

Je ordoliberalizmus mŕtvy?¹ (Inauguračná prednáška)

K a l e s n á, K. *

KALESNÁ, K.: Je ordoliberalizmus mŕtvy? (Inauguračná prednáška). Právny obzor, 103, 2020, č. 3, s. 159 – 168.

Is Ordoliberalism Dead? (Inaugural lecture). Competition law (antitrust) as a regulation of liability in law has the form of general clauses. Due to this legislative technique, working with general concepts, is the legal regulation flexible, but its application depends on correct interpretation. So, the legal regulation can remain unchanged, but the real contents may be varied. This is the case of the main institutes of competition law (agreements restricting competition, abuse of a dominant position) that remained unchanged as far as their legal regulation in European law is concerned. The original provisions in Treaty on European Economic Community (1957) were adopted under influence of ordoliberalism and are the same until now. (Treaty on Functioning of the European Union, Art. 101, 102.) General clauses technique enables interpretation of the legal regulation in harmony with the prevailing economic theories. To answer the question raised in the title the article after the short characteristics of ordoliberalism gives an overview of interpretation development from ordoliberalism to economization of competition protection, comparing different approaches using examples of case law. Finally, it explores whether ordoliberalism and the classical concepts of antitrust as a whole are applicable in the era of digitalisation of economy. With regard to the artificial intelligence development it stresses importance of humanistic foundations of ordoliberalism.

Key words: competition, general clauses, ordoliberalism, economic approach, digital era

1. Súťažné právo ako právo generálnych klauzúl

Vzťahy upravené súťažným právom, resp. právom proti obmedzovaniu hospodárskej súťaže ako jeho verejnoprávnou vetvou, sa vzhľadom na riešenie „patológie súťažných vzťahov“² jednoznačne kvalifikujú ako vzťahy právnej zodpovednosti.³ Právo tzv. antitrustu je na európskej i národnej úrovni vybudované na koncepcii právnej úpravy vo forme generálnych klauzúl. Ide o „celkom všeobecné vyjadrenie najdôležitejších znakov určitého reprobovaného... konania, ktoré bývajú... v samotnom texte zákona doplnené niekoľkými konkrétnymi prípadmi, ktoré slúžia ako návod na výklad generálnej klauzuly.“⁴

* Doc. JUDr. Katarína K a l e s n á, CSc., Právnická fakulta Univerzity Komenského, Bratislava.

¹ Inauguračná prednáška prednesená na zasadnutí Vedeckej rady UK Právnickej fakulty 14. 05. 2020 (online).

² KNAP, K. *Právo hospodárskej súťaže*. Praha : Orbis 1973, s. 99.

³ Tamže, s. 80-81.

⁴ KNAP, K. – MUNKOVÁ, J. – TOMSA, M. *Ochrana práv a zájmov podnikateľov v hospodárskej súťaži*. Ostrava : Montanex 1993, s. 77.

„Generálna klauzula ako všeobecný spôsob vyjadrenia určitého konania, resp. právneho inštitútu pracuje so všeobecnými, právne neurčitými pojmami, čo jej na jednej strane poskytuje v porovnaní s konkrétnymi normami vyššiu mieru flexibility, na druhej strane kladie zvýšené nároky na jej interpretáciu, ktorá je predpokladom jej správnej aplikácie.“⁵ Širšie možnosti uplatnenia týchto noriem vedú k ich využitiu najmä v tých situáciách, keď je pre zákonodarcu ťažké anticipovať konkrétne modalities správania, ktoré sa môžu v praxi vyskytnúť, a teda ich aj vyjadriť vo forme konkrétnej skutkovej podstaty.⁶

„Z legislatívno-technického hľadiska zákonodarca spravidla predraduje generálnu klauzulu pred demonštratívny výpočet konkrétnych osobitných skutkových podstat, ktoré slúžia nielen na riešenie vopred predvídateľných situácií, ale sú zároveň aj indikátorom limitujúcim akčný rádius generálnej klauzuly. Takto vymedzený potenciál generálnej klauzuly spolu s účelom právnej úpravy deklarujúcej úmysel zákonodarcu sú dôležitou informáciou pre aplikačnú prax a jej orgány, ktoré v rámci generálnej klauzuly kreujú nové skutkové podstaty. Pôsobia teda v tejto situácii ako normotvorca v rámci licencie, ktorú im práve generálnou klauzulou poskytuje sám zákonodarcu.“⁷ Aj generálna klauzula by však mala mať „dostatočne konkrétne znaky, pod ktoré by sa určité konanie dalo podradiť, a aby ju následne bolo možné samostatne aplikovať ako skutkovú podstatu.“⁸

Generálne klauzuly doplnené demonštratívnym výpočtom jednotlivých, v praxi sa najčastejšie vyskytujúcich praktík, sú legislatívnym vyjadrením typických inštitútov súťažného práva, t. j. dohôd obmedzujúcich hospodársku súťaž i zneužitia dominantného postavenia.⁹ „Generálne klauzuly sú potom opreté o pojmy, ktoré samy osebe vyžadujú výklad. Preto skôr ako vlastný zákonný text má v tomto kontexte celkom nezastupiteľný význam judikatúra, ktorá zákonné texty interpretačne dotvára.“¹⁰

2. Právna úprava antitrustu v európskom súťažnom práve a jej aplikácia

Prvotná právna úprava antitrustu v Zmluve o EHS (1957)¹¹ bola citeľne ovplyvnená koncepciou ordoliberalizmu, ktorý sa spája s pôsobením tzv. freiburskej školy v 30. ro-

⁵ KALESNÁ, K. Generálne klauzuly v súťažnom práve. Právny obzor, 2016, č. 2, s. 80.

⁶ Tamže.

⁷ Tamže.

⁸ ZAVADOVÁ, D. Generálne klauzuly v procese aplikácie práva. Právny obzor, 2016, 98, č. 4, s. 340-341.

⁹ KALESNÁ, K. Generálne klauzuly v súťažnom práve. Právny obzor, 2016, s. 81.

¹⁰ MUNKOVÁ, J. – SVOBODA, P. – KINDL, J. *Soutěžní právo*. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 83.

¹¹ V súčasnosti je táto právna úprava v podstate nezmenenou znením zakotvená v čl. 101 a 102 Zmluvy o fungovaní EÚ (ZFEÚ). Čl. 101 ZFEÚ upravuje dohody obmedzujúce hospodársku súťaž a čl. 102 ZFEÚ zneužívanie dominantného postavenia. Čl. 102 ZFEÚ vo forme generálnej klauzuly ustanovuje: „Akékoľvek zneužívanie dominantného postavenia na vnútornom trhu či jeho podstatnej časti jedným alebo viacerými podnikmi sa zakazuje ako nezlučiteľné s vnútorným trhom, ak sa tým ovplyvní obchod medzi členskými štátmi. Takéto zneužívanie môže zahŕňať najmä:

- a) priame alebo nepriame vynucovanie neprímeraných nákupných alebo predajných cien alebo iných obchodných podmienok;
- b) obmedzovanie výroby, odbytu alebo technického rozvoja na úkor spotrebiteľov;
- c) uplatňovanie nerovnakých podmienok voči obchodným partnerom pri rovnakých plneniach, čím ich v hospodárskej súťaži znevýhodňujú;

koch 20. stor. v Nemecku. Jeho východiskom „boli skôr hodnoty humanistické ako čisto ekonomické, zamerané na maximálnu efektívnosť, ...“¹² Ordoliberalizmus požadoval pri akceptovaní vhodnosti trhového mechanizmu vytvorenie právne inštitucionálneho poriadku, v ktorom sa spája nezasahovanie štátu do trhových procesov so zaručením existencie voľnej trhovej konkurencie, a to aj za cenu štátnej intervencie (napr. zabránením vzniku monopolov a pod.).¹³ Základnou chránenou hodnotou sa tak stáva sloboda jednotlivca, zosúladenie slobody a poriadku.¹⁴ Štát vystupuje ako garant vytvorenia a udržiavania tohto poriadku. Konceptia ordoliberalizmu sa stáva aj základom sociálnej trhovej ekonomiky, akceptovanej napr. aj našou ústavou.¹⁵

Konceptia generálnych klauzúl, na ktorej je vybudovaná právna úprava dohôd obmedzujúcich súťaž i zneužívania dominantného postavenia, vytvára priestor na interpretáciu všeobecných pojmov v duchu prevládajúcich ekonomických teórií, a to bez zmeny základnej právnej úpravy. Netreba azda pripomínať, že práve v súťažnom práve úzko spätom s ekonomickým prostredím, má smer ekonomického myslenia rozhodujúci význam nielen pri interpretácii základných pojmov skutkovej podstaty, ale aj pri formulácii základného cieľa súťažnej politiky, ktorý interpretáciu relevantných pojmov priamo a zásadne ovplyvňuje.

Kým počiatky jurisprudencie ESD i rozhodovacej praxe Európskej komisie boli veľmi citeľne ovplyvnené ordoliberalistickým prúdom ekonomického myslenia s akcentovaním individuálnej ekonomickej slobody ako hlavného cieľa súťažnej politiky¹⁶, vývoj po roku 2000 prináša éru tzv. ekonomizácie ochrany súťaže.¹⁷ Ochrana hospodárskej súťaže sa už nepovažuje za cieľ sám osebe. „Súťaž chápaná ako prostriedok na zvýšenie spotrebiteľského blahobytu a efektívnej alokácie zdrojov, ...“¹⁸ vedie rozhodovaciu prax pri aplikácii súťažných predpisov k väčšiemu dôrazu „na posilňovanie hospodárskej efektivity a spotrebiteľského blahobytu“.¹⁹

V priemete na rozhodovaciu prax v EÚ to znamená, že pri nezmenenej právnej úprave v Zmluve o ES (ďalej ZES)/Zmluve o fungovaní EÚ (ďalej ZFEÚ) sa rozhodovanie presúva od pôvodne prevládajúceho formalizmu k sofistikovanej mikroekonomickej

d) podmieňovanie uzatvárania zmlúv prijatím dodatočných záväzkov, ktoré svojou povahou alebo podľa obchodných zvyklostí nesúvisia s predmetom týchto zmlúv.“

¹² PETR, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužívaní dominantního postavení v ČR*. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, s. 9.

¹³ Wikipedia. <https://sk.m.wikipedia.org>. Vymedzením charakteristických znakov ordoliberalizmu sa zaoberajú mnohé publikácie, napr. PETR, M. a kol. *Zakázané dohody a zneužívaní dominantního postavení v ČR*. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, s. 9-10; MUNKOVÁ, J. – SVOBODA, P. – KINDL, J. *Soutěžní právo*. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 21, ŠMEJKAL, V. *Soutěžní politika a právo Evropské unie 1950-2015. Vývoj, mezníky, tendence a komentované dokumenty*. Praha : Leges, 2015, s. 87; o citovaný prameň sme sa opreli z dôvodu jeho dostupnosti širšej odbornej verejnosti.

¹⁴ To je citeľné aj pri sémantickom výklade pojmov „ordo“ (poriadok) a „liberalizmus“ (sloboda).

¹⁵ Wikipedia. <https://sk.m.wikipedia.org>.

¹⁶ ŠMEJKAL, V. *Soutěžní politika a právo Evropské unie 1950-2015. Vývoj, mezníky, tendence a komentované dokumenty*. Praha : Leges, 2015, s. 226-227.

¹⁷ Tamže, s. 189.

¹⁸ Tamže, s. 227 (British Airways).

¹⁹ Tamže, s. 227.

analýze ako základu rozhodnutia o predpokladaných dôsledkoch posudzovaného konania (tzv. effect-based approach).²⁰

Na porovnanie formalistického a ekonomického prístupu v rozhodovacej praxi môže poslúžiť napr. judikát vo veci INTEL²¹. V tomto prípade posudzovala Komisia pri aplikácii čl. 102 ZFEÚ predovšetkým otázku zliav za exkluzivitu zakladajúcich zneužitie dominantného postavenia na trhu, pričom rozhodovala nielen na základe formálno-právnych znakov, ale aj na základe testu rovnako efektívneho konkurenta. INTEL založil svoju obranu proti tomuto rozhodnutiu Komisie na tom, že „Komisia dostatočne nepreukázala spôsobilosť zliav vylúčiť hospodársku súťaž v konkrétnom prípade a nevykonala za týmto účelom zodpovedajúcu analýzu trhu“.²² Všeobecnému súdu, ktorý prípad posudzoval na základe žaloby INTELu, stačila na jeho uzavretie len formálno-právna analýza.²³ S odkazom na rozsudok Hoffman-La Roche (85/76) zdôraznil, že „zľavy za exkluzivitu nemajú objektívne ospravedlnenie, zakladajú zneužitie dominantného postavenia bez toho, aby bolo treba dokazovať opak pomocou ekonomických analýz“.²⁴

S týmto záverom sa nestotožnil Súdny dvor EÚ (ďalej SDEÚ), ktorý napadnuté rozhodnutie všeobecného súdu preskúmal a v konečnom dôsledku ho zrušil, pričom sa priklonil k „potrebnosti analýzy ekonomických dosahov konania dominantného podniku v prípadoch exkluzívnych rabatov“.²⁵ Rozsudok SDEÚ zo dňa 6. 9. 2017 vo veci INTEL vedie k záveru, že „s argumentom o protisúťažnej podstate exkluzívnych rabatov súťažné úrady pravdepodobne nevystačia“.²⁶ „Mali by ... skúmať schopnosť exkluzívnych rabatov dominantanta uzavrieť trh, t. j. analyzovať ekonomické dopady takéhoto konania.“²⁷ SDEÚ súčasne potvrdil, že prípadné negatívne dopady exkluzívnych rabatov možno ospravedlniť pozitívnymi výhodami v zmysle zvýšenia efektívnosti, z ktorej majú prospech spotrebiteľia.²⁸ Dôkazné bremeno pri preukazovaní týchto argumentov má však dominantný podnik.

Ekonomický prístup k posudzovaniu zneužívania dominantného postavenia by však v žiadnom prípade nemal predstavovať krajnosť nemajúcu oporu v platnej právnej úprave a vo väčšine prípadov aj v ustálenej judikatúre SDEÚ.²⁹ Zároveň by eufória z ekonomického prístupu nemala znamenať ani absolutizáciu efektívnosti ako jediného kritéria posudzovania možného protisúťažného správania. „Rovnako, zdôraznenie spotrebiteľského prospechu ako kritéria v hodnotení dominantného postavenia i jednotlivých proti-

²⁰ Tamže, s. 189.

²¹ Prípád C-413/14 P.

²² ŠMEJKAL, V. – DUFKOVÁ, B. *Průvodce aktuální judikaturou Soudního dvora EU k ochraně hospodářské soutěže*. Praha : UK, Právnická fakulta 2015, s. 125.

²³ Tamže, s. 125.

²⁴ Tamže, s. 125.

²⁵ BROUČEK, M. Rozsudek SDEU ve věci Intel-první dojmy, *Antitrust* 3/2017, s. 89.

²⁶ Tamže, s. 90.

²⁷ Tamže, s. 90.

²⁸ Tamže, s. 91.

²⁹ KALESNÁ, K. Zneužívania dominantného postavenia – právna úprava a prístupy k jej aplikácii. In PATAKYOVÁ, M. *Efektívnosť právnej úpravy ochrany hospodárskej súťaže – návrhy de lege ferenda*. Bratislava : UK, Právnická fakulta, 2017, s. 33, BEHRENS, P. The Continuing Relevance of Ordoliberal Thinking in European Competition Policy and Law. *Antitrust* 4/2015, s. 104, 112.

súťažných praktík by nemalo opomenúť, že záujmy spotrebiteľa chráni aj samo zachovanie súťažného prostredia, pretože je to v konečnom dôsledku práve súťaž, ktorá pre neho vytvára možnosť voľby medzi rôznymi súťažnými ponukami.³⁰

To si ostatne uvedomuje aj SDEÚ, ktorý svojím rozhodnutím vo veci INTEL nepredjudikoval, že správanie INTELU je súťažne konformné; žiadal len preskúmať jeho ekonomický dosah práve z hľadiska vplyvu na hospodársku súťaž. To zároveň ukazuje, že je zlučiteľné posúdenie ekonomických dopadov potenciálne protisúťažného správania so zachovaním základného cieľa súťažného práva, ktorým je a mala by aj zostať ochrana hospodárskej súťaže.

3. Digitálna ekonómia³¹

Aktuálnou výzvou nielen pre ordoliberalný prístup k aplikácii, ale aj pre samotné súťažné právo je „nová ekonómia“, ktorú charakterizuje „rýchla inovácia a technologická zmena, ako sú elektronické komunikácie, softvér, počítačový hardvér, internetové vyhľadávače (search engines), internetový obchod, sociálne médiá, biotechnológie a kozmický priestor.“³²

Pre digitálnu ekonómiu je typická:

- vysoká miera úspor z rozsahu (returns to scale),
- sieťové externality,
- úloha dát.³³

Vysokú mieru úspor z rozsahu síce nemožno považovať za fenomén, ktorý by klasická ekonómia nepoznala, avšak digitálna ekonómia ženie tento aspekt do extrémnej polohy vyúsťujúcej do „významnej súťažnej výhody pre incumbentov“.³⁴ Sieťové externality spôsobujú, že atraktivnosť technológie alebo služby vzrastá s narastajúcim počtom užívateľov. Inými slovami, hodnota platformy pre každého užívateľa rastie s počtom iných osôb, ktoré užívajú platformu.³⁵ Dôsledkom toho je, že na presadenie na tomto trhu nestačí ponúknuť lepšiu kvalitu a nižšiu cenu, ale treba zároveň presvedčiť užívateľov incumbentu, aby prešli k týmto novým službám.³⁶ Súťaž na trhu sa tak presúva do polohy súťaže o trh.³⁷

³⁰ KALESNÁ, K., dielo cit. v pozn. č. 29, s. 33.

³¹ Z domácej spisby k tomu pozri: MAZÚR, J. – PATAKYOVÁ, M. T. *Facebook - Global Issue without (Existing) Solution?* In Globalization and its Socio- Economic Consequences: Proceedings. 1. vyd. Žilina : Žilinská Univerzita v Žiline, 2018, s. 2298-2306. ISBN 978-80-8154-249-7. (https://globalisation.uniza.sk/wp-content/uploads/2018/12/proceedings_globalisation_2018_part_5.pdf), MAZUR, J. – PATAKYOVÁ, M. T. *Regulatory Approaches to Facebook and Other Social Media Platforms: Towards Platforms Design Accountability.* Masaryk University Journal of Law and Technology. Vol. 13, No. 2 (2019), s. 219-242. (<https://journals.muni.cz/mujlt>).

³² JONES, A. – SUFRIN, B. *EU Competition law.* Oxford : University Press 2016, s. 48.

³³ CRÉMER, J. – MONTJOYE, Y.-A. – SCHWEITZER, H. *Competition Policy for the Digital Era, Final report, Executive Summary.* EU, 2019, s. 2.

³⁴ Tamže.

³⁵ JONES, A. – SUFRIN, B., cit. dielo v pozn. č. 32, s. 48.

³⁶ Dielo cit. v pozn. č. 33, s. 2.

³⁷ JONES, A. – SUFRIN, B., cit. dielo, s. 49.

Moderná technológia umožňuje spoločnostiam pôsobiacim na digitálnych trhoch „zbierať, uskladiňovať a používať veľké množstvá dát“. „Dáta sú nielen kľúčovou zložkou umelej inteligencie, ale aj rozhodujúcim vstupom (inputom) mnohých on-line služieb, výrobných postupov a logistiky. Schopnosť využiť dáta na vývoj nových, inovatívnych služieb a výrobkov je súťažným parametrom, ktorého relevancia bude stále rásť.“³⁸ Rozhodujúcim súťažným parametrom v novej digitálnej ekonomii tak už nie je cena, ale inovácie. Nie je pritom jednoduché konkurovať, či dokonca zaujať pozíciu veľkých digitálnych hráčov (incumbentov), ktorí sa, ako vidno zo skúseností, často podieľajú na protisúťažných praktikách.³⁹

Súčasťou novej ekonomie sú dvoj- a viacstranné trhy, často označované ako platformy.⁴⁰ Dospelá neexistuje jednoznačná definícia digitálnej platformy, možno však povedať, že „digitálna platforma zahŕňa nástroje, založené na technológii, ktoré uľahčujú výmenu/obchod (exchange) medzi rôznymi skupinami – napr. koncovými užívateľmi a výrobcami, ktorí sa nevyhnutne nemusia poznať“.⁴¹

Posledné obdobie charakterizuje prudký rozvoj mnohostranných on-line trhov/platformí, ako sú rôzne internetové vyhľadávače (search engines), porovnávacie obchodné služby, sociálne siete a pod.⁴² Medzi nimi sa spravidla rozlišujú transakčné a netransakčné trhy.⁴³ „Na transakčnom trhu platforma spája užívateľov z každej strany a umožňuje im vstupovať do vzájomných transakcií,“⁴⁴ ako napr. Airbnb, platobné karty⁴⁵. „Na netransakčnom trhu dve strany nevstupujú do vzájomnej transakcie, ... zariadenie platformy sa poskytujú zadarmo užívateľom jednej strany, ktorí vstupujú do vzájomných interakcií, ale niet priamej transakcie medzi užívateľmi a inzerentmi na druhej strane, ktorí využívajú ich dáta.“⁴⁶

Je nepochybné, že digitálny trh sa stáva pre súťaž novou výzvou. Neexistuje však zhoda názorov v tom, či je antitrustová intervencia na týchto trhoch vôbec potrebná. Jeden názorový prúd argumentuje, že súťažné právo musí zachovať inovačné podnety firiem pôsobiacich na digitálnych trhoch, pričom je potrebné modifikovať súťažné pravidlá tak, aby vyhovovali dynamike tu prebiehajúcich súťažných procesov.⁴⁷ Opačný názor odmietajúci antitrustovú intervenciu vychádza z rýchlosti technologickej inovácie, ktorá spolu s nízkymi bariérami vstupu znemožňuje dlhodobo si udržať postavenie trhovej sily.⁴⁸

³⁸ Dielo cit. v pozn. č. 33, s. 2. (Executive summary).

³⁹ Tamže, s. 3.

⁴⁰ JONES, A. – SUFRIN, B., cit. dielo, s. 49

⁴¹ GERADIN, D. What should EU competition policy do to address the concerns raised by the Digital Platforms market power? s. 1.

⁴² JONES, A. – SUFRIN, B. cit. dielo, s. 49.

⁴³ Tamže.

⁴⁴ Tamže.

⁴⁵ Tamže.

⁴⁶ Tamže, s. 49.

⁴⁷ Tamže, s. 49.

⁴⁸ Tamže, s. 50. Napr. starší vyhľadávač YAHOO bol nahradený Googlom (GERADIN, D., cit. dielo, s. 2).

Základnou úlohou súťažných orgánov vynucujúcich súťažné právo je „rozlíšiť protisúťažné praktiky, ktoré poškodzujú spotrebiteľský blahobyť, od praktík, ktoré síce môžu byť obchodne agresívne, avšak podnecujú súťaž a inováciu.“⁴⁹ Európske súťažné právo sa za viac ako 60 rokov vývoja a existencie osvedčilo ako spoľahlivý nástroj ochrany súťaže v rôznych trhových štruktúrach. Komisia je presvedčená, že súťažné pravidlá zakotvené v čl. 101 a 102 ZFEÚ naďalej predstavujú dostatočne flexibilný nástroj ochrany súťaže aj v digitálnej ére.⁵⁰ Nové podmienky nastolené digitálnou revolúciou však vyžadujú nový prístup k vynucovaniu súťažného práva, jeho etablovaných princípov i výkladu základných pojmov.⁵¹ To sa týka napr. štandardu spotrebiteľského blahobytu, kde protisúťažné praktiky dominantných platforiem majú podliehať zákazu bez zreteľa na to, že nie je možné presne kvantifikovať ich negatívny dosah na spotrebiteľský blahobyť.⁵²

Rovnako sa mení aj prístup k vymedzeniu relevantného trhu, ktorého hranice nie sú natoľko jasné ako v klasickej ekonómii⁵³, a preto môže byť problematické jeho presné vymedzenie. Práve z týchto dôvodov správa Komisie o súťažnej politike v digitálnej ére navrhuje klásť menší dôraz na definíciu trhu a, naopak, väčší dôraz na identifikáciu protisúťažných praktík.⁵⁴ Veľkú pozornosť venuje správa Komisie aj určeniu trhovej sily, ktorá sa v oblasti platforiem často nazýva „sprostredkovacou silou“ (intermediation power). Určenie trhovej sily by podľa nej malo vychádzať v každom jednotlivom prípade z analýzy dát dostupných predpokladanému dominantovi a, naopak, nedostupných jeho konkurentom, napr. firmám prichádzajúcim na trh.⁵⁵ Rozdielnosť prístupu k dátam a jeho udržateľnosť zakladá totiž nepochybnú súťažnú výhodu dominantného podniku.⁵⁶

Správa sa zaoberá aj otázkou dôkazného štandardu a dôkazného bremena vo väzbe na preukázanie protisúťažného charakteru skúmanej praktiky. V prípade potenciálne protisúťažného správania by dominantná platforma mala preukázať opak, teda súťažne konformný charakter svojho správania.⁵⁷

Nezanedbateľnou súčasťou správnej antitrustovej intervencie na digitálnych trhoch je aj dizajn prostriedkov nápravy slúžiacich na obnovu a zachovanie súťažného prostredia. Hoci štrukturálne prostriedky nápravy sa často považujú za krajné riešenie, v niektorých prípadoch zrejme budú výhodnejším nástrojom spoľahlivého riešenia prípadu.⁵⁸ Napríklad postavenie Google, ktorý pôsobí ako vertikálne integrovaný subjekt, ktorý bol obvinený z aplikácie diskriminačných vyhľadávacích algoritmov v prípade Google

⁴⁹ GERADIN, D. cit dielo, s. 2.

⁵⁰ Dielo cit. v pozn. č. 33, Executive summary, s. 3.

⁵¹ Tamže.

⁵² Tamže.

⁵³ Tamže, s. 3-4.

⁵⁴ Tamže.

⁵⁵ Tamže, s. 4.

⁵⁶ Tamže, s. 4.

⁵⁷ Tamže.

⁵⁸ GERADIN, D., cit. dielo, s. 5.

Search/Shopping, sa dá skôr riešiť separáciou všeobecného vyhľadávania od vlastnej služby, teda štrukturálnou sankciou ako behaviorálnymi opatreniami.⁵⁹

Z inštitucionálneho hľadiska treba spomenúť osobitne dĺžku konania pred orgánom ochrany hospodárskej súťaže, resp. samotnou Komisiou. Hoci dynamika vývoja digitálnych trhov by si vyžadovala rýchly zásah, rozhodovacia prax spravidla potrebuje oveľa dlhší čas, kým konanie dospeje do štádia vydania rozhodnutia. Ako uvádza D. Geradin, je ťažké pochopiť, prečo niektoré konania môžu trvať aj viac ako päť rokov.⁶⁰ Vzhľadom na odbornú náročnosť posudzovaných prípadov by bolo možné azda v záujme urýchlenia konania uvážiť aj širšie zapojenie dátových špecialistov,⁶¹ či vybudovanie osobitných IT oddelení v rámci súťažných orgánov.⁶²

Osobitným problémom, ktorý prináša digitalizácia ekonomiky, je vzájomný vzťah medzi súťažným právom a reguláciou. Podľa autorov správy Komisie niet jednoznačnej odpovede na otázku, či je na riešenie problémov vyvolaných digitalizáciou ekonomiky vhodnejšie súťažné právo alebo regulácia.⁶³ Autori však upozorňujú, že súťažné právo ako intervencia ex post a regulácia ako intervencia ex ante nemusia byť v substituálnom vzťahu, ale skôr sa môžu dopĺňať a využiť tak synergický efekt.⁶⁴ Zostáva dodať, že zrejmu tendenciu k autoregulácii prejavujú aj samy digitálne platformy, ktoré si vytvárajú vlastné pravidlá.⁶⁵

Komisia, vychádzajúc z recentnej rozhodovacej praxe, sa vydala cestou využitia prostriedkov súťažného práva, i keď v tejto súvislosti netreba zabudnúť ani na legislatívne riešenia.⁶⁶ Niektorí autori chápu totiž práve rozhodnutie vo veci Google Search (Shopping) ako „signál zásadnej voľby pozície súťažného práva EÚ voči konaniu veľkých on-line platforiem“.⁶⁷ I napriek tomu, že rozhodnutie Google Search Shopping vyvolalo aj rad polemických otázok, možno ho použiť aj ako dôkaz relevancie ordoliberalizmu aj na nových digitálnych trhoch. Možno ho totiž interpretovať aj ako úsilie európskeho súťažného práva držať sa svojich ordoliberalných základov, t. j. „strážiť nemonopolnú, otvorenú štruktúru trhov zabezpečujúcu každému záujemcovi slobodu súťažiť...“⁶⁸

4. Záver

Po preskúmaní základov i vývojových tendencií súťažného práva až po jeho pôsobenie v súčasnej ére digitalizácie ekonomiky sa ponúka prirodzená odpoveď na otázku

⁵⁹ Google Search Shopping, Decision of 27 June, Case AT.39740 (tamže, s. 4). K tomu pozri aj ŠMEJKAL, V. Rok od rozhodnutí Google Search (Shopping) – ochrana súťaže na tržích online platforem v obtížném hledání odpovědi na zásadní otázky. Antitrust 3/2018, s. 75.

⁶⁰ GERADIN, D., cit. dielo, s. 9.

⁶¹ Tamže, s. 10.

⁶² Tamže.

⁶³ Dielo cit. v pozn. č. 33, Executive summary, s. 4.

⁶⁴ Tamže, s. 5.

⁶⁵ Tamže, s. 6.

⁶⁶ Napr. nariadenie č. 2019/1150 o posilnení spravodlivosti a transparentnosti pre obchodných užívateľov sprostredkovateľských on-line služieb (účinnosť od 12. 7. 2020).

⁶⁷ ŠMEJKAL, V. Rok od rozhodnutí Google Search (Shopping) – ochrana súťaže na tržích online platforem v obtížném hledání odpovědi na zásadní otázky. Antitrust 3/2018, s. 77.

⁶⁸ Tamže, s. 77.

položenú v úvode. Súťažné právo vychádzajúce z ordoliberalnej koncepcie osvedčilo svoju opodstatnenosť v rôznych trhových štruktúrach vrátane digitálnych platforiem. Ani moderné technológie neznižujú aktuálnosť jeho základných cieľov a hodnôt, ako sú sloboda jednotlivca, zosúladenie slobody a poriadku, ktoré sú zlučiteľné s podporou inovácií priamo podmieňujúcich ďalší rozvoj digitálnych trhov. Prudký rozvoj umelej inteligencie⁶⁹ zároveň nabáda k akcentovaniu hodnôt humanizmu, z ktorých ordoliberalizmus vychádza a ktoré by sa mali stať garanciou jeho správnej orientácie i prevenciou možných zlyhaní.

„Zabudnite na to, že právo je «súborom platných právnych noriem». Skutočné právo je iný svet: je to intelektuálna výzva, kontext, zábava, umenie, poslanie, život...“ (<http://jinepra.blogspot.com/>. KABELE, J. Kdo dělá právo? In PŘIBÁŇ, J. – HOLLÄNDER, P. Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy. Praha : Slon, 2011, s. 235.)

Literatúra

1. BEHRENS, P. The Continuing Relevance of Ordoliberal Thinking in European Competition Policy and Law. *Antitrust* 4/2015, s. 104-112
2. BROUČEK, M. Rozsudek SDEU ve věci Intel – první dojmy. *Antitrust* 3/2017, s. 89-91
3. GERADIN, D. What Should European Competition Policy Do to Address the Concerns Raised by the Digital platforms market Power? Geradin Partners ; Tilburg law & Economics Center (TILEC); University College London-Faculty of Laws; University of East Anglia (UEA) – Centre for Competition Policy, September 30, 2018. (www.ssrn.com)
4. JONES, A. – SUFRIN, B. *EU Competition Law*. Oxford : University Press, 2016
5. KABELE, J. Kdo dělá právo? In PŘIBÁŇ, J., HOLLÄNDER, P. Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy. Praha : Sociologické nakladatelství (SLON) 2011, s. 235-241
6. KALESNÁ, K. Generálne klauzuly v súťažnom práve. *Právny obzor*, 2016, č. 2, s. 79-88
7. KALESNÁ, K. Zneužívanie dominantného postavenia – právna úprava a prístupy k jej aplikácii. In PATAKYOVÁ, M. Efektívnosť právnej úpravy ochrany hospodárskej súťaže – návrhy de lege ferenda. Bratislava, UK Právnická fakulta, 2017, s. 29-34
8. KNAP, K. Právo hospodárskej súťaže. Praha : Orbis 1973
9. KNAP, K. – MUNKOVÁ, J. – TOMSA, M. Ochrana práv a zájmov podnikateľů v hospodárskej súťaži. Ostrava : Montanex 1993
10. MAZÚR, J. – PATAKYOVÁ, M. T. Regulatory Approaches to Facebook and Other Social Media Platforms Design Accountability. *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 13, No. 2 (2019), s. 219-242
11. MAZÚR, J. – PATAKYOVÁ, M. T. Facebook-Global Issue without (Existing) Solution? In: *Globalisation and its Socio-Economic Consequences: Proceedings*. 1. vyd. Žilina : Žilinská univerzita v Žiline, 2018, s. 2298-2306
12. MUNKOVÁ, J. – SVOBODA, P. – KINDL, J. *Soutěžní právo*. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2006
13. PATAKYOVÁ, M. T. Initial Thoughts on Influence of Artificial Intelligence on Bid Rigging. In *EU Business Law Working Papers 1/2019*, Széchenyi István University, Centre for European Studies. Faculty of Law and Political Sciences, Győr
14. PETR, M. a kol. Zakázané dohody a zneužívání dominantního postavení v ČR. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2010

⁶⁹ Pozri napr. PATAKYOVÁ, M. T. Initial Thoughts on Influence of Artificial Intelligence on Bid Rigging. In *EU Business Law Working Papers 1/2019*, Széchenyi István University, Centre for European Studies. Faculty of Law and Political Sciences, Győr.

15. ŠMEJKAL, V. Soutěžní politika a právo Evropské unie 1950-2015. Vývoj, mezníky, tendence a komentované dokumenty. Praha : Leges, 2015
16. ŠMEJKAL, V. – DUFKOVÁ, B. Průvodce aktuální judikaturou Soudního dvora EU k ochraně hospodářské soutěže. Praha : UK Právnická fakulta, 2015
17. ŠMEJKAL, V. Rok od rozhodnutí Google Search (Shopping) – ochrana soutěže na trzích online platforem v obtížném hledání odpovědí na zásadní otázky. Antitrust 3/2018, s. 71-77
18. Wikipedia, <https://sk.m.wikipedia.org>.
19. ZAVADOVÁ, D. Generálne klauzuly v procese aplikácie práva. Právny obzor, 2015, 98, č. 4, s. 338-353