

Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta

Liridon Lleshi

Síťová neutralita a hospodářská soutěž

Diplomová práce

Olomouc 2018

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma „Sít'ová neutralita a hospodářská soutěž“
vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 29. 11. 2018

(Podpis autora textu)

Poděkování

Tímto děkuji JUDr. Michalu Petrovi, Ph.D., za jeho podporu, trpělivost, odborné rady a připomínky při vypracování mé diplomové práce.

Obsah

1	Úvodem	6
2	Pojem hospodářské soutěže a síťové neutrality	8
3	Internetový ekosystém a Nařízení	10
3.1	Struktura internetového ekosystému - zjednodušeně.....	10
3.2	Nařízení č. 2015/2120.....	12
4	Výklad vybraných ustanovení Nařízení optikou předpisů chránících hospodářskou soutěž	14
4.1	Úvodem.....	14
4.2	Dohody omezující výkon práv chráněných Nařízením	15
4.3	Obchodní praktiky omezující výkon práv chráněných Nařízením	18
4.3.1	Úvodem	18
4.3.2	Příklady dosavadní rozhodovací praxe u zero-ratingu	18
4.3.3	Dílčí shrnutí a závěr.....	20
4.4	Nutnost zohlednění tržního postavení ISP i CAP a Kompetentní orgán	21
4.5	Dílčí shrnutí a závěr	22
5	Problém s určením relevantního trhu	23
5.1	Relevantní trh.....	23
5.2	Základní východiska při určování relevantního trhu	24
5.2.1	Úvodem	24
5.2.2	Vícestranný charakter internetového trhu.....	25
5.2.3	Stanovení relevantního trhu pro zboží, které je poskytováno zadarmo.....	27
5.3	Způsob určení relevantního trhu	29
6	Problém s určením tržní síly	31
7	Případ Vodafone Pass.....	33
7.1	Úvodem.....	33
7.2	Přezkum Vodafone Pass učiněný ČTÚ.....	33
7.3	Přezkum v souvislostech soutěžního práva – de lege ferenda	34
7.4	Dílčí závěr.....	35
8	Essential facilities doctrine a neutralita vyhledávání	37
8.1	Úvodem.....	37
8.2	EFD v oblasti dat a internetu	40
8.3	Vyhledavač jako EF.....	41
8.4	Dílčí shrnutí a závěr	45
9	Shrnutí a závěr	47

Seznam použitých zkratek

ISP/ISPs - Poskytovatel/é internetového připojení

CAP/CAPs - Poskytovatel/é obsahu a aplikací

Nařízení/Nařízení o síťové neutralitě/Nařízení o síťové neutralitě - Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2120, kterým se stanoví opatření týkající se přístupu k otevřenému internetu

Pokyny - Pokyny k implementaci Nařízení vydané BERECem. (BEREC Guidelines on the implementation by national regulators of european net neutrality rules Riga, BEREC. 2016)

Směrnice/Rámcová směrnice - Směrnice 2002/21/ES

Zákon o elektronických komunikacích - Aktuální znění: zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích)

BEREC - The Body of European Regulators for Electronic Communications – Orgán EU, ekvivalent českého telekomunikačního úřadu na unijní úrovni (Sdružení evropských regulačních orgánů v oblasti elektronických komunikací)

ČTÚ - Český telekomunikační úřad

ČR - Česká republika

EU - Evropská unie

USA - Spojené státy americké

Síťová neutralita - Princip rovnoprávnosti přenášených dat po internetu

Otevřený internet - Termín suplující termín Síťová neutralita pro potřeby předpisů EU, ve skutečnosti je ovšem pouhým jedním projevem Síťové neutrality

SFEU - Konsolidované znění Smlouvy o Evropské unii a Smlouvy o fungování Evropské unie

OECD - Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj

1 Úvodem

Velmi očekávané Nařízení EU týkající se tzv. „Síťové neutrality“ vstoupilo v účinnost 30. dubna 2016. Toto Nařízení má za cíl chránit tzv. „Otevřený internet“, jakožto jednu z kategorií Síťové neutrality, přičemž se snaží dosáhnout rovnováhy mezi zájmy spotřebitelů (resp. koncových uživatelů) a poskytovatelů internetového připojení. **Cílem této práce je blíže přiblížit téma Síťové neutrality a Otevřeného internetu, prozkoumat průnik existujících právních předpisů v této oblasti, zejména předpisů chránících hospodářskou soutěž a prozkoumat možnosti jejich využití při ochraně materiálních i imateriálních statků a zájmů v oblasti Otevřeného internetu a vice versa.** Pozornost je věnována právní úpravě v EU a v zemích EU, v ČR, pouze v omezené míře a pro potřeby představení geneze toho kterého popisovaného institutu, je pozornost věnována i úpravě z jiných oblastí.

Úvodní kapitoly jsou věnovány pojmům Síťové neutrality, Otevřeného internetu, Hospodářské soutěže a základním termínům z těchto oblastí. V navazujících kapitolách je představen přístup, ze kterého plyne, že na Nařízení je třeba nahlížet optikou předpisů chránících hospodářskou soutěž. Další kapitoly jsou pak věnovány problémům z tohoto přístupu vyvěrajících. Zvláštní pozornost je věnována jednomu z prvních případů, kdy ČTÚ aplikoval Nařízení, případu *Vodafone pass*, na kterém je tento přístup demonstrován. Kapitola před závěrečnou je věnována doktríně zvané Essential facilities doctrine a pojmu neutralita vyhledávání, v této je demonstrováno, jak předpisy chránící samotnou podstatu Otevřeného internetu vedou k ochraně hospodářské soutěže. V práci jsou uvedeny příklady porušování Nařízení, které jsou zároveň způsobilé narušit hospodářskou soutěž a příklady porušování pravidel chránících hospodářskou soutěž, které jsou způsobilé narušit statky a zájmy chráněné Nařízením. K těmto příkladům jsou navrženy způsoby řešení za použití již existujícího regulativního rámce.

Práce tak pojednává o zvláštní aplikaci některých ustanovení Nařízení optikou norem předpisů chránících hospodářskou soutěž, které mají určité logické důsledky pro výklad a uplatňování těchto ustanovení. **V této práci jsou uváděny argumenty podporující regulatorní přístup vycházející z teze, že nejvhodnějším způsobem interpretace a aplikace pravidel Síťové neutrality (resp. Otevřeného internetu), tj. Nařízení, je podpůrné použití norem práva hospodářské soutěže.** Jedná se totiž o jediný obdobný nástroj, který je schopen realizovat ochranu chráněným zájmům v této oblasti, jejíž rozsah musí zahrnovat širokou paletu možných obchodních ujednání a praktik (nejen) poskytovatelů internetového připojení.

Výše nastíněný přístup s sebou přináší jisté otázky, se kterými je nutno se vypořádat, jako např. (i) způsob určení relevantního trhu a (ii) způsob určení tržní síly zkoumaných podniků. Cílem této práce je se s těmito otázkami vypořádat. Cílem práce není argumentace znějící ve prospěch či neprospěch zajištění Síťové neutrality (resp. Otevřeného internetu) skrze zvláštní právní předpisy, odlišné od existujících, jelikož tato práce vychází z faktu, že ochrana Otevřeného internetu, jakožto kategorie Síťové neutrality, již byla stanovena jako samostatný regulační cíl. Vytyčení regulačních cílů chránit nebo nechránit statky a zájmy v této oblasti je vždy opřeno o velkou dávku politické vůle zákonodárce, není neutrální, proto se úvahami o tomto práce zabývá v pouze omezené míře.

Tato práce vychází z právního stavu k listopadu 2018. Legislativní iniciativy jsou v této oblasti velice časté, a to jak ve smyslu hard-law¹, tak velkým významem i soft-law². Rozšiřování nových forem internetového provozu a paralelního vývoje internetového ekosystému, charakterizované neustále rostoucím provozem na síti, diverzifikací požadavků na služby a aplikace a více transakcí na maloobchodní i velkoobchodní úrovni jsou skutečnosti, které významně ovlivňují aktuálnost obsahu této práce.

V této práci není naneštěstí brán ohled na nový **návrh směrnice EU o autorském právu**³, navrhované znění této směrnice je velice způsobilé pokrýt digitální trh⁴, nicméně finální znění k datu psaní této práce nebylo přijato, posouzení dopadů této směrnice by bylo založené na velké míře spekulace a podrobnější rozbor této problematiky by zasluhovalo samostatnou práci.

¹ Nařízení, Směrnice, Zákon o elektronických komunikacích, publikovaná rozhodnutí regulačních orgánů EU i jednotlivých členských států a další

² Pokyny, Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže (97/C 372/03) a další

³ Návrh směrnice evropského parlamentu a rady č. 2016/0280 (COD), o autorském právu na jednotném digitálním trhu

⁴ Viz např. PODLEŠÁK, Václav. *Rozporuplný zákon EU o autorském právu prošel první instancí*. [online] reflex.cz, 20. června 2018 [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: <<https://www.reflex.cz/clanek/zpravy/88005/rozporuplny-zakon-eu-o-autorskem-pravu-prosel-prvni-instanci.html>>.

2 Pojem hospodářské soutěže a síťové neutrality

Pojem hospodářské soutěže není třeba dalekosáhle představovat, hospodářskou soutěž lze obecně charakterizovat jako úsilí subjektů nabízejících určité zboží a/nebo služby za účelem oslovení spotřebitelů a dosažení zisku, a to v takovém prostředí, kde o to samé s ním soupeří jiný subjekt. Záměrem předpisů chránících hospodářskou soutěž je, aby si tyto subjekty konkurovaly podle stanovených pravidel, které mají zajistit rozmanitější nabídku zboží a služeb a jejich nižší cenu a zároveň vyšší kvalitu (ideálně)⁵. Politika a předpisy chránící hospodářskou soutěž jsou pak nástrojem, kterým se stabilizují podmínky tržního prostředí, které mají za cíl zajistit, že trh bude řádně fungovat a spotřebitelé budou moci využívat výhod volného trhu⁶.

Pojem Síťová neutralita ovšem nutně blíže je představit. Prvně tento pojem představil profesor právnické fakulty Kolumbijské univerzity v New Yorku Tim Wu v roce 2003⁷, definoval jej jako **fundamentální princip vyjadřující způsob provozu a přenášení dat po internetu tak, že se všemi daty má být zacházeno stejně, bez diskriminace, bez omezení nebo narušování a bez ohledu na odesílatele či příjemce, bez ohledu na přístupovaný či šířený obsah, na používané či poskytované aplikace a/nebo služby nebo na použité koncové zařízení**⁸. Od svého vzniku internet bez nutnosti regulace fungoval víceméně⁹ na principu Síťové neutrality, nabízí se proto otázky (i) co má Síťová neutralita chránit?; (ii) proč se jeví potřebné regulovat zajištění tohoto principu nyní a do budoucna?

⁵ EVROPSKÁ KOMISE (Generální ředitelství pro komunikaci). *Politiky Evropské unie: Hospodářská soutěž*. 3. Vydání. Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2016, str. 3

⁶ EVROPSKÁ KOMISE (Generální ředitelství pro komunikaci). *Politiky Evropské unie: Hospodářská soutěž*. 3. Vydání. Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2016, str. 3

⁷ WU, Tim a kolektiv., *Network Neutrality, Broadband Discrimination*. New York, Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, 2003, str. 141

⁸ Aktuální znění: Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2120 kterým se stanoví opatření týkající se přístupu k otevřenému internetu. Čl. 3

⁹ Srov. např.: KARR, Timothy. *Net Neutrality Violations: A Brief History*. [online] freepress.net, 24. ledna 2018 [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: <<https://www.freepress.net/our-response/expert-analysis/explainers/net-neutrality-violations-brief-history>>.

K ad (i). Předpisy o Síťové neutralitě mají značný přesah do předpisů o ochraně hospodářské soutěže, ta se nicméně zaměřuje především na ochranu převážně materiálních zájmů soutěžitelů a spotřebitelů¹⁰, zatímco předpisy o Síťové neutralitě mají za cíl chránit i jiné, převážně imateriální statky a zájmy. V odborné literatuře se lze nejčastěji setkat s následujícími: (i) dosažení spravedlivého přístupu v možnosti poskytovat a získávat informace¹¹; (ii) volný a otevřený internet podporuje inovace¹²; (iii) volný a otevřený internet chrání svobodu projevu¹³; (iv) volný a otevřený internet pomáhá předcházet nekalým a diskriminačním cenovým praktikám poskytovatelů internetového připojení.

K ad (ii). S postupným vývojem a růstem ekonomické, resp. tržní, síly některých článků pomyslného „internetového ekosystému“ (viz kapitola 3.), vzniká snaha těchto článků dosavadní model pozměnit ve svůj prospěch¹⁴ (viz body 5.2 a 5.3). **Tato snaha může vést k tomu, že si některé články internetového ekosystému zjednaří konkurenční výhodu tak signifikantní, že jim jiné články nebudou moci efektivně konkurovat, což může vést k pokřivení hospodářské soutěže a k zásahu do statků a zájmů chráněných jak předpisy chránících hospodářskou soutěž, tak předpisy chránících oblast Síťové neutralitě (resp. Otevřeného internetu).** Předpisy zajišťující princip Síťové neutrality tak nejsou řešením, které hledá problém¹⁵, ale jsou snahou o předejití problému, u kterého je důvodná obava, že může nastat a mít velmi neblahé dopady na koncové uživatele, proto se zákonodárci po celém světě snaží přeformovat princip Síťové neutrality do právních předpisů¹⁶. V EU je takovým předpisem právě již zmiňované Nařízení, kterému je věnována část následující kapitoly.

¹⁰ KINDL, Jiří, MUNKOVÁ, Jindřiška. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže*. Praha: C. H. Beck, 2016, s. 13.

¹¹ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2120 kterým se stanoví opatření týkající se přístupu k otevřenému internetu. Úvodní a 6. odstavec recitálu

¹² tamtéž

¹³ Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a výboru regionů KOM (2011) v konečném znění. Téma: *Otevřený internet a neutralita sítí v Evropě*

¹⁴ BEREC. *Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality*. Riga, BEREC 2012.

¹⁵ Takto bývají předpisy o síťové neutralitě posměšně označovány jejími odpůrci, srov. např.: BRENNER, Daniel. *Net Neutrality: A Solution In Search Of A Problem*. [online]. Forbes.com 25. září 2012 [cit. 15. července 2018]. Dostupné na: < <https://www.forbes.com/sites/ciocentral/2012/09/25/net-neutrality-a-solution-in-search-of-a-problem/#65426c9b3fc5> >.

¹⁶ Viz např.: *Net neutrality by country*. [online] wikipedia.org.cz, nedatováno [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < https://en.wikipedia.org/wiki/Net_neutrality_by_country >.

3 Internetový ekosystém a Nařízení

3.1 Struktura internetového ekosystému - zjednodušeně

Pro pochopení způsobu aplikace výše zmíněného přístupu je nezbytné znát hlavní „hráče“ internetového ekosystému a způsob fungování internetu a obsahu v něm. Byť je cíleně tato kapitola velmi minimalistická a zaměřená pouze na pro tuto práci relevantní pojmy, nelze se v ní vyhnout technickému názvosloví, a tak alespoň částečná orientace v technologii, která stojí za fungováním internetu, je vhodná. Sdružení EDRI¹⁷, jehož členem je i české Iuridicum Remedium¹⁸, vydalo dokument nazvaný *Jak funguje Internet*¹⁹, který pro potřeby této práce posloužil jako zdroj kompaktních informací sdělených v této části. Hlavním zdrojem informací je Zpráva BEREC o metodách rozdílného zacházení s obsahem webu a jiných soutěžních záležitostech v rámci Síťové neutrality, dostupná v anglickém znění²⁰.

Internet je globálně propojená síť, která umožňuje uživatelům po celém světě komunikovat a sdílet informace a obsah mezi sebou. Komunikace mezi uživateli internetu probíhá na základě operačního protokolu TCP (*Transmission Control Protocol*) a IP (*Internet Protocol*), společně v tzv. "Protokolu TCP / IP". Tento protokol zajišťuje, že datové toky (např. e-mail) jsou rozděleny na jednotlivé kusy, tzv. "datové pakety", a že tyto datové pakety jsou nezávisle přenášeny prostřednictvím sítě od jednoho uživatele internetu k druhému (resp. od jednoho koncového zařízení k druhému). Datové pakety se potom spojí dohromady s původním datovým tokem, tj. s jinými datovými pakety na konci přijímače koncového zařízení, na kterém se zobrazují jako celek (např. e-mail nebo online video). Jednotlivé datové pakety lze snadno odlišit od jiných, to znamená např. to, že ISP ale i obyčejný router zvládne rozpoznat to, zda data do něj proudící jsou od jedné webové stránky či od jiné. Podle toho, z jaké stránky pochází, tak lze s tím kterým datovým paketem manipulovat (např. upřednostnit jej v doručení koncovému přijímači či zpomalit doručení, snížit kvalitu anebo úplně blokovat ten který datový paket).

¹⁷ EDRI [online].edri.org, nedatováno [cit. 15. července 2018]. Dostupné na: < <https://edri.org/> >.

¹⁸ Iuridicum Remedium [online].iure.org, nedatováno [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < <http://www.iure.org/> >.

¹⁹ VESELÁ, Zuzana, *Jak funguje Internet*. Praha, Iuridicum Remedium, 2010

Ke stažení zdarma např. na: [online].uloz.to, nedatováno [cit. 15. července 2018]. Dostupné na: < <https://uloz.to!/BBhRSmeTk/jak-funguje-internet-kniha-zdarma-pdf> >.

²⁰ BEREC. *Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality*. Riga, BEREC 2012. S 12-26

Do této globálně propojené sítě je připojeno mnoho *poskytovatelů internetového připojení* (zkráceně **ISP** – z anglického *Internet Service Provider*), jimiž jsou zejména velké nadnárodní společnosti jako je např. O2 a Vodafone, hostingová centra, nebo i ústřední orgány státní správy, jako je např. ministerstvo vnitra²¹. Pro svoji funkci, která spočívá v umožnění přístupu k internetu, jsou tito poskytovatelé v různých publikacích nazýváni *poskytovateli přístupu k internetu* (zkráceně **IAP** – z anglického *Internet Acces Provider*). Počty takto přímo připojených ISP se pohybují v ČR řádově v desítkách až stovkách²². Mnohem vyšší počet ISP představují ti ISP, které bychom mohli nazvat ISP „nižší kategorie“, které si pronajímají internetové připojení od ISP „vyšší kategorie“ zmíněných v předchozím odstavci. Cílem těchto ISP „nižší kategorie“ je minimalizace nákladů na vybudování a udržování infrastruktury, tedy kabelů, satelitů apod. Počty těchto ISP se pohybují řádově ve stovkách až tisících²³. Jsou to právě tito ISP, které ve většině případů zajišťují připojení do domácností, společností, škol apod. Toto však neznamená, že ISP „vyšší kategorie“ sami neposkytují internetové připojení přímo koncovým spotřebitelům, proto pro potřeby této práce není třeba rozlišovat mezi ISP a IAP.

Ať již informace na internet vkládáme či je z něj získáváme, např. fotky, hudbu, text nebo video, činíme tak přes nějakou webovou stránku.²⁴ Tuto webovou stránku provozuje tzv. poskytovatel obsahu a aplikací na webu (z anglického **CAP** – *Content and Applications Provider*). Těmito poskytovateli jsou např. Facebook, Google, Seznam a jiní. Tito CAPs jsou zároveň i uživateli internetu a mohou být zároveň i ISP (resp. je zcela běžné, že ISP zároveň provozuje i poskytování obsahů a aplikací na webu).

²¹ NIX.CZ. *Seznam připojených sítí*. [online].nix.cz, nedatováno [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.nix.cz/cs/networks> >.

²² Tamtéž

²³ 2351 takových to ISP – data pochází z evidence českého telekomunikačního úřadu – ČTÚ. *Evidence podnikatelů v elektronických komunikacích podle všeobecného oprávnění*. [online].ctu.cz, 18. srpna 2019[cit. 18. srpna 2018]. Dostupné na: < https://www.ctu.cz/vyhledavaci-databaze/evidence-podnikatelu-v-elektronickych-komunikacich-podle-vseobecneho-opravneni?form_build_id=form-0P_uKj_FfkKo7TMZyMq81XuWP89SR8JzN_vWfrZR2xc&form_id=evidence_podnikatelu_podle_vseobecneho_opravneni_search_form&name=&ico=&city=&street=&public_com_network=0&public_com_service=SPSI2012&private_com_service=0&territorial_scope=0&certificate_number=&search_fieldset_submit=Hledat >.

²⁴ Pojem webová stránka označuje obsah webu, jenž je dán a zpřístupněn na tzv. celosvětovou síť (tj. WWW – World Wide Web). Je to síť, kde jsou jednotlivé stránky vizualizovány díky programovacím jazykům, typu HTML, na běžných webových prohlížečích, typu Google Chrome, Internet Explorer nebo Mozilla Firefox atd., tak, abychom je mohli vidět a užívat. Něco jako „internetová stránka“ je tedy čistě terminologicky nesmysl, jelikož internet je samotný fenomén propojení, zatímco WWW je pouze způsob využití tohoto propojení.

3.2 Nařízení č. 2015/2120

Nařízení upravuje přístup k Otevřenému internetu, tj. internetu fungujícím na některých projevech Síťové neutrality, dle kterého žádná data nesmí být poskytovateli internetového připojení (ISPs) bez legitimního důvodu diskriminována vůči jiným. Nařízení oprávnilo ve svém čl. 5 BEREC k tomu, aby vydal Pokyny²⁵ pro implementaci tohoto Nařízení, určených pro národní regulátory členských zemí EU. **Kromě samotného Nařízení a jeho recitálu je tak při adekvátním výkladu norem chránící otevřený internet potřeba vycházet i z těchto Pokynů (primárně v jejich anglickém znění, ale i jejich neoficiálním českém překladu²⁶).** V následujících řádcích budou prozkoumány relevantní ustanovení Nařízení ve světle těchto Pokynů, s těmito ustanoveními bude dále pracováno v této práci.

Prvně je třeba postavit na jasno, že **pojem Otevřený internet není plně totožný s pojmem Síťová neutralita. Otevřený internet je pouze kategorií Síťové neutrality, jak je vysvětleno v následujících řádcích.**

Čl. 1, odst. 1 Nařízení stanovuje cíle Nařízení, kterým je zajištění rovného a nediskriminačního nakládání s provozem při poskytování **služeb přístupu k internetu** a zajištění souvisejících práv **koncových uživatelů**.

Službu přístupu k internetu definuje Nařízení v článku 2 jakožto veřejně dostupnou službu elektronických komunikací, která poskytuje přístup k internetu, a tím propojení s prakticky všemi koncovými body internetu, bez ohledu na použitou technologii sítě a použité koncové zařízení. Dle Rámcové směrnice je pak službou elektronických komunikací služba, která je obvykle poskytována za úplatu, která spočívá zcela nebo převážně v přenosu signálů po sítích elektronických komunikací, včetně telekomunikačních služeb a přenosových služeb v sítích používaných pro rozhlasové vysílání, s výjimkou služeb poskytujících obsah nebo vykonávajících redakční dohled nad obsahem přenášeným prostřednictvím sítí a služeb elektronických komunikací.

Zvláštní senát Nejvyššího správního soudu se zabýval²⁷ praktickým rozlišením mezi pojmy „služba elektronických komunikací“ a „služba poskytující obsah“, když určil, že služby elektronických komunikací jsou (např.) SMS zprávy, zatímco službou poskytování

²⁵ BEREC. BEREC *Guidelines on the implementation by national regulators of european net neutrality rules*, Riga, BEREC. 2016

²⁶ tamtéž

²⁷ Usnesení NS Konf. 10/2014-12, ze dne 19. srpna 2014

obsahu je (např.) zprostředkování šíření reklamy prostřednictvím SMS zpráv. Obsahem samotné služby poskytující obsah jsou pak ony SMS zprávami šířené reklamy.

Z tohoto výkladu je pak zřejmé, že službu přístupu k internetu poskytují pouze ISPs²⁸. Znamená to tedy, že když čl. 1 Nařízení hovoří o *zajištění rovného a nediskriminačního nakládání s provozem při poskytování služeb přístupu k internetu*, tak se Nařízení vztahuje pouze na činnost ISPs spočívající v rovném poskytování služby na jedné z mnoha platform elektronických komunikací, internetu. **Nařízení tak ve svém důsledku nedopadá a patrně ani nepředpokládá nerovné a diskriminační nakládání s daty ze strany CAPs. Přitom jsou to právě i CAPs, kdo mohou porušovat esenciální pravidla o Síťové neutralitě**, jak již bylo možno vidět např. v případě služby Free Basics v Indii²⁹, nebo v aktuálním rozhodnutí Evropské komise týkající se webového vyhledávače Google³⁰, které je ovšem řešeno výhradně skrze předpisy chránící hospodářskou soutěž – o tomto více v osmé kapitole. O ochraně před diskriminačním jednáním CAPs a o užití aktuálního právního rámce pro poskytování této ochrany je pojímáno v dalších částech této práce.

Dle Rámcové směrnice se pojmem **koncový uživatel** rozumí uživatel, který nezajišťuje veřejné komunikační sítě ani neposkytuje veřejně přístupné služby elektronických komunikací. **Koncovým uživatelem je tak dle této definice nejen běžný konzument obsahu a aplikací na internetu, ale i samotný tvůrce obsahu a aplikací, tedy CAP.**

²⁸ Nařízení místo pojmu ISP používá pojem „poskytovatel služeb přístupu k internetu“.

²⁹ TELECOM REGULATORY AUTHORITY OF INDIA. *Prohibition of discriminatory tariffs for data services regulations 2016*. Nové Dillí, 2016

Povšechné informace k této věci:

Free Basics je aplikací z projektu Internet.org, který založila společnost Facebook ve spolupráci dalšími technologickými společnostmi. Free Basics nabízí přístup na vybrané weby zadarmo, tedy aniž by si za to ISP účtoval spotřebovaná data. Těmito vybranými weby jsou partnerské weby projektu Internet.org, tedy takové weby, které jsou schopny nést náklady za uživateli spotřebovaná data. Nejedná se tak o přístup na internet, ale přístup pouze na velmi omezenou výšeč obsahů a aplikací filtrovanými Internet.org., jenž se tváří být internetem. Telecom regulatory authority of India (zkráceně „TRAI“ – ekvivalent tuzemského ČTÚ) ve svém rozhodnutí tuto aplikaci spolu s jí podobnými zakázal pro nesoulad s tamními předpisy chránící svobodný a otevřený internet a ohrožující statky a zájmy které chrání.

³⁰ Rozhodnutí Evropské Komise č. AT.39740 Google Search (Shopping) ze dne 27.06.2017

4 Výklad vybraných ustanovení Nařízení optikou předpisů chránících hospodářskou soutěž

4.1 Úvodem

EU se v rámci společného trhu zaměřuje na podporu účinné hospodářské soutěže. Nejen předpisy o Síťové neutralitě (resp. o Otevřeném internetu), ale i hospodářská soutěž může být, za pomoci nesprávné regulatorní aplikace Nařízení, narušena, jelikož růst tržní síly některých článků internetového ekosystému skrze některé níže uvedené instituty Nařízení, může vést ke zjednaní si protisoutěžní výhody prospívající těmto článkům natolik značné, že jim jiné články nebudou moci efektivně konkurovat. Digitální trh je rychle se rozvíjejícím trhem, samotná „klasická“ světová ekonomika se totiž prudce digitalizuje³¹, není tak divu, že i na digitálním trhu se čím dál více promítají předpisy chránící hospodářskou soutěž, i soutěž na tomto trhu je totiž nepochybně potřeba takto chránit. Taková přímá ochrana za přímého užití těchto předpisů má své místo vždy tam, kde tomu skutkové okolnosti nasvědčují. Jejich nepřímé užití (jakožto podpůrných předpisů při správném výkladu jiných předpisů) v případech, kdy je zkoumána určitá situace skutkově podobná situaci, kterou takové předpisy za běžných okolností řeší, která však takovým jiným předpisem upravena není, má v právním řádu své místo zajisté také. **O tom, že užití předpisů chránících hospodářskou soutěž je při aplikaci předpisů chránících Otevřený internet nutné, svědčí následující.**

Čl. 3, odst. 2 stanoví, že Dohody mezi poskytovateli služeb přístupu k internetu a koncovými uživateli o obchodních a technických podmínkách a vlastnostech služeb přístupu k internetu, jako je cena, objem dat nebo rychlost, a veškeré obchodní praktiky poskytovatelů služeb přístupu k internetu neomezují výkon práv koncových uživatelů stanovených v odstavci 1. Bod 7 Recitálu pak stanoví, že *„Za účelem výkonu svých práv na přístup k informacím a obsahu a jejich šíření a na využívání a poskytování aplikací a služeb podle svého vlastního výběru by měli mít koncoví uživatelé možnost se dohodnout s poskytovateli služeb přístupu k internetu na tarifech za konkrétní objemy dat a rychlosti služeb přístupu k internetu. Tyto dohody, jakož i jakékoli obchodní praktiky poskytovatelů služeb přístupu k internetu, by neměly omezovat výkon těchto práv a obcházet tak ustanovení tohoto nařízení týkající se zajištění přístupu k otevřenému internetu.*

³¹ Viz např.: EVROPSKÁ KOMISE. *Strategie pro jednotný digitální trh v Evropě (COM/2015/0192)*. [online] eur-lex.europa.eu, 6. května 2016. [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192> >.

Dohody i obchodní praktiky ve smyslu Nařízení jsou popsány níže, bod 7 Recitálu k Nařízení pak stanoví, jaká kritéria se při posuzování souladnosti dohod a obchodních praktik s Nařízením aplikují.

*Vnitrostátní regulační a jiné příslušné orgány by měly mít pravomoc zasahovat v případě dohod či obchodních praktik, které z důvodu svého rozsahu vedou k situacím, v nichž je možnost volby pro koncové uživatele v praxi podstatně omezena. Za tímto účelem by posouzení dohod a obchodních praktik mělo mimo jiné zohledňovat **postavení každého z těchto poskytovatelů služeb přístupu k internetu na trhu, jakož i postavení dotčených poskytovatelů obsahu, aplikací a služeb.** Po vnitrostátních regulačních a jiných příslušných orgánech by mělo být požadováno, aby v rámci svých dohledových a vymáhacích pravomocí zasahovaly v případech, kdy by dohody či obchodní praktiky znamenaly ohrožení podstaty práv koncových uživatelů.“* Pokyny v bodě 46 upřesňují, že postavení na trhu by mělo být analyzováno v *souladu s principy soutěžního práva.*

4.2 Dohody omezující výkon práv chráněných Nařízením

Dohodami se rozumí smluvní vztahy mezi ISP a CAP jakožto koncovými uživateli, které mohou obsahovat, jak je uvedeno v Nařízení, obchodní podmínky (např. ceny), technické podmínky (např. objem dat nebo rychlost proudění dat) a jakékoli jiné parametry služby přístupu k internetu (např. omezení pro konkrétní koncová zařízení³²). Je třeba upozornit, že se bude často jednat o situaci, kdy se obchodní a technické podmínky mohou prolínat.

Co se týče dohod o některých jiných parametrech služby přístupu k internetu, jako je např. dohoda o tarifech pro konkrétní objemy dat a rychlosti služby přístupu k internetu v takových tarifech, tak taková by neměla představovat omezení výkonu práv koncových uživatelů (viz Úvodní část Nařízení, bod 7). S tímto však nelze takto paušálně souhlasit, když např. ujednání o konkrétní výši dat určené ke spotřebě pouze pro určité/ho CAPs/CAP³³ by k omezení výkonu práv koncových uživatelů vést nepochybně mohlo. Rychlost služby by pak mohla být nediskriminační pouze v případě, že by taková rychlost byla konstantní pro všechny CAPs (viz odstavec výše). Tomuto výkladu napovídá i názor sdružení BEREC, které

³² Tím může být hypoteticky to, že prohlížeč Google nebude fungovat na přístrojích Apple.

³³ Např.: FUP v datovém tarifu stanovující limit 3Gb dat na vše a 2Gb na Youtube/Facebook/SeznamTV

má za to, že práva koncových uživatelů pravděpodobně nebudou dotčena také minimálně v případech, kdy jsou podmínky (parametry) související s objemem dat a rychlostí používány bez příslušnosti k určité aplikaci (tj. že platí stejně pro všechny aplikace)³⁴. Přitom nejde o to, že by každý faktor ovlivňující možnost volby koncových uživatelů měl být nutně považován za omezování výkonu práv koncových uživatelů podle článku 3 odst. 1, **protože Nařízení rovněž předpokládá zásah nejen v případech, kdy tato omezení mají za následek podstatné snížení možnosti výběru, ale rovněž v jiných případech, které by mohly být považovány za omezení výkonu práv koncových uživatelů podle článku 3 Nařízení**³⁵.

Mezi dohody lze zařadit např. blokování obsahu³⁶, zpomalování obsahu (resp. zrychlení obsahu na úkor propustnosti sítě vůči jiným obsahům) – tzv. „throttling“/, „škrcení“³⁷, prodleva a kolísání kvality přenosu – tzv. „jittering“ a „latency“³⁸ a mnohé další.

V neposlední řadě je třeba připomenout, že Koncovým uživatelem jsou i CAPs, primárně na ně je totiž ustanovení o dohodách mířeno, mělo by totiž zabránit tomu, aby se např. *Seznam zprávy* dohodly s *T-Mobile* na tom, že *T-Mobile* jakožto ISP bude svým zákazníkům zpomalovat tok a/nebo snižovat kvalitu přenosu dat a/nebo dokonce i úplně blokovat konkurenční zpravodajské internetové televize, např. *DVTV*. V takovémto případě je patrné i nekonceptní pojetí Nařízení, kdy je negativně postihována činnost ISP za činnost, ke které byl naveden a finančně pobízen některým z CAPs, takový CAP však negativně postihován není.

³⁴ Pokyny, bod 34

³⁵ Pokyny, bod 45

³⁶ Lze i jako obchodní praktika, např. vertikální integrace ISP je pobízí k zavádění praktik diferenciací, neboť by mohly snížit konkurenční tlak na vlastní maloobchodní služby. Klasickým příkladem tohoto jednání jsou poskytovatelé mobilního internetu blokující audio(vizuální) služby přes internet (Voice over Internet Protocol – VoIP), např. služby jako je Skype, Viber, Whatsapp apod. Dle studie BEREC z roku 2012 tímto bylo ohroženo minimálně 15% a pravděpodobně až 25% koncových uživatelů – viz BEREC. *Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality*. Riga, BEREC 2012, s. 50

³⁷ Praktika, která se používá pro řízení provozu a minimalizování přetížení sítě, lze ji ovšem také použít i k zhoršení kvality (např. zpomalení, sekání se) určitého druhu datového provozu, čímž dojde k ovlivnění kvality obsahu, jako je např. audiovizuální přenos prostřednictvím internetu (tzv. video streaming), který spotřebitelům nabízí konkurenci.

³⁸ Znamé také jako *sekání se*, *prodleva*, *zpoždění* apod., jde o označení pro dobu uplynulou mezi akcí a následkem/reakcí v pozorovaném systému. Obecně nemá přílišný vliv na některé obsahy a aplikace, např. pokud se e-maily dostanou na počítač o pět minut později, než byly odeslány, nebo webové stránky, které se načítají za 4-5 sekund na místo 0.1-2 sekundy. Pro kvalitu např. videohovoru nebo online-videohry je však plynulost toku dat zcela zásadní.

4.3 Obchodní praktiky omezující výkon práv chráněných Nařízením

4.3.1 Úvodem

Obchodními praktikami jsou taková jednání, u kterých není zapotřebí konsenzu (smluvních) stran k tomu, aby měly některé obsahy a aplikace privilegované postavení vůči ostatním, ISPs je mohou diskriminovat/favorizovat jednostranně. Pokyny jako obchodní praktiku uvádějí tu nejčastěji užívanou, tzv. **zero-rating**, což je praktika, při které ISP (nejčastěji mobilní operátor, jelikož tato praktika počítá s jistým omezeným množstvím dat, která lze nahrát nebo stáhnout na/z internet/u z koncového zařízení, tj. např. mobilního telefonu) ponechá jistý obsah či jistou aplikaci k užívání zákazníkům, aniž by jim přitom tento obsah spotřebovával data. Samozřejmě užívání onoho obsahu reálně data spotřebovává, operátor je pouze nezaúčtuje do celkového objemu dat, které jejich zákazníci mají ke svému tarifu či ke své předplacené kartě k dispozici. U zero-ratingu může být obtížné rozlišit, kdy se jedná o dohodu → např. situaci, kdy CAP poskytuje ISP protiplnění za to, že je jeho obsah či aplikace poskytována bez zaúčtování spotřeby dat jeho uživateli) a kdy se jedná o obchodní praktiku → např. operátor na vlastní náklady poskytuje uživatelům jistou jimi oblíbenou aplikaci či oblíbený obsah, to pak má sloužit jako „vábidlo“ k užívání služeb tohoto operátora.

4.3.2 Příklady dosavadní rozhodovací praxe u zero-ratingu

Právě zero-rating, ať již formou dohod či obchodních praktik, je v rozhodovací praxi národních regulátorů členských zemí EU nejčtenější, ta však není příliš sjednocená.

Belgický ekvivalent ČTÚ řešil případ, kdy mobilní operátor (ISP) Proximus nabízel některým svým zákazníkům jednu ze šesti z uživatelsky nejpoblárnějších aplikací (jednalo se o Facebook, Whatsapp, Snapchat, Instagram, Twitter a Pokémon GO), kterou si zákazník vybral formou zero-ratingu. Belgický regulátor aplikoval Nařízení a dospěl k závěru, že jednání Proximuse neomezuje výkon práv koncových uživatelů. Důvodem pro toto rozhodnutí bylo, že se nejednalo o výlučnou pozitivní diskriminaci jedné aplikace, nýbrž celé jedné srovnatelné skupině aplikací podobného druhu³⁹.

Maďarský ekvivalent ČTÚ řešil paralelně velmi podobný případ jako ten Belgický, zároveň to byl první případ, kdy byl nucen aplikovat Nařízení. Jednalo se o situaci, kdy mobilní operátor, jakožto ISP, Magyar Telekom, umožňoval některým svým zákazníkům neomezený přístup k službám aplikací na přehrávání a streaming videa (to zahrnovalo více

³⁹ BELGIAN INSTITUTE FOR POSTAL SERVICES AND TELECOMMUNICATIONS (BIPT). *Report regarding the analysis of zero-rating of apps in the Proximus offers*. Brusel, BIPT, 2017

než patnáct takových aplikací) v rámci zero-ratingu, a to po celou dobu, kdy zákazníci měli nevyčerpaný jejich celkový objem dat k jejich tarifu či své předplacené kartě. V případě vyčerpání objemu dat se všechny aplikace již buď vypnuly, nebo zpomalily, ovšem aplikace TV GO (vlastněná právě Magyar Telekom) a HBO GO (nevlastněná Magyar Telekom, v rozhodnutí nejsou uváděny důvody k tomu vedoucí) zpomalovány nebyly a nadále je bylo možné používat. V tomto Maďarský regulátor spatřil pochybení nesouladné s Nařízením, jelikož dospěl k závěru, že (i) po vzoru Belgického regulátora, je sice v souladu s Nařízením pozitivně diskriminovat celou skupinu aplikací podobného druhu, ale (ii) je nesouladné s Nařízením diskriminovat dále uvnitř této skupiny, a že takovou diskriminací pak je to, když i po vyčerpání objemu dat pouze některé aplikace „běží“ nadále, zatímco ostatní nikoliv⁴⁰.

Nizozemský ekvivalent ČTÚ je ve své rozhodovací praxi možná až příliš striktní, jak ukázal v případě sporu s mobilním operátorem, společností T-Mobile (ISP). T-Mobile spustil službu se zero-ratingem, streamování hudby z různých aplikací (Deezer, Spotify, Napster a Tidal). Zanedlouho poté nizozemský regulátor společnosti T-Mobile oznámil, že bude zkoumat soulad této jejich nové služby s nizozemským zákonem o Síťové neutralitě (byť již za účinnosti Nařízení, přesto při rozhodování bylo vycházeno z národního regulačního rámce). Ve svém oznámení nizozemský regulátor prohlásil, že **nabídka společnosti T-Mobile může na první pohled vypadat velmi atraktivně pro spotřebitele, ale že v dlouhodobém horizontu je v zájmu uživatelů internetu, aby poskytovatelé žádným způsobem neovlivňovali způsob, jakým jednotlivci používají internet**. Celou službu poté zakázal s vyzněním, že zero-rating je nepřipustný a že by měl být zakázán jako celek, bez posuzování čehokoliv jiného. T-Mobile dostal pokutu činící 50.000,- EUR za každý den, s maximem 500.000,- EUR⁴¹. T-Mobile však považoval svou službu za slučitelnou s právem EU, proti rozhodnutí národního regulátora se odvolal a celá věc se dostala až k soudu. Nizozemský (okresní) soud rozhodl, že nizozemský zákon chrání Síťovou neutralitu, který kategoricky zakazuje zero-rating, se v posuzovaném případě neaplikuje, protože zákon

⁴⁰ NATIONAL MEDIA AND INFOCOMMUNICATIONS AUTHORITY (NMHH). *NMHH decision on non-discriminatory Internet. First decision of the NMHH on enforcing EU's net neutrality rules*. [online] nmhh.hu, 1. prosince 2016 [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: <http://english.nmhh.hu/article/172521/NMHH_decision_on_nondiscriminatory_Internet>.

⁴¹ AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). *ACM forces T-Mobile to stop its 'Data-free Music' service*. [online] acm.nl, 23. prosince 2016. [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: <<https://www.acm.nl/en/publications/publication/16810/ACM-forces-T-Mobile-to-stop-its-Data-free-Music-service>>.

odporuje záměrům **Nařízení, které kategorický zákaz zero-ratingu nezná**⁴². Tento přístup koresponduje s podmínkami pro určení toho, zda jde o porušení Nařízení či nikoliv, které stanovují Pokyny. Pokyny doporučují u hodnocení zohlednit: (i) cíle nařízení; (ii) tržní sílu ISP a CAP; (iii) účinky na práva koncových uživatelů pro spotřebitele a podniky; (iv) účinky na práva koncových uživatelů a také (v) rozsah praxe a existenci alternativ. Nizozemský regulátor soudní rozhodnutí respektoval a rozhodl se pro neodvolání se vůči němu⁴³.

4.3.3 Dílčí shrnutí a závěr

Z rozhodovací praxe lze vyzorovat, že (pokud již dříve nezakazovali zero-rating jako takový), národní regulátoři vnímají negativně situaci, kdy se formou zero-rating poskytuje pouze jeden produkt CAP, tato forma zero-ratingu je považována za přímé zvýhodnění tohoto CAP a jako porušení Nařízení⁴⁴. Kladně se přitom ale pohlíží na situaci, kdy je nabízeno několik obsahů a aplikací podobného využití ve skupině či jakémsi jejich shluku, a to na základě zdánlivě neutrálního ustanovení nebo kritéria, kdy se např. namísto „pouze Facebook“ se použije „všechny sociální média“. Logika tohoto přístupu spočívá zřejmě ve snaze dát možnost všem obdobným aplikacím hrát na stejném hřišti. Přístup „když už, tak všichni“ ale může způsobit, že některý CAP bude nepřímo zvýhodněn oproti ostatním. Pomyslným společným jmenovatelem u všech rozhodnutí je, že v nich není vůbec brána v úvahu tržní síla CAPs, jehož produkty jsou formou zero-rating nabízeny. **Přitom tržní síla (jakožto významný ukazatel známý z předpisů chránících hospodářskou soutěž) zde hraje důležitou roli pro zjištění souladnosti s cíli a smyslem Nařízení, pokud totiž jeden CAP zaujímá 90% jistého trhu, který je jako shluk obsahů a aplikací nabízen v rámci zero-ratingu, bez přímé diskriminace ostatních (zároveň nikoliv za absence nepřímé), dopadají výhody z toho plynoucí v nejznačnější míře jen na onen CAP, který je schopen i dlouhodobě kompenzovat činnost ISP, zároveň vzhledem k tzv. síťovým efektům – viz část 5.2.2., rozšířit či alespoň udržet svou uživatelskou základnu, zatímco CAPs s nižší tržní silou toho samého, kvůli svým finančním možnostem, schopen není.**

⁴² Rozhodnutí okresního soudu v Rotterdamu ze dne 24. dubna 2017, číslo: ECLI:NL:RBROT:2017:2940 (T-Mobile vs. ACM), odstavec 6.4 až 6.7

⁴³ AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). ACM not to appeal ruling on net neutrality. [online] acm.nl, 23. května 2017. [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: <<https://www.acm.nl/en/publications/publication/17267/ACM-not-to-appeal-ruling-on-net-neutrality>>.

⁴⁴ To je mimo jiné důvod, proč český virtuální operátor Kaktus ukončil svůj produkt, resp. datový balíček, zvaný „Facebook data nežere“ – < více na: VÁCLAVÍK, Lukáš. *Virtuál Kaktus zruší FB zdarma i zpomalené surfování. Data ale budou levnější.* [online] cnews.cz, 29. června 2017, [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na <https://www.cnews.cz/virtual-kaktus-zrusi-fb-zdarma-zpomalene-surfovani-data-ale-budou-levnejsi/> >

4.4 Nutnost zohlednění tržního postavení ISP i CAP a Kompetentní orgán

Bod 46 Pokynů mezi posuzovací kritéria pro určení toho, zda dochází k omezování výkonu práv koncových uživatelů stanovených Nařízením, mimo jiné řadí **postavení dotčených poskytovatelů internetových služeb a poskytovatelů obsahu a aplikací na trhu. Dodává, že k omezení výkonu práv koncových uživatelů dochází spíše v situaci, kdy poskytovatel internetových služeb nebo poskytovatel obsahu a aplikací má „silné“ postavení na trhu oproti situaci, kdy poskytovatel internetových služeb nebo poskytovatel obsahu a aplikací má „slabé“ postavení na trhu. Konečně, Pokyny dále přímo stanoví, že postavení na trhu by mělo být analyzováno v souladu s principy soutěžního práva.**

Vnitrostátním regulačním orgánem pro oblast elektronických komunikací na území České republiky a orgánem odpovědným za vynucování Nařízení je Český telekomunikační úřad⁴⁵. Porušením povinností stanovených Nařízením se ISP může dopustit spáchání některého z přestupků uvedených v § 118 odst. 12 písm. p) zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích⁴⁶. Za tyto přestupky pak může ČTÚ uložit pokutu až do výše 15 000 000 Kč nebo 5 % čistého obratu dosaženého za poslední ukončené účetní období⁴⁷.

Pokyny (potažmo Nařízení) zřejmě nepředpokládají výlučnost ČTÚ v záležitostech Síťové neutrality jak pojem "příslušné orgány" v 7. bodě recitálu naznačuje. Vnitrostátní regulační orgány nemusí být vždy považovány za nejvhodnější orgány způsobilé chránit statky a zájmy, k jejichž ochraně se Nařízení zavazuje. Z logiky věci (s ohledem na skutečnost, že mají být posuzována hospodářsky-právní východiska) pak plyne, že tímto úřadem má být Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále také jen jako „ÚOHS“).

⁴⁵ ČTÚ. *Zpráva ČTÚ o výsledcích sledování plnění Nařízení (EU) 2015/2120 za období od 1. května 2016 do 30. dubna 2017*

⁴⁶ Aktuální znění: Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích

⁴⁷ Tamtéž

4.5 Dílčí shrnutí a závěr

Obecně lze vycházet z toho, že předpisy chránící hospodářskou soutěž lze aplikovat nezávisle na Nařízení a naopak. Zároveň tak tedy platí, že porušení jednoho neznámá nutně i nesoulad s druhým. V některých případech předpovídáných Nařízením (zejm. u tzv. dohod a obchodních praktik) může dojít k praktické limitaci volby koncového uživatele ohledně jeho přístupu na jistý obsah či aplikaci na internetu, jinými slovy k omezení trhu a soutěže na něm. Evropský regulátor se nevydal cestou plošného zákazu takových případů, nýbrž zaujal postoj ze kterého je patrné, že se má zohledňovat tržní pozice každého (tj. každého, který hraje jistou roli u dohod a/nebo obchodních praktik) z ISPs i CAPs v tom kterém případě. Pokyny pak naznačují, že postavení na trhu by mělo být analyzováno v souladu s principy soutěžního práva⁴⁸.

Z výše v kapitole 4 uvedeného dovozují přinejmenším pomocnou roli předpisů chránících hospodářskou soutěž při aplikaci těch chránících Otevřený internetu (resp. Síťovou neutralitu). Článek 3 odst. 2, třetí pododstavec Nařízení, který odkazuje na "dohody" a "obchodní praktiky" (viz body 7 a 17 recitálu k Nařízení) je v souladu s postupem, který předpokládá použití článku 101 SFEU (zákaz proti-soutěžních dohod) spolu s článkem 102 SFEU (zákaz zneužití dominantního postavení), respektive vnitrostátních ekvivalentů těchto článků. Relevantní předpisy a výklad k nim vnášejí do aplikační praxe Nařízení povinnost posuzovat prvky známé ze soutěžního práva (hlavně určení relevantního trhu a tržní síly podniků) a stanoví, že takové prvky mají být posuzovány optikou soutěžního práva. S určením relevantního trhu a tržní síly podniků jsou však spojeny jisté obtíže, o kterých je pojednáváno v následující kapitole.

V neposlední řadě pak z relevantních předpisů a výkladu k nim je zřejmé, že u tohoto posuzování má být ingerence nejen ČTÚ ale i jiného úřadu, z logiky věci pak plyne, že tímto úřadem má být ÚOHS.

⁴⁸ Pokyny doporučují u hodnocení zohlednit: (i) cíle nařízení; (ii) tržní sílu ISP a CAP; (iii) účinky na práva koncových uživatelů pro spotřebitele a podniky; (iv) účinky na práva koncových uživatelů a (v) rozsah praxe a existenci alternativ.

5 Problém s určením relevantního trhu

5.1 Relevantní trh

Je důležité, aby se při posuzování souladu jednání ISPs a/nebo CAPs s Nařízením, na které je nahlíženo skrze optiku předpisů soutěžního práva, určil relevantní trh, který by mohl být tím kterým jednáním ovlivněn. Definice trhu je nástrojem pro stanovení a vymezení hranic hospodářské soutěže mezi podniky. Podle stávající praxe jsou definice trhu a určení tržní síly podniku v zásadě výchozím bodem u analýzy hospodářské soutěže⁴⁹. Jakmile jsou vymezeny ony hranice konkurenčních tlaků definující rozsah relevantního trhu, je možno přistoupit k posuzování otázek na to navazujících → zjištění, které zboží nebo služby si mohou skutečně nebo potenciálně konkurovat. Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže (dále také jen jako „**Sdělení 1997**⁵⁰⁵¹“) obsahuje definice relevantního výrobního trhu a relevantního zeměpisného trhu. Pro potřeby této práce je pozornost věnována pouze relevantnímu výrobnímu trhu.

Relevantním výrobním trhem se rozumí trh zahrnující všechny výrobky nebo služby, které jsou spotřebitelem s ohledem na jejich vlastnosti, ceny a zamýšlené použití považovány za zaměnitelné nebo zastupitelné⁵². Zaměnitelnost výrobku se posuzuje z pohledu spotřebitele, který určuje, zda to které zboží může být užito pro stejný, jím zamýšlený účel a zda plní stejnou či velice obdobnou funkci. Rozhodujícími faktory mohou být kvalita, cena, popř. trvanlivost apod. Hovoří se takto o zastupitelnosti, resp. zaměnitelnosti výrobku a platí, že výrobky zastupitelné jen částečně netvoří součást relevantního trhu⁵³.

⁴⁹ RAUS, David. ORŠULOVÁ Andrea., *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. Praha, Wolters Kluwer, 2014 § 2

⁵⁰ Aktuální znění: Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže (97/C 372/03) zejména body 7-9

⁵¹ Totožnou definici přebíral i český zákonodárce v zákoně č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, § 2 odst. 2

⁵² Aktuální znění: Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže (97/C 372/03) zejména body 7-9

⁵³ tamtéž

5.2 Základní východiska při určování relevantního trhu

5.2.1 Úvodem

K určení relevantního trhu je běžně užívána definice podle Sdělení 1997, pomocí které má být posouzena zastupitelnost jednotlivých výrobků jak co do poptávky, tak co do nabídky. Má tím být zjištěno, do jaké míry by byl ten který výrobek zákazníky vnímán jako způsobilý nahradit výrobek jiný. K zjištění tohoto se tradičně používá tzv. *SSNIP-test*⁵⁴, který hodnotí zejména to, zda by zákazníci přešli na snadno dostupné náhradní zboží či služby (tzv. substitut) jako odezvu na hypotetické malé, ovšem nikoliv zanedbatelné, zvýšení cen konkrétního zboží či služby zkoumaného podniku. Přechod zákazníků nastává v reakci na zvyšování ceny určitého zboží či služby o 5% až 10% (dále také jen jako „SSNIP-test“).

SSNIP-test může v zásadě fungovat v případě, že produkt nebo služby jsou k dispozici zákazníkům za úplatu. SSNIP-test tak lze bez větších obtíží aplikovat v případech, kdy ISP nabízejí holou službu připojení k internetu, protože ta je obvykle poskytována za úplatu (viz výklad v bodě 3.2). SSNIP-test lze užít i v případě, kdy CAP nabízí jistý obsah či aplikaci za úplatu, např. pokud jsou konkrétní data (obsah a aplikace) přímo prodávány zákazníkům, můžeme potenciálně hovořit o relevantním trhu.

V digitálním prostředí je ovšem zcela běžné, že obsah a/nebo aplikace je poskytován **bezplatně**. Jedním ze způsobů jak této bezplatnosti dosáhnout, je využití tzv. **dvou/vícestranných platforem**, o kterých je pojednááno dále v této kapitole. V takových případech může být určení relevantních trhů obtížné, a to jednoduše proto, že nemůže být změřena zastupitelnost mezi různými výrobky či službami, SSNIP test totiž vzhledem k zaměření na zvýšení ceny, v tomto případě nepřináší mnoho užitku. Tento klasický postup soutěžního práva je v kontextu digitálních technologií ohrožen zastaralostí, jelikož digitální obsahy a aplikace jsou často poskytovány bezplatně (ve smyslu absence placení penězi, nikoliv ve smyslu *nezištně*⁵⁵).

⁵⁴ SSNIP je akronymem pro „*Small but significant and non-transitory increase in price*“. Prvně byl v kontextu evropského práva tento test aplikován v rozhodnutí Evropské komise č. 4064/89 (IV/M. 190 - Nestlé/Perrier).

⁵⁵ Zajisté lze argumentovat tím, že jistou formou placení jsou i poskytování osobních údajů (dat) o uživatelích platformy a způsob jejich získávání, pro potřeby této práce tato problematika nebude dále podrobena rozboru.

5.2.2 Vícestranný charakter internetového trhu

Bezplatnosti pro spotřebitele je dosaženo obchodním modelem založeným na modelu tzv. **vícestranné platformy**. Definicí vícestranné platformy je mnoho. OECD ji ve studii z roku 2009⁵⁶ popsala jakožto *platformu umožňující přímou interakci mezi více typy osob, které jsou k platformě přidruženy*⁵⁷. V praxi se tak bude jednat o situace, kdy např. CAPs nabízející jistou službu zdarma svým uživatelům (např. Facebook, Bazos, Google+), při které se střetává více uživatelů na platformě onoho CAP, tito uživatelé jsou pak cílovou skupinou těm kterým inzercím různých reklamních sdělení od různých inzerentů. Zisk CAP, který svůj obchodní model založil na modelu vícestranné platformy přichází nikoliv (pouze) od běžných uživatelů, resp. spotřebitelů, ale i od jiných osob, např. takových, které platí podniku za to, že na jeho platformě mohou inzerovat reklamy na své zboží či služby a cílit nimi na běžné uživatele⁵⁸.

V jistých situacích je potřeba k tomu, aby se obsah na té které platformě uchytil, např. na sociální síti, aby se dosáhlo určitého kritického množství osob na obou stranách platformy, které zajistí dostatečný počet uživatelů platformy, a s tím související větší počet osob, na které je cílena reklama, jedná se o tzv. *síťový efekt*⁵⁹. Bez uživatelské základny nebude sociální síť přitahovat inzerenty reklam, na které se platforma spoléhá, aby ji učinila ziskovou. Nemusí se jednat pouze sociální sítě, dobrým příkladem jsou i různé inzertní servery (Bazos, Letgo apod.) O tom, že většina modelů CAP nabízených zdarma na internetu běží na modelu vícestranné platformy napovídá i zpráva BEREC o praktikách diferenciací⁶⁰. **Obecně tak lze vycházet z toho, že síťový efekt hraje důležitou roli při zjišťování relevantního trhu, nicméně je třeba jedním dechem dodat, že „existence síťových efektů nutně neposkytuje**

⁵⁶ OECD. *Two-sided markets*. Paříž. 2009

⁵⁷ Srovnej např.: HAGIU, Andrei. WRIGHTm Julian. *Multi-Sided Platforms - Working Paper*. Boston. Harvard Business School. 2011

nebo

EVANS, David S. *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*. New Haven. Yale Journal on Regulation: Vol. 20: Iss. 2, Article 4. 2003

⁵⁸ STERWALDER, Alexander. PIGEUR, Yves. *Tvorba business modelů: Příručka pro vizionáře, inovátory a všechny, co se nebojí výzev*. Praha. BizBooks 2012. s 88 a násl.

⁵⁹ To představuje takovou situaci, kdy se hodnota určitého produktu či služby zvyšuje (v případě pozitivních efektů) či snižuje (v případě negativních efektů) v souvislosti s narůstajícím počtem uživatelů. Jinými slovy „čím více uživatelů tam už je, tím je větší šance, že to přiláká i další“. – více viz SHENGLI, Li, YIPENG, Liu a BANDYOPADHYAY, Subhajyoti. *Network effects in online two-sided market platforms: A research note*. Decision Support Systems. 2010, 42(2), s. 245-249.

⁶⁰ BEREC. *Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality*. Riga, BEREC 2012. Bod 164 a násl.

novému subjektu konkurenční výhodu⁶¹, jak Tribunál SDEU bez dalšího uvedl v rozsudku Cisco Systems z roku 2013.

Judikatura Soudního dvora Evropské Unie (dále také jen jako „SDEU“) v případě Groupement des Cartes Bancaires 1⁶², stanovila, že v antimonopolní analýze musí vždy být zohledněny interakce mezi stranami ve vícestranném nastavení platformem. Literatura zabývající se vícestrannými platformami říká, že při stanovování relevantního trhu výrobků by měly být všechny strany platformy analyzovány společně, protože vynechání jedné skupiny může vést k chybám v celkovém posouzení. SSNIP test, který je ve své podstatě jednostranný (resp. zaměřený pouze na konkrétní posuzovaný podnik a jeho výrobky), by ignoroval důsledky (nepřímých) síťových efektů a vzájemné závislosti mezi jednotlivými stranami⁶³. V některé literatuře lze nalézt i názory, že SSNIP test lze aplikovat odděleně na všechny strany a tím zjistit, zda a kde pravděpodobně dochází k pokřivení trhu⁶⁴. V takovém případě by nejspíše nebylo zapotřebí SSNIP test zásadně měnit, tedy pokud by se nejednalo o trh, na kterém je zboží poskytováno zadarmo (resp. bezúplatně).

Aplikační praxe se v náhledu na posouzení všech stran vícestranné platformy vyvíjela. Jeden z neznámějších případů, kdy byla Komise nucena při zkoumání relevantního trhu reagovat na situaci vícestranné platformy, byl případ MasterCard⁶⁵. Společnost MasterCard provozovala vícestranný systém pro realizaci karetních plateb v místě prodeje. Platební systém MasterCard spotřebitelům umožňuje používat plastové karty k platebním transakcím v místě prodeje, což je nejčastěji platební terminál umístěný v provozovně. Takovýto systém zahrnuje 5 hlavních skupin účastníků: (i) zákazníci; (ii) obchodníky; (iii) provozovatele systému (v tomto případě společnost MasterCard); (iv) banky zákazníků a (v) zúčtovací banky obchodníků. Společnost MasterCard vyzvala Komisi, aby uskutečnila SSNIP test na obou stranách poptávky, a to poplatky pro držitele karty a poplatky pro obchodníky. Komise takový postup odmítla a provedla SSNIP test u všech stran. Komise

⁶¹ Rozsudek Tribunálu ze dne 11. prosince 2013, T-79/12, Cisco Systems, Inc. a Messagenet SpA v. Evropská komise, EU:T:2013:635, odst. 76.

⁶² Rozsudek SDEU číslo: C- 67/13 P. Groupement des cartes bancaires (CB) proti Evropské Komisi. bod 79 a násl.

⁶³ GURKAYNAK, Gonenc a kolektiv. *Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis*. Journal of Antitrust Enforcement. 2017, č. 5, str. 100–129.

⁶⁴ HESSE, B. Renata, SOVEN, H. Joshua. *Defining Relevant Product Markets in Electronic Payment Network Antitrust Cases*. Antitrust Law Journal. 2006, č. 2, str. 727-728.

⁶⁵ Série rozhodnutí Evropské komise č. COMP/34.579 – MasterCard, č. COMP/36.518 – EuroCommerce, č. COMP/38.580 – Platební karty pro komerční klientelu

nakonec dospěla k závěru, že tím, že společnost Mastercard stanovila minimální cenu, kterou jsou obchodníci povinni platit své zúčtovací bance za přijímání platebních karet v Evropském hospodářském prostoru (dále také jen jako „EHP“) prostřednictvím dispozitivních mezibankovních poplatků stanovených v EHP pro spotřebitelské kreditní a charge karty, porušila přepisy soutěžního práva EU.

5.2.3 Stanovení relevantního trhu pro zboží, které je poskytováno zadarmo

Podniky někdy tvrdí, že jejich produkt nebo služba by neměla být předmětem kontroly, právě protože je poskytována zdarma. Např. v rozsudku *Kinderstart vs. Google* se federální soud USA přiklonil k názoru společnosti Google, jakožto žalovaného pro porušení antimonopolních předpisů v USA, zčásti proto, že soud dospěl k závěru, že není možné mít relevantní antitrustový trh pro něco, co je dáno zdarma⁶⁶. Čínský regulační úřad ve věci vyhledávače Baidu učinil stejný argument v rozhodnutí *Renren vs. Baidu*, ten však byl odmítnut čínským soudem⁶⁷.

Ovšem i trhy výrobků, které jsou poskytovány zadarmo, mohou tvořit relevantní trhy, jak Komise ukázala např. v případě spojení společností Microsoft a Skype⁶⁸ a v jisté míře také později v případě Microsoft a Nokia⁶⁹. **V tomto případě Komise řekla, že i když většina služeb audiovizuální komunikace byla koncovým zákazníkům v zásadě k dispozici zdarma, existuje relevantní trh i pro takovéto výrobky.** V dalších případech pak Komise rezignovala nad obsáhlými úvahami o tom, zda bezplatné produkty mohou tvořit relevantní (produktový) trh a pouze vycházela ze svých předchozích závěrů, jako při spojení společností Facebook a Whatsapp⁷⁰, nebo u zkoumání porušení předpisů hospodářské soutěže při nabízení služeb online hotelových rezervací (případy označovány jako „Booking.com“)⁷¹.

⁶⁶ Federální soud USA, rozhodnutí ve věci *KinderStart.com, LLC v. Google, Inc.* (“KinderStart”), 2007 WL 831806 (N. D. Cal.)

⁶⁷ *Tangshan Renren Information Services Co.* (“Renren”) vs. Baidu, Názor lidového soudu 1. Stupně, distrikt Peking, případ č. 845/2009

⁶⁸ Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/M.6281 - MICROSOFT/ SKYPE – bod 13 a násl.

⁶⁹ Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/M.7047 – MICROSOFT / NOKIA

⁷⁰ Srovnaj např.: Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/ M.7217 – FACEBOOK/ WHATSAPP

⁷¹ EVROPSKÁ KOMISE. *REPORT ON THE MONITORING EXERCISE CARRIED OUT IN THE ONLINE HOTEL BOOKING SECTOR BY EU COMPETITION AUTHORITIES IN 2016*. Brusel, Evropská komise 2017.

V české aplikační praxi je tato situace řešena např. v případě CHAPS, kdy CHAPS spol. s r.o. (známý díky provozování portálu www.idos.cz) v období od konce roku 2010 do srpna 2015 odmítal zpřístupnit bez objektivně ospravedlnitelných důvodů aktualizované jízdni řady jinému soutěžiteli, společnosti Seznam.cz, a.s., čímž měla zneužít svého dominantního postavení. Pro společnost Seznam byly tyto aktualizované jízdni řady nezbytným vstupem pro služby, které chtěl začít poskytovat⁷².

Příklady výše uvedené se zabývaly spojováním podniků, a zneužitím dominantního postavení, kdy ze Sdělení 1997 plyne, že pokud jde o výrokový trh, postačí stanovit, patří-li výrobek A a výrobek B na stejný výrokový trh či nikoli. V takových situacích není třeba zvažovat to, zahrnuje-li trh další výrobky, nebo dělat konečný závěr o přesném vymezení výrokového trhu. **Zařazení výrobku B a výrobku A do stejného relevantního trhu často postačí pro odstranění veškerých obav o ohrožení hospodářské soutěže**⁷³.

Ve výše zmíněných rozhodnutích Komise je vidět aktuální aplikační trend, který připouští, že v některých případech není nezbytné relevantní trh vymezovat "najisto", ale postačí jeho "nejvíce pravděpodobné" vymezení, které se z důvodu aplikační obezřetnosti může krýt s možností nejužšího relevantního trhu ze všech v úvahu přicházejících; od přesného posouzení vymezení relevantního trhu, tedy od jeho vymezení "najisto", tak lze v odůvodněných případech upustit⁷⁴.

⁷² TISKOVÉ ODDĚLENÍ ÚOHS. POKUTA PRO CHAPS BYLA SNÍŽENA, PORUŠIL JEN NÁRODNÍ PRÁVO. [online]. uohs.cz, 22. ledna 2018 [cit. 22. srpna 2018]. Dostupné na: <<https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/2380-pokuta-pro-chaps-byla-snizena-porusil-jen-narodni-pravo.html>>.

⁷³ Aktuální znění: Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže (97/C 372/03) zejména body 26-27

⁷⁴ RAUS, David. ORŠULOVÁ Andrea., *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. Praha, Wolters Kluwer, 2014, § 2

5.3 Způsob určení relevantního trhu

Vzhledem k výše uvedeným charakteristikám vícestranných trhů, zejména jejich bezplatnosti pro koncové uživatele (resp. spotřebitele), se jisté zásady a způsoby známe z předpisů chránících hospodářskou soutěž stávají nepoužitelnými či nedostatečnými, nebo je potřeba, aby se změnil jejich kontext užití.

Aby to bylo možné vyřešit tento nedostatek, bude potřeba přizpůsobit SNNIP test tak, aby se dal aplikovat i na případy, ve kterých je posuzované zboží poskytováno zadarmo. Hypotetické zvýšení cen může být dle některých názorů nahrazeno tím, že se sníží kvalita služby⁷⁵. Odborná veřejnost a mezivládní organizace⁷⁷ již za tímto účelem vyvinuly koncepci tzv. **SSNDQ-testu**⁷⁸. SSNDQ-test spočívá, podobně jako SSNIP-test, v malém snížení kvality poskytovaného produktu, kdy se následně hodnotí to, zda by zákazníci přešli na snadno dostupné náhradní zboží či služby jako odezvu na toto malé, ovšem nikoliv zanedbatelné, snížení kvality konkrétního zboží či služby zkoumaného podniku. Pokud toto malé, ale trvalé zhoršování kvality podnikem poskytované služby (v případě CAP jsou to aplikace a obsahy) způsobí, že uživatelé přejdou na jiné služby (tj. že tyto služby/produkty budou mezi sebou z pohledu spotřebitele zaměnitelné), patří tyto služby/produkty na stejný trh. **Zastánci SSNDQ-testu tvrdí, že pokud jsou ceny regulovány, stanoveny nad mezní náklady, nebo je zboží či služba poskytována zcela zdarma (resp. bezúplatně), společnosti obecně soutěží buď prostřednictvím zvýšené propagační aktivity, nebo prostřednictvím zlepšení kvality.** Kvalita výrobků je spolu s cenou klíčovým konkurenčním faktorem v mnoha, ne-li většině trzích. Ekonomické teorie předpokládají, že konkurence může v závislosti na situaci zvýšit nebo snížit jakost výrobku. Rozsah, v němž existuje kvalitní hospodářská soutěž na určitém trhu, může záviset na tom, do jaké míry je zboží homogenní, nebo alternativně na cenové citlivosti spotřebitelů.

⁷⁵ Např.: snížení rozlišení videa, více reklam, delší načítání obsahu, požadování většího množství osobních informací (dat) o uživateli apod.

⁷⁶ Srovnej např.: MANIADAKI, Katerina. *EU Competition Law, Regulation and the Internet. The Case of Net Neutrality*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2015, s 161

⁷⁷ OECD. *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*. Paříž. 2013

⁷⁸ SSNDQ je nepřiliš povedeným akronymem pro „*Small but significant non-transitory decrease in quality*“

V zásadě se vychází z teze, že snížení kvality výrobků (kde cena není k tomuto snížení kvality dostatečně adekvátně snížena) může být stejně tak škodlivé pro blaho spotřebitele, jako zvýšení cen (kde kvalita není dostatečně adekvátně zvýšena). Dalším argumentem je, že podniků o zvýšení kvality výrobků je úzce spjata s inovacemi, a tím s obecnějším hospodářským růstem⁷⁹.

To, že kvalitu lze považovat v případech, kdy jsou zboží či služby poskytovány zadarmo (resp. bezplatně), jako jeden z podstatných faktorů, který může hrát významnou roli při vymezení relevantního trhu připustila i Komise, byť nepoužila SSNDQ-test při svých úvahách, v rozhodnutí týkající se fúze společností Microsoft, který kupoval Skype. Ve věci Microsoft / Skype, ve které v souvislosti se zdarma nabízenými službami Komise uvedla, že v takových případech „spotřebitelé kladou větší důraz na jiné vlastnosti a kvalita je proto významným parametrem soutěže“⁸⁰. Podobné stanovisko Komise zaujala také ve svém rozhodnutí Microsoft / Yahoo!⁸¹, když uvedla, že bezplatné internetové vyhledávače soutěží o přízeň uživatelů primárně na základě kvality výsledků vyhledávání. Následně ve věci Facebook / WhatsApp Komise uvedla kvalitu jako jeden z esenciálních faktorů, jenž ovlivňuje vymezení relevantního trhu⁸².

Je tak patrné, že SSNDQ-test se postupně dostává do rozhodovací praxe orgánů EU. SSNDQ-test ale zřejmě nebude způsobilý k tomu, aby pomocí něho byly kvantifikovány účinky snížení kvality na příjmy podniků, pouze zvládne zjistit, zda se ty které produkty nacházejí ve stejném relevantním trhu. V případě inzerentů reklam (tj. té straně vícestranné platformy, která obvykle poskytuje protiplnění - úplatu), aplikace běžného SNNIP testu zřejmě nadále možná bude v klasické podobě.

⁷⁹ OECD. *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*. Paříž. 2013

⁸⁰ Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/M.6281 - MICROSOFT/ SKYPE – bod 81 a násl.

⁸¹ Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/M.5727 – MICROSOFT / YAHOO! SEARCH BUSINESS

⁸² Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/ M.7217 – FACEBOOK/ WHATSAPP

6 Problém s určením tržní síly

Při posouzení, zda má podnik významnou tržní sílu uvnitř jistého relevantního trhu, tj. zda má „*postavení takové ekonomické síly, která mu umožňuje chovat se ve zjevné míře nezávisle na soutěžitelích, zákaznících a v konečném důsledku i na spotřebitelích*“⁸³ nabývá vymezení relevantního trhu zásadního významu, účinná hospodářská soutěž totiž může být posouzena pouze s odkazem na takto vymezený relevantní trh, jak je uvedeno ve Sdělení Komise - Pokyny k analýze trhu a posouzení významné tržní síly podle předpisového rámce EU pro sítě a služby elektronických komunikací (dále také jen jako „**Pokyny 2018**“)⁸⁴. Pokyny 2018 se ovšem zabývají pouze tím, co mají ve svém názvu, analýzou trhu a posouzením významné tržní síly v pouze dvou odvětvích, (i) v sítích elektronických komunikací⁸⁵ a (ii) službách elektronických komunikací⁸⁶⁸⁷. Nezabývají se tím, jak bude určována tržní síla pro poskytovatele obsahu a aplikací (CAP). Přesto však mají Pokyny 2018 pro oblast Síťové neutrality značný význam, protože jednou ze služeb elektronických komunikace je i služba přístupu k internetu.

⁸³ Rámcová směrnice § 14 odst. 1

⁸⁴ Aktuální znění: Sdělení komise - Pokyny k analýze trhu a posouzení významné tržní síly podle předpisového rámce EU pro sítě a služby elektronických komunikací (Text s významem pro EHP) (2018/C 159/01). Bod 24

⁸⁵ § 2 písm. h) zákona o elektronických komunikacích – „*přenosové systémy, popřípadě spojovací nebo směrovací zařízení a jiné prostředky, včetně prvků sítě, které nejsou aktivní, které umožňují přenos signálů po vedení, rádiovými, optickými nebo jinými elektromagnetickými prostředky, včetně družicových sítí, pevných sítí s komutačními okruhy nebo paketů a mobilních zemských sítí, sítí pro rozvod elektrické energie v rozsahu, v jakém jsou používány pro přenos signálů, sítí pro rozhlasové a televizní vysílání a sítí kabelové televize, bez ohledu na druh přenášené informace*“

⁸⁶ § 2 písm. n) zákona o elektronických komunikacích – „*služba obvykle poskytovaná za úplaty, která spočívá zcela nebo převážně v přenosu signálů po sítích elektronických komunikací, včetně telekomunikačních služeb a přenosových služeb v sítích používaných pro rozhlasové a televizní vysílání a v sítích kabelové televize, s výjimkou služeb, které nabízejí obsah prostřednictvím sítí a služeb elektronických komunikací nebo vykonávají redakční dohled nad obsahem přenášeným sítěmi a poskytovaným službami elektronických komunikací; nezahrnuje služby informační společnosti, které nespočívají zcela nebo převážně v přenosu signálů po sítích elektronických komunikací*“

⁸⁷ Viz rozlišení mezi službou elektronických komunikací a službou nabízejících obsah v části 3.1

Pokyny 2018 nastiňují, jaká kritéria se pro posouzení významné tržní síly⁸⁸ uplatní, jedná se zejména o následující: *překážky vstupu na trh*, — *překážky rozšiřování činnosti*, — *absolutní a relativní velikost podniku*, — *kontrola nad infrastrukturou, kterou nelze snadno duplikovat*, — *technické a obchodní výhody či nadřazenost*, — *chybějící nebo nízká vyrovnávací kupní síla*, — *snadný nebo privilegovaný přístup na kapitálové trhy/k finančním zdrojům*, — *diverzifikace produktů/služeb (např. sdružené produkty nebo služby)*, — *úspory z rozsahu*, — *úspory z množství*, — *přímé a nepřímé síťové účinky* — *vertikální integrace*, — *vysoce rozvinutá distribuční a prodejní síť*, — *uzavření dlouhodobých a udržitelných dohod o přístupu*, — *podílení se na smluvních vztazích s ostatními účastníky trhu, jež by mohlo vést k uzavření trhu*, — *neexistence potenciální konkurence*⁸⁹.

Pokyny 2018 stanoví, že vysoké podíly podniku na trhu jsou podíly vyšší než 50% – samy o sobě, s výjimkou výjimečných okolností.

Ze zkušenosti vyplývá, že čím vyšší je podíl na trhu a čím delší je doba, po kterou podnik tento podíl drží, tím spíše se jedná o významný předběžný náznak významné tržní síly⁹⁰. Je-li podíl na trhu vysoký, avšak nižší než 50%, měly by vnitrostátní regulační orgány při posuzování významné tržní síly použít jiné klíčové strukturální charakteristiky trhu. Před vyvozením jakýchkoli závěrů ohledně existence významné tržní síly by měly provést důkladné strukturální posouzení ekonomických charakteristik relevantního trhu⁹¹.

Jak je psáno v předešlé kapitole, pro zjištění tržní síly je nejdříve nutné analyzovat relevantní trh, na kterém se tržní síla podniku zjišťuje. Určení relevantního trhu může být problematické, když klasický SNNIP-test se ukazuje býti nedostatečný na trhu elektronických komunikací a internetových služeb obecně, vzhledem k jeho vázanosti na zvyšování ceny a faktu, že většina služeb na internetu je poskytována zadarmo v rámci tzv. vícestranné platformy. SNNIP-test bude v klasické podobě použitelný v případech zjištění relevantního trhu pro ISP při poskytování služby přístupu k internetu, jakožto jedné ze služeb elektronických komunikací, jak uvádí Pokyny 2018. Pokyny 2018 určují, že významná tržní síla je přibližně 50% a více. SNNIP-test nadále bude použitelný i v případě zjištění relevantního trhu CAP v případech, kdy jedna ze stran vícestranné platformy (typicky strana

⁸⁸ Ve své podstatě se jedná o pojem totožný s pojmem „dominantní postavení“ známého ze soutěžního práva – srovnej bod 25 recitálu k Rámcové směrnici

⁸⁹ Pokyny 2018 – bod 58

⁹⁰ Pokyny 2018 – bod 55

⁹¹ Pokyny 2018 – bod 57

inzerující reklamy, tj. strana, která majiteli platformy platí za to, že na jeho platformě smí ukládat reklamní sdělení) za tuto službu platí. Určení tržní síly by v těchto případech nemělo činit větší obtíže. Pro zjištění relevantního trhu a tržní síly pro CAP v případech, kdy je stranou vícestranné platformy neplaticí konzument, se navrhuje modifikovat SNNIP test tak, že místo hypotetické manipulace s cenou, bude manipulováno s kvalitou poskytovaného obsahu či aplikace, za užití SSNDQ-testu. Tím by mělo být dosaženo srovnatelné úrovně zjištění.

Službu přístupu k internetu poskytují ISP, Pokyny 2018 se tak vztahují pouze na ně. **Určení tržní síly CAP zůstává nadále blíže nspecifikováno, zřejmě tak bude potřeba použít obecný právní rámec známý z modelu ochrany hospodářské soutěže⁹².**

7 Případ Vodafone Pass

7.1 Úvodem

Vodafone představil koncem roku 2017 datové balíčky pro sledování videa a využívání některých aplikací zvaný *Vodafone pass*. Vodafone pass je produkt, kterým Vodafone (jakožto ISP), nabízí svým zákazníkům možnost využívat za měsíční poplatek některá data, obsahy a aplikace partnerských CAP v rámci praktiky zero-rating⁹³. Seznam takovýchto partnerských CAP tvoří např. Facebook, Youtube, Spotify a další⁹⁴.

7.2 Přezkum Vodafone Pass učiněný ČTÚ

ČTÚ evidoval na konci roku 2017 stížnosti či podněty veřejnosti k tomuto produktu a začal zkoumat, zda u něj nedochází k porušení Nařízení⁹⁵. Svou pozornost zaměřil především na tyto tři (3) následující oblasti: (i) nezahrnutí datového provozu souvisejícího se zobrazením obsahu třetích stran (jako jsou např. reklamy) do těchto služeb, (ii) zasahování do obsahu

⁹² V evropském kontextu tedy např. užití čl. 102 SFEU + Nařízení 1/2003, v českém kontextu např. § 10 zák. č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže

⁹³ VODAFONE. *Jak fungují balíčky Vodafone Pass?* [online].vodafone.cz, nedatováno [cit. 18. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.vodafone.cz/pece/osobni-a-firemni/otazky/vodafone-pass2/jak-funguji-balicky-vodafone-pass/?page=0> >.

⁹⁴ tamtéž

⁹⁵ ČTÚ. *Monitorovací zpráva č. 3/2018*. [online]. ctu.cz, 14. března 2018 [cit. 18. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.ctu.cz/sites/default/files/obsah/ctu/monitorovaci-zprava-c.3/2018/obrazky/mz-2018-03.pdf> >.

datového provozu (typicky snižování kvality videa), (iii) vázanost služeb na současné čerpání základního datového objemu. Ukázalo se, že smluvní podmínky u Vodafone pas nebyly zcela v souladu se zněním nařízení⁹⁶, ČTÚ tak vyzval Vodafone, aby odstranil ze smluvních podmínek ustanovení porušující pravidla Síťové neutrality, připomínkoval a upozornil jej na možné komplikace spojené s porušením Nařízení. Vodafone s účinností od 01.06.2018 částečně upravil své podmínky k produktu Vodafone Pass ve smyslu připomínek ČTÚ tak, aby byly v souladu s unijními pravidly. Vodafone odstranil ustanovení, podle kterého docházelo k optimalizaci (snižování kvality) videa na rozlišení 480p. Současně odstranil ustanovení, které vázalo objem dat čerpaných v rámci služby na čerpání dat pro univerzální využití (tzv. pravidlo 90:10)⁹⁷.

Tímto bylo šetření ČTÚ ukončeno. K porušení Nařízení nedošlo. ČTÚ zde zcela jasně aplikoval Nařízení stroze, bez posouzení kritérií tržní síly ISP či CAP, posuzoval pouze kritérium dovolené diferenciací dat. Domnívám se však, že správně měl být užit postup popisovaný níže.

7.3 Přezkum v souvislostech soutěžního práva – de lege ferenda

V březnu roku 2016 ČTÚ vydal opatřením obecné povahy č. A/8/3.2016-2 analýzu trhu přístupu a původu volání (originace) ve veřejných mobilních telefonních sítích, který byl vymezen jako velkoobchodní trh zahrnující přístup k mobilním hlasovým voláním, SMS a datovým službám, a služby originace volání ve veřejných mobilních telefonních sítích GSM a UMTS (dále také jen jako „Analýza“).

Z Analýzy plyne závěr, že pouze trh, na kterém ČTÚ prokáže, že jsou kumulativně splněna tři kritéria, kterými jsou: (i) existence značných, a nikoliv dočasných strukturálních, právních nebo regulačních překážek vstupu; (ii) struktura trhu, který v daném časovém horizontu nesměruje k účinné hospodářské soutěži, a to s ohledem na stav hospodářské soutěže založené na infrastruktuře a jiné hospodářské soutěže, které vyvolávají překážky vstupu; (iii) samo právo hospodářské soutěže není schopno dostatečně reagovat na uvedené selhání trhu; lze považovat za relevantní a vhodný pro uložení ex-ante regulace, pokud se na něm následně prokáže existence významné tržní síly. Na základě vyhodnocení tohoto testu tří kritérií našel ČTÚ bariéry vstupu na trh, když shledal, že na maloobchodním i

⁹⁶ tamtéž

⁹⁷ Více na: ČTÚ. *Monitorovací zpráva č. 4/2018*. [online]. ctu.cz, 14. března 2018 [cit. 18. srpna 2018]. Dostupné na: <<https://www.ctu.cz/sites/default/files/obsah/ctu/monitorovaci-zprava-c.4/2018/obrazky/mz-2018-04.pdf>>.

velkoobchodním trhu neprobíhá efektivní hospodářská soutěž. Vodafone je zde určen jako podnik s velkou tržní silou, když v jednotlivých posuzovaných kategoriích dosáhl působnosti na trhu o průměrné hodnotě cca 20%, **není zde však určen jakožto podnik s významnou tržní silou**⁹⁸. Tímto by tak bylo naplněna povinnost přezkumu tržní síly ISP, ČTÚ však zapomnělo na CAP.

Bez nutnosti sáhodlouhé rešerše lze, s pravděpodobností rovnající se jistotě, tvrdit, že Facebook⁹⁹ dominantem ve své oblasti (v oblasti sociálních sítí¹⁰⁰) je. Přesto ale, že tento CAP má přinejmenším významnou tržní sílu (podle toho kterého aplikovaného předpisu), tuzemské regulační úřady aprobují praxi činěnou společností Vodafone. Proč tomu tak je?

Důvodem pro ponechání této praxe bez intervencí zřejmě bude domněnka souladu s Nařízením a domněnka kompatibility s principem Otevřeného internetu. Tyto domněnky dále posiluje dosavadní rozhodovací praxe regulačních orgánů nejen členských zemí EU – viz kapitola 4, ve kterých není vůbec zohledněna tržní síla CAP, jehož produkty jsou formou zero-rating nabízeny. Je nutné si ale nicméně připomenout, že některá tato rozhodovací praxe pochází z doby i před účinností Nařízení a/nebo z doby před vydáním Pokynů, spoléhat na jejich soulad s Nařízením nemusí být správný přístup.

7.4 Dílčí závěr

Na základě v předchozích kapitolách zmíněného docházím k závěru, že společnost Vodafone svým produktem Vodafone Pass a skrze něj nabízením obsahů a aplikací CAP s významnou tržní silou, jako je např. Facebook, Youtube a další, porušuje ustanovení Nařízení chránící Otevřený internet. Cílem Nařízení je totiž, jak z Pokynů a recitálu Nařízení plyne, nejen chránit před nelegitimní diskriminací dat, ale i přispívat k účinné hospodářské soutěži na trhu elektronických komunikací. K dosažení účinné hospodářské soutěže zcela jistě neprospívá skutečnost, že nejsilnější „hráči“ na tom kterém relevantním trhu, mohou své služby nabízet za zvýhodněných podmínek.

⁹⁸ Tedy nikoliv více než 50 jak předpokládají Pokyny 2018 – podle kterých se však při vypracování Analýzy nepostupovalo. Nicméně posuzovací kritéria jsou velmi podobná.

⁹⁹ Bez řádného prověření si dovoluji tvrdit, že i např. Youtube zřejmě má přinejmenším významnou tržní sílu v oblasti online přehrávání videa.

¹⁰⁰ Např. Rozhodnutí Evropské Komise č. COMP/ M.7217 – FACEBOOK/ WHATSAPP, bod 45.

Dlužno připomenout, že tím, že Vodafone zřejmě porušil Nařízení neznamená, že tím bylo společností Vodafone i zneužito dominantní postavení (a tím porušeny předpisy chránící hospodářskou soutěž). Jedná se o dva odlišné instituty. O porušení předpisů chránících hospodářskou soutěž výše popsaným jednáním lze uvažovat pouze ve spojení s jednáním Facebook-u, Youtube a dalších CAPs s významnou tržní silou, ovšem i zde a priori platí, že zjištěním, že jejich jednáním došlo k porušení Nařízení neznamená, že tím byly porušeny i předpisy chránící hospodářskou soutěž. Na paměti je také třeba mít to, že zero-rating může být nabízen i jako obchodní praktika, na které se výše zmiňovaní CAPs nemuseli ani aktivně podílet.

Pro úplnost dodávám, že k datu psaní této práce má Vodafone stále produkt Vodafone pass v nabídce, a to stále ve formě výše popisované.

8 Essential facilities doctrine a neutralita vyhledávání

8.1 Úvodem¹⁰¹

V tržním prostředí může snadno nastat situace, kdy některý podnik, výlučně nebo ve velice širokém měřítku, disponuje jistou infrastrukturou, sítí, informací, nebo těžko dosažitelným statkem, což mu zaručuje někdy až monopolní postavení na trhu. Konkurenti totiž nemají možnost srovnatelné zařízení duplikovat, a tím monopolistovi konkurovat¹⁰². Tato „nezbytná zařízení“ nesou název „essential facilities“ a daly za vznik přístupu, resp. doktríně, regulačních orgánů, která nese tento název.

Essential facilities doctrine (dále také jen jako „EFD“), má svůj původ v americkém antimonopolním právu, konkrétně v rozhodnutí amerického „Supreme Court“ z roku 1912¹⁰³. V tomto případě šlo o to, že sdružení železničářských společností, které ovládalo nádraží a železniční cesty v oblasti kolem města St. Louis ve státě Missouri, kde z geografických důvodů nemohla být postavena další zařízení tohoto druhu, byla soudem uložena povinnost umožnit jiným osobám (tj. železničářských společností stojících mimo výše zmíněné sdružení) spolu-užívání těchto zařízení označených jako „Essential Facilities“. Navíc mu bylo uloženo, aby tato zařízení poskytl svým soutěžitelům za stejných podmínek jako svým společníkům¹⁰⁴.

EFD se tak dá popsat jako jistá výjimka z výlučného využívání nezbytného zařízení, jinak ve vlastnictví jednoho podniku, které bylo dříve získáno nebo vybudováno ze soukromých či veřejných zdrojů, ale s cílem zajistit splnění cílů v oblasti hospodářské soutěže by měla být tato nezbytná zařízení nějak sdílena mezi soutěžiteli. Pro celou nastíněnou problematiku je tak klíčové vymezení pojmu „Essential Facilities“ (dále také jen jako „EF“). Na rozdíl od čl. 102 SFEU, český zákon o ochraně hospodářské soutěže obsahuje výslovné vymezení skutkové podstaty zvané odepření přístupu k některým podstatným zařízením. Tu

¹⁰¹ Považuji za vhodné na úvod v této části odkázat na vynikající diplomovou práci Martina Tomise, která pro potřeby této práce posloužila jako zdroj kompaktních informací sdělených v této části. – viz TOMIS, Martin. *Doktrína essential facilities v českém a evropském právu*. Diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta. 2012

¹⁰² ČIHULA, Tomáš. Důležitá zařízení v evropském a v českém soutěžním právu. *Právní rozhledy*, 2004. č. 6, s 215

¹⁰³ United States v. Terminal Railroad Association, 224 U.S. 383 (1912)

¹⁰⁴ ŽELEZNÁ, Jitka. Essential Facilities Doctrine. *Právní rozhledy*, 1999. č. 5, s 256

zákon¹⁰⁵ definuje jako: „odmítnutí poskytnout jiným soutěžitelům za přiměřenou úhradu přístup k vlastním přenosovým sítím nebo obdobným rozvodným a jiným infrastrukturním zařízením, které soutěžitel v dominantním postavení vlastní nebo využívá na základě jiného právního důvodu, pokud jiní soutěžitelé z právních nebo jiných důvodů nemohou bez spoluužívání takového zařízení působit na stejném trhu jako dominantní soutěžitelé, kteří přitom neprokáží, že takové spoluužívání není z provozních nebo jiných důvodů možné anebo je od nich nelze spravedlivě požadovat; totéž přiměřeně platí pro odmítnutí přístupu jiným soutěžitelům za přiměřenou úhradu k využití duševního vlastnictví nebo přístupu k sítím, které soutěžitel v dominantním postavení vlastní nebo využívá na základě jiného právního důvodu, pokud je takové využití nezbytné pro účast v hospodářské soutěži na stejném trhu jako dominantní soutěžitelé nebo na jiném trhu.“

Výčet EF není úplný, výkladem a praxí regulačních orgánů může a bude demonstrativní výčet dále rozšiřován¹⁰⁶. **Dle stávající judikatury SDEU musí jít o zařízení nebo prostředky, které nelze nahradit jiným (rozumným) způsobem¹⁰⁷. Tedy vstup na a/nebo užívání EF je nezbytné pro dosažení zákazníkům nebo samotné provádění podnikatelské činnosti soutěžitele v té které oblasti.** Z toho důvodu, že důležité zařízení poskytuje svému majiteli významné postavení na relevantním trhu, je odmítnutí přístupu jinému soutěžiteli k němu zpravidla posuzováno jako zneužití dominantního postavení.¹⁰⁸ V rozsudku *Bronner*¹⁰⁹ bylo uvedeno, že vlastník takového unikátního zařízení nemá povinnost poskytnout přístup k tomuto zařízení, pokud je zde existence i konkurenčních způsobů zabezpečení služeb pro žadatele přístupu. **SDEU v tomto rozsudku uvedl, že nemožnost zřídit alternativní zařízení musí být daná objektivními okolnostmi.** Dalším požadavkem je, aby za poskytnutí přístupu byla poskytnuta přiměřená kompenzace (resp. protiplnění)¹¹⁰.

¹⁰⁵ Aktuální znění: Zákon č. 143/2001 Sb., zákon o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, § 11 odst. 1 písm. f)

¹⁰⁶ RAUS, David. ORŠULOVÁ Andrea., *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. Praha, Wolters Kluwer, 2014, § 11

¹⁰⁷ Rozhodnutí sdeu č. C-7/97 (Oscar Bronner GmbH&Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH&Co. KG a další)

¹⁰⁸ ČIHULA, Tomáš. Důležitá zařízení v evropském a v českém soutěžním právu. *PR*, 2004. č. 6, s 215

¹⁰⁹ Rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie č. C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. (dále také jen jako „C-7/97 Oscar Bronner GmbH v Mediaprint“)

¹¹⁰ RAUS, David. ORŠULOVÁ Andrea., *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. Praha, Wolters Kluwer, 2014, § 11

8.2 EFD v oblasti dat a internetu

Francouzský regulační orgán a jeho belgický protějšek zjistily, že použití dat již vedlo k zneužití dominantního postavení¹¹¹. **Komise rovněž zjistila, že za určitých okolností mohou být databáze považovány za EF, která by měla být přístupná za existence spravedlivých, přiměřených a nediskriminačních podmínek¹¹².** Řeší se otázka, zda by na odmítnutí podniku s dominantním postavením umožnit konkurentům přístup k jeho získaným datům mohlo být nahlíženo skrze EFD, podle které konkurující podniky potřebují přístup ke společným znalostem o uživateli, tj. datech o těchto uživateli, aby mohly účinně soutěžit¹¹³. Tato doktrína se již dostala i do české aplikační praxe – viz již v práci zmíněný případ CHAPS (idos.cz).

K čemu jsou ale data potřeba, pokud podnik s nimi disponující „není vidět“ potenciálními uživateli, resp. klienty? Na tuto otázku nyní nastíním odpověď.

Na základě výše popsaného konceptu a pomocí interdisciplinárního přístupu v této části uvedu argumenty pro výraz označovaný jako tzv. "**Neutralita vyhledávání**", který znamená, že internetové vyhledávače jsou EF a jako na takové by na ně mělo být nahlíženo. **Neutralita vyhledávání je naplněna, když vyhledávač vytváří organicky nejužitečnější výsledky vyhledávání pro uživatele internetu a zobrazí je v pořadí od nejlepšího po nejhorší (resp. od nejrelevantnějšího po nejméně relevantní), a to bez velkého přizpůsobení, tak jak očekávají spotřebitelé¹¹⁴.** Spor o vyhledávací neutralitu vznikl ve stížnostech konkurentů společnosti Google, kteří tvrdili, že byli znevýhodněni změnami v jejich algoritmu vyhledávacího hodnocení a umístění, stejně jako že Google systematicky znevýhodňoval weby, které konkurovaly jeho vertikálnímu vyhledávací produktů.

¹¹¹ BREUVART, Charlotte. CHASSAING, Étienne. PERRAUT Anne-Sophie. Big data and competition law in the digital sector: Lessons from the European Commission's merger control practice and recent national initiatives. *Concurrences*. 2016. č. 3, s 41-55

¹¹² tamtéž

¹¹³ tamtéž

¹¹⁴ MAYS, Lisa. *The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe*. The George Washington law review. 2015

Několik z těchto společností vytvořilo seskupení "Fairsearch"¹¹⁵, které agresivně lobovalo u Komise k zahájení řízení o porušení práva EU na ochranu hospodářské soutěže proti společnosti Google¹¹⁶, což se jim nakonec také povedlo¹¹⁷.

8.3 Vyhledavač jako EF

Technologická infrastruktura, ve formě reálných, a hlavně virtuálních sítí, se stala středobodem hospodářského procesu. Vzhledem k tomu, že tyto technologické infrastruktury se zvětšují a zahrnují čím dále tím větší podíl sociální činnosti, dochází ke zhoršení vzájemných vztahů mezi jejich soukromým vlastnictvím a veřejným zájmem o jejich "otevřený přístup" a řízení. Vzhledem k tomu, že Vyhledávače jsou hlavní cestou k vyhledání webových stránek, musí nabídnout relativně nezaujatý způsob, jak na tyto informace dosáhnout, jinak by mohly získat neúměrně vysoký vliv na hospodářskou soutěž, negativní vliv na samotný smysl Nařízení a eventuálně na život spotřebitelů¹¹⁸.

Ve věci Google search¹¹⁹ Komise stanovila základní mantinely pro spravedlivé umístění obsahu a aplikací na výsledných pozicích po vyhledávání. Vzhledem k tomu, že Nařízení má za cíl chránit Otevřený internet pouze před ISP (viz čl. 1 odst. 1 Nařízení), je toto rozhodnutí Komise vítaným krokem v cestě za stanovením hrací plochy pro ochranu Síťové neutrality i před CAPs. **Nahlížení na službu obecného vyhledávání (dále také jen jako „Vyhledávač“ - volně přeloženo z anglického pojmu „search engine“) jako na EF by bylo životaschopnou volbou pro ochranu hospodářské soutěže a nepřímo by posloužilo i ochraně Otevřeného internetu (potažmo Síťové neutrality) v této oblasti.**

¹¹⁵ <http://fairsearch.org/about/>

¹¹⁶ FRANKLIN, J. David J. & HYMAN, A. David. SEARCH BIAS AND THE LIMITS OF ANTITRUST: AN EMPIRICAL PERSPECTIVE ON REMEDIES. *Jurimetrics, The Journal of Law, Science, and Technology*. 2015. Číslo 1. s 339-380

¹¹⁷ Rozhodnutí Evropské Komise číslo AT.39740 Google Search (Shopping)

¹¹⁸ Viz část B „Dopady...“ ve: FRANKLIN, J. David J. & HYMAN, A. David. SEARCH BIAS AND THE LIMITS OF ANTITRUST: AN EMPIRICAL PERSPECTIVE ON REMEDIES. *Jurimetrics, The Journal of Law, Science, and Technology*. 2015. Číslo 1. s 339-380

¹¹⁹ Rozhodnutí Evropské Komise číslo AT.39740 Google Search (Shopping)

Vzhledem k tomu, že se technologické firmy a trhy, na kterých působí, staly ústředním bodem hospodářské produkce, moderní ekonomiky prochází zásadním posunem vpřed ve snaze o zajišťování spravedlivého systému základní infrastruktury pro tuto oblast¹²⁰. Spotřebitelé se spoléhají na internet pro sociální komunikaci, vzdělání, práci, zábavu, nakupování a zprávy. Internet však není jen prostředkem k přístupu k informacím, ale i hlavní způsob, jak se účastnit globální ekonomiky, socializovat se a řídit každodenní životní úkoly. Vyhledávače v podstatě kontrolují přístup spotřebitelů k informacím online a některé vyhledávače, jako je Google, odmítají přístup k užitečným informacím, které spotřebitelé hledají. Toto chování se nazývá „**zaujaté vyhledávání**“ (volně přeloženo ze „search bias“) a je porušením vyhledávací neutrality a potažmo Síťové neutrality¹²¹. Schopnost Vyhledávače jedním klikem zpřístupnit velké množství informací je to, co je dělá tak silné. Vyhledávače generují zisk z této schopnosti organizovat informace prodejem reklamního prostoru vedle tohoto organizovaného obsahu na svých webových stránkách s výsledky vyhledávání¹²². Inzerenti kupují reklamní prostory vedle zadaných výsledků vyhledávání, protože věří, že tyto výsledky jsou nejvíce relevantní pro produkt nebo službu, kterou prodávají¹²³.

Hlavními důvody pro zaujaté vyhledávání jsou¹²⁴: (i) nevyhnutelné zaujetí (diskriminace) vzhledem k obrovskému množství výsledků vyhledávání, ve snaze zobrazit naprosto nejrelevantnější z nalezených výsledků, (ii) personalizace¹²⁵ Vyhledávače, aby co

¹²⁰ Srovnej např. Rozhodnutí Evropské Komise AT.39740 Google Search (Shopping) ze dne 27.6.2017 – kde je stanoveno, že „Google zneužívá svého dominantního postavení na relevantních trzích služeb obecného vyhledávání v EHP tím, že na svých stránkách s výsledky obecného vyhledávání umísťuje a zobrazuje své vlastní služby pro porovnávání prodejních nabídek příznivěji než konkurenční služby pro porovnávání prodejních nabídek“ tím, že „odvádí provoz od konkurenčních služeb pro porovnávání prodejních nabídek ke své vlastní službě pro porovnávání prodejních nabídek v tom smyslu, že snižuje provoz ze svých stránek s výsledky obecného vyhledávání ke konkurenčním službám“, „existuje tendence konkurenční služby pro porovnávání prodejních nabídek na stránkách s výsledky obecného vyhledávání společnosti Google pomoci jistých zvláštních algoritmů odsouvat na nižší pořadí, a rovněž vysvětluje, jak to ovlivňuje jejich viditelnost na těchto stránkách.“

¹²¹ MAYS, Lisa. The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe. *The George Washington law review*. 2015. s 720-760

¹²² FRANKLIN, J. David J. & HYMAN, A. David. TRADEMARKS AS SEARCH ENGINE KEYWORDS: MUCH ADO ABOUT SOMETHING?. *Harvard Journal of Law & Technology*. 2013, číslo 2. s 480-543

¹²³ GRIMMELMANN, James. *The Structure of Search Engine Law*. Iowa (US). Cornell Law Faculty Publications. 2007.

¹²⁴ MAYS, Lisa. The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe. *The George Washington law review*. 2015. s 720-760

¹²⁵ Personalizace je způsob, jakým Vyhledávače sledují minulé vyhledávání a používají tyto informace pro přizpůsobení aktuálních výsledků vyhledávání jednotlivým uživatelům.

nejvíce optimalizoval výsledky pro potřeby uživatele, (iii) Vyhledávač užije své kódy nebo manuálně dodatečně nastavené programy a algoritmy, s jejichž pomocí postaví vlastní webové stránky či stránky smluvních partnerů na vrchol. To vše s flagrantním ignorováním algoritmu, který již stanovil nejlepší výsledky.

Právě (iii) důvod vzbuzuje obavy. Nejen Google, ale i jiné Vyhledávače s významnou tržní silou, tímto způsobem nejen že zneužívají své dominantní postavení k ničení konkurence¹²⁶, ale využívají své postavení k tomu, aby prováděli diferenciaci obsahu v podstatě na úplně stejné úrovni, proti které chrání Nařízení před ISP.

Vyhledávač jako EF však není v této části míněn ve smyslu přístupu na něj pro spotřebitele, nýbrž jako základní hrací plocha pro poskytovatele obsahu a aplikací (CAP).

Na ochranu statků a zájmů v oblasti otevřeného internetu dosavadní předpisy, byť se to na první pohled nezdá, při správné aplikaci postačí také. Elegantním řešením by totiž bylo, kdyby se na Vyhledávače nahlíželo jako na EF a spravedlivý přístup na ně by tak mohl být vynucován. Vyhledávače (digitální platformy obecně), se stávají nezbytnými zprostředkovateli, "branami" chcete-li, pro poskytování digitálních služeb a digitálního obsahu. **Pro CAPs je naprosto nezbytné „být vidět“ na těchto platformách, nebo alespoň mít možnost rovného přístupu v tom být vidění a nalezení potenciálními uživateli jejich aplikací či obsahu. Vyhledávač tak lze považovat za „zařízení nebo infrastruktura, bez**

Personalizace bývá spojována v negativní konotaci s pojmem „informační bublina“. Informační bublina je označení pro výsledek tzv. personalizovaného vyhledávání, kdy algoritmy webových stránek filtrují informace s cílem zobrazit uživateli jen ty, které s vysokou pravděpodobností chce vidět → tedy především ty, které korespondují s jeho názory, zatímco od ostatních jej izoluje. V negativní konotaci je tento pojem uváděn proto, protože uživatele izoluje od informací, které by u něj mohly vést k novému zhodnocení problému a větší názorové diverzifikaci. Personalizace vyhledávání naopak uživatele ještě hlouběji utvrzuje v jeho přesvědčení. Důsledkem tohoto jevu může být dezinformovanost a manipulovatelnost uživatelů. Pro více informací viz např. PARISER, Eli. *BEWARE ONLINE “FILTER BUBBLES*. [online]. tedsummaries.com, nedatováno [cit. 18. září 2018]. Dostupné na: < <https://tedsummaries.com/2014/02/01/eli-pariser-beware-online-filter-bubbles/> >.

¹²⁶ Jako v případě ve věci Kinderstart v USA, kde byl žalobcem KinderStart (vertikální vyhledávač pro informace týkající se malých dětí a adolescentů), který tvrdil, že Google údajně porušil americké předpisy proti monopolizaci na vyhledávacích trzích a vyhledávacích reklamních trzích tím, že zastavil výpis webových stránek společnosti KinderStart ve výsledcích vyhledávání. Google neoznámil společnosti KinderStart zrušení seznamu, což vedlo k poklesu více než sedmdesát procent (70%) v zobrazení stránek a provozu a z toho vzešlý pokles o osmdesát procent v příjmech z reklam pro KinderStart. Americký soud se však musel postavit na stranu společnosti Google, protože dospěl k závěru, že KinderStart-em nebyl správně vymezen relevantní trh – viz KinderStart.com, LLC v. Google, Inc. (“KinderStart”), 2007 WL 831806 (N. D. Cal.)

kteří nemohou soutěžitelé (efektivně) poskytovat služby svým zákazníkům“, jak předpokládá Komise¹²⁷.

Dosavadní rozhodovací praxe Komise a SDEU¹²⁸ nutně nebrání tomu, aby na Vyhledávače mohlo být nahlíženo jako na EF (pokud naplňují ostatní nezbytné podmínky), i přesto ale bude zapotřebí přinejmenším výkladem rozšířit skupinu osob a situací, na které se ochrana pomocí EFD vztahuje.

Zákon přímo nehovoří o soutěžiteli ve smyslu konkrétního konkurenta v tom kterém relevantním trhu, dominantního podniku, jak je tomu např. ve spojených státech¹²⁹. Pojetí soutěžitele by v případě užití EFD v této oblasti bylo nutno vykládat jako soutěžitele (nikoliv nezbytně tedy přímého konkurenta dominantního podniku) na trhu, ve kterém má velikou ingerenci dominantní soutěžitel, proti jehož zájmu má být EFD užitá. Již ve známém případě United Brands¹³⁰ Komise ukázala, že je možné vydat se cestou širšího výkladu, když bylo určeno jako zneužití dominantního postavení persekuce podniků vertikálně spojených s dominantem, kteří ovšem nebyli jeho přímí konkurenti¹³¹. K tomuto závěru se přihlásil i generální advokát Jacobse k případu Syfait a další proti GlaxoSmithKline¹³².

Rozumnějšímu výkladu musí být podrobena i slovní spojení „nelze jinak“, kde se doporučuje na to nahlížet ve smyslu „nelze efektivně/ekonomicky-rationálně jinak“. V rozhodnutí Oscar Bronner byl zaveden velmi přísný standard nenahraditelnosti: touto vlastností má být rozuměno, že *neexistují žádné skutečné ani potenciální substituty zařízení*¹³³. Hledisku efektivity však otevírá zadní vrátka, když je v něm dále uvedeno, že: „Pro posouzení, zda nelze zařízení vybudovat, je nutné zvážit technické, právní i ekonomické faktory. Přílišná nákladnost alternativního zařízení pro odmítnutého žadatele zakládá

¹²⁷ Rozhodnutí Komise číslo IV/34.689 - Sea Containers v. Stena Sealink, bod 44 odůvodnění

¹²⁸ V dostupných rozhodnutích se pracuje s EFD spíše v případech vertikální integrace podniků

¹²⁹ Rozhodnutí Nejvyššího soudu spojených států ve věci MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co., číslo: 512 U.S. 218

¹³⁰ Rozsudek SDEU číslo: 27/76. United Brands Company a United Brands Continentaal BV proti Komisi Evropských společností.

¹³¹ V tomto rozhodnutí ovšem byly vertikálně integrované podniky původními smluvními partnery dominantanta, jedná se tak o situaci zvanou „odmítnutí dodávat“, která se částečně odlišuje od EFD, nicméně v merituu věci je totožná.

¹³² Stanovisko generálního advokáta Jacobse k případu číslo: C-53/03. Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) a další proti GlaxoSmithKline plc a GlaxoSmithKline AEVE, bod 66.

¹³³ C-7/97 Oscar Bronner GmbH v. Mediaprint. Bod 41

*nenahraditelnost zařízení, ovšem teprve tehdy, když je jeho vybudování ekonomicky neuskutečnitelné i pro konkurenta se srovnatelnou ekonomickou silou, jakou disponuje vlastník*¹³⁴.

8.4 Dílčí shrnutí a závěr

EFD je doktrína, která ve své podstatě vychází ze snahy o maximální utilizaci jistého obtížně získatelného zařízení či prostředku tím, že nutí jeho vlastníka k tomu, aby za jistých podmínek umožňoval jiným přístup k takovému zařízení. Krom zmíněného hlediska efektivity je dalším důvodem zabránění zneužití postavení vlastníka takového zařízení a potažmo zabránění monopolizace jistého trhu. Cílem EFD je umožnění vstupu/užívání EF pro dosažení zákazníků nebo samotné provádění podnikatelské činnosti soutěžitele.

Regulační orgány některých členských zemí EU již nyní řeší to, zda data o zákaznících jsou EF, podle nich konkurující podniky potřebují přístup ke společným znalostem o uživateli, aby mohly účinně soutěžit. K čemu jsou ale taková data, pokud uživatel „nevidí“ podnik který těmi daty disponuje? Proto byl teoretiky v oblasti právní vědy a IT vytvořen pojem "neutralita vyhledávání", dle kterého jsou internetové vyhledávače EF a jako na takové by na ně mělo být nahlíženo. Vyhledávač jako EF je zde míněn jako základní hrací plocha pro poskytovatele obsahu a aplikací (CAP). **Vyhledávače s významnou tržní silou využívají své postavení k tomu, aby prováděli diferenciaci obsahu v podstatě na stejným způsobem, proti kterému chrání Nařízení před ISP, zároveň tím zneužívají své dominantní postavení k ničení konkurence, čímž zasahují do předpisů chránících hospodářskou soutěž.**

Dosavadní rozhodovací praxe Komise, SDEU a potažmo i českých orgánů nutně nebrání tomu, aby na Vyhledávače mohlo být nahlíženo jako na EF (pokud naplňují ostatní nezbytné podmínky), jeví se proto jako vhodné tuto doktrínu posunout do digitálního prostředí. **Nahlížení na Vyhledávače jako na EF by bylo životaschopnou volbou pro ochranu Hospodářské soutěže a nepřímo by posloužilo i ochraně Otevřeného internetu (potažmo Síťové neutrality) v této oblasti.**

¹³⁴ C-7/97 Oscar Bronner GmbH v Mediaprint. Bod 46

9 Shrnutí a závěr

Dříve než přejdeme k závěrečnému shrnutí je nutné uvést, že v této práci popisovaná oblast představuje pro soutěžní právo *de lege lata* doposud ne zcela prozkoumaný fenomén, který přináší řadu nových koncepčních i technických problémů. Z právního hlediska obecně, ale konkrétně i z hlediska práva hospodářské soutěže, veškeré online platformy vyvolávají nespočet nových situací, otázek a problémů s účinným prosazováním relevantních předpisů. S vědomím tohoto je tak třeba nahlížet i na návrhy na regulační postupy s jistou dávkou blahovůle.

Cílem práce bylo prozkoumat průnik existujících právních předpisů oblasti práva hospodářské soutěže a Otevřeného internetu (resp. Síťové neutrality) a prozkoumat možnosti jejich vzájemného využití při ochraně materiálních i imateriálních statků a zájmů v té které oblasti. Tento cíl byl naplněn. Jak je v této práci argumentováno, **nejen že zde průnik existujících právních předpisů v těchto oblastech práva je, nýbrž že výklad relevantních právních předpisů dokonce svědčí o tom, že pro správnou aplikaci Nařízení je nezbytné vycházet z předpisů chránících hospodářskou soutěž (ve smyslu materiálním, nikoliv formálním).** Pokyny k Nařízení přímo stanoví, že pro posouzení, zda dochází či nedochází ze strany ISP k porušování práv a zájmů plynoucích z Nařízení, by postavení podniku (jak ISPs tak CAPs) na trhu mělo hrát významnou roli, jejich tržní síla by měla být analyzována v *souladu s principy soutěžního práva*. To ovšem přináší celou řadu komplikací, o kterých tato práce pojednává, jako např. (i) jakým způsobem bude vůbec určen relevantní trh samotný?; a (ii) jak pak následně bude určena tržní síla toho kterého podniku.

Je zároveň ale třeba dodat, že formulace v *souladu s principy soutěžního práva*, je velice vágní formulací, která znamená, že převzetí některé konkrétní techniky pro určení relevantního trhu (bez dalších úprav) vyžadováno není, cesta k návrhům na regulační postupy je tímto otevřená. Jak navíc vyplývá z textu bodu 46 Pokynů, má tento bod k provádění evropských pravidel Síťové neutrality spíše doporučující charakter. Pokyny samotné jsou pouze doprovodným dokumentem, který nemá charakter primárního zdroje práva, a tudíž není obecně závazný, jedná se o soft-law s omezenou právní relevancí. Dle aktuální rozhodovací praxe orgánů EU ani úvodní části nařízení (potažmo veškerých právních předpisů vydávaných orgány EU) nejsou právně závazné¹³⁵.

¹³⁵ Viz např. rozsudek SDEU ze dne 19. listopadu 1998, Trestní řízení ve věci Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren a Solweig Arrborn, Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce: Helsingborgs tingsrätt – Švédsko, C

Dle mé komunikace s pracovníky ČTÚ by při posouzení postavení CAPs na trhu ČTÚ nejpravděpodobněji hodnotil pouze postavení daného poskytovatele obsahu či aplikace na trhu vzhledem k postavení obdobných poskytovatelů na trhu (substitutů), tedy služeb nabízejících obdobné využití a funkce. Bohužel již nebylo zodpovězeno, jak dospějí k závěru, že se jedná o substitut, tj. že se služby nabízející obdobné využití a funkce nacházejí na stejném relevantním trhu. ČTÚ zřejmě mylně předpokládá, že bude schopno bez větších obtíží určit, kdy je zboží či služba z pohledu běžného spotřebitele zaměnitelná. To skutečně nebude složité, pokud se budou posuzovat např. aplikace a platformy pro zaslání online instantních zpráv, kde nebude obtížné určit, které aplikace budou do takového zjišťovaného relevantního trhu patřit. Zjištění bude pravděpodobně složitější v situacích, kdy aplikace a/nebo platformy budou nabízet mnohem širší škálu služeb. Uvedené zkoumání by poté ČTÚ využil pro posouzení závažnosti dopadu posuzovaného chování ISP. ČTÚ s ohledem na dostupné kompetence předpokládá, že pro účely posouzení postavení daného poskytovatele obsahu či dané aplikace na trhu by využil veřejně dostupné informace o zkoumané aplikaci, případně by postavení dané aplikace mohl posoudit za využití spotřebitelského průzkumu. Pro účely daného Nařízení o otevřeném internetu by tedy i postavení CAP na trhu posuzoval v rámci svých kompetencí Úřad (ČTÚ). V případě potřeby by ČTÚ danou problematiku konzultoval s ÚOHS.

K datu psaní této práce tak není stanovena žádná závazná forma pro postup v situacích nastíněných zejména v 5. kapitole této práce. Proto je důležité, aby plně vzplanula debata na toto téma, problémem zde totiž není pouze to, že podniky již nyní požívající významné postavení na trhu dále porostou na úkor těch drobnějších, problémem je znehodnocení internetu (resp. služby přístupu k internetu) jako celku. I v případě že ISP nepožívá (významné) tržní síly, a dokonce i tehdy, pokud mají všichni uživatelé možnost zvolit si mezi alternativními ISP, jejich kombinovaná volba by mohla dlouhodobě odradit od inovací a snížit dostupnost a kvalitu budoucích služeb¹³⁶.

162/97, EU:C:1998:554, bod 54 nebo rozsudek SDEU ze dne 28. června 2012, Fabio Caronna, Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Tribunale di Palermo, C-7/11, EU:C:2012:396, bod 40 a další.

¹³⁶ BEREC. *Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality*. Riga, BEREC 2012. s. 33

Seznam použitých zdrojů:

MONOGRAFIE A JINÁ LITERATURA

- WU, Tim a kolektiv., *Network Neutrality, Broadband Discrimination*. New York, Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, 2003
- VESELÁ, Zuzana, *Jak funguje Internet*. Praha, Iuridicum Remedium, 2010
- HAGIU, Andrei. WRIGHTm Julian. *Multi-Sided Platforms - Working Paper*. Boston. Harvard Business School. 2011
- EVANS, David S. *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*. New Haven. Yale Journal on Regulation: Vol. 20: Iss. 2, Article 4. 2003
- STERWALDER, Alexander. PIGEUR, Yves. *Tvorba business modelů: Příručka pro vizionáře, inovátory a všechny, co se nebojí výzev*. Praha. BizBooks 2012. s 88 a násl.
- SHENGLI, Li, YIPENG, Liu a BANDYOPADHYAY, Subhajyoti. *Network effects in online two-sided market platforms: A research note*. Decision Support Systems. 2010, 42(2), s. 245-249.
- GURKAYNAK, Gonenc a kolektiv. *Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis*. Journal of Antitrust Enforcement. 2017, č. 5, str. 100–129.
- HESSE, B. Renata, SOVEN, H. Joshua. *Defining Relevant ProductMarkets in Electronic Payment Network Antitrust Cases*. Antitrust Law Journal. 2006, č. 2, str. 727-728.
- MANIADAKI, Katerina. *EU Competition Law, Regulation and the Internet. The Case of Net Neutrality*. Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2015
- TOMIS, Martin. *Doktrína essential facilities v českém a evropském právu*. Diplomová práce. Univerzita Karlova v Praze Právnická fakulta. 2012
- ŽELEZNÁ, Jitka. *Essential Facilities Doctrine*. *Právní rozhledy*, 1999. č. 5, s 256
- ČIHULA, Tomáš. *Důležitá zařízení v evropském a v českém soutěžním právu*. *Právní rozhledy*, 2004. č. 6, s 215
- BREUVART, Charlotte. CHASSAING, Étienne. PERRAUT Anne-Sophie. *Big data and competition law in the digital sector: Lessons from the European Commission's merger control practice and recent national initiatives*. *Concurrences*. 2016. č. 3, s 41-55
- MAYS, Lisa. *The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe*. The George Washington law review. 2015
- FRANKLIN, J. David J. & HYMAN, A. David. *TRADEMARKS AS SEARCH ENGINE KEYWORDS: MUCH ADO ABOUT SOMETHING?*. *Harvard Journal of Law & Technology*. 2013, číslo 2. s 480-543
- GRIMMELMANN, James. *The Structure of Search Engine Law*. Iowa (US). Cornell Law Faculty Publications. 2007.

PRÁVNÍ PŘEDPISY A LITERATURA K PRÁVNÍM PŘEDPISŮM

- Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) 2015/2120, kterým se stanoví opatření týkající se přístupu k otevřenému internetu
- Směrnice 2002/21/ES

- Návrh směrnice evropského parlamentu a rady č. 2016/0280(COD), o autorském právu na jednotném digitálním trhu
- Zákon č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích)
- EVROPSKÁ KOMISE (Generální ředitelství pro komunikaci). *Politiky Evropské unie: Hospodářská soutěž. 3. Vydání.* Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2016
- Pokyny, Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže (97/C 372/03)
- Aktuální znění: Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže (97/C 372/03)
- EVROPSKÁ KOMISE, DLA PIPER. *EU study on the Legal analysis of a Single Market for the Information Society. New rules for a new age?* London, DLA PIPER 2009
- KINDL, Jiří, MUNKOVÁ, Jindřiška. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže.* Praha: C. H. Beck, 2016
- Sdělení Komise Evropskému parlamentu, Radě, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a výboru regionů KOM (2011) 222v konečném znění. Téma: *Otevřený internet a neutralita sítí v Evropě*
- BEREC. *Differentiation practices and related competition issues in the scope of net neutrality.* Riga, BEREC 2012.
- EVROPSKÁ KOMISE (Generální ředitelství pro komunikaci). *Politiky Evropské unie: Hospodářská soutěž. 3. Vydání.* Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2016

ROZHODNUTÍ A VYJÁDŘENÍ SOUDŮ A JINÝCH ORGÁNŮ

- Usnesení NS Konf. 10/2014-12, ze dne 19. srpna 2014
- TELECOM REGULATORY AUTHORITY OF INDIA. *Prohibition of discriminatory tariffs for data services regulations 2016.* Nové Dillí, 2016
- Rozhodnutí Evropské Komise č. AT.39740 Google Search (Shopping) ze dne 27.6.2017
- Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/M.6281 - MICROSOFT/ SKYPE
- Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/M.7047 – MICROSOFT / NOKIA
- Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/ M.7217 – FACEBOOK/ WHATSAPP
- Rozhodnutí Evropské komise č. COMP/M.5727 – MICROSOFT / YAHOO! SEARCH BUSINESS
- Rozhodnutí Evropské komise č. 4064/89 (IV/M. 190 - Nestlé/Perrier).
- rozhodnutí Evropské komise č. COMP/34.579 – MasterCard, č. COMP/36.518 – EuroCommerce, č. COMP/38.580
- Rozhodnutí Evropské Komise číslo IV/34.689 - Sea Containers v. Stena Sealink
- Rozsudek SDEU číslo: C- 67/13 P. Groupement des cartes bancaires (CB) proti Evropské Komisi. bod 79 a násl.
- Rozsudek SDEU ze dne 19. listopadu 1998, Trestní řízení ve věci Gunnar Nilsson, Per Olov Hagelgren a Solweig Arrborn, Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce: Helsingborgs tingsrätt – Švédsko, C 162/97, EU:C:1998:554
- Rozsudek SDEU ze dne 28. června 2012, Fabio Caronna, Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Tribunale di Palermo, C-7/11, EU:C:2012:396
- Rozhodnutí SDEU č. C-7/97 (Oscar Bronner GmbH&Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH&Co. KG a další)
- Rozsudek Tribunálu ze dne 11. prosince 2013, T-79/12, Cisco Systems, Inc. a Messagenet SpA v. Evropská komise, EU:T:2013:635

- Stanovisko generálního advokáta Jacobse k případu číslo: C-53/03. *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) a další proti GlaxoSmithKline plc a GlaxoSmithKline AEEVE*, bod 66.
- EVROPSKÁ KOMISE. *REPORT ON THE MONITORING EXERCISE CARRIED OUT IN THE ONLINE HOTEL BOOKING SECTOR BY EU COMPETITION AUTHORITIES IN 2016*. Brusel, Evropská komise 2017.
- BELGIAN INSTITUTE FOR POSTAL SERVICES AND TELECOMMUNICATIONS (BIPT). *Report regarding the analysis of zero-rating of apps in the Proximus offers*. Brusel, BIPT, 2017
- Rozhodnutí okresního soudu v Rotterdamu ze dne 24. Dubna 2017, číslo: ECLI:NL:RBROT:2017:2940 (T-Mobile vs. ACM)
- ČTÚ. *Zpráva ČTÚ o výsledcích sledování plnění Nařízení (EU) 2015/2120 za období od 1. května 2016 do 30. dubna 2017*
- Rozsudek KS v Brně ze dne 25. 9. 2014, č. j. 62 Af 27/2011-554
- Federální soud USA. Rozhodnutí ve věci KinderStart.com, LLC v. Google, Inc. (“KinderStart”), 2007 WL 831806 (N. D. Cal.)
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu spojených států ve věci MCI Telecommunications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co., číslo: 512 U.S. 218
- Tangshan Renren Information Services Co. (“Renren”) vs. Baidu, Názor lidového soudu 1. Stupně, distrikt Peking, případ č. 845/2009
- OECD. *Two-sided markets*. Paříž. 2009
- OECD. *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*. Paříž. 2013

INTERNETOVÉ ZDROJE

- BRENNER, Daniel. *Net Neutrality: A Solution In Search Of A Problem*. [online]. Forbes.com 25. září 2012 [cit. 15. července 2018]. Dostupné na: < <https://www.forbes.com/sites/ciocentral/2012/09/25/net-neutrality-a-solution-in-search-of-a-problem/#65426c9b3fc5> >.
- *Net neutrality by country*. [online] wikipedia.org.cz, nedatováno [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < https://en.wikipedia.org/wiki/Net_neutrality_by_country >.
- PODLEŠÁK, Václav. *Rozporuplný zákon EU o autorském právu prošel první instancí*. [online] reflex.cz, 20. června 2018 [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.reflex.cz/clanek/zpravy/88005/rozporuplny-zakon-eu-o-autorskem-pravu-prosel-prvni-instanci.html> >.
- EVROPSKÁ KOMISE. *Strategie pro jednotný digitální trh v Evropě (COM/2015/0192)*. [online] eur-lex.europa.eu, 6. května 2016. [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192> >.
- NATIONAL MEDIA AND INFOCOMMUNICATIONS AUTHORITY (NMHH). *NMHH decision on non-discriminatory Internet. First decision of the NMHH on enforcing EU's net neutrality rules*. [online] nmhh.hu, 1. prosince 2016 [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < http://english.nmhh.hu/article/172521/NMHH_decision_on_nondiscriminatory_Internet >.
- AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). *ACM forces T-Mobile to stop its 'Data-free Music' service*. [online] acm.nl, 23. prosince 2016. [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.acm.nl/en/publications/publication/16810/ACM-forces-T-Mobile-to-stop-its-Data-free-Music-service> >.
- AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). *ACM not to appeal ruling on net neutrality*. [online] acm.nl, 23. Května 2017. [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.acm.nl/en/publications/publication/17267/ACM-not-to-appeal-ruling-on-net-neutrality> >.

- VÁCLAVÍK, Lukáš. *Virtuál Kaktus zruší FB zdarma i zpomalené surfování. Data ale budou levnější.* [online] cnews.cz, 29. Června 2017, [cit. 15. Srpna 2018]. Dostupné na < <https://www.cnews.cz/virtual-kaktus-zrusi-fb-zdarma-zpomalene-surfovani-data-ale-budou-levnejsi/> >
- PARISER, Eli. *BEWARE ONLINE "FILTER BUBBLES.* [online]. tedsummaries.com, nedatováno [cit. 18. září 2018]. Dostupné na: < <https://tedsummaries.com/2014/02/01/eli-pariser-beware-online-filter-bubbles/> >.
- EDRI [online].edri.org, nedatováno [cit. 15. července 2018]. Dostupné na: < <https://edri.org/> >.
- *Iuridicum Remedium* [online].iure.org, nedatováno [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < <http://www.iure.org/> >.
- [online].uloz.to, nedatováno [cit. 15. července 2018]. Dostupné na: < <https://uloz.to!/BBhRSmeTk/jak-funguje-internet-kniha-zdarma-pdf> >.
- NIX.CZ. *Seznam připojených sítí.* [online].nix.cz, nedatováno [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.nix.cz/cs/networks> >.
- ČTÚ. *Evidence podnikatelů v elektronických komunikacích podle všeobecného oprávnění.* [online].ctu.cz, 18. srpna 2019 [cit. 18. srpna 2018]. Dostupné na: < https://www.ctu.cz/vyhledavaci-database/evidence-podnikatelu-v-elektronickyh-komunikacich-podle-vseobecneho-opravneni?form_build_id=form-0P_uKj_FfkKo7TMZyMq8lXuWP89SR8JzN_vWfrZR2xc&form_id=evidence_podnikatelu_podle_vseobecneho_opravneni_search_form&name=&ico=&city=&street=&public_com_network=0&public_com_service=SPSI2012&private_com_service=0&territorial_scope=0&certificate_number=&search_fieldset_submit=Hledat >.
- VODAFONE. *Jak fungují balíčky Vodafone Pass?* [online].vodafone.cz, nedatováno [cit. 18. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.vodafone.cz/pece/osobni-a-firemni/otazky/vodafone-pass2/jak-funguji-balicky-vodafone-pass/?page=0> >.
- TISKOVÉ ODDĚLENÍ ÚOHS. POKUTA PRO CHAPS BYLA SNÍŽENA, PORUŠIL JEN NÁRODNÍ PRÁVO. [online]. uohs.cz, 22. Ledna 2018 [cit. 22. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/aktuality-z-hospodarske-souteze/2380-pokuta-pro-chaps-byla-snizena-porusil-jen-narodni-pravo.html> >.
- ČTÚ. *Monitorovací zpráva č. 3/2018.* [online]. ctu.cz, 14. Března 2018 [cit. 18. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.ctu.cz/sites/default/files/obsah/ctu/monitorovaci-zprava-c.3/2018/obrazky/mz-2018-03.pdf> >.
- ČTÚ. *Monitorovací zpráva č. 4/2018.* [online]. ctu.cz, 14. Března 2018 [cit. 18. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.ctu.cz/sites/default/files/obsah/ctu/monitorovaci-zprava-c.4/2018/obrazky/mz-2018-04.pdf> >.
- KARR, Timothy. *Net Neutrality Violations: A Brief History.* [online] freepress.net, 24. Ledna 2018 [cit. 15. srpna 2018]. Dostupné na: < <https://www.freepress.net/our-response/expert-analysis/explainers/net-neutrality-violations-brief-history> >.

Shrnutí:

Tato práce pojednává o zvláštní aplikaci některých pravidel Síťové neutrality uvedených v Nařízení EU 2015/2120, tj. tzv. Otevřeného internetu, optikou norem předpisů chránících hospodářskou soutěž. Cílem této práce je prozkoumat průnik těchto předpisů a analyzovat jejich možnosti využití při ochraně materiálních i imateriálních statků a zájmů oblasti Otevřeného internetu. V práci je poukazováno na některé potíže spojené s takovým přístupem, zejména problém s určením relevantního trhu a tržní síly jednotlivých podniků. Samostatná kapitola je věnována doktríně zvané *Essential facilities doctrine* a pojmu neutralita vyhledávání, ve které je demonstrováno, jak předpisy chránící samotnou podstatu Otevřeného internetu vedou ochraně hospodářské soutěže a vice versa.

Klíčová slova:

Síťové neutralita, neutralita vyhledávání, otevřený internet, nařízení 2015/2120, elektronické komunikace, internet, data, CAP, ISP, BEREC, ČTÚ, ÚOHS, zero-rating, vícestranná platforma, essential facilities doctrine, hospodářská soutěž, relevantní trh, tržní síla, SSNIPT test, SSNDQ test, Vodafone pass.

Summary:

This thesis deals with the special application of some of the rules of Network Neutrality as set out in the EU Regulation 2015/2120, i.e. the so-called Open Internet, in the optics of the standards of anti-competitive provisions. The aim of this work is to investigate the penetration of these regulations and to analyse their possibilities of use in the protection of material and immaterial goods and interests of the Open internet. The work highlights some of the difficulties associated with such an approach, notably the problem of determining the relevant market and the market power of individual companies. A separate chapter is devoted to the doctrine of Essential facilities and the concept of search neutrality, which demonstrates how regulations protecting the very essence of Open Internet lead to competition protection and vice versa.

Key words:

Net neutrality, search neutrality, open internet, regulation 2015/2120, electronic communications, internet, data, CAP, ISP, BEREC, CTU, ÚOHS, zero-rating, multilateral platform, essential facilities doctrine, competition, relevant market, , SSNIPT test, SSNDQ test, Vodafone pass.

