku 1992 jako jeden z důvodů své shovívavosti vypíchl „mimořádně pozitivní dopad spolupráce na infrastrukturu a zaměstnanost v jednom z nejhudších regionů Společenství“.⁸⁶ V rozhodnutí 2000/475 *CECED* z roku 1999 pak Komise vyňala ze zákazu kartelovou dohodu výrobců a dovozců praček, a to z důvodu, že jednotné zastavení produkce a prodeje energeticky nejnáročnějších, ale také nejlevnějších praček povede ku prospěchu skrze „snížení škodlivých emisí z výroby elektřiny“.⁸⁷ Přes sílící neoliberální tendence se tudíž soutěžní politika a právo EU nechtěly vzdávat širší palety sledovaných cílů diktovaných problémy doby a konvenujících úvodním hodnotovým článkům Smluv.⁸⁸

Ještě na počátku 90. let L. Brittan tvrdil, že chicagská škola není přímo určující pro soutěžní politiku EU, protože na tu se nehodí žádná ze škol užívaných v jiných jurisdikcích.⁸⁹ Jeho pokračovatel v letech 1994–2004, M. Monti, již vyhlásil v rámci tzv. modernizace soutěžní politiky⁹⁰ program, který komentátoři nazvali mikro-ekonomizací či přímo amerikanizací, tj. konvergencí s antitrustem USA.⁹¹ Na obou březích Atlantiku měl antitrust držet jednotný standard odvozený z učení chicagské školy: na základě důkladné mikro-ekonomické analýzy každého případu (*effect-based approach*) měl být sledován cíl vyšší (alokační a dynamické) efektivity svědčící ve středně až dlouhodobém horizontu blahobytu spotřebitele. Upozaděny měly být jakékoli nesoutěžní cíle. Určitým manifestem tohoto hodnotového posunu v ochraně soutěže se staly Pokyny EK k aplikaci článku 81 odst. 3 (nyní čl. 101 odst. 3) Smlouvy,⁹² ve kterých byla za cíl ochrany soutěže opakovaně (viz odst. 13, 33 Pokynů) označena právě efektivní alokace zdrojů a z ní plynoucí blahobyt spotřebitele. Obecné cíle Smlouvy (zaměstnanost, průmyslový či společenský rozvoj atd.) měly být nadále při posouzení soutěžního případu brány v potaz jen potud, pokud je lze bez kompromisů subsumovat pod ekonomicky chápanou efektivnost.⁹³ Imperativ

⁸⁶ Srov. Press release IP/92/1083 Commission approves Ford/Volkswagen agreement on multi-purpose vehicles z 23. 12. 1992.

⁸⁷ Rozhodnutí Komise jsou dostupná z webu DG COMP <http://ec.europa.eu/competition/eojade/iseff/index.cfm>.

⁸⁸ Podrobnou analýzu nesoutěžních cílů sledovaných v rozhodnutích orgánů EU v 80. a 90. letech podává WITT, C. A., op. cit. pozn. 3, s. 447–453.

⁸⁹ LOWE, P., op. cit. pozn. 39.

⁹⁰ Srov. Bílou knihu Komise o modernizaci pravidel implementace čl. 85 a 86 Smlouvy, z dubna 1999, dokument OJ C132/1. Modernizaci soutěžní politiky a práva EU nelze v této studii zvlášť rozebírat. Jednalo se o „komplikovanou souhrnu vícera faktorů“, mezi něž patří, vedle vlivu rozvinutějšího antitrustového práva USA, značný pokrok v budování jednotného trhu a tím i oslabení cíle soutěžní politiky jako nástroje sjednocování národních trhů, neudržitelnost systému notifikace (žádostí o individuální výjimku adresovaných Komisi) dle nařízení 17/62/EHS, akumulace zkušeností a s ní související odformalizování soutěžněprávního rozhodování cestou prohloubení ekonomických analýz, reakce na rigorózní přezkum rozhodnutí Komise ze strany SDEU atd. Podrobněji viz PETR, M. *Modernizace komunitárního soutěžního práva*. Praha: C. H. Beck, 2008. Rovněž srov. MUNKOVÁ, J. – KINDL, J. – SVOBODA, P. *Soutěžní právo*. Praha: C. H. Beck, 2012, z jejíž s. 65 je v této poznámce citováno.

⁹¹ WIGGER, A. *Towards a market based approach: the privatization and micro-economization of EU antitrust law enforcement*. *Working paper Political science No. 2006/05*, Vrije Universiteit Amsterdam 2006; srov. také WEITBRECHT, A., op. cit. pozn. 9.

⁹² Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty OJ C 101, 27. 4. 2004.

⁹³ V návrhu Pokynů dokonce EK uváděla, že „není úlohou článku 81 a orgánů aplikujících toto ustanovení Smlouvy umožňovat podnikům omezovat soutěž ve jménu cílů obecného zájmu“, což však do oficiálního znění nakonec neprosadila. O tom podrobněji KOMNINOS, A. P. *Non-Competition Concerns Resolution of Conflict in the Integrated Article 81 EC*. EUI Robert Schuman Centre for Advanced Studies 2004, EU Competition Law and

sjednocování trhů dobudováním vnitřního trhu zeslabil⁹⁴ a o další nesoutěžní cíle měly pečovat jiné politiky než ta soutěžní.⁹⁵ Modernizace byla nepochybným pokusem o „změnu paradigmatu“ inspirovaným chicagskou doktrínou antitrustu.⁹⁶

Právě v období od roku 2000 do vypuknutí finanční a hospodářské krize měla tedy soutěžní politika EU, zejména v projevech komisařů a ve výkladových dokumentech Komise, nejjasnější doktrinální afinitu ve své dosavadní historii. Komise vědomě prosazovala takovou interpretaci neměnných soutěžních článků Smlouvy, která by respektovala dobově nejvlivnější a široce sdílené neoklasické paradigma antitrustu.⁹⁷ M. Monti v roce 2001 ve Washingtonu prohlásil: „sdílíme stejné cíle a usilujeme o stejné výsledky na obou stranách Atlantiku. Jde nám o zajištění efektivní soutěže mezi podniky a naším nástrojem je soutěžní politika, která je založena na solidní ekonomické analýze a jejímž hlavním zájmem je ochrana spotřebitelských zájmů.“ Analytička H. Schweitzer shrnula doktrinální změny v roce 2007 takto: „...podle Komise má dnes interpretace soutěžních pravidel vycházet z kritéria efektivnosti a zejména spotřebitelského blahobytu. Dřívější silné propojení mezi pravidly soutěže a cílem dosažení integrace trhů má zeslabit, pokud ne zcela zmizet. S tím související koncept svobody soutěžit má být též opuštěn. Soutěžní právo v novém pojetí nemá ustupovat protichůdným politickým cílům nesouvisejícím s cílem vyšší efektivnosti. Rozhodování v soutěžních věcech má být vzdáleno sféře politiky. Interpretace soutěžních pravidel má být do značné míry oddělena od systému cílů stanoveného Smlouvou...“⁹⁸

Komisi však v jejím neoliberačním zápalu nenásledoval Soudní dvůr, vytrvale věrný výše uvedenému pojetí funkční soutěže, které dle něj nejlépe naplňuje cíle Smlouvy.⁹⁹ Když se Tribunál v několika svých rozsudcích¹⁰⁰ přiklonil k zájmu konečného spotřebitele jako základnímu kritériu pro rozhodnutí o tom, zda je určitá praktika soutěžitele pro- či protisoutěžní, SDEU ho neváhal coby odvolací orgán opravit s tím, že soutěžní právo chrání především jiné cíle: „článek 81 ES směřuje, podobně jako ostatní pravidla hospodářské soutěže uvedená ve Smlouvě, nikoliv pouze k tomu, aby chránil hospodářské zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů, nýbrž i k tomu, aby chránil strukturu trhu, a tím hospodářskou soutěž jako takovou. Proto konstatování existence protisoutěžního cíle

Policy Workshop/Proceedings, rovněž MONTI, G. *EC Competition Law*. Cambridge University Press, 2007, s. 119–120.

⁹⁴ Názor hlavního ekonomy DG COMP Komise L.-H. Roellera, cit. dle MARTIN, S., op. cit. pozn. 54, s. 65–66.

⁹⁵ BUCH-HANSEN, H. – WIGGER, A., op. cit. pozn. 4, s. 109.

⁹⁶ AYDIN, U. – THOMAS, K. P., op. cit. pozn. 48, s. 538.

⁹⁷ Srov. WITT, A. C., op. cit. pozn. 3, s. 444an.

⁹⁸ SCHWEITZER, H. *Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship. The Example of Art 81*. *EUI Working Papers Law 2007/30*, EUI San Domenico di Fiesole 2007, s. 2.

⁹⁹ Podle HUDSON, V. *Understanding the Direction of EU Competition Law: An Analysis based on Merger Regulation in the EU and US*. *European Competition Law Review*, Issue 11/2012 s. 530 jsou „názory freiburské školy překonané a neodpovídající moderním ekonomickým závěrům, nicméně zůstávají přítomny v soutěžním právu EU“. Podobně k přístupu SDEU též WITT, A. C., op. cit. pozn. 3, s. 444an.

¹⁰⁰ Srov. rozhodnutí Tribunálu ve věcech T-214/01 *Oesterreichische Postsparkasse* (odst. 115); T-168/01 *Glaxo-SmithKline* (odst. 118) a T-259/02 až T-264/02 a T-271/02 (spojené věci, označované souhrnně) *Raiffeisen Zentralbank Oesterreich* (odst. 99) v roce 2006, nebo rozhodnutí ve věci T-168/01 *GSK Services Unlimited v. EK* z téhož roku, kde v odst. 118 uvedl: „Cílem čl. 81 odst. 1 ES, který je základním ustanovením nezbytným k plnění úkolů svěřených Komisi, zejména za účelem fungování vnitřního trhu (...), je totiž zabránit podnikům, aby tím, že mezi sebou nebo s třetími osobami omezí hospodářskou soutěž, snižovaly blahobyt konečného spotřebitele dotčených výrobků...“

dohody nemůže být podmíněno tím, že je konečný spotřebitel zbaven výhod účinné hospodářské soutěže v rámci zásobování a cen...“¹⁰¹ Jde o neměnné setrvávání SDEU u judikatury formované od poloviny 60. let 20. století, podle níž cíle ochrany soutěže dané Smlouvou nejsou úzce (mikro) ekonomické.¹⁰² Výroky SDEU je samozřejmě vázána ve svém rozhodování i Komise, což zřejmě vysvětluje, proč i v letech vrcholící modernizace soutěžní politiky nerozhodovala vždy ve shodě se soutěžními orgány USA, ani s jejich chicagskými poradci.

Jakkoli je nepochybné, že soutěžní politika a právo EU si vydobily v letech protržního optimismu na přelomu století mimořádně vlivné postavení (do té míry, že se v návrhu Smlouvy o Ústavě pro Evropu měl jedním z cílů EU stát „jednotný trh s volnou a nerušenou soutěží“, čímž ochrana soutěže aspirovala na status „páté svobody jednotného trhu“¹⁰³) a vliv chicagské soutěžní doktríny byl na nich rozhodně patrný, nelze ani zde hovořit o bezvýhradné dominanci jedné školy antitrustu. Doktrína stojící za modernizačním úsilím Komise měla zajisté oporu mezi elitou ekonomické vědy i politickými silami napravo od středu, zejména v severozápadní a středovýchodní Evropě.¹⁰⁴ Proti této tendenci „od Freiburgu k Chicagu“ však stála nezanedbatelná část intelektuálů západní Evropy, politické síly nalevo od středu, zvláště v románské části Evropy,¹⁰⁵ jakož i lobby části evropského průmyslu ohrožené globální konkurencí,¹⁰⁶ a v neposlední řadě SDEU. Z různých pozic tyto síly odmítaly primát volné a nerušené soutěže nad cíli integrace jako celku či nad prioritami hospodářské politiky obecně.

6. LISABONSKÁ SMLOUVA, HOSPODÁŘSKÁ KRIZE A ANTITRUST EU

Jasným signálem, že modernizace antitrustu EU v duchu chicagské školy má silné odpůrce, se stal požadavek francouzského prezidenta N. Sarkozyho na zasedání Evropské rady v červnu 2007, aby z návrhu Lisabonské smlouvy, který vycházel z textu neratifikované Smlouvy o Ústavě pro Evropu, byl ze seznamu cílů EU odstraněn „jednotný trh s volnou a nerušenou soutěží“.¹⁰⁷ Šlo o neo-merkantilistický atak proti povýšení ochrany

¹⁰¹ Rozhodnutí SDEU C-501/06P (odvolání proti rozhodnutí Tribunálu T-168/01 GSK Services Unlimited v. EK), odst. 63, srov. též argumentaci generální advokátky J. Kokott ve starším případě 95/04 British Airways, odst. 86: „Článek 82, podobně jako jiná soutěžní ustanovení Smlouvy, není určen pouze anebo především k ochraně bezprostředních zájmů individuálních soutěžitelů nebo spotřebitelů, ale k ochraně struktury trhu a tedy soutěže jako takové (jako instituce), která již byla oslabena přítomností dominantního soutěžitele na trhu.“

¹⁰² WITT, A. C., op. cit. pozn. 3 dospívá na s. 468 k závěru, že přístup SDEU nelze smířit s modernizačním pokusem Komise o jednotné a úzké zacílení ochrany soutěže na vyčíslitelný spotřebitelský blahobyt.

¹⁰³ Srov. projev MONTI, M. A Reformed Competition Policy: Achievement and Challenges. Brusel 28. 10. 2004, speech 04/477.

¹⁰⁴ G. Monti z London School of Economics považuje chicagskou školu za „zřejmě nejlivnější myšlenkovou školu soutěžního práva“, srov. viz CHALMERS, D. – DAVIES, G. – MONTI, G. *European Union Law*. 2nd Ed. Cambridge University Press, 2010, s. 913.

¹⁰⁵ Neoliberalismus jako ideový základ moderního finančního kapitalismu byl např. intelektuály z románských zemí EU vždy považován za (zvrácenou) ideologii, srov. např. DUMÉNIL, G. – LÉVY, D. *Marxistická ekonomie kapitalismu*. České vydání Všeň: Grimmus 2011, ve Francii Éditions la Découverte již 2003, též BRESSER-PERREIRA, L. C. *The Global Financial Crisis, Neoclassical Economics and the Neoliberal Years of Capitalism*. *Revue de la régulation*. No. 7 Spring 2010 z 18. 7. 2010.

¹⁰⁶ Dle MONTALBAN, M. – RAMIREZ-PEREZ, S. – SMITH, A., op. cit. pozn. 3, s. 37, zůstali neo-merkantilisté silně zastoupeni např. mezi reprezentanty vlivného automobilového průmyslu.

soutěže z nástroje sloužícího celospolečenským cílům na cíl sám o sobě, obecněji pak proti anglosaskému modelu kapitalismu.¹⁰⁸ Ústupkem tomuto ataku vypadla ochrana soutěže poprvé od roku 1957 z úvodních „cílových“ ustanovení SEU (čl. 2 a 3),¹⁰⁹ jakož i z „obecně použitelných ustanovení“ SFEU (čl. 7–14), tj. ze seznamu principů, které mají být zohledněny ve všech činnostech EU. Protitlak neoliberálů však zajistil připojení právně závazného protokolu 27 (O vnitřním trhu a hospodářské soutěži) ke Smlouvám, který postuluje pevné spojení ochrany soutěže s cílem EU vytvořit vnitřní trh.¹¹⁰ Nejistotu ohledně toho, jak bude tato změna primárního práva interpretována, odstranil poměrně rychle SDEU. V rozsudcích z let 2011–2012 potvrdil tradiční přístup k věci: ochrana soutěže zůstává těsně spjata s vnitřním trhem, jde o ustanovení Smlouvy mající zásadní povahu, jež jsou výrazem jednoho ze základních posláních svěřených EU.¹¹¹ K degradaci významu ochrany soutěže tudíž Lisabonskou smlouvou nedošlo, stejný závěr však není možné učinit ohledně její doktrinní základny.

Lisabonská smlouva v čl. 3 odst. 3 SEU spojila vnitřní trh s vysoce konkurenceschopným sociálně tržním hospodářstvím, které naplňuje řadu cílů vycházejících ze středo-levého diskursu (plná zaměstnanost, společenský pokrok, vysoký stupeň ochrany životního prostředí...). Tyto dominantně sociálně solidární cíle, zarámované poprvé v dějinách integrace odkazem na sociálně tržní hospodářství, jsou nyní oním interpretačním vodítkem SDEU při rozhodování o doktrinních otázkách antitrustu. Vzhledem k tomu, že ochrana soutěže dnes není „obecně použitelným ustanovením“ Smlouvy a jsou jimi naopak rovné zacházení, vysoká úroveň zaměstnanosti, přiměřená sociální ochrana, boj proti sociálnímu vyloučení, vysoká úroveň vzdělávání a ochrany lidského zdraví, boj proti diskriminaci, ochrana životního prostředí, spotřebitele i dobrých životních podmínek zvířat, jakož i fungování služeb obecného hospodářského zájmu, ihned se objevily komentáře spekulující o tom, na jaké případy jednání firem bude soutěžní právo EU označeno za neaplikovatelné, resp. kde bude dosud zakázaná praktika shledána za hodnou výjimky ze zákazu.¹¹² SDEU, jakoby chtěl potvrdit tuto novou podřízenost ochrany soutěže sociálně-politickým cílům, v roce 2011 judikoval, že cílem pravidel antitrustu je „zabránit takovým narušením hospodářské soutěže na úkor obecného zájmu, na úkor jednotlivých podniků a spotřebitelů a tímto přispívat k blahobytu v Unii“.¹¹³ Stěží si nemohl nebýt vědom nejednoznačnosti až bezbřehosti zacílení antitrustu na „obecný zájem“,

¹⁰⁷ K místu ochrany soutěže v návrhu Smlouvy o Ústavě pro Evropu srov. BROUSSOLE, D. Les métamorphoses du statut de la concurrence dans les traités européens. *Bulletin de l'Observatoire des politiques économiques en Europe*. No. 24 – Été 2011, s. 33–40.

¹⁰⁸ K argumentaci francouzské delegace a bezprostředním ohlasům v evropském tisku srov. ŠMEJKAL, V. Spor o místo soutěže v primárním právu EU. *Bulletin CES VŠEM*, č. 14/2008.

¹⁰⁹ Smlouva o založení ES až do lisabonské novely obsahovala čl. 3 odst. 1 písm. g), dle něhož činnosti Společenství mj. zahrnovaly „systém zajišťující, aby na vnitřním trhu nebyla narušována hospodářská soutěž“. SFEU tuto formulaci v čl. 3 již neobsahuje.

¹¹⁰ Komentář k diskusi, která vedla k připojení protokolu 27 ke Smlouvě, viz CHALMERS, D. – DAVIES, G. – MONTI, G., op. cit. pozn. 104, s. 921–922.

¹¹¹ Rozhodnutí SDEU *Konkurrensverket vs. TeliaSonera Sverige AB* C-52/09 ze 17. 2. 2011 odst. 20. a také *Komise vs. Itálie* C-469/09 ze 17. 11. 2011 odst. 60.

¹¹² COSTAMAGNA, F. The Internal Market and the Welfare State after the Lisbon Treaty. *Observatoire sociale européen, Research paper*. No. 4 April 2011. Dostupné na <http://www.ose.be>.

¹¹³ Rozhodnutí SDEU *Konkurrensverket vs. TeliaSonera Sverige AB* C-52/09 ze 17. 2. 2011 odst. 22 a také *Tribunálu EU T-448/09 a 171/09 Slovak Telekom vs. Komise*, odst. 38.

na ochranu jak firem, tak i jejich zákazníků, jakož i toho, že seřazením těchto pojmů nedává možnost interpretovat „blahobyt v Unii“ v duchu neoliberalního *total welfare*.

Tyto posuny v doktríně se odehrávají na pozadí hospodářské krize, která vede politiky k prohlášením, že návrat k politice *laissez-faire* již není možný,¹¹⁴ ekonomy k opuštění víry v efektivitu volného trhu (a dokonce veřejným omluvám za dekády hlásání omylů, které přispěly k současné krizi¹¹⁵) a představitele antitrustu EU k projevům příkrě kontrastujícím s rétorikou předchozího modernizačního období. Liberálně založená komisařka pro soutěž N. Kroesová v roce 2009 odmítla „ponechat trhy auto-pilotáží“¹¹⁶ a jí podřízený generální ředitel (a neoliberalní ekonom), P. Lowe, zavedl po letech deregulace rovnici: soutěžní politika = ex ante regulace + ex post aplikace soutěžního práva.¹¹⁷ Nástupce, současný komisař EU pro soutěž J. Almunia, se již otevřeně hlásí k neo-keynesiánské hospodářské politice a soutěžní politiku chápe jako „prostředek k udržení sociálně tržní ekonomiky, ke zvýšení její efektivnosti a spravedlnosti“,¹¹⁸ jako „výraz modelu vytvořeného v Evropě po 2. světové válce, známého jako sociálně tržní ekonomika“, jako nezbytnost „pro zachování sociálního hospodářství a sociální spravedlnosti“.¹¹⁹ Naopak socioekonomický model, který přehnaně spoléhá na tržní síly, považuje J. Almunia za překonaný a vyzývá k nalezení „správné rovnováhy mezi trhy a veřejnými statky zajišťovanými vládami“, tj. k „nové spolupráci mezi neviditelnou a veřejnou rukou“.¹²⁰

Analýza programových projevů komisaře EU pro soutěž a jeho generálního ředitele za léta 2007–2012 ukázala,¹²¹ že nejčastěji se opakujícím slovy charakterizujícími soutěž se postupně staly *growth* and *jobs* (růst a zaměstnanost), následované spojením *control/regulate* (až po částečné nahrazení spojení „ochrana soutěže“ spojením „kontrola soutěže“) a na třetím místě pak odvolávka *fair* či *fairness*, tedy férovost, spravedlnost, rovný přístup. Tato vyjádření smyslu soutěžní politiky v letech 2011–2012 zcela zastínila dříve časté pojmy jako blahobyt spotřebitele a efektivnost. Jediným slovním spojením hojně užívaným v průběhu celého období 2007–2012 je *consumer harm/benefit* (újma/prospěch spotřebitele), které je standardním legitimačním heslem mnoha politik EU. Tuto kvantitativní analýzu potvrzuje i kvalitativní prohlídka jak zmíněných projevů, tak i zpráv a manažerských plánů generálního ředitelství za léta 2010–2012:¹²² soutěžní politika EU

¹¹⁴ Srov. čl. Sarkozy, Merkel, Blair call for New Capitalism, o konferenci „Nový svět, nový kapitalismus“, konané za účasti N. Sarkozyho, A. Merkelové a T. Blaira v lednu 2009 v Paříži. *International Herald Tribune* z 9. 1. 2009.

¹¹⁵ Srov. DAÑHEL, J. – DUCHÁČKOVÁ, E. Problémy obecné metodologie věd ovlivňují neuspokojivý stav ekonomické vědy. *Politická ekonomie*, roč. 58, č. 5/2010 VŠE Praha, s. 595–607.

¹¹⁶ KROES, N. European Models for Economic Recovery. Washington 26. 3. 2009, speech 09/149, též Kroes, N. Competition, the crisis and the road to recovery. Toronto, 30. 3. 2009, speech 09/152.

¹¹⁷ LOWE, P. *Competition Policy as it has and as it should develop*. Washington, 22. 9. 2009.

¹¹⁸ Foreword by Joaquín Almunia. *European Commission – Report on Competition Policy 2009*. Luxembourg: POEU 2010, s. 4.

¹¹⁹ ALMUNIA, J. How Competition Policy Contributes to Competitiveness and Social Cohesion. Lisbon 14. 1. 2011, speech 11/17.

¹²⁰ ALMUNIA, J. The power of the markets, the role of public policy. Bukurešť 21. 10. 2011, Honoris causa acceptance speech, dostupný na: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/bucharest_21102011_en.pdf.

¹²¹ Plné znění tohoto analytického výzkumu provedeného autorem této studie viz ŠMEJKAL, V. Ochrana soutěže – ve jménu efektivnosti a spotřebitelů nebo růstu a zaměstnanosti? Analýze změn antitrustu v post-Lisabonském období. *Revue soutěžního práva Antitrust*, č. 2/2013 Special feature.

¹²² Communication from the Commission – report on Competition Policy 2010 SEC(2011) 690final; Communication from the Commission – report on Competition Policy 2011 SWD(2012) 141final; DG Competition management plan 2011 a 2012, dostupné na <http://ec.europa.eu/competition/publications>.

se cíleně začleňuje do prioritního úsilí Komise o realizaci Strategie Evropa 2020 (růst, konkurenceschopnost, zaměstnanost, ekonomická, sociální a územní koheze, ochrana životního prostředí a udržitelného rozvoje...), stává se „součástí moderního a širšího konceptu průmyslové politiky“.¹²³

Z mnoha důvodů však nejde a nemůže jít o opuštění pozic dosažených v modernizačním období. Komisí užívaný slovník a vytyčované priority zahrnují jak pojmy vlastní středo-levému diskursu (růst a zaměstnanost, sociálně tržní hospodářství), tak i témata charakteristická pro „bruselský model“ (konsolidace vnitřního trhu, otevřené, efektivní a férové trhy) a taktéž slovní spojení zapadající do neoliberalního diskursu modernizace (konkurenceschopnost, efektivní využití zdrojů, lepší ceny a výběr pro spotřebitele). Komisař J. Almunia bez výjimky odmítá národní protekcionismus a merkantilismus.¹²⁴ Potřebnou regulaci síťových odvětví, financí či služeb obecného hospodářského zájmu chce provést soutěžně kompatibilním způsobem a trvá na tom, aby se soutěžní rozhodnutí opírala o ekonomickou analýzu. Zpráva Komise o politice hospodářské soutěže za rok 2012 zdůrazňuje, že „není vhodná doba na mírnější prosazování pravidel hospodářské soutěže“, neb bez ní by nebylo čím bránit soukromým překážkám volnému pohybu a jednotný trh by nedosáhl plně svého potenciálu.¹²⁵ Po zkušenosti s nepružností a finanční neudržitelností „evropského sociálního modelu“ 70.–80. let 20. století a v podmínkách globální konkurence není prostě možné nahradit soutěž regulací ve prospěch mimosoutěžních priorit.

Navíc je zde konstantní rámec článků 101 a 102 SFEU. Ač si Komise rozšiřuje manévrovací prostor tím, že prakticky ve všech případech narušení soutěže vyjma tzv. tvrdých kartelů dnes preferuje jednání o závazcích, případně o narovnání (tedy dohodu s narušitelem soutěže, která zpravidla není předmětem následného soudního přezkumu) před klasickým sankčním řízením,¹²⁶ nemůže opustit rámec Smlouvy ani její ustálené interpretace dané SDEU. Smlouva vedle výše zvýrazněných inovací stále obsahuje i stopy neoliberalních 90. let, např. ustanovení o hospodářské a měnové politice (čl. 119 SFEU), která vyžaduje, aby tato byla prováděna „v souladu se zásadou otevřeného tržního hospodářství s volnou soutěží“. A SDEU se chová jako dosud, tj. setrvává na své starší judikatuře chránící soutěž jako takovou,¹²⁷ a i v nejnovějších rozsudcích odmítá akceptovat distribuční systémy¹²⁸ či kartely, které by rozdělovaly jednotný trh,¹²⁹ případně omlouvat jednání dominantního soutěžitele, které by negativně ovlivnilo strukturu trhu.¹³⁰

¹²³ ALMUNIA, J. Competition Policy for Innovation and growth: Keeping markets open and innovative. Kodaň 8. 3. 2012, speech 12/172.

¹²⁴ Srov. ALMUNIA, J. Competition Policy for the Post-Crisis Era. Washington 3. 3. 2012 speech 12/249; též Almunia, J. La concurrence au service de l'achèvement du marché unique. Paris 22. 2. 2013, speech 13/151.

¹²⁵ Zpráva Komise – Zpráva o politice hospodářské soutěže za rok 2012 COM(2013) 257 final, s. 1. Do značné míry je celý Úvod této Zprávy věnován sepětí soutěžní politiky EU s budováním jednotného trhu, jako by tento cíl byl opět hlavní prioritou.

¹²⁶ Za období účinnosti nařízení 1/2003/ES, které uzákonilo přijímání závazků soutěžitelů, tj. od 1. 5. 2004 Komise přijala 41 antitrustových rozhodnutí, z nichž 15 bylo sankčních a 26 o přijetí závazků, viz ALMUNIA, J. Remedies, commitments and settlements in antitrust. Brusel 8. 3. 2013, speech 13/2010.

¹²⁷ Srov. rozsudek SDEU C-68/12 ve věci *PMÚ vs. Slovenská sporiteľna, a.s.*, ze 7. 2. 2013 odst. 18.

¹²⁸ Srov. rozsudek SDEU C-439/09 ve věci *Pierre Fabre* z 13. 10. 2011 odst. 44–46.

¹²⁹ Srov. rozsudek SDEU C-429/08 ve věci *Football Association Premier League* ze 4. 10. 2011 odst. 139.

¹³⁰ Srov. rozsudek SDEU C-457/10P ve věci *AstraZeneca* z 6. 12. 2012, odst. 74, 134.

Zdaleka tedy nejsme svědky jednoznačné „repolitizace ekonomiky“, či „opuštění dosavadního soutěžního řádu“, jak ve svých stanoviscích požadují někteří francouzští autoři.¹³¹ Je však nepochybné, že z „amerikanizace“ antitrustu EU, prosazované před necelým desetiletím, zbývá jen akcent na důslednou ekonomickou analýzu každého případu, zatímco jednotné zacílení na efektivnost a blahobyt konečného spotřebitele při potlačení všech dalších dříve sledovaných cílů již není na pořadu dne. Naopak, téměř neohraničená polyfonie sledovaných cílů je to, co dnes hlásají v aktuálních projevech představitelé DG COMP Evropské komise.¹³²

ZÁVĚR: K JAKÉMU ANTITRUSTU EU SPĚJEME?

Z analýzy dosavadního vývoje soutěžní politiky EU vyplývá, že pokud se kdy dovo-
lávala konkrétní doktrína antitrustu, pak se tak (více v prohlášeních a programových
dokumentech než v rozhodnutích) dělo v krátkém období tzv. modernizace, tj. od pře-
lomu 20. a 21. století do vypuknutí současné hospodářské krize. Mimo tento nikdy plně
nerealizovaný přechod na chicagskou doktrínu nelze v historii EU najít období, kdy by
bylo přihlášení se ke konkrétní doktríně antitrustu podobně jednoznačné. Spíše převa-
žovala doktrinální nejistota vyplývající z kompromisního základu evropské integrace,
z nezbytnosti vyvažovat desítky národních i skupinových zájmů a reagovat na vzlety
a pády integračního procesu, neboť vedle funkční soutěže pomáhal antitrust budovat
vnitřní trh a naplňovat další cíle Smlouvy. Dočasně výraznější vlivy, především německé-
ho ordoliberalismu v 60. letech a euro-merkantilismu v 70 až 80. letech 20. století, jsou
cennými vodítky pro pochopení některých klíčových rozhodnutí či definic, stěží je však
označit za dobově určující doktríny evropského antitrustu.

I dnes se zdá, že jsme zpět v doktrinálním eklekticismu, který je antitrustu EU vlastní
a který je současně pod vlivem hospodářské krize, a v reakci na zklamání z receptů neo-
klasické ekonomie vychýlen ve prospěch středo-levého diskursu. Jde však o postupný
návrat k „bruselské škole“? Anebo jde o dočasné opuštění modernizační cesty nastou-
pené na přelomu 20 a 21. století? Začne ochrana soutěže po odeznění tlaků vyvolaných
hospodářskou krizí opět prosazovat napříč EU i na globálním hřišti jediný, přísně ekono-
micky definovaný cíl? Případně naopak: nepůjde o definitivní rozchod s neoliberálním
základem antitrustu a o dlouhodobé vítězství diskursu, který byl až dosud označován
za středo-levý?

Snadná se jeví představa návratu k „bruselské škole“. Jde o vlastní kompromisní pro-
dukt evropské integrace, který do sebe vstřebal jak cíle Smlouvy, tak i impulzy období
„ukotveného liberalismu“, stejně jako krizových tlaků na podporu růstu, zaměstnanosti
a souznění s průmyslovou politikou EU. Protokol 27 Lisabonské smlouvy zdůrazňující
spojení ochrany soutěže s vytvářením vnitřního trhu, ustálená judikatura SDEU i možnost

¹³¹ Viz např. LENOIR, N. Concurrence et competitivité: les ruptures de Lisbonne. *La Tribune*. 12. 1. 2010; MENODZA, J. – ROUHLIER, S. Pour un renouveau de la politique industrielle européenne: rompre avec l'ordoliberalisme. *Le Cercle des Echos*. 16. 4. 2012.

¹³² K analýze cílových hodnot v soutěžních projevech představitelů DG COMP Komise srov. též ŠMEJKAL, V. Impact of the Financial and Economic Crisis on the Paradigm of the European Union. In: *Working Papers Fakulty mezinárodních vztahů VŠE v Praze* No. 11/2011.

manévrovat při rozhodování mezi soutěžními a nesoutěžními cíli, to vše by hovořilo pro toto řešení.¹³³ Návrat k „bruselské škole“ však ahistoricky pomíjí vývoj, který stál za pokusem o modernizaci soutěžní politiky EU. V roce 1985 mělo soutěžní předpisy 22 zemí světa, v roce 2011 již plných 116.¹³⁴ Antitrust se stal v letech převahy chicagské doktríny globální záležitostí, stejně jako finance a obchod. Úsilí o konvergenci soutěžních politik na mezinárodně akceptovatelném doktrinárním základě je pro fungování současného kapitalismu nezbytností. Snaha o sledování více nesouladných cílů by vrátila antitrust do „období zmatku“¹³⁵ a „bruselská škola“ tak spíše připomíná relikty předglobalizačních let, kdy si mohlo 12 států EHS dovolit vlastní cestu a nehlédět tolik na vzájemnou propojenost se zbytkem světa.

Těžko uvěřit, že by se na mezinárodně akceptovaný základ antitrustu mohla rehabilitovat chicagská či jí podobná ekonomizující doktrína s jednorozměrným zacílením na efektivitu a blahobyt. Probíhající krize je příliš dlouhá a hluboká na to, aby se společensky vítaným stalo učení, které dnes dominantní středo-levý diskurs nazývá „ekonomickou dobou temna“,¹³⁶ „extrémním kapitalismem“,¹³⁷ či „fundamentalistickou představou samo-regulačního chování trhů“,¹³⁸ která ve svém důsledku „ohrožuje celý kapitalistický systém“.¹³⁹ Návrat k neoliberalismu je tudíž neméně problematický než obrat zpět k „bruselské škole“.

Ovšem ani středo-levý diskurs, který vyzývá k podřízení ekonomiky celospolečenským prioritám a namísto deregulace a volné konkurence ordinuje spíše regulaci a solidární přerozdělování, se netěší jednoznačné podpoře uvnitř EU, která si za šedesát let vypěstovala podstatně silnější kulturu soutěže než vědomí jednoty a solidarity. Mimo to je třeba vzít v úvahu, že EU je dnes jen méně významnou částí globalizované ekonomiky a zdaleka nehraje roli jejího tahouna či inspirátora. Pokud by na regulaci a solidární přerozdělování nepřešli i hlavní konkurenti EU, může se středo-levý tlak na podřízení soutěže celospolečenským prioritám prosadit jen ruku v ruce s tvrdým euro-merkantilismem, a to se zřejmými důsledky pro konkurenceschopnost a blahobyt „pevnosti EU“.

Vědomí nepřijatelnosti dosavadních neoliberálních receptů a současně nemožnosti obětování soutěže jako záruky svobody a tvořivosti dalo vzniknout tzv. Iniciativě výběru spotřebitele (*Consumer Choice Initiative*). Jejím nejznámějším evropským hlasem je P. Nihoul z univerzity v Lovani.¹⁴⁰ Reaguje na výše popsanou potřebu jediného mezinárodního standardu ochrany soutěže, který by vyhovoval Smlouvě a její interpretaci ze strany SDEU a současně nebyl ani popřením role volné soutěže v ekonomice, ale ani neoliberálním ústupkem nadnárodnímu kapitálu. Kritérium zachování výběru pro spotřebitele

¹³³ K tomuto závěru dospívá např. L. Parret, členka Belgické rady pro soutěž (Conseil de la concurrence), srov. PARRET, L., op. cit. pozn. 3, s. 352–355. Situaci sledování více než vždy souladných cílů antitrustu považuje za standardní pro EU i G. Monti, srov. CHALMERS, D. – DAVIES, G. – MONTI, G., op. cit. pozn. 104, s. 922.

¹³⁴ AYDIN, U. – KENNTEH, P. T., op. cit. pozn. 48, s. 539.

¹³⁵ Srov. ODUDU, O. The Wider Concerns of Competition Law. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 30, No. 3/2010, s. 599–600.

¹³⁶ KRUGMAN, P. *Skoncovat s krizí*. Praha: Vyšehrad, 2012, s. 80–92.

¹³⁷ TOURAINE, A. *Une nouveau paradigme – pour comprendre le monde aujourd'hui*. Paris: Fayard, 2005, s. 43.

¹³⁸ STIGLITZ, J. E. La fin du neoliberalisme. *Les Echos*. No. 20218 z 21. 7. 2008, s. 10.

¹³⁹ RABILLOTA, A. Le capitalisme (neoliberal) est mort. Vile le capitalisme corporatiste!. *El Correo* 23. 1. 2013.

¹⁴⁰ Další informace o P. Nihoulvi a *Consumer Choice Initiative* jsou dostupné na <http://www.uclouvain.be/17365.html> a také na <http://www.consumerchoiceinitiative.wordpress.com>.

naplňuje podle P. Nihoula jak hledisko konstantního zachování soutěže cenou a kvalitou (tedy procesu soutěže na polypolním trhu), tak i generování impulzů pro inovace a růst efektivnosti.¹⁴¹ Na rozhodnutích Komise a SDEU z let 2007 a 2009 ve věcech dominantních společností France Télécom, Microsoft a Intel¹⁴² P. Nihoul dokazuje, že zachování výběru pro spotřebitele je kritériem, které právo EU zná a akceptuje. Iniciativa výběru spotřebitele má své stoupence mezi specialisty na antitrust v EU i v USA. Z pohledu cílů antitrustu jde o kompromisní, relativně „jednoduché pravidlo“, po němž volá i komisař J. Almunia,¹⁴³ na kterém by se mohli shodnout jak stoupenci zachování pracovních míst (širší výběr implicitně svědčí existenci více, a to i malých a středních dodavatelů), tak i zastánci svobody soutěže, otevřených trhů a ochrany spotřebitele. Jako každý kompromis však přitahuje i kritiky a musí čelit otázkám, zda širší výběr spotřebitele je skutečně optimem pro všechny situace (dohody o výhradním prodeji, trhy s minimální elasticitou poptávky, soutěžitelé investující do inovací v naději na dočasné vytvoření „vlastního“ trhu apod., tedy situace, v nichž by vynucení širšího výběru mohlo spotřebitele nakonec i poškodit), jaká míra výběru je tak pravá, zda nedojde k formálnímu určování přípustného tržního podílu soutěžitele a v důsledku opět k ochraně soutěžitelů nikoli soutěže.¹⁴⁴

Na webu Iniciativy zatím argumentují její představitelé tím, že kritérium výběru spotřebitele „odpovídá pocitu založenému na dlouhých letech analýz soutěžní praxe“ a vyzývají k diskusi, která by precizovala použitelnost tohoto kritéria.¹⁴⁵ Přesto je tato iniciativa příslibem do budoucna, který je víc než jen ilustrací hledání východiska z doktrinální krize, v němž se nachází současný antitrust. Vzhledem k provedené analýze doktrinálních proměn a nejistot, kterými dosud soutěžní politika a právo EU prošly, je *consumer choice* velmi nadějnou odpovědí na otázku položenou v názvu této studie. Tato odpověď samozřejmě nemusí být přijata a nejlepším popisem doktríny antitrustu EU, pak ovšem přetrvá nejistota ohledně toho, co přesně tento antitrust chrání a v jakém pořadí.

Studie je produktem výzkumu podporovaného Interní grantovou agenturou ŠKODA AUTO Vysoké školy o.p.s., grant IGA/2012/5. Autor děkuje za cenné připomínky doc. Ing. Stanislavu Šarochovi, Ph.D.

JUDr. Václav Šmejkal, Ph.D.

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

ŠKODA AUTO Vysoká škola o.p.s.

¹⁴¹ NIHOUL, P. Choice vs. Efficiency? *Journal of European Law and Practice*. Vol. 4, No. 4 August 2012, s. 315, též NIHOUL, P. Consumer choice is where are all going – so let’s go together. *Concurrences – Revue des droits de la concurrence* No. 2/2011 Foreword.

¹⁴² Jde o rozhodnutí SDEU C-202/07P *France Télécom (Wanadoo)* z roku 2009, Tribunálu EU T-201/04 *Microsoft* z roku 2007 a Komise CMP/C-3/37.990 *Intel* z roku 2009.

¹⁴³ ALMUNIA, J., op. cit. pozn. 120, komisař požaduje, aby se nezbytná intervence veřejné politiky do fungování trhů realizovala na základě malého počtu, jednoduchých a přísně vynučených pravidel.

¹⁴⁴ Srov. např. WRIGHT, J. Against consumer choice as standard. *Truth on the market – Academic commentary on law, business, economics and more*. 27. 12. 2010. Dostupný na <http://truthonthemarket.com/2010/12/27/against-consumer-choice-as-an-antitrust-standard-some-preliminary-thoughts/>.

¹⁴⁵ Srov. úvodní text zakladatelů *Consumer Choice* iniciativy B. Landa, N. Averitta a P. Nihoula na webu <http://www.consumerchoiceinitiative.wordpress.com/about>.

Václav Šmejkal

The Doctrinal Battle for European Antitrust – from where to where the EU Competition Policy and Law is Heading

***Abstract:** Research on ideological foundations of antitrust has been enjoying an increased attention in recent times. This is due to the shift in understanding of the meaning and focus of protection of competition brought about by the Lisbon Treaty, but also due to the processes of globalization and the current economic crisis, which, according to many, is also the crisis of the current model of capitalism. The EU is once more in search for proper goals of competition protection after a period of modernization that should have aligned its antitrust with the US one, on the common ground formed by the Chicago neoliberal school. In a historical perspective the current situation is not new for the EU as its competition policy has often been pursuing a variety of goals, as it is demonstrated in an overview provided by the paper. The question of the day is whether after the current crisis is over the EU antitrust would shift back to its traditional multi-purpose approach, or will resume its neoliberal modernization endeavor, or would it rather look for a new standard that could unite its past experience and case law with the reality of the global competition in globalized markets. The paper deals firstly with the question of how deeply any doctrine of antitrust can ever affect the EU competition policy and law. Subsequently, it analyzes the development of the EU antitrust through its historical meetings with different doctrines and discourses of competition protection and regulation. The final sections focus on the current position of the Commission and the Court of Justice of the EU, as well as on the debate about what should be the goal of antitrust today and in the post-crisis period.*

***Key words:** competition policy, competition law, antitrust, European Union, European Commission, ordoliberalism, Chicago school*