

Novela soutěžního zákona: příspěvek do diskuse

JAN KUPČÍK*

ADVOKÁT, SCHOENHERR



V předchozím čísle (3/2024) *Antitrustu* představil Kamil Nejezchleb novelu zákona o ochraně hospodářské soutěže, která má zavést nový soutěžní nástroj, správní trestání fyzických osob nesoutěžitelů a call-in model. Každý z těchto bodů má potenciál zásadně změnit vymáhání soutěžního práva v České republice. Ze strany místopředsedy ÚOHS pochopitelná obhajoba těchto institutů si proto zasluhuje reakci, ve které se pokouším o pohled zvenčí ÚOHS. S panem místopředsedou se přitom shodujeme v preferenci moderního soutěžního úřadu dostatečně silného na to, aby efektivně chránil české soutěžní prostředí. Silný však není synonymem všemocného.

I. Poznámky na úvod

Tento článek vychází v době, kdy byla předmětná novela zákona o ochraně hospodářské soutěže („novela“)¹ schválena vládou a čeká na projednání v Poslanecké sněmovně. Není tedy vyloučeno, že v průběhu projednávání v Parlamentu dozná změn či nakonec vůbec nebude v této podobě přijata. Na druhou stranu se může zdát, že tato diskuze přichází příliš pozdě, jelikož základní koncepci již lze těžko měnit pozměňovacími návrhy. S tím plně souhlasím a vidím v tom na-prosto klíčový deficit celého procesu. Ať už novelu označíme slovy K. Nejezchleba jako evoluci či revoluci, neměl by být pochyb o tom, že se jedná skutečně o koncepční záležitost vymáhání soutěžního práva v ČR. Jako taková měla být hned v úvodu podrobena široké diskuzi, což se nestalo.

Pro připomenutí, zárodek novely přišel v lednu 2024, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže („ÚOHS“) publikoval tiskovou zprávu o „řadě legislativních návrhů pro větší efektivitu v oblasti hospodářské soutěže“, které brzy získaly populární název „švédský stůl“.² Perspektivou současnosti je již prakticky zbytečné pátrat po konkrétních motivech pro tento švédský stůl, ačkoliv nelze přehlédnout časově blíže předcházející vlnu kritiky veřejnosti především ve vztahu k cenám potravin.³ Kromě tiskové zprávy neměla veřejnost k dispozici nic dalšího do okamžiku publikace původního paragrafového návrhu vlády, k čemuž došlo na konci května.⁴ Ačkoliv zástupci ÚOHS v mezidobí při různých příležitostech o švédském stolu veřejně hovořili, k široké koncepční diskuzi nebyl prostor. Právě v období před

* Autor je advokátem a vedoucím praxe českého soutěžního práva v advokátní kanceláři Schoenherr. Příležitostně působí jako lektor soutěžního práva a ekonomie na českých i zahraničních univerzitách a je součástí širokého soutěžně-právního týmu advokátní kanceláře Schoenherr, který pokrývá 14 zemí střední a východní Evropy a soutěžní právo EU.

¹ Sněmovní tisk č. 853. Poslanecká sněmovna, 9. období, od 2021.

² Tisková zpráva ÚOHS ze dne 15. 1. 2024, <https://uohs.gov.cz/cs/informacni-centrum/tiskove-zpravy/hospodarska-soutez/3781-urad-predlozil-radu-legislativnich-navrhu-pro-vetsi-efektivitu-v-oblasti-hospodarske-souteze.html>.

³ Ponechávám stranou, že v mnoha případech šlo o kritiku neoprávněnou až nesmyslnou související s pomíjením základních ekonomických principů či zmatením pojmů, jak už tomu u laické kritiky bývá.

⁴ Viz <https://odok.cz/portal/veklep/material/verze/ALBSDSSBKHVX/>.

vytvořením paragrafového znění přitom správně mělo dojít ke tříbení koncepčního pohledu na způsob, jak má být do budoucna přístupováno k vymáhání soutěžního práva v ČR. Jsem si vědom toho, že tento pohled může být perspektivou praxe tvorby právních předpisů naivní, to ale z mého pohledu nic nemění na tom, že k tomuto ideálu bychom měli alespoň aspirovat.⁵ Okamžitě následovalo standardní měsíční připomínkové období, které je ale primárně určeno tzv. připomínkovým místům, nikoliv široké veřejnosti.⁶ Skončením připomínkového období v podstatě zmizela jakákoliv možnost ovlivnit podobu novely z prostředí odborné veřejnosti.

Jakkoliv po své cestě od švédského stolu do současné podoby doznala novela změn, základní myšlenka zůstala zachována – dejme ÚOHS co nejširší paletu nových pravomocí, abychom jej učinili silnějším. Stát ale není hotel a ÚOHS není hotelový host. V celém procesu dle mého názoru absentovala nebo byla podstatně upozaděna otázka toho, zda dosavadní pravomoci ÚOHS skutečně neumožňují být účinnou silou při zajišťování efektivního tržního prostředí, a jaké konkrétní problémy by každá z nových pravomocí a institutů měly řešit.

II. Tržní problémy a účel moderního soutěžního úřadu

Diskuze o tom, co jsou zásadní tržní problémy dneška, by vystačila na mnoho a mnoho stránek, a do jisté míry je vždy zatížena subjektivním pohledem autora. Přesto se pro účely diskuze nad novelou pokusím vyjmenovat některé z nich, které osobně považuji za nejvýznamnější:

- dynamika digitálních trhů a s ní související zrychlený růst tržní síly směrem k monopolizaci trhů a snaha dominantních hráčů o přenesení jejich dominance do dalších segmentů,
- krize relativního růstu životních nákladů (*cost of living crisis*), a s ní související:
- oligopolizace potravinového řetězce,
- růst cen energií, pohonných hmot, bydlení,
- snižující se konkurenceschopnost domácí produkce a závislost na dodávkách z třetích zemí,
- adekvátní reakce na klimatickou změnu.

Předně je nutno poznamenat, že soutěžní úřady (natož pak úřad jednoho středně velkého členského státu EU) nemohou a nemají vyřešit všechny problémy světa. Zaprvé, ÚOHS těžko zajistí řešení globálních problémů typu klimatické změny. Tím není vyloučeno, že ke zlepšení situace nemůže marginálně přispět,⁷ ale neměl by tomu podřizovat složení souboru svých pravomocí. Zpravidla globální (či minimálně společné unijní) řešení vyžadují i otázky okolo digitálních trhů. Ostatně i onen „experiment“ s lokálními řešeními ve vztahu

⁵ K tomu dodávám, že z historického srovnání rozhodně obecně došlo k významnému zlepšení komunikace ÚOHS s veřejností, ani to ale není argument pro slevení z ideálů demokratické tvorby zákonů.

⁶ Úřad vlády nám nicméně potvrdil, že pracoval i s našimi tehdejšími připomínkami, které šly mimo připomínková místa.

⁷ Zde se odkazují na svůj článek Kupčík, J. Alternativní cíle soutěžního práva a prioritizace. *Antitrust*, 2022, č. 3.

k doložkám cenové parity Booking.com byl prakticky vyřešen přijetím jednotné unijní regulace v DMA. Znovu platí, že ÚOHS může tuto aktivitu např. na úrovni Evropské komise určitou měrou podpořit, např. pozorováním a identifikací problémů – k tomu ostatně Evropská komise členské státy nepřímou vyzvala v oblasti spojování soutěžitelů po rozsudku ve věci *Illumina/Grail*.⁸

Na pomezí mezi globálním a lokálním řešením stojí konkurenceschopnost a bezpečnost dodavatelských řetězců vůči třetím zemím. Tato problematika částečně vyžaduje koordinovanou odpověď EU. Z další části se také jedná o otázku bezpečnostně-politickou, k jejímuž řešení ÚOHS z povahy věci není příslušný. Aktivní podpora konkurenceschopnosti je potom otázkou především veřejné podpory, kde má ÚOHS jen epizodní roli. V této otázce tedy zůstává na ÚOHS jen možnost „pasivní“ podpory konkurenceschopnosti prostřednictvím více tolerantního přístupu v oblasti spojování soutěžitelů i ex-post vymáhání.

ÚOHS tedy primárně (a zcela přirozeně) zůstává jako kandidát na řešení čistě lokálních problémů. Ze seznamu výše se tedy jedná o růst životních nákladů, což je především otázka trhů se základními životními potřebami – dodavatelský řetězec a systém okolo potravin, energií, pohonných hmot, a potažmo bydlení.⁹ Na druhé straně potom stojí trh práce, který v případě, že nefunguje dostatečně konkurenčně, „rozevirá nůžky“ z opačné strany – snižováním příjmů domácností. Tím získáváme okruh segmentů ekonomiky, které by aktuálně měly být v centru zájmu ÚOHS.

Navazující otázkou je, jaké problémy v těchto oblastech by měl ÚOHS řešit. Otázka je to přitom čistě ekonomická – jde o růst nákladů (výdajů) domácností (tedy cen produktů) v porovnání s jejich výnosy (příjmy). To nás z ekonomického pohledu vede k jedinému závěru – problematičtější je koncentrace tržní síly. Tu může primárně ÚOHS adresovat *ex ante*, kontrolou koncentrací, a *ex post*, postihováním zneužití tržní síly (pokud existuje) a horizontálních kartelů, které z pohledu ekonomie uměle tržní koncentraci zvyšují.¹⁰

Čtenáři si možná na tomto místě budou klást otázku, zda by tento elaborát nutný, když došel ke zcela banálním závěrům známým desítky let, tedy že potřebujeme tři složky vynucování soutěžního práva – předběžný nástroj kontroly koncentrací, zákaz kartelů a *ex post* nástroj proti zneužívání tržní síly, které mají bránit újmě konečných spotřebitelů ve formě snižování spotřebitelského blahobytu. Diskuze výše ale slouží jako ilustrace toho, že i v případě aktuálních tržních a společenských problémů nečelíme něčemu naprosto novému. Z mého pohledu tedy není třeba znovu objevovat kolo z hlediska substantivního soutěžního práva, ale zaměřit se na účinnost vymáhání. V tomto ohledu tedy mohou nové instituty z novely být potenciálně užitečné. Další krokem ale je jejich konkrétní analýza, čemuž se věnuji v další části.

III. Kritická revize nových institutů

Na začátku jsem předstíral, že jsem pro efektivní český soutěžní úřad. Efektivním úřadem je pro mě takový, který je se svými omezenými kapacitami schopen identifikovat prioritní témata, která řešit má, a ponechat stranou témata méně důležitá. Z pohledu novely přitom stojí za to připomenout, že se nejedná o navždy poslední šanci něco změnit. Právní úprava se může vyvíjet dál, proto má smysl se nyní vě-

⁸ Rozsudek SD ve věci C-611/22 P, *Illumina/Grail*. Viz také proslov M. Vestager z 6. 9. 2024 dostupný zde: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_24_4582.

⁹ U kterého spíše platí, že trh je primárně ovlivněn stavební regulací. Na druhou stranu je cena bydlení závislá i na nákladech na financování (úrokových sazbách), a tedy mezi klíčové segmenty lze nepochybně řadit i banky.

¹⁰ MÁLEK, J. Ekonomické dopady kartelů. In: Kupčík, J a kol. *Moderní soutěžní právo a ekonomie*, 2024, s. 356-376.

novat současným problémům a nepřipravovat se novelou na všemožné situace, které mohou, ale nemusí ve vzdálenější budoucnosti přijít, jen protože se zrovna zákon aktualizuje.

Předchozí část by měla sloužit k identifikaci těchto témat a sektorů ekonomiky. Mám tedy v za to, že aby byl ÚOHS silný ve smyslu efektivního a co nejvíce užitečného orgánu, nepotřebuje celý švédský stůl pravomocí, ale potřebuje ty, které mu umožní efektivně řešit priority. Zaprvé, čím více různých pravomocí bude ÚOHS mít, tím více bude rozptylován od priorit. Nejedná se tedy přitom jen o vnitřní nastavení priorit, protože ÚOHS musí také reagovat na podněty zvenku. Jestliže bude mít ÚOHS tzv. i jen na papíře široké spektrum možností, přirozeně budou mít stěžovatelé více možností, jaké kroky od ÚOHS požadovat, a i přes diskreci ÚOHS vůči stížnostem bude jeho praktický provoz chtít nechtít těmito stížnostmi ovlivněn. Zadrugé, v některých případech platí, že čím více pravomocí, tím více administrativní zátěže soutěžitelů Zatřetí, čím více pravomocí, a především těch, které se různě překrývají, tím menší právní jistota na trhu.

Proto se níže pokouším rozlišit ty konkrétní úpravy, které jsou vzhledem k vymáhání priorit ÚOHS na škále blíže k tomu, co je nezbytné (*must-have*), a ty, které se jen mohou někdy hodit (*nice-to-have*).

A. Call-in model: kočkopes?

Zavedení call-in modelu je pro mě největší záhadou z pohledu cíle, na který má mířit, ponechám-li stranou vůli vyhovět Evropské komisi a poskytnout jí možnost přezkoumávat transakce pod současnými obrátovými hranicemi.¹¹ Paradoxní je zahrnutí tohoto institutu do novely v situaci, kdy se počítalo s širokou konzultací ohledně možných úprav kontroly koncentrací, která nyní paralelně probíhá.

Pokud akceptujeme základní premisu v tom směru, že call-in model by měl zlepšit režim kontroly koncentrací ve vztahu k důsledkům spojování pro lokální problémy, a nikoliv sloužit jen jako nástroj předávání transakcí ke kontrole Evropské komise, pak se nejdříve nabízí otázka, zda je současný režim nedostatečný. Z historického hlediska přitom dle ÚOHS platí, že k záchytu naprosté většiny potenciálně problematických historických transakcí, které nebyly notifikovány, by dostačovalo mírné snížení obrátového kritéria na 200 + 200 mil. Kč (a dohromady dosavadních 1,5 mld. Kč).¹² Zároveň se údajný počet spojení, která nepodléhala notifikaci a zároveň potenciálně byla problematická pro hospodářskou soutěž, pohybuje za posledních deset let v řádu jednotek.¹³

Jinak řečeno, novela zásadně mění koncept přezkumu spojování soutěžitelů kvůli jednotkám případů v posledním desetiletí, které by zároveň bylo možno zachytit mírným snížením notifikačních kritérií. Už jen touto optikou jdeme s kanonem na vrabce, a to ponechávám stranou fakt, že v případě skutečného narušení hospodářské soutěže v důsledku spojení má ÚOHS v rukou nástroje *ex post* vymáhání.

Český call-in model dle novely paradoxně není tolik vystaven tomu největšímu deficitu, který je s obvyklými call-in modely spojen, tj. ztrátě právní jistoty soutěžitelů. Novela totiž prakticky vytváří pro call-in model pásmo obrátů mezi 100 a 250 miliony Kč na obou stranách s tím, že součet bude stále muset být 1,5 mld. Kč. Určitá míra právní jistoty, resp. jistota pro strany transakcí pod hranicí 100 mil. Kč v lokálním obrátu stran, tedy bude nadále existovat. V kombinaci s možností dobrovolné notifikace se tím však fakticky vytváří další kategorie oznamovaných spojení, přičemž alespoň v úvodní fázi

¹¹ Z toho nicméně ani ÚOHS či vládu nepodezírám, jelikož návrh byl vypracován před rozsudkem SD ve věci *Illumina/Grail*, tedy za situace, kdy se zdálo, že zákonná národní úprava možnosti call-inu nebude potřeba.

¹² Viz ÚOHS. Veřejná konzultace k možným změnám právní úpravy kontroly spojování soutěžitelů v České republice. Červenec 2024, s. 23.

¹³ Tamtéž.

účinnosti lze předpokládat, že možnost dobrovolné notifikace bude využívána stranami velmi pravidelně.

Toto obrátivé omezení, byť má bohužel cíl zachování určité úrovně právní jistoty, ale ve výsledku znamená, že některé potenciálně problematické transakce budou nadále mimo dosah ÚOHS. Bereme-li v úvahu, že by call-in model měl řešit především problematiku lokálních trhů základních potřeb, je dost možné, že právě hranice 100 mil. Kč právě problematické transakce perspektivou čistě lokálních trhů vylučuje. Typicky akvizice jednotlivých výroben, distributorů či prodejen na čistě lokálních trzích (potravin, čerpací stanice apod.) mohou být z hlediska lokálních trhů problematické, přestože nedosahují hranice 100 mil. Kč.

Z mého pohledu je tedy navrhovaný model, jak již naznačuje nadpis této části, kočkopsem, kterému relevantní problémy, pokud vůbec existují, mohou unikat výměnou za určitou úroveň právní jistoty. Osobně nejsem přesvědčen, že by dosavadní kontrola spojování soutěžitelů v kategorii lokálních trhů základních potřeb jakkoliv selhávala. Potom nevidím důvod pro zavedení call-in modelu obecně. Pokud máme jen hledat cesty pro ÚOHS, jak nové Evropské komisi suplovat nyní již nefunkční rozšiřující výklad čl. 22 nařízení o spojování podniků¹⁴ (s čímž také nesouhlasím), pak ale stejně omezením spodní hranicí 100 mil. Kč call-in model nebude dosahovat na typické „zabíjäcké akvizice“ apod.

Pokud však z odborné diskuse v budoucnu vzejde závěr o reálných rizicích na lokálních trzích v budoucnu, potom jsem toho názoru, že call-in model by měl být zaveden v plné síle, bez obrátivých omezení. Jen tak naplní cíl moderního silného soutěžního úřadu. Ruku v ruce s ním by ale měla přijít koncepční procesní změna celého spojování soutěžitelů, vyžadující silné procesní garance, detailní a co nejjasnější *soft law* a *policy* dokumenty ÚOHS deklarující, jaké transakce jsou v hledáčku ÚOHS, a především jasné zakotvení tzv. *comfort letters*. Znovu ale upozorňuji, že tyto otázky je třeba řešit až v okamžiku, kdy bude samotná potřeba call-in modelu identifikována na základě široké odborné diskuse, k čemuž dosud nedošlo.

B. Nový soutěžní nástroj: papírový tygr?

Jestliže call-in model má potenciál zásadně posunout český koncept kontroly koncentrací, navrhovaný nový soutěžní nástroj (dále i „NCT“) významně mění celou ochranu hospodářské soutěže. Zasahuje totiž do *ex post* i *ex ante* ochrany, resp. prostupuje jimi a stírá hranice např. tím, že umožňuje ÚOHS různými opatřeními předem snižovat riziko budoucích kartelů či zneužití dominance.

Nový soutěžní nástroj rozšiřuje pravomoc ÚOHS na situace, které jsou ekonomicky suboptimální, právně však dosud nemají jednoduché řešení. Typickým příkladem je tzv. oligopolní mezera, tedy problematika oligopolních trhů, které se svým fungováním blíží k monopolu,¹⁵ ale právně nedochází k porušení soutěžního práva z důvodu absence individuálního dominantního postavení či dvoustranného jednání. Podstatou neefektivního fungování oligopolních struktur je tzv. tacitní koluze.¹⁶

Historicky nejčastěji navrhovaným řešením oligopolní mezery byl koncept kolektivní dominance. Určitý výsek problémů v tomto

¹⁴ K tomu viz např. KUPČÍK, J. Spojování soutěžitelů a interakce mezi Evropskou komisí a národními úřady: pozapomenutá „holandská“ klauzule a další otázky. *Právní rozhledy*, č. 5, 2022, s. 153 an., nebo ŽÁČEK, K. Článek 22 EUMR. In: KUPČÍK, J. a kol. *Moderní soutěžní právo a ekonomie*, 2024, s. 578-598.

¹⁵ Ortiz Blanco, L. *Market Power in Antitrust Law*. Oxford: Hart Publishing, 2012, s. 174.

¹⁶ Viz např. MÁLEK, J., BEJČEK, J. Tichá (tacitní) koluze. In: KUPČÍK, J. a kol. *Moderní soutěžní právo a ekonomie*, 2024, s. 511-517.

směru lze adresovat zákazem již výzev ke kartelovému jednání.¹⁷ Přiznaně nicméně se tato řešení, především koncept kolektivní dominance, ukazují jako prakticky spíše nefunkční. Patří tedy do všeobecného povědomí, že klasické soutěžní právo nebrání všem suboptimálním situacím z pohledu (soutěžní) ekonomie. S ohledem na zásadní dopady trestání porušení soutěžního práva jsem nicméně tomuto „nedostatku“ vždy rozuměl tak, že jde o jakýsi nezbytný důsledek převedení ekonomické logiky do práva. Bylo by totiž např. v rozporu s elementární zásadou předvídatelnosti, pokud by v důsledku struktury trhu měli být soutěžitelé trestáni za přizpůsobení se tržní situaci (čistě cenové následování). Na druhou stranu soutěžní právo uznává existenci cílových dohod, které mohou být trestány i v případech, kdy ekonomicky neškodí.

Ačkoliv nový soutěžní nástroj nemá, alespoň z formálního pohledu, sankční parametry, nelze pominout, že jeho využití dále zvýší náklady na straně soutěžitelů. Některá opatření uložená za využití nového soutěžního nástroje mohou mít čistě ekonomický dopad srovnatelný s pokutou ÚOHS. Primární otázkou by tedy nemělo být, jak ÚOHS umožnit efektivně formovat oligopolní trhy, ale zda nám nový soutěžní nástroj přináší výhody, které převažují nad negativními důsledky z hlediska předvídatelnosti, které nejsou až tak hmatatelné, a ekonomických dopadů.

ÚOHS se netají svou inspirací k NCT v tržních šetřeních (*market investigations*) britského soutěžního úřadu (CMA).¹⁸ Ten tuto pravomoc využívá již desítky let. Ani tento režim ale není prost kritiky, kterou má smysl převést i do českého prostředí. V prvé řadě bych rád poukázal na fakt, že CMA není jen ochráncem hospodářské soutěže, ale také spotřebitelů. Spotřebitelské otázky se tedy často, a v posledních letech více a více, stávají hlavním objektem tržních šetření.¹⁹ K tomu by ale český NCT sloužit neměl, a ÚOHS by se měl rozhodně vyvarovat zabíhání do spotřebitelských vod při jeho užívání.

Zadruhé, nový soutěžní nástroj vytváří riziko svého zneužití pro otázky, které by správně měly být řešeny prostřednictvím konvenčních nástrojů ÚOHS, tedy prošetřováním zakázaných dohod nebo zneužití dominance či kontrolou spojování soutěžitelů. Novela to obecně reflektuje zákonným korektivem v tom smyslu, že ÚOHS může opatření vydat za podmínky, že se jeví jako nepravděpodobné, že by uplatnění jiných (konvenčních) nástrojů mohlo vést k účinnému a trvalému odstranění soutěžního problému. Prakticky ale ÚOHS zůstává určitá diskrece, stejně jako možnost problém formulovat z jiné perspektivy, než by tomu bylo pro účely konvenčních nástrojů. Příklady z Velké Británie ukazují, že k takovým situacím v praxi dochází.²⁰

Z hlediska výše diskutovaného účelu ÚOHS bohužel novela z možných trhů, na které může být nový soutěžní nástroj uplatněn, vyjímá telekomunikační, energetické a finanční trhy, nad nimiž vykonává dohled sektorový regulátor. Primárně by tedy NCT touto optikou měl sloužit na regulaci trhu potravin, kde již ale ÚOHS funguje i prostřednictvím zákona o významné tržní síle. Současné ani

¹⁷ Jak je např. zavedeno v Řecku – viz zákon č. 4886/2022, který do zákona č. 3959/2011 doplnil čl. 1A.

¹⁸ Viz i odkazy na britský režim v důvodové zprávě k novele.

¹⁹ Viz např. AHLBORN, C., LESLIE, W. 'Jack of All Trades, Master of None': The Ever-increasing Ambit of the Market Investigation Regime. In: RODGER, B., WHELAN, P., MACCULLOCH, A. (ed.). *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*. OUP, 2021, s. 154-156.

²⁰ Viz Např. kauzy Private Motor Insurance (kdy jedním problémem bylo užívání širokých MFN doložek) – viz Private Motor Insurance – Final Report (24.09.2014) https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf; a Movies on Pay-TV (kdy šlo o možné odmítnutí dodávek či self-preferencing) – viz Movies on Pay-TV – Final Report (02.08.2012). https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5519492940f0b614040001ca/main_report.pdf.

demonstrativní výčet možných typů opatření, které by ÚOHS mohl dle NCT ukládat, nenaznačuje žádnou zjevnou cestu ke zlepšení stavu tohoto odvětví. Z hlediska výše diskutovaných priorit ÚOHS tedy NCT zřejmě k žádnému závratnému zlepšení sloužit nebude.

Otázkou tedy je, zda nový soutěžní nástroj v této podobě vůbec potřebujeme, a zda má potenciál ve své okleštěné podobě něco významně změnit. Obávám se, že s touto verzí NCT se ÚOHS nestane moderním a silným soutěžním úřadem, který se na škále posouvá od *ex post* trestání ke konstruktivnějšímu přístupu (formování trhů).²¹

C. Trestání fyzických osob: kladivo na čarodejnice?

Zakotvením správní odpovědnosti fyzických osob jednajících za soutěžitele (sami nejsou soutěžiteli)²² sleduje novela zvýšení atraktivity *leniency* programu (shovívavosti). Novelou z minulého roku již ÚOHS znatelně rozšířil záběr programu i na vertikální dohody, nyní k tomuto „cukru“ novela přidává i „bič“. Odpovědnost fyzických osob je přitom podstatnějším zásahem do koncepce soutěžního práva, než se může zdát na první pohled. Soutěžní právo jako takové stojí na konceptu soutěžitelů jako ústředních subjektů, na něž pravidla dopadají. Soutěžitelé tedy jsou těmi, komu ze ZOHS a SFEU vyplývají hmotněprávní povinnosti, a kdo jsou za jejich splnění (či porušení) odpovědní. I v současnosti zde ale existuje výjimka pro ty nejzávažnější porušení. Taková jednání fyzických osob, která jsou zcela zjevnými porušeními, představují v aktuální úpravě trestný čin. Skutečnosti je, že tyto trestné činy se v praxi prakticky nestíhají.

Je důležité se nyní zastavit u fungování programu *leniency*. Většinou se má za to, že za poklesem *leniency* žádostí stojí především rozvinutí soukromoprávního vymáhání náhrady škody s přijetím směrnice 2014/104/EU. To je samozřejmě skutečnost, kterou novela ovlivnit nemůže, ale je spíše filozofickou otázkou, zda je tedy správné místo snahy o řešení primární příčiny využít ke stejnému cíli zcela nesouvisející nástroj. Otázka nabývá na významu v okamžiku, kdy touto změnou dojde k přenastavení současného režimu vymáhání soutěžního práva představujícímu určitý exces ze základních principů (viz výše).

Současný režim odpovědnosti fyzických osob má dva podstatné aspekty, které novela mění z mého pohledu k horšímu. Zaprvé, trestným činem je z hlediska typového jednání pouze (horizontální) kartel. To se shoduje s okruhem jednání, u nichž zjevně společnost akceptuje jejich škodlivost. Novela odpovědnost fyzických osob rozšiřuje na vertikální cílové dohody, u nichž jednoznačně nepanuje tak široké společenské přijetí jejich škodlivosti. Z tohoto rozšíření, ve spojení s výše zmiňovanou možností vertikální *leniency* žádosti, minimálně implicitně vyplývá, že ÚOHS hodlá tyto nástroje využívat ke stíhání vertikálních dohod typu RPM, které dlouhodobě patří mezi nejčastěji stíhané skutky. Právě u těchto dohod je, zaprvé, hranice mezi zakázaným a dovoleným jednáním poměrně tenká, a zadruhé, povědomí o jejich škodlivosti mnohem méně rozšířené. Rozšíření odpovědnosti fyzických osob tímto směrem může vést ke dvěma extrémům, mezi nimiž bude velmi obtížné balancovat. Na jedné straně může ÚOHS skutečně pravidelně trestat fyzické osoby za vertikální dohody. To se zdá se současnými kapacitami jako nemožné. Především by to ale mělo negativní důsledky na trzích, kde by z obavy před trestáním fyzických osob nedocházelo ani k vertikálním dohodám, které jsou naprosto legitimní. Na druhou stranu může ÚOHS tato jednání přecházet a využívat odpovědnost fyzických osob skutečně jen v exemplárních případech. Od toho tu ale nyní již je trestněprávní odpovědnost. Změnit koncepci trestání kvůli několika

málo případům potom nedává příliš smysl. Konečně to nepřidá ani na důvěryhodnosti ÚOHS a předvídatelnosti celého systému, pokud bude existovat úprava, která v praxi není vymáhána.

Zadruhé, nyní je odpovědnost stanovena trestním právem, ultimátním nástrojem, který by povahově měl představovat nejvyšší úroveň odstrašení a analogicky i motivace k využití *leniency* programu (jako zvláštní formy účinné lítosti). Novela je z tohoto pohledu krokem níže. Mám tedy za to, že dosavadní úprava je v teoretické rovině dostačující, a pokud není v praxi dostatečně aplikována, mělo by se primárně pracovat na tom, jak to změnit.²³

V neposlední řadě je problematickým vztah mezi žádostmi o *leniency* ze strany soutěžitelů a fyzických osob. Vztažení účinků *leniency* žádosti na druhou stranu je totiž připuštěno pouze u žádosti soutěžitele, nikoliv naopak. Pokud má být primárním zájmem odhalování kartelů, nikoliv vybírání pokut, pak není legitimní důvod proti obousměrnému fungování tohoto principu, tedy i vztažení účinků na soutěžitele při podání *leniency* žádosti fyzickou osobou.

Bez této obousměrnosti se podstatně zvyšuje riziko, že se ÚOHS bude snažit aktéry dostat do pozice, kdy *leniency* žádost podá fyzická osoba. To logicky vede k zaměření se nikoliv na ty objektivně nejškodlivější kauzy, ale na ty, v nichž lze využít odpovědnosti fyzických osob jako nástroje nátlaku na odhalování přestupků právnických osob. Hrozí i to, že ÚOHS bude motivován k vyššímu využívání institutu místního šetření v soukromých obydlích fyzických osob právě za účelem vytvoření prostoru pro *leniency* žádost fyzické osoby. Byť se to důvodová zpráva k novele snaží vyvracet, objektivně zavedení správní odpovědnosti fyzických osob v tomto znění zvyšuje tendenci ÚOHS zaměřovat se na stíhání fyzických osob, kterým šetřením bude zasahováno do soukromého života a bude jim ničena profesní reputace.

IV. Závěr

Novela zákona o ochraně hospodářské soutěže přináší několik zásadních změn, které mají potenciál výrazně ovlivnit vymáhání soutěžního práva v České republice. Přestože záměr posílit ÚOHS a modernizovat jeho pravomoci je pochopitelný, je nutné se zamyslet nad efektivitou a důsledky těchto změn. Dosavadní diskuze tento koncepční krok dle mého názoru zcela přeskočila. Z tiskové zprávy bez dalšího vznikl návrh zákona, u něž se převážně diskutovaly již jen konkrétní aspekty a parametry nových institutů. Tento článek tedy měl primárně za účel se zpožděním tuto debatu nastolit. ÚOHS by měl být silným, ale ne všemocným orgánem, který se zaměřuje na řešení prioritních tržních problémů a přispívá k efektivnímu a spravedlivému soutěžnímu prostředí v České republice.

ABSTRACT:

[JAN KUPČÍK: COMPETITION LAW AMENDMENT: A CONTRIBUTION TO THE DISCUSSION] *In the previous issue (3/2024) of Antitrust, Kamil Nejezchleb presented an amendment to the Czech Competition Act, which is to introduce a new competition tool, administrative punishment of individuals (non-undertakings) and a call-in model. Each of these institutes has the potential to fundamentally change the enforcement of competition law in the Czech Republic. The understandable defence of these institutes by the Vice-Chairman of the Office for Competition therefore deserves a reply in which I attempt to provide a view from outside the Office for Competition. The Vice-Chairman and I agree in our preference for a modern competition authority strong enough to effectively protect the Czech competition environment. However, strong is not synonymous with omnipotent.*

²¹ Podotýkám, že o tomto posunu k více intervencionistickému přístupu lze vést samostatnou debatu se zásadními argumenty na obou stranách, na kterou ale bohužel v tomto článku není prostor.

²² Níže pro zjednodušení hovořím jen o fyzických osobách.

²³ Navrhovaná úprava sebou přináší také celou řadu komplikací procesního typu z hlediska např. zákazu sebeobviňování, paralelních řízení nebo vztahu s řízením u Evropské komise. Tyto otázky nicméně ponecháváme pro účely tohoto článku stranou.