

# Aktuální témata soutěžní compliance ve Spolkové republice Německo

PAVEL KOUKAL

ADVOKÁT, ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ RÖDL & PARTNER, PRAHA



Před více než dvěma lety jsme se v revue *Antitrust*, č. 2/2019, poprvé společně zabývali problematikou stavu a celkové úrovně soutěžní compliance ve Spolkové republice Německo a poukázali v této souvislosti i na některé možnosti jejího využití pro soutěžní prostředí v České republice a na Slovensku. S určitým časovým odstupem od tohoto příspěvku je na místě se k této problematice znovu vrátit a alespoň ve stručnosti zmínit ta aktuální compliance témata, která v současné době v německém soutěžním prostředí nejvíce rezonují.

## Úvod

Jak již bylo dříve konstatováno ve shora zmiňovaném prvním příspěvku věnovanému soutěžní compliance ve Spolkové republice Německo, tak zde rozvíjená *kartellrechtliche Compliance*<sup>1</sup> má hned několik specifických rysů, z nichž za nejvýznamnější lze považovat dlouhodobý důraz na vytváření společných přístupů a konceptů v rámci oborových a odvětvových svazů či sdružení (*Verbände*, popř. *Vereine*).<sup>2</sup>

V tomto kontextu však soutěžní compliance až na malé výjimky nezaznamenala v posledních dvou letech výraznější posun a stávající odvětvové příručky a návody (*Leitfaden*) podnikatelských svazů a sdružení prozatím nedoznaly žádných podstatnějších změn, což platí i v případě jinak velmi agilního Spolkového sdružení německého průmyslu (*Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.*, *BDI*).<sup>3</sup>

Lze tedy konstatovat, že na této úrovni prosazování soutěžní compliance dochází k určitému časovému zpoždění v reakci na zásadní změny v právní úpravě německého soutěžního práva, kterou přinesla v pořadí již 10. novela spolkového Zákona proti omezením hospodářské soutěže (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, *GWB*), která nabyla účinnosti 19. ledna 2021.

Z hlediska soutěžní compliance, a to nejen v německém, ale i v širším evropském kontextu, bezesporu představuje tu nejvýznamější progresivní změnu zákonně ukotvení výslovného *compliance* konceptu, který je obsažen v novém ustanovení § 81d odst. 1 věta druhá *GWB*. Podle tohoto nového zákonného ustanovení je totiž 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 označeno za zavedení konceptu *Compliance Defence* do německého soutěžního práva<sup>4</sup>, a to přesto, že z čistě formálně právního pohledu jde „pouze“ o doplnění jednoho z kritérií pro vyměření výše pokuty za protisoutěžní jednání.

Vedle tohoto přelomového ustanovení jsou pro soutěžní compliance a soutěžitele samotné ve Spolkové republice Německo nepochybně významné i možnosti využití nových pravidel programu shovívavosti (*Kronzeugenprogramm*), který je právně upraven v ustanoveních §§ 81h až 81n zákona.<sup>5</sup> Je přitom podstatné, že samotnému tématu programu shovívavosti (*Leniency program*) je ve SRN obecně věnována velmi velká pozornost a toto téma zde také patří ke klíčovým otázkám soutěžní compliance, a to zvláště poté, co na základě zákonného zmocnění vydal Spolkový kartelový úřad 23. srpna 2021 své Pokyny k programu shovívavosti (*Leitlinien zum Kronzeugenprogramm*)<sup>6</sup>, na které pak navázaly i prováděcí procesní pokyny ze dne 11. října 2021.

Ve srovnání s těmito hlavními tématy je pak ve spolkové republice již nepoměrně méně pozornosti věnováno dalším aktuálně diskutovaným otázkám tamní soutěžní compliance, jako jsou například nová pravidla týkající se dat a nároku na přístup k datům (*Datenzugangsanspruch*), upravená v novelizovaném ustanovení § 20 odst. 1 *GWB*, anebo německý soutěžní „evergreen“ v podobě problematiky využívání *rabatů a bonusů* v obchodně smluvních vztazích.

Je přitom v těchto souvislostech logické, že i soutěžní právo a soutěžní compliance od počátku roku 2020 výrazně ovlivňují závažné problémy a dopady spojené s globální pandemií onemocnění covid-19 způsobeného koronavirem SARS-CoV-2.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Srov. např. STAMMWITZ, L. 10. *GWB*-Novelle erkennt „Compliance-Defence“ im Kartellbußgeldrecht an. *Compliance Berater*, 2021, č. 6, s. 191.

<sup>5</sup> V zájmu lepšího pochopení vzájemných souvislostí je v textu používán pro označení *Leniency* programu zavedený český výraz „program shovívavosti“, když by doslovný český překlad spojený se slovním spojením „Kronzeugen“ – „korunní svědci“ mohl být zčásti zavádějící.

<sup>6</sup> Srov. Bekanntmachung Nr. 14/2021 über allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung des Ermessens bei der Gestaltung des Verfahrens und der Anwendung des kartellrechtlichen Kronzeugenprogramms nach §§ 81h-81n *GWB* („Leitlinien zum Kronzeugenprogramm“). Bundeskartellamt, Bonn, 2021, 23. August [online]. Dostupné: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung\\_Kronzeugenprogramm\\_Leitlinien\\_Oktober2021.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung_Kronzeugenprogramm_Leitlinien_Oktober2021.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

<sup>7</sup> Srov. např. KÖRBER, T. Kartellrecht und Kartellrechtspraxis in Zeiten von COVID-19. *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)*, 2020, č. 7.

<sup>1</sup> V německy mluvících zemích se pro mezinárodně požívané angl. spojení *Antitrust & Competition Compliance* používá něm. termínu *kartellrechtliche Compliance*, popř. i *wettbewerbsrechtliche Compliance*.

<sup>2</sup> Srov. KOUKAL, P. Soutěžní compliance ve Spolkové republice Německo. *ANTITRUST*, 2019, č. 2, s. 59.

<sup>3</sup> Srov. BDI Leitfaden Kartellrecht. Grundsätze, Risiken und Compliance. Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Berlin, 2015 [online]. Dostupné z: <https://bdi.eu/media/publikationen/#/publikation/news/leitfaden-kartellrecht/>

### Compliance souvislosti novely Zákona proti omezením hospodářské soutěže

Jak již bylo konstatováno, tak možnost a současně i povinnost zohlednění *compliance úsilí* soutěžitele v rámci řízení o uložení pokuty za protisoutěžní jednání (přestupek) zakotvilo nové ustanovení § 81d odst. 1 věta druhá spolkového Zákona proti omezením hospodářské soutěže.

Na základě tohoto ustanovení tedy 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, jako to například obecně umožňuje česká právní úprava v § 8 odst. 5 zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim. O tak zásadních možných dopadech účinných a vhodných *compliance opatření* přitom, oproti české úpravě, neuvažuje ani dosavadní legislativní návrh spolkového Zákona k posílení integrity v hospodářství (*Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*), který by měl i pro Spolkovou republiku Německo konečně zavést plnou trestní odpovědnost právnických osob.

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 jiné 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

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

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 samozřejmě bude hrát do budoucna 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 tohoto článku je možné konstatovat, že 10. novela Zákona proti omezením hospodářské soutěže vnesla z pohledu korporátní *compliance* do německého soutěžního prostředí zcela zásadní změnu, když reálně umožnila, aby se soutěžitelé domáhali zohlednění interních *compliance opatření* v rámci řízení o uložení pokuty. Ačkoliv se tato poměrně radikální změna právní úpravy prozatím výrazněji neprojevila v korporátní sféře ani na úrovni oborových a odvětvových sdružení, tak sama o sobě vytváří další motivaci pro obchodní společnosti, aby investovaly do rozvoje a revize korporátní *compliance* a svých *Compliance management systémů*, včetně pravidel, opatření a nástrojů soutěžní *compliance*.

### ABSTRACT:

#### [PAVEL KOUKAL: CURRENT TOPICS OF ANTITRUST & COMPETITION COMPLIANCE IN THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY]

*This article deals with current issues of Antitrust & Competition Compliance in the Federal Republic of Germany, especially in relation to the 10th amending bill to the Federal Act against Restraints of Competition. In this respect, the main focus is on the significance of the entirely new provision set forth in Section 81d(1), second sentence, of the cited act. This new provision allows competitors (undertakings) to invoke the fact that they have internally implemented effective and appropriate compliance measures for the prevention and/or preclusion of the consequences of such anticompetitive conduct in order to obtain a reduction in the fine. It can be expected that this change in the law will become a very important incentive for the further, extensive development of the area of Antitrust & Competition Compliance in the Federal Republic of Germany.*