Čj. R 36/2004 V Brně dne 12. července 2005

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 7. 2004 čj. S 92/04-3900/04-ORP ve věci návrhu na určení podle ustanovení § 7 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), podal účastník řízení – společnost **Plzeňský Prazdroj, a. s.**, se sídlem Plzeň, U Prazdroje 7, PSČ 301 00, IČ 45 35 73 66, zastoupená na základě plné moci ze dne 7. 7. 2003 Mgr. Karolinou Horákovou, advokátkou v advokátní kanceláři WEIL, GOTSHAL & MANGES, v. o. s., se sídlem Praha 1, Křižovnické nám. 1, PSČ 110 00, jsem podle ustanovení § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, na návrh zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona

r o z h o d l

takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 7. 2004 čj. S 92/04-3900/04-ORP **m ě n í m** takto:

Určuje se, že typová Smlouva o franchisingu k zajištění provozu restaurace Pilsner Urquell Original Restaurant, kterou hodlá uzavírat společnost Plzeňský Prazdroj, a. s., se sídlem Plzeň, U Prazdroje 7, PSČ 301 00, IČ 45357366, s nabyvateli franchisy – provozovateli pohostinských zařízení - nepodléhá zákazu dohod narušujících soutěž podle § 3 až 6 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění před účinností zákona č. 340/2004 Sb. dne 2. 6. 2004, za předpokladu, že společnost Plzeňský Prazdroj, a. s., nebude bránit nabyvatelům franchisy v restauracích Pilsner Urquell Original Restaurant odebírat pivo i od jiných soutěžitelů na trhu piva dodávaného ke spotřebě v provozovnách pohostinských zařízení, než je poskytovatel franchisy společnost Plzeňský Prazdroj, a. s.

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) vydal dne 9. 7. 2004 rozhodnutí čj. S 92/04-3900/04-ORP, kterým podle ustanovení § 7 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (dále též jen „zákon“ nebo „zákon o ochraně hospodářské soutěže“) určil, že dohoda obsažená v článku II. odst. 5 a části IV. přílohy č. 2 typové Smlouvy o franchisingu k zajištění provozu restaurace Pilsner Urquell Original Restaurant (dále jen „Smlouva o franchisingu“), kterou hodlá uzavírat společnost Plzeňský Prazdroj, a. s., se sídlem Plzeň, U Prazdroje 7, PSČ 301 00, IČ 45357366 (dále jen „účastník řízení“ nebo „Prazdroj“), s nabyvateli franchisy – provozovateli pohostinských zařízení, v níž se provozovatel pohostinského zařízení zavazuje, že zajistí, aby prodej piva „PILSNER URQUELL“ představoval nejméně 70 % celkového objemu piva prodaného v restauraci Pilsner Urquell Original Restaurant (dále jen „PUOR“), přičemž jiné značky piv je nabyvatel franchisy oprávněn v restauraci PUOR nabízet jen s předchozím písemným souhlasem účastníka řízení, a to vždy takovým způsobem, který nenaruší společnou identitu a reputaci franchisingového řetězce, a dále dohoda obsažená v článku III. odst. 8 typové Smlouvy o franchisingu k zajištění provozu restaurace PUOR, dle níž je účastník řízení oprávněn doporučovat provozovateli pohostinského zařízení rozpětí prodejní ceny piva „PILSNER URQUELL“ prodávaného v restauraci PUOR, podléhají zákazu dohod narušujících soutěž podle § 3 až 6 zákona.

Proti tomuto rozhodnutí podal účastník řízení včas rozklad, ve kterém úvodem namítá, že závěry Úřadu prezentované ve výroku napadeného rozhodnutí jsou právně i skutkově chybné, že příslušná ustanovení Smlouvy o franchisingu nespadají pod zákaz obsažený v ustanovení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Úřad postupoval protiprávně, když v napadeném rozhodnutí vůbec nezohlednil skutečnost, že Česká republika vstoupila do EU, což mělo podle účastníka řízení vliv na rozhodnou právní úpravu.

V další části rozkladu účastník řízení namítá proti jednotlivým závěrům Úřadu. Předně Úřad dle názoru společnosti Prazdroj v rozporu se svými dílčími závěry, kdy připouští, že závazek franchisanta obsažený v čl. II. odst. 5 a části IV. přílohy č. 2 Smlouvy o franchisingu slouží k ochraně společné identity a jednotnosti franchisingového řetězce, dospěl k závěru, že předmětný závazek je zakázaný. Úřad se přitom v napadeném rozhodnutí vůbec nezabýval otázkou zda, v čem konkrétně a jak významně může předmětné ustanovení Smlouvy o franchisingu vést k narušení hospodářské soutěže. Podle účastníka řízení Úřad v napadeném rozhodnutí pouze dovozuje, že dominantní soutěžitel nesmí uzavírat dohody o výhradním prodeji vůbec, a to bez ohledu na jejich počet, délku trvání, možnosti ukončení atd. Úřad tak stanovuje *per se* zákaz jakýchkoli dohod vážících odběratele odebrat od „dominantního“ soutěžitele jakékoli množství zboží. Je přitom nerozhodné, zda dané množství představuje 100 % (exkluzivita) potřeb daného odběratele nebo třeba jen 30 % jeho potřeb. Tento závěr je podle názoru společnosti Prazdroj ve zjevném rozporu s evropským soutěžním právem. Účastník řízení zdůrazňuje, že příslušné ustanovení Smlouvy o franchisingu je nezbytné pro její uzavření a fungování, v žádném ohledu nenarušuje, a to ani potenciálně hospodářskou soutěž, a není tedy zakázané ve smyslu § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Společnost Prazdroj se domnívá, že nemá na vymezeném relevantním trhu dominantní postavení. Úřad se podle jejího názoru otázkou potenciální dominance náležitě nezabýval, nevěnoval se ani naprosté většině kritérií uvedených v ustanovení § 10 odst. 2 zákona, ani

komunitární praxi. Závěr Úřadu o dominantním postavení účastníka řízení nebyl ve správním řízení odůvodněn a prokázán. Zásadní přitom dle účastníka řízení je skutečnost, že on-trade trh s pivem je vysoce konkurenční s účastí mezinárodně silných pivovarnických skupin, které společnosti Prazdroj významně konkurují, a proto se tato společnost nemůže chovat nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích.

Účastník řízení konstatuje, že relativně vysoký tržní podíl společnosti Prazdroj na relevantním trhu neodůvodňuje postup Úřadu odlišný od obvyklé praxe evropských institucí k franchisingovým dohodám, neboť aplikace příslušných pravidel evropského práva se kterými se Úřad ztotožnil, je nezávislá na výši tržního podílu.

Společnost Prazdroj dále namítá, že *per se* zákaz dohod vážících odběratele určitého množství zboží bez ohledu na výši takového závazku a při ignorování dalších relevantních okolností (délka trvání smluv, jejich ekonomický kontext, možnost ukončení, počet takových dohod atd.) nemá oporu v zákoně o ochraně hospodářské soutěže a je v rozporu s evropskou praxí, která pro závěr o narušení hospodářské soutěže vyžaduje, aby potenciální uzavření trhu v důsledku existence exkluzivních dohod byl znatelný. Účastník řízení má v úmyslu uzavřít maximálně cca *[…]* Smluv o franchisingu na trhu v České republice, což představuje toliko *[…]* % trhu. Jakékoli potenciální uzavření či zablokování trhu je tak dle účastníka řízení naprosto vyloučeno a tudíž předmětné dohody nemohou vést k narušení hospodářské soutěže.

Podle společnosti Prazdroj se měl Úřad ve správním řízení zabývat splněním podmínek uvedených v čl. 81 odst. 3 Smlouvy o založení ES, resp. § 3 odst. 4 zákona o ochraně hospodářské soutěže pro automatické vynětí ze zákazu dohod, které jsou v každém případě ve vztahu ke Smlouvě o franchisingu splněny, a následně to v rozhodnutí zohlednit. Úřad tak nereflektoval změnu právní úpravy po vstupu ČR do EU, nezabýval se otázkou možné aplikace evropského práva a zkoumáním, zda je naplněna podmínka alespoň potencionálního dotčení obchodu mezi členskými státy. Podle účastníka řízení jsou podmínky aplikace vynětí ve smyslu čl. 81 odst. 3 Smlouvy o založení ES splněny.

Pokud jde o článek III. odst. 9 Smlouvy o franchisingu, konstatuje společnost Prazdroj, že Úřad jako důvod jeho zákazu uvedl s odkazem na údajné výrazné dominantní postavení účastníka a s ohledem na údajné riziko vytvoření jednotné cenové hladiny, že dané ustanovení může vést k nastavení minimální cenové hladiny. Účastník se domnívá, že tento závěr je v rozporu se zákonem o ochraně hospodářské soutěže. Dle účastníka řízení skutečnost, že jeho tržní podíl překračuje 30 %, a nelze tedy aplikovat blokovou výjimku pro vertikální dohody, neznamená automaticky, že takový subjekt nesmí doporučovat prodejní ceny svého zboží. Samotnou existenci ustanovení čl. III. odst. 9 Smlouvy o franchisingu nelze ztotožňovat s existencí praxe v podobě doporučování prodejní ceny či jeho rozpětí. Dohodou ve smyslu § 3 odst. 1 zákona by potenciálně mohlo být následné doporučení a nikoli stávající ustanovení smlouvy, která nemá a samo o sobě ani nemůže mít žádný bezprostřední dopad na hospodářskou soutěž.

Podle společnosti Prazdroj by doporučení rozpětí prodejní ceny v žádném případě nemohlo vést k nastolení jednotné cenové hladiny na relevantním trhu nebo k přimění franchisanta neprodávat pod určitou minimální cenou. Úřad nevzal v úvahu, že k doporučování prodejních cen by mohlo docházet pouze ve formě doporučeného rozpětí. Dle účastníka řízení lze vyloučit, že by zde mohla existovat určitá konkrétní jedna výše prodejní ceny. Nelze dále odhlédnout od skutečnosti, že rozhodujícím faktorem pro stanovování ceny ze strany franchisantů v rámci jejich zcela svobodné cenové politiky, by byla místní cenová

soutěž s konkurenčními pohostinskými provozovnami. Dle účastníka řízení lze jednoznačně vyloučit, že by se další prodejci na relevantním trhu přizpůsobili doporučené cenové hladině. Cenová hladina na příslušném trhu je obecně značně diverzifikovaná, zejména v závislosti na umístění provozoven, jejich typu, kvalitě, sezóně atd.

Závěrem svého rozkladu společnost Prazdroj navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí čj. S 92/04-3900/04-ORP ze dne 9. 7. 2004 změnil tak, že určí, že Smlouva o franchisingu k zajištění provozu restaurace PUOR, včetně souvisejících dokumentů, ani žádné její ustanovení nepodléhá zákazu dohod dle ustanovení § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 57 odst. 1 správního řádu a v souladu s odst. 2 téhož ustanovení správního řádu postoupil věc k rozhodnutí orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

V souladu s ustanovením § 59 odst. 1 správního řádu bylo napadené rozhodnutí přezkoumáno v celém rozsahu, a to i nad rámec námitek uplatněných společností Prazdroj a o věci uváženo následujícím způsobem.

Námitka ohledně *aplikace příslušných ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže a článku 81 Smlouvy o založení ES*.

K tomu se uvádí, že dne 2. 6. 2004 nabyl účinnosti zákon č. 340/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů a některé další zákony, a dne 7. 9. 2004 zákon č. 484/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění zákona č. 340/2004 Sb. Podle Přechodných ustanovení – článek III odst. 1 zákona č. 340/2004 Sb. se řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních předpisů. Z tohoto důvodu byl a je případ posuzován z hlediska zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění platném do 1. 6. 2004. Je třeba podotknout, že přechodné ustanovení se vztahuje jak na procesní, tak na hmotnou stránku posouzení návrhu, tzn. návrh je posuzován podle právních předpisů platných ke dni podání návrhu, nepochybně pak v případě, že navrhovatel po účinnosti nové právní úpravy, která možnost soutěžitelů podat návrh na určení podle ustanovení § 7 odst. 2 zákona již neobsahuje, nevezme svůj návrh na určení zpět. Stěží lze přijmout názor, že navrhovatel využije oprávnění podat návrh na určení svého chování podle určitého právního předpisu a následně, když v mezidobí do vydání rozhodnutí o jeho návrhu mu toto oprávnění již ze zákona nepřísluší, se domáhá, aby o jeho návrhu bylo rozhodnuto již podle nových právních předpisů, které, jak bylo řečeno, institut tzv. určovacího řízení již neobsahují. Pokud jde o aplikaci evropského soutěžního práva, uvádí se, že Úřad je sice od 1. 5. 2005 touto právní úpravou vázán, avšak při posuzování soutěžních či protisoutěžních praktik soutěžitelů, které mají komunitární rozměr. Ve správním řízení čj. S 92/04 však Úřad hodnotil budoucí jednání společnosti Prazdroj, jež kritéria komunitárního dopadu na vymezený relevantní trh nesplňuje.

Námitka týkající se ustanovení článku III. odst. 9 Smlouvy o franchisingu *o oprávnění společnosti Prazdroj doporučovat franchisantovi rozpětí ceny piva Pilsner Urquel*.

Pokud jde o toto ustanovení, kdy podle znění předložené Smlouvy o franchisingu a prohlášení účastníka řízení, franchisanti zůstávají zcela svobodní v určování své cenové politiky při stanovování svých prodejních cen, nelze se ztotožnit s názorem správního orgánu

prvního stupně, že toto ustanovení představuje zakázanou a neplatnou dohodu ve smyslu ustanovení § 3 odst. 1 zákona. Dohody o přímém nebo nepřímém určení ceny patří bezesporu mezi nejzávažnější protisoutěžní jednání a jako takové nepožívají ani výhody vynětí ze zákazu pro dohody *de minimis*, tzn. že zákazu dohod podle § 3 odst. 1 zákona podléhají bez ohledu na to, na jaké části trhu se účinky dohody projeví. Protisoutěžní cenové dohody je však třeba odlišovat od cenových doporučení, v obchodních vztazích označovaných jako nezávazná. Cenová doporučení se nejčastěji vyskytují ve vertikálních vztazích, kdy dodavatel doporučuje odběrateli cenu, za jakou má dále prodávat zakoupené zboží. Povinností Úřadu při posuzování smluv, jejichž součástí jsou cenová doporučení, je zkoumat, zda jde skutečně o nezávazné doporučení, které odběratel není povinen dodržovat v dalším prodeji zboží či za jeho nedodržení je vystaven smluvní sankci. Samotná formulace cenového doporučení není ze soutěžního hlediska zcela rozhodující, neboť doporučení je nutno posuzovat v kontextu s ostatními ustanoveními konkrétní smlouvy.

Ze spisu správního řízení, zejména z kontextu typové Smlouvy o franchisingu a z vyjádření účastníka řízení vyplývá, že článek III. odst. 9 zmíněné typové smlouvy je cenovým doporučením, které není spojeno s délkou trvání smluvního vztahu, není doprovázeno žádným druhem sankce a franchisant zůstává zcela svobodný v určování své cenové politiky a při stanovování svých prodejních cen. Nelze proto přisvědčit názoru prvostupňového správního orgánu, že se jedná o zakázanou a neplatnou dohodu ve smyslu ustanovení § 3 odst. 1 zákona.

Námitka proti interpretaci článku II. odst. 5 a části IV. příl. č. 2 typové Smlouvy o franchisingu týkající se *závazku franchisanta k odběru určitých značek piva v objemu stanoveným společností Prazdroj*.

Správní orgán prvního stupně v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že článek II. odst. 5 a část IV. příloha č. 2 typové Smlouvy o franchisingu obsahující závazek nabyvatele franchisy, jenž zní, cit.: *[…]*, představuje zakázanou a neplatnou dohodu dle ustanovení § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Z navrhovaného závazku pro franchisanta tudíž vyplývá, že jeho povinností bude odebrat od společnosti Prazdroj nejméně 70 % konkrétně piva Pilsner Urquell, zbývajících 30 % pak má být pokryto jinými značkami piv vyráběných účastníkem řízení, a to Radegast Birell a tmavé pivo Velkopopovický Kozel, nebo třetí osobou se souhlasem účastníka řízení. Z tohoto ustanovení a i jiných ustanovení Smlouvy o franchisingu není za prvé zřejmé, jaký prostor v rámci zbývajících 30 % objemu dodávek piva bude dán pro tzv. třetí osoby, za druhé i tento procentuálně neurčitý prostor jiných dodávek závisí na souhlasu účastníka řízení bez stanovení jakýchkoli kritérií pro souhlas nebo odmítnutí. Návrh tohoto závazku nejen omezuje nabyvatele franchisy ve vlastním rozhodování, ale zejména je překážkou vstupu ostatních pivovarů do restaurací PUOR. Jinými slovy toto ustanovení v restauracích PUOR v podstatě eliminuje možnost konkurence jiných piv než vyráběných účastníkem řízení, resp. pivovary s nimiž je právně, hospodářsky a personálně spojen.

Na druhé straně nelze na dané ustanovení nahlížet izolovaně od skutečného stavu věci. Společnost Prazdroj ve svých písemných vyjádřeních opakovaně uváděla, že jejím úmyslem je uzavřít maximálně cca *[…]* typových Smluv o franchisingu. Účastník řízení sice zaujímá na relevantním trhu piva dodávaného ke spotřebě v provozovnách pohostinského zařízení dominantní postavení (viz strany 9-13 odůvodnění napadeného rozhodnutí), objem výtoče franchisingových provozoven by však v případě *[…]* restaurací představoval cca *[…]* %

podílu na trhu. Tato skutečnost byla v rámci řízení o rozkladu při posuzování materiálních dopadů na soutěžní prostředí rovněž vzata v úvahu se závěrem, že napadené rozhodnutí v řízení o určení podle § 7 odst. 2 zákona bylo změněno tak, že Smlouva o franchisingu nepodléhá zákazu dohod podle ustanovení § 3 odst. 1 zákona za předpokladu, že účastník řízení nebude bránit dodávkám piva jiných značek do restaurací PUOR, než uvedených v typové smlouvě, od jiných pivovarů, které nejsou součástí tzv. skupiny Prazdroj. Tato podmínka, vložená do výroku napadeného rozhodnutí, zabrání účastníkovi řízení v protisoutěžním jednání, neohrozí soutěžní prostředí a nebrání přitom účelům založení franchisingového řetězce. Závěrem se sluší také připomenout, že řízení o určení zrušené zákonem č. 340/2004 Sb. nebylo řízením sankčním, podle účastníka řízení jde teprve o úmysl předmětné smlouvy uzavírat a je tedy podle současné platné právní úpravy na jeho odpovědnosti, zda text typové Smlouvy o franchisingu upraví tak, aby odpovídala současné právní úpravě § 3 odst. 4 zákona o ochraně hospodářské soutěže v platném znění.

Po přezkoumání věci v celém rozsahu rozhodl předseda Úřadu ze všech shora uvedených důvodů a na základě návrhu rozkladové komise ustavené dle § 61 odst. 2 správního řádu tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle ustanovení § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Rozhodnutí obdrží:

AK WEIL, GOTSHAL & MANGES v.o.s.
Mgr. Karolina Horáková, advokátka
Křižovnické nám. 1
110 00 Praha 1

Toto rozhodnutí nabylo právní moci a stalo se vykonatelným dne 13. 7. 2005.

Údaje v rozhodnutí označené jako […] tvoří předmět obchodního tajemství.