

AKTUÁLNÍ OTÁZKY SOUTĚŽNÍHO PRÁVA VE SVĚTLE DIGITÁLNÍCH TECHNOLOGIÍ

SBORNÍK Z MEZINÁRODNÍHO
WORKSHOPU PRO MLADÉ VĚDCE

**Current Issues of Competition Law
in the Light of Digital Technologies**

Conference Proceedings of Young Researchers

Michal Petr (ed.)

**Iuridicum Olomoucense
2022**

Vzor citace:

Petr, M. (ed.). *Aktuální otázky soutěžního práva ve světle digitálních technologií. Sborník z mezinárodního workshopu pro mladé vědce*. 1. vyd. Olomouc: Iuridicum Olomoucnense, 2022. 130 s. ISBN 978–80–88266-xx-x.

*Tato publikace vychází s podporou programu ERASMUS+ Evropské unie
With the support of the ERASMUS+ Programme of the European Union*



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union

Tato publikace byla vydána Jean Monnet Centrem Excellence Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci v rámci realizace projektu Jean Monnet Network „European Union and the Challenges of Modern Society (Legal Issues of Digitalization, Robotization, Cyber Security and Prevention of Hybrid Threats)“. Project id: 611293-EPP-1-2019-1-CZ-EPPJMO-NETWORK

Published by the Jean Monnet Centre of Excellence by the Faculty of Law of the Palacký University in Olomouc in course of implementation of the Jean Monnet Network „European Union and the Challenges of Modern Society (Legal Issues of Digitalization, Robotization, Cyber Security and Prevention of Hybrid Threats) Project id: 611293-EPP-1-2019-1-CZ-EPPJMO-NETWORK.

Edice publikací Jean Monnet Centra excellence v oboru evropského práva na Právnické fakultě UP v Olomouci.

Vydalo Iuridicum Olomoucnense, o.p.s.,
Tř. 17. listopadu 8, 771 11 Olomouc
Výkonný redaktor: Michal Černý
Technická redakce: Lukáš Walek
Návrh obálky: Hana Žůrková
Tisk: Benefit Print s.r.o., Tichého 11, 616 00 Brno

1. vydání

ISBN 978–80–88266-xx-x

Obsah

Předmluva	5
Úvodní slovo	8
Zneužití dominantního postavení kolektivních správců autorských práv.....	11
Tereza Fryčarová	
Regulating Digital Markets: Should We Opt for Ex Ante Rules or Weaponised Competition Law?.....	22
Miroslav Jakab	
Kauza LEGO: Kam až lze zajít ve snaze o jednotný přístup k online a offline prostředí?.....	35
Dita Krumlová	
Přínosy digitální ekonomiky pro posuzování tržní síly	54
Jan Kupčík	
Možnost vyloučení účastníka ze zadávacího řízení kvůli tzv. bid riggingu.....	66
Nikola Ledvinková	
Cenové algoritmy a sůtažné právo EÚ.....	77
Mária T. Patakyová	
„Gatekeepers“ podľa návrhu Digital Markets Act – širšie úvahy a perspektívy	87
Simona Rudohradská	
Porušení hospodářské soutěže společností Booking.com	101
Andrea Šimordová	
Kartel Olomouckých směnárén.....	113
Andrea Šimordová	
Summaries in English	122
Program workshopu Soutěžní právo v oblasti digitálních technologií	126
Program sekce Aktuality ze soutěžního práva.....	128

PŘEDMLUVA

V roce 2021 proběhly na Právnické fakultě Univerzity Palackého v Olomouci dvě významné události pro mladé vědce, zaměřené na moderní trendy v soutěžním právu. Tou první byl workshop *Soutěžní právo v oblasti digitálních technologií*, který se konal on-line dne 27. 4. 2021. Druhou byl panel *Aktuality ze soutěžního práva* v rámci Debat mladých právníků, které olomoucká Právnická fakulta tradičně pořádá v podzimních měsících. Tento sborník sdružuje příspěvky, které byly u těchto příležitostí prezentovány.

První workshop, *Soutěžní právo v oblasti digitálních technologií*, uspořádalo *Jean Monnet Centre of Excellence in EU Law při Právnické Fakultě Univerzity Palackého v Olomouci (JMCE) ve spolupráci s Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS)* a Českou asociací pro Evropská studia. Jednalo se o mezinárodní workshop, určený zejména pro studenty, doktorandy i čerstvé absolventy z partnerských univerzit, kerého se ovšem zúčastnili i vrcholní představitelé ÚOHS.

Tento workshop byl organizován v rámci projektu Jean Monnet Network „*European Union and the Challenges of Modern Society (Legal Issues of Digitalization, Robotization, Cyber Security and Prevention of Hybrid Threats)*“, sdružujícím vedle Univerzity Palackého v Olomouci jako hlavního koordinátora i slovenskou Univerzitu Komenského v Bratislavě, estonskou Talinskou Technologickou Univerzitu, německou Univerzitu v Heidelbergu a ukrajinskou Národní univerzitu Tarase Ševčenko v Kyjevě.

Tento workshop reagoval na skutečnost, že ačkoliv je tzv. digitální ekonomika předmětem zájmu soutěžní politiky je již řadu let, teprve v současné době se dosud spíše teoretická debata přesouvá ke konkrétním výsledkům. Evropská komise udělila v posledních letech společnosti Google za zneužití jejího dominantního postavení na různých trzích řadu pokut, přesahujících v souhrnu částku 8 miliard EUR. Další řízení s touto společností pokračují, žaloby proti ní byly podány i v USA a řadě mimoevropských jurisdikcí. V řadě jurisdikcí po celém světě jsou vyšetřovány i další technologické giganty, včetně společnosti Amazon, Apple nebo Facebook. Společnost Booking.com byla paralelně vyšetřována dokonce v 16 členských státech EU. Velkou pozornost vyvolalo rovněž rozhodnutí německého soutěžního úřadu, který shledal porušení soutěžního práva v zacházení společností Facebook

s osobními údaji jejich uživatelů. Potřeba regulovat velké internetové platformy vygradovala rovněž v oblasti legislativy, Komise zveřejnila na sklonku roku 2020 návrh na přijetí tzv. aktu o digitálních službách a aktu o digitálních trzích, které doplňují stávající soutěžní pravidla o zcela nové nástroje.

Řada otázek přesto stále zůstává v oblasti teorie, počínaje ryze praktickými otázkami, týkajícími se např. vymezení relevantního trhu ve vztahu k bezúplatným službám, přes úvahy týkající se potřeby nového vymezení základních konceptů soutěžního práva, např. pokud jde o dominantní postavené v on-line sféře, až k zatím převážně teoretickým úvahám týkajícím se např. dopadů využití umělé inteligence na odpovědnost za protisoutěžní jednání.

Řada z těchto témat byla na workshopu diskutována. V jeho úvodu vystoupila paní Naděžda Šišková, vedoucí Jean Monnet Centre of Excellence in EU Law a hlavní koordinátorka Jean Monnet Network, v rámci kterého se workshop uskutečnil. Díky výborné spolupráci Právnické fakulty s ÚOHS vystoupili s úvodními slovy rovněž pan Petr Mlsna, předseda ÚOHS, a pan Kamil Nejezchleb, v tu dobu nově jmenovaný místopředseda ÚOHS pověřený řízením sekce hospodářské soutěže.

První část příspěvků se zaměřila na obecnější dopady digitalizace na soutěžní politiku. Se svým příspěvkem na téma *Hledání správné míry nedůvěry vůči digitálním trhům* vystoupil Miroslav Jakab z Právnické fakulty Karlovy Univerzity, Simona Rudohorská z Univerzity Pavla Josefa Šafárika v Košiciach zpracovala téma „Gatekeepers“ podlé návrhu *Digital Markets Act – širšie úvahy a perspektívy* a Mária T. Patákyová z Univerzity Komenského v Bratislavě téma *Cenové algoritmy a súťažné právo EÚ*.

Druhá část příspěvků se týkala praktických dopadů digitalizace na proosazování soutěžního práva. V jejich rámci vystoupili doktorskí právníci fakulty Palackého univerzity Josef Abrahám (*Jsou nástroje soutěžního práva v digitálním věku dostatečné?*) a Ondřej Dostal (*Digitální aspekty místního šetření soutěžních úřadů*), dále doktorandi z Masarykovy univerzity Jiří Mňuk (*Rozsudek Tribunálu ve věci CK Telecoms a jeho možné dopady (nejen) na telekomunikační a digitální trhy*) a Jan Kupčík (*Přínos digitální ekonomiky pro analýzu tržní síly*), a ve vztahu ke konkrétním rozhodnutím Dita Krumlová z Karlovy Univerzity (*Kauza LEGO: Kam až lze zajít ve snaze o jednotný přístup*).

k online a offline prostředí?) a zástupce ÚOHS Břetislav Martínek (Digitální trhy v rozhodovací praxi ÚOHS).

Podzimní workshop, pořádaný v rámci tradičních Debat mladých právníků, se pak zaměřil na neaktuálnější otázky prosazování soutěžního práva. Se svými příspěvky vystoupily zástupkyně ÚOHS Tereza Fryčarová (*Zneužití dominantního postavení kolektivních správců autorských práv*), Nikola Ledvinková (*Vyloučení účastníka ze zadávacího řízení z důvodu podezření na bid rigging*) a Andrea Šimorodová (*Kartel olomouckých směnáren*), z „domácích“ řečníků pak Ondřej Dostal (*Rozhodovací praxe soutěžních úřadů v oblasti zakázaných dohod v energetice*) a Eva Zorková (*Koncept soutěžitelle v drážní dopravě*).

Oba workshopy byly velmi *úspěšné*, a olomoucká právnická fakulta bude v pořádání vědeckých setkání, zaměřených na aktuální otázky soutěžního práva, pokračovat i do budoucna.

Za autorský kolektiv

Doc. JUDr. **Michal Petr**, Ph.D.

Vedoucí Katedry Evropského a mezinárodního práva, PF UPOL
člen Jean Monnet Centra Excellence PF UPOL

ÚVODNÍ SLOVO

Stejně, jako svůj příspěvek, který jsem měl možnost přednést na workshopu Soutěžní právo v oblasti digitálních technologií i toto úvodní slovo zahájím úslovím: „*Quo vadis ochrana hospodářské soutěže?*“ Myslím si totiž, že přesně vystihuje potřebu toho, nad čím je třeba se při aplikaci soutěžního práva důsledně zamýšlet v této až nevídaně turbulentní době, ve které se oblast prosazování soutěžního práva a v širším pohledu obecně ochrana efektivně fungujících trhů nachází, resp. se mění dle mého názoru téměř přímo před očima.

Jsmo v situaci, kdy vedle jiných i soutěžní právo muselo reagovat na bezprecedentní situaci způsobenou pandemií Covid-19, která ledva (doufejme) skončila, byla vystřídána další krizí v podobě ruské válečné agrese na Ukrajině. Současně v Evropské unii v rámci již dlouhodobého trendu skutečně nebývale vzrostla minimálně politická poptávka po tzv. udržitelném přístupu s důrazem na ochranu životního prostředí. Ta se promítla a promítá stále silněji do reálného ekonomického života a tržního chování, kdy je patrné, že větší podnikatelské projekty bez „zelené nálepky“ jsou již poměrně vzácné a ochota jejich financování ze strany bankovního sektoru ještě vzácnější. Ve vztahu k ochraně hospodářské soutěže proto probíhají diskuze, jak tento fenomén inkorporovat do její ochrany, resp. zajistit, aby tato ochrana rozvoj udržitelnosti nebrzdila.

Domnívám se, že soutěžní právo to zatím vše zvládá a adekvátně reaguje na realitu doby. Je tak zřejmé, že jeho základní normy jsou značně flexibilní a umožňují pružně reagovat na potřeby i nenadálých a složitých situací. S tím však souvisí nebezpečí jeho politizace, neboť čím flexibilnější norma a čím obecnější či pluralitnější jsou její cíle, tím více hrozí, že mohou být vzájemně antagonistické, obtížně konzistentně aplikovatelné, působit právní nejistotu či být dokonce zneužitelné. Proto je třeba při jeho aplikaci stále pamatovat na to, proč hospodářskou soutěž chráníme a v čí prospěch. Jsem zastáncem toho, že tímto standardem ochrany je a musí být onen spotřebitelský blahobyt, ať už jej vnímáme jakkoliv široce. Bez lpění na tomto standardu, či jeho neúměrném rozšiřování, bychom se totiž mohli snadno dostat do situace, kdy ochrana hospodářské soutěže bude bezcílná a racionálně neuchopitelná a nekoncepční. Jinak řečeno chránit hospodářskou soutěž jen pro její krásu je hezké, ale poněkud zbytečné. Proto je tradičně, ač jako

specifický statek sui generis, chráněna z jasného důvodu, a to že vede k ekonomickým benefitům, v podobě produkční a alokační efektivity.

Vedle výše uvedených koncepčních úvah je třeba se aktuálně dívat i na další a dle mého názoru systémovou a již se dá říci dlouhodobě probíhající změnu, a to masivní přechod obchodu, ale i dalších lidských činností, směrem online, do světa digitálního. Na mnohých trzích dochází k dramatickému vývoji a uplatňování digitalizace, objevují se nové technologie, transakce zrychlují, jejich počet se zvyšuje, reklama a tlak na zákazníky je stále cílenější, projevují se síťové efekty a mnoho trhů funguje prostřednictvím vícestranných platform. V tomto prostředí navíc ke koluzi může potenciálně docházet prostřednictvím algoritmů, data se stávají čím dál víc zcela nezastupitelným palivem na cestě k podnikatelskému úspěchu a jejich zadržování může mít v určitých případech formu zneužití dominantního postavení.

V tomto prostředí lze spatřovat z pohledu soutěžního práva mnoho zajímavých úkazů. Miliardové nákupy relativně malých start-upů s malým obratem ze strany digitálních obrů, stále silnější vertikální integraci platform, nové business modely a obecně stále rostoucí tržní sílu digitálních gigantů. To vše nese pro soutěž výzvy a stejně tak pro soutěžní právo. To na tyto fenomény koncepčně reagovat dokáže, nicméně je faktem, že s relativně značným prodlením. Důvod je nasnadě, a to, že soutěžní právo je koncepčně tzv. case specific, tedy v každém jednotlivém případě zkoumá, resp. mělo by zkoumat vliv určitého ať už unilaterálního, či multilaterálního jednání na trh a jeho dopad na spotřebitelský blahobyt. To s sebou nese jednoznačnou výhodu v tom, že ve výsledku jsou minimalizována rizika falešných pozitiv i negativ, protože se nepředjímá, že nějaké jednání je a priori pro hospodářskou soutěž a trhy dobře či špatně. Na druhé straně je tu daň v podobě značné délky antitrustových řízení a jejich až ex post dopad na již potenciálně narušený trh, kdy náprava může být velmi obtížná až nemožná. Proto vedle tradičních nástrojů prosazování soutěžního práva v oblasti digitálních trhů, kde dochází k rychlému intenzivnímu vývoji, vyvstala poptávka a potřeba po dalších nástrojích a možnostech, jak dané trhy a efektivně fungující konkurenci na nich bránit. Na evropské úrovni je takovýmto nástrojem tzv. DMA, neboli nařízení o digitálních trzích. To však, ač jím odsuzované praktiky vycházejí právě ze zkušeností z aplikace práva soutěžního, je čistou regulací a prostě bez dalšího zkoumání určité jednání do něj spadajících spo-

lečnosti – gatekeeperů – zakazuje, a to bez ohledu na jejich skutečný vliv na blahobyt spotřebitele v konkrétním případě. Riziko falešných negativ je tedy proto z povahy věci vyšší než v případě aplikace práva soutěžního.

V současné krizemi zmítané době, turbulentním prostředí vyvíjejících se online trhů, poptávce po nástrojích k regulaci a krocení digitálních obrů, podpoře udržitelných řešení a tím pádem i nepochybně zvýšených nárocích na aplikační flexibilitu soutěžně-právních norem je nanejvýš důležité, aby byla vedena odborná diskuze, navrhovaná řešení byla kriticky hodnocena a jednání soutěžitelů posuzována s přihlédnutím k tomu, v jakém právním a ekonomickém kontextu k nim dochází. To vše pak nepochybně vždy s myšlenkou, že ochrana hospodářské soutěže a díky ní efektivně fungujících trhů nesmí být samoúčelná, ale musí vest k jednoznačnému benefitu pro společnost, kterým v konečném důsledku má dle mého názoru být onen spotřebitelský blahobyt.

Mgr. Ing. **Kamil Nejezchleb**, Ph.D.
Místopředseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

ZNEUŽITÍ DOMINANTNÍHO POSTAVENÍ KOLEKTIVNÍCH SPRÁVCŮ AUTORSKÝCH PRÁV

TEREZA FRYČAROVÁ

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Brno¹

Abstrakt: Následující příspěvek si klade za cíl přiblížit čtenářům dvě nedávná rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „Úřad“)² ve věci zneužití dominantního postavení ze strany kolektivních správců autorských práv, konkrétně kolektivního správce OSA – Ochramný svaz autorský pro práva k dílům hudebním, z.s. (dále též „OSA“) a kolektivního správce INTERGRAM, nezávislá společnost výkonných umělců a výrobců zvukových a zvukově-obrazových záznamů, z.s. (dále též „INTERGRAM“). Předseda Úřadu zde potvrdil rozhodnutí prvostupňového orgánu³, který dospěl k závěru, že zneužití dominantního postavení se kolektivní správci dopustili tím, že požadovali po tuzeckých ubytovacích zařízeních platby odměny za užití děl prostřednictvím televizního či rozhlasového přijímače (dále též „autorské poplatky“ nebo „odměna“) na pokojích pro hosty i v případě, kdy tento pokoj nebyl hostem vůbec obsazen. V tom Úřad spatřoval nepřiměřenou obchodní podmínku a uložil kolektivním správcům pokutu v řádu desítek milionů korun. Příspěvek je zaměřen na nejdůležitější posuzované otázky.

Abstract: This article briefly describes two recent decisions of the Chairman of the Czech NCA, the Office for the Protection of Competition, which concern an abuse of dominant position by two collective managers of ownership copyrights. By its first-instance decision, the Office imposed a fine on the collective manager of ownership copyrights OSA and the collective manager of ownership copyrights INTERGRAM for abuse of its dominant position by imposing inadequate conditions on accommodation facilities for acquiring license fees for usage of copyrights by means of audio or audio-visual devices in the rooms of accommodation facilities. The abuse consisted in the fact that the collective managers did not consider the occupancy of rooms in accommodation facilities. On that basis, the operators of accommodation facilities paid license fees even when the room was not

- 1 Tento článek nevyjadřuje oficiální názory a stanoviska instituce, pro kterou autorka pracuje.
- 2 Viz rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 23. 11. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0002/2020/HS, č.j. ÚOHS-37341/2020/310/Aš. A rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 31. 5. 2021, sp. zn. ÚOHS-R0236/2020/HS, č.j. ÚOHS-17915/2021/164/TFr.
- 3 Viz rozhodnutí Úřadu ze dne 18. 12. 2019, č.j. ÚOHS-S0249/2018/DP-35137/2019/830/DKl. A rozhodnutí Úřadu ze dne 14. 12. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0250/2018/DP, č.j. ÚOHS-40242/2020/830/DKl.

occupied at all and the work could not be communicated to the public. According to the Office this practice cannot be seen as an adequate condition and thereby it does not fulfil the requirement of proportionality of mutual performance and consideration of the contract. This article focuses on the most important issues judged.

Klíčová slova: *hospodářská soutěž, regulace, zneužití dominantního postavení, kolektivní správa autorských práv, nepřiměřená obchodní podmínka, pokuta.*

Keywords: *abuse of dominance; collective management of copyrights; competition law; fines; regulation; unfair contractual terms*

I. Shrnutí případu

Podle rozhodnutí Úřadu porušili kolektivní správci ust. § 11 odst. 1 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném v době spáchání deliktu (dále též „ZOHS“) a čl. 102 písm. a) Smlouvy o fungování Evropské unie, a to kolektivní správce OSA v období od 19. 5. 2008 do 6. 11. 2014, kolektivní správce INTERGRAM v období od 1. 1. 2009 do 6. 11. 2014. Jednání kolektivních správců spočívalo v tom, že v rozhodném období navzdory své dřívější praxi přestali při vybírání autorských poplatků zohledňovat obsazenost kapacit ubytovacích zařízení, tedy vybírali platby odměn i za pokoje, na nichž nebyl ubytovaný žádný host.

K vysvětlení, proč kolektivní správci změnili svoji praxi při vybírání autorských poplatků od provozovatelů ubytovacích zařízení a začali uplatňovat jednotnou sazbu bez zohlednění obsazenosti a následně od tohoto jednání zase upustili, je třeba nahlédnout do autorského zákona⁴ a novelizací jeho ust. § 23, které upravuje provozování rozhlasového a televizního vysílání. V původním znění vymezilo dané ustanovení pojem provozování rozhlasového či televizního vysílání velmi obecně: „*Provozováním rozhlasového či televizního vysílání díla se rozumí zpřístupňování díla vysílaného rozhlasem či televizí pomocí přístroje technicky způsobitelného k příjmu rozhlasového či televizního vysílání.*“ Novela č. 81/2005 Sb. účinná od 23. 2. 2005 změnila § 23 tím, že z provozování vyloučila zpřístupňování díla ubytovaným v ubytovacích

4 Tj. zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů.

a zdravotnických zařízeních. Tento stav byl však v rozporu s unijním právem, jak jej vyložil Soudní dvůr Evropské unie (dále též „SDEU“), který rozhodl, že „[...] soukromá povaha pokojů hotelového zařízení nebrání tomu, aby v nich uskutečňované sdělování díla prostřednictvím televizních přijímačů představovalo sdělování veřejnosti ve smyslu čl. 3 odst. 1 směrnice 2001/29.“⁵ Tento stav následně napravila další novela autorského zákona č. 168/2008 Sb. účinná od 19. 5. 2008, která zachovala výjimku pouze pro zdravotnická zařízení, zatímco pro ubytovací zařízení zavedla maximální výši pro výběr poplatku, a to ve výši 50% koncesionářského poplatku pro všechny kolektivní správce dohromady. Na základě této novelizace pak kolektivní správci přestali zohledňovat obsazenost ubytovacích zařízení. Další z velkého množství novel autorského zákona, novelou č. 228/2014 Sb. účinnou od 7. 11. 2014, došlo k novelizaci § 100 autorského zákona, který upravuje vztahy kolektivního správce k zastupovaným nositelům práv a k uživatelům předmětů ochrany. Novela tak zavedla v ust. § 100 odst. 6 písm. d) povinnost přihlédnout při uzavírání smluv mezi kolektivním správcem a ubytovacím zařízením k „přímému či nepřímému hospodářskému nebo obchodnímu prospěchu, který uživatel získá z užití či v souvislosti s užitím předmětu ochrany, a to včetně četnosti využití ubytovacích prostor za účelem získání takového prospěchu, v nichž dochází k užití předmětu ochrany,“ avšak stále ponechala maximální výši pro výběr poplatku. Tu zrušila až novela č. 102/2017 Sb., účinná od 20. 4. 2017. Kolektivní správci tak přestali zohledňovat obsazenost ubytovacích kapacit, když jim zákonodárce nastavil maximální možnou výši odměny, a opět ji začali zohledňovat až v okamžiku stanovení této povinnosti zákonem.

II. Povaha licence

Úřad v případě obou kolektivních správců provedl posouzení obsahu licence poskytnuté provozovatelům ubytovacích zařízení, aby zjistil, zda lze nezohlednění obsazenosti pokojů při stanovení výše odměny za užití díla/předmětu ochrany považovat za uplatňování nepřiměřené obchodní podmínky kolektivními správci ve smluvních vztazích vůči ubytovacím

5 Viz bod 54 rozsudku SDEU ze dne 7. 12. 2006, Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE) v. Rafael Hoteles, C-306/05 (dále též „rozsudek ve věci Rafael Hoteles“).

zařízením. Jinými slovy Úřad posuzoval, zda nezohledňování obsazenosti při výpočtu odměny autorského poplatku je či není přiměřené k poskytovanému protiplnění, tedy poskytnutí licence k užití děl/předmětů ochrany prostřednictvím jejich zpřístupňování ubytovaným osobám, tedy hostům. Dospěl pak k závěru, že pokud kolektivní správci požadovali po svých smluvních partnerech vyplacení odměny i v případě, kdy na pokoji ubytovacího zařízení nebyl ubytován žádný host, docházelo k vynucování plnění, aniž by existovalo jakékoli protiplnění ze strany poskytovatele licence, tedy kolektivních správců.

Kolektivní správci ve svých rozkladech namítali, že jim Úřad formalisticky vytýká toliko strukturu odměny sjednávané za poskytování licence provozovatelům ubytovacích zařízení. Rovněž brojili proti samotnému pojetí licence ze strany Úřadu, neboť podle nich rozhodnutí Úřadu zcela popírá smysl a povahu licence. To se pak má negativně projevit na celé konstrukci údajného zneužití dominantního postavení a nesprávná interpretace podstaty a hodnoty licence ze strany Úřadu podle kolektivních správců představuje naprosto zásadní pochybení.

Předseda Úřadu se tak musel vypořádat s výkladem samotného pojmu licence, neboť tento výklad byl klíčový pro posouzení přiměřenosti obchodní podmínky kolektivních správců vůči provozovatelům ubytovacích zařízení, přičemž zkoumal, jakým způsobem pojem licence vykládá tuzemská i unijní judikatura.

Zákonná úprava pro posuzované období, obsažená v §§ 46–57 autorského zákona, příliš odpověď nedává. Lze z ní pouze vyčíst, že licence opravňuje jejího nabyvatele s dílem příslušným způsobem nakládat. Zákon ovšem žádným způsobem neříká, ve kterém okamžiku vzniká nárok na autorskou odměnu, zda samotným poskytnutím licence (jak byli přesvědčeni kolektivní správci), či jejím užitím (jak byl přesvědčen Úřad). Ani odborná literatura k autorskému zákonu potřebnou odpověď neposkytuje.

Je tedy nutno se obrátit na unijní judikaturu, která předkládá alespoň částečnou odpověď. V případě vzniku nároku na odměnu za poskytnutou licenci je dle unijní judikatury klíčový moment sdělování veřejnosti, kdy musí dojít k naplnění dvou kritérií: sdělování díla (resp. předmětu ochrany) a jeho sdělování veřejnosti.

Důležitým rozsudkem SDEU ve věci sdělování veřejnosti je již zmíněný **rozsudek ve věci Rafael Hoteles**. Španělský kolektivní správce SGAE měl za to, že užíváním televizních přijímačů a přístrojů zajišťu-

jících vysílání hudební kulisy uvnitř hotelu, jehož majitelem je společnost Rafael Hoteles SA, docházelo ke sdělování děl veřejnosti. Hotely společnosti Rafael Hoteles SA tak měly v hotelových pokojích i společných prostorách umístěny a připojeny přijímače audiovizuálních děl, ale kolektivnímu správci za ně neplatily poplatky. Španělský odvolací soud pak SDEU položil mimo jiné předběžnou otázku, zda je hotelový pokoj chápán jako čistě soukromý prostor, kde nelze sdělovat dílo veřejnosti, a zda lze ubytované hosty považovat za veřejnost. SDEU zde dospěl k závěru, že klienti hotelového zařízení (tj. ubytovaní hosté) představují novou veřejnost, a u samotného pojmu sdělování zdůraznil, že „*poskytuje-li hotelové zařízení prostřednictvím takto umístěných televizních přijímačů signál svým klientům ubytovaným v pokojích tohoto zařízení, jedná se o sdělování veřejnosti, aniž by bylo nutné se zabývat tím, jaká technika přenosu signálu je užívána.*“⁶ SDEU tedy konstatoval, že hotelový pokoj není soukromým prostorem ve smyslu sdělování veřejnosti, a provozovatel je tak povinen autorské poplatky za pokoje odvádět, a zároveň k tomu doplnil, že pouhé umístění přístroje na pokoj není samo o sobě sdělováním veřejnosti, nýbrž je nutné, aby na pokoji byla veřejnost přítomna, jinými slovy musí být komu audiovizuální díla sdělovat.⁷ Nejedná se tak v tomto případě o hypotetické hosty, ale o hosty reálně se vyskytující v ubytovacím zařízení.⁸

Druhým důležitým rozsudkem, je rozsudek SDEU ze dne 4. 10. 2011, ve spojených věcech C403/08 a C429/08, Football Association Premier League Ltd., kde se SDEU zabýval odpovědí na předběžnou otázku, zdali pojem sdělování veřejnosti zahrnuje i zprostředkování děl vysílaných rozhlasem či televizí, a to prostřednictvím televizní obrazovky a reproduktorů, zákazníkům přítomným v restauračním zařízení. S ohledem na rozsudek ve věci Rafael Hoteles SDEU konstatoval, že se jedná o analogický případ a vlastník restauračního zařízení, stejně jako hoteliér, také provádí sdělování, když *vědomě umožňuje zákazníkům fyzicky přítomným v tomto zařízení přístup k pořadu vysílanému televizí a obsahujícímu chráněná díla.*⁹

6 Viz bod 46 rozsudku ve věci Rafael Hoteles, op. cit.

7 Viz bod 45 rozsudku ve věci Rafael Hoteles, op. cit.

8 K tomu detailněji srov. bod 38 rozsudku ve věci Rafael Hoteles, op. cit.

9 Viz bod 195 rozsudku SDEU ze dne 4. 10. 2011, Football Association Premier League Ltd a další v. QC Leisure a další, a Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd, spojené věci C403/08 a C429/08 (v el. sb. rozh.).

Z tuzemské judikatury uvedme alespoň závěry usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 9. 2003, sp. zn. 6 Tdo 380/2003, kde se Nejvyšší soud stejně jako SDEU musel vypořádat s otázkou, zda sdělování veřejnosti probíhá i na uzavřených hotelových pokojích, či zda jsou tyto pouze soukromým prostorem. Nejvyšší soud přitom uvedl, že *provozovatel, který vybaví hotelové pokoje televizním nebo rozhlasovým přijímačem a nabídne své ubytovací služby, se v důsledku toho stává uživatelem vysílaných děl, neboť je využívá tím, že umožňuje ubytovaným hostům příjem vysílaných pořadů*. I Nejvyšší soud se tak přidržel závěru, že provozovatel ubytovacího zařízení sice je uživatelem vysílaných děl, neboť umožňuje příjem vysílaných pořadů, ovšem ubytovaným hostům.

S ohledem na výše uvedené lze tedy shrnout, že aby mohlo být dílo na pokoji ubytovacího zařízení sdělováno veřejnosti, musí být veřejnost, tedy host, na pokoji reálně ubytována. Jelikož tak ke sdělování předmětu ochrany nemůže docházet na neobsazeném pokoji, neboť tam schází klíčový prvek (přítomnost veřejnosti), nemohlo ze strany provozovatelů ubytovacích zařízení dojít ani k užití poskytnuté licence, a tedy ze strany kolektivních správců nemohlo dojít k plnění. Z toho důvodu předseda Úřadu uzavřel, že se v daném případě nemohlo jednat o přiměřené protiplnění, neboť v případě neobsazených pokojů se nejednalo o plnění vůbec žádné.

III. Výpočet pokuty podle účinné interní metodiky

Dalším stěžejním problémem, kterým se předseda Úřadu musel zabývat, a na který bych ráda soustředila pozornost, bylo užití správné interní metodiky pro výpočet výše ukládané sankce. Kolektivní správce OSA¹⁰ ve svém rozkladu nesouhlasil s aplikací interní metodiky Úřadu Postup pro ukládání pokut (dále též „Postup“)¹¹, neboť jednání kolektivního správce OSA mělo trvat od 19. 5. 2008 do 6. 11. 2014, přičemž Postup nabyl účinnosti až dne 24. 4. 2018. Dle kolektivního správce OSA byl tedy aplikován pozdější předpis, aniž by byl pro něho příznivější, což je v přímém rozporu s čl. 6 Evropské úmluvy o lidských

10 Kolektivní správce INTERGRAM tuto námitku v rozkladu nenamítal, ovšem jedná se o problematiku, jejíž řešení mělo zásadní dopad i na řízení s kolektivním správcem INTERGRAM.

11 Dostupné na https://www.uoohs.cz/download/Legislativa/HS/CR/Metodika_pokut_2018_04.pdf.

právech, tedy v rozporu s právem na spravedlivý proces. Podle kolektivního správce OSA měl Úřad aplikovat svoji předchozí interní metodiku Zásady postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 ZOHS (dále též „Zásady“),¹² jejíž použití by bylo pro kolektivního správce OSA mnohem příznivější.

Předseda Úřadu na tomto místě nejdříve konstatoval, že se v daném případě nejednalo o aplikaci pozdější právní úpravy, neboť dikce ust. § 22a odst. 2 ZOHS, účinného v době dokonání skutku, se co do maximální možné výše uložené pokuty nijak nezměnila, a to až do chvíle zahájení správního řízení, resp. do jeho skončení, přičemž tuto hranici Úřad v případě obou kolektivních správců nepřekročil. Podle judikatury tuzemských soudů pak interní pravidla pro ukládání pokut (jako jsou Postup a Zásady) právním předpisem nejsou, a to jak formálně, tak ani materiálně. Dle Nejvyššího správního soudu slouží vnitřní organizační pokyny Úřadu *především k zajištění transparentnosti a objektivnosti rozhodování Úřadu, nejsou však závazné navenek*.¹³ Rovněž Krajský soud v Brně konstatoval, že se v případě interních pravidel Úřadu nejedná o právní úpravu, a není proto na místě aplikovat zásadu pozdější výhodnější právní úpravy.¹⁴ Tentýž soud v jiném svém rozsudku uvedl, že *„Zásady nejsou součástí právního řádu, adresáti (účastníci těch řízení před žalovaným, na něž mají tyto zásady dopadat) však mají právo na to, aby podle nich žalovaný postupoval, stanovil-li tak žalovaný a je-li jejich aplikace ve prospěch těchto adresátů.“*¹⁵ Jak tedy vyplývá z výše uvedeného, na aplikaci vnitřních pokynů nedopadají trestněprávní principy a v tomto smyslu se tak nemohlo jednat ze strany Úřadu o porušení práva na spravedlivý proces.

Je tu však samozřejmě otázka legitimního očekávání účastníků řízení, neboť vlastní pravidla, resp. vlastní správní praxe, správní orgán zavazují, jak dovedl několikrát Nejvyšší správní soud¹⁶ i unijní

12 Dostupné na: https://www.uohs.cz/download/Legislativa/HS/SoftLaw/zasady_stanovovani_pokut.pdf.

13 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 77/2012–46.

14 Rozsudek Krajského soudu ze dne 18. 6. 2020, č. j. 62 Af 15/2019–238.

15 Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 16. 2. 2017, č. j. 62 Af 120/2015–115.

16 K tomu viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 8. 2009, č. j. 7 As 43/2009–52, či rozsudek téhož soudu ze dne 28. 4. 2005, č. j. 2 Azs 1/2005–57, či jeho rozsudek ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006–132 (1915/2009 Sb. NSS).

judikatura¹⁷. Úřad je tak vázán svým aktuálním interním předpisem, který se zavázal dodržovat. Jestliže se tak v případně aplikace Postupu nejednalo o aplikaci novější právní úpravy ve smyslu trestněprávním, Úřad svým jednáním pouze změnil svoji dosavadní praxi, když se rozhodl v mezích zákonných mantinelů aktualizovat interní postupy při ukládání pokut a vydat Postup. Takové jednání Úřadu je v možné i v rámci zásady legitimního očekávání, existují však mantinely určené tuzemskou i unijní judikaturou, které Úřad nesmí překročit. Nejvyšší správní soud v tomto ohledu opakovaně judikoval, že správní orgán svoji zavedenou správní praxi samozřejmě změnit může, avšak musí tak činit pouze do budoucna, z racionálních důvodů, které musí řádně odůvodnit a s nimiž se dotčené subjekty mají možnost seznámit, a v neposlední řadě musí tuto změnu praxe aplikovat na všechny případy, jichž se taková praxe týká.¹⁸

K problematice možného zvýšení pokut se obšírně vyjadřuje i unijní judikatura.¹⁹ Stěžejním rozhodnutím v dané oblasti, které bylo pro posouzení dané problematiky klíčové a kterému bych se ráda více věnovala, je rozsudek Tribunálu ve věci Saint-Gobain²⁰, v němž se unijní soud zevrubně věnuje obdobné situaci jako v projednávaném případě. Komise tehdy obdobně jako Úřad aplikovala novější přísnější Pokyny pro výpočet pokut účinné od roku 2006 (dále též „Pokyny Komise“)²¹, ačkoli vytýkané jednání skončilo v roce 2003 a žalobci trvali na tom,

17 Viz např. rozsudek SDEU ze dne 19. 3. 2009, Komise v. Archer Daniels Midland Co., C-510/06 P (v el. sb. rozh.). Shodně rovněž v rozsudku Tribunálu ze dne 5. 4. 2006, Komise v. Degussa AG, T-279/02 (v el. sb. rozh.).

18 Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 8. 2009, č. j. 7 As 43/2009–52, či ze dne 24. 2. 2010, č.j. 6 Ads 88/2006–159, či jeho rozsudek ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009–541.

19 Např. rozsudek Tribunálu ze dne 8. 7. 2008, Komise v. BPB, T-53/03 (v el. sb. rozh.), či rozsudky SDEU ze dne 7. 6. 1983, Komise v. Musique diffusion française, C-100/80 (v el. sb. rozh.), nebo ze dne 7. 6. 2007, Komise v. Britannia Alloys & Chemicals Ltd., C-76/06 P (v el. sb. rozh.).

20 Viz rozsudek Tribunálu ze dne 27. 3. 2014, Komise v. Saint-Gobain Glass France SA a další, spojené věci T-56/09 a T-73/09 (dále též „rozsudek ve věci Saint-Gobain“).

21 Viz Pokyny pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení č. 1/2003, C 210/2 ze dne 1. 9. 2006.

že Komise měla na danou věc aplikovat dřívější Pokyny z roku 1998.²² Tribunál v první řadě konstatoval, že Pokyny Komise je s ohledem na jejich materiální dopad nutné postavit na shodnou úroveň se zákonným předpisem a *spadají tak do působnosti zásady zákazu zpětné účinnosti, stejně jako nový soudní výklad normy stanovující protiprávní jednání.*²³ Ačkoli však Tribunál interní metodiku Komise „povýšil“ na zákonný předpis a vztáhl na ni zákaz retroaktivity, jedním dechem dodal, že je možné tento zákaz porušit, pokud změna praxe Komise při výpočtu pokuty bude nutná pro přizpůsobení se změnám okolností a pro účastníka řízení rozumně předvídatelná.²⁴ Samotnou předvídatelnost pak Tribunál charakterizuje poměrně široce, když uvádí, že ta závisí na *obsahu textu, o němž se jedná, oblasti, kterou pokrývá, jakož i na množství a postavení osob, jimž je určen, přičemž nebrání tomu, aby byla dotyčná osoba vedena k tomu, že si obstará odborné rady pro přiměřené posouzení důsledků, jež mohou za okolností konkrétního případu z daného aktu vyplývat.*²⁵ Tribunál rovněž zopakoval stěžejní myšlenku pro možné zvyšování pokut, a to že *„podniky, vůči nimž se vede správní řízení, jež může vyústit v pokutu, nemohou nabyt legitimního očekávání, že Komise nepřekročí úroveň pokut používanou dříve, ani očekávání ohledně metody jejich výpočtu.*²⁶ Na závěr pak Tribunál uzavřel, že *v době spáchání protiprávního jednání bylo pro účastníky řízení jako informované hospodářské subjekty zvýšení úrovně pokut ukládaných podnikům za porušení článku 81 SES, v návaznosti na přijetí pokynů z roku 2006, rozumně předvídatelné.*²⁷

Jak je vidět, tuzemská i unijní judikatura se jasně přiklání k možnosti správního orgánu změnit vlastní správní praxi a zpřísnit způsob výpočtu pokuty. V tomto případě tedy i soudy konstatují, že legitimní očekávání se nemůže odrazit ve správním řízení v tom, že by si soutěžitel mohl jednoduše spočítat případnou sankci a srovnat ji s prospěchem, který by měl z porušení soutěžních předpisů.

22 Viz Pokyny o metodě stanovování pokut udělených podle s čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 a čl. 65 odst. Smlouvy o ESUO, C 9/3 ze dne 14. 1. 1998.

23 Viz body 269–270 rozsudku ve věci Saint-Gobain, op. cit.

24 Viz body 272–273 rozsudku ve věci Saint-Gobain, op. cit.

25 Viz bod 271 rozsudku ve věci Saint-Gobain, op. cit.

26 Viz bod 277 rozsudku ve věci Saint-Gobain, op. cit.

27 Viz bod 283 rozsudku ve věci Saint-Gobain, op. cit.

Z tohoto závěru tedy vyšel i předseda Úřadu při svém posouzení a uzavřel, že postup Úřadu byl pro kolektivní správce dostatečně předvídatelný a Úřad toto své jednání patřičně odůvodnil. Pokuta byla dle předsedy Úřadu rovněž v zákonné výši, nebyla zjevně nepřiměřená ani likvidační.

IV. Závěr

Předseda Úřadu tak nepřisvědčil rozkladovým námitkám kolektivních správců a obě rozhodnutí prvostupňového orgánu potvrdil. Na závěr lze tak již jen dodat, že oba kolektivní správci podali proti rozhodnutím předsedy Úřadu správní žalobu ke Krajskému soudu v Brně a nezbývá než vyčkat, zda i správní soud bude mít na výše nastíněné problematiky stejný názor jako Úřad.

Zdroje

- Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů.
- Zásady postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění. Dostupné z https://www.uohs.cz/download/Legislativa/HS/SoftLaw/zasady_stanovovani_pokut.pdf.
- Postup při stanovení výše pokut ukládaných za porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže. Dostupné z https://www.uohs.cz/download/Legislativa/HS/CR/Methodika_pokut_2018_04.pdf
- Pokyny Evropské komise o metodě stanovování pokut udělených podle s čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 a čl. 65 odst. Smlouvy o ESUO, C 9/3 ze dne 14. 1. 1998.
- Pokyny Evropské komise pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení č. 1/2003, C 210/2 ze dne 1. 9. 2006.
- Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 23. 11. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0002/2020/HS, č.j. ÚOHS-37341/2020/310/Aši. Dostupné z <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/sbirky-rozhodnuti/detail-17169.html>.
- Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 31. 5. 2021, sp. zn. ÚOHS-R0236/2020/HS, č.j. ÚOHS-17915/2021/164/TFr. Dostupné z <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/sbirky-rozhodnuti/detail-17626.html>.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 18. 12. 2019, č.j. ÚOHS-S0249/2018/DP-35137/2019/830/DKl, Dostupné z <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/sbirky-rozhodnuti/detail-17168.html>.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 14. 12. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0250/2018/DP, č.j. ÚOHS-40242/2020/830/DKl, Dostupné na <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/sbirky-rozhodnuti/detail-17625.html>

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 16. 2. 2017, č. j. 62 Af 120/2015–115 (nssoud.cz).

Rozsudek Krajského soudu ze dne 18. 6. 2020, č. j. 62 Af 15/2019–238 (nssoud.cz).

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 4. 2005, č. j. 2 Azs 1/2005–57 (nssoud.cz).

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 8. 2009, č. j. 7 As 43/2009–52 (nssoud.cz).

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006–132 (1915/2009 Sb. NSS).

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 8. 2009, č. j. 7 As 43/2009–52 (nssoud.cz).

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 2. 2010, č.j. 6 Ads 88/2006–159 (nssoud.cz).

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009–541 (nssoud.cz).

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2012, č. j. 1 Afs 77/2012–46 (nssoud.cz).

Rozsudek SDEU ze dne 7. 6. 1983, Komise v. Musique diffusion française, C-100/80 (v el. sb. rozh.).

Rozsudek SDEU ze dne 7. 12. 2006, Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE) v. Rafael Hoteles, C-306/05 (v el. sb. rozh.).

Rozsudek SDEU ze dne 7. 6. 2007, Komise v. Britannia Alloys & Chemicals Ltd., C-76/06 P (v el. sb. rozh.).

Rozsudek SDEU ze dne 19. 3. 2009, Komise v. Archer Daniels Midland Co., C-510/06 P (v el. sb. rozh.).

Rozsudek SDEU ze dne 4. 10. 2011, Football Association Premier League Ltd a další v. QC Leisure a další, a Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd, spojené věci C 403/08 a C 429/08 (v el. sb. rozh.).

Rozsudek Tribunálu ze dne 5. 4. 2006, Komise v. Degussa AG, T-279/02 (v el. sb. rozh.).

Rozsudek Tribunálu ze dne 8. 7. 2008, Komise v. BPB, T-53/03 (v el. sb. rozh.).

Rozsudek Tribunálu ze dne 27. 3. 2014, Komise v. Saint-Gobain Glass France SA a další, spojené věci T-56/09 a T-73/09 (v el. sb. rozh.).

REGULATING DIGITAL MARKETS: SHOULD WE OPT FOR EX ANTE RULES OR WEAPONISED COMPETITION LAW?¹

MIROSLAV JAKAB

Charles University, Faculty of Law

Abstract: *After a series of attempts to discipline online platforms through competition law, ex ante regulation becomes an increasingly popular option. This article compares the EU's DMA proposal with the new German Section 19a GWB. While the former comes closer to 'genuine' ex ante regulation, the latter is an example of 'weaponised competition law'. The comparison shows that the DMA proposal should be guarantee a higher degree of legal certainty and swiftness of intervention. The German solution allows for more flexibility and can thus better promote dynamic efficiency. It might also allow for more regular judicial scrutiny. It could however lead to slower intervention if not accompanied by other tools.*

Keywords: *competition, competition law, regulation, DMA, Digital Markets Act, GWB, online platforms, digital markets*

I. Introduction

The past few months have been quite eventful in the area of digital markets regulation. The European Commission ('Commission') has published its proposal of the Digital Markets Act ('DMA') in December 2020. Shortly after that, the German legislator has adopted the 10th revision of the Act against Restraints of Competition ('GWB') in January 2021. Both sets of rules are likely going to have similar sets of addressees. Both attempt to tackle very similar issues in digital markets. There are currently some differences in the strategies underpinning the DMA proposal and the GWB, though. While the former seems closer to genuine *ex ante* regulation, the latter seems to be more of an extension to the current German legal framework for competition law enforcement. A kind of 'weaponised competition law', so to say.

1 This text has been elaborated within the project of the student scientific research "Development of financial and criminal law regulation under the influence of the European Union legislation" which is realized in the years 2020–2022 at the Faculty of Law of the Charles University, SVV 260 493/2020.

The story of the approach to digital markets getting to this point is rather well known, although many questions may remain open while new ones occur. Competition law aspects of online platforms or digital markets have been a subject of a lively debate for years now. This can be seen on the number of academic contributions,² on the interest of public authorities,³ and the attempts to enforce competition law against undertakings that run internet search engines, online marketplaces, social networks etc.⁴ This does not hold exclusively for the EU. For example, concerns in relation to similar undertakings and markets could be identified in the US as well,⁵ although some early developments in federal courts may have been disappointing for proponents of a more forceful intervention in this area.⁶

While the specific cases deal with the behaviour of concrete undertakings, many sources hinted that the issues with digital markets may be systemic. Among other things, it has been argued that online platforms benefit from network effects, enjoy economies of scale and scope, face extremely low marginal costs etc.⁷ In this vein, *ex ante* regulation has been called for and later proposed and/or implemented.

2 Instead of a literature review exceeding by far the scope and purpose of this contribution, even a cursory search of the term ‘digital’ accompanied by ‘antitrust’ or ‘competition law’ provides tens of thousands of results in Google Scholar. There is a clear growth in the number of contributions in the second half of the last decade.

3 For a discussion on the EU level, see e.g. CRÉMER, Jacques, Yves-Alexandre DE MONTJOYE a Heike SCHWEITZER. *Competition Policy for the digital era : Final report* [online]. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019. ISBN 978-92-76-01946-6. Available at: doi:10.2763/407537.

4 One can point to the rather famous first group of Commission proceedings against Google (e.g. Case No. 39740 – Google Search [Shopping]), the Commission’s proceedings in the Amazon Marketplace case (Case No. 40462) or its newer Facebook leveraging case (Case No. 40684).

5 See e.g. the US House of Representatives Majority Staff Report, Investigation of Competition in Digital Markets, October 2020.

6 See *FTC v. Facebook, Inc.*, 2021 U.S. Dist. LEXIS 119540 (D.D.C. Jun. 28, 2021).

7 See e.g. ZINGALES, Luigi, Guy ROLNIK a Filippo Maria LANCIERI. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report* [online]. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State. 2019. Available at: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>.

The question is thus no more a hypothetical: *How* should we regulate digital platforms?

Below, I briefly discuss the new rules incorporated into the German GWB (Part II) and the DMA proposal (Part III). On this background, I reiterate and discuss the differences between the two (Part IV). A conclusion to this discussion is presented in Part V.

II. The new rules contained in the German GWB

In a step similar to a number of other jurisdictions, a ministerial commission was appointed in Germany to draw up a report on how competition law can tackle challenges presented by the growing digital economy. In 2019, this commission presented a report flashing out recommendations for a European competition framework better suited to the digital economy.⁸ The German government has adopted a proposal of a new amendment of the GWB in 2020. This law was, among other things, supposed to amend German national competition law to be able to better face the challenges of globalisation and digitisation. The proposal refers to the above report on several occasions but, as far as the new rules on digital competition are concerned, digitalization does not itself stem from any rules on the EU level.⁹ This proposal was adopted in January 2021 as the GWB's 10th amendment and most of it came into force the same month.¹⁰ The German legislator wished to make this new framework durable. The Bundestag explicitly asked the government to take steps to secure a place for independent national legislation in the DMA's legislative procedure.¹¹

8 SCHALLBRUCH, Martin, Heike SCHWEITZER a Achim WAMBACH. *Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft. Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0.* [online]. Berlin: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. 2019. Available at: <https://www.wettbewerbsrecht-40.de/KW40/Redaktion/DE/Downloads/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.html>.

9 See the overview of the legislative procedure in the German Bundestag for more details: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw44-de-digitales-wettbewerbsrecht-798194>.

10 See *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 18. Januar 2021*, BGBl. I 2021 S. 2. An English translation of the consolidated version of the GWB as such can be found at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html.

11 See Art II paragraph 6 of its resolution adopted under lit b) of the committee proposal contained in Bundestag document No. 19/25868.

The changes introduced to the GWB by its 10th amendment are numerous. One of the most important ones for the purposes of this contribution is the new Section 19a GWB. It is contained in Part 1 Section 2 of the GWB that regulates (abuse of) market dominance and other restrictive practices. The provision itself introduces a new form of market power distinct from the notion of a dominant position (although dominance will play an important role in its assessment). It allows the Bundeskartellamt (the German national competition authority) to issue a decision declaring that undertakings operating in markets described in Section 18(3a) GWB (multi-sided markets and networks) are of paramount significance for competition across markets.¹²

Once the undertaking is designated as having paramount significance, the Bundeskartellamt may (subsequently or simultaneously) decide that special prohibitions apply to it. To describe these on a very general level, they may entail certain forms of self-preferencing, certain behaviours linked to market position or data, certain tactics for rapid expansion to new markets, interoperability issues, access to information relevant for assessing services or proportionality of the benefits demanded. The undertaking in question has an objective justification defence open, although it has to demonstrate that this exception applies to it (Section 19a(2) GWB).

This new set of rules has been described as *ex ante* regulation by some.¹³ Nevertheless, this approach is not a typical example of *ex ante* regulation to say the least. Both its proposal and some academics describe it as a form of a two-step intervention. The position of paramount significance has to be identified (Section 19(1) GWB) and may

12 Dominance on one or more markets is one of the determinants of paramount significance pursuant to Section 19a(1) GWB. At the same time, this list of criteria is not exhaustive and the criteria themselves are not cumulative. See e.g. the government's report accompanying the proposal, Bundestag document No. 19/23492, pp. 74–75.

13 See e.g. HAUCAP, Justus. Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln – Renaissance der Missbrauchsaufsicht. *Wirtschaftsdienst* [online]. 2020, 100(Konferenzheft), 20–29. ISSN 1613–978X. Available at: doi:10.1007/s10273–020–2611–9 or BOTTA, Marco. Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila. *Journal of European Competition Law & Practice* [online]. 2021, (lpab046) [last visited on 2021–07–25]. ISSN 2041–7764. Available at: doi:10.1093/jeclap/lpab046.

be abused (Section 19a(2) GWB).¹⁴ Understanding the imposition of specific prohibitions as an abuse *sui generis* then sheds light on the inclusion of an objective justification defence. In a way, it serves as an additional tool for German competition law. A new form of ‘weaponised competition law’ to tackle undertakings on digital markets.

III. The DMA proposal

As mentioned above, discussions about addressing competition issued on digital markets were also held on the European level. In 2020, the Commission held a public consultation about introducing a ‘New Competition Tool’. In the respective initial impact assessment, the Commission discussed the possibility of introducing a new tool that would be either dominance-based or market structure-based. Furthermore, the Commission debated limiting the scope of the new tool only to new digital markets or giving it a horizontal scope.¹⁵

The Commission followed by adopting a proposal for a new regulation, the DMA.¹⁶ This regulation would introduce a new regulatory regime that does not hinge on market dominance of its addressees and is limited to a selected list of services provided by these entities. Its declared goal is to ensure *contestable and fair markets in the digital sector*. Instead of defining its relevant field of application in relation to the quality/trait of the market (Sections 18(3a) and 19a(1) GWB), Art. 2(2) DMA defines ‘core platform services’ as the activities of interest. These entail online intermediation services, online search engines, and

14 BUDZINSKI, Oliver, Sophia GAENSSLE a Annika STÖHR. *The Draft for the 10th Amendment of German Competition Law: Towards a new Concept of „Outstanding Relevance across Markets“?* [online]. SSRN Scholarly Paper. ID 3629066. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2020 [last visited on 2021-07-25]. Available at: doi:10.2139/ssrn.3629066.

15 See Commission document Ares(2020)2877634, available at https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en.

16 Commission document COM(2020) 842 final. See procedure 2020/0374(COD) to follow the deliberations of the EU’s legislative bodies. At the time of writing of this contribution, the draft report of the dossier’s Rapporteur in the European Parliament has been published but not voted on by the responsible committee. Therefore, I discuss the basic structure of the original Commission’s proposal. The draft report does not seem to propose a conceptual shift that would undermine the considerations in this contribution.

other services typical for digital markets. A provider of core platform services may then be defined as a ‘gatekeeper’. Gatekeepers are supposed to (i.) have a significant impact on the internal market, (ii.) operate a core platform service which serves as an important gateway for business users to reach end users, and (iii.) enjoy an entrenched and durable position in its operations or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future (Art. 3(1) DMA). These three cumulative criteria are further aided by a set of presumptions based on quantitative criteria (Art. 3(2) DMA).

Thus, the DMA proposal and Section 19a GWB both chose a somewhat different strategy in identifying both the set of their addressees and the markets on which they are supposed to operate. Some differences in the scope of these provisions may therefore appear. Nevertheless, it also seems safe to say that there will be a significant kernel of addressees to which both sets of rules will apply in some way (certain popular acronyms come to mind). Unsurprisingly, many authors are legitimately asking about the interplay of these and other potential sets of rules.¹⁷

In the next section I will discuss instead the difference in the regulatory approaches underpinning both sets of rules. In the DMA proposal, there seems to be less emphasis on the regulator’s discretion when it comes to determining the scope of obligations applicable to an individual addressee. Entities falling into the thresholds set in Art. 3(2) DMA are obliged to notify the Commission about this fact. The Commission can then designate the entity in question as a gatekeeper (Art. 3(3–4) DMA). It may further identify other entities that fulfil the qualitative criteria described in Art. 3(1) DMA (Art. 3(6) DMA). Thus, the status of an addressee is also determined by the regulator. In both cases, the Commission is also supposed to identify the undertaking to which the entity belongs and the core platform services that are provided within that undertaking if they serve as an important gateway for business users (Art. 3(7) DMA).

17 See e.g. BOTTA, Marco. Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila. *Journal of European Competition Law & Practice* [online]. 2021, (lpab046) [last visited on 2021-07-25]. ISSN 2041-7764. Available at: doi:10.1093/jeclap/lpab046.

Significant differences come with the specific duties of the addressees. Once identified as a gatekeeper, the provider of core platform services will automatically have to comply with a set of obligations listed in Arts. 5 and 6 DMA. The difference between the obligations listed under the two provisions is that the Commission may further specify the gatekeeper obligations under Art. 6 DMA, should it find that the measures of the gatekeeper do not ensure effective compliance with these obligations (Art. 7(2) DMA).

A first superficial observation may be that the proposed EU-level approach seems to come closer to a genuine *ex ante* approach. Some of the obligations may still be subject to further specification by the regulator. At the same time, there does not seem to be ambiguity about the fact that the listed obligations apply to all gatekeepers ‘immediately’ (or rather 6 months after the relevant determination pursuant to Art. 3(8) DMA). In the same vein, there is no efficiency defence in the determination of a gatekeeper (recital 23 DMA) or in the specification of obligations contained in Art. 6 DMA.¹⁸ Instead, a gatekeeper’s obligation can be *exceptionally* suspended, should the economic viability of the operation of the gatekeeper in the EU be called into question because of exceptional circumstances beyond its control (Art. 8 DMA).

The above observation is underpinned by recital 10 DMA, which clearly states that the objectives pursued by the DMA and competition law are complementary but different. Similarly, the regulation’s legal basis is Art. 114 TFEU that is used to harmonise rules on the internal market. Art. 103 TFEU would be the appropriate legal basis for an act pursuing goals purely related to competition law.¹⁹ In this vein, Giorgio Monti has argued that there may nevertheless be some similarity between competition law and the DMA. Both protect competition

18 As claimed by IBÁÑEZ COLOMO, Pablo. *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis* [online]. SSRN Scholarly Paper. ID 3790276. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2021 [last visited on 2021-07-25]. Available at: doi:10.2139/ssrn.3790276. See also the contrast in recital 9 DMA.

19 See e.g. Regulation (EC) No 1/2003 (laying down rules for enforcing EU competition law by both EU and national authorities) or Regulation (EC) No 139/2004 (the EU Merger Regulation), where the flexibility clause contained in today’s Art. 352 TFEU had to be added. Directive (EU) 2014/104 (the Damages Directive) then combines the legal bases contained in Arts. 103 and 114 TFEU.

while the DMA may also be used to promote fairness between business partners. The intensity of their interplay may then hinge on the concrete activity under scrutiny.²⁰

The questions of interplay with competition law or, indeed, how will the DMA contribute to harmonisation of national rules, are certainly important. In the most extreme scenario, the very legality of the DMA under Art. 114 TFEU may rely on answers to these questions.²¹ It seems nevertheless clear that the stated intention behind the DMA proposal is to introduce *ex ante* generally applicable regulation, rather than improving on the tools available to competition law.

IV. Ex ante rules versus weaponised competition law

The German and the (proposed) EU approach present two conceptually different answers to the notion of systemic issues linked to digital markets. While the recent attempts to address them stemmed from competition law, a number of authors has discussed *ex ante* regulation as a possible answer.²² The new section 19a GWB poses an interesting question: may competition law be able to counter the issues identified on its own, should we provide it with the necessary tools? The two sets of rules have a similar set of addressees who may face rather similar obligations. At the same time, I believe they may nonetheless produce different answers to the issues they are supposed to tackle.

There is a number of factors to consider in this respect. I am going to discuss specifically the questions of legal certainty, speed of intervention, dynamic efficiency, and incentive to challenge regulatory

20 MONTI, Giorgio. *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement* [online]. SSRN Scholarly Paper. ID 3797730. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2021 [last visited on 2021-07-25]. Available at: doi:10.2139/ssrn.3797730.

21 LAMADRID, Alfonso a Nieves BAYÓN FERNÁNDEZ. *Why The Proposed DMA Might be Illegal Under Article 114 TFEU, And How To Fix It* [online]. April 2021. Available at: <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2021/04/why-the-proposed-dma-might-be-illegal-under-article-114-tfeu-and-how-to-fix-it-3.pdf>.

22 In the spirit of fair disclosure, I have myself previously argued for regulation as an answer to some conundrums stemming from the response of competition law to practices of undertakings on digital markets. See JAKAB, Miroslav. Effective regulation, legal certainty and the conundrum of online platform self-preferencing. *ANTITRUST Revue soutěžního práva*. 2019, 10(3), 88–91.

intervention in court. Most of these factors are loosely based on the trade-offs presented in the regulatory impact assessment for the DMA ('DMA RIA').²³ Many of these factors have been discussed in the preparation of the rules in question. Here, I attempt to compare both sets of rules side by side in the light of the above considerations.

Legal certainty was one of the criteria of the DMA RIA. The more 'regulatory' regime of the DMA indeed seems to lead to a higher degree of legal certainty, be it through the thresholds for determining the gatekeeper status or the fact that a list of basic obligations of gatekeepers is known in advance. On contrary, the qualitative criteria of paramount significance listed in Section 19a(1) GWB are not supplemented by more clear-cut thresholds. Similarly, the prohibitions contained in Section 19a(2) GWB will be a result of a case-by-case approach. Some basic tendencies will likely arise from the Bundeskartellamt's application of this provision and judicial control exercised by the Bundesgerichtshof (Section 73(5) GWB). Nonetheless, the degree of certainty stemming from the GWB seems to be lower in this case.

Speed of intervention was also one of the important considerations discussed in the DMA RIA. A relevant fear was that too slow intervention would not be enough in the light of the phenomenon of tipping digital markets. Thus, the combination of clear and further specifiable gatekeeper obligations was chosen as a compromise between speed of intervention and contestability (see para 346 of the DMA RIA). A further step towards speed is the fact that entities are only required to *foreseeably* enjoy an entrenched and durable position for the purposes of Art. 3(1) DMA. On the other hand, the approach of Section 19a GWB may prove to be slower. It is explicitly envisaged as a two-step process, although the Bundeskartellamt can take both steps simultaneously. Because the Bundeskartellamt will have to examine objective justification defences in the second step, there does not seem to be

23 See Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the DMA proposal. Commission document SWD(2020) 363 final. Regarding the last factor, some authors have voiced concerns about possible disincentives of addressees to challenge the Commission's interpretation of the DMA in court. See IBÁÑEZ COLOMO, Pablo. *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis* [online]. SSRN Scholarly Paper. ID 3790276. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2021 [last visited on 2021-07-25]. Available at: doi:10.2139/ssrn.3790276.

a way for it to avoid the related inquiry into the effects of the practice under scrutiny. Indeed, the GWB seems to compensate for this by introducing measures like the ‘judicial fast-track’²⁴ or a special measure against market tipping.²⁵

Where the GWB may prove to work better is the question of attaining/maintaining dynamic efficiency. A more tailored case-by-case intervention should allow the authority in question to attempt to strike a balance between the prohibitions protecting market contestability and the undertaking’s ability to compete and innovate. The DMA’s more rigid approach sacrifices some of this flexibility for the sake of the considerations mentioned above.

A more hypothetical question is the incentive to challenge interventions in court. Pablo Ibáñez Colomo has claimed that the DMA’s tendency to reward cooperation between the Commission and the addressees may disincentivise involved parties from challenging the Commission’s decisions in court.²⁶ On the other hand, the more adversarial set-up of Section 19a GWB (the imposition of prohibitions understood as a reaction to an abuse *sui generis*) does not seem to me to be burdened by a similar problem. Caution is in place, though. This last consideration is invariably linked to the broader context of the rules on question. It will depend on a broad range of factors which go beyond the basic difference flashed out in the end of the previous section.

The DMA’s more *ex ante* approach thus seems to be more promising in terms of legal certainty and speed of intervention. The higher degree of flexibility of weaponised competition law contained in Section 19a GWB leaves, on the other hand, more space for the promotion

24 The decisions pursuant to Section 19a GWB are to be reviewed on appeal by the Bundesgerichtshof in the first and last instance (Section 73(5) GWB).

25 Undertakings with superior market power on a multi-sided market or network will be considered to unfairly impede its competitors if they impede the independent attainment of network effects by their competitors, thus creating a *serious risk* of significantly restricting competition on the merits (Section 20(3a) GWB).

26 IBÁÑEZ COLOMO, Pablo. *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis* [online]. SSRN Scholarly Paper. ID 3790276. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2021 [last visited on 2021-07-25]. Available at: doi:10.2139/ssrn.3790276.

of dynamic efficiency. It may also lead to more judicial scrutiny of its application.

V. Conclusion

After a number of reports on the issue of competition on digital markets and a number of attempts to discipline online platforms through competition law, regulation is the new frontier. While the EU's DMA is currently discussed by the co-legislators, the new German Section 19a GWB is already binding law.²⁷ The two sets of rules are examples of two ways of reacting to the challenges posed to competition law by digital markets. The DMA is an example of *ex ante* regulation that could apply rather uniformly. Section 19a GWB, on the other hand, rather seems to be an example of 'weaponised competition law'.

The benefits of genuine *ex ante* regulation are the higher degree of legal certainty and speed of reaction. Especially the last factor is important in digital markets, as they evolve relatively quickly. Conversely, weaponised competition law yields more space for the protection and fostering of dynamic efficiency. In the specific case of Section 19a GWB, it may also ensure more regular judicial scrutiny. The German Section 19a GWB on its own may not allow for quite as fast a reaction as the DMA, though. Including additional mechanisms accounting for the dynamic nature of digital markets may be advisable if a similar solution is chosen.

Finding the right balance between the above considerations is particularly important now, during the deliberations on the DMA proposal. For example, should one argue for incorporating a clear efficiency defence into some part of the DMA, an introduction of this instrument typical for competition law will likely hamper its speed of intervention. Similarly, these trade-offs also apply within the confines of *ex ante* regulation. To illustrate, when moving obligations from Art. 6 DMA ('specifiable' obligations) to Art. 5 DMA ('non-specifiable' ob-

27 The Bundeskartellamt has not hesitated to initiate proceedings according to this provision. It started an examination of Facebook's possible Paramount significance under Section 19a GWB shortly after its entry into force. See Bundeskartellamt's press release from 28 January 2021, available at https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/28_01_2021_Facebook_Oculus.html.

ligations), the cost of gains in certainty and speed will be less space to optimise for dynamic efficiency. Even similar looking solutions (that are rightfully discussed together) thus strike a different balance on important trade-offs. Given the higher degree of flexibility, I can appreciate the weaponised competition law approach. At the same time, such an approach would likely have to coexist with other measures aimed specifically at a speedy intervention. Rather unsurprisingly, one may not have their cake and eat it.

Zdroje

- BOTTA, Marco. Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila. *Journal of European Competition Law & Practice* [online]. 2021, (lpab046) [naposledy navštívěno 2021-07-25]. ISSN 2041-7764. Dostupné z: doi:10.1093/jeclap/lpab046.
- BUDZINSKI, Oliver, Sophia GAENSSLE a Annika STÖHR. *The Draft for the 10th Amendment of German Competition Law: Towards a new Concept of „Outstanding Relevance across Markets“?* [online]. SSRN Scholarly Paper. ID 3629066. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2020 [naposledy navštívěno 2021-07-25]. Dostupné z: doi:10.2139/ssrn.3629066.
- Commission Staff Working Document Impact Assessment Report Accompanying the DMA proposal. Commission document SWD(2020) 363 final.
- CRÉMER, Jacques, Yves-Alexandre DE MONTJOYE a Heike SCHWEITZER. *Competition Policy for the digital era : Final report* [online]. Lucemburk: Úřad pro publikace Evropské unie, 2019. ISBN 978-92-76-01946-6. Dostupné z: doi:10.2763/407537.
- Dokument Komise Ares(2020)2877634, dostupný z https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-Single-Market-new-complementary-tool-to-strengthen-competition-enforcement_en.
- Dokument Komise COM(2020) 842 final.
- Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) vom 18. Januar 2021, BGBl. I 2021 S. 2.
- HAUCAP, Justus. Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln – Renaissance der Missbrauchsaufsicht. *Wirtschaftsdienst* [online]. 2020, 100(Konferenzheft), 20–29. ISSN 1613-978X. Dostupné z: doi:10.1007/s10273-020-2611-9.
- IBÁÑEZ COLOMO, Pablo. *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis* [online]. SSRN Scholarly Paper. ID 3790276. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2021 [naposledy navštívěno 2021-07-25]. Dostupné z: doi:10.2139/ssrn.3790276.

- JAKAB, Miroslav. Effective regulation, legal certainty and the conundrum of online platform self-preferencing. *ANTITRUST Revue soutěžního práva*. 2019, 10(3), s. 88–91.
- LAMADRID, Alfonso a Nieves BAYÓN FERNÁNDEZ. *Why The Proposed DMA Might be Illegal Under Article 114 TFEU, And How To Fix It* [online]. Duben 2021. Dostupné z: <https://antitrustlair.files.wordpress.com/2021/04/why-the-proposed-dma-might-be-illegal-under-article-114-tfeu-and-how-to-fix-it-3.pdf>.
- Memorandum Opinion of 28 June 2021 by United States District Judge James E. Boasberg in Case 1:20-cv-03590-JEB, FTC v. Facebook, Inc.
- MONTI, Giorgio. *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement* [online]. SSRN Scholarly Paper. ID 3797730. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2021 [naposledy navštíveno 2021-07-25]. Dostupné z: doi:10.2139/ssrn.3797730.
- Rozhodnutí Komise ze dne 27. června 2017 ve věci AT. 39740, Google Search (Shopping), C(2017) 4444 final.
- SCHALLBRUCH, Martin, Heike SCHWEITZER a Achim WAMBACH. *Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft. Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0*. [online]. Berlín: Bundesministerium für Wirtschaft und Energie. 2019. Dostupné z: <https://www.wettbewerbsrecht-40.de/KW40/Redaktion/DE/Downloads/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.html>.
- Tisk Bundestagu č. 19/23492.
- Tisk Bundestagu č. 19/25868.
- U.S. House of Representatives Majority Staff Report, Investigation of Competition in Digital Markets, October 2020.
- ZINGALES, Luigi, Guy ROLNIK a Filippo Maria LANCIERI. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report* [online]. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State. 2019. Dostupné z: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>.

KAUZA LEGO: KAM AŽ LZE ZAJÍT VE SNAZE O JEDNOTNÝ PŘÍSTUP K ONLINE A OFFLINE PROSTŘEDÍ?

DITA KRUMLOVÁ

Univerzita Karlova, Právnická fakulta

Abstrakt: V lednu 2021 přijal francouzský soutěžní úřad (Autorité de la concurrence) závazky francouzské větve výrobce stavebnic LEGO, jejichž cílem bylo usnadnit přístup distributorů dále prodávajících výrobky LEGO výlučně prostřednictvím internetu k velkoobchodním slevám. Francouzský soutěžní úřad vyjádřil obavy, že systém slev, který LEGO v roce 2014 zavedlo, vedl k méně příznivému zacházení s distributory specializujícími se na online prodej. Mnohá kritéria pro přiznání slevy totiž mohli splnit pouze distributoři působící alespoň v jedné kamenné prodejně. Distributoři prodávající výlučně online tak mohli být oproti ostatním znevýhodněni v hospodářské soutěži. S cílem eliminovat tyto obavy francouzského soutěžního úřadu, LEGO nakonec souhlasilo s úpravou kritérií pro přiznání slevy tak, aby byl usnadněn přístup všech distributorů k plné výši slevy. Závazky v podobě úpravy systému slev LEGO skončilo i šetření německého soutěžního úřadu (Bundeskartellamt) v roce 2016. Obě rozhodnutí vzbuzují řadu otázek, a to nejen z hlediska jejich adekvátnosti, nýbrž i v kontextu toho, do jaké míry jsou vůbec v souladu se současným unijním postojem k cenové diferenciaci mezi distributory a potažmo praktice stanovení dvojích cen (dual pricing). Míří Evropa k zákazu cenové diferenciaci mezi různými kategoriemi distributorů i mimo rámec zneužití dominantního postavení?

Abstract: In January 2021, the French Competition Authority (Autorité de la concurrence) accepted commitments from the French branch of the LEGO building blocks manufacturer aimed at facilitating access to wholesale discounts for distributors reselling LEGO products exclusively via the internet. The French Competition Authority expressed concerns that the discount system introduced by LEGO in 2014 led to less favourable treatment of distributors specialising in online sales. This was because many of the criteria for granting the discount could only be met by distributors operating in at least one brick-and-mortar store. Distributors selling exclusively online could therefore be at a competitive disadvantage compared to others. In order to eliminate these concerns of the French Competition Authority, LEGO eventually agreed to modify the criteria for granting the discount in order to facilitate access to the full amount of the discount for all distributors. An investigation by the German Competition Authority (Bundeskartellamt) in 2016 also resulted in a commitment to modify the LEGO rebate system. Both decisions raise a number of questions, not only in terms of their

adequacy, but also in the context of the extent to which they are in line with the current EU position on price differentiation between distributors, or dual pricing. Is Europe moving towards a prohibition of price differentiation between different categories of distributors beyond the abuse of dominance?

Klíčová slova: LEGO; cenová diferenciacie; stanovení dvojích cen; elektronický obchod; vertikální omezení

Keywords: LEGO; price differentiation; dual pricing; e-commerce; vertical restraints

I. Úvod

Dne 21. ledna 2021 vydal francouzský soutěžní úřad (*Autorité de la concurrence*, dále jen „ADLC“) rozhodnutí, kterým přijal závazky výrobce stavebnic LEGO zacílené na změnu jeho systému velkoobchodních slev.¹ Po téměř šesti letech šetření tak ADLC naznačila, kde z jejího pohledu leží pomyslná hranice mezi přípustnou a nepřípustnou cenovou diferenciací mezi jednotlivými kategoriemi distributorů – v daném případě mezi distributory prodávajícími produkty LEGO výlučně prostřednictvím internetu (čistí online distributoři) a těmi, kteří působí výlučně či rovněž v kamenných prodejnách.

Jak bude autorkou v podrobnostech dále rozebráno, ADLC ve svém rozhodnutí ve věci LEGO rovněž potvrdila svá předchozí prohlášení stran praktiky stanovení dvojích cen (*dual pricing*), resp. jejího odlišení od již zmiňované cenové diferenciacie. Tato se však podstatným způsobem odchyľují od závěrů, k nimž v roce 2014 dospěl – rovněž ve věci LEGO – německý soutěžní úřad (*Bundeskartellamt*, dále jen „BKartA“).

II. Pozadí kauzy

LEGO je dánský výrobce originálních stavebnic působící po celém světě. Svě produkty prodává prostřednictvím sítě nezávislých distributorů působících na internetu i v kamenných prodejnách, tak prostřednictvím svého vlastního e-shopu LEGO Store a stejnojmenných

1 Rozhodnutí ADLC ze dne 27. ledna 2021, *LEGO France*, sp. zn. 21-D-02 (dále jen „Rozhodnutí ADLC“). Dostupné z: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-jeux-de-construction>

kamenných prodejen. Ve vztahu k nezávislým distributorům uplatňuje LEGO jednotnou celoevropskou cenovou politiku.²

Řízení před ADLC bylo zahájeno na základě podnětu dvou distributorů výrobků LEGO, společností Cdiscount a EMC Distribution (nyní Achats Marchandises Casino, dále jen „AMC“), obojí součástí skupiny Casino. Cdiscount se specializuje na online prodej, zatímco AMC je centrálním nákupčím skupiny Casino.

Podnět původně směřoval na systém velkoobchodních slev, který LEGO zavedlo pro distributory svých produktů s účinností od 1. ledna 2014. V této době LEGO zvýšilo cenu všech svých produktů o 15 % a současně zavedlo tzv. funkční slevu, která měla distributorům toto plošné zvýšení cen za určitých podmínek částečně kompenzovat.

V závislosti na tom, do jaké míry jednotliví distributoři plnili předem stanovená kritéria týkající se jimi realizovaných aktivit, jim byly ze strany LEGO přidělovány body. Výše funkční slevy, která byla distributorům poskytována, se pak odvíjela od celkového počtu bodů, které distributor získal. Protože některá kritéria pro přiznání slevy byla aplikována pouze ve vztahu k prodeji v kamenných prodejnách, a neměla tak svůj ekvivalent v rámci online prodeje (například velikost prostoru v regálech pro výrobky LEGO), nejvyšší možnou slevu mohli obdržet pouze prodejci provozující kamenné prodejny (ať už výlučně či vedle e-shopu).

Stěžovatelé namítali, že LEGO prostřednictvím zavedeného systému funkční slevy diskriminuje mezi online prodejem a prodejem prostřednictvím kamenných obchodů. Rovněž brojili proti tomu, že LEGO ve vztahu ke skupině Casino stanovuje dvojí ceny (*dual pricing*) tím, že jí poskytuje diferencované slevy v závislosti na tom, zda jsou produkty dále prodávány prostřednictvím kamenných prodejen skupiny Casino nebo prostřednictvím jejího online prodejce, společnosti Cdiscount (jenž působí pouze online).

S účinností od počátku roku 2017 došlo k úpravě systému slev aplikovaného na evropské úrovni, tedy i ve Francii, a to v návaznosti na nápravná opatření, ke kterým se v roce 2016 LEGO zavázalo vůči BKarta.³ Pro online prodej byla nově zavedena samostatná kritéria

2 Tamtéž, odst. 16.

3 Rozhodnutí BKarta ze dne 17. července 2016, *LEGO*, sp. zn. B5–35/14 (nezveřejněno) (dále jen „Rozhodnutí BKarta“); *LEGO changes its discount system – Fairer conditions for online sales* [online]. Bundeskartellamt, 18. července 2016

pro poskytnutí slevy, která měla odrážet specifika tohoto distribučního kanálu.

I tento nový systém slev však stěžovatelé považovali za rozporný se soutěžním právem. Podle jejich názoru byli čistí online distributoři i nadále znevýhodňováni v hospodářské soutěži s ostatními distributory, a LEGO se tak podle jejich přesvědčení dopouštělo neoprávněné cenové diskriminace.

Stěžovatelé navíc namítali, že mezi představením nových kritérií a hodnocením jejich naplňování ze strany LEGO uplynul pouhý jeden měsíc. Online distributoři tak podle nich ani neměli dostatek času na to, aby vyhověli alespoň těm novým kritériím, která s ohledem na povahu jejich činnosti vůbec naplnit mohli.

Účelem jednání LEGO mělo být podle stěžovatelů omezení rozvoje distributorů LEGO specializujících se na online prodej, a to s cílem udržet na trhu vysoké ceny. Stěžovatelé namítali porušení soutěžního práva ve formě protisoutěžní dohody, ale i zneužití údajného dominantního postavení LEGO.

III. Podoba systému slev LEGO v letech 2014 až 2016

V letech 2014 až 2016 pracovalo LEGO s pěti cenovými pásmy odpovídajícími bodovým rozmezím 0–3 body, 4–7 bodů, 8–11 bodů, 12–15 bodů a 16–20 bodů. Maximální výše slevy ve výši 13,044 % mohl distributor dosáhnout při získání 16–20 bodů.

Systém funkční slevy byl v tomto období založen na třech kvalitativních kritériích.

První kritérium, za jehož naplnění mohl distributor získat až 10 bodů, se týkalo „náborové“ kapacity. V podstatě se mělo jednat o schopnost distributora seznámit děti se značkou LEGO. Při hodnocení byl zohledňován počet metrů v regálech kamenných obchodů přidělených výrobkům LEGO. Na základě tohoto kritéria nemohli z povahy věci žádné body získat distributoři působící pouze online.

Druhé kritérium mířilo na okamžitou dostupnost produktů LEGO. Distributorovi mohlo být přiděleno až 5 bodů na základě toho, jakou část prodávaného sortimentu značky LEGO si mohli zákazníci odvézt

[cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/18_07_2016_Lego.html;jsessionid=41C2D01F2A91FF4276B79B00873A21F0.2_cid387?nn=3591568

přímo z obchodu. Z možnosti získat body za splnění tohoto kritéria tak byli opět vyloučeni čistí online distributoři.

Třetí kritérium, na jehož základě mohli distributoři získat až 5 bodů, se týkalo prezentace značky. Bylo rozděleno do pěti dílčích kritérií, z nichž jedno vyžadovalo dostupnost katalogu v papírové formě. Čistí online distributoři tak mohli získat maximálně 4 z celkových 5 bodů.

I kdyby distributoři prodávající výrobky LEGO konečným zákazníkům pouze prostřednictvím internetu splnili veškerá kritéria, která s ohledem na povahu jejich činnosti vůbec splnit mohli, získali by maximálně 4 body z celkových možných 20. To odpovídalo slevě ve výši pouhých 4 %. Maximální sleva, na kterou z povahy věci mohli dosáhnout pouze distributoři provozující alespoň jednu kamennou prodejnu, přitom činila 13,044 %.

IV. Podoba systému slev LEGO od roku 2017

Systém slev uplatňovaný od roku 2017 v návaznosti na Rozhodnutí BKartA byl podstatně složitější než ten předchozí. Stanoveno bylo šest slevových pásem (namísto dosavadních pěti) odpovídajících bodovým rozmezím 0–5 bodů, 6–9 bodů, 10–13 bodů, 14–17 bodů, 18–21 bodů a 22–30 bodů. Maximální výše slevy, které nyní mohl dosáhnout distributor, jenž získal 22–30 bodů, činila i nadále 13,044 %.

Nově bylo zavedeno pět kvalitativních kritérií (namísto třech), z nichž každé obsahovalo specifická pravidla pro internetový prodej. V případě, že distributor působil online i offline, obdržel nejvyšší počet bodů získaných na jednom nebo druhém distribučním kanálu. Výjimkou bylo první kritérium, pro jehož účely se počítaly body získané na obou distribučních kanálech.

Při splnění prvního kritéria týkajícího se „náborové“ kapacity mohl distributor získat až 10 bodů. Pro online prodej se počet získaných bodů odvíjel od celkového počtu dětí ve věku od 2 do 11 let, které si zobrazily nekomerční a zábavný obsah LEGO a po kliknutí byly přesměrovány na nikoli prodejní webovou stránku věnovanou značce LEGO, vydělený počtem nákupů (v milionech eur) provedených příslušným distributorem v daném roce. Započítávány byly pouze děti, které byly alespoň 2 hodiny vystaveny jim speciálně určenému obsahu

(hry, videa, komiksy apod.) na příslušných nikoli prodejních webových stránkách distributora.

Druhé kritérium, za jehož splnění mohl distributor obdržet až 5 bodů, bylo zaměřeno na snadnost a rychlost získání produktů LEGO konečnými zákazníky. Pro online distributory byla nastavena speciální kritéria v závislosti na možnostech dopravy a s nimi souvisejícími doručovacími lhůtami.

Splnění třetího kritéria mířícího na základní prezentaci značky LEGO mohlo distributorovi přinést až 5 bodů – 1 bod za splnění každého z pěti dílčích kritérií. I zde byly stanoveny samostatné podmínky pro online a offline prodej (například pro online prodej postačovalo zpřístupnění katalogu online).⁴

I čtvrté kritérium zaměřené na prezentaci značky LEGO spojenou s prémiovým nákupním zážitkem bylo rozděleno do pěti dílčích kritérií, přičemž za splnění každého z nich mohl distributor získat 1 bod (celkově tedy až 5 bodů). Dvě z těchto dílčích kritérií však byla ve skutečnosti splnitelná pouze při prodeji v kamenných obchodech.

Až 5 bodů mohl distributor získat při splnění pátého kritéria týkajícího se bezproblémového nakupování prostřednictvím všech distribučních kanálů a všech kontaktních míst.

Na základě tohoto systému tak mohli čistí online distributoři získat maximálně 12 z celkových 30 bodů, což odpovídalo slevě ve výši pouhých 6 % (maximální sleva činila 13,044 %).

V. Posouzení systému slev LEGO ze strany ADLC

Kritéria pro přiznání funkční slevy, a to jak v rámci systému účinného v letech 2014 až 2016, tak ta platná od roku 2017, podle ADLC vedla k méně příznivému zacházení s distributory specializujícími se na online prodej ve srovnání s ostatními distributory výrobků LEGO, tedy těmi, kteří k prodeji využívají alespoň jednu kamennou prodejnu.

Ačkoli systém slev LEGO od roku 2017 obsahoval mnohá kritéria vytvořená speciálně pro účely online prodeje, ve skutečnosti byla řada z nich v praxi jen velmi obtížně splnitelná.

4 Byť je to samozřejmě pochopitelné, je na škodu, že informace o dalších specifických podmínkách pro online prodej byly v Rozhodnutí ADLC označeny jako důvěrné. S ohledem na to, že vhodnost jejich nastavení ADLC nijak nerozporovala (viz dále), mohly posloužit jako vodítko pro podniky, které by se v budoucnu snažily nastavit svůj systém slev.

Například v případě prvního kritéria se požadované 2 hodiny přítomnosti dítěte na nikoli prodejní webové stránce distributora zaměřené na výrobky LEGO ukázaly jako excesivní, zejména s ohledem na vhodnost omezení přítomnosti malých dětí na internetu. Rovněž náklady, které by distributorům vznikaly v souvislosti s vytvořením požadovaného nikoli prodejního webu, by byly značně vysoké. Naplnění tohoto kritéria bylo přitom v případě distributorů prodávajících v kamenných prodejnách hodnoceno pouze na základě počtu metrů vyhrazených výrobkům LEGO v regálech.

Obdobně, i druhé kritérium se speciálními podmínkami pro online prodej ve skutečnosti online distributory znevýhodňovalo. Některé možnosti doručení, zejména doručení do 3 hodin od nákupu nebo v den nákupu, kterými LEGO podmiňovalo přiznání dalších bodů, byly totiž ve Francii bez vlastní logistiky distributora (kterou má na francouzském trhu v současné době pouze Amazon) nerealizovatelné. Online distributoři tak mohli na základě tohoto kritéria získat *de facto* jen 4 body z 5 možných. U offline distributorů se přitom splnění tohoto kritéria hodnotilo velmi jednoduše – podle podílu produktů, které si mohl zákazník z obchodu po nákupu rovnou odnést.

Některá další kritéria pak zcela postrádala svůj „online ekvivalent“, a tedy zcela vylučovala možnost čistých online distributorů je naplnit.

Ze zjištění ADLC vyplynulo, že čistí online distributoři byli od roku 2014 ze strany LEGO systematicky znevýhodňováni. Zatímco ostatní distributoři dosahovali v letech 2014 až 2016 průměrné slevy cca 12 %, čistí online distributoři získávali v průměru přibližně 3% slevu. Změna systému v roce 2017 se promítla ve zvýšení průměrné slevy čistých online distributorů na 5,5 %. To ovšem stále představovalo výrazný rozdíl od v průměru 12,5% slevy ostatních distributorů.

ADLC výslovně potvrdila,⁵ že jednání LEGO v posuzovaném případě nepředstavovalo stanovení dvojích cen (*dual pricing*). *Dual pricing* je přitom tvrdým omezením hospodářské soutěže, které spočívá v tom, že prodávající dodává zboží témuž hybridnímu kupujícímu (tedy tomu, který k dalšímu prodeji využívá jak online, tak offline distribuční kanál) za dvojí ceny. Jednu cenu účtuje za zboží, kterou ku-

5 Rozhodnutí ADLC, odst. 64.

pující zamýšlí dále prodávat prostřednictvím internetu, a druhou pro produkty dále prodávané v kamenných prodejnách.⁶

Systém slev v projednávaném případě však vedl k cenové diferenciaci mezi jednotlivými kategoriemi kupujících (distributorů) podle toho, zda a částečně také v jakém rozsahu prodávají zboží značky LEGO rovněž v kamenných prodejnách.⁷ Taková cenová diferenciace nemůže být podle ADLC považována za tvrdé (*hardcore*), resp. cílové (*by object*) omezení hospodářské soutěže. Může mít ovšem protisoutěžní efekty v případě, že omezuje konkurenční tlak vyvíjený ze strany čistých online distributorů na ostatní distributory a rozdíl v cenách, resp. slevách, nelze objektivně ospravedlnit.⁸

ADLC výslovně potvrdila, že prodávající tedy mohou rozlišovat mezi různými kategoriemi kupujících, pokud taková cenová diferenciace nebude s ohledem na diskriminační povahu a úroveň slev a podíl dotčeného zboží na trhu způsobila narušit soutěž tím, že některé kategorie kupujících neoprávněně zvýhodní v soutěži na trhu.⁹

Systém slev uplatňovaný LEGO však mohl mít podle ADLC za následek významné znevýhodnění čistých online distributorů v hospodářské soutěži s ostatními distributory. K tomuto zvýhodnění mělo docházet především s ohledem na výrazné rozdíly ve slevách, které mohli získat čistí online distributoři a distributoři ostatní (6 % oproti 13,044 %), a na významný podíl čistých online distributorů na trhu (20 % na trhu distribuce her a hraček¹⁰). ADLC dále negativně vníma-

6 Viz Commission Staff Working Document. *Accompanying the document. Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Final report on the E-commerce Sector Inquiry*. Brusel, 10. května 2017, SWD(2017) 154 final, odst. 596 (dále jen „Doprovodný dokument k Závěrečné zprávě z šetření v e-commerce sektoru“). Dostupné z: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_swd_en.pdf. Dále viz také Sdělení Komise. Pokyny k vertikálním omezením (2010/C 130/01). Úř. Věst. C 130/1, 19. května 2010, odst. 52 písm. d) (dále jen „Pokyny k vertikálním omezením“).

7 Rozhodnutí ADLC, odst. 64.

8 Tamtéž, odst. 65; *Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique* [online]. Autorité de la concurrence, 18. září 2012 [cit. 25. dubna 2021], odst. 255. Dostupné z: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/avis/relatif-au-fonctionnement-concurrentiel-du-commerce-electronique>

9 Rozhodnutí ADLC, odst. 62 a 63.

10 V roce 2019 představovaly online prodeje cca 27 % veškerých prodejů her a hraček. Přibližně 80 % z těchto prodejů pak bylo generováno čistými online distributory. Viz Rozhodnutí ADLC, odst. 8.

la, že cenová diferenciace vyplývající ze systému funkční slevy nebyla nijak vyvážena slevami jiného typu a že systém slev, včetně způsobu hodnocení jednotlivých kritérií, nebyl vůči distributorům komunikován dostatečně transparentně a v přiměřeném časovém předstihu. ADLC nevyloučila ani dopad tohoto nastavení systému slev na růst cen pro konečné spotřebitele.¹¹

LEGO zároveň neprovedlo žádné posouzení realizovatelnosti kritérií a jejich adekvátnosti k situaci na trhu a neprokázalo nezbytnost a proporcionalitu posuzovaného nastavení funkční slevy vůči sledovaným cílům (získávání zákaznické báze, dostupnost produktů, úroveň zážitků z nákupu).¹²

ADLC proto v rámci předběžného posouzení dospěla k závěru, že nastavení systému funkční slevy mohlo vést k omezení čistých online distributorů s negativními dopady na hospodářskou soutěž.

VI. Závazky LEGO

S cílem eliminovat obavy ADLC týkající se možného omezení hospodářské soutěže se LEGO zavázalo změnit nastavení kritérií pro přiznání funkční slevy tak, aby byla splnitelná distributory všech kategorií a přiměřená sledovaným cílům.

LEGO upravilo tři z pěti kritérií pro přiznání funkční slevy. Závazky jsou velmi detailní a provedených změn je značné množství.¹³ Pro účely tohoto příspěvku tak budou zmíněny pouze ty nejzásadnější z nich.

Nejpodstatnější modifikace prvního kritéria, jehož cílem je seznámit děti se značkou LEGO, spočívala v zavedení možnosti distributorů zvolit si platformu pro komunikaci neprodejných obsahu týkajícího se produktů LEGO dětem. Takovou platformou přitom mohou být nově i sociální sítě, blogy apod. Minimální čas věnovaný jedním návštěvníkem obsahu na tomto neprodejním webu zaměřenému na produkty LEGO byl ze 2 hodin zkrácen na 1 minutu.

Podle ADLC se jedná vůbec o první případ, kdy bylo poskytnutí

11 Tamtéž, odst. 66 a 67.

12 Tamtéž, odst. 68.

13 Viz *Affaire 15/0038F – Lego S.A.S. Proposition d'Engagements de Lego S.A.S.* [online]. Autorité de la concurrence, 18. ledna 2021 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-jeux-de-construction>

slevy podmíněno zveřejňováním obsahu na nikoli prodejním webu. Oblast distribuce her a hraček je nicméně velmi specifická, a to zejména tím, že uživatel produktu (dítě) a osoba, která produkt nakupuje (rodič) nejsou jedna a tatáž osoba. Strategii LEGO odměňovat úsilí distributorů seznamovat děti se značkou LEGO lze tudíž považovat za legitimní. S ohledem na tento kontext a na nutnost zachování bezpečnosti dětí na internetu se využívání nikoli prodejní webové stránky jevílo ADLC jako vhodné a přiměřené řešení za předpokladu, že konkrétní podmínky budou v souladu se závazky nastaveny dostatečně pružně (zejména pokud jde o volbu platformy).¹⁴

V rámci druhého kritéria bylo zrušeno dílčí kritérium týkající se povinnosti doručit zboží do 3 hodin od nákupu. Naopak byla zavedena možnost dodání taktéž do výdejních míst (včetně nejrozličnějších výdejových boxů). Počty přidělovaných bodů pak byly odstupňovány především v závislosti na čase doručení.¹⁵

Čtvrté kritérium zaměřené na prezentaci značky LEGO spojenou s prémiovým nákupním zážitkem bylo upraveno tak, aby se vztahovalo jak na online, tak na offline aktivity.¹⁶

Další sada závazků mířila na obavy ADLC z narušení hospodářské soutěže související s nedostatkem transparentnosti a komunikace týkající se systému funkční slevy ze strany LEGO vůči distributorům.¹⁷ Z všeobecných obchodních podmínek tak bylo odstraněno, že podmínky pro přidělení funkční slevy budou distributorovi sděleny na vyžádání. LEGO se naopak zavázalo distributorům ve stanovených lhůtách zasílat všeobecné obchodní podmínky, ceník, podmínky pro přiznání funkční slevy a jejich jednostránkové shrnutí pro následující rok. LEGO se rovněž zavázalo k zavedení interních pravidel pro komunikaci s distributory. Aby všichni členové prodejního týmu LEGO, v jejichž kompetenci je přidělování funkční slevy, odpovídali na dotazy distributorů konzistentně, měly by jim být distribuovány odpovědi na často kladené otázky distributorů týkající se systému funkční slevy. Zaveden by měl být rovněž centrální postup pro sledování a zaznamenávání naplňování kritérií pro přiznání slevy ze strany jednotlivých distributorů.

14 Rozhodnutí ADLC, odst. 99 a násled.

15 Tamtéž, odst. 74 a 106 a násled.

16 Tamtéž, odst. 109 a 110.

17 Tamtéž, odst. 97.

Závazky vstoupily v platnost 2. března 2021 a v účinnosti budou po dobu pěti let.¹⁸

VII. Příliš striktní přístup francouzského soutěžního úřadu?

7.1 Podoba systému slev od roku 2017 vycházela ze závazků LEGO vůči BKartA

BKartA ve svém rozhodnutí z roku 2016 potvrdil, že prodávající může stanovit různé kvalitativní standardy týkající se distribuce jím dodávaného zboží a kupujícím může v závislosti na jimi poskytovaných prodejních či jiných službách poskytovat různě vysoké slevy. Tímto způsobem však podle BKartA nelze strukturálně znevýhodňovat online distribuční kanál, jako tomu podle BKartA bylo v případě LEGO.

Ve snaze odstranit obavy BKartA z narušení hospodářské soutěže se LEGO v roce 2016 zavázalo upravit systém slev tak, aby v jeho důsledku nedocházelo k neodůvodněnému rozlišování mezi různými skupinami distributorů. Dále zavedlo zvláštní kritéria pro slevy poskytované distributorům působícím online, která měla odrážet specifika tohoto distribučního kanálu.

Tento intervencionistický přístup BKartA byl předmětem kritiky ze strany odborné veřejnosti. BKartA bylo vytýkáno, že namísto toho, aby plnil svou úlohu orgánu pro ochranu hospodářské soutěže, na sebe přebírá roli regulátora tržního prostředí. V podstatě totiž zakazuje odměňovat distributory slevami za poskytování služeb v souvislosti s offline prodejem pouze z toho důvodu, že neexistuje odpovídající ekvivalent předmětných služeb v online prostředí, resp. pro účely zachování odměn za poskytování offline služeb BKartA *de facto* nutí LEGO k nalezení odpovídajících online služeb, které by – nebýt intervence BKartA – LEGO pravděpodobně vůbec nepotřebovalo. Podle některých autorů se tak jedná o zásah do obchodní politiky LEGO, v jehož důsledku může dojít ke snížení kvality poskytovaných služeb, neboť distributoři mohou být odměňováni pouze za ty služby, které mohou být poskytovány v souvislosti s prodejem ve všech distribučních kanálech.¹⁹

18 Tamtéž, odst. 115 až 117.

19 VOGEL, Louis. The Recent Application of EU and National Competition Law to Distribution Agreements: Does Competition Law Promote Efficient Distri-

Striktní přístup BKartA není v oblasti vertikálních omezení v e-commerce sektoru žádným překvapením.²⁰ Před rozhodnutím ve věci LEGO změnily v návaznosti na obavy BKartA z narušení hospodářské soutěže své systémy slev společnosti Dornbracht,²¹ GARDENA²² a Bosch Siemens Hausgeräte.²³ Všechny tyto případy se však týkaly stanovení dvojích cen (*dual pricing*), které představuje tvrdé omezení hospodářské soutěže. Mezi tyto případy byl od doby svého zveřejnění samotným BKartA řazen i případ LEGO.²⁴ Rozhodnutí BKartA ve věci

bution Networks? *Journal of European Competition Law & Practice* [online]. Oxford University Press, 2016, roč. 7, č. 9, s. 628–640 [cit. 25. dubna 2021], s. 636–637. Dostupné z: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpw079>.

- 20 Viz zjištění autorky tohoto příspěvku ve vztahu ke stanovení cen pro další prodej, stanovení dvojích cen a doložek parity v e-commerce sektoru obsažené v její diplomové práci. KRUMLOVÁ, Dita. *Vertikální omezení hospodářské soutěže v sektoru elektronického obchodu: se zaměřením na stanovení cen pro další prodej, stanovení dvojích cen a doložky nejvyšších výhod*. 2019. Diplomová práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra evropského práva. Vedoucí práce Šmejkal, V.
- 21 Řízení vedené BKartA ve věci *Dornbracht* pod sp. zn. B5–100/10 (řízení zastaveno bez vydání rozhodnutí); *Case summary: Bundeskartellamt ensures online availability of high-quality sanitary fittings* [online]. Bundeskartellamt, 13. prosince 2011 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2016/B5-100-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3
- 22 Rozhodnutí BKartA ze dne 27. listopadu 2013, *GARDENA*, sp. zn. B5–144/13 (nezveřejněno); *Case summary: Bundeskartellamt obtains change in GARDENA retailer discount systems* [online]. Bundeskartellamt, 5. prosince 2013 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B5-144-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- 23 Rozhodnutí BKartA ze dne 23. prosince 2013, *Bosch Siemens Hausgeräte*, sp. zn. B7–11/13 (nezveřejněno); *Fallbericht: Rabattsystem der Bosch Siemens Hausgeräte GmbH, München* [online]. Bundeskartellamt, 23. prosince 2013 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B7-11-13.pdf?__blob=publicationFile&v=4
- 24 Viz např. *Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie?* [online]. Bundeskartellamt, 10. října 2019 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2019_Hintergrundpapier.html?nn=3591568 nebo *Arbeitskreis Kartellrecht* [online] Bundeskartellamt, 3. srpna 2018 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z [46](https://www.bundeskarte-</div><div data-bbox=)

LEGO však nebylo nikdy zveřejněno a publikovaná tisková zpráva BKartA detaily týkající nastavení systému slev LEGO neodhalovala.

Nyní zveřejněné rozhodnutí ADLC ve věci LEGO ovšem prozrazuje, že LEGO užívá na evropské úrovni shodný systém slev, a tedy napadený francouzský systém slev je zřejmě shodný s tím, který byl uplatňován a v návaznosti na rozhodnutí BKartA upraven v Německu.

Systém slev, tak jak je popsán v Rozhodnutí ADLC, však ani v letech 2014 až 2016 nepřiděloval hybridním distributorům dvě úrovně slevy podle toho, zda bude zboží předmětným distributorem dále prodáváno online, nebo offline. Nezakládal tedy dvojí ceny (*dual pricing*). Distributorovi byla přiznána pouze jedna sleva, a to v závislosti na tom, jaká kvalitativní kritéria se mu podařilo naplnit. V případě čistých online distributorů byla sleva minimální, neboť systém v letech 2014 až 2016 neobsahoval žádná alternativní kritéria uplatnitelná pro online prodej. Mohlo se tak jednat toliko o cenovou diferenciaci, tedy efektové omezení, jak v recentním rozhodnutí uvedla ADLC.

Ač se to zdá v případě tak významného soutěžního úřadu, kterým je BKartA, až neuvěřitelné, jeho striktní přístup ve věci LEGO patrně vycházel z nesprávného pochopení praktiky stanovení dvojích cen (*dual pricing*). BKartA pod tuto praktiku podřadil i „pouhou“ cenovou diferenciaci, tedy situaci, kdy jsou stanoveny různé ceny vůči různým kategoriím distributorů, aniž by byly ve vztahu k jednotlivým hybridním distributorům uplatňovány rozdílné ceny podle toho, zda distributor dále prodá produkt online či offline.

Pokud je tomu skutečně tak, lze na obranu BKartA uvést, že podle vyjádření Evropské komise („**Komise**“) obsaženém v Doprovodném dokumentu k Závěrečné zprávě z šetření v ecommerce sektoru k takovému nesprávnému výkladu předmětné praktiky docházelo velmi často, a právě z tohoto důvodu Komise na témže místě rozdíl mezi *dual pricingem* a cenovou diferenciací podrobně popsala.

Striktní přístup BKartA k systému slev LEGO mohl být rovněž negativně ovlivněn skutečností, že v době, kdy BKartA o této věci rozhodoval, zároveň šetřil a následně pokutoval LEGO za praktiku stanovování cen pro další prodej (*resale price maintenance*), ke které docházelo v letech 2012 a 2013. Podmiňování poskytnutí velkoobchodní slevy

dodržení určené maloobchodní ceny mělo být přitom jedním z mechanismů, kterým LEGO stanovené ceny vynucovalo. Podle některých názorů je tak přinejmenším možné, že na přístup BKartA mohlo mít vliv i případné podezření, že systém funkční slevy byl zaveden spíše pro účely monitoringu dodržování určených maloobchodních cen nežli s cílem podpořit prodejní úsilí distributorů.²⁵

ADLC sice kvalifikovala jednání LEGO správně,²⁶ ovšem na striktní přístup BKartA vycházející zřejmě z nesprávného právního posouzení jednání LEGO navázala.

7.2 Nezohlednění rozdílných nákladů jednotlivých kategorií distributorů ze strany ADLC

Rozhodnutí ADLC obsahuje spíše stručný popis analýzy, kterou údajně ADLC v souvislosti s posuzováním efektů tvrzené protisoutěžní dohody provedla. I na základě těchto omezených informací se autorka nicméně domnívá, že ADLC ve své analýze nezohlednila rozdíly v nákladech, které musí jednotlivé kategorie distributorů nést.

Náklady čistých online distributorů a distributorů využívajících k prodeji jednu či více kamenných prodejen se přitom mohou v praxi výrazně lišit. Provozování kamenné prodejny je typicky spojeno s náklady v podobě pronájmu či koupi nemovitosti, s náklady na energie, personál apod. Kamenné prodejny jsou navíc limitovány velikostí svých prodejních ploch a jakékoli rozšíření prostoru v regálech pro jeden produkt nutně znamená méně prostoru pro produkt jiný. Tato situ-

25 DA COSTA, Gabriela R., MUTSCHLER-SIEBERT, Annette, BRUNEAU, Mélanie, MARSH, Jennifer P.M. a FINNERTY, Christopher S. Does the French Lego Case Threaten the Building Blocks of your Pricing Policy for Online Sellers? *National Law Review* [online] K & L Gates, 2021, roč. XI, č. 53 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: <https://www.natlawreview.com/article/does-french-lego-case-threaten-building-blocks-your-pricing-policy-online-sellers>

26 ADLC správně rozlišovala stanovení *dual pricing* a cenovou diferenciaci již před vydáním Doprovodného dokumentu k Závěrečné zprávě z šetření v e-commerce sektoru. Viz *Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique* (viz pozn. 8). Doprovodný dokument k Závěrečné zprávě z šetření v e-commerce sektoru byl navíc vydán v průběhu šetření ADLC věci LEGO, takže jej ADLC již mohla při svém rozhodování – na rozdíl od BKartA – zohlednit.

ace, pokud autorka pomine možné limity skladovacích míst, v případě online prodeje nenastává, neboť prostor webu je *de facto* neomezený.

Pokud by platil předpoklad, že jednotlivé kategorie distributorů působí na trhu za velmi rozdílných podmínek a s velmi rozdílnými náklady, je skutečně vhodné umožnit všem těmto *odlišným* kategoriím distributorů dosáhnout na *stejnou* výši velkoobchodní slevy? Nestaví taková snaha o shodný přístup ke zcela odlišným situacím naopak do nevýhodného postavení distributory prodávající v kamenných prodejnách, na jejichž aktivitách tak budou moci online distributoři parazitovat (tzv. *free riding* problém)?

V hypotetickém případě, kdy by v důsledku kritérií nastavených v rámci systému slev naopak vznikaly některé dodatečné náklady pouze online distributorům, by přístup ADLC nezohledňující rozdílnou výši nákladů různých kategorií distributorů paradoxně mohl stavět online distributory do méně výhodné pozice.

Nezohlednění rozdílů v nákladech jednotlivých kategorií distributorů je překvapivé i v kontextu přístupu Komise k praktice *dual pricingu*, která je ze své povahy závažnější jednání než pouhá cenová diferenciacce. Podle Pokynů k vertikálním omezením však i v případě takto závažné praktiky může přicházet v úvahu možnost individuální výjimky podle čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie²⁷ (dále jen „SFEU“), a to například v situacích, kdy online prodej přináší ve srovnání s offline prodejem prodávajícímu (výrobci) podstatně vyšší náklady spojené například s vyřizováním reklamací a stížností v důsledku absence instalace produktu u zákazníka ze strany online prodejců. Zákazem stanovení dvojích cen zároveň není dotčena možnost, aby se prodávající dohodl s kupujícím na paušální částce²⁸ na podporu online nebo offline prodeje.

Zohledňuje-li Komise rozdíly v nákladech spojených s různými distribučními kanály při posuzování možné individuální výjimky ze zákazu stanovení dvojích cen (*dual pricing*), resp. podpory jednotlivých distribučních kanálů v podobě paušální částky, tím spíše

27 Konsolidované znění Smlouvy o fungování Evropské unie, Úř. Věst. C 326, 26. října 2012, s. 47–390.

28 Tato částka se nesmí odvíjet od dosaženého obratu na jednotlivých prodejních kanálech hybridního distributora. V opačném případě by se totiž – za předpokladu, že by byl vyšší částkou podporován offline prodej – opět jednalo o *dual pricing*. Viz Pokyny k vertikálním omezením, odst. 52 písm. d).

by případné rozdíly v nákladech jednotlivých kategorií distributorů měly být vzaty v úvahu v rámci komplexní efektové analýzy prováděné v kontextu možné protisoutěžní cenové diferenciaci. Na základě obsahu Rozhodnutí ADLC se však autorka domnívá, že k tomu v daném případě nedošlo.

VIII. Závěr: Míří Evropa k zákazu cenové diferenciaci mezi kategoriemi distributorů?

Na základě poněkud dirigistického přístupu ADLC i BKartA v kauze LEGO by se mohlo zdát, že Evropa směřuje k zákazu cenové diferenciaci mezi jednotlivými kategoriemi distributorů, a to i v případě nedominantních dodavatelů. Analýza Rozhodnutí ADLC ovšem značí, že tomu tak není.

BKartA patrně omylem považoval cenovou diferenciaci za tvrdé omezení, když jej posoudil jako *dual pricing*.

ADLC pak výslovně potvrdila, že o *dual pricing* nejde. Uvedla, že může jít nanejvýše o efektové omezení. Při soutěžněprávním posouzení cenové diferenciaci je tedy třeba postupovat stejně jako v případě jakéhokoli jiné praktiky, která svými účinky narušuje, či je způsobilá narušit hospodářskou soutěž.

V první řadě je třeba provést analýzu relevantních trhů a postavení stran dohody na nich za účelem zhodnocení možnosti aplikace tzv. pravidla *de minimis*,²⁹ resp. blokové výjimky pro vertikální dohody.³⁰ V případě, že se ani jedno neuplatí, nastupuje komplexní analýza (potenciálních) efektů dohody na hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 SFEU. Cílem je zhodnotit, zda rozdílné ceny účtované rozdílným kategoriím distributorů mohou mít za následek významné znevýhodnění některé kategorie distributorů v hospodářské soutěži s ostatními. Zohlednit je třeba řadu kritérií – nejen tržní sílu dodavatele (v jejím rámci tržní podíl, ale například i význam značky, licencí apod.), ale i to, jak velký podíl na trhu zaujímá znevýhodněná skupina distributorů, jak vysoké jsou rozdíly v cenách mezi jednotlivými kategoriemi

29 Sdělení Komise. *Sdělení o dohodách menšího významu, které výrazně neomezuji hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (sdělení de minimis)* (2014/C 291/01). Úř. Věst. C 291/1, 30. srpna 2014.

30 Nařízení Komise (EU) č. 330/2010 ze dne 20. dubna 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě, Úř. Věst. L 1012/1, 23. dubna 2010.

distributorů, zda není rozdíl ve slevách jednoho typu vyvážen slevami typu jiného apod. Jak ukázalo Rozhodnutí ADLC, při hodnocení může hrát roli i míra transparentnosti a včasnosti komunikace systému slev vůči jednotlivým distributorům.³¹

Ukáže-li se na základě předchozí analýzy, že cenová diferenciace v daném případě narušuje, resp. je způsobilá narušit hospodářskou soutěž, nastupuje posouzení dohody z hlediska aplikace individuální výjimky podle čl. 101 odst. 3 SFEU. Hodnotí se možné pozitivní dopady cenové diferenciace na efektivnost, nezbytnost posuzovaného nastavení cen (resp. slev) sledovaným cílům, zda přináší výhody spotřebitelům, aniž by vyloučila soutěž na podstatné části trhu.

Efektová analýza provedená – nebo alespoň popsána – v Rozhodnutí ADLC je velmi stručná. To asi není překvapením vzhledem k tomu, že se jednalo o rozhodnutí, kterým byly přijaty závazky LEGO ve prospěch zachování účinné hospodářské soutěže.

Z pohledu autorky je však přinejmenším zvláštní, že ADLC patrně nezohlednila rozdíly v nákladech, které musí jednotlivé kategorie distributorů nést. Náklady čistých online distributorů a distributorů využívajících k prodeji jednu či více kamenných prodejen se přitom mohou v praxi výrazně lišit.

Je otázkou, zda byla tato skutečnost způsobena tím, že se jedná o závazkové rozhodnutí, nebo by ADLC takto postupovala i v kontextu rozhodnutí sankčního. Pokud ano, takový přístup by byl podle názoru autorky velmi intervencionistický. Ačkoli by se ADLC neblížila paušálnímu zákazu cenové diferenciace, neboť zde stále zůstává možnost aplikace pravidla *de minimis* a blokové výjimky, ADLC by *de facto* nutila výrobce k tomu, aby umožňovali všem kategoriím distributorů dosáhnout stejné maximální slevy bez ohledu na to, jaké náklady jim s prodejem produktů vznikají.

Ze závazkového rozhodnutí ve věci LEGO však k jednoznačnému závěru nelze dospět. Budeme si tak muset počkat, zda situaci vyjasní připravovaná unijní legislativa a související soft-law k vertikálním dohodám.

31 Rozhodnutí ADLC, odst. 65 a násl.

Zdroje

- Affaire 15/0038F – Lego S.A.S. Proposition d’Engagements de Lego S.A.S.* [online]. Autorité de la concurrence, 18. ledna 2021 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-des-jeux-de-construction>
- Arbeitskreis Kartellrecht* [online]. Bundeskartellamt, 3. srpna 2018 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Tagungsprotokoll_Arbeitskreis_Kartellrecht_2017.html?nn=3591568
- Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique* [online]. Autorité de la concurrence, 18. září 2012 [cit. 25. dubna 2021], odst. 255. Dostupné z: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/avis/relatif-au-fonctionnement-concurrentiel-du-commerce-electronique>
- Case summary: Bundeskartellamt ensures online availability of high-quality sanitary fittings* [online]. Bundeskartellamt, 13. prosince 2011 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2016/B5-100-10.pdf?__blob=publicationFile&v=3
- Case summary: Bundeskartellamt obtains change in GARDENA retailer discount systems* [online]. Bundeskartellamt, 5. prosince 2013 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B5-144-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- Commission Staff Working Document. *Accompanying the document. Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Final report on the E-commerce Sector Inquiry*. Brusel, 10. května 2017, SWD(2017) 154 final, odst. 596. Dostupné z: https://ec.europa.eu/competition/anti-trust/sector_inquiry_swd_en.pdf
- DA COSTA, Gabriela R., MUTSCHLER-SIEBERT, Annette, BRUNEAU, Mélanie, MARSH, Jennifer P.M. a FINNERTY, Christopher S. Does the French Lego Case Threaten the Building Blocks of your Pricing Policy for Online Sellers? *National Law Review* [online] K & L Gates, 2021, roč. XI, č. 53 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: <https://www.natlawreview.com/article/does-french-lego-case-threaten-building-blocks-your-pricing-policy-online-sellers>
- Fallbericht: Rabattsystem der Bosch Siemens Hausgeräte GmbH, München* [online]. Bundeskartellamt, 23. prosince 2013 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B7-11-13.pdf?__blob=publicationFile&v=4
- Konsolidované znění Smlouvy o fungování Evropské unie, Úř. Věst. C 326, 26. října 2012, s. 47–390.

- KRUMLOVÁ, Dita. *Vertikální omezení hospodářské soutěže v sektoru elektronického obchodu: se zaměřením na stanovení cen pro další prodej, stanovení dvojnásobných cen a doložky nejvyšších výhod*. 2019. Diplomová práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra evropského práva. Vedoucí práce Šmejkal, V.
- LEGO changes its discount system – Fairer conditions for online sales* [online]. Bundeskartellamt, 18. července 2016 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/18_07_2016_Lego.html;jsessionid=41C2D-01F2A91FF4276B79B00873A21F0.2_cid387?nn=3591568
- Nářízení Komise (EU) č. 330/2010 ze dne 20. dubna 2010 o použití čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě, Úř. Věst. L 1012/1, 23. dubna 2010.
- Quo vadis Vertikal-GVO – Zeit für eine Anpassung an die Digitalökonomie?* [online]. Bundeskartellamt, 10. října 2019 [cit. 25. dubna 2021]. Dostupné z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/AK_Kartellrecht_2019_Hintergrundpapier.html?nn=3591568
- Rozhodnutí ADLC ze dne 27. ledna 2021, *LEGO France*, sp. zn. 21-D-02 (dále jen „Rozhodnutí ADLC“). Dostupné z: <https://www.autoritedelaconcuurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-sec-teur-des-jeux-de-construction>
- Rozhodnutí BKartA ze dne 17. července 2016, *LEGO*, sp. zn. B5–35/14 (nezveřejněno).
- Rozhodnutí BKartA ze dne 23. prosince 2013, *Bosch Siemens Hausgeräte*, sp. zn. B7–11/13 (nezveřejněno).
- Rozhodnutí BKartA ze dne 27. listopadu 2013, *GARDENA*, sp. zn. B5–144/13 (nezveřejněno).
- Řízení vedené BKartA ve věci *Dornbracht* pod sp. zn. B5–100/10 (řízení zastaveno bez vydání rozhodnutí).
- Sdělení Komise. *Pokyny k vertikálním omezením* (2010/C 130/01). Úř. Věst. C 130/1, 19. května 2010, odst. 52 písm. d).
- Sdělení Komise. *Sdělení o dohodách menšího významu, které výrazně neomezují hospodářskou soutěž podle čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie (sdělení de minimis)* (2014/C 291/01). Úř. Věst. C 291/1, 30. srpna 2014.
- VOGEL, Louis. The Recent Application of EU and National Competition Law to Distribution Agreements: Does Competition Law Promote Efficient Distribution Networks? *Journal of European Competition Law & Practice* [online]. Oxford University Press, 2016, roč. 7, č. 9, s. 628640 [cit. 25. dubna 2021], s. 636–637. Dostupné z: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpw079>

PŘÍNOSY DIGITÁLNÍ EKONOMIKY PRO POSUZOVÁNÍ TRŽNÍ SÍLY

JAN KUPČÍK

Advokát, Praha

Abstrakt: *Tržní sílu není třeba posuzovat jen nepřímo, prostřednictvím tržních podílů na relevantním trhu, jak je v současnosti v evropském prostředí zvykem a standardem. Existují i způsoby, jak měřit ekonomickou tržní sílu přímo, které mohou analýzu tržní síly (především v kontextu řízení o možném zneužití dominantního postavení) teoreticky zjednodušit, a zároveň zpřesnit. Takovým nástrojem může být cenová elasticita individuální poptávky. Pro zvažování jejího použití v praxi hovoří současný vývoj ekonomiky, a to především jejího digitálního segmentu. Digitalizace však prostupuje do naprosté většiny sfér ekonomiky obecně, a proto se zvyšuje i validita souvisejících argumentů pro využitelnost cenové elasticity individuální poptávky.*

Abstract: *Market power does not need to be assessed only indirectly, through market shares in the relevant market, as is customary and standard in the European context nowadays. There are also ways to measure economic market power directly, which can theoretically simplify and refine the analysis of market power (especially in the context of proceedings regarding possible abuse of a dominant position). Such a tool can be the price elasticity of individual demand. The current development of the economy, especially its digital segment, speaks in favour of considering its use in practice. However, digitalization affects the vast majority of spheres of the economy in general, and therefore the validity of the related arguments for the usability of price elasticity of individual demand is increasing.*

Klíčová slova: *digitalizace, digitální ekonomika, tržní síla, dominantní postavení*

Keywords: *digital economy; digitalization; dominant position; market power*

I. Úvod

Tržní síla je *de iure* faktorem rozhodujícím o tom, zda postavení souěžitele na trhu je dominantní či nikoliv.¹ Postavení na trhu zároveň hraje roli nejen v případech zneužití dominantního postavení, ale i v kauzách týkajících se potenciálně protisoutěžních dohod, především těch, které je třeba hodnotit dle jejich účinku (*by effect*). Z prakticky stejného

¹ Srov. § 10 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů („ZOHS“).

důvodu jako v případě zneužití dominantního postavení je tržní síla relevantní i při posuzování spojování soutěžitelů, kde vstupuje do SIEC (*significant impediment to effective competition*) testu.

V klasickém pojetí je tržní síla vyjadřována primárně prostřednictvím tržních podílů, které jsou zásadně vypočteny z hodnotového vyjádření (obratů) na příslušném definovaném relevantním trhu. To znamená, že určení tržní síly je prakticky dvoukrokové – nejprve dochází k vymezení relevantního trhu, a následně jsou určeny tržní podíly.

Jak známo, problematika vymezení relevantního trhu není jednoduchá, a postupující digitalizace (a do menší míry globalizace) přináší v tomto směru nové a nové výzvy. Zřejmě nesrovnatelný vliv digitalizace s jinými aspekty potvrzují i konzultace ke Sdělení Komise o definici relevantního trhu.² Totéž platí pro kvantifikaci tržních podílů.

Služby tzv. digitální ekonomiky již několik let přitahují zájem soutěžních úřadů po celém světě, přičemž zřejmě nejvýraznější mezi nimi je zájem Komise, resp. jejího Ředitelství pro hospodářskou soutěž (DG COMP). Stejně tak jsou různé aspekty digitální ekonomiky a potřeba přizpůsobení soutěžního práva diskutovány velmi často v akademických kruzích (čehož byl ostatně důkazem workshop, na němž byl tento příspěvek přednesen). Subjektivně hodnoceno lze říct, že většina pozornosti je směřována na to, zda dosud používané nástroje soutěžního práva jsou dostatečné, je třeba je určitou měrou přizpůsobit, anebo je třeba vytvořit nástroje zcela nové.

Tento příspěvek nicméně poukazuje na něco jiného, což dle autora není dosud v odborné diskuzi zcela reflektováno – a totiž na nástroj, který již několik desetiletí teoreticky existuje,³ nicméně dosud nebýval aplikován (a pokud, tak výjimečně a mimo Evropskou unii) s odkazy na nemožnost nebo komplikovanost jeho praktického použití. Tímto nástrojem je přímé měření tržní síly, konkrétně analýza cenové elasticity individuální poptávky (dále také jen „CEIP“).

Tento příspěvek by měl sloužit zejména k představení CEIP a nasto-

2 Srov. dokument Evropské komise („Komise“) nazvaný „Summary of the stakeholder consultation to the Evaluation of the Market Definition Notice“, Ares(2020)7730543, dostupný z: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_market_definition_notice/summary_of_contributions_stakeholders.pdf.

3 Srov. LANDES, William, POSNER, Richard. Market Power in Antitrust Cases, *Harvard Law Review*, roč. 94, 1981, s. 939–943.

lení dalšího směru potřebného výzkumu, na jehož konci by mohlo být praktické použití CEIP soutěžními úřady v rámci Evropské unie v kauzách týkajících se možného zneužití dominantního postavení.

II. Tržní síla a cenová elasticita individuální poptávky

Jak již bylo výše zmíněno, tržní síla je otázkou rozhodující o existenci či neexistenci dominantního postavení. Pro české vnitrostátní případy to stanoví výslovně zákon (ZOHS v § 10 odst. 1). V evropském kontextu to uvádí Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele,⁴ které stává již na rozsudku ve věci *United Brands*.⁵

Ačkoliv lze diskutovat o přesném významu pojmu „tržní síla“ v rámci výše uvedených pramenů, není důvod konstruovat žádné právně specifické pojetí, které by ji odlišovalo od jejího ekonomického významu. Pokud v některých kauzách naznačuje rozhodovací praxe soutěžních úřadů nebo judikatura soudů opačně, jedná se spíše o excesy, v nichž každopádně nelze vysledovat žádnou pojící linii, a spíše svědčí o zvláštních aspektech konkrétních případů.⁶ Jednota právního a ekonomického významu tržní síly by měla vyplývat také z tzv. více ekonomického přístupu, který byl v posledních letech prosazován Komisí a o něco později také dle některých indicií přijat Soudním dvorem.⁷

Klasická ekonomie považuje tržní sílu za schopnost stanovit cenu nad úrovní mezních nákladů. Pro účely teorie je tedy významné, že takto pojatou tržní sílu lze kvantifikovat právě tím, do jaké míry přesahuje skutečná cena tržní náklady. Matematicky lze tuto skutečnost zapsat následovně:

$$\frac{P - MC}{P}$$

4 Úř. věst. C45/7 [2009] bod 9 („Pokyny k čl. 82“).

5 Rozsudek ESD ve věci č. 27/76, *United Brands* [1978] ECR 207, odst. 65.

6 Podrobněji viz KUPČÍK, Jan. Alternativní způsoby určování tržní síly. *Antitrust*, č. 3, roč. 2020, s. 54–63, nebo KUPČÍK, Jan, KINDL, Jiří. Pojem dominantního postavení. In: KINDL, J. a kol. *Soutěžní právo*. Praha: C.H.Beck, 2021, s. 315–317.

7 Srov. zejm. rozsudky Soudního dvora („SD“) ve věci č. C-209/10, *Post Danmark I* ECLI:EU:C:2012:172, ve věci č. C-23/14, *Post Danmark II* ECLI:EU:C:2015:651 nebo ve věci č. C-413/14 P, *Intel* ECLI:EU:C:2017:632.

Tento údaj je dle autora myšlenky označován jako tzv. Lernerův index.⁸ Ideu za indexem lze parafrázovat následovně. V dokonalé konkurenci, kde podnik žádnou tržní sílu nemá, se cena rovná jeho mezním nákladům. Čím výše může podnik cenu stanovit nad tento bod, tím větší ekonomickou moc (tržní sílu) má, protože tím více může ovlivňovat trh ve svůj prospěch (ve prospěch svého zisku). K eliminaci absolutních čísel (tedy aby nevycházel index vyšší jen z toho důvodu, že jednotková cena je vyšší), navrhl A. Lerner poměřovat rozdíl s cenou, a výsledek tak lze vyjádřit i v procentech.

Situace, kdy může podnik stanovit cenu nad mezními náklady, zahrnují případy čistého monopolu, ale i situace s větší než nulovou koncentrací tržní síly u několika podniků (např. tzv. Cournotův oligopol).⁹ V těchto modelech platí, že cena není dána pouze mechanismy trhu, ale do určité míry ji mohou určovat podniky, které tak z podstaty věci mohou stanovit ceny nad úroveň mezních nákladů. Podnik se přitom rozhoduje takovým způsobem, aby se jeho mezní příjem z posledního prodaného kusu rovnal meznímu nákladu. Na rozdíl od dokonalé konkurence tak může být cena stanovena nad úroveň mezních nákladů, protože cena daného kusu se nerovná meznímu příjmu. Tuto teorii zjednodušeně ilustruje následující tabulka:

Kus č.	Cena	Celkový příjem	Mezní příjem	Celkový náklad	Mezní náklad	Celkový zisk
1	10	10	10	1	1	9
2	8	16	6	3	2	13
3	6	18	2	6	3	12
4	4	16	-2	10	4	6
5	2	10	-6	15	5	-5

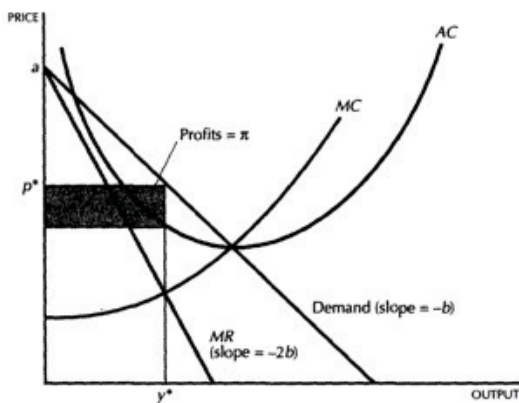
Zdroj: vlastní

Z tabulky výše je zřejmé, že pro monopolistu bude nejvýhodnější prodávat pouze 2 ks produktu. V takovém případě totiž bude jeho

8 LERNER, Abba. The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power. *The Review of Economic Studies*, roč. 1, č. 3, 1934, s. 157–175.

9 Pro ilustraci níže vycházím pouze z modelu monopolu. V ostatních dotčených ekonomických modelech by tyto zákonitosti měly platit nejméně v krátkém období – srov. VARIAN, Hal. *Intermediate Microeconomics. Modern Approach*. 7. vyd. W. W. Norton&Co, 2005, s. 481–498, nebo MANKIWI, Gregory. *Principles of Economics*. 7. vyd., 2014, s. 329–334.

celkový zisk nejvyšší, což je situace, kdy stále mezní příjem převyšuje mezní náklad. I v případě, kdy by prodával 3 ks, by měl dokonce i mezní příjem kladný (a tedy celkový příjem vyšší), a i u 4 ks by měl kladný celkový zisk. Z pohledu celkového blahobytu by pak bylo nejlepší, aby podnik prodával 4 ks, protože přístup k produktu bude mít i čtvrtý kupující, protože v takovém případě bude celkový přebytek nejvyšší. Obdobnou situaci (teoreticky přesněji) ilustruje i následující graf:



Zdroj: VARIAN, Hal. *Intermediate Microeconomics. Modern Approach.* 7. vyd. W. W. Norton & Co, 2005, s. 426.

Pro naše účely graf zejména ukazuje, že monopol bude prodávat právě takové množství, v němž křivka mezního příjmu (MR) protíná křivku mezních nákladů (MC), ale cenu monopolista stanoví pro toto množství v bodě, kdy svislá přímka prodávaného množství protíná křivku poptávky, tedy na křivce poptávky výše, než kde by bylo ekvilibrium (tj. průnik křivky poptávky a křivky mezních nákladů). Pro Lernerův index to znamená, že monopolista bude cenu stanovovat výše než na úrovni mezních nákladů (a dle grafu výše budou obvykle mezní náklady nižší), proto jeho hodnota bude kladná. Z matematického hlediska je potom zajímavé, že hodnota Lernerova indexu závisí na sklonu poptávkové křivky (který je vyjádřen jako první derivace funkce této křivky).

Tím se oklikou dostáváme k cenové elasticitě individuální poptávky. Tato elasticita popisuje, jak se mění poptávka po produktu (jaké množství spotřebitelé poptávají), pokud se mění jeho cena, a vypočte se jako podíl změny v množství vůči změně v ceně. Matematický zápis je následovný:

$$\varepsilon = \frac{\Delta Q/Q}{\Delta P/P} = \frac{P \Delta Q}{Q \Delta P} = \frac{\Delta Q (v \%)}{\Delta P (v \%)}$$

Např. tedy, pokud se cena zvýší o 10 % a poptávané (prodané) množství poklesne o 20 %, pak je cenová elasticita individuální poptávky - 2. To ukazuje, že běžné statky vykazují negativní elasticitu poptávky. Pro zjednodušení se proto elasticita uvádí v absolutní hodnotě (tedy ve výše naznačeném případě by byla uváděná hodnota 2).

Matematickými operacemi naznačenými níže dojdeme k následující rovnici vyjadřující vztah mezi Lernerovým indexem a CEIP.¹⁰

$$\begin{aligned} MR &= MC \\ P \left(1 - \frac{1}{\varepsilon}\right) &= MC^{11} \\ P - \frac{P}{\varepsilon} &= MC \\ \frac{P}{\varepsilon} &= P - MC \\ \frac{1}{\varepsilon} &= \frac{P - MC}{P} \end{aligned}$$

Cenová elasticita individuální poptávky je tedy inverzní hodnotou Lernerova indexu, a stejně jako Lernerův index tedy vyjadřuje, z teoretického pohledu správně, tržní sílu.

10 V podrobnostech viz LANDES, POSNER, op. cit., s. 984–985.

11 Pro vyjádření mezního příjmu monopolisty, jak je naznačen na levé straně rovnice, viz např. VARIAN, op. cit., s. 278.

III. Výhody cenové elasticity individuální poptávky pro kvantifikaci tržní síly

Výhoda Lernerova indexu i CEIP spočívá zejména v tom, že umožňuje určit tržní sílu přímým způsobem. Eliminuje se tak, pro posouzení, zda je podnik v dominantním postavení, potřeba definovat relevantní trh, kvantifikovat tržní podíly na takovém trhu a teoreticky i odpadá potřeba zkoumat další faktory, které podle rozhodovací praxe mohou být pro hodnocení dominantního postavení relevantní (překážky vstupu na trh, struktura trhu, kupní síla atp.).¹² CEIP se vždy vztahuje pouze ke konkrétnímu produktu. Pokud se posuzované jednání týká jasně daného produktu (není spor o to, ve vztahu ke kterému produktu by měl podnik uplatňovat posuzované jednání), nečiní problém stanovit, jaká data je třeba využít k jejímu výpočtu.

Oproti Lernerovu indexu potom CEIP disponuje zásadní praktickou výhodou – lze jej vypočítat na základě údajů o prodaném množství a prodejních cenách. Není tedy třeba zjišťovat mezní náklady, což je údaj, který v praxi je velmi obtížné určit alespoň s takovou spolehlivostí, která by zajišťovala minimální standard spolehlivosti tohoto ukazatele. K výpočtu CEIP je tedy potřeba znát pouze údaj o množství, které se prodalo za konkrétní cenu (přepočteno na zvolenou periodu – např. 1 den, měsíc), a takovou kombinaci znát alespoň dvakrát, tj. je třeba, aby podnik alespoň jednou změnil prodejní cenu daného produktu.

IV. Vliv digitalizace a cenová elasticita individuální poptávky

CEIP byla v praxi dosud využívána spíše sporadicky, a to pouze v americkém prostředí. V Eropě odmítá množství odborné literatury přímou analýzu tržní síly (tedy včetně CEIP) odkazem na potřebu definice relevantního trhu v evropském soutěžním právu.¹³ Další argumenty tyto způsoby odmítají s odkazem na složitost sběru příslušných dat, nicméně tento argument se vztahuje spíše k mezním nákladům,

12 Srov. KUPČÍK, Jan. Rozhodující faktory pro závěr o dominantním postavení. In KINDL a kol., op. cit., s. 322–332.

13 Viz např. SOUSA FERRO, Miguel. *Market Definition in EU Competition Law*. OUP, 2018, s. 332–340; EBEN, Magali. *Addressing the Main Hurdles of Product Market Definition for Online Services: Products, Price, and Dynamic Competition*. Kvalifikační práce, 2019, s. 38.

zatímco údaje o skutečných cenách a prodaném množství potřebné pro výpočet CEIP patří mezi ty základní, které by neměl být problém od podniků získat. Dále se argumentuje také údajnou právní jistotou a jednoduchostí sebehodnocení pomocí tržních podílů. Takové argumenty nejsou ve světle digitalizace zcela přesvědčivé, a to z následujících důvodů.

Zaprvé, data o prodejkách konkrétního výrobku podniku jsou mnohem dostupnější a je jednodušší je (digitálně) sledovat, než tomu bylo dříve. Podniky jsou požadavky digitalizace, často i převedenými do legislativy, motivovány a nuceny k zaznamenávání údajů o každém jednotlivém prodaném kusu, přičemž tyto údaje jsou zpravidla uchovávány centrálně, v jednom informačním systému. Zjištění údajů o prodaném množství za konkrétní cenu, a to i několik let zpětně, by zpravidla nyní nemělo činit větší problémy. To platí i v případech, kdy je dodávaným produktem služba či nehmotný výrobek, u nichž je komplikovanější kvantifikovat dodané množství. I tyto údaje jsou totiž zpravidla podniky nyní sledovány.

Zadruhé, digitalizace komplikuje určování jasných hranic mezi produkty, které jsou vzájemně (dostatečně) zastupitelné, a které již ne. Jinými slovy řečeno, relevantní trh již nemůže být jednoduše definován „selským rozumem“, který by ekonometrické metody (typu SSNIP testu) v naprosté většině případů potvrdily. Zaměnitelnost mezi některými službami může být pouze jednostranná a často jsou služby zaměnitelné pouze do určité míry (je sociální síť Facebook zaměnitelná se zpravodajskými servery? A je s nimi zaměnitelná sociální síť Twitter? A Twitter a Facebook vzájemně?). Tímto směrem jsou tedy ovlivněny zejména služby digitální ekonomiky. Do jisté míry to ale ovlivňuje i dodávky hmotných produktů uskutečňované online. E-commerce rozšiřuje dostupnost daného produktu obecně mezi spotřebitele i geografické hranice oblastí, do nichž mohou výrobci dodávat.

Z výše uvedeného vyplývá, že digitalizace a digitální ekonomika podstatně zkomplikovala analýzu tržní síly založenou na hodnocení tržních podílů. Současně zřejmě podstatně zlepšila dostupnost údajů, které jsou potřebné pro výpočet CEIP. Digitalizace nicméně přímo nezměnila postavení definice relevantního trhu v rámci evropského soutěžního práva. Jeho potřebu ale analýza tržní síly pomocí CEIP nevylučuje, relevantní trh stále může být definován a využit pro jiné účely v rámci soutěžněprávní analýzy. Analýza CEIP dokonce ani ne-

vylučuje, že by soutěžní orgány paralelně mohly posuzovat tržní podíly a další relevantní aspekty v rámci klasického (dosavadního) hodnocení tržní síly, pouze by takovým postupem dodaly větší validitu svým závěrům o existenci nebo neexistenci dominantního postavení. Současně je třeba poznamenat, že nepřímo nicméně význam definice relevantního trhu u služeb digitální ekonomiky klesá, což potvrzuje i Zpráva Komise nazvaná „Competition Policy for the Digital Era“, v níž se uvádí, že „je třeba si uvědomit, že význam definice trhu a metod vyvinutých pro jeho identifikaci byly vytvořeny pro standardní zboží a služby. V digitálním světě je méně jasné, zda dokážeme dobře identifikovat relevantní trhy. Kromě toho se v případě platform stává vzájemná závislost trhů klíčovou součástí analýzy, přičemž role definice trhu tradičně spočívá v izolování problémů. Na digitálních trzích by proto měl být v analýze kladen menší důraz na definici trhu a větší důležitost připsována teoriím újmy a identifikaci protisoutěžních strategií.“¹⁴

V. Jak dále?

Výše uvedená obecná analýza naznačuje, že by mohl vznikat prostor pro širší využití CEIP v analýze tržní síly. Tyto teoretické domněnky by nicméně bylo vhodné v dalším kroku potvrdit širším výzkumem mezi případně dotčenými podniky, týkajícím se schopnosti sebehodnocení prostřednictvím současného postupu (tedy zejm. definicí relevantního trhu a analýzou tržních podílů) a prostřednictvím CEIP. Z předvýzkumu zpracovaného autorem mezi několika zejména start-upovými podniky vyplynulo, že jejich představitelé jsou obvykle přesvědčeni o tom, že jsou schopni určit vlastní tržní podíl. Podrobnější dotazování nicméně odhalilo, že většina není schopna provést zjednodušený SSNIP test, tedy by zřejmě nebyla schopna kvalifikovaně vůbec definovat relevantní trh. Dalším problémem by zřejmě bylo určení postavení ostatních konkurentů na trhu (pokud by byl správně definován), potřebné k hodnocení struktury trhu a relativní tržní síly. Naopak předvýzkum naznačuje, že sebehodnocení tržní síly prostřednictvím CEIP by spíše nemělo být problematické, jelikož příslušná data podniky mají obvyk-

14 CRÉMER, Jacques a kol. *Competition Policy for the Digital Era* [online]. 2019. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

le k dispozici. Tyto předběžné závěry by ale bylo nutné potvrdit nebo vyvrátit širším výzkumem, jak je zmíněno výše.

Pokud by takový výzkum potvrdil použitelnost, a případně i větší předvídatelnost, CEIP v porovnání s analýzou tržních podílů, bylo by nezbytné určit základní hranici CEIP, která by měla odlišovat existenci a neexistenci dominantního postavení. To je samozřejmě velmi delikátní otázka. Pokud by panovala shoda na tom, že dosavadní rozhodovací praxe a judikatura je i pro budoucnost vhodným vodítkem, bylo by ideální analyzovat předchozí hraniční případy a, pokud to bude možné, stanovit hodnotu CEIP v těchto případech, podle níž by bylo možné stanovit onu základní hranici CEIP. Obecně lze zřejmě vycházet z hodnocení G. Werdena, který uvádí, že CEIP menší než 2 je spíše nízká (a tržní síla tedy spíše vysoká).¹⁵ Současně bude třeba posoudit, zda má být základní hranice CEIP shodná pro všechna odvětví, což je dosud dle alespoň části odborné literatury sporné.¹⁶

Výše uvedené by mohlo naznačovat, že je vhodný moment k případnému přehodnocení použitelnosti CEIP. Prvotní teoretická analýza a úzký předvýzkum byl popsán výše. Závěry z nich ukazují, že se minimálně jedná o směr, který by měl být dále zkoumán a prověřen. Další potřebné kroky jsou naznačeny v předchozích odstavcích. K tomu, aby bylo možno CEIP aplikovat v praxi soutěžních orgánů, bude potřeba, aby tyto orgány (včetně ÚOHS) vyjádřili ochotu se CEIP zabývat. Bez součinnosti soutěžních orgánů totiž není možné získat dostatečně široký soubor dat (zejména pro analýzu předchozích případů), aby mohly být výše naznačené domněnky o využitelnosti CEIP validovány.

Dle mého názoru by možné aplikaci CEIP v praxi přispělo, pokud by nejprve soutěžní orgány výslovně uznaly možnost argumentace soutěžitelů tímto směrem (např. ve svých *soft-law* dokumentech), aniž by se musely nutně zavazovat k jejímu použití ve svých řízeních. To by mohlo naznačit, do jaké míry může CEIP korigovat případně nepřesné závěry založené na tržních podílech, jelikož by bylo možno předpokládat, že této možnosti by šetřené podniky využily. Zůstává samozřejmě otázkou, nakolik by jiný způsob posuzování tržní síly mohl hrát roli v situaci, kdy by zřejmě nebylo možné CEIP aplikovat na ně-

15 WERDEN, Gregory. Demand Elasticities in Antitrust Analysis. *Antitrust Law Journal*, 1998, roč. 66, s. 381.

16 EBEN, op. cit., s. 34.

kteřé současné kauzy z oblasti digitální ekonomiky, kteřé se zaměřují na služby zdarma. V jiných případech (např. v kauzách týkajících se online reklamy) by to však teoreticky již možné bylo. Současné zřejmě nelze očekávat, že by CEIP významně měnila závěry založené na tržních podílech v případech řešících možné zneužití dominantního postavení bývalými státními monopoly (inkumbenty) a podniky v podobném, zřetelně monopolním postavení. I v těchto případech však mohou existovat spory o správnou definici relevantního trhu, které by CEIP mohla efektivně adresovat. Rozsah použitelnosti CEIP navíc nelze hodnotit jen počtem případů, v nichž by její použití vedlo k opačnému závěru než použití tržních podílů. CEIP může také představovat užitečný nástroj k potvrzení závěrů vystavených na tržních podílech. Lze tak shrnout, že spektrum aplikace CEIP by skutečně nemuselo být nijak extrémně úzké, a proto by mělo smysl se jí zabývat.

Zdroje

- CRÉMER, Jacques a kol. *Competition Policy for the Digital Era* [online]. 2019. Dostupné z: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>
- EBEN, Magali. *Addressing the Main Hurdles of Product Market Definition for Online Services: Products, Price, and Dynamic Competition*. Kvalifikační práce, 2019, s. 38.
- Evropská komise. Summary of the stakeholder consultation to the Evaluation of the Market Definition Notice, Ares(2020)7730543 [online]. Dostupný z: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_market_definition_notice/summary_of_contributions_stakeholders.pdf
- KINDL, J. a kol. *Soutěžní právo*. Praha: C.H.Beck, 2021.
- KUPČÍK, Jan. Alternativní způsoby určování tržní síly. *Antitrust*, č. 3, roč. 2020, s. 54–63
- LANDES, William, POSNER, Richard. Market Power in Antitrust Cases, *Harvard Law Review*, roč. 94, 1981, s. 939–996
- LERNER, Abba. The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power. *The Review of Economic Studies*, roč. 1, č. 3, 1934, s. 157–175
- MANKIW, Gregory. *Principles of Economics*. 7. vyd., 2014.
- Pokyny k prioritám Komise v oblasti prosazování práva při používání článku 82 Smlouvy o ES na zneužívající chování dominantních podniků vylučující ostatní soutěžitele, Úř. věst. C45/7 [2009]
- Rozsudek Soudního dvora ve věci č. C-209/10, *Post Danmark I*, EU:C:2012:172
- Rozsudek Soudního dvora ve věci ve věci č. C-23/14, *Post Danmark II*, EU:C:2015:651

- Rozsudek Soudního dvora ve věci ve věci č. C-413/14 P, *Intel*, EU:C:2017:632
- SOUSA FERRO, Miguel. *Market Definition in EU Competition Law*. OUP, 2018.
- VARIAN, Hal. *Intermediate Microeconomics. Modern Approach*. 7. vyd. W. W. Norton&Co, 2005
- WERDEN, Gregory. Demand Elasticities in Antitrust Analysis. *Antitrust Law Journal*, 1998, roč. 66

MOŽNOST VYLOUČENÍ ÚČASTNÍKA ZE ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ KVŮLI TZV. BID RIGGINGU

NIKOLA LEDVINKOVÁ

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Brno¹

Abstrakt: Tento příspěvek je zaměřen na problematiku vyloučení účastníka ze zadávacího řízení kvůli uzavření dohody bid rigging. Cílem autorky bylo v následujících řádcích rozebrat nově přijaté Sdělení 2021/C 91/01, které má sloužit veřejným zadavatelům jako návod pro uplatňování výše uvedeného důvodu vyloučení, a na praktických příkladech upozornit na přetrvávající úskalí, která s sebou i nadále přináší jeho zákonné zakotvení. V závěru tohoto textu se autorka pokouší nabídnout možná řešení, která by činila tento nástroj pro zadavatele snáz uchopitelným v praxi.

Abstract : This article is focused on the issue of excluding a participant from the tender procedure due to bid rigging. The aim of the author was to analyze in the following lines the Notice 2021/C 91/01, newly adopted to serve the contracting authorities as a guide for the application of this tool, and to draw attention to practical difficulties that persist despite the existence of the aforementioned Notice. At the end of this text, the author attempts to offer possible solutions that would make this tool easier for contracting authorities to put into practice.

Klíčová slova : bid rigging, zakázaná dohoda, vyloučení, veřejné zadávání, zadavatel, detekce

Key words: bid rigging, cartel, exclusion, public procurement, contracting authority, detection

I. Úvod

Již řadu let je jedním z hlavních témat soutěžní politiky Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“), i jiných soutěžních orgánů na evropské a vnitrostátní úrovni, tzv. zakázaná dohoda bid rigging. Tato praktika dokáže doslova paralyzovat proces zadávání veřejných zakázek a zapříčinit nevyčíslitelné škody veřejným zadavatelům, kteří donedávna neměli při vynakládání veřejných prostředků k dispozici explicitně definované nástroje na obranu proti těmto protisoutěž-

¹ Autorka zdůrazňuje, že tento článek nepředstavuje oficiální stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „ÚOHS“).

ním dohodám. Posílení role zadavatelů v boji proti bid riggingu přinesl v českých podmínkách zákon o zadávání veřejných zakázek, který jim výslovně umožňuje vyloučit jednotlivé aktéry této zakázané dohody a zabránit tak škodě, která by v jejím důsledku mohla bez včasného zásahu vzniknout. Je však na místě si klást otázku, zda je zadavatel vůbec způsobilý tento důvod pro vyloučení v konkrétním případě aplikovat. Nemůže zadavatel vyloučením pro uvedený důvod ohrozit vyšetřování ÚOHS, který se na detekci těchto dohod přímo specializuje?

II. Stručně k podstatě bid riggingu

Takzvaný bid rigging spočívá v tajné spolupráci uchazečů o veřejnou zakázku, kteří se namísto vzájemného soupeření předem domluví, kdo z nich veřejnou zakázku vyhraje. Tyto tajné často velmi sofistikovaně prováděné dohody, které zakazuje ustanovení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOHS“)², vylučují jeden ze základních předpokladů funkčního veřejného zadávání – soutěž mezi dodavateli, kteří podávají nabídku na výkon veřejné zakázky. Na základě této dohody získá veřejnou zakázku předem dohodnutý vítěz, aniž by musel nabídnout své služby a zboží v nejvyšší kvalitě, a to za cenu, která neodpovídá reálným cenám na daném trhu. I přes snahy zvyšovat veřejné povědomí o závažnosti bid riggingu je latence těchto dohod stále velmi vysoká.³ Proto evropské státy a jejich soutěžní instituce vyvíjejí velké úsilí, aby potíraly toto koluzní jednání na trzích veřejných zakázek, nebo alespoň minimalizovaly rizika s nimi spojená, přičemž jejich pozornost byla pro dosažení kýženého záměru zaměřena také na osobu veřejného zadavatele.

III. Klíčová role zadavatele

3.1 *Prevence bid riggingových dohod*

Veřejní zadavatelé jsou „pány“ nad zadávacím řízením. Zadavatel v mezích zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších

2 Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (ZOHS).

3 Evropská komise odhaduje, že jsou ceny veřejných zakázek v důsledku existence bid riggingových dohod vyšší odhadem až o 60 % v porovnání s tržní cenou požadovaného plnění.

předpisů (dále též „ZZVZ“)⁴, určuje poptávku, nastavuje zadávací podmínky, a je proto do jisté míry na něm, jaké soutěžní prostředí pro zájemce o jím vypsanou zakázku vytvoří. Obvykle se veřejní zadavatelé řídí poměrně stálými nákupními zvyklostmi a poptávají stejné nebo obdobné plnění bez větších změn v jeho specifikaci ve srovnání s předchozími řízeními. Nevhodnou volbou zadávacího režimu nebo zavedením přísných či nadměrně upřesněných požadavků na podávání nabídek mohou zadavatelé omezit počet potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku a tím i intenzitu soutěže probíhající v zadávacích řízeních. Zadavatelé také při plnění svých uveřejňovacích povinností běžně sdílí citlivé informace o průběhu zadávacího řízení nad rámec současné právní úpravy této oblasti v ZZVZ, čímž umožňují kontrolu dodržování již uzavřených kartelů.

Aby se předešlo těmto postupům usnadňujícím koluzi mezi uchazeči o veřejnou zakázku, směřovaly dosavadní snahy evropských i národních soutěžních institucí především ke zdokonalení zadavatelů v oblasti prevence a odhalování bid riggingových dohod. Řada těchto institucí vypracovala katalogy⁵ možných kroků v zadávacím řízení za účelem redukce rizika bid riggingu a přehledy varovných signálů a indicií nasvědčujících existenci bid riggingu, aby byli veřejní zadavatelé schopni tyto praktiky rozeznat a ohlásit soutěžním orgánům vykonávajícím dohled nad dodržováním pravidel hospodářské soutěže v jejich jurisdikci.

3.2 Nové „břímě“ zadavatele při zadávání veřejných zakázek

Bid rigging je ve většině případů šetřen a postihován soutěžními orgány na základě podnětu „zvenčí“ až po skončení zadávacího řízení, respektive po realizaci veřejné zakázky vybraným dodavatelem. Ačkoliv detekování bid riggingu v této pozdější fázi slouží k jeho sankcionování a odrazování dodavatelů od podobných praktik do budoucna, nemá zásadní význam pro výsledek opravdu ovlivněného zadávacího řízení.⁶ V důsledku vzniklé potřeby reagovat na bid riggingové dohody

4 Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (ZZVZ).

5 Např. doporučení Rady OECD pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku ze 17. 7. 2012 nebo Infolist ÚOHS Stop bid rigging ze dne 30. 11. 2016.

6 Nutno podotknout, že potrestání bid riggingu ÚOHS sice nemá vliv na vý-

rovněž ve fázi před vznikem škody na veřejné zakázce byla zákonem o zadávání veřejných zakázek posílena vyšetřovací role zadavatele, který má na rozdíl od soutěžních orgánů přehled o průběhu zadávacího řízení a blíže k indiciím o uzavření těchto dohod.

Transpozicí poslední generace zadávacích směrnic⁷ (dále jen „zadávací směrnice“) byla v ZZVZ stanovena pravidla pro vyloučení, která byla oproti předchozí právní úpravě veřejných zakázek doplněna o důvody související přímo s narušením hospodářské soutěže. ZZVZ po vzoru zadávací směrnice poprvé označil protisoutěžní dohodu za volitelný důvod pro vyloučení hospodářských subjektů ze zadávacích řízení, viz § 48 odst. 6 ZZVZ, a zakotvil tak hlavní nástroj pro zadavatele v boji proti bid riggingu v probíhajícím zadávacím řízení.

I před přijetím současně platného ZZVZ bylo možné účastníka zúčastněného na bid riggingu vyloučit ze zadávacího řízení z důvodu vážného profesního pochybení zpochybňujícího jeho důvěryhodnost. Soudní dvůr Evropské Unie (dále jen „SDEU“) dovodil⁸, že za vážné profesní pochybení lze považovat také zaviněné jednání vedoucí k porušení pravidel hospodářské soutěže, zejména pokud za něj byla uložena pokuta. Tento důvod je modifikovaně upraven i v současně platné právní úpravě v § 48 odst. 5 písm. f) ZZVZ (čl. 57 odst. 4 písm. c) zadávací směrnice), kdy může být účastník za závažné profesní pochybení ze zadávacího řízení vyloučen, pokud se ho dopustil v posledních třech letech před jeho zahájením. Kvůli vysoké míře jistoty o tom, že

sledek zadávacího řízení, ale má význam pro veřejné zadavatele, který může podle zákona č. 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže a o změně zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, požadovat náhradu škody, která byla v důsledku kartelu způsobena na veřejné zakázce.

7 Pro účely tohoto článku odkazují pouze na „základní“ směrnici Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES; obdobnou právní úpravu nicméně obsahují rovněž směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/23/EU ze dne 26. 2. 2014 o udělování koncesí.

8 Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 18. 12. 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, věc C-470/2013.

došlo k profesnímu pochybení (zadavatel ho musí prokázat), je toto ustanovení použitelné spíše v případech bid riggingových recidiv.

Předpokladem vyloučení podle 48 odst. 6 ZZVZ, které transponovalo čl. 57 odst. 4 písm. d) zadávací směrnice, je důvodné podezření získané zadavatelem na základě věrohodných informací, že byla v souvislosti s veřejnou zakázkou uzavřena zakázaná dohoda podle jiného právního předpisu – ZOHS.⁹ V praxi se však vyskytly potíže s uplatněním toho důvodu, a to zejména v důsledku nejistoty zadavatele, jak vykládat neurčité právní pojmy (věrohodné informace, důvodné podezření) obsažené v komentované právní úpravě. Evropská komise proto v reakci na konkrétní problémy související se zakotvením tohoto důvodu ve vnitrostátních právních předpisech, kterými byla transponována zadávací směrnice, a jeho uplatněním v zadávacích řízeních, vydala nezávazné Sdělení 2021/C 91/01 (dále jen „Sdělení EK“).¹⁰

Ve Sdělení EK byl zadavatel ujištěn, že má široký prostor pro uvážení, zda vyloučit uchazeče z řízení, a právo posoudit všechny skutečnosti, které jsou mu známy, jež by naznačovaly protisoutěžní chování dotyčného uchazeče a zpochybňovaly jeho spolehlivost jakožto možného budoucího dodavatele. Český zákonodárce ponechal volitelnou povahu vyloučení, avšak stanovil, že zakázaná dohoda, která je důvodem diskvalifikace, musí být uzavřena v souvislosti se zadávanou veřejnou zakázkou.

Své konečné rozhodnutí o vyloučení je zadavatel dle tohoto pokynu povinen odůvodnit a uvést, jaké konkrétní skutečnosti považoval za věrohodné informace o uzavření zakázané dohody, avšak nemusí disponovat důkazy o její existenci typu soudního rozhodnutí nebo rozhodnutí soutěžního orgánu. Zadavatel by však neměl zakládat své rozhodnutí na domněnkách, které byly demonstrovány na příkladu vyloučení uchazečů z důvodu podání nabídek ve stejný čas (případně s minimálním časovým rozdílem) nebo stejným způsobem. Zadavatel taktéž může vzít v úvahu jako věrohodnou informaci předchozí rozhodnutí jiných správních orgánů nebo soudu, kterými však není vázán, nebo informaci o zahájení šetření soutěžním orgánem nebo

9 Ohledně jiného právního předpisu je v tomto ustanovení uveden odkaz na ZOHS, který nicméně nemá dle autorky článku normativní charakter.

10 Sdělení o nástrojích pro boj proti tajným ujednáním při zadávání veřejných zakázek a o pokynech, jak uplatňovat související důvod pro vyloučení 2021/C 91/01 ze dne 18. 3. 2021.

o trestních obviněních vznesených proti podezřelému uchazeči z důvodu bid riggingu.

Ve Sdělení EK byla věnována pozornost také otázce vyloučení hospodářských subjektů, kteří jsou nějakým způsobem přidružení nebo kteří podávají nabídku společně (ať už prostřednictvím konsorcia, nebo subdodávek). Propojené dodavatele (majetkově nebo personálně), kteří jsou dle soutěžního práva chápáni jako jeden soutěžitel a z povahy věci mezi sebou nemohou uzavřít zakázanou dohodu, nelze ze zadávacího řízení vyloučit automaticky. Těmto dodavatelům musí být dán prostor prokázat, že jsou jejich nabídky samostatné a nezávislé, neohrožují transparentnost ani nenarušují hospodářskou soutěž v zadávacím řízení. Výše uvedené platí i pro případy společných nabídek, kdy zadavatel musí nejdříve posoudit, zda se jedná o legitimní strategické partnerství, nebo naopak o otevřenou protisoutěžní spolupráci. Obě formy otevřené spolupráce však mohou představovat známky koluze mezi dodavateli.¹¹

Dále ZZVZ po vzoru zadávací směrnice zavedl možnost dodavatelů, kterým hrozí vyloučení nebo kteří byli vyloučeni ze zadávacího řízení kvůli účasti na bid riggingu, přijmout opatření k obnově jejich způsobilosti¹² účastnit se soutěže o danou veřejnou zakázku (tzv. sebeočistění neboli self-cleaning). V ZZVZ je nabídnut demonstrativní výčet opatření, které není nutné splnit kumulativně. Zadavatel by měl opatření k obnově spolehlivosti posuzovat v souladu se zásadou proporcionality, tzn. s přihlédnutím k okolnostem a závažnosti daného případu (může být požadována náhrada škody, někdy naopak postačí personální opatření) a odmítnutí řádně odůvodnit. V případě existence rozhodnutí soutěžního orgánu vydaného po splnění tzv. leniency programu nebo procedury narovnání, které deklaruje součinnost vyloučeného dodavatele při objasňování kartelu a které se přímo dotýká probíhajícího zadávacího řízení zadavatele, by pro účely obnovy způsobilosti se účastnit (§ 76 odst. 2 písm. c) ZZVZ) mělo postačit jeho předložení veřejnému zadavateli.¹³ Takové rozhodnutí však nepředstavuje automatickou záruku účasti v budoucích zadávacích řízeních veřejného zadavatele.

11 Tamtéž.

12 Viz § 76 ZZVZ.

13 Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 24. října 2018, *Vossloh Laeis GmbH*, ve věci C-124/17, bod 31.

Z preventivních důvodů Evropská komise doporučuje v zadávací dokumentaci jasně stanovit požadavek uvést v nabídce informace ohledně vztahů nebo dohod uzavřených s jinými uchazeči, a o veškerých opatřeních pro „sebeočistění“, která byla přijata po předchozím porušení pravidel hospodářské soutěže.

Součástí sdělení EK je obsáhlé doporučení adresované zadavatelům, jak postupovat při tvorbě zadávací dokumentace, jak odhalovat bid rigging při hodnocení nabídek, a hlavně jak reagovat na podezření, že byl v zadávacím řízení uzavřen kartel. Konkrétní kroky při úvahách o vyloučení účastníka z důvodu podezření na bid rigging popsané v této příloze jsou konkretizací toho, co již bylo uvedeno.

IV. Přínos nového nástroje určeného v boji proti bid riggingu v praxi?

Ačkoliv Evropská komise poskytla veřejným zadavatelům poměrně vyčerpávající návod, jak vyloučit účastníky podezřelé z bid riggingu, vysvětlila neurčité právní pojmy a uvedla názorné příklady, viz výše, nevěnovala v něm dostatečnou pozornost některým souvisejícím praktickým otázkám, které mohou být pro použitelnost tohoto důvodu pro vyloučení dodavatelů v českém prostředí rozhodující. Evropská komise sice vyjádřila iniciativu podpořit členské státy a veřejné zadavatele při budování (lidských) kapacit pro boj s bid riggingem (získávání a odměňování pracovníků a jejich školení zaměřené na znalost trhu, zadávacích postupů, metod k odhalování bid riggingu a na základní znalost soutěžněprávních předpisů) a posílit spolupráci mezi soutěžními úřady a veřejnými zadavateli s úmyslem zlepšit úroveň informovanosti veřejných zadavatelů, jedná se však pouze o obecně naformulované cíle, které se v některých případech dle autorky míjejí s realitou veřejného zadávání.

V první řadě budí pochybnosti o uplatnitelnosti nového nástroje (ne)schopnost, nebo dokonce (ne)ochota veřejného zadavatele diskvalifikovat účastníky ze zadávacího řízení kvůli bid riggingu, čehož si je Evropská komise vědoma, avšak řešení tohoto problému v praxi nebude tak jednoduché a okamžité. Řada veřejných zadavatelů může být v protiprávním jednání zainteresována, pro zbylou část je věnování pozornosti otázkách hospodářské soutěže ztráta času nebo přímo překážka k dosažení rychlého a bezproblémového zadání veřejné zakázky.

Je totiž zapotřebí si uvědomit, jaké jsou hlavní zájmy zadavatele, který je (navíc) vázán zásadami rovného zacházení a zákazu diskriminace či zásadou přiměřenosti. Primárním posláním veřejných zadavatelů je zadat veřejnou zakázku a zajistit, aby zadávací řízení splňovalo platné základní procesní a právní požadavky a bylo dokončeno včas, tzn. v zákonných lhůtách podle ZZVZ. Zároveň zadavatel v současné době není nijak dostatečně motivován, ať už pozitivně nebo negativně¹⁴, aby se v průběhu zadávacího řízení zabýval detekcí bid riggingu. Jistou formou negativní motivace by pro zadavatele měla být jeho povinnost postupovat při nakládání s veřejným majetkem s péčí řádného hospodáře a vyhledat dodavatele, který plně uspokojí jeho potřeby.¹⁵

Ti ze zadavatelů, co se nebudou ostýchat vylučovat dodavatele podílející se na bid riggingu, musejí být velmi znalí této problematiky, znát principy bid riggingových dohod, a mít zkušený personál, školený na jejich potírání. I ÚOHS, který se přímo zaměřuje na detekci zakázaných dohod a používá k tomu odpovídající vyšetřovací nástroje, disponuje obvykle útržkovitými a rozptýlenými důkazy o spáchání bid riggingu, přičemž jejich prokazování bývá velmi obtížné. Pokud zadavatelé nebudou v případě svého podezření na bid rigging nejdříve kontaktovat ÚOHS a neponechají mu dostatečný prostor pro vyšetřování (zejména k provedení šetření na místě), než začnou komunikovat s účastníky zadávacího řízení, bude pravděpodobně docházet k tomu, že tito podezřelí dodavatele zničí důkazy prokazující jejich zapojení do této protisoutěžní praxe. Nesprávným využitím tohoto nástroje „zavřou dveře“ ÚOHS, který se nemusí dostat k důkazům potřebným k prokázání spáchání přestupku podle § 3 odst. 1 ZOHS.

I když veřejný zadavatel nejdříve kontaktuje ÚOHS, nemusí být reakce toho vyšetřovacího orgánu na podnět zadavatele dostatečně rychlá a místní šetření nemusí proběhnout záhy po jeho podání. Zájem zadavatele na dodržení zákonných lhůt, jejichž nesplnění pro něj může mít správní, rozpočtové, nebo dokonce politické důsledky, může

14 Zadavatelé, kteří se při zadávání dotované veřejné zakázky nebudou zabývat prevencí dohod bid rigging a aktivně vyhledávat indicie nasvědčující jejich existenci, se teoreticky mohou do budoucna obávat, že bude jejich počínání při zjištění bid riggingu vnímáno jako porušení rozpočtové kázně. V takovém případě zadavatelům hrozí, že budou povinováni poskytnutou dotací nebo její část vrátit.

15 Tato povinnost vyplývá například z § 38 odst. 1 zákona č. 128/2000 Sb., zákon o obcích, ve znění pozdějších předpisů.

být v konfliktu se standardním postupem ÚOHS, kterému může trvat (a v praxi trvá) i několik měsíců, než provede na základě podnětu místní šetření. Může tedy zadavatel čekat na to, než ÚOHS využije všechny vyšetřovací prostředky k vlastnímu šetření?

Nabízí se otázka, zda by nebylo vhodnější nejdříve zajistit tyto výše nastíněné základní předpoklady, aby zadavatel byl vůbec schopen aktivně bojovat proti bid riggingu, než mu poskytnout nástroj, který není připravený používat.

V. Praxe nám teprve ukáže

Od nabytí účinnosti ZZVZ v roce 2016 ÚOHS zaznamenal pouze jeden případ diskvalifikace podle ustanovení § 48 odst. 6 tohoto zákona, kdy zadavatel přistoupil k vyloučení dvou účastníků ze zadávacího řízení nejen z důvodu podezření na uzavření bid riggingové dohody, ale současně i z důvodu podání nabídek obsahujících mimořádně nízkou nabídkovou cenu (MNNC). V tomto případě zadavatel sice zpravil ÚOHS (Sekci HS) o svém podezření na bid rigging, nicméně toto oznámení učinil až po tom, co podezřelé subjekty obeznámil s celou situací. Aniž by zadavatel vyčkal na stanovisko ÚOHS, přistoupil k vyloučení účastníků podezřelých z uzavření bid riggingu, kteří následně v reakci na svou diskvalifikaci iniciovali přezkum postupu zadavatele u ÚOHS (Sekce VZ). ÚOHS tak zkoumal daný případ optikou ZZVZ, současně však danou věc posuzoval ve světle soutěžního práva. Z hlediska pravidel veřejného zadávání bylo rozhodnutí zadavatele o vyloučení některých účastníků ze zadávacího řízení ÚOHS shledáno jako zákonné, kvůli procesní hospodárnosti však nebyla věnována pozornost vhodnosti a správnosti aplikace § 48 odst. 6 ZZVZ, ačkoliv se nabízel prostor k objasnění některých neurčitostí dané právní úpravy.¹⁶ Co se týče posouzení daného případu z pohledu práva hospodářské soutěže, ÚOHS neměl dostatek indicií nasvědčujících uzavření protisoutěžní dohody, aby odůvodnil provedení šetření na místě a spáchání přestupku prokázal. ÚOHS byl následně donucen vyšetřování domnělého bid riggingu vyloučených účastníků zadávacího řízení zastavit v důsledku důkazní nouze, což jen umocňuje obavy o uplatnění nového nástroje v praxi, popsané výše.

16 Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 5. 2020, č. j. ÚOHS-14493/2020/521/ŠŠu.

Autorka by proto na základě svých úvah de lege ferenda navrhovala v ZZVZ stanovit zadavatelům povinnost ohlašovat svá podezření na protisoutěžní praktiky v zadávacím řízení ÚOHS před tím, než přejdou k vyloučení podezřelých účastníků ze zadávacího řízení. Úzákoněním této povinnosti by se mohlo alespoň částečně předejít předčasnému vyzrazení existujícího podezření na bid rigging a dalších důležitých informací, které by mohlo znemožnit efektivní vyšetřování ÚOHS.

Jako účinnější prostředek pro zadavatele proti bid riggingu se autorce jeví zrušení zadávacího řízení, a to zejména bez uvedení důvodů, pokud si tuto možnost zadavatel vyhradí v zadávací dokumentaci. Pokud se zadavatel bude domnívat, že se účastníci domluvili a jimi nabízené ceny jsou vysoké, může zadávací řízení zrušit a znovu vyhlásit. Zadavatel může v takovém případě svůj projekt přehodnotit a podmínky zadávacího řízení upravit, případně ho realizovat „vlastními silami“. Samozřejmě i zde záleží na ochotě zadavatele šetřit veřejné prostředky. Takovýmto postupem by zadavatel zamezil škodě, která by v důsledku bid riggingu mohla vzniknout, předešel by případným námitkám vyloučených účastníků a dlouhému procesu obhajování svého rozhodnutí o vyloučení, a zároveň by svým počínáním neohrozil vyšetřování ÚOHS. V nedávné době Úřad komunikoval se zadavatelem, který měl podezření na kartel prvních dvou vybraných uchazečů, zadávací řízení nakonec zrušil a poptávané plnění provedl sám. ÚOHS však od zadavatele neměl silné indicie nasvědčující existenci bid riggingu a šetření v dané věci z důvodu prioritizace nezažávil.

Tato zákonná alternativa má však také svá úskalí. Bez uvedení důvodů může zadavatel přistoupit ke zrušení zadávacího řízení pouze v zákonem stanovených případech, viz ustanovení § 170 ZZVZ, který umožňuje tento postup u sektorových zakázek. Obecná úprava zrušení zadávacího řízení obsažená v § 127 ZZVZ (v důsledku bid riggingu by se pravděpodobně mohlo přistoupit ke zrušení zadávacího řízení podle písm. d) odstavce druhého) počítá s řádným odůvodněním rozhodnutí zadavatele rušícího celé zadávací řízení. Postup podle § 127 odst. 2 písm. d) ZZVZ, který zadavatel musí zdůvodnit a s těmito důvody seznámit všechny zúčastněné osoby, může vést rovněž k vyzrazení podezření na bid rigging a maření vyšetřování ÚOHS, což ho činí stejně problematickým jako tomu je v případě ustanovení o vyloučení podle § 48 odst. 6 citovaného zákona.

Autorka s ohledem na výše uvedené tuto problematiku považuje za jakýsi „začarovaný kruh“, který v každém případě vede ke komplikacím buďto na straně zadavatelů, nebo na straně ÚOHS. Autorka by proto uvítala rozpravu mezi soutěžními odborníky a odborníky na právo veřejných zakázek ohledně toho, jaká by mohla být z hlediska praxe nejvhodnější reakce zadavatele na možné uzavření bid riggingové dohody v jeho zadávacím řízení, aniž by v důsledku takového postupu docházelo k oslabování jedné z hlavních úloh ÚOHS.

Zdroje

- Doporučení Rady OECD pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku nebo úřadem ze 17. 7. 2012, *oecd.org* [online]. © Organisation for Economic [cit. 20. 3. 2022]. Dostupné z: <https://www.oecd.org/daf/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>.
- Infolist Úřadu pro ochranu hospářské soutěže Stop bid rigging ze dne 30. 11. 2016, *uohs.cz* [online]. ÚOHS, © 2012–2022 [cit. 20. 3. 2022]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/informacni-centrum/informacni-listy.html>.
- Rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 18. 12. 2014, věc C-470/2013, *Generali-Providencia Biztosító*. In: *CURIA* [právní informační systém]. Sbírka rozhodnutí [cit. 20. 3. 2022]. Dostupné z: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-470/13>.
- Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 5. 2020, č. j. ÚOHS-14493/2020/521/ŠŠu. *uohs.cz* [online]. ÚOHS, © 2012–2022 [cit. 20. 3. 2022]. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/verejne-zakazky/sbirky-rozhodnuti/detail-16846.html>.
- Rozsudek Soudního dvora ze dne 24. října 2018 ve věci C-124/17, *Vossloh Laeis GmbH*. In: *CURIA* [právní informační systém]. Sbírka rozhodnutí [cit. 20. 3. 2022]. Dostupné z: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-124/17>.
- Sdělení Evropské komise o nástrojích pro boj proti tajným ujednáním při zadávání veřejných zakázek a o pokynech, jak uplatňovat související důvod pro vyloučení (2021/C 91/01) ze dne 18. 3. 2021, In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 20. 3. 2022]. Dostupné z: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/?uri=CELEX:52021XC0318(01)).
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (Úř. věst. L 94, 28.3.2014).
- Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů.

CENOVÉ ALGORITMY A SÚŤAŽNÉ PRÁVO EÚ¹

MÁRIA T. PATAKYOVÁ

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstrakt: Stanovovanie cien je do veľkej miery ovplyvnené ekonomickými pravidlami. Okrem nich musí rešpektovať aj právnu reguláciu, napr. v podobe súťažného práva. Vzhľadom na zákaz protisúťažných horizontálnych dohôd na základe článku 101 ZFEÚ nie je v zásade dovolené určovanie cien po dohode s konkurentmi. Ako sa takýto zákaz uplatňuje v prípade, ak sa na určenie cien používajú algoritmy? Je súťažné právo EÚ dostatočné na to, aby postihlo prípadné protisúťažné efekty cenových algoritmov? Týmto otázkam bude venovaný predkladaný príspevok.

Abstract: Setting prices is to a great extent influenced by economical rules. Apart from them, legal regulations, such as competition rules, shall be observed. With respect to the prohibition of anticompetitive horizontal agreements based on Article 101 TFEU, it is, in general, forbidden to set prices after the agreement between competitors. How is this prohibition applied in cases where prices are set by algorithms? Is EU competition law sufficient to cover possible anticompetitive effects of pricing algorithms? These are the questions addressed by this paper.

Kľúčové slová: 101 ZFEÚ, protisúťažné dohody, cenové algoritmy

Keywords: 101 TFEU, anticompetitive agreements, pricing algorithms

I. Úvod

Používanie algoritmov je v dnešnej dobe viac ako bežné. Algoritmy sa nachádzajú v každom mobile, počítači, ale aj v domácom spotrebiči, aute, prístroji na cvičenie. Okrem toho algoritmy majú potenciál napomáhať biznisu, napríklad v logistických firmách či reklamných agentúrach. Jedným z často využívaných algoritmov sú algoritmy na určovanie cien. Ich škála môže byť široká, od práce s cenovými položkami v excelovskej tabuľke až po komplikované softwary na určenie cien s prvkami umelej inteligencie.

Príspevok sa zaoberá práve poslednými menovanými typmi algoritmov. Skúma, do akej miery sú súladné so súťažným právom EÚ,

1 Tento príspevok bol vytvorený v rámci projektu Jean Monnet Network Project 611293-EPP-1-2019-1-CZ-EPPJMO-NETWORK “European Union and the Challenges of Modern Society”.

resp. ako sa súťažné právo EÚ na tieto algoritmy aplikuje. Je potrebné zdôrazniť, že pôjde predovšetkým o interakciu so zákazom formulovaným v článku 101 ods. 1 Zmluvy o fungovaní Európskej únie („ZFEÚ“), a síce so zákazom protisúťažných dohôd. Príspevok sa zaoberá nasledovnými otázkami: Ako sa zákaz protisúťažných dohôd uplatňuje v prípade, ak sa na určenie cien používajú algoritmy? Je súťažné právo EÚ dostatočné na to, aby postihlo prípadné protisúťažné efekty cenových algoritmov? Za účelom zodpovedania položených otázok sa v príspevku analyzuje, ako by súťažné právo EÚ mohlo byť aplikovateľné na hypotetický cenový algoritmus. Príspevok sa sústreďuje na hmotnoprávne, nie procesnoprávne hľadisko.

Nasledovný text členený nasledovne. V prvom rade bude stručne priblížené, ako sú chápané protisúťažné dohody, resp. čo je vlastne zakázané článkom 101 ZFEÚ. V druhom rade sa prezentujú kategórie algoritmov rozpoznávané právnou doktrínou a OECD. V treťom rade je prezentovaný modelový algoritmus a aplikácia článku 101 ZFEÚ na neho. Hlavné zistenia sú prezentované v závere.

II. Protisúťažné dohody podľa práva EÚ

Článok 101 ZFEÚ obsahuje v prvom odseku² formulovaný zákaz protisúťažných dohôd aj s identifikáciou ich základných definičných znakov. Tie boli podstatne rozvinuté v aplikačnej praxi. Základné definičné znaky, ktoré musí protisúťažná dohoda spĺňať, sú nasledovné:

- dohoda (v širšom zmysle) má vplyv na obchod medzi členskými štátmi;

2 Článok 101 ods. 1 ZFEÚ: „Nasledujúce sa zakazuje ako nezlučiteľné s vnútorným trhom: všetky dohody medzi podnikateľmi, rozhodnutia združení podnikateľov a zosúladené postupy, ktoré môžu ovplyvniť obchod medzi členskými štátmi a ktoré majú za cieľ alebo následok vylúčovanie, obmedzovanie alebo skresľovanie hospodárskej súťaže v rámci vnútorného trhu, najmä tie, ktoré: a) priamo alebo nepriamo určujú nákupné alebo predajné ceny alebo iné obchodné podmienky; b) obmedzujú alebo kontrolujú výrobu, odbyť, technický rozvoj alebo investície; c) rozdeľujú trhy alebo zdroje zásobovania; d) uplatňujú nerovnaké podmienky pri rovnakých plneniach voči ostatným obchodným partnerom, čím ich v hospodárskej súťaži znevýhodňujú; e) podmieňujú uzatváranie zmlúv s ostatnými zmluvnými stranami prijatím dodatočných záväzkov, ktoré svojou povahou alebo podľa obchodných zvyklostí nesúvisia s predmetom týchto zmlúv.“

- dohoda (v širšom zmysle) má za cieľ alebo za následok obmedzenie hospodárskej súťaže;
- dohoda (v širšom zmysle) je uzatvorená medzi aspoň dvoma podnikmi;
- dohoda (v širšom zmysle) spočíva buď v dohode (v užšom zmysle slova), v zosúladenom postupe alebo v rozhodnutí združenia podnikateľov.

Obsiahle vymedzenie jednotlivých definičných znakov presahuje rozsah tohto príspevku.³ Z tohto dôvodu sa sústredíme na stručné a účelné vymedzenie pojmov, ktoré sú kľúčové pre tento príspevok.

Pojem dohoda (v užšom slova zmysle) predpokladá, že došlo k zhode vôle jednej strany (jedného podniku) s vôľou druhej strany (druhého podniku). Forma, v ktorej je táto zhoda vyjadrená, nie je dôležitá. Podstatné je, aby išlo o skutočné vyjadrenie zámeru strán.⁴ To znamená, že môže ísť o dohodu písomnú, môže byť právne záväzná alebo iba tzv. džentlmenská dohoda.⁵ Pre naplnenie skutkovej podstaty protisúťažnej dohody nie je potrebné, aby bola dohoda implementovaná.⁶

Pojem zosúladený postup predstavuje istý pred-stupeň dohody (v užšom zmysle). Niekedy, predovšetkým pri dlhotrvajúcom konaní podnikov a pri väčšom počte strán (podnikov) zúčastňujúcich sa na porušení článku 101 ods. 1 ZFEÚ, nie je možné dobre rozlíšiť, kedy ide o dohodu (v užšom zmysle) a kedy o zosúladený postup. Toto každopádne nie je rozhodujúce, nakoľko obe modalitty sú zakázané.⁷

3 Pre bližšie vymedzenie pozri PATAKYOVÁ, Mária T. Notion of Anticompetitive Agreement Challenged in Digital Environment. *EUROPEAN STUDIES, The Review of European Law, Economics and Politics*, 2020, roč. 7, s. 237–252.

4 Rozsudok zo dňa 16.10.2000, *Bayer AG proti Komisii Európskych spoločstiev*, T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242, bod 69.

5 Bližšie pozri napr. GÓRSK, Monika A. Concurrence of wills – a necessary ingredient of an agreement restricting competition. Case comment to the judgment of Court of Competition and Consumer Protection of 8 February 2011 – ZST Gamrat S.A. v President of the Office of Competition and Consumer Protection (Ref. No. XVII Ama 16/10). *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2021, roč. 5(6), s. 289–295.

6 WHISH, Richard, BAILEY, David. *Competition Law*. 9. vydanie. Oxford: Oxford University Press, 2018, s. 104.

7 Rozsudok zo dňa 20.04.1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV, Elf Atochem SA, BASF AG, Shell International Chemical Company Ltd, DSM NV, DSM*

Podstatou zosúladeného postupu je, že nejde o prirodzené nasledovanie na trhu. Podniky sa na trhu správajú inak, ako by sa od nich racionálne očakávalo. Pokiaľ jediným vysvetlením správania sa podnikov je, že došlo k ich zosúlaďovaniu sa, tak takéto konanie bude spadať pod dohodu v širšom slova zmysle.⁸ Skutočnosť, že podnik sa (čiastočne) riadi správaním sa na trhu svojich konkurentov, je prirodzené a racionálne. Avšak, stále má medzi nimi prebiehať súťaž. Preto je zakázané, ak podniky vedome zamenia riziká súťaže za spoluprácu medzi nimi.⁹ Vtedy dochádza k vzniku zosúladeného postupu.

V digitálnom prostredí sa Súdny dvor zaoberal tým, či došlo k vzniku dohody (v širšom zmysle) v prípade *Eturas*¹⁰. Litovský súd sa spýtal Súdneho dvora prejudiciálne otázky, ktoré Súdny dvor preformuloval nasledovne: „či článok 101 ods. 1 ZFEÚ treba vykladať v tom zmysle, že ak správca informačného systému určeného na to, aby umožnil cestovným kanceláriám predávať zájazdy prostredníctvom svojich internetových stránok jednotným spôsobom rezervácie, pošle týmto hospodárskym subjektom prostredníctvom osobnej emailovej služby oznámenie, ktorým im oznamuje, že zľavy spojené s produktmi predávanými prostredníctvom tohto systému budú obmedzené, a po zaslaní tohto oznámenia boli v dotknutom systéme vykonané nevyhnutné technické zmeny na vykonanie takého opatrenia, možno sa domnievať, že uvedené hospodárske subjekty mali vedomosť alebo nevyhnutne mali mať vedomosť o uvedenom oznámení, a ak proti takému postupu nič nenamietali, domnievať sa, že sa podieľali na zosúladených postupoch zmysle uvedeného ustanovenia“¹¹.

Prípád sa teda týkal existencie zosúladeného postupu za situácie, ak podniky dostali informáciu o koordinovanom postupe od správ-

Kunststoffen BV, Wacker-Chemie GmbH, Hoechst AG, Société art sienne de vinyle, Montedison SpA, Imperial Chemical Industries plc, H ls AG a Enichem SpA proti Komisii Európskych spoločenstiev, T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 až T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 a T-335/94, ECLI:EU:T:1999:80, bod 695.

8 PETR, Michal. Cenov  algoritmy a zodpovednosť za porušení sout e n ho práva. *Pr vn  rozhledy* 2020,  . 3/2020, s. 83 a nasl.

9 Rozsudok zo dňa 16.12.1995, *Co peratieve Vereniging „Suiker Unie“ UA a ini proti Komisii Európskych spoločenstiev*, 40 a  48, 50, 54 a  56, 111, 113 a 114–73, ECLI:EU:C:1975:174, bod 26.

10 Rozsudok zo dňa 21.01.2016, *Eturas UAB a i. proti Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42.

11 Tamtiež, bod 26.

cu informačného systému a tento postup bol aj technicky vykonaný správcom. Presnejšie sa prípad týkal toho, či zaslanie informácie predstavuje dostačujúci dôkaz na účely preukázania, že jeho príjemcovia mali vedomosť alebo nevyhnutne mali mať vedomosť o jeho obsahu.¹²

Samotné pasívne konanie môže byť na zosúladený postup dostačujúce. Platí, že podnik sa má verejne dištancovať od konania, pokiaľ nechce, aby sa na neho vzťahovalo.¹³ Taktiež platí domnienka, že podniky zohľadňujú informácie vymenené so svojimi konkurentmi na účely určenia svojho správania na relevantnom trhu.¹⁴ V súťažnom práve však platí aj prezumpcia nevinu.¹⁵

Existencia zosúladeného postupu môže byť vyvedená z určitého množstva zhôd okolností a nepriamych dôkazov, ktoré skúmané spoločne môžu v prípade absencie iného rozumného vysvetlenia predstavovať dôkaz porušenia pravidiel hospodárskej súťaže.¹⁶ Preto zaslanie informácie môže založiť domnienku, že podniky mali o informácií (jej obsahu) vedomosť. Podnik však musí mať možnosť túto domnienku vyvrátiť.¹⁷

Na účely tohto príspevku je potrebné stručne poukázať aj na tú skutočnosť, že samotná existencia dohody (v užšom zmysle slova) alebo zosúladeného postupu nie je zakázaná. Zakázaná je iba v prípade, ak má za cieľ alebo za následok obmedzenie súťaže.¹⁸ V kocke, pri cieľových dohodách (v širšom zmysle) sa negatívny účinok na hospodársku súťaž predpokladá; pri následkových (účinkových) dohodách je potrebné ho preukázať (ekonomickými) dôkazmi. Preukázať druhý typ dohody je teda náročnejšie.¹⁹

12 Tamtiež, ods. 34.

13 Tamtiež, bod 28.

14 Tamtiež, ods. 33.

15 Tamtiež, ods. 38 a 39.

16 Tamtiež, ods. 36.

17 Tamtiež, ods. 40 a 41.

18 Bližšie k týmto pojmom a k ich aplikácii v slovenskom práve pozri napr. PATAKYOVÁ, Mária T. Cieľové vertikálne dohody. In: POVAŽANOVÁ, Kristína (ed.). *Aktuálne otázky súťažného práva v Európskej únii a na Slovensku. Zborník z konferencie*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2015, s. 59–70.

19 JONES, Alison, SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*. 6. vydanie. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 192.

III. Algoritmy

Problematika využívania algoritmov môže súvisieť s koluzívnym správaním podnikov. Túto skutočnosť identifikovali aj autori Ezrachi a Stucke, ktorí identifikovali a rozpísali nasledovné koluzívne scenáre, v ktorých dochádza k zapojeniu algoritmov.

Po prvé, Poslíček (*Messenger*). V tomto scenári je úloha algoritmov limitovaná na vykonávanie pokynov podnikov, resp. ľudí. Algoritmy vykonávajú kartel a monitorujú jeho porušenie zo strany niektorého z členov kartelu.²⁰ V tomto prípade teda kartel vzniká „tradične“, bez použitia algoritmov, ktoré sú využívané iba na uskutočňovanie a ľahšie monitorovanie dodržiavania kartelu.

Po druhé, Stred a spica²¹ (*Hub and Spoke*). V tomto type stred, centrum kontroluje aktivity ostatných podnikov (spíc). Podniky medzi sebou nekomunikujú priamo. Výsledkom však môže byť podobný scenár ako v prípade horizontálneho kartelu.²² Častým príkladom tohto typu využitia algoritmov je Uber. Uber (centrála) stanovuje algoritmus, ktorý vypočítava cenu a vodiči (jednotlivé podniky) častokrát túto cenu akceptujú. Samozrejme, pri posudzovaní prípadu je potrebné zvážiť aj výhody, ktoré takýto typ platformy prináša.²³ Vo vzťahu k cenám však dochádza k ich harmonizácii.

Po tretie, Predvídateľný agent (*Predictable Agent*). Tento typ spočíva v sektorovom používaní algoritmov na určovanie ceny, ktoré sú síce vyvinuté každým jedným podnikom samostatne, ale vzhľadom na podobné princípy, na ktorých sú postavené, dochádza k zvýšeniu efektov tichej kolúzie.²⁴

Po štvrté, Digitálne oko (*Digital Eye*). Tu sa predpokladá, že dôjde k existencii umelej inteligencie, ktorá sa bude môcť pozeráť na trh ho-

20 EZRACHI, Ariel, STUCKE, Maurice E. *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

21 Petr používa pekný preklad „Hviezdicový kartel“. PETR, Michal. Cenové algoritmy a zodpovednosť za porušenie súťažného práva. *Právni rozhledy* 2020, č. 3/2020, s. 83 a nasl.

22 EZRACHI, Ariel, STUCKE, Maurice E. *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016, s. 46.

23 Tamtiež, s. 50.

24 Tamtiež, s. 56.

listicky z dôvodu spracovania veľkého množstva dát v reálnom čase; týmto môže dôjsť k enormnému rozšíreniu tichej kolúzie.²⁵

Ku kategorizácii algoritmov pristúpilo aj OECD, ktoré rozoznáva nasledovné algoritmy:

- monitorovacie algoritmy (*monitoring algorithms*). V tejto situácii máme algoritmus, ktorý pomáha vykonať kartelovú dohodu uzatvorenú medzi podnikmi;²⁶
- paralelné algoritmy (*parallel algorithms*). V tomto prípade si podniky snažia zefektívniť prispôbovanie kartelových cien podmienkam na trhu, a to prostredníctvom algoritmov (bez toho, aby spolu museli podniky pri každej zmene podmienok na trhu komunikovať);²⁷
- signálne algoritmy (*signalling algorithms*). V tomto prípade sa naráža na situáciu, kedy ku koordinácii cien dochádza bez priamej komunikácie medzi podnikmi. Podniky si vedia signalizovať svoj postup tak, že jeden podnik zvýši cenu a ostatné podniky ho nasledujú. Ak však ostatné podniky nenasledujú, „pioniersky“ podnik bude trpieť zníženými tržbami spôsobenými prechodom zákazníkov ku konkurencii (t. j. k podniku, ktorá nezvýšili cenu). Algoritmy vedia toto riziko eliminovať napríklad signalizáciou v noci; zákazníci teda nestihnú reagovať na zmenu ceny;²⁸
- samo-učiace sa algoritmy (*self-learning algorithms*). Algoritmy môžu dosiahnuť kolúziu aj bez toho, aby na to boli naprogramované, a to svojou samo-učiacou sa schopnosťou. Je možné, že takéto typy algoritmov dospejú k determinácii ceny na trhu, ktorá bude výhodná pre podniky používajúce tieto algoritmy (bude maximalizovať ich profit), avšak bude nad úrovňou ceny, ktorá by mala vzísť z ponuky a dopytu.²⁹ V prípade použitia *deep learning* algoritmov môže byť determinácia, že došlo ku kolúzii, ešte náročnejšia.³⁰

25 Tamtiež, s. 71

26 OECD. *Algorithms and Collusion, Background Note by the Secretariat*. [online], 2017. Dostupné z: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf), s. 24.

27 Tamtiež, s. 26.

28 Tamtiež, s. 28–29.

29 Tamtiež, s. 30.

30 Tamtiež, s. 31.

IV. Aplikácia súťažného práva na vybraný algoritmus

Náš hypotetický prípad spočíva v nasledovnej situácii: predstavme si, že existuje cenový algoritmus (software), ktorý vypočítava cenu výrobku a je vyvinutý softwarovou spoločnosťou. Všetky podniky na danom relevantnom trhu si takýto software zakúpia, bez toho, aby existovala dohoda medzi podnikmi o tom, že si musia zakúpiť práve tento algoritmus. Trh je charakterizovaný relatívne malým počtom podnikov a vysokými bariérami vstupu na trh. Predpokladáme, že paralelné použitie tohto algoritmu vedie k cenám, ktoré sú nad úrovňou, ktorá by mohla byť dosiahnutá v prípade funkčnej a neobmedzenej súťaže.

Z hľadiska delení uvedených vyššie by sme túto situáciu vedeli zaradiť pravdepodobne do kategórie Centrum a spica (*Hub and Spoke*), aj keď bez toho, aby tu existovali ďalšie prepojenia medzi podnikmi a centrom (ako napr. v prípade Uber). V nomenklatúre OECD by mohlo ísť o kategóriu paralelné algoritmy.

Otázka, ktorá vzniká, je, či takáto situácia je zakázaná z hľadiska článku 101 ZFEÚ.

Prípad vychádza z predpokladu, že medzi podnikmi nie je dohoda (v užšom zmysle) týkajúca sa nákupu toho istého cenového algoritmu. V prípade, ak by takáto dohoda existovala, bolo by možné uvažovať o cenovom kartely, čo je cieľová dohoda zakázaná článkom 101 ods. 1 ZFEÚ.

Ak neexistovala dohoda, je potrebné zväziť, či došlo medzi podnikmi k zosúladenému postupu. V tejto súvislosti by bolo relevantné, či existovali kontakty medzi podnikmi. V prípade absencie komunikácie medzi podnikmi sa dostávame na hranicu toho, čo je zakázané súťažným právom EÚ. Ako uvádza OECD, samotné paralelné správanie nie je zakázané.³¹ Zakázaným sa stáva až vtedy, ak je neprirozené, iracionálne, nie je nezávislé. V našom prípade by teda okrem existujúcich kontaktov medzi podnikmi mohlo byť relevantné aj to, či bol nákup softwaru racionálnou voľbou. Ak nie, mohlo by byť jediným vysvetlením, že došlo k zosúladenému postupu medzi podnikmi.

Navyššie, ako uvádza Petr, v prípade, ak by spoločnosti nevedeli o tom, že používajú ten istý algoritmus; a že teda môže dôjsť k zvýšeniu cien na trhu; takéto konanie by nemalo byť považované za koordiná-

31 Tamtiež, s. 35.

ciu.³² Problémom sa zdá byť skutočnosť, že vôľu a vedomie podnikov nie je možné určiť; dá sa vychádzať iba z prejavov podnikov navonok. Určenie protisúťažného konania môže byť z tohto dôvodu problematické, predovšetkým ak by podniky vedeli racionálne vysvetliť kúpu daného softwaru.

Pre úplnosť môžeme spomenúť aj možnosť posúdiť dohody medzi podnikmi a softwarovou spoločnosťou. Tieto dohody budú mať charakter vertikálnej dohody; bolo by teda potrebné posúdiť, či by bola takáto dohoda vylúčená na základe blokovej výnimky podľa Nariadenia Komisie (EÚ) č. 330/2010 z 20. apríla 2010 o uplatňovaní článku 101 ods. 3 Zmluvy o fungovaní Európskej únie na kategórie vertikálnych dohôd a zosúladených postupov.

V. Záver

Problém tichej kolúzie na trhu je dlhodobo identifikovaným problémom. V odborných kruhoch prebiehajú diskusie, či je tento problém vypuklejší práve používaním cenových algoritmov. Predkladaný príspevok sa, po vymedzení základných pojmov, venoval práve tejto otázke. Na základe posúdenia hypotetického algoritmu sa zdá, že kolúzivné správanie sa na trhu bude subsumovateľné pod zosúladené postupy iba v niektorých prípadoch. Pokiaľ podniky nemali medzi sebou kontakty a nákup softwaru, ktorý sa používa naprieč sektorom, je racionálne odôvodnený, takýto paralelizmus nemusí byť subsumovateľný pod článok 101 ods. 1 ZFEÚ.

Zdroje

EZRACHI, Ariel, STUCKE, Maurice E. *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

GÓRSK, Monika A. Concurrence of wills – a necessary ingredient of an agreement restricting competition. Case comment to the judgment of Court of Competition and Consumer Protection of 8 February 2011 – ZST Garmat S.A. v President of the Office of Competition and Consumer Pro-

32 PETR, Michal. Artificial Intelligence and Competition Law – is the Notion of an Undertaking Broad Enough? *Czech Yearbook of Public & Private International Law Česká ročenka mezinárodního práva veřejného a soukromého*, 2020, roč. 11, s. 239–256, s. 248.

- tection(Ref. No. XVII Ama 16/10). *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2021, roč. 5(6), s. 289–295.
- JONES, Alison, SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law. Text, Cases and Materials*. 6. vydanie. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- OECD. *Algorithms and Collusion, Background Note by the Secretariat*. [online], 2017. Dostupné z: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf).
- PATAKYOVÁ, Mária T. Cieľové vertikálne dohody. In: POVAŽANOVÁ, Kristína (ed.). *Aktuálne otázky súťažného práva v Európskej únii a na Slovensku. Zborník z konferencie*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2015, s. 59–70.
- PATAKYOVÁ, Mária T. Notion of Anticompetitive Agreement Challenged in Digital Environment. *EUROPEAN STUDIES, The Review of European Law, Economics and Politics*, 2020, roč. 7, s. 237–252.
- PETR, Michal. Artificial Intelligence and Competition Law – is the Notion of an Undertaking Broad Enough? *Czech Yearbook of Public & Private International Law Česká ročenka mezinárodního práva veřejného a soukromého*, 2020, roč. 11, s. 239–256.
- PETR, Michal. Cenové algoritmy a zodpovednosť za porušenie súťažného práva. *Právní rozhledy* 2020, č. 3/2020, s. 83 a nasl.
- WHISH, Richard, BAILEY, David. *Competition Law*. 9.vydanie. Oxford: Oxford University Press, 2018.

„GATEKEEPERS“ PODĽA NÁVRHU DIGITAL MARKETS ACT – ŠIRŠIE ÚVAHY A PERSPEKTÍVY¹

SIMONA RUDOHRAĎSKÁ

Právnická fakulta Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Abstrakt:: Právna úprava pravidiel hospodárskej súťaže potrebných na fungovanie vnútorného trhu patrí podľa Zmluvy o fungovaní Európskej únie do výlučnej právomoci Únie, nevynímajúc koncept jednotného digitálneho trhu, resp. vnútorného jednotného trhu. V súvislosti s touto skutočnosťou môžeme Európsku úniu označiť za „trendsettera“ aj v nadväznosti na reguláciu hospodárskej súťaže v kontexte digitálnych výziev, ktoré reflektuje aj druhá priorita Európskej komisie – Európa pripravená na digitálny vek. Vo vzťahu k veľkým online platformám sa častokrát skloňuje výraz gatekeeper označujúci leaderské postavenie tej-ktorej platformy. Zreteľnejšie kontúry tohto pojmu prináša návrh Aktu o digitálnych trhoch. Predmetom predkladaného príspevku je skúmanie pozície „strážcov prístupu“ a súvisiacich aspektov a konsekvencií spojených v touto pozíciou.

Abstract:: According to the Treaty on the Functioning of the European Union, the regulation of the competition rules necessary for the functioning of the internal market falls within the exclusive competence of the Union, without excluding the concept of the digital single market, resp. internal single market. In this context, we can also call the European Union a «trendsetter» following the regulation of competition in the context of digital challenges, which is also reflected in the European Commission's second priority – Europe fit for the digital age. In relation to large online platforms, the term gatekeeper is often used to refer to the leading position of a given platform. The proposal for a Digital Markets Act provides clearer outlines concept of this notion. The subject of this paper is to examine the position of «gatekeepers» and the related aspects and consequences associated with this position.

Kľúčové slova: hospodárska súťaž, digitálne platformy, gatekeepers, Digital Markets Act, regulácia

Keywords: competition, digital platforms, gatekeepers, Digital Markets Act, regulation

1 Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0424 a APVV-17-0561 – Ludsko-právne a etické aspekty kybernetickej bezpečnosti

I. ÚVOD

Predchádzajúca formácia Európskej komisie proces digitalizácie reflektovala v jednej zo svojich desiatich priorít – jednotný digitálny trh, ktorého koncept je zmieňovaný aj v súčasnosti v rôznych súvislostiach. Ešte v Stratégií pre jednotný digitálny trh v Európe² boli pomenované prekážky spôsobujúce fragmentáciu vnútorného trhu – zavše možno spomenúť napríklad problematiku geografického blokovania, potrebu moderného rámca autorských práv, vhodné regulačné prostredie pre online sprostredkovateľské platformy či otázky dátového hospodárstva. Súčasnú zloženie Európskej komisie prezentuje iniciatívy v digitálnej oblasti vo svojej druhej prioritě – Európa pripravená na digitálny vek. Túto oblasť riadi Margrethe Vestager, pričom možno konštatovať že sa po prvýkrát významne prepája portfólio hospodárskej súťaže s digitálnou agendou. Už v roku 2015 bola zdôraznená pozícia online platforiem najmä s ohľadom na ich schopnosť zberu veľkého množstva dát, ktoré sú premieňané prostredníctvom algoritmov na cenné použiteľné informácie. Zároveň je nutné uviesť, že online platformy boli kladne hodnotené vo vzťahu k ich prirodzenej novátorskej povahe v digitálnom hospodárstve, či schopnosti pomôcť menším podnikom pôsobiť online prostredím a ich vstupu no nové trhy. Naopak, rezonujúca bola nedostatočná transparentnosť v nadväznosti na spôsob akým platformy využívajú získané informácie, ich silná vyjednávaciu pozíciu, podpora vlastných služieb na úkor konkurentov, málo transparentné cenové politiky či obmedzenia týkajúce sa stanovovania cien a podmienok predaja (Stratégia, 2015). V nadväznosti na uvedené bol Európskou komisiou v decembri 2020 predložený Návrh nariadenia o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora (Akt o digitálnych trhoch)³ spolu s Návrhom nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o jednotnom trhu s digitálnymi službami (Akt o digitálnych službách)⁴. Práve Akt o digitálnych

2 Stratégia pre jednotný digitálny trh v Európe, COM(2015) 192 final, [online], dostupné na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>

3 Európska komisia, Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora (akt o digitálnych trhoch), COM(2020) 842 final, V Bruseli 15. 12. 2020

4 Európska komisia, Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o jednotnom trhu s digitálnymi službami (akt o digitálnych službách), COM(2020) 825 final, V Bruseli 15. 12. 2020

trhoch upravuje diskutovaný inštitút strážcov prístupu – tzv. gatekeeperov. Cieľom tohoto príspevku je uchopenie vymedzenej problematiky v širšom kontexte, predovšetkým s ohľadom na reguláciu veľkých online platforiem z perspektívy práva EÚ.

II. K nariadeniu o podpore spravodlivosti a transparentnosti pre komerčných používateľov sprostredkovateľských služieb

Prvým právnym aktom na úrovni práva EÚ regulujúcim vzťah online platforiem a podnikov, ktoré ich používajú je nariadenie 2019/1150 o podpore spravodlivosti a transparentnosti pre komerčných používateľov sprostredkovateľských služieb (ďalej len „nariadenie 2019/1150“). Z názvu nariadenia 2019/1150 by sme mohli predpokladať, že sa jedná o B2B (business to business) reguláciu, čo umocňuje aj vymedzenie komerčného používateľa podľa čl. 2 ods. 1 nariadenia 2019/1150. Presnejšie je však použiť označenie P2B regulácia (platform to business) ako uvádza napríklad Busch⁵, ale napokon aj Európska komisia.⁶ Pred prijatím samotného nariadenia 2019/1150 Komisia preferovala názov nariadenie na „podporu spravodlivosti a transparentnosti“, pričom Rada navrhla názov nariadenie na „podporu spravodlivosti prostriedkami transparentnosti“. Napokon bol prijatý názov, ktorý bol pôvodne preferovaný Komisiou, pričom z pracovných dokumentov Rady Európskej únie vyplýva, že „členské štáty boli vyzvané, aby sa dohodli na zachovaní pôvodného názvu, ako to pôvodne navrhovala Komisia, ako kompromisné gesto voči Parlamentu jeho väzbe na pojem férovosť.“⁷ Busch **zároveň uvádza, že naria-**

5 BUSCH, Christoph, The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a “procedural turn” in EU platform regulation?. *Journal of European Consumer and Market Law* [online], 2020, vol. 9, issue 4, p. 133–134, [cit. 14. marca 2022]

6 Európska komisia. Platform-to-business trading practices. The European Commission promotes fairness and transparency for businesses on online platforms.[online], dostupné na: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/platform-business-trading-practices>, [cit. dňa 16. marca 2022]

7 BUSCH, Christoph, The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a “procedural turn” in EU platform regulation?. *Journal of European Consumer and Market Law* [online], 2020, vol. 9, issue 4, p. 133–134, [cit. 14. marca 2022] odkaz na pôvodný zdroj: Council of the European Union, Preparation for the trilogue, 7.2.2019, Doc. ST 5877 2019 INIT, p. 3

denie 2019/1150 prispelo k procedurálnej spravodlivosti vo vzťahu platformy a jej komerčných používateľov, a ako leitmotív právneho aktu vníma „platform procedure“⁸, ktorú môžeme voľne preložiť ako procesné postupy platformiem.

Hlavné ciele právnej úpravy spočívajú predovšetkým v zaručení transparentných podmienok pre komerčných používateľov online platformiem, ktoré zahrňujú online trhy, internetové obchody so softvérovými aplikáciami, internetové sociálne médiá, internetové vyhľadávače, a iné. Poskytovateľom sprostredkovateľských služieb stanovuje podľa čl. 3 ods. 1 písm. a) a b) nariadenia 2019/1150 povinnosť poskytovať vo vzťahu ku svojim komerčným používateľom jasné, zrozumiteľné a ľahko dostupné obchodné podmienky vo všetkých fázach ich obchodného vzťahu. Ďalšie z kategórie povinností je napríklad poskytnutie odôvodnenia v prípade pozastavenia alebo ukončenia využívania online sprostredkovateľských služieb vo vzťahu ku komerčným používateľom (čl. 3 ods. 1 písm. c). V nadväznosti na poradie definované v článku 2 ods. 8 nariadenia 2019/1150, čl. 5 nariadenia 2019/1150 ukladá povinnosť zverejniť hlavné parametre určujúce poradie komerčných používateľov a rovnako povinnosť zverejnenia dôvodov na obmedzenie schopnosti komerčných používateľov ponúkať spotrebiteľom mimo platformy odlišné podmienky. Rovnako tak čl. 5 ods. 3 nariadenia 2019/1150 reflektuje na situácie kedy je poradie ovplyvňované v dôsledku priamej alebo nepriamej odplaty poskytnutej komerčnými používateľmi.

V judikatúre Súdneho dvora Európskej únie je nariadenie 2019/1150 spomenuté len raz, aj to v okrajovej rovine. Odkaz naň nachádzame v návrhu generálneho advokáta v spojených veciach C682/18 a C683/18⁹. V časti kde generálny advokát zmieňuje, že zmluvného ustanovenia, ktoré oprávňujú prevádzkovateľa platformy šíriť obsah nahraný jej používateľmi a na základe ktorých prevádzkovateľ navyše podľa svojho tvrdenia automaticky a systematicky nadobúda práva ku všetkým týmto obsahom, totiž sami o sebe nepreukazujú, že tento prevádzkovateľ aktívne zasahuje do „verejného prenosu“ diel a zároveň v poznámke pod čiarou uvádza, že je otáznne či upravená veľkorysá

8 Ibid, p.134

9 Návrhy z 16. júla 2020, YouTube a Cyando (C682/18 a C-683/2018), ECLI:E-U:C:2020:586, bod 85, poznámka pod čiarou 65

licencia na používanie je zlučiteľná s inými ustanoveniami práva v oblasti duševného vlastníctva, alebo tiež, pokiaľ ide o neprofesionálnych používateľov, so spotrebiteľským právom Únie. Periférne zmieňuje, že pokiaľ ide o profesionálnych používateľov, pravidlá v tejto oblasti sú aktuálne stanovené v článku 3 ods. 1 písm. e) nariadenia 2019/1150.

V záujme zachovania regulačnej konzistencie, Akt o digitálnych trhoch nadväzuje na nariadenie 2019/1150, nielen tým, že stavia na definíciách vymedzených nariadením 2019/1150, ale aj skutočnosťou, že Komisia môže ťažiť z transparentnosti ktorú online sprostredkovateľské služby a internetové vyhľadávače musia podľa nariadenia 2019/1150 zabezpečiť, pokiaľ ide o praktiky, ktoré by mohli byť podľa znenia návrhu Aktu o digitálnych trhoch považované za zakázané, ak by sa do nich zapojili strážcovia prístupu. Tieto aspekty sú ukazovateľmi toho, že nariadenie 2019/1150 predikovalo Akt o digitálnych trhoch. V odbornej spisbe sa stretávame aj s konštatovaním, že nariadenie 2019/1150 bolo v značnom ohľade aj modelovou reguláciou pre Akt o digitálnych službách.¹⁰

III. Digitálna agenda vo svetle hospodárskej súťaže

Pre vytvorenie spravodlivých a efektívnych nástrojov regulácie vo vymedzenej oblasti je dôležitá predovšetkým identifikácia škodlivých praktík a možnosti negatívnych dopadov týchto praktík – tak vo vzťahu ku komerčným používateľom platforiem, ako aj ku koncovým používateľom.¹¹ V tomto ohľade majú kompetentné orgány na úrovni EÚ vhodnejšiu pozíciu než členské štáty EÚ na vnútroštátnej úrovni, keďže disponujú informáciami a skúsenosťami z jednotlivých členských štátov, ktoré sa môžu vzájomne líšiť. Dôležitú úlohu zohráva prirodzene predovšetkým Európska komisia (s ohľadom na jej zverenú kompetencie), ale rovnako aj Európska sieť pre hospodársku súťaž (European Competition Network – ECN). Európska sieť pre hospodársku súťaž zverejnila spoločné vyjadrenie¹² **národných súťažných autorít k pred-**

10 BUSCH, Christoph, MARK, Vanessa. Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation. *Journal of European Consumer and Market Law* [online], 2021, vol. 10, issue 3, p. 114, [cit. dňa 14. marca 2022]

11 Definovaný v čl. 2 ods. 16 a 17 Aktu a digitálnych trhoch, COM(2020) 842 final,

12 voľný preklad autorky, pôvodný termín – joint paper,

loženému návrhu nariadenia – Aktu o digitálnych trhoch v kontexte otázky ako môžu národné súťažné autority posilniť pozíciu Aktu o digitálnych trhoch.¹³

Predložený návrh nariadenia Aktu o digitálnych trhoch je označovaný ako revolučný nástroj, predovšetkým s ohľadom na to, že v prostredí digitálnych platforiem veľké online platformy pôsobili bez väčších obmedzení pomerne dlho.¹⁴ V texte predloženého návrhu nariadenia Aktu o digitálnych trhoch sú charakterizované praktiky predovšetkým ako diskriminačné podmienky prístupu, neodôvodnené zrušenie prístupu komerčných používateľov, nejasné vyradenie produktov zo zoznamu ponúk či dvojitá rola strážcu prístupu (situácia keď je poskytovateľ základnej platformovej služby zároveň poskytovateľom rovnakých alebo podobných služieb ako komerčný používateľ). Až po identifikácií a následnom vymedzení praktík, ktoré majú relevantný dopad na súťaž je možné vytvoriť účinné pravidlá, ktoré zabránia ich presadzovaniu.

Vo vzťahu k protisúťažným praktikám na internete je potrebné uviesť, že z doterajšej praxe členských štátov vyplýva, že tieto uplatňujú rozdielne vnútroštátne pravidlá resp. zvažujú ich uplatňovanie v kontexte protisúťažného konania digitálnych gigantov. Ako príklad možno uviesť prípad spoločnosti Facebook posudzovaný nemeckou súťažnou autoritou Bundeskartellamt, pričom meritom veci bolo podozrenie zo zneužitia dominantného postavenia týkajúce sa údajov o používateľoch, ktoré analyzujú Kálesná a Patakyová¹⁵. Úlohu či pozíciu národných súťažných autorít pri uplatňovaní Aktu o digitálnych trhoch spracoval napríklad Carugati, pričom zároveň zosumarizoval vnútroštátne konania národných súťažných autorít týkajúce sa digitálnej

13 European Competition Network, Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, How national competition agencies can strengthen the DMA [online], dostupné na: https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf, [cit. dňa 14. marca 2022]

14 LUNDQVISTL, Björn. The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not?. *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law* [online], 2021 vol. 52., issue 3, 239–241, [cit. dňa 14. marca 2022], dostupné na: <https://doi.org/10.1007/s40319-021-01026-0>

15 KÁLESNÁ, Katarína, PATAKYOVÁ, Mária. Digitálne platformy: súťažné právo verzus regulácia ex ante. *Právny obzor*, roč. 2021, č. 1, s. 26–38

ekonomiky v rozmedzí rokov 2010–2021.¹⁶ V podmienkach Slovenskej republiky kompetentná súťažná autorita (PMÚ) neposudzovala prípady vykazujúce digitálne špecifiká, čo potvrdzuje aj predmetná štúdia. V obdobnej situácii sú podľa štúdie aj krajiny Bulharsko, Česko, Estónsko, Lotyšsko, Malta, Slovinsko a Španielsko.¹⁷

Práve možnosť výberu spotrebiteľa a komparácie produktov a ich cien či parametrov pri online predaji je vnímaná ako značná výhoda online prostredia na čo poukazuje vo svojom príspevku Kasenčáková.¹⁸ Ako možný zásah do pravidiel hospodárskej súťaže akcentuje aj vertikálne obmedzenia, cieľom alebo následkom ktorých je obmedziť distribútorov v predaji na internete.

Rovnako uvádza, že vertikálne cenové obmedzenia sa považujú za jedny z najzávažnejších protisúťažných praktík (hard-core restriction). Ako príklad zmieňuje prípadovú štúdiu v kontexte spomínanej praktiky obmedzovania hospodárskej súťaže posudzovanú britskou súťažnou autoritou, ktorá udelila pokutu v celkovej výške 3 milióny libier na trhu chladiacích zariadení za obmedzenie cenovej súťaže na internete. Podstatou prípadu bolo obmedziť odberateľov v určovaní si vlastných cien na internete (tzv. RPM – resale price maintenance).

Aj keď je nepochybné, že tento prípad zreteľne ilustruje protisúťažné praktiky realizované prostredníctvom internetu, je možné konštatovať, takéto konanie sa odlišuje od praktík, ktoré sú vymedzené v návrhu nariadenia Aktu o digitálnych trhoch a že by s ohľadom na povahu subjektu, nebolo na tento prípad aplikovateľné. V prvom ohľade je potrebné uviesť, že na to aby bol subjekt povinný dodržiavať povinnosti stanovené návrhom nariadenia Aktu o digitálnych trhoch je potrebné, aby spĺňal prahové kritériá stanovené v čl. 3 návrhu naria-

16 CARUGATI, Christophe. The Role of National Authorities in the Digital Markets Act. (SSRN Scholarly Paper ID 3947037). Social Science Research Network. [online], dostupné na: <https://ssrn.com/abstract=3947037> alebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3947037>, [cit. dňa 14. marca 2022], príloha 1

17 CARUGATI, Christophe. The Role of National Authorities in the Digital Markets Act. (SSRN Scholarly Paper ID 3947037). Social Science Research Network. [online], dostupné na: <https://ssrn.com/abstract=3947037> alebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3947037>, [cit. dňa 14. marca 2022]

18 KASENČÁKOVÁ, Lucia. Internet ako priestor porušovania pravidiel hospodárskej súťaže, In: LENHART, Michal, ANDRAŠKO, Jozef, HAMULÁK, Juraj (eds.). *Bratislavské právnické fórum*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2016, str. 58–68

denia. Ako druhé uvádzame, že povinnosti strážcov prístupu sú sumarizované v čl. 5 a 6 návrhu nariadenia, pričom tieto vykazujú digitálne špecifická predovšetkým v kontexte spracovania údajov používateľov, prepájania či podmieňovania používania jednotlivých služieb, zvyšovania služieb či produktov poskytovaných samotným strážcom prístupu a mnohé iné. V jednotlivých povinnostiach však nie je obsiahnutý napríklad explicitne zákaz vertikálnych cenových obmedzení, s účinkami ex ante regulácie akou je Akt o digitálnych trhoch. Súťažné právo preto bude aplikovateľné na obdobné praktiky aj naďalej, aj v prípade, že budú tieto realizované v internetovom priestore. Akt o digitálnych trhoch preto aj s poukazom na uvedené bude slúžiť ako „doplnkový“ či „nastavbový“ nástroj súťažného práva.

IV. Veľké online platformy vs. pojem „gatekeeper“

V kontexte online platforiem sa stretávame s pojmami digitálne platformy, dvojstranné platformy, viacstranné platformy, či kolaboratívne platformy. Podľa prof. Bejčka možno platformy členiť napríklad podľa funkčnosti na vyhľadávače (GoogleSearch, TripAdvisor), elektronické online-trhy (Amazon, Booking.com, eBay), spoločné ekonomické siete zdieľanej ekonomiky (Uber, Airbnb), sociálne siete (LinkedIn, Instagram, Facebook) a obchody s aplikáciami (Apple's App Store, Google Play). Zdôrazňuje, že digitálne platformy zahrňujú niekoľko vrstiev trhov s rôznymi druhmi užívateľov (mnohoúrovňový trh), v dôsledku čoho sú sotva použiteľné klasické metódy vymedzenia relevantného trhu.¹⁹ **Zároveň uvádza, že nemecký zákon proti obmedzovaniu hospodárskej súťaže (GWB) rozšíril svoju pôsobnosť prostredníctvom 9. novely zavedením možnosti zahrnúť do relevantného trhu aj poskytovanie služieb, za ktoré sa neposkytuje peňažné protiplnenie. Aj na tomto príklade možno ilustrovať snahy vnútroštátnych zákonodarcov o prispôsobovanie legislatívy dynamike virtuálneho prostredia.**

Okrem funkčného vymedzenia nekalosúťažných praktík resp. praktík obmedzujúcich riadne fungovanie súťaže je zásadnou aj otáz-

19 BEJČEK, Jozef. O vlivu digitalizace na soutěžní právo – mnoho povyku pro nic? In: HUSÁR, Ján., SUCHOŽA, Jozef, HUČKOVÁ, Regina (eds.). *Právo Obchod Ekonomika VIII.*, Košice, ŠafárikPress UPJŠ v Košiciach, 2018, str. 27

ka efektívneho a vhodného vymedzenia veľkých online hráčov, ktorí sa uvedeného konania dopúšťajú. V predložennom návrhu nariadenia Aktu o digitálnych trhoch boli prezentované 3 hlavné možnosti, ktoré prichádzali do úvahy a to: vopred vymedzený zoznam strážcov prístupu a samovykonávacie povinnosti, čiastočne flexibilný rámec určenia a aktualizácie povinností vrátane regulačného dialógu na vykonávanie niektorých z nich a flexibilná možnosť založená výlučne na kvalitatívnych prahových hodnotách týkajúcich sa rozsahu. Preferovaná bola napokon druhá možnosť, ktorú reprezentuje: uzavretý zoznam základných platformových služieb (článok 2 ods. 2 Návrhu nariadenia Aktu o digitálnych trhoch), kombinácia kvantitatívnych a kvalitatívnych kritérií na označenie základných platformových služieb za strážcov prístupu (článok 3 ods. 1 a ods. 2 Návrhu nariadenia Aktu o digitálnych trhoch) a priamo uplatniteľné povinnosti vrátane určitých povinností, v rámci ktorých môže regulačný dialóg uľahčiť ich účinné vykonávanie (čl. 5 a čl. 6 Návrhu nariadenia Aktu o digitálnych trhoch).

Je potrebné uviesť, že je zachovaná možnosť Komisie po prieskume trhu aktualizovať nástroj, pokiaľ ide o povinnosti strážcov prístupu (prostredníctvom delegovaných aktov) – v prípade identifikácie nových postupov, ktoré sú nekalé a mohli by viesť k narušeniu súťažesčnosti.

Uzavretý zoznam základných platformových služieb obsahuje online sprostredkovateľské služby, internetové vyhľadávače, online služby sociálnej siete, služby platformy na zdieľanie videí, interpersonálne komunikačné služby nezávislé od číslovania, operačné systémy, služby cloud computingu, reklamné služby vrátane akýchkoľvek reklamných sietí, reklamných búrz a akýchkoľvek iných sprostredkovateľských služieb v oblasti reklamy, ktoré poskytuje poskytovateľ ktorejkoľvek zo základných platformových služieb (uvedených v zozname).

Kvalitatívne kritériá charakterizujúce strážcu prístupu stanovujú, že strážca má významný vplyv na vnútorný trh, prevádzkuje základnú platformovú službu, ktorá slúži ako dôležitá brána prístupu komerčných používateľov ku koncovým používateľom a má zakorenené a trvalé postavenie vo svojich činnostiach alebo je možné predpokladať, že takéto postavenie dosiahne v blízkej budúcnosti. Pre rozsiahlosť kvantitatívnych kritérií tieto nebudeme explicitne uvádzať, ale odkážeme na ich vymedzenie v čl. 3 ods. 2 návrhu nariadenia Aktu o digitálnych trhoch. Čl. 3 ods. 3 návrhu nariadenia ADT stanovuje notificačnú po-

vinnosť gatekeepera oboznámiť Európsku komisiu s požadovanými údajmi, pokiaľ spĺňa vymedzené kritériá. V prípade, že strážca prístupu svoju povinnosť nesplní, Európska komisia má zachovanú právomoc označiť aktéra za strážcu prístupu.

Pokiaľ posudzovaný subjekt síce spĺňa všetky kvalitatívne požiadavky, ale nenapĺňa príslušné kvantitatívne kritériá, čl.3 ods. 6 Návrh nariadenia ADT, Európska komisia pri posudzovaní či subjekt označí za strážcu prístupu zohľadní veľkosť, vrátane obratu a trhovej kapitalizácie, činnosti a postavenie poskytovateľa základných platformových služieb, počet komerčných používateľov závislých od základnej platformovej služby na oslovenie koncových používateľov a počet koncových používateľov, prekážky vstupu na trh vyplývajúce zo sieťových účinkov a výhod založených na údajoch, najmä vo vzťahu k prístupu poskytovateľa k osobným a iným údajom alebo analytickým možnostiam a k ich zhromažďovaniu, miere a rozsahu účinkov, ktoré poskytovateľ využíva, a to aj pokiaľ ide o údaje, odkázanosť komerčných alebo koncových používateľov na dodávateľa a iné štrukturálne trhové charakteristiky.

4.1 Charakter povinností strážcu

Povinnosti ako konsekvencie vyplývajúce z označenia strážcov prístupu sú sumarizované v čl. 5 Návrhu nariadenia ADT, a čl.6 návrhu nariadenia ADT. Za účelom zachovania účinnosti povinností pre strážcov prístupu a ich obmedzeniu na nevyhnutný rozsah na zaistenie súťažeschopnosti a riešenie škodlivých účinkov nekalého správania strážcov prístupu, je dôležité ich jasné vymedzenie a ohraničenie, tak aby boli zo strany strážcu prístupu okamžite splniteľné.²⁰ **Z uvedených dôvodov je predpoklad, že s cieľom dosiahnuť súlad s predloženým návrhom nariadenia ADT, budú požiadavky zapracované do samotných produktov strážcov prístupu. Z uvedených dôvodov je potrebné, aby sa opatrenia čo najviac začlenili do technologických riešení, ktoré sú používané strážcami prístupu. V niektorých prípadoch však bude potrebné, aby Komisia na základe vzájomného dialógu s dotknutým subjektom bližšie špecifikovala niektoré opatrenia,**

20 Európska komisia, Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora (akt o digitálnych trhoch), COM(2020) 842 final, bod 58 odôvodnenia

tak aby boli účinné pre splnenie povinností – na ktoré slúži ďalšie spresnenie. Tento regulačný dialóg má predovšetkým uľahčiť dodržiavanie predpisov strážcom prístupu a urýchliť správne vykonávanie nariadenia.²¹ Povinnosti gatekeepera tvoria pomerne rozsiahle spektrum, zavše možno spomenúť aspoň niektoré: zdržanie sa prepájania osobných údajov získaných z týchto základných platformových služieb s osobnými údajmi z akýchkoľvek iných služieb ponúkaných strážcom prístupu alebo s osobnými údajmi zo služieb tretích strán, umožnenie komerčným používateľom ponúkať rovnaké produkty alebo služby koncovým používateľom prostredníctvom online sprostredkovateľských služieb tretích strán za ceny alebo za podmienok, ktoré sa líšia od cien alebo podmienok ponúkaných prostredníctvom online sprostredkovateľských služieb strážcu prístupu či zákaz bránenia komerčným používateľom, aby akémukoľvek príslušnému orgánu verejnej moci nahlasovali problémy v súvislosti s akoukoľvek praktikou strážcov prístupu, alebo ich v tejto veci obmedzovať. V kontexte vymedzených povinností Lundqvist²² zmieňuje spornosť čl. 6 písm. a), h) a i), najmä s ohľadom na inštitútu práva duševného vlastníctva, pravidlá ochrany obchodného tajomstva, či pravidlá ochrany osobných údajov konečných užívateľov (ktoré môžu obsahovať predmetné dáta) upravené v GDPR²³.

IV. Vzťah súčasnej regulácie hospodárskej súťaže a predloženého návrhu nariadenia Digital Markets Act

V texte predloženého návrhu, a to tak v nezáväznej/preambulovej časti (bod odôvodnenia 5,9 a 10) ako aj v priamo v záväznej časti (čl. 1 ods. 6) je akcentovaná skutočnosť, že nariadením nie je dotknuté uplatňovanie súťažných pravidiel primárneho práva v čl. 101 a 102

21 Európska komisia, Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora (akt o digitálnych trhoch), COM(2020) 842 final, bod 58 odôvodnenia

22 LUNDQVIST, Björn. The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not?. *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law* [online], 2021 vol. 52., issue 3, 239–241, [cit. dňa 14. marca 2022], dostupné na: <https://doi.org/10.1007/s40319-021-01026-0>

23 NARIADENIE EURÓPSKEHO PARLAMENTU A RADY (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov)

ZFEÚ. Z tohto je možné vyvodiť, že cieľom úpravy je pre vymedzenú skupinu aktérov doplniť katalóg povinností v rámci súťažného práva. Aj v súčasnosti sú praktiky strážcov prístupu sankcionované prostredníctvom štandardného regulačného rámca primárneho práva EÚ a na to nadväzujúcich právnych aktov sekundárneho práva, čo upevňuje myšlienku toho, že ADT je akosi špecifickou nadstavbou nad štandardné pravidlá hospodárskej súťaže. Nedotknuté zostávajú taktiež vnútroštátne pravidlá zakazujúce protisúťažné dohody, rozhodnutia združení podnikov, zosúladené postupy a zneužívanie dominantného postavenia. Členské štáty však nemôžu ukladať subjektom, ktoré možno označiť za strážcov prístupu ďalšie povinnosti formou zákonov, iných právnych predpisov alebo správnych úkonov za účelom zabezpečenia súťažeschopnosti a spravodlivosti trhov, teda v rámci problematiky, ktorú má za cieľ komplexne spracovať Akt o digitálnych trhoch. Táto požiadavka plne zodpovedá zámeru, ktorým je harmonizovať pravidlá na zabezpečenie súťažeschopnosti a spravodlivosti trhov digitálneho sektora (prezentovaná v čl. 1 ods. 1 Návrhu nariadenia ADT), ktorá by mohla byť narušená dodatočným stanovením povinností pre strážcov prístupu nad rámec ADT.

V. Závery

Predložený návrh nariadenia ADT možno vnímať ako pozitívny krok za účelom zachovania „zdravého“ konkurenčného online prostredia, z ktorého v konečnom dôsledku profitujú nielen komerční používatelia, ale aj spotrebiteľ. Prezentovaný regulačný rámec je istá „nadstavba“ súčasných súťažných pravidiel, ktoré zostávajú zachované, avšak s ohľadom na dynamiku digitálneho prostredia a virtuálne špecifiká je žiadúca. Pokiaľ by si jednotlivé členské štáty stanovovali samé podmienky na vnútroštátnej úrovni mohlo by dôjsť k problematickému presadzovaniu, keďže strážcovia prístupu pôsobia spravidla cezhranične. Zvolená možnosť vymedzenia strážcov prístupu so zachovaním čiastočnej flexibility je vhodná a primeraná účelu, keďže vopred vymedzený zoznam strážcov (a samovykonávacie povinnosti) sa javia ako málo pružná možnosť. Posudzovanie výlučne na základe kvalitatívnych prahových hodnôt by zase mohlo vyústiť v opomenutie relevantných aktérov z hľadiska ich vplyvu či postavenia. Navyše, jednotná regulácia na úrovni práva EÚ zaručí vyššiu mieru právnej istoty

aj vo vzťahu ku samotným gatekeeperom, ktorí bude mať rovnaký „balík“ povinností v rámci celej EÚ, čím sa predíde ďalšej fragmentácii.

Zdroje

- BEJČEK, Jozef. O vlivu digitalizace na soutěžní právo – mnoho povyku pro nic? In: HUSÁR, Ján., SUCHOŽA, Jozef, HUČKOVÁ, Regina (eds.). *Právo Obchod Ekonomika VIII.*, Košice, ŠafárikPress UPJŠ v Košiciach, 2018, str. 27
- BUSCH, Christoph, MARK, Vanessa. Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation. *Journal of European Consumer and Market Law* [online], 2021, vol. 10, issue 3, p. 114
- BUSCH, Christoph, The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a “procedural turn” in EU platform regulation?. *Journal of European Consumer and Market Law* [online], 2020, vol. 9, issue 4, p. 133–134, [cit. 14. marca 2022]
- CARUGATI, Christophe. The Role of National Authorities in the Digital Markets Act. (SSRN Scholarly Paper ID 3947037). Social Science Research Network. [online], dostupné na: <https://ssrn.com/abstract=3947037> alebo <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3947037>
- European Competition Network, Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, How national competition agencies can strengthen the DMA [online], dostupné na: https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf,
- Európska komisia, Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o súťažeschopných a spravodlivých trhoch digitálneho sektora (akt o digitálnych trhoch), COM(2020) 842 final, V Bruseli 15. 12. 2020
- odôvodnenia
- Európska komisia, Návrh nariadenia Európskeho parlamentu a Rady o jednotnom trhu s digitálnymi službami (akt o digitálnych službách), COM(2020) 825 final, V Bruseli 15. 12. 2020
- Európska komisia. Platform-to-business trading practices. The European Commission promotes fairness and transparency for businesses on online platforms.[online], dostupné na: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/platform-business-trading-practices>
- KÁLESNÁ, Katarína, PATAKYOVÁ, Mária. Digitálne platformy: súťažné právo verzus regulácia ex ante. *Právny obzor*, roč. 2021, č. 1, s. 26–38
- KASENČÁKOVÁ, Lucia. Internet ako priestor porušovania pravidiel hospodárskej súťaže, In: LENHART, Michal, ANDRAŠKO, Jozef, HAMULÁK, Juraj (eds.). *Bratislavské právnické fórum*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2016, str. 58–68

LUNDQVISTL, Björn. The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not?. *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law* [online], 2021 vol. 52., issue 3, 239–241, [cit. dňa 14. marca 2022], dostupné na: <https://doi.org/10.1007/s40319-021-01026-0>

Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. apríla 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov)

Návrhy z 16. júla 2020, YouTube a Cyando (C682/18 a C-683/2018), ECLI:EU:C:2020:586

Stratégia pre jednotný digitálny trh v Európe, COM(2015) 192 final, [online], dostupné na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SK/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>

Zmluva o fungovaní Európskej únie

PORUŠENÍ HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE SPOLEČNOSTÍ BOOKING.COM

ANDREA ŠIMORDOVÁ

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Brno¹

Abstrakt: Následující příspěvek pojednává o vybraných aspektech rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „Úřad“),² kterým předseda Úřadu potvrdil prvostupňové rozhodnutí ve věci³, jež potrestalo společnost Booking.com B.V. za uzavírání zakázaných vertikálních dohod o široké paritě na trhu služeb zprostředkování online rezervace krátkodobého ubytování a na trhu poskytování krátkodobých ubytovacích služeb v České republice. Uvedený příspěvek se zaměřuje především na delikttní praktiku, a to paritní doložky, jež jsou v soutěžním právu velmi aktuálním tématem, kterému věnovala v poslední době pozornost i řada dalších členských států EU, což se odrazilo jak v praxi národních soutěžních úřadů, tak i legislativách některých států.

Abstract: This article briefly covers some aspects of the decision of the Chairman of the Czech NCA, the Office for the Protection of Competition (hereinafter “the Office”), which confirmed the decision of the first instance. The Office punished Booking.com B.V. for prohibited vertical agreements by agreeing wide parity clauses with hotels on the relevant market for intermediary services of hotel portals in the Czech Republic and on the relevant market of providing hotel rooms in the Czech Republic. The article mainly focuses on the anti-competitive conduct – parity clauses, which have been a topical issue in the competition law as they have been in the centre of attention in other Member States of the European Union. Parity clauses were also reflected in some of the NCAs’ decisions and national laws.

Klíčová slova: hospodářská soutěž, regulace, zakázané dohody, vertikální dohody, paritní doložky, široká parita, Booking

Keywords: anticompetitive agreements; Booking.com; competition; parity clauses; regulation; vertical agreements

1 Tento článek nevyjadřuje oficiální názory a stanoviska instituce, pro kterou autorka pracuje.

2 Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 11. 2019, č. j. ÚOHS-R0219/2018/HS-29914/2019/310/AŠi.

3 Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 12. 2018, č. j. ÚOHS-S0664/2015/KD-37030/2018/830/DKI.

tI. Shrnutí případu

Úřad v daném případě trestal společnost Booking.com B.V. (dále též „Booking.com“), která působí jako online rezervační portál (dále též „OTA“ nebo „rezervační portál“)⁴, neboť v období od 1. 5. 2009 do 30. 6. 2015 uzavírala s poskytovateli krátkodobých ubytovacích služeb na území České republiky zakázané vertikální dohody podle § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném v době spáchání deliktu (dále též „ZOHS“), kterými zavazovala tyto své obchodní partnery k plnění tzv. dohod o široké paritě. Podle těchto dohod měla společnost Booking.com dostávat shodné nebo lepší podmínky ubytování ve stejném ubytovacím zařízení⁵, ať již ve vztahu k ceně (tzv. parita ceny) anebo k dostupnosti (tzv. parita dostupnosti) nebo jiným podmínkám rezervace ubytování, než jaké byly dostupné na webových stránkách těchto ubytovacích zařízení nebo na jakémkoli jiném online či offline distribučním kanálu daného ubytovacího zařízení. Jinými slovy se tak jednalo o ujednání zajišťující společnosti Booking.com stejnou úroveň výhod, jaká byla ze strany příslušného ubytovacího zařízení nabídnuta konkurenčnímu subjektu z řad jednotlivých distribučních kanálů či jaké ubytovací zařízení nabízelo prostřednictvím své vlastní distribuce.

Výsledkem popsaných dohod bylo dle Úřadu narušení hospodářské soutěže na trhu služeb zprostředkování online rezervace krátkodobého ubytování v České republice a na trhu poskytování krátkodobých ubytovacích služeb v České republice. Současně byl šetřeným jednáním potenciálně ovlivněn obchod mezi členskými státy EU při poskytování služeb online rezervace krátkodobého ubytování, tedy vedle porušení § 3 odst. 1 ZOHS došlo i k porušení čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie (dále též „SFEU“). Za uvedené porušení

4 OTA je zkratka pro „online travel agency“, proto dále bude užívána pro online rezervační portál zkratka „OTA“, resp. v plurálu „OTAs“. Obdobně je to používáno v referovaných rozhodnutích.

5 Pod tímto pojmem rozumíme v souladu s rozhodnutími Úřadu široké spektrum ubytování (např. hotely, motely, penziony, apartmánové domy a podobně) dostupné na rezervačních portálech. Pro zjednodušení je používána v textu také zkratka „hotel“.

ZOHS a SFEU byla společnosti Booking.com uložena pokuta ve výši 8 336 000 Kč.

Společnost Booking.com se závěry Úřadu nesouhlasila a podala proti prvostupňovému rozhodnutí Úřadu rozklad. V rámci rozkladového řízení předseda Úřadu svým rozhodnutím (mimo jiné pro níže vyložené důvody) zamítl všechny námitky společnosti Booking.com. Stěžejní námitky společnosti Booking.com mířily do vymezení relevantního trhu, prokázání protisoutěžních následků, omezení hospodářské soutěže dohodou o široké paritě, aplikace výjimky a porušení povinnosti spolupráce v rámci EU. Předseda Úřadu námitky neshledal jako důvodné, a proto potvrdil závěry prvostupňového rozhodnutí včetně uložené pokuty.

II. Paritní doložky

Než přejdu ke stěžejním námitkám rozkladu a jejich vypořádání předsedou Úřadu, pro lepší pochopení případu je vhodné nejprve stručně vysvětlit princip paritních doložek⁶, resp. dohod o široké paritě. Původ paritních doložek bychom hledali v mezinárodním obchodním právu, kde se jednalo o poskytnutí stejných nebo lepších podmínek v rámci obchodního styku.⁷ Z pohledu soutěžního práva paritní doložky představují vertikální dohody, neboť soutěžitelé nepůsobí na téměř relevantním trhu a nejsou tedy konkurenty. Obecně se jedná o dohody mezi prodávajícím a kupujícím, kde se prodávající zaváže, že podmínky, které nabídne tomuto kupujícímu, budou přinejmenším tak výhodné jako ty, které by nabídl kterémukoliv jinému kupujícímu. Předmětem zájmu Úřadu v případě společnosti Booking.com byly paritní doložky v oblasti cestovního ruchu, konkrétně v oblasti online rezervace krátkodobého ubytování.

Pro tuto oblast je specifické, že rezervační portály (OTAs) fungují na tzv. agency modelu, který spočívá v tom, že finální cenu pokoje určuje samotný hotel s tím, že OTA pouze zajišťuje platformu, na které hotel nabízí své pokoje. Hosté hradí cenu ubytování, resp. konkrétního

6 Můžeme se setkat také s označením „most-favoured nation clauses“ (MFN clauses), „best price clauses“ nebo „price/rate parity clauses“.

7 Srov. blíže např. GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E., BENNETT, M. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate* [online], 2015, roč. 1, č. 3, s. 26–42.

pokoje přímo hotelu, rezervační portál si však účtuje provizi stanovenou procentuální částkou z ceny pokoje poté, co si host pokoj rezervuje a zaplatí za něj hotelu. Rezervační portál svým zákazníkům nabízí prostřednictvím svých webových stránek vyhledání možností ubytování v požadované lokalitě, srovnání cen jednotlivých ubytovacích zařízení a následnou okamžitou rezervaci. Jednotlivým hotelům rezervační portál smluvně vytvoří profil na svých webových stránkách a zajistí průběh rezervace ubytování. Pokud se jedná o finanční toky, hotely zaplatí pouze smlouvané procento z uskutečněné rezervace, tedy dohodnutou výši provize, přičemž další poplatky (např. za reklamu) již neplatí. Pro zákazníka je užívání online platformy zcela bezplatné a za provedenou rezervaci a zprostředkování rezervace rezervačnímu portálu nic neplatí.⁸

Paritní doložky tak představují dohodu rezervačního portálu (OTA) a ubytovacího zařízení, jejíž podstatou je závazek ubytovacího zařízení, že rezervačnímu portálu nabídne shodné nebo lepší ceny ubytování, resp. konkrétního pokoje, než jak by tento pokoj ubytovací zařízení nabídlo samo nebo v rámci jiného distribučního kanálu. Distribuční kanály ubytovacích zařízení přitom mohou být jak přímé, tj. vlastní distribuční kanály (např. telefon, email, webové stránky), tak nepřímé, tj. distribuce prostřednictvím třetích osob (např. cestovní kanceláře a agentury, globální distribuční systémy, internetové rezervační systémy apod.).

Dohoda o široké paritě (tzv. wide parity clause nebo wide MFN clause) je pak restriktivní praktikou směřující k zajištění nejlepších podmínek rezervace ubytování pro konkrétní OTA, ať již ve vztahu k ceně, dostupnosti nebo jiným podmínkám rezervace. Týká se tak všech distribučních kanálů (online i offline, přímých i nepřímých), tzn. že hotel nemůže stanovit výhodnější cenu a podmínky ani na jiných rezervačních portálech, ani na vlastních webových stránkách.

V praxi se rovněž vyskytuje tzv. zúžená parita (tzv. narrow parity clauses nebo narrow MFN clause), která představuje tentýž závazek hotelu, který již však není tak restriktivní, neboť se daná parita na rozdíl od široké parity nevztahuje na další nepřímé distribuční kanály,

8 Detailní princip fungování tzv. agency modelu je popsán např. v rozhodnutí švýcarského soutěžního úřadu ze dne 19. 10. 2015 ve věci Booking.com B.V., HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH a Expedia, Inc., s. 9–10.

tn. že hotel není omezen ve svém rozhodnutí prodávat své ubytovací kapacity za výhodnější cenu např. na konkurenčních rezervačních portálech. Je zde však stále vyžadována parita ceny a podmínek, a to ve vztahu k přímým online distribučním kanálům, tedy zejména vlastním webovým stránkám hotelu. V referovaném případě společnosti Booking.com byly posuzovány možné dohody o zúžené paritě, nicméně tyto nebyly Úřadem prokázány.

V souvislosti s paritními doložkami se nabízí otázka, jaké jsou jejich účinky na hospodářskou soutěž. Ohledně možných negativních a pozitivních účinků paritních doložek na hospodářskou soutěž se v rámci odborné veřejnosti vede vášnivá debata, relativní shoda však panuje na některých negativních i pozitivních dopadech.⁹

Negativní dopady jsou založeny na teorii újmy (theory of harm). Jejich hlavním dopadem je zejména potlačení soutěže mezi jednotlivými OTAs, což je logicky dáno tím, že je de facto eliminována cenová soutěž. V důsledku toho tak může docházet ke zvýšení poplatků účtovaných hotelům a ve finále ke zvýšení finální ceny ubytování pro konečné spotřebitele. Dalším negativním dopadem je bezesporu vytváření bariér vstupu na trh pro nové soutěžitele a ochrana a upevnění postavení daného rezervačního portálu na trhu, tím spíše pokud již má na trhu relativně silné postavení.

Paritní doložky však mohou mít ale i pozitivní dopady, které byly rovněž jedním z hlavních argumentů společnosti Booking.com v rámci své procesní obrany. Hlavní pozitivním dopadem paritních doložek je řešení problému tzv. free-ridingu, tedy problému černého pasažéra. Z pohledu free-ridingu tak mají paritní doložky zabránit bezplatnému užívání benefitů konkrétní platformy ze strany hotelů. Příkladem může být situace, kdy si zákazník najde na platformě konkrétní hotel, avšak rezervaci ubytování dokončí přímo na webových stránkách daného hotelu, čímž dochází ke zmaření investice rezervačního portálu. Toto je dané zejména výše popsaným obchodním modelem fungování rezervačních portálů, kdy zákazník platformě nic neplatí a ubytovací zařízení platí provizi až v okamžiku rezervace pokoje. Dalším mož-

9 Srov. blíže např. GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E., BENNETT, M. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate* [online], 2015, roč. 1, č. 3, s. 26–42.

ným pozitivním dopadem, který je ekonomického charakteru, může být snížení transakčních a vyjednávacích nákladů.

Důležitou otázkou tak je, zda jsou paritní doložky zakázané či nikoliv. Ze zahraničního srovnání vyplývá, že široká parita je ve většině evropských zemí zakázaná, ať již rozhodnutím soudu či soutěžního úřadu (např. v Německu, Švédsku či Švýcarsku) anebo zákonem (např. ve Francii, Itálii, Belgii nebo Rakousku). Důležitým historickým momentem v tomto pohledu bylo i rozhodnutí společnosti Booking.com, která (i v reakci na přijetí závazků ve Francii, Itálii a Švédsku) k 1. 7. 2015 přešla z aplikace široké parity na paritu zúženou, a to na území celé EU.¹⁰

III. Definice relevantního trhu

Jednou z hlavních námitek společnosti Booking.com v rozkladu bylo, že Úřad nesprávně vymezil relevantní trh, neboť definice trhu, a to konkrétně online rezervace krátkodobého ubytování, je podle ní nedůvodně úzká. Do relevantního trhu tak měly být podle rozkladu zahrnuty další rezervační kanály, zejména cestovní kanceláře a agentury, které vyvíjejí na OTAs významný soutěžní tlak.

Úřad se již v prvostupňovém rozhodnutí detailně zabýval otázkou vymezení relevantního trhu, když pro účely správního řízení vzhledem ke skutečnosti, že zde byly posuzovány smluvní vztahy mezi společností Booking.com a ubytovacími zařízeními působícími v České republice, vymezoval dva relevantní trhy, a to jednak i) trh v oblasti poskytování služeb ubytování (navazující trh) a dále ii) trh v oblasti služeb rezervace ubytování (primární trh). Nejprve však popsal jednotlivé formy rezervace a distribuce ubytovacích kapacit.¹¹

Sporným z hlediska definice byl pouze primární trh, který Úřad z hlediska věcného vymezil jako trh služeb zprostředkování online rezervace krátkodobého ubytování zahrnující služby vyhledávání, porovnání a okamžité rezervace ubytování pro koncové zákazníky. Produkt, resp. služba na takto definovaném trhu je dvojího charakteru, a to z důvodu specifického modelu, na základě kterého funguje rezervační systém OTA, a trhu, který má ve své podstatě dvoustranný cha-

10 Srov. *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU Competition Authorities in 2016* [online].

11 Srov. zejména body 107 až 120 prvostupňového rozhodnutí.

rakter. Jedná se o trh, který svádí dohromady různé skupiny zákazníků (a to jak ubytovací zařízení, tak konečné spotřebitele poptávající krátkodobé ubytování), kteří se navzájem potřebují a kteří na sebe navzájem působí, přičemž OTA na tomto trhu působí jako platforma, resp. zprostředkovatel, který těmto skupinám zákazníků umožňuje a usnadňuje vzájemnou interakci a komunikaci. Primární službou jsou služby zprostředkování rezervace ubytování konečným zákazníkům, za které ubytovací zařízení platila formou provize z ceny uskutečněného ubytování rezervovaného prostřednictvím daného portálu. Sekundární službou je soubor služeb nabízený koncovým zákazníkům, který lze definovat nabídkou „vyhledat, porovnat a rezervovat“.

Úřad se proto dále zaměřil na to, které další distribuční kanály lze považovat za zastupitelné s OTA, resp. se společností Booking.com, a to vzhledem ke službám, které poskytují. Analyzoval tak zastupitelnost pouze u těch distribučních kanálů, které umožňují rezervaci ubytovacích kapacit prostřednictvím třetích subjektů¹², mezi které patří především peer to peer platformy (dále též „**P2P platformy**“), cestovní kanceláře a cestovní agentury, globální distribuční systémy a metavyhledávače.

Jako vzájemně zastupitelný distribuční kanál Úřad vyhodnotil pouze tzv. P2P platformy, mezi které patří např. portály Airbnb, HomeAway nebo WIMDU. Tento distribuční kanál má obdobnou strukturu jako OTA včetně dvoustranného charakteru svých produktů. Nabízí ubytovací kapacity zejména v nekomerčních objektech, současně však může nabízet i ubytování komerčního typu (např. Airbnb). Cestovní kanceláře a agentury Úřad nepovažoval za substitut zejména z důvodu, že nabízejí jiný produkt než OTAs a taktéž fungují na jiném ekonomickém modelu.

K výše uvedenému nutno podotknout, že prvostupňový orgán Úřadu zvažoval zastupitelnost jednotlivých distribučních kanálů primárně z pohledu spotřebitele, resp. koncového zákazníka. Vzhledem k tomu, že se jednalo o specifický případ dvoustranného trhu¹³, se kterým se doposud Úřad ve své praxi nesetkal, předseda Úřadu ještě doplnil a popsal charakter a specifika dvoustranného trhu a s tím

12 V tomto ohledu se Úřad nezabýval vlastními distribučními kanály ubytovacích zařízení, poněvadž tyto nevstupují na trh služeb poskytovaných třetími osobami.

13 V zahraniční odborné literatuře je tento trh označován jako „two-sided market“.

související posouzení z hlediska druhé strany trhu, kterou jsou právě ubytovací zařízení.¹⁴

Specifika tohoto trhu tkví zejména v několika základních charakteristikách, které by se vzhledem k povaze a modelu fungování OTA daly popsat následujícím způsobem. V první řadě, OTA, resp. společnost Booking.com působí jako platforma, která svádí dohromady dvě různé skupiny zákazníků, kteří se navzájem potřebují a kteří na sebe navzájem působí, a to ubytovací zařízení na jedné straně a spotřebitele resp. koncové zákazníky, na straně druhé. Dále na tomto trhu můžeme pozorovat nepřímé síťové efekty, což znamená, že OTA je tím více zajímavý pro spotřebitele, čím více ubytovacích zařízení je na něm zastoupeno a stejně tak ubytovací zařízení mají zájem používat takové OTA, které využívá co nejvíce koncových zákazníků. Dalším znakem dvoustranného trhu je rozdílná cenová struktura pro jednotlivé skupiny využívající platformu, kdy typicky jedna ze stran platí minimální nebo žádné poplatky, zatímco pro druhou stranu užívání platformy bezplatné není. V tomto případě jsou tak stranou, pro kterou je využívání služeb OTA zcela zdarma, koncoví zákazníci, zatímco ubytovací zařízení platí OTA smluvené procento z uskutečněné rezervace, tedy dohodnutou výši provize. Dalším znakem je zprostředkování transakce, neboť OTA působí jako zprostředkovatel přímé transakce mezi oběma skupinami zákazníků, tedy mezi ubytovacím zařízením a spotřebitelem. V tomto případě tedy finální cenu pokoje určuje vždy ubytovací zařízení a spotřebitel tuto cenu zaplatí přímo jemu. Posledním znakem může být dále možnost využití tzv. multi-homingu, resp. možnost obou skupin zákazníků využít více než jednoho OTA.¹⁵

Předseda Úřadu provedl srovnání, zda lze některý další distribuční kanál, přes který ubytovací zařízení poskytuje své služby zákazníkům,

14 Požadavek posoudit obě strany dvoustranného trhu při definování relevantního trhu vznáší i odborná literatura. Srov. např. FILISTRUCCHI, L., GERADIN, D., VAN DAMME, E., AFFELDT, P. Market definition in two-sided markets: theory and practice. *Journal of Competition Law and Economics*, 2013, roč. 10, č. 2: „In two-sided markets, competition authorities should take into account both sides of the market when defining the relevant market, even if the case of two-sided non-transaction markets, when they should define two interrelated markets.“

15 Multi-homing je protipólem tzv. single-homingu, kdy zákazníci používají pouze jednu platformu.

považovat za vzájemně zastupitelný k službám, které mu poskytuje OTA, resp. společnost Booking.com z pohledu druhé strany trhu, a to ubytovacího zařízení.¹⁶ Dospěl však k závěru, že ani z pohledu ubytovacích zařízení pro OTAs (vyjma P2P platform) neexistuje substitut v podobě jiného distribučního kanálu a je tak třeba potvrdit definici relevantního trhu uvedenou v prvostupňovém rozhodnutí. Jako podklad pro svou argumentaci předseda Úřadu vyšel i z vymezení relevantního trhu v rozhodnutí jiných národních soutěžních úřadů, a to např. v Německu¹⁷, Švédském království¹⁸ či Švýcarské konfederaci¹⁹, které definovaly relevantní trh obdobně jako Úřad.

IV. Další námítky a jejich vypořádání

Další námítkou společnosti Booking.com bylo, že vytýkaný protisoutěžní následek jejího jednání nebyl řádně prokázán. Ani této námítce předseda Úřadu nepřisvědčil, neboť se Úřad při posuzování negativních dopadů na hospodářskou soutěž opřel zejména o rozsáhlé dotazníkové šetření, které započal již ve fázi předběžného šetření podnětu a jehož respondenty byla hromadná ubytovací zařízení v České republice. Cílem tohoto šetření bylo zjistit reálný pohled těchto subjektů a zejména smluvních partnerů společnosti Booking.com na dopady na hospodářskou soutěž plynoucí z povinnosti plnit dohodu o široké paritě. Dále Úřad při hodnocení dopadů dohody o široké paritě na hospodářskou soutěž vycházel z podkladů a informací poskytnutých Asociací hotelů a restaurací České republiky, z.s. Ze zjištění Úřadu vyplynulo, že naprostá většina ubytovacích zařízení (více než 4/5) závazek cenové parity dodržovala. Nadpoloviční většina ubytovacích zařízení, která odpověděla, se taktéž obávala postihu za nedodržení cenové parity a více než 1/4 ubytovacích zařízení, která odpověděla, se cítila být dodržováním cenové parity omezována, a to jak ve vlastní cenotvorbě, tak ve vztahu k dalším distribučním kanálům. Daný průzkum tedy potvrdil domněnku Úřadu, že dohoda o široké paritě byla

16 Srov. blíže body 69–78 rozhodnutí předsedy Úřadu.

17 Rozhodnutí Bundeskartellamt ze dne 20. 12. 2013 ve věci HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH, sp. zn. B 9–66/10.

18 Rozhodnutí Konkurrensverket ze dne 15. 4. 2015 ve věci ve věci Bookingdot-com Sverige AB a Booking.com B.V, sp. zn. 596/2013.

19 Rozhodnutí ze dne 19. 10. 2015 ve věci Booking.com B.V., HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH a Expedia, Inc.

většinou ubytovacích zařízení dodržována, a to možná i díky zřejmé motivaci plynoucí z možných sankcí při jejím nedodržování.

Jednou ze stěžejních námitek společnosti Booking.com byla také argumentace, že široká parita neomezuje hospodářskou soutěž a neměla protisoutěžní účinky na soutěž v rámci značky (intra-brand competition), přičemž to mělo být dáno absencí tržní síly, neexistencí oslabení soutěže a neexistencí vylučovacích účinků.

Úřad v první řadě vyvrátil tvrzení společnosti Booking.com, že v České republice nemá významnou tržní sílu.²⁰ Ve správním řízení bylo prokázáno, že společnost Booking.com představuje pro naprostou většinu ubytovacích zařízení jednoho z nejvýznamnějších partnerů, a toto její silné postavení na relevantním trhu umožňovalo zakotvit ve smluvních vztazích paritní doložky a omezit tak možnosti ubytovacích zařízení nakládat s cenami a ubytovacími kapacitami podle své svobodné vůle. Ubytovací zařízení nemohla v důsledku paritních doložek sama nabízet jiným soutěžitelům (konkurentům společnosti Booking.com) výhodnější podmínky rezervace pokojů (nižší ceny, větší dostupnost), než jaké měla sjednány se společností Booking.com. Ta si tak zajišťovala minimální cenovou úroveň pokojů, které nabízela k rezervaci od svých smluvních dodavatelů, byť konkrétní vyšší ceny stanovovalo příslušné ubytovací zařízení. Pokud se společnost Booking.com rozhodla navýšit provizi smluvnímu ubytovacímu zařízení, mohla si být v důsledku dohody o široké paritě jista, že ubytovací zařízení nepromítne toto navýšení do ceny pokojů k online rezervaci pouze vůči společnosti Booking.com, nýbrž (bude-li jeho vyšší provize promítnuta do ceny) budou vyšší ceny ubytování platit jak pro všechny rezervační portály, které ubytovacímu zařízení ubytování zprostředkovávají, tak i pro vlastní rezervaci samotným ubytovacím zařízením. Společnost Booking.com tak prakticky nebyla vystavena na relevantním trhu online rezervace ubytování tlaku cenové soutěže. To bránilo, aby se na trhu rozvinula konkurence, která by mohla nabízet lepší ceny a výhodnější podmínky rezervace ubytování zákazníkům vyhledávajícím krátkodobé ubytování. Lze tedy uzavřít, že dohodami o široké

20 Ze zjištění Úřadu vyplývá, že v letech 2010–2014 dosahovala společnost Booking.com na relevantním trhu tržní podíl ve výši cca 56 %–73 % se vzrůstající tendencí za jednotlivé roky.

paritě společnost Booking.com omezila (až vyloučila) cenovou soutěž a negativně tak ovlivnila vstup nových soutěžitelů na trh.

Stran uložení pokuty společnost Booking.com nevznesla žádnou námitku a předseda Úřadu při přezkumu zákonnosti ex officio žádné pochybení při stanovení pokuty neshledal.

V. Závěr

Na základě výše uvedených skutečností proto předseda Úřadu rozhodnutí prvostupňového orgánu potvrdil.

Uvedené rozhodnutí předsedy Úřadu napadla společnost Booking.com správní žalobou. Dne 31. 1. 2022 vydal Krajský soud v Brně rozsudek, kterým aproboval závěry Úřadu ohledně spáchání protizákonné vertikální dohody o široké paritě ze strany společnosti Booking.com a rozhodnutí předsedy Úřadu tak bylo soudem potvrzeno. Uvedený rozsudek však byl ze strany společnosti Booking.com dále napaden kasační stížností, je tedy otázkou, zda i Nejvyšší správní soud bude sdílet závěry Úřadu a Krajského soudu v Brně.

Zdroje

Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném v době spáchání deliktu.

Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. 11. 2019, č. j. ÚOHS-R0219/2018/HS-29914/2019/310/AŠi. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/sbirky-rozhodnuti/detail-16474.html>.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 12. 2018, č. j. ÚOHS-S0664/2015/KD-37030/2018/830/DKl. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/sbirky-rozhodnuti/detail-16473.html>.

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 31. 1. 2022, sp. zn. 30 Af 2/2020.

GONZÁLEZ-DÍAZ, F.E., BENNETT, M. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate* [online], 2015, roč. 1, č. 3, str. 26–42. Dostupné z:

http://awa2016.concurrences.com/IMG/pdf/the_law_and_economics_of_most-favoured_nation_clauses.pdf.

Rozhodnutí švýcarského soutěžního úřadu ze dne 19. 10. 2015 ve věci Booking.com B.V., HRS-Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH a Expedia, Inc., s. 9–10. Dostupné v anglické verzi v:

- <https://www.weko.admin.ch/dam/weko/en/dokumente/2016/02/Decision%20Online-Booking%20Platforms%20for%20Hotels.pdf.download.pdf/Decision%20Online-Booking%20Platforms%20for%20Hotels.pdf>
- Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU Competition Authorities in 2016* [online]. Dostupné z: https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf.
- FILISTRUCCHI, L., GERADIN, D., VAN DAMME, E., AFFELDT, P. Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice. *Journal of Competition Law and Economics*, 2013, roč. 10, č. 2., s. 1–30.
- Rozhodnutí Bundeskartellamt ze dne 20. 12. 2013 ve věci HRS-Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH, sp. zn. B 9–66/10. Dostupné v anglické verzi z: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9–66-10.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D3).
- Rozhodnutí Konkurrensverket ze dne 15. 4. 2015 ve věci Bookingdotcom Sverige AB a Booking.com B.V, sp. zn. 596/2013. Dostupné v anglické verzi v: https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/engelska-dokument/beslut/13_0596e.pdf.
- Rozhodnutí COMCO ze dne 19. 10. 2015 ve věci Booking.com B.V., HRS-Hotel Reservation Service, Robert Ragge GmbH a Expedia, Inc. Dostupné v anglické verzi z: <https://www.weko.admin.ch/dam/weko/en/dokumente/2016/02/Decision%20Online-Booking%20Platforms%20for%20Hotels.pdf.download.pdf/Decision%20Online-Booking%20Platforms%20for%20Hotels.pdf>.

KARTEL OLMOUCKÝCH SMĚNÁREN

ANDREA ŠIMORDOVÁ

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, Brno¹

Abstrakt: Příspěvek je zaměřen na rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „Úřad“)², kterým předseda Úřadu potvrdil prvostupňové rozhodnutí ve věci³, které potrestalo čtyři provozovatele směnárnen na území města Olomouce za kartelovou dohodu, jež spočívala v koordinování denních nákupních a prodejních cen valut v jimi provozovaných směnárnách tím, že si od půli roku 2012 do prosince roku 2017 vzájemně rozesílali a přeposílali denní směnné kurzy valut. Souhrnná výše pokut přesáhla částku 2 miliony Kč. Na případu byla zajímavá především právní obrana tří účastníků řízení, kteří tvrdili, že tvoří jednoho soutěžitele (jednu hospodářskou jednotku), a tedy se nemohli mezi sebou dopustit kartelu. Příspěvek se tak zabývá především touto problematikou a jak se s ní předseda Úřadu v rozhodnutí o rozkladu vypořádal.

Abstract: This article focuses on decision of the Chairman of the Czech NCA, the Office for the Protection of Competition (hereinafter also «the Office»), which confirmed the decision of the first instance. The case concerned a horizontal cartel of 4 local exchange offices in Olomouc, which communicated and shared daily exchange rates among each other from 2012 to 2017. Total amount of fines imposed on the participants exceeded 2 million CZK. The interesting part of the case was mainly a defence of three participants, who claimed to form a single economic unit therefore they could not form a forbidden horizontal cartel. Thus the article primarily describes the concept of single economic unit and how the Chairman of the Office handle it in this case.

Klíčová slova: hospodářská soutěž, regulace, kartelové dohody, jedna hospodářská jednotka

Keywords: cartels; competition; regulation; single economic unit

1 Tento článek nevyjadřuje oficiální názory a stanoviska instituce, pro kterou autorka pracuje.

2 Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 3. 2021, sp. zn. ÚOHS-R0120/2020/HS, č. j.ÚOHS-07512/2021/164/AŠi.

3 Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 5. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0466/2017/KD, č. j.ÚOHS-14254/2020/853/PBe.

I. Shrnutí případu

Úřad v daném případě trestal horizontální zakázanou dohodu, kterou mezi sebou uzavřeli provozovatelé směnárny, kteří působili na území města Olomouce, a to konkrétně společnosti TOURIST CENTRUM s.r.o., se sídlem Švédská 414/10, 779 00 Olomouc, IČO 47972840 (dále též „TOURIST CENTRUM“), UNNI Trading, s.r.o., se sídlem Na Letné 476/57, Lazce, 779 00 Olomouc, IČO 27802221 (dále též „UNNI Trading“), MIFIN s.r.o., se sídlem Aksamitova 1071/1, 779 00 Olomouc, IČO 25831658 (dále též „MIFIN“) a H. P. – WORLD, s. r. o., se sídlem, Riegrova 397/11, 772 00 Olomouc, IČO 64088456 (dále též „H. P. – WORLD“), přičemž společnosti TOURIST CENTRUM, MIFIN a UNNI Trading podaly společný rozklad. Společnost H. P. – WORLD rozklad nepodala.

Uzavření zakázané dohody podle § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 262/2017 Sb. (dále též „ZOHŠ“) a narušení hospodářské soutěže se účastníci řízení dopustili tím, že si přinejmenším v období od 4. července 2012 do 6. prosince 2017 vzájemně rozesílali a přeposílali denní směnné kurzy valut a koordinovali tímto způsobem stanovování denních nákupních a prodejních cen valut v jimi provozovaných směnárnách. Tímto jednáním účastníci řízení narušili hospodářskou soutěž na relevantním trhu, kterým byl trh provozování směnárny činnosti ve směnárnách na území města Olomouce. Za uvedené jednání byly účastníkům řízení uloženy pokuty, a to společnosti TOURIST CENTRUM ve výši 1 278 000 Kč; společnosti UNNI Trading ve výši 500 000 Kč; společnosti MIFIN ve výši 200 000 Kč a společnosti H. P. – WORLD ve výši 25 000 Kč.

Na případu byla zajímavá především právní obrana tří účastníků řízení, kteří měli společné právní zastoupení a tvrdili, že tvoří jednoho soutěžitele, a tedy mezi sebou nemohli uzavřít zakázanou kartelovou dohodu. Jejich obrana tak byla založena na známém soutěžním konceptu jedné hospodářské jednotky, což bude i hlavní téma tohoto příspěvku.

II. Vztahy mezi účastníky řízení

Úvodem bych ráda alespoň stručně zmínila některá základní fakta týkající se společností TOURIST CENTRUM, MIFIN a UNNI

Trading a jejich vzájemného propojení. Všechny tři společnosti jsou společnosti s ručením omezeným. Pokud se jedná o jejich personální obsazení, na základě veřejně dostupných údajů obsažených v Obchodním rejstříku byli v rozhodném období společníky společnosti TOURIST CENTRUM Ing. Pavel Odstrčil, Jarmila Odstrčilová a Ing. Martin Odstrčil. Společníci byli zároveň jednateli a každý z jednatelů jednal za společnost v plném rozsahu samostatně. Jediným společníkem společnosti MIFIN byl v rozhodném období pan Michal Odstrčil, který byl zároveň jediným jednatelem této společnosti. Společníky společnosti UNNI Trading byli v rozhodném období Mgr. Patrik Gaj a David Gaj s tím, že jednatelem společnosti byl pouze Mgr. Patrik Gaj, který jednal za společnost v plném rozsahu samostatně.

Mezi jednotlivými společnostmi pak existovalo taktéž smluvní propojení, přičemž v průběhu správního řízení účastníci řízení doložili předmětné smlouvy. Úřad se tak měl možnost se smlouvami seznámit. Mezi společnostmi TOURIST CENTRUM a MIFIN byla uzavřena Smlouva o tichém společenství a vzájemné spolupráci (dále též „Smlouva o tichém společenství“). Mezi společnostmi TOURIST CENTRUM a UNNI Trading byly uzavřeny dvě smlouvy, a to jednak Smlouva o komisi a o vzájemné spolupráci (dále též „Komisionářská smlouva“) a Smlouva o půjčce.

III. Jedna hospodářská jednotka

3.1 Námitka účastníků řízení

Účastníci řízení v rámci své obrany trvali na tom, že jsou a byli v rámci relevantního trhu jediným soutěžitelem a jedinou hospodářskou v souladu s rozhodovací praxí na evropské úrovni. Uváděli, že jsou společnosti s vlastní právní subjektivitou, přičemž předmětem podnikání každé z nich je mimo jiné směnářská činnost. Na relevantním trhu však podle účastníků řízení představovali jediného soutěžitele, který byl jednotně ovládaný společností TOURIST CENTRUM. Mezi účastníky řízení dle nich prokazatelně existovaly mnohonásobné vazby různého charakteru, jež v souhrnu způsobily, že společnost TOURIST CENTRUM de facto ovládala společnosti MIFIN a UNNI Trading. O vedoucí roli společnosti TOURIST CENTRUM měla podle účastníků řízení svědčit i skutečnost, že v rámci početné

emailové komunikace to byl vždy ona, kdo ostatním rozesílala kurzovní lístky spolu s pokyny. Vedoucí postavení ji podle účastníků řízení opravňovalo k udělování pokynů v rámci jediného soutěžitele. Tyto pokyny však nikdy nebyly protisoutěžní či jinak protizákonné povahy.

V rámci uvedené námítky účastníci řízení konkrétně argumentovali k vzájemným vztahům mezi společností TOURIST CENTRUM a společnostmi MIFIN a UNNI Trading.

Mezi společnostmi TOURIST CENTRUM a MIFIN existovaly podle účastníků zjevné rodinné vazby a dále vazba ekonomická založená Smlouvou o tichém společenství. Kombinace rodinných, ekonomických a informačně-výměnných vazeb představovala v prostředí rodiny fungující podklad pro vztahy ovládnutí. Účastníci řízení tak argumentovali, že společnost TOURIST CENTRUM fakticky ovládala společnost MIFIN.

Účastníci řízení dále tvrdili, že i mezi společnostmi TOURIST CENTRUM a UNNI Trading existovalo množství různorodých vazeb, které vznikly uzavřením Komisionářské smlouvy. Poskytování finančních prostředků bylo dále specifikováno Smlouvou o půjčce. Společnost UNNI Trading byla dle účastníků řízení v posuzovaném období ve vztahu ke společnosti TOURIST CENTRUM pomocným orgánem ve smyslu evropské judikatury, kdy zejména s ohledem na formulace ustanovení v Komisionářské smlouvě nebylo dost dobře možné, aby společnost UNNI Trading působila na relevantním trhu nezávisle. Společnost TOURIST CENTRUM tak de facto ovládala společnost UNNI Trading. Mezi oběma subjekty existoval vztah subordinace, kdy společnost UNNI Trading byla komisionářem společnosti TOURIST CENTRUM, byla jí zcela zjevně podřízená, když při výkonu své činnosti musela dbát jejich pokynů v souladu s Komisionářskou smlouvou. Konkrétně tak šlo o vztah faktického ovládnutí.

Účastníci řízení ve své argumentaci taktéž odkazovali na rozsudek Tribunálu ze dne 10. 3. 1992, ve věci T-11/89, Shell (dále též „**rozsudek Tribunálu ve věci Shell**“), jenž vymezil základní definiční znaky jedné hospodářské jednotky jako jednotnou organizaci osobních, hmotných a nehmotných prvků a dlouhodobé sledování hospodářského cíle. Tyto základní definiční znaky konceptu jedné hospodářské jednotky byly dle účastníků řízení mezi uvedenými společnostmi naplněny.

3.2 Vypořádání námítky v rozhodnutí předsedy Úřadu

Vzhledem k tomu, že byl rozklad zamítnut, je zřejmé, že Úřad námítce jednoho soutěžitele nepřisvědčil a účastníky řízení považoval za samostatné soutěžitele, kteří spolu uzavřeli zakázanou dohodu ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS.

Ještě než přejdu k hlavní argumentaci Úřadu, za zmínku stojí rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 27. 6. 2018, č. j. 29 A 14/2018–83, který se sice zabýval otázkou možného nezákonného zásahu při provádění místního šetření, které proběhlo u společností TOURIST CENTRUM a MIFIN, nicméně se soud okrajově vyjádřil i k problematice jednoho soutěžitele, když uvedl (cit., zvýraznění doplněno): „Co se týká námítky vymezení soutěžitele, i zde je nutno připomenout, o kterou fázi správního řízení jde (viz výše). Na okraj pak lze souhlasit se žalovaným, že **dle obchodního rejstříku (jenž je relevantním zdrojem informací) skutečně spíše vyplývá, že žalobci jsou samostatnými soutěžiteli, neboť žádný ze žalobců není vlastněn shodnou osobou. U žádného ze žalobců se ve vedení společnosti nevyskytuje shodná osoba. Žádný ze žalobců nemá zjevný majetkový ani řídicí podíl na jiném ze žalobců. Vlastnická struktura žalobců ani jejich obchodní vedení tedy není shodné a z těchto záznamů nevyplývá, že by mohl jeden ze žalobců na žalobce zbývající vykonávat rozhodující vliv. Ovšem i tato problematika bude předmětem posuzování žalovaného ve správním řízení a i zde mohou žalobci uplatnit jak svoji argumentaci, tak důkazy.**“

Předseda Úřadu při vypořádání námítky jednoho soutěžitele vyšel ze základních principů a východisek pro definování soutěžitele v soutěžním právu a koncept jedné hospodářské jednotky. Opřel se přitom zejména o relevantní unijní judikaturu⁴, jelikož pojem soutěžitel v ZOHS je třeba vykládat eurokonformně, tedy v souladu s unijním výkladem pojmu „podnik“ obsaženým ve Smlouvě o fungování Evropské unie. Dle ustálené unijní judikatury podnik resp. soutěžitel představuje jakýkoliv subjekt vykonávající hospodářskou činnost nezávisle na právním postavení tohoto subjektu a způsobu jeho financování. Protože za relevantní není považována právní forma ani způsob financování soutěžitele, může pojem soutěžitel označovat i hospodářskou jednotku skládající se z několika rozdílných osob, ať již právnických či fyzických, které jsou považovány za jednoho soutěžitele, pakliže tvoří

4 Srov. zejména body 62–68 rozhodnutí předsedy Úřadu.

jednu hospodářskou jednotku (single economic unit). V rámci tuzemské judikatury se předseda Úřadu dále opřel o rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci *Česká rafinérská*⁵, ve kterém Nejvyšší správní soud mimo jiné potvrdil a shrnul základní premisy plynoucí z unijní rozhodovací praxe.

Předseda Úřadu se v rozhodnutí o rozkladu v reakci na námitku jednoho soutěžitele zabýval poměrně detailně posouzením povahy a vzájemného vztahu mezi společnostmi TOURIST CENTRUM, MI-FIN a UNNI Trading.⁶ Základní argumenty, na základě kterých dospěl k závěru, že uvedené společnosti spolu netvoří jednu hospodářskou jednotku, jsou následující.

Pokud se jedná o vztah společností TOURIST CENTRUM a MI-FIN, předseda Úřadu v první řadě posoudil Smlouvu o tichém společenství. Po jejím přezkumu vyhodnotil, že se nejedná čistě o smlouvu o tichém společenství, nýbrž o nepojmenovanou (inominátní) smlouvu, která v sobě materiálně spojovala jak smlouvu o tichém společenství, tak dohodu o vzájemné spolupráci. Materiálně proto Smlouva o tichém společenství překračovala běžnou smlouvu o tichém společenství dle zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále též „obchodní zákoník“), podle kterého byla uzavřena, a to zejména díky konkrétnímu ustanovení o vzájemné spolupráci, které bylo samo o sobě z pohledu soutěžního práva značně

5 Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 10. 2007, č. j. 5 As 61/2005: „*Jak je zřejmé, subjektem soutěžního práva, tedy soutěžitelem, resp. podnikem v terminologii práva Evropských společenství, je hospodářská jednotka, která nemusí být totožná s podnikatelem – právním subjektem. Na jedné straně mohou být za soutěžitele (podniky) považována i různá uskupení bez právní subjektivity, na druhou stranu některé obchodní společnosti nejsou za samostatné soutěžitele (podniky) považovány. Za druhý zmiňovaný příklad mohou být považovány právě např. obchodní společnosti (dcery) zcela kontrolované jinou společností (matkou). Dceřiné společnosti vytvářejí spolu s mateřskou společností koncern, který je považován za jedinou hospodářskou jednotku, která se jako celek považuje za soutěžitele (podnik), pokud je splněna podmínka, že dceřiné společnosti nemohou skutečně autonomně určovat své jednání na trhu, nýbrž musí následovat pokyny mateřské společnosti, která je kontroluje (v tomto smyslu autonomním od pojmu koncern nebo holding v obchodním právu bude nadále výrazu koncern užíváno). Jednání uvnitř této hospodářské jednotky pak není považováno za soutěžně relevantní, pokud nemá vliv na ostatní soutěžitele nebo spotřebitele.“*

6 Srov. body 73–114 rozhodnutí předsedy Úřadu.

problematické, neboť svým způsobem toto ustanovení obsahovalo písemné vyjádření zakázané dohody ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS.

Dalším argumentem bylo, že příbuzenské vztahy mezi jednotlivými společníky (rodiče – děti) samy o sobě nevytváří ovládací vztah, což vyplývá i ze skutečnosti, že jednotliví rodinní příslušníci nebyli ani členy statutárních orgánů obou společností. Dále ze vzájemné komunikace mezi účastníky řízení vyplynulo, že se obě společnosti při provozování směnářské činnosti vnímaly jako konkurenti a po celou dobu trvání zakázané dohody se navenek prezentovaly zcela samostatně, o čemž svědčí i vlastní webové stránky obou společností. Z Obchodního rejstříku dále nevyplývalo žádné personální ani majetkové propojení společností, když společnosti nebyly vlastněny shodnou osobou a u žádné společnosti se ve vedení nevyskytovala shodná osoba. Dalším argumentem byla skutečnost, že na žádost Úřadu o poskytnutí informací a podkladů ohledně způsobu stanovování denních kurzů obě společnosti ve svých odpovědích popsaly tento způsob, aniž by přitom zmínily obchodní vedení či následování pokynů společnosti TOURIST CENTRUM. Propojení společností dále nevyplývalo ani z výročních zpráv či jiných účetních dokladů, kde by jistě minimálně v účetních dokladech společnosti TOURIST CENTRUM, jež měla mít údajně vedoucí postavení, byly uvedeny ovládací vztahy s ostatními společnostmi.

Pokud se jedná o vztah společností TOURIST CENTRUM a UNNI Trading, předseda Úřadu nejprve posoudil smlouvy mezi uvedenými společnostmi. Po přezkumu Komisionářské smlouvy předseda Úřad dospěl k závěru, že se nejedná čistě o komisionářskou smlouvu, nýbrž o nepojmenovanou (inominátní) smlouvu, která v sobě materiálně spojovala jak možnou komisionářskou smlouvu, tak dohodu o vzájemné spolupráci. Obdobně jako v případě Smlouvy o tichém společenství šla některá ustanovení zcela zřejmě nad rámec podstaty klasické komisionářské smlouvy ve smyslu obchodního zákoníku (dle které byla smlouva uzavřena). Jednalo se zejména o pasáže zakotvující vzájemnou spolupráci smluvních stran. Některá ustanovení smlouvy obsahovala de facto písemné vyjádření vytvoření ovládacího vztahu. Materiálně proto Komisionářská smlouva uzavřená mezi společnostmi TOURIST CENTRUM a UNNI Trading bezpochyby překračovala běžnou komisionářskou smlouvu dle zákona. Pokud se jedná o implikace Smlouvy o půjčce ve vztahu k posuzování společností TOURIST

CENTRUM a UNNI Trading jako jednoho soutěžitele, předseda Úřadu uzavřel, že Smlouva o půjčce, obdobně jako Smlouva o tichém společenství, sama o sobě žádný ovládací vztah nezakládá. Jinými slovy, finanční výpomoc společnosti TOURIST CENTRUM v podobě půjčky ještě neznamená, že by společnosti TOURIST CENTRUM a UNNI Trading přestaly být konkurenty.

Jedním z hlavních argumentů pro neexistenci jedné hospodářské jednotky byl dále fakt, že společnost UNNI Trading při provozování směnářenské činnosti působila a vystupovala na trhu nezávisle. Stěžejní byla také skutečnost vyplývající ze spisového materiálu, že se obě společnosti při provozování směnářenské činnosti vnímaly jako konkurenti.⁷ O samostatném postavení společností dále svědčí informace z Obchodního rejstříku, ze kterého nevyplývalo žádné personální ani majetkové propojení společností, když společnosti nebyly vlastněny shodnou osobou a u žádné společnosti se ve vedení nevyskytovala shodná osoba. Dalším argumentem byla skutečnost, že na žádost Úřadu o poskytnutí informací a podkladů ohledně způsobu stanovování denních kurzů obě společnosti ve svých odpovědích popsaly tento způsob, aniž by přitom zmínily obchodní vedení či následování pokynů společnosti TOURIST CENTRUM. Propojení společností přitom nevyplývalo ani z výročních zpráv či jiných účetních dokladů, kde by jistě minimálně v účetních dokladech společnosti TOURIST CENTRUM, jež měla mít údajně vedoucí postavení, byly uvedeny ovládací vztahy s ostatními společnostmi.

IV. Závěr

Na základě výše uvedených skutečností tak předseda Úřadu námítky účastníků řízení nevyhověl, neboť existenci jedné hospodářské jednotky neshledal. Je tedy otázkou, zda závěry Úřadu aprobejuje i Krajský soud v Brně, neboť bylo rozhodnutí o rozkladu napadeno správní žalobou a existence jedné hospodářské jednotky je i jednou z hlavních žalobních námitek.

⁷ Důkazem, který je obsažen ve spisovém materiálu, zde byla emailová komunikace mezi oběma společnostmi, na jejímž základě bylo zřejmé, že se obě společnosti vnímaly jako konkurenti v jiném městě. Pokud by totiž uvedené společnosti tvořily jednu hospodářskou jednotku, existovala by v celé České republice, tedy napříč různými (místními) relevantními trhy.

Zdroje

Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 262/2017 Sb.

Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 26. 5. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0466/2017/KD, č. j. ÚOHS-14254/2020/853/PBe. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/sbirky-rozhodnuti/detail-17309.html>.

Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 3. 2021, sp. zn. ÚOHS-R0120/2020/HS, č. j. ÚOHS-07512/2021/164/AŠi. Dostupné z: <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/sbirky-rozhodnuti/detail-17369.html>.

Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. října 2007, sp. zn. 5 As 61/2005 (č. 1776/2009 Sb. NSS).

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 27. 6. 2018, sp. zn. 29 A 14/2018.

Rozsudek Tribunálu ze dne 10. 3. 1992, Shell, T-11/89, ECR II-757.

SUMMARIES IN ENGLISH

Abuse of dominance of collective managers of ownership copyrights

Tereza Fryčarová

Tereza's article briefly describes two recent decisions of the Chairman of the Czech NCA, the Office for the Protection of Competition, which concern an abuse of dominant position by two collective managers of ownership copyrights. By its first-instance decision, the Office imposed a fine on the collective manager of ownership copyrights OSA and the collective manager of ownership copyrights INTERGRAM for abuse of its dominant position by imposing inadequate conditions on accommodation facilities for acquiring license fees for usage of copyrights by means of audio or audio-visual devices in the rooms of accommodation facilities. The abuse consisted in the fact that the collective managers did not consider the occupancy of rooms in accommodation facilities. On that basis, the operators of accommodation facilities paid license fees even when the room was not occupied at all and the work could not be communicated to the public. According to the Office this practice cannot be seen as an adequate condition and thereby it does not fulfil the requirement of proportionality of mutual performance and consideration of the contract. This article focuses on the most important issues judged.

Regulating digital markets: Should we opt for ex ante rules or weaponised competition law?

Miroslav Jakab

After a series of attempts to discipline online platforms through competition law, ex ante regulation becomes an increasingly popular option. Miroslav's article compares the EU's DMA proposal with the new German Section 19a GWB. While the former comes closer to 'genuine' ex ante regulation, the latter is an example of 'weaponised competition law'. The comparison shows that the DMA proposal should be guaranteed a higher degree of legal certainty and swiftness of intervention. The German solution allows for more flexibility and can thus better promote dynamic efficiency. It might also allow for more

regular judicial scrutiny. It could however lead to slower intervention if not accompanied by other tools.

The case of LEGO: How far may we go to try to find a single approach to online and offline sales?

Dita Krumlová

In January 2021, the French Competition Authority (Autorité de la concurrence) accepted commitments from the French branch of the LEGO building blocks manufacturer aimed at facilitating access to wholesale discounts for distributors reselling LEGO products exclusively via the internet. The French Competition Authority expressed concerns that the discount system introduced by LEGO in 2014 led to less favourable treatment of distributors specialising in online sales. This was because many of the criteria for granting the discount could only be met by distributors operating in at least one brick-and-mortar store. Distributors selling exclusively online could therefore be at a competitive disadvantage compared to others. In order to eliminate these concerns of the French Competition Authority, LEGO eventually agreed to modify the criteria for granting the discount in order to facilitate access to the full amount of the discount for all distributors. An investigation by the German Competition Authority (Bundeskartellamt) in 2016 also resulted in a commitment to modify the LEGO rebate system. Both decisions raise a number of questions, not only in terms of their adequacy, but also in the context of the extent to which they are in line with the current EU position on price differentiation between distributors, or dual pricing. Is Europe moving towards a prohibition of price differentiation between different categories of distributors beyond the abuse of dominance?

Benefits of digital economy for the assessment of market power

Jan Kupčík

Market power does not need to be assessed only indirectly, through market shares in the relevant market, as is customary and standard in the European context nowadays. There are also ways to measure economic market power directly, which can theoretically simplify and refine the analysis of market power (especially in the context of proceedings regarding possible abuse of a dominant position). Such a tool can be the price elasticity of individual demand. The current develop-

ment of the economy, especially its digital segment, speaks in favour of considering its use in practice. However, digitalization affects the vast majority of spheres of the economy in general, and therefore the validity of the related arguments for the usability of price elasticity of individual demand is increasing.

On the possibility of excluding a tender participant because of bid rigging

Nikola Ledvinková

Nikola's article is focused on the issue of excluding a participant from the tender procedure due to bid rigging. The aim of the author was to analyze in the following lines the Notice 2021/C 91/01, newly adopted to serve the contracting authorities as a guide for the application of this tool, and to draw attention to practical difficulties that persist despite the existence of the aforementioned Notice. At the end of this text, the author attempts to offer possible solutions that would make this tool easier for contracting authorities to put into practice.

Pricing algorithms and EU competition law

Mária T. Patakyová

Setting prices is to a great extent influenced by economical rules. Apart from them, legal regulations, such as competition rules, shall be observed. With respect to the prohibition of anticompetitive horizontal agreements based on Article 101 TFEU, it is, in general, forbidden to set prices after the agreement between competitors. How is this prohibition applied in cases where prices are set by algorithms? Is EU competition law sufficient to catch possible anticompetitive effects of pricing algorithms? These are the questions addressed by Mária's article.

„Gatekeepers“ in the proposal for the Digital Markets Act – broader thoughts and perspectives

Simona Rudohradská

According to the Treaty on the Functioning of the European Union, the regulation of the competition rules necessary for the functioning of the internal market falls within the exclusive competence of the Union, without excluding the concept of the digital single market, resp. internal single market. In this context, we can also call the Euro-

pean Union a „trendsetter“ following the regulation of competition in the context of digital challenges, which is also reflected in the European Commission's second priority - Europe fit for the digital age. In relation to large online platforms, the term gatekeeper is often used to refer to the leading position of a given platform. The proposal for a Digital Markets Act provides clearer outlines concept of this notion. The focus of Simona's article is to examine the position of „gatekeepers“ and the related aspects and consequences associated with this position.

Infringement of competition law by the Booking.com company

Andrea Šimordová

Andrea's first article briefly covers some aspects of the decision of the Chairman of the Czech NCA, the Office for the Protection of Competition (hereinafter „the Office“), which confirmed the decision of the first instance. The Office punished Booking.com B.V. for prohibited vertical agreements by agreeing wide parity clauses with hotels on the relevant market for intermediary services of hotel portals in the Czech Republic and on the relevant market of providing hotel rooms in the Czech Republic. The article mainly focuses on the anti-competitive conduct - parity clauses, which have been a topical issue in the competition law as they have been in the centre of attention in other Member States of the European Union. Parity clauses were also reflected in some of the NCAs' decisions and national laws.

Cartel of money-exchange companies in Olomouc

Andrea Šimordová

Andrea's second article focuses on decision of the Chairman of the Czech NCA, the Office for the Protection of Competition (hereinafter also „the Office“), which confirmed the decision of the first instance. The case concerned a horizontal cartel of 4 local exchange offices in Olomouc, which communicated and shared daily exchange rates among each other from 2012 to 2017. Total amount of fines imposed on the participants exceeded 2 million CZK. The interesting part of the case was mainly a defence of three participants, who claimed to form a single economic unit therefore they could not form a forbidden horizontal cartel. Thus the article primarily describes the concept of single economic unit and how the Chairman of the Office handle it in this case.

PROGRAM WORKSHOPU SOUTĚŽNÍ PRÁVO V OBLASTI DIGITÁLNÍCH TECHNOLOGIÍ

- 11:30 – 11:45 **Martin Abrahám**, advokátní kancelář Abrahám & partneři
Jsou nástroje soutěžního práva v digitálním věku dostatečné?
- 11:45 – 12:00 **Mária T. Patákyová**, PF UNIBA
Cenové algoritmy a súťažné právo EÚ
- 12:00 – 12:15 **Ondřej Dostal**, PF UP
Digitální aspekty místního šetření soutěžních úřadů
- 12:15 – 12:30 Diskuze
- 12:30 – 13:00 **Přestávka na oběd**
- 13:00 – 14:30** *Sekce II: Digitální technologie v praxi soutěžních úřadů*
Moderuje: Michal Petr
- 13:00 – 13:15 **Dita Krumlová**, PF UK
Kauza LEGO: Kam až lze zajít ve snaze o jednotný přístup k online a offline prostředí?
- 13:15 – 13:30 **Jiří Mňuk**, PF MU
Rozsudek Tribunálu ve věci CK Telecoms a jeho možné dopady (nejen) na telekomunikační a digitální trhy
- 13:30 – 13:45 **Jan Kupčík**, PF MU
Přínos digitální ekonomiky pro analýzu tržní síly
- 13:45 – 14:00 **Břetislav Martínek**, ÚOHS
Digitální trhy v rozhodovací praxi ÚOHS
- 14:00 – 14:15 **Michal Černý**, PF UP
Výmčená a nechtěná, ale přesto nutná - postupná konvergence české právní úpravy označení zeměpisného původu k unijní úpravě a rozdíly v ohledech na hospodářskou soutěž
- 14:15 – 14:30 Diskuze
- 14:30 – 14:45 **Francisca Resende Gomez**, PF UP
How far should online marketplaces be allowed to write their own law?

The event is organised within the implementation of the Jean Monnet Network „European Union and the Challenges of Modern Society (Legal Issues of Digitalization, Robotization, Cyber Security and Prevention of Hybrid Threats) Project id: 611293-EPP-1-2019-1-CZ-EPPJMO-NETWORK.



JEAN MONNET CENTRE OF EXCELLENCE IN EU LAW

European Union and the Challenges of Modern Society



Právnická
fakulta



mezinárodní Jean Monnet workshop pro mladé vědce *Soutěžní právo v oblasti digitálních technologií*

- 10:00 – 10:45** *Hlavní řečníci*
Moderuje: Michal Petr
- 10:00 – 10:10 **Doc. et doc. JUDr. Naděžda Šišková, Ph.D.**, hlavní koordinátorka Jean Monnet Network, vedoucí JMCE, PF UP
Digitální výzvy EU v oblasti právní regulace
- 10:10 – 10:20 **JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.**, předseda ÚOHS
Synergie spolupráce soutěžního úřadu a akademické obce v digitálním světě
- 10:20 – 10:30 **Mgr. Ing. Kamil Nejezchleb, Ph.D.**, místopředseda ÚOHS
Quo vadis ochrana hospodářské soutěže?
- 10:30 – 10:45 **Doc. JUDr. Michal Petr, Ph.D.**, člen JMCE, vedoucí Katedry mezinárodního a evropského práva, PF UP
Soutěžní právo v oblasti digitálních technologií
- 10:45 – 12:30** *Sekce I: „Digitalizace“ soutěžního práva*
Moderuje: Michal Petr
- 10:45 – 11:00 **Miroslav Jakab, PF UK**
Hledání správné míry nedůvěry vůči digitálním trhům
- 11:15 – 11:30 **Simona Rudohradská, PF UPJS**
„Gatekeepers“ podľa návrhu Digital Markets Act – širšie úvahy a perspektívy

PROGRAM SEKCE AKTUALITY ZE SOUTĚŽNÍHO PRÁVA

OLOMOUCKÉ
DEBATY MLADÝCH PRÁVNÍKŮ

21.–22. 10. 2021

PRÁVNICKÁ FAKULTA
UNIVERZITY PALACKÉHO V OLOMOUCI



Sekce Aktuality ze soutěžního práva (15:30 – 17:30)

Moderuje: Michal Petr

- 15:30 – 15:45 Andrea Šimordová
Kartel olomouckých směnáren
- 15:45 – 16:00 Eva Zorková
Koncept soutěžitele v drážní dopravě
- 16:00 – 16:15 Nikola Ledvinková
Vyloučení účastníka ze zadávacího řízení z důvodu podezření na bid rigging
- 16:15 – 16:30 Tereza Fryčarová
Zneužití dominantního postavení kolektivních správců autorských práv
- 16:30 – 16:45 Petra Kotápišová
Dvojí kvalita zboží jako nekalosoutěžní praktika
- 16:45 – 17:00 Ondřej Dostal
Rozhodovací praxe soutěžních úřadů v oblasti zakázaných dohod v energetice
- 17:00 – 17:30 Diskuse

**AKTUÁLNÍ OTÁZKY
SOUTĚŽNÍHO PRÁVA
VE SVĚTLE
DIGITÁLNÍCH TECHNOLOGIÍ**

Sborník z mezinárodního workshopu pro mladé vědce

**Current Issues of Competition Law
in the Light of Digital Technologies**
Conference Proceedings of Young Researchers

Petr, Michal (ed.)

Vydalo Iuridicum Olomoucense, o.p.s.,
Tř. 17. listopadu 8, 771 11 Olomouc
Výkonný redaktor: Michal Černý
Technická redakce: Lukáš Walek
Návrh obálky: Hana Žůrková
Tisk: Benefit Print s.r.o., Tichého 11, 616 00 Brno

1. vydání

ISBN 978-80-88266-xx-x