

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 přeprdejní 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

application practices of the Czech Office for Protection of Competition and calls for re-consideration of those practices.

Keywords

RPM; Vertical Price Fixing; Antitrust; Fines.

1 Uvedení do kontextu

Je to již více než 8 let, kdy jsem na Svatomartinské konferenci ÚOHS prezentoval příspěvek nazvaný „Vertikální fixace cen – nepotřebujeme jestřáby!“¹ Na tento příspěvek jsem navázal podrobnějším článkem pod tím samým názvem.² V daném článku jsem rozebíral tehdejší přístup k posuzování tzv. dohod o udržování přeprdejní ceny (*resale price maintenance; RPM*), resp. vertikální fixace cen, a to jak z právního či právně-politického hlediska, tak z hlediska ekonomického. Přitom jsem poukazoval na přístup, který RPM považuje za tzv. tvrdé (*hardcore*) omezení a v podstatě s ním nakládá jako s *per se* zakázanou praktikou srovnatelnou s horizontálními kartely o cenách. Tento přístup jsem kritizoval a v závěru jsem konstatoval, že „[m]ám za to, že dosavadní přístup je chybný nejen koncepčně (z právních, politických i ekonomických důvodů), ale též ve světle praktického uplatňování soutěžního práva. Vjše 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 zakořeněných 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.“³

V daném článku jsem také navrhoval alternativní přístup k posuzování RPM dohod vycházející z tehdy dostupných pramenů jak na unijní, tak např. americké úrovni. Konkrétně jsem takto v první řadě poukazoval na doporučení ze strany EAGCP (*Economic Advisory Group on Competition Policy*) při Generálním ředitelství Komise pro hospodářskou soutěž ze září 2009, které doporučovalo přehodnocení přístupu k tzv. tvrdým omezením podle blokové výjimky

¹ Prezentace k většině příspěvků (včetně toho mého) v rámci zmíněné svatomartinské konference, která se uskutečnila na Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ve dnech 12. 11. a 13. 11. 2013, lze nalézt na: <http://www.uoohs.cz/cs/informacni-centrum/konference-a-seminare/uskutenecne-akce/svatomartinska-konference-2013/predstaveni-prednasejicich.html> [cit. 9. 4. 2022].

² KINDL, J. Vertikální fixace cen – nepotřebujeme jestřáby! *Antitrust*. 2014, č. 1, s. 4–10.

³ *Ibid.*, s. 10.

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 silnější 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.⁴

Popřípadě jsem takto také odkazoval na postupy v rámci strukturovaného pravidla rozumu (*rule of reason*), které navrhovala v reakci na diskusi po kauze *Leegin*⁵ Christine A. Varney z U.S. Department of Justice, Antitrust Division.⁶ Varney identifikovala, že základní obavy spojené s RPM mohou být spojeny buď s uzavíráním trhu pomocí RPM (*foreclosure*), anebo se situací, kdy RPM přispívá ke koluzi na trhu (*collusion*). Současně rozlišovala, zda RPM je uplatňováno z popudu dodavatele, či naopak odběratele. Vzhledem k tomu strukturovala možný přístup k RPM do čtyř možných scénářů, které jsou popsány dále.⁷ Je-li RPM uplatňováno z popudu dodavatele, může být takové jednání protisoutěžní buď (1) v případě, kdy RPM je používáno k usnadnění koluzivního jednání mezi dodavateli na trhu (umožňuje jim monitorovat, když někdo nedodrží koluzivní strategii a naopak „podsekává“ ceny), anebo (2) v případě, kdy dominantní dodavatel uplatňuje RPM jakožto nástroj pro vyloučení menších dodavatelů z trhu tím, že garantuje maloobchodníkům větší marže tak, aby nebyli ochotní prodávat zboží konkurence. Je-li naopak RPM uplatňováno z popudu odběratele či odběratelů (což je obecně rizikovější), může být takové jednání protisoutěžní, pokud (3) slouží odběrateli či odběratelům jako vylučovací nástroj, tj. dominantní odběratel či skupina odběratelů

4 MOTTA, M., REY, P., VERBOVEN, F., VETTAS, N. Hardcore restrictions under the Block Exemption Regulation on vertical agreements: An economic view. *EAGCP* [online]. Zář 2009, s. 4 [cit. 9. 4. 2022]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/hardcore_restrictions_under_BER.pdf

5 *Leegin Creative Leather Products Inc. proti PSKS Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

6 VARNEY, C. A. *Antitrust Federalism: Enhancing Federal/State Cooperation. Remarks as Prepared for the National Association of Attorneys General*. New York: Columbia Law School, 7. 10. 2009.

7 *Ibid.*, s. 11–14.

jednajících ve shodě nutí významné dodavatele k používání RPM, čímž vylučuje cenovou soutěž ze strany diskontů anebo internetových prodejců, anebo pokud (4) je odběrateli RPM používáno jako nástroj kartelizace, když RPM „vnucené“ dodavatelům vlastně slouží k tomu, aby byla dodržována kartelová dohoda o cenách mezi maloobchodníky. Ve všech těchto případech pak poukazovala na aspekty či parametry, které mají být posuzovány při zkoumání těchto „teorií újem“, resp. toho, zda skutečně v důsledku předmětné RPM praktiky dochází k narušení hospodářské soutěže na trhu.

Můj tehdejší článek byl současně psán v době, kdy se zdálo, že praxe ÚOHS se začíná odchylovat od dřívějšího „jestřábiho“ přístupu k RPM a považuje za vhodné zaměřovat se v rámci priorit na jiné typy praktik. To bylo ilustrováno i tehdejším poklesem takových případů v praxi ÚOHS a sdělením vrcholných představitelů ÚOHS, že RPM by mělo být „přísně“ řešeno jen v případě výraznějších tržních podílů dotčených podniků a v jiných případech by bylo vhodné to řešit prioritizací (ve smyslu § 21 odst. 2 ZOHS), popř. tzv. soutěžní advokací.⁸

Nicméně v posledních letech se v praxi českého ÚOHS situace dramaticky oproti tehdejší době změnila. RPM nyní představuje jednu ze základních priorit vynucovací praxe ÚOHS, a to paradoxně i v případě tzv. malých a středních podniků,⁹ a zcela nejčastější praktiku, které se ÚOHS v rámci posuzování restriktivních praktik věnuje.¹⁰ Až v závěsu za touto praktikou jsou tzv. bid riggingové dohody.¹¹ ÚOHS současně (a to právě zejm. malým a středním podnikům) ukládá za danou praktiku v podstatě drakonické sankce na samé hranici zákonného maxima, tj. buď v úrovni 10 % ročního konsolidovaného obrátu anebo se této hranici blížící, a to přestože sám ÚOHS jinak považuje takovou praktiku v Metodice k ukládání pokut

⁸ Srov. KINDL, 2014, op. cit., s. 6 a tam uvedené zdroje.

⁹ Srov. v tomto ohledu např. sdělení předsedy ÚOHS Petra Mlsny v rámci dotazů na mezinárodní konferenci pořádané PF UK na téma EU ANTI-TRUST: HOT TOPICS & NEXT STEPS ve dnech 24.–25. 1. 2022. Srov. <https://antitrustnext.prf.cuni.cz/> [cit. 9. 4. 2022].

¹⁰ Například dle autorovi dostupných informací k 23. 3. 2022 vedl ÚOHS v prvním stupni v oblasti restriktivních praktik celkem 31 správních řízení, z nichž 12 (tj. významně nejvíce) se týkalo RPM. Kromě toho je autorovi známo, že ÚOHS vede také množství předběžných šetření v dané oblasti.

¹¹ Těch se dle dostupných informací k 23. 3. 2022 týkalo 7 správních řízení. Řízení týkající se ostatních typů restriktivních praktik byla v podstatě ojedinělá.

„jen“ za (středně) závažnou.¹² Takové pokuty často dosahují desítek miliónů korun.¹³ Popřípadě jeho přísný přístup přiměje šetřené podniky k akceptaci tzv. procedury narovnání ve snaze vyhnout se dramatickým pokutám, dlouhému řízení a souvisejícím nákladům, což však bohužel nepřispívá ke koncepčnímu vyjasnění a vylepšení přístupu ÚOHS v dané oblasti, jelikož jeho postoje nejsou v takových případech podrobeny přezkumu.¹⁴

Dá se tedy nyní obrazně říci, že aktuálně je „kyvadlo“ soutěžního vynucování ve vztahu k RPM dohodám v České republice výrazně vychýleno směrem nahoru, protože je vhodné se praxí ÚOHS v oblasti RPM dohod znovu věnovat a ohlédnout se nad tím, jak ÚOHS v dané souvislosti postupuje a jaké základní problémy v jeho aplikační praxi spatřuji. V této souvislosti se přitom nebudu v zásadě věnovat problematice koncepčního přístupu k RPM dohodám a jejich substantivnímu hodnocení, jelikož v tomto ohledu jsem toho názoru, že vše, co jsem uvedl již v mém článku z roku 2014, stále platí, a tedy i tento příspěvek je vhodné číst ve spojení s mým předchozím článkem.¹⁵ Namísto toho se zaměřím na dva dílčí problémy, které se v recentní

¹² Viz bod 23 Zásad postupu ÚOHS při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění (účinné od 23. 4. 2018). Dostupné z: https://www.uoohs.cz/download/Legislativa/HS/SoftLaw/zasady_stanovovani_pokut.pdf [cit. 9. 4. 2022].

¹³ V tomto ohledu lze poukázat např. na kauzu Baby Direkt s pokutou v úrovni 10 % obratu přesahující 40 mil. Kč (rozhodnutí ÚOHS ze dne 30. 10. 2019, č. j. ÚOHS-S0385/2018/KD-29711/2019/Lpě a rozhodnutí předsedy ÚOHS ze dne 29. 12. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0206/2019/HS; věc je předmětem soudního přezkumu), popř. na kauzu Garland s prvoinstančně uloženou pokutou v úrovni taktéž se blížíci maximálnímu zákonnému limitu a celkem téměř 97 mil. Kč (viz tisková zpráva ÚOHS ze 4. 1. 2022). Autor podotýká, že v obou uvedených kauzách převzal po uložení daných pokut zastoupení pokutovaných společností, a nyní se tedy podílí na jejich obraně. Názory zde vyjádřené jsou pouze osobními názory autora a nelze je přičítat ani advokátní kanceláři Skils, ani jejím klientům.

¹⁴ K proceduře narovnání viz např. KINDL, J. a kol. *Soutěžní právo*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2021, 1011 s., s. 806–810. ISBN 978-80-7400-806-1.

¹⁵ Aktuálně se na unijní úrovni finalizují práce na nových tzv. Pokynech k vertikálním omezením. Co se týče RPM, tak i tyto nové pokyny přistupují k RPM dohodám jakožto k tvrdým omezením, byť připouští i jejich možné pozitivní efekty. Tzn., že na unijní úrovni se substantivní přístup prakticky nezměnil. Srov. https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber_en [cit. 9. 4. 2022]. I ve Spojených státech amerických se situace nezměnila. Po kauze Leegin platí, že na federální úrovni se v případě RPM nejedná o *per se* delikt, ale vyžaduje se *rule of reason* analýza. Detailnější bližší návod pro to, jak postupovat v praxi však spíše chybí. Srov. např. HAAS, E. A. N. Supreme Court Leegin Decision Offers Little Clarity 10 Years Later. *Bloomberg BNA* [online]. 10. 8. 2017 [9. 4. 2022]. Dostupné z: <https://www.foley.com/en/insights/publications/2017/08/supreme-court-leegin-decision-offers-little-clarity>

či aktuální rozhodovací praxi ÚOHS nachází. Za ty považuji (i) absenci náležitého skutkového i právního zjišťování existence, resp. rozsahu takových dohod a (iii) problémy spojené s výpočtem pokut za RPM dohody. Těmto dvěma oblastem se budu postupně věnovat.

2 Kdy lze konstatovat existenci RPM dohody? A kolik jich je?

V případech, kdy ÚOHS konstatuje existenci RPM dohody, měl by v souladu s již ustálenou (zejm. unijní) judikaturou doložit tzv. „shodu vůlí“ mezi stranami dohody (tj. dodavatelem a odběratelem). Článek 101 odst. 1 SFEU, ani § 3 odst. 1 ZOHS se totiž nevztahují na jednostranná jednání soutěžitelů (podniků), ale pouze na jednání koordinovaná mezi dvěma a více účastníky, kdy jednou z podob takové koordinace je i tzv. dohoda v užším smyslu.¹⁶ To neznamená, že by ÚOHS musel dokládat existenci smlouvy v občansko-právním smyslu. Jedná se o autonomní pojem soutěžního práva, který počítá s variantami odvození existence dohody z faktického (potažmo zdánlivě jednostranného) jednání stran. Vždy by však měl ÚOHS dovodit existenci určité „oferty“ (pobídky dodavatele směřující k udržování přeprodejní ceny) a určité „akceptace“ (tj. explicitní či implicitní souhlas odběratele s takovou pobídkou).

Toto plyne z judikatury zcela jednoznačně. Konkrétně lze poukázat např. na rozsudek Tribunálu ve věci *Volkswagen AG proti Komisi*, T-208/01,¹⁷ kde se v bodě 32 uvádí: „... pojem ‚dohoda‘ ve smyslu čl. 81 odst. 1 ES, tak jak byl vyložen judikaturou, se vztahuje k existenci shody vůle mezi nejméně dvěma stranami, přičemž forma jejího projevu není důležitá v rozsahu, v němž představuje její věrné vyjádření (rozsudek Bayer, bod 69)...“ a dále v bodě 36: „... Komise [se] nemůže domnívat, že zdánlivě jednostranné chování výrobce přijaté v rámci smluvních vztahů s vlastními prodejci může být ve skutečnosti dohodou mezi podniky ve smyslu čl. 81 odst. 1 ES, pokud neprokáže, že druhá strana výslovně nebo konkludentně souhlasila s chováním přijatým výrobcem...“

¹⁶ K tomu srov. detailně např. KINDL a kol., 2021, op. cit., s. 146–151.

¹⁷ ECLI:EU:T:2003:326. Srov. obdobně dále také např. *Bayer AG proti Komisi*, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242, bod 69, popř. rozsudek SDEU ve spojených věcech *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV a Komise proti Bayer AG*, C-2/01 P a C-3/01 P, ECLI:EU:C:2004:2, bod 102.

Výše uvedené tedy znamená, že by ÚOHS měl na základě dokazování v příslušném řízení dovodit, s kým (s jakými odběrateli) šetřený podnik (dodavatel) příslušné RPM dohody uzavíral, a to tak, že zjistí, zda vůči daným odběratelům dodavatel učinil nějakou „ofertu“ a zda tato oferta byla posléze příslušnými odběrateli (alespoň konkludentně) „akceptována“, a u kterých odběratelů k tomu došlo. Jinak řečeno, jednotlivé „dílní“ RPM dohody by měly být identifikovány.

Tento požadavek přitom plyne nejen z definice „dohody“, jak se tato traktuje v soutěžním právu, ale také z definice tzv. pokračujícího přestupku ve smyslu § 7 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**PřestZ**“). Pokud chce totiž ÚOHS dovozovat dlouhodobější trvání deliktu v podobě RPM dohod, musí příslušné jednotlivé RPM dohody chápat jako dílní útoky širšího pokračujícího deliktu. Ustanovení § 7 PřestZ přitom vyžaduje jasnou identifikaci takových dílních útoků, což plyne jak z doktríny,¹⁸ tak z judikatury.¹⁹

Přes výše uvedené ÚOHS v nynější praxi (a na rozdíl od některé své dřívější praxe²⁰) jednotlivé RPM dohody, k jejichž uzavření mělo dojít, v řízeních, resp. rozhodnutích konkrétně vůbec neidentifikuje. ÚOHS ve své praxi postupuje tak, že z jemu dostupných spisových materiálů (zpravidla emailové komunikace zajištěné při přepadovém místním šetření) dovodí to, že dodavatel se snažil určovat svým odběratelům přeprodejní ceny, a to např. i pohružkami zastavení dodávek či zablokování B2B systému atp., a že přinejmenším *někteří* odběratelé na tuto snahu přistoupili a potvrdili, že se požadavkem dodavatele na úpravu ceny budou řídit. Následně však

¹⁸ Srov. např. Průvodce zákonem č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (3. doplněná verze, aktualizovaná ke dni 1. února 2022). *Ministerstvo vnitra ČR* [online]. [cit. 9. 4. 2022]. Dostupné z: <https://www.mvcr.cz/soubor/pruvodce-novou-upravou-prestupkoveho-prava.aspx>

¹⁹ Srov. zejména rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 11. 2015, č.j. 4 As 156/2015-37, nebo ze dne 9. 10. 2009, č.j. 5 Afs 87/2008-139.

²⁰ Srov. např. rozhodnutí ÚOHS v kauze *HUSKY CZ* (č.j. 5 Afs 87/2008-139, č.j. ÚOHS-S076/2008/KD-5304/2009/820, č.j. 5 Afs 87/2008-139, a ze dne 28. 1. 2011, č.j. ÚOHS-R84/2009/HS-1260/2011/310/KPo), popř. v kauze *DELLUX CZ* (ze dne 20. 6. 2008, č.j. S 267/2007/KD-11999/2008/810, a ze dne 10. 9. 2009, č.j. ÚOHS-R 130/2008/01-9358/2009/310/JNo), které vyloženě kontrastují s tím, jak postupuje ÚOHS nyní, jelikož v těchto dřívějších kauzách ÚOHS jednotlivé dílní RPM dohody zcela jasně identifikoval, a to přímo i ve výroku rozhodnutí.

ÚOHS konstatuje, že tedy dodavatel uzavíral dohody o určení ceny (RPM) se *všemi* (sic!) svými odběrateli, a to nepřetržitě v období od data prvního dokumentu, z něž ÚOHS dovozuje srozumění s požadavky dodavatele, do data (zpravidla) zahájení správního řízení (potažmo data posledního inkriminujícího dokumentu ve spise). Takto ÚOHS postupuje, i když odběratelů dodavatele jsou stovky a k významné většině z nich nemá ve spise žádné podklady, a to i ve vztahu k těm odběratelům, kteří k dotazu ÚOHS sdělili, že o žádné RPM dohodě neví, resp. její existenci popírají.

Tento přístup ÚOHS je zjevně právně vadný a ÚOHS by ho měl přehodnotit, a to i kdyby jinak setrval u svého přísného přístupu k posuzování RPM dohod. Pokud má přeci ÚOHS ve spise důkazy prokazující, že došlo k uzavření RPM dohody např. u 10 odběratelů z celkového počtu 100 odběratelů, přičemž u 90 zbývajících odběratelů nemá ve spise buď žádné podklady, anebo podklady nedostatečné k doložení existence dohody, nemůže po právu nakonec konstatovat existenci RPM dohody se všemi 100 odběrateli, ale měl by tak případně učinit jen ve vztahu k oněm deseti. Takto by to měl vyjasnit jak v odůvodnění rozhodnutí, tak i v jeho výroku, aby bylo jasné, jaké RPM dohody (dílčí útoky) jsou součástí (pokračujícího) преступku, který ÚOHS postihuje. Toto by měl posléze ÚOHS zohlednit i při ukládání sankce, k čemuž se nyní dostávám.

3 Proč takové drakonické sankce?

Jak výše uvedeno, ÚOHS se na RPM dohody nejen nadproporčně zaměřuje, ale také je drakonicky trestá, když za ně paradoxně ukládá pokuty, které jsou vyšší než u horizontálních kartelů. Tento přístup ÚOHS je dán vícero faktory. V první řadě vychází z aplikace Metodiky k ukládání pokut účinné od dubna 2018,²¹ která (bez jakéhokoli předchozího varování) obecně vedla k několikanásobnému nárůstu ukládaných pokut za jednání trestaná v řízeních zahájených ÚOHS po datu účinnosti dané metodiky, a to bez ohledu na to, kdy k nim došlo. Tato metodika postupuje tak, že ukládaná sankce vychází z tzv. hodnoty prodeje, což má být obrat z prodeje zboží dotčeného protisoutěžním jednáním, kteroužto hodnotu násobí koeficientem závažnosti, který u RPM dohod jakožto (středně) závažného jednání

²¹ Op. cit. v pozn. č. 12.

představuje 3–10 %, a výsledek následně násobí koeficientem času v hodnotách od 1 do 10 podle délky trvání namítaného jednání. Takto určená výše pokuty pak může podléhat dalším úpravám v závislosti na polehčujících či přitěžujících okolnostech.

Vzhledem k výše popsanému přístupu ÚOHS, který dovozuje (prakticky bez ohledu na důkazní situaci) existenci RPM dohod vůči *všem* odběratelům a stanovuje prakticky nejdelší možnou dobu trvání, není překvapením, že pokuty jsou dramaticky vysoké, a to i u malých a středních podniků. ÚOHS totiž vychází pro určení výchozí hodnoty prodeje z prakticky celého obratu dotčeného soutěžitele a i u malých a středních podniků neváhá s určením koeficientu závažnosti jít vysoko nad spodní hranici, a tak v případě déletrvajících jednání „není problém“ dosáhnout maximální hranice pokuty, což se stalo např. v již shora zmiňované kauze *Baby Direkt*.

Tento přístup k určení vysoké pokuty je pak dán i tím, že v případě vertikálně integrovaných dodavatelů, kteří působí jednak jako distributoři na velkoobchodní úrovni a jednak i jako maloobchodníci (např. mají vlastní e-shop či prodejny), tak do výchozí hodnoty prodeje ÚOHS zahrnuje obrat generovaný na obou úrovních trhu, i když k vlastní RPM dohodě dochází jen mezi dodavatelem a odběratelem na velkoobchodní úrovni. Paradoxně tak ÚOHS tímto přístupem směřuje ke stanovení vyšší základny pro výpočet pokuty, než kdyby se dotčený dodavatel účastnil horizontálního cenového kartelu s ostatními distributory na velkoobchodní úrovni. V takovém případě by totiž do výchozí hodnoty prodeje spadal jen velkoobchodní obrat.

Další situace, která přispívá k nárůstu pokut v této oblasti, je skutečnost, že ÚOHS postihuje RPM dohody extraterritoriálně. Konkrétně když ÚOHS usoudí, že RPM dohody se týkaly například nejen českých, ale i slovenských odběratelů šetřeného soutěžitele, tak do určení výchozí hodnoty prodeje pro určení pokuty zahrnuje nejen obrat generovaný v České republice, ale i na Slovensku, a tedy takto zjevně trestá daného soutěžitele za účinky protisoutěžního jednání mimo ČR. Takový přístup je velmi kontroverzní. Konkrétně lze poukázat na stanovisko generálního advokáta Michala Bobka

ze dne 2. 9. 2021 v kauze *Nordzucker*.²² V tomto svém stanovisku Michal Bobek dovodil, že národní soutěžní úřady mohou, a to i když aplikují čl. 101 odst. 1 SFEU, trestat extraterritoriálně jednání mimo jejich jurisdikci pouze, pokud pro takový postup mají výslovné zmocnění v národní legislativě, jelikož z unijního práva²³ takové zmocnění neplyne.²⁴ Teritoriální působnost ZOHS, a tedy i související pravomoc ÚOHS, je přitom stanovena v § 1 odst. 5 a 6 ZOHS, které ji vážou na účinky na území České republiky.²⁵ Výslovně je stanoveno, že daný zákon se nevztahuje na jednání, které má účinky výlučně jen na zahraničním trhu.²⁶ Ve vztahu k praxi ÚOHS, co se týče RPM dohod, to znamená, že ÚOHS by neměl postupovat extraterritoriálně, jak nyní činí, a tak navyšovat jím ukládané pokuty.

V neposlední řadě pak vysoké pokuty ukládané ÚOHS vedou k tomu, že je nezbytné, aby se ÚOHS zabýval jejich možným likvidačním charakterem, a to zejména ukládá-li takové pokuty malým a středním podnikům. Povinnost zjišťovat možnou likvidačnost pokuty jednoznačně stanoví judikatura²⁷ a ÚOHS ji v zásadě v obecné rovině ani nerozporuje, avšak v praxi je posléze takové jeho hodnocení nedostatečné. ÚOHS totiž konkrétně postupuje tak, že vyjde z historických účetních výkazů, na jejichž základě si dopočítá některé základní ukazatele finančního zdraví pokutovaného soutěžitele a, je-li tento finančně zdravý, tak konstatuje, že pokuta (a nyní bez ohledu na její výši) nemá likvidační charakter. Jinak řečeno, ÚOHS si vůbec neklade otázku, jak finanční zdraví pokutovaného soutěžitele ovlivní budoucí zesplatnění pokuty a zda daný podnik bude vůbec „fyzicky“ schopen pokutu uhradit, aniž by spadl do insolvence, popř. aniž by jeho další

²² Srov. jeho stanovisko ve věci *Nordzucker AG et al.*, C-151/20, ECLI:EU:C:2021:681. Srov. též rozsudek SDEU ze dne 22. 3. 2022 posléze vydaný v dané kauze (ECLI:EU:C:2022:203), byť v něm se SDEU dané (dále rozebírané) otázky v detailu nevěnoval, ač jinak ve výsledku doporučení generálního advokáta následoval.

²³ A to ani z čl. 101 SFEU, ani z čl. 5 nařízení Rady č. 1/2003.

²⁴ Srov. zejm. body 84–86 daného stanoviska.

²⁵ K výkladu teritoriální působnosti ZOHS blíže viz KINDL a kol., 2021, op. cit., s. 83–88.

²⁶ Jinak řečeno, pokud by ÚOHS nemohl RPM dohody týkající se slovenských odběratelů trestat samostatně, když by se netýkaly českého trhu, nemůže mít možnost je trestat, pokud jejich projednání zahrne do společného řízení s posuzováním RPM dohod vůči českým odběratelům.

²⁷ Srov. např. nález Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02 (publikováno i pod č. 405/2002 Sb.).

existence ztratila ekonomicky smysl. Takový postup je nejen právně vadný, ale nedává smysl ani z ekonomického hlediska.²⁸

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 článek²⁹ 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.

²⁸ Srov. k tomu např. KRABEC, T., ČIŽINSKÁ, R. Ekonomické posouzení dopadu udělené peněžité pokuty na podnikatelskou činnost. *Odbadce a oceňování majetku*. 2021, č. 1–2, s. 42–59, popř. KRABEC, T., ČIŽINSKÁ, R. Measuring the impact of an administrative fine on a company and its future survival: a case study from the Czech Republic. *Financial Internet Quarterly*. 2021, sv. 17, č. 4, s. 34–49. DOI: <https://doi.org/10.2478/fiqf-2021-0026>

²⁹ KINDL, 2014, op. cit.