Skils

Vertikální dohody – konstruktivní kritika aktuální praxe Úřadu

Panel IV: Vertikální dohody – nový přístup Úřadu: vyšší ocenění spolupráce soutěžitelů

Svatomartinská konference 2022

Brno, 09.11.2022

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

Úvod

K AKTUÁLNÍ PRAXI ÚŘADU

- Jaké typy případů Úřad řeší
- Jak je řeší
- Výhled

ODKLONY

- Kvazi-leniency
- Návrh leniency v novelizaci ZOHS
- Zohlednění compliance
- Procedura narovnání

KRITIKA PŘÍSTUPU K RPM

- Nepotřebujeme jestřáby 2.0
- Nutnost existence dohody; kauza *Baby Direkt*
- Správné nastavení priorit Úřadu

K aktuální praxi Úřadu (1)

- Sdělení Komise – Pokyny k vertikálním omezením (2022/C 248/01)

TYPY VERTIKÁLNÍCH DOHOD:
▪**dohody o určení (pře)prodejní ceny** (minimální, maximální, doporučené) ▪**dohody o zastoupení** ▪**dohody o výhradní distribuci** ▪**dohody o výhradních dodávkách** ▪**selektivní distribuční systémy** ▪**dohody o výhradním odběru a nákupu jediné značky** ▪**vázané obchody (junktimy)** ▪**franšízové dohody** ▪**subdodavatelské smlouvy** ▪**category management** ▪**poplatky za přístup** ▪**závazky parity** ▪**omezení týkající se využívání online tržišť či využívání služeb porovnávání cen**

K aktuální praxi Úřadu (2)

- RPM dohody představují více než 1/3 aktuálních probíhajících řízení u Úřadu v oblasti restriktivních praktik
  - Otázka velikosti podniků – převažovaly kauzy zaměřené na malé a střední podniky; zřejmě dochází k odklonu směrem k zaměření na větší podniky
  - Pokuty jsou mimořádně vysoké (vč. zákonného maxima 10% z obratu)
- Jiné typy vertikálních dohod ojedinělé
- Další kauzy v oblasti restriktivních praktik: zejm. bid-rigging, jiné horizontální kartelové dohody, rozhodnutí sdružení soutěžitelů, §19a ZOHS, ojediněle jiné (např. zneužití dominance)
- Sankční řízení o porušení „procesních“ povinností, zejm. neposkytnutí součinnosti při místním šetření
- Zřejmě se to v dohledné době nezmění

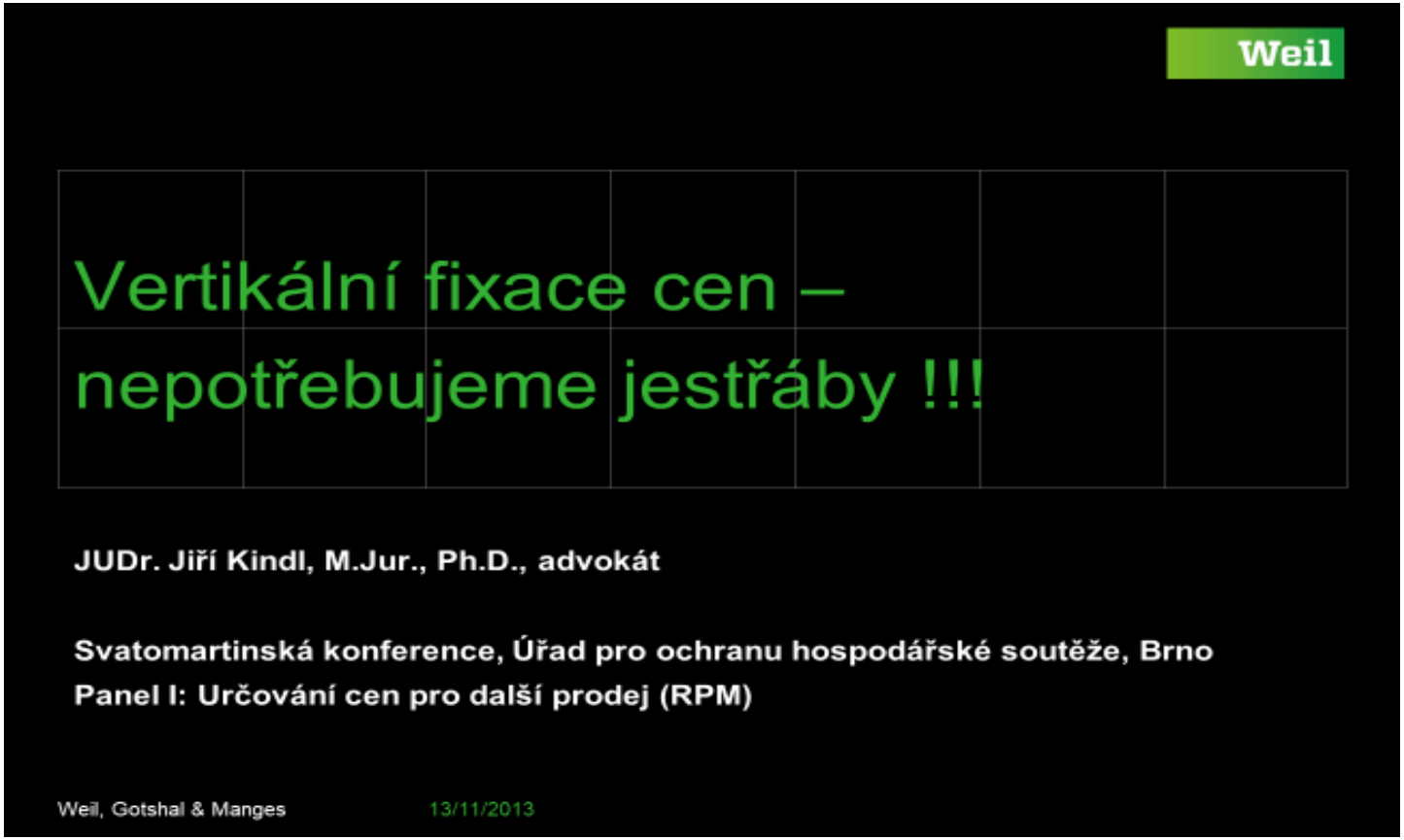
Odklony (1)

- Úřad již v aktuální praxi připouští „kvazi-leniency“ v oblasti vertikálních dohod (RPM) v podobě dodatečné slevy za nadstandardní spolupráci šetřeného soutěžitele
  - Zejm. před zahájením řízení
  - Přiznání a dodání podkladů s přidanou hodnotou
  - Sleva až 30%
- Návrh novelizace ZOHS – rozšíření obecného režimu leniency na všechny utajované cílové dohody, vč. vertikálních (tj. RPM, potažmo zákazy exportu atp.)

Odklony (2)

- Zohlednění compliance (https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/zakazane-dohody/zohledneni-compliance-programu.html)
  - Dostatečná robustnost compliance programu
  - Nutnost úspěšného využití leniency nebo narovnání
  - Žádná participace statutárních orgánů/nejvyššího managementu
  - Předchozí compliance program, následné zavedení compliance programu
  - Sleva až 10%, popř. až 15%
- Procedura narovnání
  - Sleva 20%

RPM (1)


Weil
Vertikální fixace cen –
nepotřebujeme jestřáby !!!
JUDr. Jiří Kindl, M.Jur., Ph.D., advokát
Svatomartinská konference, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Brno
Panel I: Určování cen pro další prodej (RPM)
Weil, Gotshal & Manges
13/11/2013

RPM (2)

Vertikální fixace cen – nepotřebujeme jestřáby!

JIŘÍ KINDL

ADVOKÁT, WEIL, GOTSHAL & MANGES S.R.O. ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ
EXTERNÍ VYUČUJÍCÍ, KATEDRA OBCHODNÍHO PRÁVA, PRÁVNICKÁ FAKULTA UK V PRAZE

Na svatomartinské konferenci v listopadu minulého roku jsem v rámci, myslím, poměrně zdařilého panelu presentoval příspěvek s názvem, který se shoduje s názvem tohoto článku.[1]

Obsahově pak můj článek na zmíněný příspěvek navazuje, podporuje a blíže rozvádí v něm zmíněné základní teze, z nichž by se dle mého názoru měl odvíjet přístup soutěžního práva a soutěžních úřadů k praktikám spočívajícím ve vertikální fixaci cen, resp. v tzv. udržování přeprodejní ceny (*resale price maintenance*).

I. Uvedení do kontextu

Podstatou praktiky, která se označuje jako vertikální fixace cen nebo určování ceny pro další prodej (dále jen „**RPM**"), je ujed-

marží, určení kalkulačních vzorců, různé formy nucení k aplikaci jednotných přeprodejních cen atp.[3]

RPM (ve výše uvedeném smyslu) se v soutěžním právu (a to nejen českém, ale i unijním, popř. federálním americkém) dlouhodobě považovala buď za tzv. tvrdé omezení (*hardcore restraint*), popř. jednání s účelem narušit hospodářskou soutěž nebo za *per se* protisoutěžní jednání. Jako takové bylo považováno za automaticky zakázané s praktickou nemožností, že by uniklo zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž. Byť i v tomto kontextu byl takový přístup k RPM v minulosti kritizován, nelze příliš hovořit o nějaké seriózní diskusi o případných změnách v přístupu.[4]

Nový rozměr diskusi ohledně RPM však přinesl rozsudek Nejvyššího soudu USA v kauze *Leegin*,[5] kterým byl překonán v té

RPM (3)

IV. Návrhy směrem do budoucna

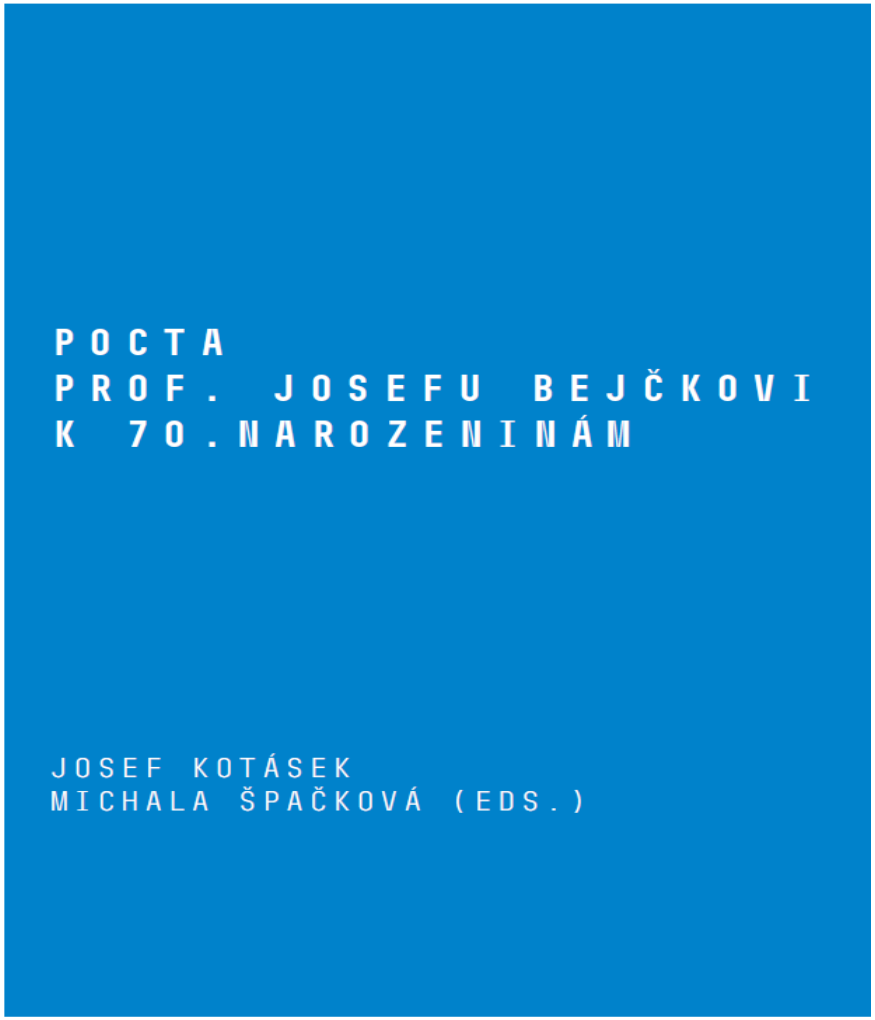
Co se týče návrhů, čím lze stávající přístup k RPM nahradit, nevyžaduje se vyloženě moje vlastní invence. Existuje vícero možností presentovaných jinými (a renomovanějšími) autory, které lze považovat za schůdné.

V první řadě v tomto ohledu zmíním doporučení ze strany EAGCP (*Economic Advisory Group on Competition Policy*) při Generálním ředitelství Komise pro hospodářskou soutěž. Tento útvar, a to pod vedením Massimo Motty, který je nynějším vedoucím ekonomem Komise, již v září 2009 doporučoval přehodnocení přístupu k tzv. tvrdým omezením podle blokové výjimky pro vertikální dohody, a to právě i ve vztahu k RPM. Zmínění autoři po rozboru ekonomických pro a proti RPM navrhovali změnit přístup k posuzování RPM tak, že základem by měl být obecný princip v podobě, že „čím větší je tržní podíl, tím silněji by měly být doloženy výhody z hlediska efektivity", který by byl doplněn třemi konkrétními pravidly, a to: (1) *de minimis* doktrína by se aplikovala i na RPM (tj. podniky s menším než 15% podílem by mohly používat RPM); (2) podnik s tržním podílem nad 15% by nesl důkazní břemeno, že jím používané RPM má přínosné účinky na soutěž; a (3) je nepravděpodobné, aby podnik s tržním podílem vyšším než 30% byl schopen doložit, že RPM bude mít účinek v podobě čistého přínosu soutěži.[55]

V. Místo závěru

Výše uvedené je můj příspěvek k debatě o změně přístupu k RPM v soutěžněprávní praxi. Mám za to, že dosavadní přístup je chybný nejen koncepčně (z právních, politických i ekonomických důvodů), ale též ve světle praktického uplatňování soutěžního práva. Výše uvedené samozřejmě neznamená, že by změna v přístupu měla či mohla být nějak lehká. Jistě lehká nebude, protože bude narážet na množství dosavadní praxe a zažitých stereotypů. Domnívám se nicméně, že pokud by cíle v podobě takové změny v přístupu k RPM, jaký je naznačen shora, bylo dosaženo, stála by taková cesta za tu námahu.

RPM (4)



DOI: https://doi.org/10.5817/CZ.MUNI.P280-0094-2022-2

Jiří Kindl*

NEPOTŘEBUJEME JESTŘÁBY 2.0! OHLÉDNUTÍ ZA VÝVOJEM A AKTUÁLNÍ SITUACÍ V OBLASTI VERTIKÁLNÍ FIXACE CEN

We Don't Need Hawks 2.0! A Look Back on the Developments and Current Situation in the Area of Vertical Price Fixing

Vážený pane profesore, přeji Vám hodně zdraví a vše nejlepší a doufám, že se nejen v oblasti práva ochrany hospodářské soutěže budeme nadále akademicky i profesně setkávat.

Abstrakt

Autor se věnuje praktice tzv. udržování přeprodejní ceny (vertikální fixace cen) a kriticky poukazuje na vybrané aktuální problémy v aplikační praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a vybízí k přehodnocení daných postupů.

Klíčová slova

RPM; vertikální fixace cen; antitrust; pokuty.

Abstract

The author deals with the so-called resale price maintenance practices (vertical price fixing) and critically points out several selected topical issues in the

* JUDr. Jiří Kindl, M.Jur., Ph.D., advokát, Skils, s. r. o. advokátní kancelář; Katedra obchodního práva, Právnická fakulta, Univerzita Karlova, Praha / attorney-at-law, Skils, s. r. o. law firm; Department of Commercial Law, Faculty of Law, Charles University, Prague, Czech Republic / E-mail: jiri.kindl@skils.cz; kindlj@prf.cuni.cz

RPM (5) - nutnost existence dohody

- Pohybujeme se v rámci čl. 101 SFEU, resp. § 3 ZOHS, tedy unilaterální jednání není zakázáno (na něj se může vztahovat čl. 102 SFEU a/nebo § 11 ZOHS).
- Musí být tedy dovozena existence dohody (v širším smyslu; zahrnuje i jednání ve vzájemné shodě).
- Musí existovat „shoda vůlí“ (concurrence of wils). Tzn. dovozená existence „oferty“ a „akceptace“. Může být i neformální, konkludentní.
- Lze dovozovat i „tacitní akceptaci“ – z předchozí rámcové dohody či z chování stran.
- Nelze ale dovozovat existenci dohody tam, kde není. Např. i když je jednostranný nátlak, ale druhá strana se beztak chová podle sebe (jednostranně). Stejně tak nelze dovozovat fixní RPM tam, kde je „jen“ zaslána informace o doporučených cenách (bez jakéhokoli nátlaku) a odběratelem doporučené ceny sám dodržuje.
- Viz i část 4.2.1 nových Pokynů k vertikálním omezením
- Nutnost vymezování dílčích útoků pokračujícího přestupu (§ 7 přestupkového zákona); judikatura NSS a postupy v oblasti trestání
- **Vše výše uvedené musí být předmětem dokazování při standardu „nade vší rozumnou pochybnost“!**

RPM (6) – kauza Baby Direkt

- Pokuta za RPM ve výši 10% z obratu (celkem 40 793 000 Kč)
- Výrok ÚOHS:

Účastník řízení, společnost **BABY DIREKT s.r.o.**, se sídlem Masarykova 118, 664 42 Modřice, IČO 46995170, tím, že

v období od 31. 8. 2011 do 2. 10. 2018 uzavíral zejména prostřednictvím ústní či e-mailové komunikace se svými odběrateli dohody o navýšení cen účastníkem řízení dodávaného dětského zboží pro prodej konečným spotřebitelům na úroveň jím stanovených minimálních maloobchodních cen, přičemž na tyto dohody odběratelé účastníka řízení v uvedeném období přistupovali,

uzavíral a plnil se svými odběrateli **zakázané dohody o přímém určení cen** pro další prodej, jejichž cílem bylo narušení hospodářské soutěže a k jejímuž skutečnému narušení došlo na relevantních trzích kočárků, autosedaček, dětského nábytku a vozítek na území České republiky,

čímž porušil v období od 31. 8. 2011 do 2. 10. 2018 zákaz stanovený v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů,

a tím se v uvedeném období dopustil přestupku dle § 22a odst. 1 písm. b) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů.

RPM (7) – kauza Baby Direkt

- Rozhodnutí předsedy ÚOHS zrušeno KS v Brně bez jednání pro nezákonnost a nepřezkoumatelnost

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Jaroslavy Skoumalové a soudců Mgr. Petra Sedláka, Ph.D. a JUDr. Václava Štencla, MA ve věci

žalobce: **BABY DIREKT s. r. o.**, IČO 46995170
sídlem Masarykova 118, 664 42 Modřice
zastoupený advokátem JUDr. Jiřím Kindlem, M.Jur., Ph.D.
sídlem Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 29. 12. 2020, č. j. ÚOHS-40442/2020/310/BMa,

takto:

I. Rozhodnutí předsedy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 12. 2020, č. j. ÚOHS-40442/2020/310/BMa, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci na náhradě nákladů řízení částku 24 844 Kč, a to k rukám JUDr. Jiřího Kindla, M.Jur., Ph.D., advokáta se sídlem Křižovnické nám. 193/2, 110 00 Praha 1, do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

RPM (8) – kauza Baby Direkt

IV. Shrnutí a náklady řízení

91. Soud z výše uvedených důvodů ve smyslu § 78 odst. 1 s. ř. s. [ve spojení s § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.] zrušil žalobou napadené rozhodnutí a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 4 s. ř. s.). Soud přitom zrušil napadené rozhodnutí jako celek, neboť shledal vady vztahující se ke všem jeho výrokům a navíc zásadní vady výroku I. musely nutně vést ke zrušení i ostatních výroků, které jsou na výroku o vině závislé a ve vztahu k němu akcesorické. V dalším řízení je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu (§ 78 odst. 5 s. ř. s.). Předseda žalovaného bude muset v dalším řízení vymezit jednotlivé dílčí útoky šetřeného pokračujícího přestupku, a to v samotném výroku případného opětovně odsuzujícího rozhodnutí, tak, aby bylo zřejmé, že každý z útoků naplňuje skutkovou podstatu šetřeného přestupku a že jednotlivé útoky splňují podmínky § 7 přestupkového zákona. U každého dílčího útoku pak identifikuje, že došlo ke shodě vůlí obou smluvních stran, a že tedy nešlo o pouhou žalobcovu jednostrannou neúspěšnou snahu prosadit dodržování jím stanovených maloobchodních cen. Stejně tak identifikuje u každé dohody její případné plnění. V případě, že předseda žalovaného shledá, že správní spis neposkytuje dostatek podkladů pro to, aby bylo uvedené hodnocení učiněno ve vztahu ke všem zjištěným dílčím útokům, doplní pro tyto účely skutková zjištění. Své závěry posléze předseda žalovaného případně promítne do svých úvah o stanovení pokuty (např. změní-li se v důsledku toho jeho zjištění o spáchání většího množství útoků) a o opatření k nápravě (zejména neshledá-li, že by kartelové dohody uzavřeli se žalobcem všichni jeho odběratelé, nýbrž pouze někteří z nich).

RPM (9) – kauza Baby Direkt

- Úřad s názorem soudu nesouhlasí a podal proti rozsudku KS v Brně kasační stížnost
- Úřad se rozsudkem v mezidobí neřídí, tj. postupuje jako v minulosti
- …

RPM (10)

Skils

Jiří Kindl*

NEPOTŘEBUJEME JESTŘÁBY 2.0! OHLÉDNUTÍ ZA VÝVOJEM A AKTUÁLNÍ SITUACÍ V OBLASTI VERTIKÁLNÍ FIXACE CEN

4 Místo závěru

I tento článek si (obdobně jako můj článek z roku 2014) klade za cíl přispět k debatě o správném přístupu k posuzování a (případnému) postihování tzv. RPM dohod. Co se jejich substantivního posuzování týče, zastávám stále stanovisko vyjádřené již před 8 lety o tom, že příslušný přísný přístup založený prakticky na jejich *per se* protiprávnosti je chybný a měl by být přehodnocen, a to přinejmenším u podniků s nízkými tržními podíly. Jinak řečeno, stále v tomto směru nepotřebujeme, aby byl ÚOHS „jestřábem". V tomto ohledu odkazuji na můj dřívější článek[29] a na doporučení ohledně možného „alternativního" přístupu k hodnocení RPM dohod uvedená v úvodu tohoto článku. Nicméně i pokud by ÚOHS setrval na svém přísném přístupu, přesto je nezbytné, aby zásadním způsobem přehodnotil svůj aplikační přístup v dané oblasti, když ten aktuální neodpovídá právním a judikatorním požadavkům na identifikaci protisoutěžních dohod a současně vede k situaci, kdy jsou ukládány zjevně nepřiměřené pokuty, a to za jednání, které by nemělo být hlavní prioritou ÚOHS, jelikož se nejedná o typově nejzávažnější soutěžně-právní delikt, což je o to více významné, když se trestané jednání týká malých a středních podniků s nízkými podíly na trhu.

Skils

Děkuji za pozornost.

Rád odpovím na dotazy.