

V Praze dne 30. 6. 2023



Vážení,

obracíme se na Vás jménem Komise pro hospodářskou soutěž Mezinárodní obchodní komory v České republice (dále jen „KHS“) v souvislosti s navrhovanými aktualizacemi soft-law v oblasti hospodářské soutěže. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) zahájil dne 6. 6. 2023 veřejnou konzultaci, v jejímž rámci vyzval zainteresované subjekty, aby k návrhům jednotlivých oznámení vyjádřily své připomínky, a to do 30. 6. 2023.

KHS si přeje na tuto výzvu reagovat tímto stanoviskem, ve kterém shrnuje svou pozici k jednotlivým návrhům oznámení.

I. OZNÁMENÍ ÚŘADU O DOHODÁCH DE MINIMIS

I.A. K bodům 1.4, 1.5 a 4.5 návrhu

V návrhu Oznámení Úřadu o dohodách, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný (dále jen „**Oznámení de minimis**“) Úřad odkazuje v bodech 1.4 a 1.5 na rozsudek Soudního dvora ve věci Expedia. V návaznosti na tento rozsudek a Sdělení Komise de minimis 2014¹ Úřad považuje dohody, které mají za cíl narušení hospodářské soutěže, automaticky za dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž není zanedbatelný ve smyslu § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZOHS**“). Z uvedeného tedy vyplývá, že Úřad má za to, že pravidlo de minimis tak nelze nikdy aplikovat na tzv. cílové dohody.

KHS se ovšem domnívá, že závěr z rozsudku ve věci Expedia,² který se týkal pouze aplikace unijního soutěžního práva, nelze bez dalšího automaticky převzít na ryze vnitrostátní dohody, resp. aplikaci ZOHS, což vysvětluje blíže níže. Daný rozsudek se totiž vyjadřuje k aplikaci unijního (nikoliv vnitrostátního) práva. Příslušný rozsudek je přitom potřebné vykládat mj. i ve světle stanoviska generální advokátky Kokott v dané věci,³ ze kterého plyne, že převzetí závěrů z rozsudku Expedia (týkajícího se unijního práva) bez dalšího na aplikaci vnitrostátního soutěžního práva, jako je to učiněno v návrhu Oznámení de minimis, není správné.

¹ Publikováno ve Úř. věstníku EU pod zn. 2014/C 291/01 dne 30. 8. 2004.

² Rozsudek Soudního dvora ze dne 13. 12. 2012 ve věci C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence a další.

³ Stanovisko generální advokátky Kokott ze dne 6. 9. 2012 ve věci C-226/11, ECLI:EU:C:2012:544, Expedia Inc. v. Autorité de la concurrence, (dále jen „**Stanovisko GA Kokott**“).

Z předmětného rozsudku (a ještě jasněji ze stanoviska generální advokátky) plyne, že možný závěr o neaplikaci pravidla de minimis v unijním kontextu na cílové dohody je dán tím, že pro aplikaci čl. 101 SFEU je i u dohod, které mají za cíl narušit soutěž, zároveň nutné doložit, že tyto dohody mají podstatný vliv na obchod mezi členskými státy (jinak by se nemohlo uplatnit ustanovení čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie; „SFEU“).⁴ Konkrétně Bod 37 rozsudku ve věci Expedia výslovně uvádí, že: „...dohoda, **kteřa může ovlivnit obchod mezi členskými státy a která má protisoutěžní účel, představuje [...] výrazné omezení hospodářské soutěže.**“ (zvýraznění a podtržení doplněno). Kvantitativní posouzení (resp. posouzení materiality) dopadu na hospodářskou soutěž je tak obsaženo právě v kumulaci těchto podmínek, když u dohod, které mají za cíl narušit soutěž a které jsou natolik významné, že mohou mít podstatný dopad na tok obchodu mezi členskými státy, lze presumovat, že nebudou mít de minimis charakter. Tato úvaha se však uplatní pouze při aplikaci čl. 101 SFEU a nikoliv při posuzování ryze vnitrostátních dohod. U nich totiž žádné posuzování materiality dopadu na soutěž, obdobné zkoumání vlivu na obchod mezi členskými státy, automaticky neprobíhá, jelikož znak „vlivu na obchod“ není součástí skutkové podstaty dle § 3 odst. 1 ZOHS. Vzhledem k tomu by paušální a automatické převzetí závěru z kauzy Expedia na aplikaci § 3 odst. 1 ZOHS bylo chybné.

Tento přístup ostatně plyne přímo i gramatickým výkladem z § 3 odst. 1 ZOHS, který v poslední větě vztahuje aplikaci doktríny bagatelnosti jak na dohody s cílem, tak účinkem narušit hospodářskou soutěž, a nečiní mezi nimi v tomto směru žádný rozdíl. Úřad přitom pochopitelně nemůže v rámci soft-law měnit zákonná pravidla. Jestliže tedy zákon v § 3 odst. 1 ZOHS uvádí, že „dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané“, aniž by rozlišoval mezi účinkovými a cílovými dohodami, nemůže toto zákonné pravidlo Úřad svým soft-law u cílových dohod zcela vyloučit. Ostatně, závěr týkající se nutnosti materiálního posouzení konkrétního deliktního jednání je rovněž aprobován Nejvyšším správním soudem,⁵ kde se uvádí, že k posuzování materiální podmínky protisoutěžního charakteru dohody je nutné užít kritéria podstatnosti případného narušení soutěže.⁶ Jinými slovy řečeno, dohody ve smyslu § 3 ZOHS je teda třeba posuzovat nejen z formálního hlediska, ale i z materiálního. Tento přístup ostatně vyplývá i ze samotného formálně-materiálního pojetí přestupku ve smyslu § 5 zákona č. 250/2016 Sb. o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v platném znění.

Z uvedeného tak vyplývá, že závěry z rozsudku ve věci Expedia nejsou bez dalšího aplikovatelné na ryze vnitrostátní dohody, resp. aplikaci ZOHS na ně.

Pokud by výše uvedený názor KHS Úřad v návrhu Oznamení de minimis nezohlednil, došlo by fakticky ke změně textu § 3 odst. 1 druhé věty ZOHS (které výslovně užívá pravidlo de minimis jak na účinkové, tak na cílové dohody bez rozlišení), a to právně nezávazným Oznaměním de minimis, což je nepřipustné.

⁴ Srov. např. Stanovisko GA Kokott, bod 48 a 49.

⁵ Srov. např. rozsudek NSS ze dne 25. 2. 2009, č. j. 1 Afs 78/2008 – 721 (dále jen „Rozsudek NSS“): „I v případě, kdy by předmětná dohoda (zde: o výměně informací) mohla odpovídat kritériím stanoveným právními předpisy a judikaturou pro naplnění formálních znaků zakázané dohody, musí správní orgány prokázat naplnění znaku materiálního, totiž jejího protisoutěžního charakteru.“ Rovněž v tomto ohledu srov. odst. 76 a 77 Rozsudku NSS.

⁶ Srov. odst. 56 – 59 Rozsudku NSS.

I.B. K čl. IV. návrhu

Návrh Oznámení de minimis se v čl. IV. věnuje dohodám s cílem narušit hospodářskou soutěž. K rozlišování cílových a výsledkových dohod Úřad odkazuje v pozn. pod čarou č. 8 na některá rozhodnutí Soudního dvora a na pracovní dokument Komise s názvem „*Guidance on restrictions of competition „by object“ for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*“ (dále jen „**Pracovní dokument Komise**“).

KHS k uvedenému zastává názor, že by bylo vhodné, v rámci těchto odkazů na judikaturu Soudního dvora a soft-law Evropské komise, doplnit zmínku, že existuje ustálené judikатурní pravidlo, které říká, že koncept „omezení s cílem narušit hospodářskou soutěž“ je třeba vykládat restriktivně a lze jej užit pouze tehdy, pokud je z posuzovaného jednání zřejmý dostatečný stupeň poškození hospodářské soutěže (škodlivosti pro hospodářskou soutěž).⁷ To jinými slovy znamená, že Úřad při své činnosti musí provést náležitě hodnocení ekonomických a faktických okolností za účelem posouzení, zda cílem určité dohody je omezit hospodářskou soutěž a, pokud nikoliv, tak se případně následně podrobně zabývat i jejím účinky.⁸

Současně má KHS za to, že odkaz Úřadu na Pracovní dokument Komise je sice validní, ale rovněž by bylo do návrhu Oznámení de minimis vhodné doplnit poznámku, že rozlišení mezi tzv. cílovými a účelovými dohodami může být v kontextu vnitrostátního a unijního soutěžního práva odlišné, když tuzemská a unijní právní úprava sleduje do určité míry jiné cíle ochrany hospodářské soutěže, tj. ochrana soutěže na vnitřním trhu, vč. např. imperativu integrace vnitřního trhu, versus ochrana soutěže jen na vnitrostátním trhu. Takový odlišný přístup se může projevat např. u tzv. exportních kartelů či ujednání o zákazu exportu, které se z povahy věci mohou posuzovat odlišně dle unijního a českého soutěžního práva, když obdobně odlišnou optikou např. unijní soutěžní právo nahlíží na dohody omezující exporty v rámci EU versus dohody omezující exporty mimo EU.

II. OZNÁMENÍ O APLIKACI § 22BA ZOHS PROGRAM LENIENCY (SHOVÍAVOST)

KHS obecně k tomuto oznámení dodává, že se jedná o novelizaci stávajícího Oznámení k programu leniency Úřadu, který vychází z unijních modelů. Toto stanovisko si tak neklade za cíl komentovat koncepci oznámení, nýbrž pouze předkládá dílčí připomínky ke konkrétním ustanovením.

II.A. K preambuli a bodu 1 (Utajované dohody)

Novela ZOHS zavádí pojem utajované dohody, poskytuje ale pouze jeho tautologickou definici, kterou komentovaný návrh opakuje v preambuli oznámení. V bodě 1 pak utajovanou dohodu definuje jako cílovou dohodu a příkladmo uvádí tzv. hard-core ujednání.

KHS v tomto ohledu není jasné, zda bude Úřad utajované dohody chápat ve smyslu jakékoli cílové dohody, i když ve skutečnosti dohoda utajovaná nebude? Respektive, znamená tedy utajovaná dohoda „Úřadu

⁷ Srov. Rozsudek Soudního dvora EU C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, ECLI:EU:C:2014:2204, odst. 58, rozsudek Soudního dvora EU ze dne 11. září 2014, CB v. Komise, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, odst. 58 nebo rozsudek Soudního dvora EU ze dne 26. listopadu 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:78, odst. 18. Shodně rovněž např. stanovisko generálního advokáta M. Bobka ze dne 5. 9. 2019, C-228/18 Budapest Bank, ECLI:EU:C:2019:678, odst. 40.

⁸ Rozsudek Soudního dvora EU C-67/13 P, Groupement des Cartes Bancaires, ECLI:EU:C:2014:2204, odst. 53.

doposud neznámá/ne zcela známá dohoda“ s tím, že k tomu nemusí přistoupit prvek skrývání? Bylo by vhodné toto upřesnit i s ohledem na vlastnosti vertikálních dohod, které zpravidla aktivně skrývané nejsou, resp. nemusí být.

II.B. K bodu 13 (Leniency typu II u vertikálních dohod)

Úřad se rozhodl v bodě 12 a 13 v případě leniency typu II rozlišovat mezi horizontálními a vertikálními dohodami, když v případě horizontálních dohod lze získat snížení pokuty až o 50 % a u vertikálních dohod pouze až o 30 %.

KHS pro takové rozlišování nevidí věcný důvod. Pokud Úřad považuje např. dohody o určování cen pro další prodej za obdobně závažné jako cenový kartel (což při ukládání výše pokut zjevně považuje), mělo by pro něj mít jejich vyřešení v rámci leniency typu II i stejnou hodnotu. Jinými slovy řečeno, KHS tak v případě hranic pro snižování pokut nevidí důvod k rozlišování mezi horizontálními a vertikálními dohodami.

KHS proto navrhuje sjednocení sazeb snížení pokuty pro horizontální a pro vertikální dohody. Ostatně např. polský soutěžní úřad, jehož praxe poskytování leniency u vertikálních dohod je již dlouhodobě zavedena, ve svém programu leniency takový rozdíl také nečiní.

II.C. K bodu 18 (Podmínka ukončení účasti na utajované dohodě)

V bodě 18 písm. a) příslušného oznámení Úřad jako jednu z podmínek pro udělení leniency stanovuje, že soutěžitel *„ukončil účast v utajované dohodě, s výjimkou případů, kdy je pokračování účasti podle názoru Úřadu nezbytné proto, aby nedošlo k ohrožení efektivního provedení šetření na místě.“*

KHS se domnívá, že, pokud bude příslušná pasáž takto bez dalšího uvedena, je zde určité riziko, že by mohla být vykládána ve smyslu, že Úřad může nabádat žadatele o leniency k aktivní účasti na zakázané dohodě.

KHS z tohoto důvodu navrhuje, aby Úřad uvedené dále upřesnil. V první řadě by měl (obdobně jako Evropská komise ve svém programu leniency) pokračování vymezit na *„činnosti, které jsou přiměřeně nezbytné“*, resp. ještě více zpřesnit na *„jednotlivé činnosti“*, jak to činí např. německý soutěžní úřad ve svém leniency programu.

II.D. Obecně k části VII. (Přijímání podkladů od třetích osob)

KHS je toho názoru, že v části VII. příslušného oznámení je třeba vícero koncepčních zpřesnění.

V bodě 49 stanoviska Úřad uvádí, že přijímá informace a podklady o utajované dohodě i od třetích osob (dále též „fyzická osoba“).

Dle názoru KHS není z tohoto ustanovení zcela jasné, kdo má být touto třetí osobou: Je to zcela nezávislá třetí osoba bez afiliace k soutěžitelům? Je to ustanovení reflektující whistleblowing pravidla? Teprve z následující odstavců lze dovodit, že se pravděpodobně bude jednat o pracovníka soutěžitele, který se podílel na zakázané dohodě, a mohl by být tudíž trestně stíhán (byť však trestní postih se může týkat jen horizontálních dohod).

KHS se proto domnívá, že by bylo vhodné tuto třetí osobu přesněji definovat a stanovit, za jakých podmínek Úřad informace a podklady od ní přijímá, resp. hodlá přijímat.

V bodě 50 oznámení pak stanoví podmínky, za kterých orgánům činným v trestním řízení (dále jen „OČTŘ“) potvrdí, že pachatel splnil podmínky pro zánik trestnosti v důsledku účinné lítosti ve smyslu § 248a zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „TrZák“).

K uvedenému má KHS za to, že není zcela zřejmé, jaký vztah má pachatel dle tohoto bodu k třetí osobě/fyzické osobě v bodě 49 oznámení. S ohledem na toto by tudíž bylo vhodné tuto okolnost vyjasnit. Jinými slovy řečeno, jedná se o tutéž osobu nebo se od sebe osoby liší?⁹ (též komentář výše k bodu 49).

Dále se v bodě 50 pod písm. a) a b) pak konkrétně uvádí, že pachatel „jako první ze všech soutěžitelů...“ předloží Úřadu podklady. Dle pohledu KHS není zcela jasné, jaký vztah má takové předložení podkladů k žádostem o leniency soutěžitelů. Úřad by v tomto ohledu tudíž měl dané ustanovení zpřesnit. Dále by měl Úřad stanovit, zda v daných souvislostech existují dva „pořadníky“ pro udělení leniency (tedy pro soutěžitele a pro „pachatele“ ve smyslu bodu 50), či nikoliv (příčemž potvrzení pro OČTŘ ve smyslu bodu 50 oznámení vylučuje udělení leniency typu I soutěžiteli).

Současně by měl Úřad stanovit, jaký vliv má předložení informací a podkladů pachatelem ve smyslu bodu 50 na soutěžitele, jehož je pracovníkem. Může soutěžitel z takového předložení profitovat (a získat leniency typu I), či nikoliv?

II.E. K bodu 53 (Zánik trestní odpovědnosti podle § 248a TrZák)

V bodě 53 uvádí Úřad podmínky, za kterých fyzická osoba/pracovník soutěžitele naplní účinnou lítost ve smyslu § 248a TrZák (tj. aktivní zapojení do plnění podmínek shovívavosti soutěžitelem).

KHS chápe, že se jedná o situaci odlišnou od situace řešené v bodě 50 oznámení. Současně se však KHS domnívá, že by tato okolnost měla být výslovně uvedena.

Dále je KHS názoru, že by bylo vhodné (stejně jako v bodě 50 oznámení) stanovit, že „*K případné žádosti orgánů v činných v trestním řízení Úřad potvrdí, že pachatel splnil podmínky podle zákona pro upuštění od uložení pokuty nebo pro snížení pokuty ve smyslu § 248a zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „trestní zákoník“), a to za předpokladu, že fyzická osoba byla aktivně zapojena do plnění podmínek shovívavosti soutěžitelem.*“

⁹ V tomto ohledu srov. též komentář výše k bodu 49 příslušného oznámení.

III. OZNÁMENÍ ÚŘADU O NAROVNÁNÍ DLE § 22BB ZOHS

KHS po seznámení se s obsahem návrhu Úřadu o narovnání dle § 22bb ZOHS (dále jen „**Oznámení o narovnání**“) vnímá, že účelem daného dokumentu je zejména (i) reagovat na vývoj vlastní správní praxe při uplatňování institutu narovnání a (ii) zohlednit změny provedené novelou ZOHS.

KHS v prvé řadě uvádí, že pokládá za užitečnou celou řadu změn navržených v Oznámení o narovnání, resp. samotné novele ZOHS oproti dosavadnímu soft-law Úřadu. Tyto užitečné změny zahrnují především celkové zjednodušení původního oznámení o narovnání, výslovné připuštění tzv. hybridního narovnání či upřesnění režimu ústních jednání v tom smyslu, že se tato jednání presumují na platformě 1:1, tj. vždy s jedním účastníkem bez přítomnosti ostatních. KHS pokládá s ohledem na znalost dosavadní praxe Úřadu výše uvedené změny za žádoucí a adresující některé nedostatky spatřované v dosavadním uplatňování institutu narovnání.

Vedle těchto dle KHS užitečných změn považuje KHS za vhodné upozornit na určité nedostatky Oznámení o narovnání, jež by dle mínění KHS mohly vést k nižšímu využívání narovnání, a tím i ke snížení frekvence jeho využívání jako nástroje pro dosažení procesních úspor.

Než KHS uvede komentář k nedostatkům spatřovaným v návrhu Oznámení o narovnání, konstatuje, že institut narovnání coby **dobrovolný** režim způsobu uzavření správního řízení o porušení ZOHS pokládá za užitečný. KHS je srozuměna s benefitem v podobě procesních úspor, jak jej akcentuje Úřad. K tomu KHS doplňuje, že v mnoha případech může být institut narovnání přínosný i pro účastníky, a to v rovině časové úspory, snížení pokuty či posílení právní jistoty oproti situacím, kdy by probíhalo dlouhé správní řízení s nejistotou ohledně výše pokuty, která může dle aktuální metodiky značně variovat. Současně však KHS vnímá, že se soudobá správní praxe Úřadu poněkud vzdaluje od významu pojmu „narovnání“ v pravém slova smyslu. Je tomu tak proto, že ve velké množině případů volí účastníci správního řízení narovnání jen proto, že jim umožní odvrátit uložení trestu zákazu plnění veřejných zakázek, jež by pro ně měl potenciálně až likvidační charakter. Pod tímto tlakem pak účastníci mohou akceptovat skutková zjištění a právní hodnocení Úřadu i v situacích, kdy vykazují závažné nedostatky (jakkoli by v pravém smyslu slova mělo k narovnání docházet za podmínek, které odpovídají reálnému /a v podstatě nezpochybnitelnému/ skutkovému stavu).

III.A Určitá nevyváženost Oznámení o narovnání – zejm. body 5, 17 a 21

Dle přesvědčení KHS řada ustanovení Oznámení o narovnání posiluje určitou nevyváženost postupu při narovnání, která je dále vychylována ve prospěch Úřadu. To se promítá i v úpravě předjímací zásady moderace trestu dle nových pravidel zaváděných novelou ZOHS. Podle novely je upuštěno od automatismu 20% snížení pokuty, přičemž toto snížení je ponecháno na správním uvážení v rozmezí 10 – 20 %, a zejména je umožněno i v narovnání ukládat trest zákazu plnění veřejných zakázek, a to až na jeden rok.

V konečném důsledku dle KHS přináší Oznámení o narovnání taková pravidla, která v zásadní míře sníží atraktivitu narovnání do té míry, že k němu nebudou účastníci přistupovat ani v situacích, ve kterých by za současné právní úpravy a správní praxe nejspíš přistoupili.

Konkrétně KHS upozorňuje především na bod 5 Oznámení o narovnání. V jeho ustanovení se ve značné míře promítá snaha Úřadu akcentovat význam procesních úspor v proceduře narovnání, když uvádí, že při ukládání konkrétních sankcí bude zohledňovat délku a průběh narovnání či počet jednání v jeho rámci.

V obecné rovině KHS rozumí akcentu na procesní úspory tímto způsobem. Předmětné ustanovení je však třeba hodnotit nikoli izolovaně, ale zejména v kontextu bodů 17. a 21. Oznámení o narovnání.

V bodě 17. Oznámení o narovnání se stanovují náležitosti formální žádosti o narovnání, mezi které je zahrnuto i bezvýhradné a bezpodmínečné uznání odpovědnosti za přestupek, jehož skutkové okolnosti a právní hodnocení byly uvedeny ve sdělení výhrad.

V bodě 21. pak Oznámení o narovnání uvádí, že Úřad může narovnání ukončit zejména v případě, kdy účastník řízení rozporuje skutkové a právní závěry Úřadu.

Ve svém souhrnu tato pravidla posilují pozici Úřadu, který může vyvíjet na účastníky narovnání nátlak vedoucí k uznání odpovědnosti za přestupek, založený na neúplných či nesprávných skutkových zjištěních nebo na chybném právním hodnocení. Je tomu tak proto, že čím dříve účastník narovnání akceptuje, ať už jakkoli nesprávné, závěry formulované jednostranně Úřadem, tím větší je „šance“ účastníka dosáhnout neuložení zákazu plnění veřejných zakázek a maximální úspory ve výši pokuty.

Akceptace chybných závěrů Úřadu v právní nebo skutkové rovině, dosahovaná takovýmto způsobem, by vedla k vydávání správních rozhodnutí odporujících zásadám činnosti správních úřadů bez možnosti efektivní nápravy. Především však může takový postup vést k situacím, kdy na sebe účastníci pod tíhou odstranění hrozby zákazu plnění zakázek vezmou odpovědnost za přestupek, který oproti reálnému skutkovému stavu či správnému právnímu hodnocení bude účastníky nepřiměřeně exponovat z hlediska rizika trestního postihu nebo odpovědnosti za náhradu škody.

Zde KHS zdůrazňuje, že pokládá za správné, aby porušitel pravidel dle ZOHS nesl veškerou s tím spojenou odpovědnost. KHS pouze upozorňuje na skutečnost, že Oznámení o narovnání zvyšuje riziko, že na sebe účastníci vezmou, ve snaze docílit maximálních benefitů narovnání, mnohem více odpovědnosti a rizik, než jaká by odpovídala reálným okolnostem případu.

V neposlední řadě pak kombinace uvedených pravidel může vést k situaci, kdy výsledné řešení vůbec nebude odpovídat pojmu narovnání v pravém smyslu slova. Podstatu tohoto pojmu totiž KHS spatřuje v oboustranném srovnání s dosaženým výsledkem, nikoli se stavem, kdy si výsledné řešení vynutí jedna strana na základě významně silnější pozice orgánu veřejné moci způsobem, který nemusí odpovídat skutečnosti.

KHS dodává, že tímto svým stanoviskem v žádném případě nepředjímá, že by Úřad nevykonával svou působnost řádně a v souladu se zákonem včetně základních zásad správního řádu. Pouze upozorňuje na to, že v současném znění oznámení o narovnání může rozšiřovat prostor pro ojedinělé excesy v tomto ohledu. Obava z těchto excesů pak bude účastníky odrážet od využití narovnání, a tím k opačnému efektu vůči snaze o dosahování procesních úspor.

KHS doporučuje, aby Úřad ve výsledné podobě Oznámení o narovnání usiloval o to, aby pravidla narovnání byla více vyvážená. V navrženém znění je KHS pokládá za vychýlená výrazně ve prospěch Úřadu. Nutnost

„rychlého“ bezvýhradného a bezpodmínečného přijetí závěrů uvedených ve sdělení výhrad jde dle KHS nad rámec zákonných požadavků. Přitom pokud sdělení výhrad například obsahuje nedostatky ve skutkových zjištěních či nesprávné právní hodnocení, může procesní aktivita účastníků během jednání v narovnání či v reakci na sdělení výhrad vést k tomu, že dosažené narovnání bude reflektovat základní zásadu ukládající Úřadu vycházet ze správných skutkových zjištění odpovídajících okolnostem daného případu. To by mělo být dle mínění KHS zohledněno i v bodě 5 Oznámení o narovnání, když dle mínění KHS by Úřad měl spíše než k počtu jednání přihlídnout při stanovení snížení pokuty právě k míře, v jaké se účastník svou aktivitou v narovnání podílel na objasnění skutkových okolností případu či dosažení jeho správného právního hodnocení.

III.B Úprava týkající se ukládání trestu zákazu plnění veřejných zakázek

Konečně by dle mínění KHS mělo Oznámení o narovnání nebo jiný soft-law dokument obsahovat jasnější úpravu zásad týkajících se ukládání trestu zákazu plnění veřejných zakázek. Případné uložení tohoto trestu, resp. odvrácení hrozby jeho uložení je pro účastníky narovnání v mnoha případech zásadní z hlediska rozhodování o tom, zda narovnání přijmou, či nikoliv.

KHS je přesvědčena, že bez provedení alespoň dílčích úprav ve výše naznačeném smyslu Oznámení o narovnání v navržené podobě povede k dalšímu snížení atraktivity narovnání nad rámec snížení atraktivity, které sebou nese již samotná novela ZOHS. Nelze vyloučit, že namísto úvah o narovnání budou účastníci správních řízení spíše obstruovat správní řízení do té doby, než sami přijmou jiná opatření, jimiž by snížili či fakticky odstranili reálné dopady případného uložení zákazu plnění veřejných zakázek. V konečném důsledku tak může nevyváženost navrženého znění oznámení vést k opačnému efektu, než jaký si Úřad od narovnání slibuje, a tím k růstu tlaku na omezené personální kapacity Úřadu.

III.C K hybridnímu narovnání

Oznámení o narovnání nyní výslovně předjímá možnost tzv. hybridního narovnání, tj. narovnání jen s některými účastníky řízení. Oznámení však již neobsahuje další bližší postup pro případ, že k takovému hybridnímu narovnání dojde (pouze uvádí např., že v takovém případě bude zpravidla nutné vydat sdělení výhrad, popř. rozhodnutí v plném rozsahu). Nicméně není např. zřejmé, zda by Úřad připustil postup, v němž by nejprve vydával rozhodnutí vůči narovávajícím se účastníkům s tím, že ve vztahu k účastníkovi neúčastnícímu se narovnání by vydával rozhodnutí později. V rámci takového postupu by samozřejmě musel náležitě zajistit respektování principu presumpce nevin, jak to plyne mj. i z judikatury Soudního dvora EU ve vztahu k hybridním narovnáním ze strany Evropské komise. Pokud by nicméně hodlal i v hybridních narovnáních postupovat vždy tak, že by rozhodnutí vydával jen jedno rozhodnutí vůči všem účastníkům, bylo by vhodné toto výslovně uvést či blíže popsat, když s tím související časový aspekt možného ukončení řízení (vč. rozkladu a soudního přezkumu) je relevantní i pro ty účastníky, kteří by případně byli ochotni se narovnat (viz i shora zmíněná časová úspora a odstranění nejistoty jako jeden z důvodů pro uzavírání narovnání).

IV. OZNÁMENÍ O ALTERNATIVNÍM ŘEŠENÍ SOUTĚŽNÍCH PROBLÉMŮ

KHS úvodem oceňuje, že možnosti alternativních řešení soutěžních problémů byly rozšířeny na všechna jednání (tj. včetně narušení hospodářské soutěže orgány veřejné správy) a že je obecně návrh daného oznámení oproti své původní verzi zjednodušen.

IV.A.1 Užití termínu „prioritizace“

V obecné rovině (jazykově) termín „prioritizace“ znamená „dávát přednost něčemu“. V kontextu hospodářské soutěže tedy dávat přednost případům, které Úřad z hlediska soutěžní politiky zajímají, mají důležitost, atp., a tak si „zaslouží“, aby byly prioritně vyšetřovány v rámci omezených zdrojů Úřadu, tj. aby byly „prioritizovány“. Naopak případy, které si s ohledem na takové zájmy Úřad vyhodnotí jako nezasluhující formální vyšetřování či zahájení správního řízení, tak prioritizovány nebudou. To je významem termínu a institutu prioritizace, který umožňuje Úřadu do určité míry si vybírat, jakým způsobem své zdroje využije a které případy tedy bude šetřit (tj., ty které budou prioritizovány) a které nikoliv (tj., ty, které takto prioritu nezískají).

Úřad ale s daným termínem v daném oznámení pracuje způsobem, který naznačuje, že pod prioritizací rozumí „nedávat věci prioritu“, tudíž nezahajovat ve věci správní řízení. Například jsou v návrhu oznámení věty typu: „*Úřad při úvahách o využití prioritizace může vzít v potaz i velikost a finanční sílu soutěžitelů, kdy obecně bude spíše prioritizováno možné protisoutěžní jednání soutěžitelů s nízkým obratem*“. Takové věty jsou dle KHS jazykově zavádějící a navazují opačný dojem, než by měly.

Úřad by tedy dle KHS měl v oznámení pracovat s termínem prioritizace tak, jak odpovídá jeho logickému a gramatickému pojmání, aby zabránil možným budoucím nedorozuměním.

IV.A.2 Posílení transparentnosti a principu legitimního očekávání

KHS se domnívá, že by Úřad měl v rámci alternativních řešení soutěžních problémů postupovat tak, aby byla posílena transparentnost a zachován princip legitimního očekávání soutěžitelů. Obecně tedy KHS nabádá Úřad, aby o případech, kdy došlo k aplikaci alternativního řešení soutěžních problémů, vždy transparentně zveřejňoval okolnosti daného případu a důvody, které k aplikaci alternativního řešení vedly.

Toto je zejména významné v oblasti rozhodování o přijetí závazků. Ustanovení § 7 odst. 2 ZOHS v novelizovaném znění uvádí, že „*Úřad může řízení podle odstavce 1 zastavit a rozhodnout o přijetí závazků*“. Oproti původnímu znění tohoto ustanovení je diskrece Úřadu vychýlena zcela v jeho prospěch (viz také bod 24 návrhu oznámení).

Sdělení Úřadu o pokračování ve správním řízení v případě nedostatečnosti závazků či nesplnění dalších podmínek stanovených Úřadem je pouze „sděleno“ účastníkům řízení, přičemž proti takovému sdělení není dána možnost samostatné procesní obrany. V každém případě by „odmítnutí“ závazků ze strany Úřadu mělo být náležitě odůvodněno, jelikož tyto důvody mohou být později případně podrobeny soudnímu přezkumu ve věci samé.

Soutěžitelé by obecně měli mít možnost se seznámit s důvody nedostatečnosti závazků v daném případě, aby tak mohli předvídat, jakým způsobem by Úřad rozhodoval v případě obdobném. Popis povahy

navržených závazků jakožto i důvody pro jejich nepřijetí Úřadem by měly být tudíž vždy součástí rozhodnutí ve věci.

IV.A.3 Market testing

KHS oceňuje, že po vzoru Evropské komise Úřad přistoupil alespoň k **možností** provést testování závazků, což posiluje částečně transparentnost řízení o závazcích. K dalšímu posílení transparentnosti by KHS doporučovala buď provádět market testing vždy, tak jak to činí Evropská komise, nebo alespoň v rámci rozhodnutí o přijetí závazků dostatečně zdůvodnit, proč Úřad k testování závazků nepřistoupil. Návrh oznámení v bodu 32 rovněž nestanoví, jakým způsobem bude docházet ke zveřejnění závazků a výzvě třetích osob, aby se vyjádřily k jejich dostatečnosti. V tomto kontextu KHS navrhuje, aby Úřad zpřesnil mechanismus, jakým bude zveřejňování probíhat.

IV.A.4 Navržení závazků ve vztahu k akceptaci závěrů komunikovaných ve sdělení výhrad

Skutečnost, že jsou účastníci návrhem svých závazků vázáni, neznamená, že následně procesní postup nemohou změnit. V této souvislosti by mělo být postaveno najisto (po vzoru Evropské Komise¹⁰), že navržení závazků neznamená, že by účastníci souhlasili se závěry Úřadu komunikovanými ve sdělení výhrad. KHS tedy navrhuje do návrhu oznámení vložit (konceptčně např. do bodu 24 nebo 26) následující: *„Navržení závazků nutně neznamená, že účastníci řízení souhlasí se závěry Úřadu obsaženými ve sdělení výhrad.“*

IV.A.5 Podmínky pro použití závazků u cílových dohod

KHS kvituje, že Úřad nakonec nepřistoupil k řešení, které bylo kritizováno ve Stanovisku KHS k návrhu novely zákona o ochraně hospodářské soutěže ze dne 31. prosince 2021, kdy navrhoval zcela vyloučit možnost závazkové procedury v případě všech dohod, jejichž cílem je narušení hospodářské soutěže.

KHS se domnívá, že podmínky pro použití závazků u cílových dohod, jak jsou stanoveny v bodě 30 návrhu oznámení, jsou velice úzké. KHS má zejména obavy, že Úřad bude automaticky vylučovat závazkovou proceduru v případě některých typů cílových dohod, byť by ohrožení hospodářské soutěže bylo možné závazky účinně odstranit (např. u prohlášení o záměrech soutěžitelů ohledně budoucího cenového chování nebo o bránění využívání internetu). Navíc o „marginálních“ případech z pohledu velikosti relevantního trhu nebo délky jednání se hovoří i v bodě 8 návrhu oznámení, kdy se prioritizace výslovně připouští (Úřad dokonce stanoví, že v těchto případech Úřad **bude** zvažovat prioritizaci). V tomto kontextu se test ohledně podmínek pro použití závazků u cílových dohod jeví jako mnohem přísnější. KHS proto navrhuje tento bod upravit tak, aby možnost aplikace závazků u cílových dohod byla rozšířena na více případů, než-li jen „marginální“.

IV.A.6 Vyřizování stížností na možné narušení hospodářské soutěže

Původní znění oznámení obsahovalo v bodě 25 postup ohledně vyřízení stížnosti na možné narušení hospodářské soutěže v případech, že nebylo zahájeno správní řízení. Domníváme se, že tento bod

¹⁰ Oznámení Komise o osvědčených postupech pro vedení řízení týkajících se článků 101 a 102 SFEU, Úř. věst., 20. 10. 2011, C 308/6, bod 126.

by neměl být odstraněn, jelikož § 42 správního řádu je sice použitelný, ale pro případy šetření možného narušení hospodářské soutěže v určitých ohledech nevhodný (zejm. z důvodu dodržování tam uvedené lhůty, která pro Úřad nemusí být dostatečná). Vzhledem k tomu, že pro některé soutěžitele může být informace ohledně postupu Úřadu klíčová v obchodních vztazích, doporučujeme postup ohledně vyřizování stížností v oznámení zachovat.

IV.B. Konkrétní připomínky

IV.B. 1 Alternativní řešení soutěžních problémů bez zahájení správního řízení

Bod 8 – Návrh oznámení stanoví, že „[p]ůjde zejména o případy, kdy se jedná o možné protisoutěžní **praktiky na relevantním trhu**.“ Úřad o praktikách jinde nehovoří (tento termín se neobjevuje ani v ZOHS ani v návrzích dalších oznámení). KHS navrhuje nahradit takto: „[p]ůjde zejména o případy, kdy se jedná o možné protisoutěžní **jednání na relevantním trhu**.“

Bod 11 – Návrh oznámení stanoví, že „[Ú]řad může dospět k závěru **nezahájit řízení** i s ohledem na jeho vytíženost.“ Případy, kdy Úřad nezahájí řízení, zahrnují prioritizaci i soutěžní advokacii. Systematicky bod 11 pojednává o prioritizaci, tudíž se domníváme, že Úřad měl na mysli, že „[Ú]řad může dospět k závěru **nezahájit řízení vzhledem k prioritizaci** i s ohledem na jeho vytíženost.“ Pokud měl na mysli i soutěžní advokacii, měl by systematicky zařadit tento bod do části I. Úvod.

Bod 22 – Návrh oznámení stanoví, že „soutěžitel či orgán veřejné správy jedná v rozporu s **přijatými navrženými opatřeními**“. KHS navrhuje formulačně upravit, aby v písm. a) - c) pojednávala pouze o „**přijatých opatřeních**“.

IV.B.2 Alternativní řešení soutěžních problémů ve správním řízení – rozhodnutí o přijetí závazků

Bod 23 – KHS navrhuje doplnit ve smyslu novelizovaného § 7 odstavce 2 ZOHS, že „[v] případech zahájených správních řízení mají účastníci možnost **společně navrhnout písemně závazky ve prospěch zachování účinné hospodářské soutěže**.“ Toto je požadavek novelizovaného ZOHS, přičemž z návrhu oznámení nikde jasně nevyplývá (zejm. je to matoucí po odstranění původního bodu 27 oznámení, kde je podrobně popsáno, kdo návrh závazků podává v jednotlivých případech).

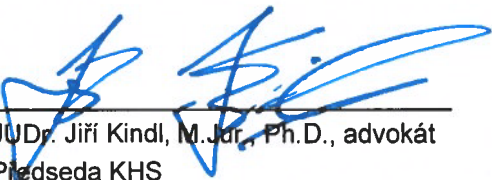
Bod 26 – Stanoví se, že účastníci řízení „od podání návrhu do rozhodnutí Úřadu nesmějí postupovat způsobem, který je předmětem **obav Úřadu**, a musí jednat v souladu s navrženými závazky.“ KHS doporučuje upřesnit „**obav Úřadu z možného narušení hospodářské soutěže**“, resp. alespoň se KHS domnívá, že to jsou obavy, na které Úřad míří. Současně KHS uvádí, že tento požadavek se jeví jako příliš striktní a v některých případech nevhodný. Např. pokud bude obsahem návrhu závazků například změnit smluvní ujednání v nějakém čase, tak pochopitelně toto nelze učinit předem, kdy do doby přijetí závazků budou muset strany postupovat dle uzavřených smluv. Dle KHS by proto bylo vhodnější uvést v daném textu i dovětek „... **nebude-li to vylučovat povaha věci, popřípadě navržených závazků**“.

Bod 37 – Návrh oznámení stanoví, že „Úřad průběžně kontroluje plnění rozhodnutím **uložených závazků**“. Jedná se o jedinou zmínku o „uložení závazků“, přičemž jinde se hovoří o rozhodnutí o „přijetí závazků“. KHS navrhuje nahradit takto: „Úřad průběžně kontroluje plnění rozhodnutím **přijatých závazků**“.

* * *

KHS Úřadu předem děkuje za zvážení výše uvedených podnětů k úpravám navržených soft-law oznámení. Zástupci KHS jsou taktéž připraveni účastnit se dalších diskuzí s Úřadem, pokud by je v této souvislosti Úřad považoval za vhodné.

Za Komisi pro hospodářskou soutěž Mezinárodní obchodní komory v České republice:



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