Skils

Vertikální dohody – plánovaná reforma

Dopolední workshop: II. Vertikální dohody – aktuální česká praxe a plánovaná reforma na úrovni EU

Svatomartinská konference 2021

Brno, 11.11.2021

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

Úvod

POZNÁMKY ÚVODEM

- Koncepční přístup k vertikálním dohodám
- Nutnost existence dohody
- Poznámka na okraj k RPM

REFORMA NA ÚROVNI EU

- Časový aspekt
- Nová bloková výjimka a nové Pokyny
- Co bude nového?
- Vybrané zajímavosti

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.

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).
- Viz i část 4.2.1 návrhu nových Pokynů k vertikálním omezením

Poznámka na okraj k RPM

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

Reforma na úrovni EU (1)

- Stávající bloková výjimka (nařízení 330/2010) končí **31.5.2022**
- Od 1.6.2022 by tedy měla platit nová bloková výjimka, jejíž návrh byl představen v červenci 2021
- Přechodné období od 1.6.2022 do 31.5.2023 / praktický význam omezený (snad s výjimkou on-line platforem)
- Součástí reformy:
  - Nové znění blokové výjimky (12 stran)
  - Nové znění Pokynů k vertikálním omezením (96 stran)

Reforma na úrovni EU (2)

- Obsah nové blokové výjimky vychází z nařízení 330/2010 a ve většině hlavních aspektů je shodný
- Liší se větším důrazem na on-line obchodování a úpravou specifických pravidel s tím souvisejících
- Tedy i nadále bude platit zejm. následující:
  - Definice vertikální dohody pro účely VBER
  - 30% hranice tržního podílu jako požadavek pro výjimku
  - Seznam „tvrdých omezení“ v čele s RPM
  - Seznam „šedých klauzulí“, zejm. non-compete nad 5 let
  - Možnost odnětí blokové výjimky Komisí či soutěžním úřadem členského státu

Reforma na úrovni EU (3)

- Ale budou zde i některé nové prvky zejm. související zejm. s on-line obchodováním:
  - On-line zprostředkovatelé jsou považováni za dodavatele (srov. čl. 1 písm. d) návrhu nového nařízení)
    - Tzn. nejsou (obchodními) zástupci (agenty)
    - V definici je požadavek na to, aby se jednalo o služby informační společnosti dle Směrnice 2015/1535
    - On-line zprostředkovatelé nesmí diktovat cenu transakcí, které zprostředkovávají (bod 179 návrhu Pokynů)
  - Preciznější vymezení aktivních a pasivních prodejů v kontextu on-line obchodu – důležité zejm. ve vztahu k on-line tržištím a on-line srovnávačům (viz dále)
  - Vertikálně integrované on-line platformy konkurující dodavatelům jsou mimo výjimku (srov. čl. 2 odst. 7 návrhu nového nařízení)
  - MFN (parity) ujednání napříč on-line platformami jsou šedou klauzulí (čl. 5 písm. d) návrhu nového nařízení)

Reforma na úrovni EU (4)

- Aktivní v. pasivní prodeje – důležité zejm. v kontextu exklusivní distribuce

Reforma na úrovni EU (5)

- Základní definice zůstává, ale nová bloková výjimka i Pokyny obsahují zpřesnění zejm. ve vztahu k on-line prostoru:
  - Prodej přes webovou stránku je pasivní prodej, a to i v případě, kdy se zákazník zapíše k automatické aktualizaci a na tu pak reaguje
  - Ale zřízení webové stránky v jazyce, který není v příslušné oblasti obvyklý, lze považovat za formu aktivního prodeje; angličtina však takovým „neobvyklým“ jazykem není
  - Stejně tak zřízení webové stránky na zahraniční (nikoliv generické) doméně lze považovat za aktivní prodej
  - Užívání technik k vylepšení (optimalizaci) pozice webu v on-line vyhledávačích je součástí pasivního prodeje
  - Cílená on-line reklama je aktivním prodejem (pokud lze rozlišit mezi územími či skupinami zákazníků)
  - Účast ve veřejném zadávání či vyhlášených soukromých tendrech je pasivním prodejem

Reforma na úrovni EU (6)

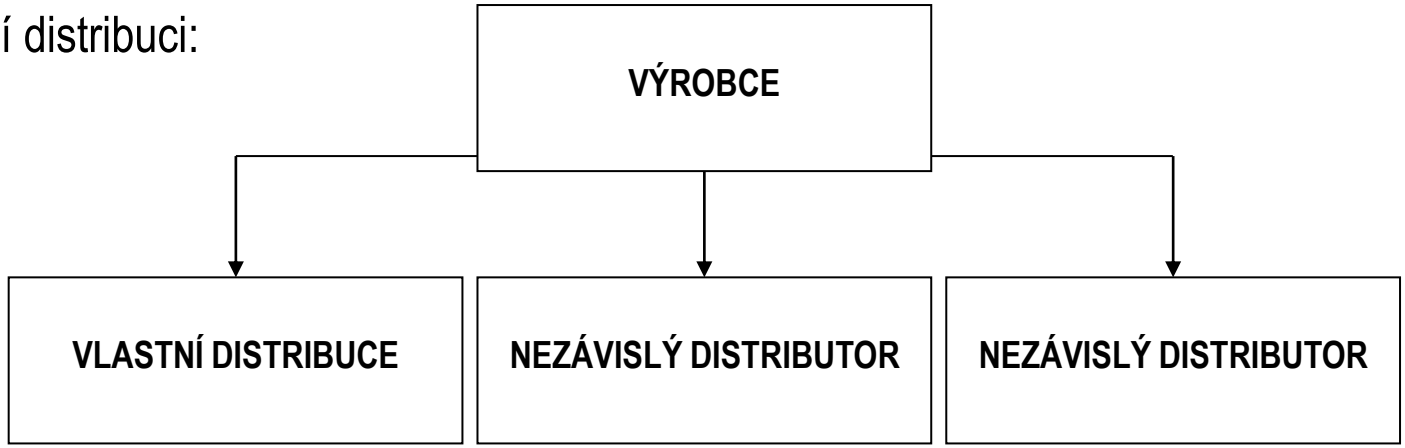
- Takové vymezení má dopady na posuzování jednotlivých omezení:
  - Obecný zákaz prodeje na internetu je tvrdým omezením
  - Zákaz prodeje prostřednictvím online tržišť třetích stran tvrdým omezením není a může se na něj vztahovat bloková výjimka; mimo blokovou výjimku vyžaduje individuální posouzení
  - Naproti tomu zákaz účasti na srovnávačích (které nejsou online tržišti) se považuje za zákaz pasivního prodeje (protože jde o omezení reklamy), pokud by nešlo o cílenou reklamu (např. srovnávač v neobvyklém jazyce, na zahraniční doméně atp.) a tedy za tvrdé omezení ve smyslu čl. 4 písm. b) až d) návrhu nového nařízení
  - Nicméně i tak je třeba individuální posouzení – zejm. viz selektivní distribuce, která za určitých podmínek umožňuje i omezení pasivních prodejů
  - Požadavky na kvalitu webových stránek nejsou tvrdým omezením, pokud nevedou *de facto* k zákazu on-line prodeje

Reforma na úrovni EU (7)

- Návrh blokové výjimky i nové Pokyny výslovně adresují tzv. MFN ujednání či ujednání o paritě:
  - Široké ujednání o paritě mezi on-line platformami je považováno za šedou klauzuli a bloková výjimka se na něj nevztahuje (vyžadují individuální posouzení)
  - Naproti tomu tzv. úzká ujednání o paritě pod blokovou výjimku spadat mohou
  - Důležitý je dosah MFN klauzulí, zejm. zda se týká maloobchodu či jen vyšších úrovní trhu
  - Pokud by ujednání o paritě vedlo k RPM, šlo by pochopitelně o tvrdé omezení

Reforma na úrovni EU (8)

- Upravený přístup k duální distribuci:



- Nově bude ve smyslu čl. 2 odst. 4 nového nařízení spadat pod výjimku (pro nereciproční vertikální dohody) jen, když konkurující si dodavatel a odběratel mají tržní podíl na maloobchodní úrovni nižší než [10]%.
- Pokud mají více než [10]%, ale pod 30%, pak se výjimka může uplatnit, ale každopádně neplatí pro výměnu informací mezi stranami (čl. 2 odst. 5).
- Vertikálně integrovaní on-line zprostředkovatelé (např. Amazon), kteří prodávají produkty v konkurenci s dodavateli, kterým zprostředkovávají transakce, jsou mimo dosah blokové výjimky (čl 2 odst. 7).

Reforma na úrovni EU (9)

- Další střípky:
  - U non-compete ujednání bude možné i tacitní obnovování závazku nekonkurovat, pokud bude materiálně umožňovat přejednání, aniž by se to považovalo za prodloužení nad 5 let
  - Definice exklusivní distribuce výslovně pracuje s možností „sdílené exklusivity“, tzn. exklusivní distributor nemusí být jen jeden, ale může jich být více – byť by mělo jít o omezený počet v proporci k alokovanému území či skupině zákazníků (konkrétní číslo není uvedeno; vyžaduje individuální posouzení)
  - Pokyny výslovně zmiňují možnost pozitivních efektů RPM u krátkodobých promočních akcí (2-6 týdnů max.), a to nejen u franchisingu či obdobného distribučního systému (ten je uveden jen příkladmo)
  - Zpřesněná definice (obchodních) zástupců – hlavní princip (nesení rizik) zůstává, ale zdůrazněno, že se má vykládat restriktivně a vícero příkladů (a to i pro případy kumulace obchodního zastoupení a běžné distribuce); on-line zprostředkovatelé nejsou agenty, ale dodavateli – část 3.2 návrhu nových Pokynů

Skils

Děkuji za pozornost.

Rád odpovím na dotazy.