

# Compliance Defense a nový přístup Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

PAVEL KOUKAL

ADVOKÁT, RÖDL & PARTNER, ADVOKÁTI, S.R.O., PRAHA



Úvodní slovo kolegy Roberta Nerudy v minulém vydání *Antitrustu* bylo věnováno některým souvislostem vpravdě přelomového rozhodnutí českého Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze září letošního roku, které poprvé zohlednilo zavedení účinného compliance programu jako polehčující okolnosti při uložení pokuty za protisoutěžní jednání.<sup>1</sup> Cílem tohoto příspěvku je posunout diskusi v uvedeném směru o něco dále a pokusit se zařadit význam a dopady tohoto nového přístupu ÚOHS, deklarovaného zveřejněním Zásad zohlednění compliance programu, do širšího evropského kontextu. Nejedná se totiž o nic jiného než o první krok k zavedení soutěžního konceptu, který je v teorii označován jako *Compliance Defense*.

## Úvodem

Na tomto místě je třeba úvodem znovu ocenit už samu výchozí skutečnost, že se Úřad pro ochranu hospodářské soutěže rozhodl zásadním způsobem posílit i svou preventivní úlohu a v rámci kultivace soutěžního prostředí začít relevantně zohledňovat i vhodná a účinná interní opatření soutěžitelů v rámci soutěžní compliance.

Je to nepochybně krok správným směrem, který je v souladu jak s evropskou (unijní) soutěžní politikou, tak i s obdobným přístupem v řadě dalších členských států Evropské unie, kde *Compliance Defense* v některých případech dokonce nachází i výslovnou zákonnou oporu v příslušné právní úpravě.

V tomto směru je navíc možné se vrátit zpět až do roku 2004, kdy Úřad pro ochranu hospodářské soutěže přišel s tehdy výjimečnou programovou iniciativou na podporu soutěžní compliance, která byla prezentována v Informačním listu č. 4 jako *Interní program dodržování soutěžních norem (Compliance programme – program slučitelnosti)*.<sup>2</sup>

Za klíčový význam tohoto ve své době ojedinělého dokumentu je třeba považovat veřejně prezentovanou podporu a odhodlání Úřadu k šíření a prosazování soutěžní compliance mezi soutěžiteli, vyjádřenou mj. i ve výslovné deklaraci toho, že Úřad v případě porušení soutěžních pravidel i přes existenci programu slučitelnosti může zohlednit jeho existenci jako *polehčující okolnost* při určení míry odpovědnosti a stanovení výše pokuty, kterou soutěžitelé hodlá udělit. Je nesporně škoda, že tento ve své době prakticky bezprecedentní poziční dokument Úřadu již dále nebyl nijak rozvíjen a že postupně upadl z řady ne zcela srozumitelných důvodů do zapomnění.

<sup>1</sup> NERUDA, R. *Komplikace s compliance II*. ANTITRUST, 2022, č. 3, s. 66.

<sup>2</sup> *Interní program dodržování soutěžních norem (Compliance programme – program slučitelnosti)*. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Informační list ÚOHS, 2004, č. 4.

Pro zavádění konceptu *Compliance Defense* v českém soutěžním prostředí je podstatné, že nový přístup k zohlednění soutěžní compliance v rozhodovací praxi Úřadu se může opírat rovněž o soutěžní politiku Evropské komise, která se k podpoře interních compliance programů přihlásila již počátkem roku 2012 ve svém pozičním dokumentu *Compliance matters*.<sup>3</sup>

To vše podle mého názoru v současné době vytváří dostatečné východisko k tomu, aby se *Compliance Defense* mohl do budoucna stát skutečně komplexní platformou ÚOHS pro využívání soutěžní compliance (*Antitrust & Competition Compliance*) jako jednoho ze základních nástrojů prevence protisoutěžního jednání. Nelze v tomto směru pochybovat, že stávající *Zásady zohlednění compliance programu* budou ze strany Úřadu dále rozpracovány a že bude v tomto směru využito celé řady informačních a koncepčních zdrojů, které jsou již dnes v soutěžním prostředí k dispozici.

## Zásady pro zohlednění compliance programu

Jak již shora uvedeno, tak v těsné návaznosti na přelomové rozhodnutí Úřadu ze dne 5. září 2022, vydané ve věci uzavírání zakázaných dohod o přímém určení cen pro další prodej (Z – TRADE s.r.o.)<sup>4</sup>, byly na jeho webových stránkách zveřejněny i obecné *Zásady zohlednění compliance programu* (dále také jen „Zásady“).<sup>5</sup>

Zde je třeba nejprve konstatovat, že se v zásadě jedná o prostý informační dokument Úřadu, který nemá standardizovanou či kvalifikovanou formu ve smyslu pramene tzv. *soft law* (oznámení Úřadu, metodiky nebo stanoviska), a lze ho tedy prozatím považovat jen za určitou veřejnou proklamaci či deklaraci záměru Úřadu ohledně jeho dalšího přístupu v dílčí otázce stanovení výše pokut za protisoutěžní jednání.

Důležité přitom v tomto směru je, že v souvislosti s tím prozatím nedoznala žádné změny ani příslušná metodika Úřadu upravující postup při stanovení výše pokut za porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže,<sup>6</sup> a to ve smyslu rozšíření výčtu polehčujících

<sup>3</sup> *Compliance matters*. Evropská komise. Úřad pro publikace Evropské unie, 2012. Dostupné na: [https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/compliance\\_cs](https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/compliance_cs).

<sup>4</sup> Srov. *Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 5.9.2022, sp. zn. ÚOHS-S0365/2020/KD, č.j. ÚOHS-30580/2022/871*. Poněkud matoucí je přitom skutečnost, že zohlednění compliance programu účastníka řízení při stanovení výše pokuty není v cit. rozhodnutí výslovně zmiňováno a že toto vyplývá až z tiskové zprávy Úřadu ze dne 21.9.2022.

<sup>5</sup> *Zásady zohlednění compliance programu*. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, 2022. Dostupné na: <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/zakazane-dohody/zohledneni-compliance-programu.html>.

<sup>6</sup> *Zásady postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovení výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění*. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže. Dostupné na: <https://www.uohs.cz/cs/hospodarska-soutez/metodiky-a-dokumenty/zasady-stanovovani-pokut.html>.

okolností, které umožňují dodatečné snížení základní částky pokuty.

Pokud jde o vlastní obsah Zásad, tak je zřejmé, že se v zásadě jedná o základní a velmi stručnou informaci ohledně toho, jak Úřad chápe význam nastavení vnitřních pravidel k naplňování soutěžní compliance, resp. „*compliance programů v oblasti hospodářské soutěže*“, a o tom, jaké jsou rámcové podmínky pro zohlednění compliance programu jako polehčující okolnosti při stanovení výše pokuty.

Podle Zásad je Úřad připraven vzít při svém rozhodování v úvahu jak již existující, tak i nově zaváděné compliance programy, přičemž podmínky pro jejich možné zohlednění jako polehčující okolnosti vymezuje takto:

- dostatečnost samotného compliance programu vzhledem k velikosti, tržní síle daného soutěžitele a typu trhu na kterém působí;
- úspěšné využití procedury narovnání a/ nebo Leniency programu Úřadu v řízení před Úřadem a zároveň,
- že v případě již zavedeného compliance programu docházelo k protisoutěžnímu jednání bez vědomí statutárních orgánů či managementu daného soutěžitele.

S první a třetí podmínkou pro uplatnění *Compliance Defense* lze nepochybně souhlasit. Naproti tomu, pokud jde o podmínku navázání tohoto institutu s úspěšným využitím procedury narovnání a/ nebo Leniency programu v řízení před Úřadem, tak je třeba souhlasit s Robertem Nerudou, že tato podmínka skutečně nedává smysl.<sup>7</sup>

Jestliže se totiž soutěžitel domáhá uplatnění výhrady *Compliance Defense*, tak by toto mohlo být v rozporu s tím, že se současně v režimu narovnání „doznal“ k protisoutěžnímu jednání, a tedy k selhání compliance programu, anebo, že protiprávní jednání ve formě zakázané dohody „včas oznámil“ Úřadu. V tomto směru tak tato předmětná podmínka jde nejen proti logice věci a samotnému smyslu soutěžní compliance, ale ve svých důsledcích může jít i proti právu na spravedlivý proces.

Na druhou stranu je třeba konstatovat, že tento opatrný a do značné míry limitující přístup Úřadu k možnosti využití *Compliance Defense* lze chápat, neboť Úřad se – bez existence odpovídající právní úpravy anebo alespoň úpravy na úrovni *soft law* – dostává na novou a značně nejistou půdu, kde prozatím nelze relevantně využít předchozí rozhodovací praxe Úřadu anebo závěrů ze soudní judikatury v rámci soudního přezkumu jeho rozhodnutí.

V těchto souvislostech počáteční fáze zavádění *Compliance Defense* do českého soutěžního prostředí nelze Úřadu ani vytýkat, že v Zásadách prozatím nejsou blíže používány a rozlišovány takové výchozí kategorie korporátní compliance, jako je *compliance management systém* a jeho složky, se kterými například ve vztahu k trestní odpovědnosti právnických osob velmi detailně pracuje metodika Nejvyššího státního zastupitelství k aplikaci § 8 odst. 5 zákona o trestní odpovědnosti právnických osob.<sup>8</sup>

Ve vztahu k Zásadám je třeba ještě doplnit jednu krátkou poznámku. Ačkoliv jejich text zjevně vychází z již cit. pozičního dokumentu *Compliance matters*, který Evropská komise zveřejnila v roce 2012, tak Zásady na tento dokument v žádném ohledu neodkazují ani se jej nedovolávají. Je to určitě ke škodě významu nového pří-

<sup>7</sup> Srov. NERUDA, R. *Komplikace s compliance II*. ANTITRUST, 2022, č. 3, s. 66.

<sup>8</sup> *Aplikace § 8 odst. 5 zákona o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim*. Třetí přepracované vydání. Nejvyšší státní zastupitelství, 2020. Dostupné na: <https://verejnazaloba.cz/nsz/cinnost-nejvyššihostatního-zastupitelství/ostatní-dokumenty/>.

stupu Úřadu k možnostem uplatnění *Compliance Defense* v českém soutěžním prostředí, protože širší unijní kontext je zde zcela nezbytný a logický.

### Compliance Defense v evropském soutěžním prostředí

V evropském soutěžním prostředí není koncept *Compliance Defense* ničím novým, neboť možnost snížení pokuty na základě účinných a vhodných opatření v rámci soutěžní compliance je téma, které je diskutováno již řadu let. Na druhé straně ale začal být samotný pojem *Compliance Defense* používán teprve v posledních letech, kdy se dostal do soutěžní compliance zprostředkovaně z oblasti regulační finanční compliance (*Regulatory Finance Compliance, RFC*).

*Compliance Defence* je v rámci soutěžní compliance zpravidla chápána jako právní anebo jinak garantovaná možnost soutěžitele uplatnit v rámci své procesní obrany (obhajoby) existenci interního systému opatření k dodržování pravidel hospodářské soutěže (soutěžní compliance) k tomu, aby byla tato skutečnost posouzena jako polehčující okolnost, která může vést ke snížení výše ukládané pokuty anebo dokonce i k případnému zproštění odpovědnosti za (jinak) protisoutěžní jednání.

Unijním základem pro případné uplatňování konceptu *Compliance Defense* je již zmiňovaný programový a poziční dokument *Compliance matters* z roku 2012, který od doby svého vydání nedoznal žádných podstatných změn. Jeho význam spočívá primárně v tom, že přinesl transparentní a předvídatelný pohled Komise na tuto oblast a její posuzování. Cílem dokumentu přitom je zejména zdůraznit význam compliance pro soutěžitele, seznámit je s výhodami dodržování pravidel hospodářské soutěže a současně na druhé straně upozornit a apelovat na rizika možných významných sankcí a dalších negativních důsledků pro soutěžitele, pokud by bylo zjištěno jejich protisoutěžní chování a non-compliance v oblasti hospodářské soutěže. Obecná compliance (slučitelnost) se soutěžními pravidly EU je přitom vymezována nejen jako právní a etická povinnost, ale současně i jako významná soutěžní výhoda.

Klíčový v tomto směru je důraz kladený na to, aby byl zajišťován skutečně efektivní a účinný soulad s pravidly hospodářské soutěže, a aby od počátku šlo o vytváření adekvátního systému „na míru“, se zohledněním tržního postavení a všech specifík společnosti a se zaměřením na konkrétní problémy. Konečným cílem je vytvoření takové strategie, která zásadním způsobem zvýší povědomí o konkrétních možných konfliktech a třech místech podnikání společnosti se soutěžním právem EU a rozšíření těchto znalostí na všechny úrovně řízení společnosti, od zaměstnanců až po střední a vrcholový management.

Na druhé straně je třeba poukázat na skutečnost, že Komise poměrně jasně deklarovala, že nebude akceptovat účelové a formálně sestavené compliance programy, a v tomto směru vymezila i následující požadavky:

- compliance programy musí být adresné a odpovídat konkrétní situaci a podmínkám dané společnosti, tj. zejména jejímu předmětu podnikání a sektorové příslušnosti, postavení na trhu, velikosti a zdrojům, tj. neexistuje žádný společný univerzální compliance model, využitelný pro všechny společnosti;
- Komise může v tomto směru poskytnout přístup k užitečným informacím a informačním zdrojům, ale příslušný compliance program nebudou posuzovat ani schvalovat.

Pro účely stanovení výše pokut se přiměřeně zohledňuje konkrétní situace společnosti, když samotná existence compliance programu se nepovažuje za polehčující okolnost.

Na základě *Compliance matters* a příslušné judikatury Soudního dvora Evropské unie se koncept *Compliance Defense* v rámci Evropské unie dále rozvíjí, přičemž svého nejvýznamnějšího uplatnění dosáhl ve Spolkové republice Německo tím, že se stal součástí právní úpravy soutěžního práva.<sup>9</sup>

### Compliance Defense jako součást úpravy soutěžního práva

*Compliance Defense* byl do německého soutěžního práva zaveden v rámci 10. novely spolkového Zákona proti omezením hospodářské soutěže (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*), která nabyla účinnosti 19. ledna 2021, a to prostřednictvím nového ustanovení § 81d odst. 1 věta druhá GWB.

Podle tohoto zákonného ustanovení je třeba při *vyměření výše pokuty* za protisoutěžní jednání (přestupek) mimo jiné zohlednit i *compliance úsilí* soutěžitele o prevenci protiprávního jednání a možných škod, jakož i opatření přijatá po protiprávním jednání s cílem předejít nebo zabránit následkům protisoutěžního jednání.

Na tomto místě je třeba poukázat na skutečnost, že přijetí zdánlivě nenápadného ustanovení § 81d odst. 1 věta druhá GWB bylo u odborné veřejnosti od počátku označováno za zavedení konceptu *Compliance Defense* do německého soutěžního práva<sup>10</sup>, a to přesto, že z čistě formálně právního pohledu šlo „pouze“ o doplnění jednoho z kritérií pro vyměření výše pokuty za protisoutěžní jednání.

Na základě shora cit. ustanovení § 81d odst. 1 věta druhá GWB vzniká pro soutěžitele (*Unternehmen*), kteří přijali *účinná a vhodná* preventivní i reakční opatření v rámci compliance management systému (CMS), reálná možnost dovolávat se nové právní úpravy a uplatňovat její zohlednění při vyměření pokuty ze strany Spolkového kartelového úřadu, tak případně i následně v soudním přezkumu správního rozhodnutí před Vrchním zemským soudem v Düsseldorfu (*Oberlandesgericht, OLG Düsseldorf*).

Podstatné v tomto směru je, že existence vhodných a účinných compliance opatření v rámci CMS soutěžitele je relevantní pouze z hlediska možného uložení nižší pokuty za protisoutěžní jednání, nikoliv však v tom směru, že by mohla vést až k úplnému zproštění odpovědnosti.

Podle důvodové zprávy k 10. novele GWB jsou compliance opatření považována za „*účinná*“, pokud soutěžitel přijal veškerá objektivně nezbytná opatření, aby účinně zabránil porušování dotčených ustanovení soutěžního práva ze strany zaměstnanců, přičemž je třeba předpokládat, že taková opatření vedla ke zjištění a oznámení protiprávního jednání.

V tomto ohledu je tak možné zohlednit existenci compliance opatření na straně soutěžitele pro snížení pokuty v případech, kdy přijatá preventivní opatření vedla ke zjištění a oznámení porušení, a současně, kdy vedení (členové statutárního orgánu) ani žádná jiná osoby odpovědné za řízení společnosti se samy na protisoutěžním jednání nepodílely.

Posouzení compliance opatření přijatých by mělo být z hlediska „*vhodnosti (přiměřenosti)*“ provedeno v souladu s dostatečným právním odůvodněním v jednotlivých případech a v závislosti na

<sup>9</sup> Srov. např. KOUKAL, P. *Aktuální témata soutěžní compliance ve Spolkové republice Německo*. ANTITRUST, 2021, č. 4, s. 114.

<sup>10</sup> Srov. např. STAMMWITZ, L. *10. GWB-Novelle erkennt „Compliance-Defence“ im Kartellbußgeldrecht an*. Compliance Berater, 2021, č. 6, s. 191.

velikosti společnosti, soutěžních rizicích v kontextu předmětu podnikání soutěžitele a počtu zaměstnanců.

Nový koncept *Compliance Defense* se ve velmi krátké době stal v německém soutěžním prostředí nejen předmětem řady článků a několika odborných publikací<sup>11</sup>, ale například i samostatného výkladového stanoviska Německého institutu pro compliance (*Deutsches Institut für Compliance, DICO*).<sup>12</sup>

Pokud jde o individuální posouzení, zda zavedená compliance opatření v rámci CMS byla, resp. jsou skutečně účinná a vhodná (přiměřená) ve vztahu k dotčeným soutěžním rizikům, tak významnou roli sehrává i ta okolnost, zda CMS soutěžitele splňuje požadavky mezinárodního standardu ISO 37301:2021 (*Compliance management systems — Requirements with guidance for use*) anebo případně obdobného německého standardu IDW PS 980 (*Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance Management Systemen*).

### Závěr

Závěrem je třeba zdůraznit, že nový přístup Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k otázce zohlednění účinného compliance programu při stanovení výše pokuty za protisoutěžní jednání je nejen významným krokem k vlastnímu zavedení institutu *Compliance Defense* do českého soutěžního prostředí, ale současně představuje i zcela zásadní změnu přístupu Úřadu k soutěžní compliance jako takové.

Klíčové v tomto směru je, že pokud již byl nyní koncept *Compliance Defense* do českého soutěžního prostředí a rozhodovací praxe Úřadu reálně zaveden, a to bez ohledu na absenci příslušné úpravy v zákonu o ochraně hospodářské soutěže anebo v režimu tzv. soft law, tak je nepochybné, že bude dále rozvíjen a prohlubován, a to i v širším kontextu soutěžního prostředí Evropské unie.

V těchto souvislostech přitom bude rozhodující, jakým způsobem má být do budoucna nastaven standard „*efektivního a přiměřeného compliance programu*“, to znamená, jaké konkrétní požadavky musí splňovat interní pravidla a opatření přijímaná v rámci soutěžní compliance k tomu, aby mohla být posouzena jako polehčující okolnost vedoucí ke snížení pokuty v rámci řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže. Tato otázka by se přitom měla nepochybně stát předmětem širší diskuse nejen na samotné půdě Úřadu, ale v rámci celé soutěžní komunity.

### ABSTRACT

[PAVEL KOUKAL: COMPLIANCE DEFENSE AND A NEW APPROACH BY THE OFFICE FOR THE PROTECTION OF COMPETITION]

*This article deals with compliance defence and a new approach recently adopted by the Czech Office for Protection of Competition when it comes to applying an effective compliance policy as one of the mitigating circumstances in setting the amount of administrative penalty. In this article, we present the new approach of the Office for the Protection of Competition in the context of the whitepaper “Compliance Matters” published by the European Commission in 2012 and a fundamental overhaul of the German Competition Act in 2021, which introduced compliance defence as a new instrument of the German competition law.*

<sup>11</sup> Srov. např. VOLKERS, M. *Compliance Defense im Kartellbußgeldverfahren*. Berlin, Peter Lag Verlag, 2022, n. STAMMWITZ, L. *10. GWB-Novelle erkennt „Compliance-Defence“ im Kartellbußgeldrecht an*. Compliance Berater, 2021, č. 6, s. 191.

<sup>12</sup> *Zur Auslegung der Compliance Defense im GWB-Digitalisierungsgesetz (§ 81d Abs. 1 S. 2, Ziff. 4 und 5 GWB)*. Stellungnahme. DICO – Deutsches Institut für Compliance s.V. Berlin, 2021.