

Aplikace doktríny stlačování marží Soudním dvorem EU: případ Deutsche Telekom*

JAN ŠAMÁNEK

MINISTERSTVO SPRÁVEDLNOSTI, PRAHA; EVROPSKÁ KOMISE, BRUSEL

MILAN BROUČEK

HLAVNÍ EKONOM, ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE, BRNO

Předpokládejme, že vertikálně integrovaný dominantní podnik, který dodává konkurentům na předřazeném trhu nezbytný vstup, s těmito konkurenty zároveň soutěží o zákazníky na podřazeném trhu. V takové situaci se nabízí dominantnímu podniku protisoutěžní cenová strategie, kdy nastaví na jedné straně cenu za předřazený vstup a na druhé straně cenu za produkt pro zákazníky tak, že konkurenti dominantního podniku nemohou na trhu profitovat. V takovém případě jde o stlačení marží (margin squeeze).

Prvními případy uplatnění doktríny stlačování marží Soudním dvorem EU jsou C-280/08 P *Deutsche Telekom* (rozsudek ze 14. října 2010) a C-52/09 *TeliaSonera* (rozsudek ze 17. února 2011).¹ Tyto dva rozsudky společně představují ucelený pohled Soudního dvora EU na stlačení marží, ačkoli procesně se jednalo o různé typy řízení. Zatímco v *Deutsche Telekom* jde o odvolání proti rozhodnutí Komise (řízení podle článku 263 SFEU) v případě *TeliaSonera* jde o odpověď Soudního dvora na předběžnou otázku (řízení podle článku 267 SFEU). V tomto článku se budeme zabývat prvním případem a v něm nastolenými otázkami. Nejprve popisujeme ekonomické a strukturální podmínky stlačování marží (část 1) a aplikaci této teorie v případě *Deutsche Telekom* (část 2). Poté se podrobněji zabýváme testem, který Komise a Soudní dvůr použili při určení stlačení marží (část 3) a zvolenou úroveň agregace vstupů a výstupů (část 4).

1. Ekonomické a strukturální podmínky stlačování marží²

Nejprve je užitečné shrnout, za jakých podmínek může ke stla-

* Tento článek vyjadřuje názory autorů a nikoli institucí, pro které pracují či pracovali. Zvláštní poděkování patří generálnímu advokátovi Soudního dvora EU prof. Jánovi Mazákovi a jeho týmu, kteří poskytli Janu Šamánkovi neocenitelnou podporu při studiu případu *Deutsche Telekom*.

¹ Jak vyplývá z části 2. e tohoto článku, nejde přitom o bezprecedentní uplatnění doktríny stlačování marží.

² Srovnej např. O'DONOGHUE, PADILLA. The Law and Economics of Article 82 EC, Hart Publishing, 2006, kapitola 6, nebo CROCIONI, CENTO VELJANOVSKI. Price squeezes, foreclosure and competition law – principles and guidelines, *Journal of Network Industries*, Volume 4 (2003), No. 1.; česky ŠILHÁN, J. Stlačování marží (margin squeeze) jako protisoutěžní jednání ve smyslu článku 82 ES. *Časopis pro právní vědu a praxi*, Brno, Masarykova univerzita., č. 4 (2007), s. 302–309, a ŠILHÁN, J. Margin squeeze jako zneužití dominantního postavení. In NEVOLNÁ Z., A. ŠKRINÁR (eds) *Obchodné spoločnosti. Aktuálne otázky a problémy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 159 – 174.

čování marží dojít a kdy je účinkem stlačování marží vyloučení efektivních konkurentů z trhu. V tomto ohledu je nezbytným zejména posouzení soutěže na relevantním předřazeném trhu (*upstream*) a na relevantním podřazeném trhu (*downstream*).³

První nezbytnou podmínkou je existence vertikální integrace, to znamená situace, kdy dominantní podnik na trhu vstupu (předřazeném trhu) dodává tento vstup konkurentům na podřazeném trhu, na kterém je rovněž aktivní. V případě stlačování marží se jedná o vytlačování konkurentů z trhu po vertikále a nezbytným předpokladem je, že dominantní podnik determinuje cenu na předřazeném trhu a má informace o podmínkách, za kterých získávají vstup ostatní soutěžitelé.

Další podmínkou je existence dominantního postavení na předřazeném trhu. Obecně platí, že čím vyšší je tržní síla dominantního podniku na předřazeném trhu, tím větší je jeho motivace pro provádění stlačování marží. Nejpravděpodobněji je tomu pak v případech, kdy dominantní podnik na předřazeném trhu zaujímá postavení blížící se monopolu.

Co se týče podřazeného trhu, tak dominantní postavení, jak vyplývá z ekonomické teorie i soudní aplikace doktríny stlačování marží, není nutnou podmínkou. Podstatné je, zda je úroveň soutěže na podřazeném trhu možné označit za efektivně konkurenční.⁴

³ Při vymezování předřazeného trhu je v tomto kontextu klíčová odpověď na otázku SSNIP testu (*Small but Significant and Non-transitory Increase in Price*): „Bylo by možné, aby alternativní poskytovatelé vstupu nahradili velkoobchodní nabídku vstupu poskytovaného dominantním podnikem jiným produktem, pokud by došlo ke zvýšení ceny vstupu o 5 až 10 % z konkurenční úrovně?“. Obdobně je při vymezování podřazeného trhu klíčové zodpovědět otázku „Bylo by pro hypotetického monopolistu profitabilní zvýšit cenu produktu na kandidátském trhu o 5 až 10 % z konkurenční úrovně?“. V případech posuzování zneužití dominantního postavení však může být metoda SSNIP testu zatížena chybou vyplývající z tzv. celofánového klamného závěru (*Cellophane Fallacy*) a vést k nesprávnému vymezení relevantního trhu a nesprávnému posouzení ekonomických a strukturálních podmínek stlačování marží. Jedná se o situaci, kdy jsou ceny na kandidátském trhu již na monopolní (supra-kompetitivní) úrovni, například z důvodu existence dominantního postavení a jako substituty se mohou jevit jiné produkty či služby, které však ve skutečnosti dostatečnými substituty omezující chování hypotetického monopolisty nejsou a jejich zařazením do společného trhu dochází k chybnému (širšímu) vymezení relevantního trhu. Více k SSNIP testu a *Cellophane Fallacy* viz například MASSIMO MOTTA. *Competition Policy. Theory and Practise*, Cambridge University Press, 2004.

⁴ Pro určení míry efektivnosti trhu lze jako měřítko použít model dokonalé konkurence. Na dokonalé konkurenčním trhu je dosaženo ceny na úrovni mezních nákladů ($P=MC$) a alokační a produkční efektivnosti.

Pokud tomu tak není a na podřazeném trhu jsou dosahovány a očekávány suprakompetitivní zisky, pak má dominantní podnik podnět k provádění stlačování marží za účelem vytlačení konkurentů z trhu. Existence dominantního postavení i na podřazeném trhu zvyšuje pravděpodobnost úspěšnosti strategie stlačování marží. Dominantní soutěžitel má možnost efektivně kontrolovat ceny na podřazeném trhu tak, aby soutěžitelé nemohli přenést zvýšení ceny nezbytného vstupu na své zákazníky.

Vstup, který dominantní podnik na předřazeném trhu dodává svým konkurentům z podřazeného trhu, musí být nezbytný (*indispensable*) pro jejich efektivní působení na podřazeném trhu. Vstup dodávaný dominantním podnikem tedy nelze efektivně replikovat, protože buď vůbec neexistují vstupy, které by byly blízkými substituty, nebo sice existuje alternativní řešení, které je však finančně velmi náročné a vyžaduje zdlouhavou implementaci. Bez vstupu dodávaného dominantním podnikem nelze na podřazeném trhu efektivně soutěžit a konkurenti jsou odkázáni na odběr vstupu od dominantního podniku (např. na infrastrukturu), který je pro ně nevyhnutelným obchodním partnerem. Toto rovněž fakticky znamená, že na podřazeném trhu neexistují substituty dostatečně omezující chování hypotetického monopolisty, k jejichž výrobě není potřeba vstupu, jenž na předřazeném trhu dodává dominantní podnik.

Nezbytnou podmínkou rovněž je, že produkty nabízené na podřazeném trhu jsou blízké (dokonale) substituty. Tak je tomu vždy v případě homogenních produktů, kdy dodavatel nemůže odlišit svůj produkt od produktu ostatních dodavatelů a spotřebitelé vnímají produkty jako dokonale zaměnitelné (např. elektřina). V takovém případě může být strategie stlačování marží velmi efektivní. Pokud je nabídka produktu na podřazeném trhu diferencovaná (např. pokud jsou předmětem nabídky individuální řešení pro jednotlivé zákazníky či pokud nabídka zahrnuje více různých služeb), pak je úspěšnost stlačování marží méně pravděpodobná.

Komplementární podmínkou je, že cena nezbytného vstupu tvoří významný podíl na nákladech na produkci výrobku nabízeného na podřazeném trhu. Indikátorem je podíl ceny vstupu na předřazeném trhu na celkových nákladech soutěžitelů na podřazeném trhu.⁵

Další podmínkou je existence negativní marže po dostatečně dlouhou dobu. Negativní marže se prokazuje cenově nákladovým testem a rozumí se jí, buď i) situace, kdy je cena nezbytného vstupu determinovaná dominantním podnikem na předřazeném trhu (velkoobchodní cena) vyšší než dominantním podnikem stanovená cena produktu odvozeného od nezbytného vstupu na podřazeném trhu (maloobchodní cena), v takovém případě není pro prokázání stlačení marží nutné analyzovat náklady na podřazeném trhu (maloobchodní náklady), nebo ii) situace, kdy je sice maloobchodní cena odvozeného produktu vyšší než velkoobchodní cena nezbytného vstupu, avšak tento rozdíl je nedostatečný pro pokrytí produktově specifických nákladů efektivního konkurenta na podřazeném trhu⁶; v takovém případě je nezbytné analyzovat maloobchodní náklady. Co se rozumí efektivním konkurentem a jaké cenově nákladové testy lze pro účely prokázání stlačování

⁵ Cena velkoobchodního vstupu / (cena velkoobchodního vstupu + maloobchodní náklady).

⁶ Náklady se rozumí ekonomické náklady, tzn. včetně nákladů ušlé (obětované) příležitosti. Náklady tak zahrnují i přiměřenou míru zisku (marží).

marží používat, se budeme podrobně zabývat ve 4. kapitole tohoto článku v kontextu případu *Deutsche Telekom*. K prokázání negativní marže jsou při analýze stlačování marží upřednostňovaným nákladovým standardem dlouhodobé průměrné přírůstkové náklady (*Long Run Average Incremental Cost, LRAIC*)⁷, které zahrnují veškeré produktově specifické náklady. Oproti tomu v případě posuzování nepřiměřeně nízkých cen (predátorské ceny) jsou obvykle preferovaným nákladovým standardem průměrné vyhnutelné náklady (*Average Avoidable Cost, AAC*)⁸. Rozdíl v preferenci nákladového standardu⁹ vyplývá především ze skutečnosti, že při stlačování marží¹⁰ si dominantní podnik nutně nemusí způsobovat ztráty („obět“), na rozdíl od predátorských cen¹¹.

Z předchozího vyplývá, že je potřeba analyzovat délku trvání stlačování marží, a to z pohledu dopadu na soutěž a spotřebitele. Nelze stanovit obecnou časovou hranici, kdy má a nemá stlačování marží pravděpodobně negativní dopady na soutěž, je potřeba postupovat případ od případu. Je však zřejmé, že čím delší dobu je stlačování marží realizováno, tím větší je pravděpodobnost negativních dopadů na soutěž na trhu. Při krátkodobém stlačování marže je vhodné zaměřit analýzu zejména na to, zda se nejedná o odstrašující stlačení marže, které má zabránit vstupu na trh. Takové, byť krátkodobé, stlačení marže může být považováno za zneužití dominantního postavení.¹²

Pro úplnost je potřeba dodat, že součástí analýzy dopadů stlačování marží je i zkoumání, zda chování dominantního podniku nevede k podstatně vyšší efektivnosti (*efficiencies*), která převažuje nad případnými negativními účinky na soutěž a spotřebitele či zda je takové chování objektivně nutné. Prokázání takových skutečností je na dominantním podniku.

Je možné shrnout, že, je-li na předřazeném trhu přítomen (vertikálně integrovaný) dominantní podnik, který nabízí soutěžitelům nezbytný (*indispensable*) vstup a podřazený trh lze současně hodnotit jako neefektivně konkurenční, pak v důsledku stlačování marží může docházet k eliminaci efektivních konkurentů z trhu, a tím k odstranění konkurenčního tlaku, který by jinak vedl k nižším cenám, inovacím a širšímu výběru, což je na újmou spotřebitelů. Klíčovým východiskem pro posouzení dopadů stlačování marží na soutěž a spotřebitele je tedy přesné vymezení relevantní-

⁷ Např. viz Sdělení komise – Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele (dále jen „Pokyny Komise“), bod 80.

Tento nákladový standard je běžně používán například v telekomunikacích.

⁸ Např. viz Pokyny Komise, bod 64.

⁹ Blíže k popisu jednotlivých nákladových standardů např. viz BROUČEK, M. Cenově nákladový test a zneužití dominantního postavení, *Antitrust* č. 4 (2010).

¹⁰ V případě stlačování marží se jedná o vertikální cenové vylučovací zneužití.

¹¹ V případě predátorských cen se jedná o horizontální cenové vylučovací zneužití. Tento pohled se však může měnit, pokud vezmeme v potaz náklady ušlé příležitosti v podobě výpadku velkoobchodní marže. Tyto náklady je však obvykle obtížné kvantifikovat.

¹² V případě marketingových akcí aplikovaných dominantním podnikem je třeba se zaměřit na jejich délku a opakování a na reálné možnosti konkurentů reagovat na ně (např. otázka upravení velkoobchodní nabídky v dostatečném předstihu). Pokud jsou v rámci dlouhodobých (např. na období dvou let) či opakujících se a na sebe navazujících marketingových akcí aplikovány nízké ceny, je stlačování marží s negativními dopady na soutěž pravděpodobnější.

ho předřazeného trhu a relevantního podřazeného trhu a zhodnocení úrovně soutěže na těchto trzích. Bez toho nelze smysluplně přistoupit k hodnocení chování soutěžitele na trhu, a ani cenově nákladový test, jímž se především prokazuje či vyvrací tvrzení o eliminaci efektivních konkurentů z trhu, není sám o sobě schopen dostačujícím způsobem prokázat naplnění skutkové podstaty zneužití dominantního postavení stlačováním marží.

2. Deutsche Telekom

a. Skutkový základ sporu

Německá společnost Deutsche Telekom (DT) byla historicky telekomunikační operátor se zákonným monopolem na poskytování telekomunikačních služeb v pevné síti. Od liberalizace v roce 1996, kdy došlo k otevření trhů poskytování telekomunikačních služeb a poskytování infrastruktur, čelila společnost DT hospodářské soutěži ze strany alternativních operátorů, přičemž vlastnila historickou telekomunikační síť.

Místní síť společnosti DT sestávaly z tzv. místních smyček, tedy spojení koncového bodu sítě v domě zákazníka s rozvaděčem v pevné veřejné telefonní síti. Společnost DT poskytovala přístup k místní síti jak svým konkurentům (velkoobchodní služby), tak svým zákazníkům (zákaznické služby). Ohledně velkoobchodních služeb byla společnosti DT regulačním úřadem stanovena povinnost, aby soutěžitelům umožnila přístup k místní smyčce. Ceny za tento přístup musely být předem schváleny regulačním úřadem, který ověřoval, zda ceny za velkoobchodní služby navržené společností DT byly stanoveny na základě nákladů na efektivní poskytování služeb.

V oblasti zákaznických služeb DT nabízel dvě základní možnosti. Jednak úzkopásmová připojení poskytovaná přes historickou síť (dvojicí měděných drátů), tedy tradiční analogovou linku a digitální linku ISDN, a dále širokopásmová připojení ADSL (vysokorychlostní přístup k internetu), pro která musel DT modernizovat existující síť. Zákaznické ceny úzkopásmových připojení DT omezoval regulační úřad cenovým stropem, přičemž zákaznické ceny za připojení k síti DT a za telefonní hovory nebyly stanoveny individuálně pro každou službu na základě nákladů, ale byly určeny společně pro více služeb uskupených v balíčcích. Pro ADSL stanovoval DT zákaznické ceny volně s tím, že regulační úřad mohl tyto ceny dodatečně upravovat.

b. Správní řízení a rozhodnutí Komise

V roce 1999 obdržela Komise stížnost patnácti soutěžitelů společnosti DT a zahájila řízení, které dne 21. května 2003 vyústilo v rozhodnutí, dle něž společnost DT porušila článek 82¹³ SES stlačováním marží. Relevantními trhy byly dle rozhodnutí Komise předřazený trh zpřístupnění místní smyčky a podřazený trh úzkopásmových a širokopásmových připojení na území Německa. Komise konstatovala dominantní postavení DT na všech relevantních trzích. Komise vzala v potaz tarify měsíčního předplatného a vstupní poplatky u velkoobchodních i zákaznických služeb. Komise však zohlednila pouze ceny za přístup k místní smyčce a do kalkulace nezahrnula ceny telefonních hovorů.

Dle Komise se o zneužití dominantního postavení stlačováním marží jedná, pokud je rozdíl mezi zákaznickými cenami dominantního podniku a tarifem velkoobchodních služeb negativní, nebo nepostačuje k pokrytí produktově specifických nákladů

¹³ Nyní článek 102 TFEU.

dominantního operátora. Taková situace dle Komise nastala. Tarify velkoobchodních i zákaznických cen sice byly předmětem cenové regulace, dle Komise však DT disponoval dostatečným rozhodovacím prostorem k tomu, aby omezil či odstranil stlačení marží změnou tarifů. Za porušení článku 82 SES Komise uložila společnosti DT pokutu 12,6 milionů EUR.

c. Řízení před Tribunálem

Společnost DT napadla rozhodnutí Komise žalobou dne 30. července 2003 a tvrdila, že Komise nesprávně posoudila roli národního regulátora (1), nesprávně aplikovala článek 82 SES (2) a nesprávně vypočetla uloženou pokutu (3). Obdobné argumenty uplatnil DT i před Soudním dvorem EU a jsou rozebírány v dalším textu, proto je zde zmíníme stručně. (Ad 1) DT uvedl, že nekontroloval velkoobchodní ceny, neboť ty stanovoval regulátor, a pouze omezeně kontroloval zákaznické ceny, neboť u těch regulátor stanovoval cenové stropy košů služeb. Případné porušení článku 82 SES proto není možné přičítat DT, ale pouze regulačnímu úřadu. (Ad 2) Ohledně nesprávné aplikace článku 82 SES DT uvedl, že ke stlačení marží může dojít pouze v případech, kdy dominantní společnost kontroluje obě ceny, tak tomu však v daném případě nebylo. Dále dle DT Komise nesprávně vycházela z testu stejně efektivního soutěžitele, tedy z nákladů DT. Soutěžitelé však měli ve skutečnosti náklady nižší a Komise proto měla zvolený test modifikovat. Komise dle DT pochybila tím, že do kalkulace stlačování marží nezahrnula poplatky za telefonní hovory. Konečně Komise dle DT neprokázala účinky stlačování marží na hospodářskou soutěž. DT uváděl, že k narušení soutěže nedošlo, neboť na trhu prosperovala řada dalších operátorů. (Ad 3) Ohledně uložené pokuty DT namítal polehčující okolnost spočívající v tom, že v dané věci šlo o první případ stlačování marží projednávaný Soudním dvorem EU. DT tedy nemohl předem své jednání upravit tak, aby poprvé aplikovanou doktrínu nenaplnil.

Tribunál žalobu zamítl rozsudkem ze dne 10. dubna 2008. Dle Tribunálu měl DT dostatečný prostor požádat regulační úřad o zvýšení cen. Regulační úřad navíc nepřezkoumával soulad cenové politiky DT s článkem 82 SES, proto jeho cenová rozhodnutí nevylučují porušení článku 82 SES ze strany DT. V každém případě Komise nebyla posouzením regulačního úřadu vázána. Dále dle Tribunálu bylo možné na danou situaci uplatnit nemožifikovaný test stejně efektivního soutěžitele a vyloučit poplatky za telefonní hovory. Negativní účinek na hospodářskou soutěž dle Tribunálu Komise prokázala, když uvedla, že stlačování marží ze strany DT „v zásadě bránilo růstu konkurence“ a malé podíly soutěžitelů na trhu po liberalizaci služeb považovala za důkaz účinků na soutěž. Uloženou pokutu Tribunál odmítl snížit s tím, že DT si musel být vědom své schopnosti snížit cenové rozpětí a musel rovněž vědět, že stlačování marží závažně omezovalo soutěž.

d. Kasační opravný prostředek

Společnost DT poté napadla rozhodnutí Tribunálu kasačním opravným prostředkem, v němž doplnila a rozvinula argumenty uplatněné v řízení před Tribunálem. DT se mimo jiné odvolával na princip legitimního očekávání, který by měl svědčit regulovanému subjektu ohledně správnosti regulace. Dle DT navíc případné porušení článku 82 SES z jeho strany nebylo úmyslné ani nedbalostní, chyběl zde tedy prvek zavinění, nutný pro uložení pokuty.¹⁴ K případu poskytl velmi ucelené stanovisko generální

¹⁴ Článek 15 odst. 2 nařízení Rady č. 17 ze dne 6. února 1962.

advokát Ján Mazák dne 22. dubna 2010, v němž navrhl kasační opravný prostředek zamítnout.

e. Rozsudek Soudního dvora

Rozsudek Soudního dvora ze dne 14. října 2010 zamítl kasační opravný prostředek, tedy potvrdil rozhodnutí Komise i rozsudek Tribunálu a vychází převážně ze stanoviska generálního advokáta. Soudní dvůr rozhodl, že vnitrostátní regulace nevylučuje soutěžní odpovědnost a že Komise nepochybila při aplikaci článku 82 SES ani při ukládání pokuty.

Dané jednání lze dle Soudního dvora společnosti DT plně přičítat a skutečnost, že cenové tarify DT byly rovněž předmětem regulace, společnost DT soutěžněprávně nevyvíjí. Články 81 a 82 SES se obecně dle Soudního dvora neuplatní pouze v případě, že protisoutěžní jednání je od podniku vyžadováno vnitrostátní legislativou, a pokud tento právní rámec vylučuje jakoukoli možnost jednání *intra legem*.¹⁵ Pokud vnitrostátní právo pouze podněcuje či usnadňuje protisoutěžní jednání podniků, zůstávají tyto podniky nadále odpovědné ve smyslu článků 81 a 82 SES.¹⁶ Dominantní podniky totiž mají zvláštní odpovědnost neohrožit soutěž na společném trhu.¹⁷ Podmínka úmyslného či nedbalostního jednání je dle Soudního dvora splněna tehdy, pokud daný podnik nemůže nevědět o protisoutěžní povaze svého jednání, ať si je či není vědom toho, že porušuje soutěžní pravidla Smlouvy.

Při aplikaci článku 82 SES bylo dle Soudního dvora namísto uplatnit test stejně efektivního soutěžitele (viz část 3) a nezahrnout do výpočtu poplatky za telefonní hovory (viz část 5). Ohledně nutnosti prokázat účinky na soutěž se Soudní dvůr vymezil proti Komisi, která tvrdila, že protisoutěžní účinky není třeba prokazovat vzhledem k tomu, že samotná existence cenových praktik dominantního podniku, které vedou ke stlačení marží stejně efektivních soutěžitelů, představuje zneužití dominantního postavení. Komise dle Soudního dvora musí negativní účinek na soutěž prokázat. Pokud cenové praktiky nemají žádný účinek na situaci soutěžitelů, nelze je označit za vylučující. Soudní dvůr se však spokojil s úvahou, že nízké tržní podíly soutěžitelů na zákaznickém trhu služeb přístupu od liberalizace tohoto trhu v roce 1996 svědčí o překážkách, které uplatňování cenových tarifů DT přineslo pro rozvoj soutěže na těchto trzích.¹⁸

Skutečnost, že DT by býval musel zvýšit zákaznické ceny, aby se vyhnul stlačení marží, nemůže dle Soudního dvora ovlivnit relevanci použitého testu. Vzhledem k tomu, že DT mohl snížit nebo ukončit stlačení marží zvýšením zákaznických cen, je odpovědný za porušení článku 82 SES stlačením marží.

Soudní dvůr rovněž odmítl argumenty DT ohledně uložení pokuty, tedy že protiprávní jednání DT nebylo závažné (neboť šlo o první případ stlačení marží rozhodovaný Soudním dvorem, tedy o „novou“ doktrínu), že jako polehčující okolnost nebyla náležitě zohledněna tarifní regulace a že DT měla být uložena pouze sym-

bolická pokuta podobně jako v případě *Deutsche Post*.¹⁹ Soudní dvůr rozhodl, že Komise požívá při výpočtu pokut široké diskrece a že Komise vzala v potaz omezenou roli DT vzhledem k intervenci vnitrostátního regulačního úřadu tím, že základní částku pokuty snížila o 10 %.

3. Test pro určení stlačování marží

a. Úvod – dva možné testy

Při stlačování marží nedovoluje dominantní podnik soutěžitelům získat dostatečný zisk stanovením cen tak, že rozdíl mezi cenou za produkt na předřazeném trhu (velkoobchodní cenou) a za produkt na podřazeném trhu (zákaznickou cenou) je negativní, případně nedostatečný k pokrytí produktově specifických nákladů soutěžitelů. V zásadě lze uplatnit dva základní cenové nákladové testy. Prvním je test stejně efektivního soutěžitele, který posuzuje náklady dominantního podniku, a druhým je test přiměřeně efektivního soutěžitele, který posuzuje náklady skutečných či hypotetických soutěžitelů. V úvahu připadá též kombinace těchto testů.

Test stejně efektivního soutěžitele (*As-Efficient-Competitor Test*) srovnává na jedné straně velkoobchodní ceny, které dominantní společnost účtuje svým soutěžitelům za předřazený produkt, a na druhé straně zákaznické ceny, které tato společnost účtuje zákazníkům. Pokud je na daném zákaznickém trhu dominantní společnost zisková, to znamená, pokud je rozdíl mezi zákaznickou cenou a velkoobchodní cenou dominantního podniku dostatečný pro pokrytí jeho produktově specifických nákladů na podřazeném trhu, pak by měli být teoreticky ostatní soutěžitelé také ziskoví, pokud jsou alespoň tak efektivní, jako dominantní společnost. Při testu přiměřeně efektivního soutěžitele (*Reasonably Efficient Competitor Test*) je třeba porovnat rozdíl mezi zákaznickou cenou a velkoobchodní cenou dominantního podniku s produktově specifickými náklady skutečných (ev. hypotetických) soutěžitelů²⁰ a určit, zda jsou či mohou být tito soutěžitelé ziskoví na daném trhu. Každý z přístupů má své výhody a nevýhody.

b. Výhody testu stejně efektivního soutěžitele

Test stejně efektivního soutěžitele především poskytuje více právní jistoty dominantní společnosti. Jde o test založený právě na posouzení nákladů dominantního podniku, proto je pro tento podnik jednodušší určit, zda se dopouští stlačování marží a předvídat důsledky svého jednání. Postačí, aby se zaměřil na své vlastní ekonomické údaje. Použití tento test proto znamená usnadnit dominantnímu podniku jednání v rámci zákona (*intra legem*).

Zároveň jde o test jednodušší, ačkoli test založený na rozboru nákladů není z podstaty nikdy zcela jednoduchý. Při tomto testu se totiž analyzují údaje pouze jedné společnosti. Pokud je na podřazeném trhu více než jeden soutěžitel, pak použití alternativního testu přiměřeně efektivního soutěžitele v praxi obvykle znamená zkoumání dat několika soutěžitelů, čímž se násobí složitost takové analýzy i vyplývajících nákladů, do nichž je třeba zahrnout i náklady právní jistoty.

Lze také tvrdit, že při použití testu stejně efektivního soutěžitele dochází (či může docházet) k přenosu soutěžní výhody dominantního podniku na spotřebitele. U dominantního podniku lze zpravidla předpokládat výhodu efektivnosti, která vyplývá pře-

¹⁵ Rozsudek Soudního dvora, bod 80.

¹⁶ Srovnej C-359/95 a C-379/95 P *Komise a Francie proti Ladbroke Racing*, I-6265, body 33-34.

¹⁷ Rozsudek Soudního dvora, bod 83.

¹⁸ Na základě vyjádření Tribunálu a Soudního dvora k nutnosti prokázat účinky na soutěž je patrný vývoj přístupu Komise k této části analýzy stlačování marží. Například v rozhodnutí *Deutsche Telekom* věnovala Komise prokázání účinků stlačování marží na soutěž tři paragrafy, v rozhodnutí *Wanadoo España vs. Telefónica* (COMP/38.784) ze dne 4. července 2007 pak již celkem dvacet stran textu rozhodnutí.

¹⁹ Rozhodnutí Komise 2001/892/ES ze dne 25. července 2001, věc COMP/C-1.36.915 – *Deutsche Post AG* (Úř. věst. L331, s. 40).

²⁰ Jiných než dominantní společnost.

vším z faktu vertikální integrace a z úspor daných velikostí dominantního podniku (úspory z měřítka²¹ a úspory ze sortimentu²²). Významným faktorem také může být historická pozice původního monopolisty, z níž vyplývá informační výhoda (bývalý monopolista může mít lepší informace o podmínkách podnikání), výhoda know-how, výhoda zavedené značky a výhoda vybudované klientely. Použitím testu stejně efektivního soutěžitele se po soutěžitelích vyžaduje, aby tyto výhody dominantního hráče vyrovnali. Než se tak stane, spotřebitelé mají (mohou mít) prospěch z nízkých cen, které si dominantní společnost „může dovolit“, zatímco konkurence usiluje o předstížení dominantanta. V tomto smyslu je použití testu stejně efektivního soutěžitele řešením více ve prospěch spotřebitelů. Samozřejmě, za určitých podmínek nemusí výhodu efektivnosti dominantní společnosti spotřebitelé nijak pocítit v podobě nižších cen či kvalitnějších služeb, neboť z ní profituje pouze dominantní společnost vyšším ziskem.²³

c. Výhody testu přiměřeně efektivního soutěžitele

I test přiměřeně efektivního soutěžitele má své výhody. Tento test lépe reflektuje realitu na trhu, spíše než aby předpokládal, co by se na trhu stát mohlo či mělo. Test stejně efektivního soutěžitele v jistém smyslu presumuje soutěžitele, kteří jsou či budou alespoň stejně efektivní jako dominantní společnost, a v tomto ohledu jde o hypotetický test. Oproti tomu test přiměřeně efektivního soutěžitele eliminuje výhody dominantního podniku a zaměřuje se na skutečnou situaci soutěžitelů. V tomto smyslu tento test lépe odpovídá skutečnosti, je vhodnější z pohledu soutěžitelů a může lépe zajistit jejich vstup na trh. Předpokladem provedení tohoto testu je přítomnost jiných soutěžitelů než dominantního podniku. Jen v takovém případě jsou k dispozici věrohodná data a informace k provedení testu přiměřeně efektivního konkurenta.

Test přiměřeně efektivního soutěžitele může být vhodnější i tehdy, pokud soutěžitelé mají nějakou výhodu vůči dominantní společnosti, respektive pokud je dominantní společnost nějakým způsobem znevýhodněna. Například v odvětví telekomunikací může mít bývalý monopolista nějakou danou strukturu zákazníků, zděděnou z minulosti, kdy jeho smluvní svoboda ohledně toho, komu dodávat služby, mohla být omezena.²⁴ Mohou existovat i jiné nevýhody vyplývající ze sektorové regulace. V případě *Deutsche Telekom* například byla dominantnímu podniku regulátorem stanovena horní cenová hranice za určité skupiny služeb (*price cap*). Posuzovat v takové situaci možné zneužití dominance pouze na základě ekonomických údajů dominantní společnosti by pak mohlo znamenat zbytečné zvýhodnění konkurentů, a to až do té míry, že by dominantní společnost mohla být nucena umožnit vyšší marže snížením velkoobchodních cen nebo zvýšením zákaznických cen, přestože to konkurenti nepotřebují k tomu, aby byli ziskoví. U případů stlačení marží v praxi většinou nebývá obvyklé, že by soutěžitelé byli efektivnější než dominantní podnik.

Test přiměřeně efektivního soutěžitele tedy umožňuje obejít předpoklad testu stejně efektivního soutěžitele, že konkurenti dominantní společnosti mají stejné nebo relativně stejné podmínky

k podnikání. Test stejně efektivního soutěžitele může být za určitých okolností příliš restriktivní v tom, že nebere v potaz výhody či nevýhody dominantní společnosti, přičemž test přiměřeně efektivního soutěžitele může být pro takové situace řešením.

Test přiměřeně efektivního soutěžitele může být testem více pro-liberalizačním a v určitém smyslu více odpovídat smyslu a účelu článku 102 SFEU (82 SES), pokud jako účel zákazu zneužití dominantního postavení budeme považovat zajištění účinné soutěže na daném trhu a umožnění vstupu nových účastníků na trh. Zda na daném trhu ke zneužití dominantního postavení dochází, vyplývá lépe z analýzy situace skutečných soutěžitelů, neboť tak se ukáže, zda skutečně hrozí jejich vyloučení a omezení soutěže. Cílem soutěžního práva však není ochrana (konkrétních) soutěžitelů, ale soutěže jako procesu a jen konkurenceschopné podniky by měly být součástí trhu. V tomto smyslu test stejně efektivního konkurenta, který vede k ochraně konkurentů, ale spoň stejně efektivních jako dominantní podnik, více reflektuje tento cíl.

Z hlediska předvídatelnosti a právní jistoty není pro dominantní podniky test přiměřeně efektivního konkurenta příliš vhodný. Proto je třeba s použitím tohoto testu v soutěžní analýze nakládat obezřetně.

d. Kombinace obou přístupů

Jak tedy obecně posuzovat stlačování marží? Vedle testu založeného na nákladech dominantní společnosti nebo skutečných či hypotetických soutěžitelů existují další možnosti, založené na kombinaci obou testů. Žádat po regulačním orgánu či po soudu, aby pokaždé posuzoval stlačení marží podle obou přístupů, by bylo patrně nepraktické, nákladné a nepřispělo by k právní jistotě subjektů. Případá však v úvahu určitá hierarchie těchto testů a z ní vyplývající vyvratitelné domněnky. Bylo by například možné nejprve uplatňovat test stejně efektivního soutěžitele a v případě, že je marže dominantní společnosti negativní, jí umožnit prokázat, že je tomu tak z objektivních důvodů nesouvisejících se zneužitím dominantního postavení. Součástí takového dokazování by byla analýza ekonomických dat soutěžitelů a posuzování testem přiměřeně efektivního soutěžitele. Pokud by dominantní společnost prokázala, že její konkurenti jsou na trhu ziskoví, vyvrátila by tím domněnku zneužití dominance.²⁵ Praktickou nevýhodou tohoto postupu je, že soutěžitelé – včetně dominantních podniků – obvykle nemají dostatek přesných informací a důkazů o ziskovosti jednotlivých produktů svých konkurentů. Těmito informacemi tak často disponují až soutěžní úřady poté, co si je od soutěžitelů vyžádají.

Nabízí se i složitější právní řešení, založené na přístupu *ad hoc*. Ten, kdo žaluje zneužití dominantního postavení, by si mohl vybrat z obou testů, žalovaný by se pak mohl bránit druhým testem. V případě žaloby testem stejně efektivního soutěžitele by žalovaná dominantní společnost dokazovala, že konkurenti jsou i za daných cenových podmínek ziskoví (*viz výše v části 2 c*).²⁶ V případě žaloby testem přiměřeně efektivního soutěžitele by se žalovaná dominantní společnost mohla bránit testem stejně

²¹ *Economies of scale*.

²² *Economies of scope*.

²³ *Srov. O'DONOGHUE, R., PADILLA, A. J. The Law and Economics of Article 82 EC. Hart Publishing, 2006.*

²⁴ Např. stanovení závazku univerzální služby (*Universal Service Obligation, USO*).

²⁵ Takový přístup je ostatně naznačen ve Sdělení komise o použití pravidel hospodářské soutěže na dohody o přístupu v odvětví telekomunikací z roku 1998 v bodech 117–118.

²⁶ Šlo by o žalobní tvrzení „se stejnými náklady, jako má žalobce, nelze dosahovat zisku“ a o obranu „konkurenti mají jiné náklady než žalobce“.

efektivního soutěžitele.²⁷ Soud by měl konečné slovo ohledně váhy obou testů v daném konkrétním případě. Vzhledem k tomu, že Komise se k žádnému z obou testů nepřiklonila definitivně, lze tvrdit, že právě toto je současný právní stav. Komise si test vybírá a žalovaný se může pokusit namítnout jiný výsledek použitím druhého testu. Z hlediska právní jistoty dominantních společností se však nejedná o stav ideální, neboť tito nevědí, dle jaké teorie bude jejich jednání posuzováno.

Pokud budeme za hlavní cíl soutěžní politiky považovat spotřebitelský blahobyt, pak by bylo nejvíce namístě posuzovat stlačování marží na základě testu „efektivnějšího soutěžitele“ (*More Efficient Competitor Test*), ať už je to v dané situaci dominantní společnost či její soutěžitelé. Pokud je efektivnější dominantní společnost, což lze většinou očekávat, pak by byl namístě zpravidla test stejně efektivního soutěžitele, kterým se výhoda dominanta (*effectivity gain*) přenáší na spotřebitele. Pokud jsou efektivnější konkurenti, pak by se mělo vycházet z jejich dat, neboť tak bude na spotřebitele přenášena jejich výhoda. Ačkoli se toto řešení jeví nejvhodnější ze spotřebitelského hlediska, v praxi by znamenalo současné provádění obou analýz, neboť jen po provedení obou by bylo zřejmé, která z nich je pro spotřebitele příznivější. Nevýhody příliš komplexního posuzování oběma testy jsou zřejmé a uvedli jsme je výše.

Teoreticky lze uplatnit ještě jiný přístup. Namísto dominantní společnosti nebo skutečných soutěžitelů je možné modelovat ekonomické údaje hypotetického konkurenta, který by byl přiměřeně ziskový. Z důkazního hlediska by se však znovu jednalo o obtížnou situaci, proto tento přístup není v praxi využíván. Stejně tak lze částečně poupravit ekonomické údaje skutečných soutěžitelů a uvažovat reálné konkurenční podniky, které ještě nejsou tak efektivní jako dominantní společnost, ale měli by se stát stejně efektivními později (*Not-Yet-As-Efficient Competitor Test*). Taková varianta by měla své opodstatnění vzhledem k limitům obou základních testů, přináší ale opět nevýhody kvůli své hypotetické povaze a potřeby předvídatelnosti testu pro dominantní podniky.

Určitým derivátem předchozího přístupu (*Not-Yet-As-Efficient Competitor Test*) a přístupem stejně efektivního konkurenta (*As-Efficient Competitor Test*), jenž by směřoval k zajištění větší právní jistoty a předvídatelnosti pro dominantní podniky a současně zohledňoval situace soutěžitelů na trhu, by mohl být přizpůsobený test stejně efektivního konkurenta (*Adjusted-As-Efficient Competitor Test*). V případech, kdy je dominantní podnik efektivnější než jeho konkurenti z důvodů vertikální integrace, úspor z rozsahu a úspor z měřítka, by podstata takového testu spočívala v analýze nákladů dominantního podniku, modelování průběhu jeho nákladových křivek a určení výše jeho nákladů, kterých by dosahoval na různých úrovních výstupu, přičemž do cenové nákladového testu by vstupovala výše nákladů dominantního podniku na úrovni výstupu odpovídající skutečné situaci jeho konkurentů. Předpokladem použití tohoto testu by bylo, že si je dominantní podnik vědom výše svých nákladů na různých úrovních svého výstupu a tím pádem i nákladů, které by měl na různých úrovních výstupu stejně efektivní soutěžitel jako dominantní podnik. Otázkou je do jaké míry by byl tento teoretický koncept v praxi realizovatelný a zda by jej bylo možné provádět jen v některých případech. Za účelem aplikace tohoto testu by bylo nutné využívat mnohé interní dokumenty dominantních podniků.

²⁷ Šlo by o žalobní tvrzení „reální konkurenti nejsou schopni dosahovat zisku“ a o obranu „konkurenti jsou neefektivní“.

e. Přístup orgánů EU

Případ *Deutsche Telekom* byl prvním případem stlačování marží před Soudním dvorem EU, ale nikoli prvním případem uplatnění této doktríny Komisí a Tribunálem (dříve Soudem prvního stupně). Komise v zásadě nevyloučila použití testu přiměřeně efektivního soutěžitele, v praxi však doposud využívala test stejně efektivního soutěžitele. Příklon k testu stejně efektivního soutěžitele při posuzování dopadů cenových strategií dominantních podniků vyplývá i z Pokynů k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele z prosince 2008.²⁸ V případě *National Carbonising*²⁹ Komise uvedla, že cena za podstatný vstup by měla umožnit existenci přiměřeně efektivního soutěžitele, nicméně poté ve skutečnosti aplikovala test založený na nákladech dominantní společnosti. V případě *British Sugar* je výslovně přijat test stejně efektivního soutěžitele.³⁰ Jak *Deutsche Telekom*, tak případ *Telefónica*³¹ jsou založeny na analýze nákladů dominantní společnosti. I Tribunál upřednostňoval test stejně efektivního soutěžitele. V případě *Industrie des poudres sphériques* odmítl tvrzení o stlačení marží a rozhodl, že nedostatek konkurenceschopnosti u soutěžitele byl zapříčiněn vysokými výrobními náklady.³² Také v případě *AKZO* (kde se nejednalo o stlačování marží) byl žalobní důvod, který tvrdil zneužívající ceny, rozhodnut na základě nákladů dominantní společnosti.³³

V případě *Deutsche Telekom* bylo použití testu stejně efektivního soutěžitele ze strany Komise podrobeno přezkumu ze strany Tribunálu a Soudního dvora. Tribunál rozhodl, že komunitární soudy ještě explicitně neurčily vhodnou metodu, ale uvedl, že z judikatury ke zneužívajícím cenám vyplývá preference pro analýzu situace dominantní společnosti, tj. jejich nákladů a cen, spíše než pro analýzu situace skutečných či potenciálních soutěžitelů. Tribunál odkázal na *AKZO*,³⁴ případ zneužívajících cen, a na *Industrie des poudres sphériques*, kde Tribunál odmítl žalobní důvod stlačení marží s tím, že ekonomická neudržitelnost soutěžitele není dostatečným důvodem k tomu, aby bylo chování dominantní společnosti považováno za zneužití dominantního postavení. Dále Tribunál odkázal na rozhodnutí Komise *Napier Brown – British Sugar*, kde Komise rovněž vypočítala stlačení marží na základě nákladů dominantního podniku. Konkrétně v případě *Deutsche Telekom* Tribunál potvrdil správnost metody zvolené Komisí a zdůraznil přitom princip právní jistoty. Shledal, že pokud by byl použit test přiměřeně efektivního soutěžitele, dominantní společnost by nebyla schopna zhodnotit protiprávnost svých vlastních aktivit. Generální advokát vypočetl výhody testu stejně efektivního

²⁸ Viz především body 23 až 27, 41, 43–44, 59–60, 67 a 80 Pokynů.

²⁹ *National Coal Board, National Smokeless Fuels Limited and the National Carbonising Company Limited*, OJ 1976 35/6; poté před ESD jako věc 109/75 *National Carbonising Company v. Commission*, [1975] ECR 1193.

³⁰ *Rozhodnutí Komise Napier Brown/British Sugar*, OJ 1988 L 284/41.

³¹ *Rozhodnutí Komise ze dne 4. července 2007 COMP/38.784 – Wanadoo España v Telefónica*.

³² *Případ T-5/97, Industrie des Poudres Sphériques SA v Commission* [2000] ECR II-3755, bod 178.

³³ Tuzemský Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve svém nedávném rozhodnutí v případě *Student agency* (viz prvostupňové rozhodnutí Úřadu ze dne 3. 11. 2010) rovněž aplikoval pro posouzení dopadů cenové praktiky dominantního podniku test stejně efektivního konkurenta (nejednalo se o stlačování marží, ale o predátorské ceny).

³⁴ *AKZO proti Komisi*, případ C-62/86 [1991] ECR I-3359.

soutěžitele: uplatněním tohoto testu se nepodporuje neefektivní soutěžitel a zvyšuje se právní jistota dominantního podniku, neboť ten má vždy k dispozici potřebné ekonomické údaje.³⁵ Stejně tak Soudní dvůr přejal argumentaci případem *AKZO* a upřednostnil hledisko právní jistoty dominantní společnosti.³⁶

f. Volba testu podle chráněného cíle

Pro určení stlačování marží tedy lze použít různé metody podle toho, jakého cíle se má soutěžním právem dosáhnout. V obecné rovině jsou možné tyto varianty.

(1) *Upřednostnit hledisko spotřebitelů.* Uplatnil by se test efektivnějšího soutěžitele (*More Efficient Competitor Test*), tedy podle okolností test stejně efektivního soutěžitele nebo přiměřeně efektivního soutěžitele. Na spotřebitele by byla přenášena výhoda efektivnějšího soutěžitele. Soutěžní orgán musí provádět složitější analýzu oběma základními testy. Zájem konkurentů dominantní společnosti není soutěžně chráněn: pokud je dominantní společnost efektivnější, není konkurentům v přístupu na trh napomáháno.

(2) *Upřednostnit hledisko právní jistoty.* Uplatnil by se test stejně efektivního soutěžitele. Dominantní podnik je schopen posoudit, zda se chová *intra legem*. Spotřebitelé zpravidla mají prospěch, a to za předpokladu, že dominantní společnost je efektivnější. Zájem konkurentů vstoupit na trh není soutěžně chráněn.

(3) *Upřednostnit hledisko rozvíjení soutěže.* Uplatnil by se test přiměřeně efektivního soutěžitele. Spotřebitelé většinou nebudou bezprostředně (krátkodobě) profitovat z výhody efektivity (*efficiency gains*) dominantní společnosti. Konkurenti však mají zajištěn lepší přístup na trh, neboť je vyrovnávána počáteční výhoda dominantní společnosti a spotřebitelé mohou v delším časovém horizontu profitovat z rozvoje soutěže na trhu (inovace, nabídka nových produktů). Dominantní podnik bude obtížně schopen posoudit, zda se chová *intra legem*, zároveň mu však zůstanou případné zisky vyplývající z výhody efektivity. Tento přístup však může v důsledku vést k nežádoucí podpoře neefektivních soutěžitelů a jejich setrvání na trhu.

(4) *Upřednostnit flexibilitu v rozhodování.* Je rovněž možné nepřiklonit se definitivně k žádnému z přístupů výše a rozhodovat *ad-hoc*. Není třeba zdůrazňovat, že tak trpí princip právní jistoty. Rozšířil by se tak rozsah správního uvážení Komise, příp. národních soutěžních a regulačních úřadů. Tito by mohli v jednotlivých případech zvažovat, zda by měl převážet zájem spotřebitelů, zájem na rozvíjení soutěže či zájem na upřednostnění právní jistoty dominantní společnosti.

Dosavadní Komisi a Soudním dvorem zvolený přístup v podstatě zohledňuje zvláště právní jistotu dominantní společnosti. To lze uvítat. Vzhledem k tomu, že právě dominantní společnosti zpravidla svědčí výhoda efektivity, bude přístup Komise a Soudního dvora zpravidla i ve prospěch spotřebitelů. Zároveň však nadále existuje možnost v odůvodněných případech použít test přiměřeně efektivního soutěžitele. Tím je zachována i určitá míra flexibility v rozhodování soutěžních orgánů.

4. Vhodná úroveň agregace porovnávaných vstupů a výstupů a. Aplikace v případě *Deutsche Telekom*

Další významná otázka, která se týká aplikace doktríny stlačování marží a kterou Soudní dvůr v případě *Deutsche Telekom* posuzoval,

je, jaké náklady mají být navzájem srovnávány a jaká je vhodná úroveň agregace, na níž jsou vstupy a zákaznické služby porovnatelné. Základem analýzy stlačení marží je, že velkoobchodní a zákaznické služby dominantní společnosti jsou srovnatelné. Jinak by porovnání velkoobchodních cen a nákladů na produkt pro zákazníky nedávalo smysl.

V případě *Deutsche Telekom* se Komise rozhodla při analýze stlačování marží brát v potaz na straně vstupu přístup k místní smyčce, na straně výstupu však jen služby připojení, přestože na základě přístupu k místní smyčce byly zákazníkům poskytovány rovněž služby telekomunikační. Rozhodnutí Komise ve výpočtu negativní marže tedy nekalkuluje s telekomunikačními službami (telefonní hovory, připojení k internetu, ev. televizní vysílání). Společnost DT namítala, že taková úvaha je ekonomicky nesprávná. Všechny společnosti na trhu poskytovaly služby připojení a komunikační služby v balíčcích a stejně tak zákazníci jevíli zájem o balíčky těchto služeb, nejen o samostatnou službu připojení.

Tribunál rozhodl, že posoudit služby přístupu a komunikační služby odděleně bylo namístě, a to ze dvou důvodů. Prvním důvodem je princip tarifní rovnováhy, druhým je princip rovnosti příležitosti. Princip tarifní rovnováhy je regulační princip, který má za cíl dosáhnout rovnováhy mezi strukturou cenových tarifů na základě nákladů jednotlivých služeb.³⁷ Dle Tribunálu princip tarifní rovnováhy, stanovený právem Společenství, vyžaduje oddělené zohlednění ceny přístupu a ceny telefonních hovorů. Druhým důvodem, který Tribunál uvedl, byla nutnost zaručit rovnost příležitosti mezi DT a soutěžiteli. Dle Tribunálu je taková rovnost příležitosti zajištěna jen tehdy, pokud dominantní společnost stanoví své zákaznické ceny na takové úrovni, která soutěžitelům umožní zahrnout všechny velkoobchodní náklady do jejich zákaznických cen. Pokud tomu tak není, mohou soutěžitelé nabízet služby připojení svým koncovým zákazníkům pouze se ztrátou, a jsou tedy nuceni kompenzovat takové ztráty vyššími poplatky za hovory. Tím by docházelo k dalšímu narušení soutěže na trhu komunikací. Vzhledem k tomu, že společnost DT významně snížila poplatky za hovory, bylo dle Tribunálu navíc možné, že soutěžitelé ani neměli ekonomickou možnost tuto ztrátu kompenzovat, neboť sami museli udržovat ceny níže než dominantní společnost, aby přiměli nové zákazníky ke změně operátora. Generální advokát i rozsudek Soudního dvora přijímají tuto argumentační linii. Bylo namístě vzít v potaz právní rámec telekomunikačního trhu, proto generální advokát i rozsudek Soudního dvora souhlasí s uplatněním principu tarifní rovnováhy.

b. Poznámky

Vzhledem k tomu, že služby připojení a komunikační služby lze posuzovat jako oddělené trhy a že komunikační služby mohly být dodávány nezávisle na službách připojení díky tzv. předvolbě

³⁵ Stanovisko generálního advokáta Jána Mazáka, body 50 – 52.

³⁶ Rozsudek Soudního dvora, body 198 – 202.

³⁷ Původně bylo účelem principu tarifní rovnováhy dosáhnout snížení ceny meziměstských a mezinárodních hovorů a zvýšení ceny měsíčního nájmu zařízení a ceny místních hovorů. Právním rámcem je Směrnice Komise 96/17/ES. Cílem bylo jasně oddělit poskytování všeobecné služby a služeb, které podléhají soutěži, a dále rozlišovat na základě nákladů. Šlo i o předcházení křížovému financování, tedy kompenzaci ztrát vyplývajících z jedné části podnikání ziskem z jiné části podnikání. Společnost DT sama kompenzovala ztráty z trhu připojení ziskem z trhu telekomunikačních služeb včetně hovorů.

(*call-by-call*),³⁸ mohla Komise vyloučit příjmy z komunikačních služeb z analýzy stlačení marží, aniž by se tím dopustila zjevného pochybení. Lze však rozlišit dva přístupy. Soutěžní přístup se zaměřuje na to, zda daná struktura cen škodí stejně efektivním soutěžitelům a narušuje soutěž na trhu. V takovém případě není potřeba posuzovat příjmy za připojení zvlášť za předpokladu, že žádný soutěžitel nesoutěží pouze a výlučně na trhu s připojením. Druhým přístupem, který klade větší důraz na liberalizaci, je zaměřit se na vytvoření příznivých podmínek pro soutěžitele k tomu, aby mohli vstoupit na určitý konkrétní trh.

Argument tarifní rovnováhy se sám o sobě nejeví jako zcela přesvědčivý. Není zřejmé, proč by oddělené účtování poplatků za připojení a poplatků za hovory v regulatorní oblasti mělo nutně implikovat oddělené posuzování v rámci soutěžního práva. Je možné, že ekonomická realita by byla lépe postižena, kdyby všechny příjmy, tj. jak z připojení, tak z hovorů (a dalších komunikačních služeb) byly posuzovány společně, neboť právě to je způsob, jakým reální soutěžitelé využívali místní smyčku a jakým reální spotřebitelé poptávali služby.

Dosažení tarifní rovnováhy bylo cílem, kterého měla dosáhnout sektorová regulace. Není úplně jasné, z jakého důvodu by doposud nerealizovaný regulatorní cíl (v tomto případě rebalancování tarifů) měl být soutěžním úřadem zvažován spíše, než skutečný stav na trhu. Specifické cíle sektorové regulace mohou být často odlišné od cílů soutěžní regulace, což připouští Komise i soudy. Proto se nejeví vypuštění příjmů z komunikačních služeb z cenové nákladového testu na základě argumentu cíle sektorové regulace (rebalancování tarifů) jako přesvědčivé.

Lze také tvrdit, že zahrnout poplatky za komunikační služby do výpočtu stlačení marží by bylo více v souladu se soutěžní teorií, na které je založena doktrína stlačení marží. Koncept stlačení marží je postaven na teorii soutěžní újmy. Tato teorie se uplatní tam, kde se nějaký nezbytný vstup přeměňuje v produkt pro koncového uživatele. Stlačení marží je škodlivé proto, že vede (stejně) efektivního soutěžitele k tomu, aby opustil trh. Je-li určitý vstup využíván ve vícero produktech pro koncové uživatele, pak bude to, zda konkurent trh opustí, záviset na tom, jak budou soutěžitelé úspěšní v produkování a uvádění na trh i těchto dalších produktů. Prokázat stlačení marží jen ohledně produktu, který je pouze součástí daného balíčku, není v takovém případě dostačující k tomu, aby se prokázalo zneužití. V případě *Deutsche Telekom* zkoumat pouze poplatky za připojení neukazuje, zda stlačení marží povede k soutěžní újmě.

Konečně, argumentace principem rovných příležitostí je poněkud v napětí s konceptem stejně efektivního soutěžitele, který byl zásadní pro výběr zvoleného testu. Komise uvedla, že nelze předpokládat, že všichni soutěžitelé mají stejnou strukturu příjmů jako dominantní společnost, a proto i stejnou možnost kompenzovat jeden zdroj příjmů jiným zdrojem. Právě takový předpoklad je ale základem testu stejně efektivního soutěžitele. Tento test totiž předpokládá stejnou situaci dominantní společnosti a jejích konkurentů. Komise (resp. Tribunál i Soudní dvůr) tedy na jedné straně rozhodla, že legalita cenových praktik dominantní společnosti bude určena na základě její vlastní situace dle testu stejně efektivního soutěžitele, nicméně na jiném místě – při nezohlednění poplatků za hovory – odhlédla od určitého aspektu této situace

³⁸ Při použití předvolby *call-by-call* lze vytočením určitého předčíslí uskutečnit hovor prostřednictvím jiného operátora.

dominantní společnosti s odůvodněním, že soutěžitelé mají jinou strukturu nákladů a příjmů.

V napětí s konceptem stejně efektivního soutěžitele je rovněž tvrzení Komise podpořené soudy, že soutěžitelé byli ve srovnání s DT v soutěžní nevýhodě, neboť pravděpodobně museli zákazníkům účtovat nižší ceny za komunikační služby (služby volání) než inkumbent (DT), a to za účelem získání nových zákazníků zejména od inkumbenta a měli tudíž ztíženou možnost subvencování ztrát ze služeb připojení ze zisků z komunikačních služeb. Takové jednání je většinou projevem intenzivní soutěže na trhu, nelze jej však bez dalšího označit za důkaz narušení soutěže na trhu. Z pohledu testu stejně efektivního konkurenta není podstatné, v jaké situaci jsou ostatní soutěžitelé, ale v jaké situaci je dominantní podnik. Proto se nejeví jako vhodné vyloučit z testu stejně efektivního konkurenta příjmy z komunikačních služeb na základě argumentace o rozdílné situaci konkurentů oproti dominantnímu podniku.

5. Závěr

Doktrína stlačování marží byla v minulosti podrobně popsána v ekonomické teorii a literatuře. Nedávná rozhodnutí Soudního dvora EU ve věcech *Deutsche Telekom* a *TeliaSonera* představují ucelený pohled na zneužití dominantního postavení stlačením marží a jsou prvními případy uplatnění doktríny stlačování marží Soudním dvorem EU. Uvedli jsme nezbytné ekonomické a strukturální podmínky pro stlačování marží a popsali pohled Soudního dvora EU na stlačování marží v kontextu případu *Deutsche Telekom*, a to se zaměřením na uplatněný test stlačování marží a zhodnocení způsobu jeho aplikace.

Domníváme se, že nelze paušálně upřednostnit jeden z testů pro určení stlačení marže. Klíčovým je definice chráněného cíle. Dosavadní Komise a Soudním dvorem zvolený přístup v podstatě zohledňuje zvláště právní jistotu dominantní společnosti. Zároveň však nadále existuje možnost v odůvodněných případech použít test přiměřeně efektivního soutěžitele. Tento přístup považujeme za správný. Popsali jsme rovněž subvarianty testů pro určení stlačení marže a možnosti jejich použití. Co se týče testu aplikovaného Komise v případě *Deutsche Telekom* a podpořeného Soudním dvorem EU, jsme názoru, že některé argumenty Komise se odchylují od logiky testu stejně efektivního soutěžitele a že Komise zřetelně kladla důraz na stanovené cíle sektorové regulace.

ABSTRACT

JAN ŠAMÁNEK – MILAN BROUČEK: JUDICIAL APPLICATION OF MARGIN SQUEEZE DOCTRINE: DEUTSCHE TELEKOM

A margin squeeze may occur when a vertically integrated undertaking dominant on the upstream market supplies an indispensable input to its competitors with whom it competes in the downstream (customer) market. Such dominant undertaking may use its control of the wholesale and customer price and set them in such a way that competitors are unable to profit on the downstream market. The article describes generally the conditions for a margin squeeze abuse and the first application of the margin squeeze doctrine by the Court of Justice in the case C-280/08 P *Deutsche Telekom*. In detail, it analyses the „As Efficient Competitor“ test, its alternatives and implications, and the appropriate level of aggregation of compared inputs and outputs.