

<h1>Vertikální fixace cen – nepotřebujeme jestřáby !!!</h1>						
---	--	--	--	--	--	--

JUDr. Jiří Kindl, M.Jur., Ph.D., advokát

Svatomartinská konference, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Brno

Panel I: Určování cen pro další prodej (RPM)

Uvedení do kontextu (1)

- *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* (2007)
- Svatomartinská konference 2008
 - Diskuse – forma v. efekt
 - Zdůrazňované tvrzení, že český (evropský) přístup se nerovná (dřívějšímu) US *per se* přístupu, a to vzhledem k výjimce dle čl. 101(3) SFEU, resp. § 3 odst. 4 z.o.h.s.
 - *Bejček, J.*, K důvodnosti automatického zákazu vertikální cenové fixace. *Právník* 8/2008: „... o žádný fatální automatismus vlastně nejde“.
- ÚOHS jako „jestřáb“ v oblasti vymáhání RPM
 - Informační list ÚOHS č. 2/2009, květen 2009
 - „... it seems that ... actual enforcement practice at EU level is limited. Interestingly, the same picture emerges at national level. ... An exception seems to be the Czech Republic, where the competition agency actively enforces the prohibition on resale price maintenance. ...“ - Lugard, P. Some reflections on the treatment of RPM under EU competition law in light of *Leegin* (2011)
- Nařízení Komise č. 330/2010, čl. 4(a), a nové Pokyny k vertikálním omezením, zejm. body 223-225

Uvedení do kontextu (2)

- Nyní odstup 5 let ...
- Co mezidobí ukazuje?
 - RPM z praktického hlediska nepoužitelné
 - Standard posuzování Komise i ÚOHS příliš striktní, prakticky nepoužitelný
 - Viz vliv daného standardu na formování rad klientům
 - Použijte necenové vertikální omezení
 - Použijte vertikální integraci
 - Použijte model principál-agent (pravé dohody o zastoupení)
 - Použijte tzv. *Colgate policy* (v US; v EU i ČR rizikové)
 - Použijete-li RPM, unesení důkazního břemene dle čl. 101(3) SFEU, resp. § 3 odst. 4 z.o.h.s. je velmi obtížné až nemožné (zejm. s ohledem na test „nezbytnosti“ / indispensability condition – viz např. článek prof. Bejčka – RPM lze prakticky vždy nahradit necenovým vertikálním omezením); každopádně chybí pozitivní precedenty či soft-law guidance

Uvedení do kontextu (3)

- Jinak řečeno:
 - „Obviously, in practice there is no meaningful difference between the treatment of a restraint as a hardcore restriction and per-se illegality.“ - Lugard, P. Some reflections on the treatment of RPM under EU competition law in light of Leegin (2011)
- Rozdíl může být z „litigačního“ hlediska, ale z hlediska běžné podnikatelské praxe nikoliv.
- Je takový přístup správný?
- Proč ano? Proč ne?
- K čemu to vede?
- Moje odpověď: Takový přístup není správný, a to ani koncepčně ani prakticky. Ve svém důsledku vede pouze k nedůvodnému rozlišování na základě formy bez náležitého posuzování účinků jednání.

Koncepční přístup k vertikálním dohodám (1)

- Proč jsou vertikální dohody tak odlišné od horizontálních?
- Vertikální dohody se na rozdíl od horizontálních netýkají substitutů, ale komplementárních (navazujících) produktů. Pokud klesá cena substitutu A klesá poptávka po dražším substitutu B. Naproti tomu poptávka po produktu X roste, pokud klesá cena komplementárního produktu Y (např. tiskárny a tonery) a naopak. To je základní ekonomický důvod pro odlišný přístup. V případě substitutů (tj. mezi konkurenty), podniky preferují, aby jejich konkurenti zvyšovali ceny, a tedy oslabovali cenovou konkurenci. Naproti tomu u navazujících produktů podniky preferují, pokud ten druhý snižuje cenu (např. dodavatel suroviny a výrobce navazujícího produktu atp.).
- V případě vertikálních dohod tedy (často) oba zúčastněné podniky chtějí, aby ten druhý snižoval cenu, což je pochopitelně přínosné pro spotřebitelský blahobyt. Vertikální omezení jsou pak přijímána proto, aby omezila tržní moc jedné ze stran.
- Příklad: problém *double marginalization* (dvojitého stanovování marže); možno adresovat maximum RPM nebo závazkem minimálního odběru.
- Obecně tedy výrazně vyšší potenciál být prosoutěžní než u horizontálních dohod, kde jsou motivace účastníků dohody zpravidla odlišné.

Koncepční přístup k vertikálním dohodám (2)

- Kdy tedy mohou vyvstat problémy s vertikálními dohodami ze soutěžního hlediska?
- Dle převažujících ekonomických teorií (a za předpokladu, že spotřebitelský blahobyt a alokativní efektivita jsou primárními cíli soutěžního práva) mohou protisoutěžní účinky u vertikálních dohod spojeny s jejich případnými dopady do hospodářské soutěže v horizontále.
- Tak tomu může být (1) když dochází v důsledku příslušné vertikální dohody k uzavření trhu (*foreclosure*) nebo (2) když je jejím důsledkem oslabení cenové konkurence na horizontální úrovni.
- Z tohoto hlediska by pak měly být vertikální dohody posuzovány. Nemůže-li v jejich důsledku dojít ani k prvnímu ani druhému výše zmíněnému negativnímu důsledku, není důvod intervenovat.
- V praxi to vede k tomu, že vertikální dohody mohou způsobit negativní důsledky z hlediska hospodářské soutěže jen, když alespoň jedna ze stran disponuje výraznou tržní silou, respektive kdy je mezi-značková soutěž nedostatečně účinná.
- **Výše uvedené koncepční hledisko platí (mělo by platit) i ve vztahu k posuzování RPM, tj. problémy mohou nastat, když: (a) *retailers collusion*, (b) *retailer exclusion*, (c) *suppliers collusion*, (d) *supplier exclusion*.**

RPM – pozitiva/negativa z hlediska soutěže (1)

- **Negativa:** viz např. poměrně extenzivní výčet v bodě 224 Pokynů k vertikálním omezením
- **Pozitiva:**
 - Komise připouští některá – viz bod 225 Pokynů k vertikálním omezením, ale příliš úzce
 - Zavedení nového produktu během zaváděcí doby
 - Krátká (2 až 6 týdnů) promoční akce v rámci franšizové či obdobného distribučního systému
 - Prevence free-ridingu v případě nutnosti poskytovat předprodejní služby u komplexních produktů
 - Striktnost není jen v úzkosti výčtu, ale i v tom, že se jedná jen o případy pro výjimku dle čl. 101(3) SFEU, tzn. presumuje se, že k omezení dle 101(1) SFEU dochází již na základě formy ...
 - Ekonomická literatura připouští mnohem širší výčet pozitiv
 - Jednak Komisí uváděné případy jsou pojaty obecněji, dále např.
 - Sladění incentív mezi výrobcí a prodejci
 - Posílení mezi-značkové konkurence
 - Podpora pro investice do nových produktů, reklamy a brand-buildingu

RPM – pozitiva/negativa z hlediska soutěže (2)

- Diskuse ohledně pozitiv a negativ RPM by mohla být nekonečná; nemá smysl se do ní pouštět ...
- Klíčové je, že i odpůrci uznávají, že taková pozitiva zde jsou, ale zpravidla zdůrazňují, že
 - jich lze dosáhnout jinými (necenovými) omezeními a/nebo
 - empirické důkazy pro pozitiva jsou slabé, a lze je každopádně pro ty výjimečné případy adresovat v rámci analýzy legální výjimky dle čl. 101(3) SFEU, nebo § 3 odst. 4 z.o.h.s.
- První argument by neměl být z hlediska soutěže (bude-li aplikován *substance v. form* přístup) relevantní, jelikož by nemělo záležet na formě, ale na účincích určitého ujednání. Pokud jsou účinky obdobné, proč by měl být přístup odchylný?
- Navíc první argument v zásadě popírá druhý. Je-li možno využít jiná (necenová) omezení, nebude naplněna podmínka nezbytnosti, tj. nebude splněn test čl. 101(3) SFEU, resp. § 3 odst. 4 z.o.h.s.
- Navíc – jak výše uvedeno – z praktického hlediska: hardcore restriction = per se zákaz
- Navíc – empirické důkazy jsou při nejlepším nejasné; prostor pro empirické testování je nyní přístupem prakticky vyloučen

Co s tím? (1)

- **Klíčové je zaměření se na posouzení důsledků určitého jednání.**
- Příklad: Výrobce domnívá, že vysoká úroveň maloobchodních služeb je nejlepší pro prodej jeho produktů. Za tím účelem se rozhodne vertikálně integrovat, založí vlastní maloobchodní síť, stanoví maloobchodní cenu a instruuje své vlastní zaměstnance, aby v souvislosti s prodejem příslušných produktů poskytovali vysokou úroveň klientských služeb. Je asi zřejmé, že to není protisoutěžní ...
- Proč by mělo být protisoutěžní, když se výrobce rozhodne, že výše uvedené situace dosáhne nikoliv vertikální integrací, ale kontraktuálně. V čem je (soutěžně-právně-relevantní) rozdíl?
- Měli bychom „věřit“ výrobcům !!! ... Viz koncepční přístup k vertikálním dohodám, viz teorie firmy a transakčních nákladů.
- Soutěžní úřady by si neměly myslet, že jsou lepší v obchodních úsudcích než výrobci (no „second-guessing“) ...
- Opak vede často k umělému rozlišování (srov. např. *Monsanto v Spray-Rite* (1984), *Valuepest of Charlotte v Bayer* (2009) nebo další postup v kauze *Leegin*)

Co s tím? (2)

- Jinak řečeno, analýza by měla být v mnohém stejná jako u necenových vertikálních omezení. Tj. měla by začínat u konceptu tržní moci. Pokud nebude významnější tržní moc ani na straně dodavatele (dodavatelů), ani na straně distributora (distributorů), je riziko znatelných protisoutěžních účinků velmi malé.
- Zohlednit vývoj technologií, trhů, distribučních strategií (význam inovací, distribuce on-line)
- Z praktického hlediska:
 - Bylo by vhodné opustit koncept RPM jako „hard-core restriction“ pro účely aplikace pravidla *de minimis*
 - V blokové výjimce pro vertikální dohody lze doporučit přesun z kategorie tvrdého omezení (tj. v důsledku existence, celá dohoda vyňata z výhod blokové výjimky) do kategorie „šedých klauzulí“
 - Uznat možnost argumentace i v rámci čl. 101(1) SFEU, resp. § 3 odst. 1 z.o.h.s. (např. z hlediska materiálních účinků na soutěž)
 - Více rozvést soft-law guidance tak, aby i praktici byli schopni „doporučit“ v některých případech použití RPM
 - Aplikovat jakýsi „structured rule of reason“ (důležitá zejm. analýza tržní moci, dopady v horizontále a output test) – bude-li ze strany soutěžního úřadu vysvětlena přesvědčivá teorie újmy až pak by bylo na podnicích unesení důkazního břemene o převažujících pozitivěch (efektivitách)

RÁD ZODPOVÍM PŘÍPADNÉ DOTAZY