

Posudek oponenta na disertační práci „Určování výše náhrady škody způsobené porušením antimonopolního práva Evropské unie a soukromoprávní vymáhání její náhrady“

Předloženou disertační práci vypracoval JUDr. Ing. Bc. Petr Fabian na katedře evropského práva Univerzity Karlovy v rámci doktorského studijního programu Teoretické právní vědy. Jeho školitelem je prof. JUDr. Richard Král, LL.M., PhD., DSc.

Téma je mimořádně aktuální vzhledem ke snaze EU v posledních letech podnít a harmonizovat soukromoprávní nástroje prosazování soutěžního práva v členských zemích, resp. vymáhání náhrady škody způsobené jeho porušením. Aktuálnost je podtržena přijetím zákona č. 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže, kterým byla v ČR implementována Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/104/EU z 26.11.2014, o určitých pravidlech upravujících žaloby o náhradu škody podle vnitrostátního práva v případě porušení právních předpisů členských států a Evropské unie o hospodářské soutěži. Tento zákon do českého soukromého kartelového práva přinesl řadu nových prvků a možností důsledněji prosazovat soutěžní právo ČR (i EU) a chránit nejen oběti porušení práva, ale i komplexněji hospodářskou soutěž před jejím narušováním. V nové úpravě jsou však i některé aplikační nejasnosti, zejména z hlediska šíře a obsahu použitých pojmů a právního režimu zpřístupňování důkazů o porušení práva, resp. jejich znepřístupnění ve vazbě na systém leniency a narovnání, ale i způsobů výpočtů náhrady škody, které bude muset česká teorie i praxe překonat a k tomu by mohlo řešení tohoto tématu přispět.

V právu ČR sice již dříve existovala právní úprava pro vymáhání soukromoprávních nároků z porušení kartelového a antimonopolního práva, a to nejprve v § 17 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže. Po jeho nahrazení současným zákonem č. 143/2001 Sb. tato úprava nebyla převzata a tedy neexistovala výslovná úprava, i když vymáhání soukromoprávních nároků možné bylo na základě § 41 ObchZ podle obecných ustanovení obchodního zákoníku (§ 373).¹ V současné době je tato otázka řešena opět výslovně v novém ObčZ – v § 2990, resp. 2972. Jednalo se však jak dříve tak i v současnosti o velmi obecný a stručný text, jen o výčet nástrojů soukromého práva. Nový zákon přinesl mnohem podrobnější úpravu. Je samozřejmě otázka, zda přinese větší nápad případů soukromoprávního vymáhání – jak je to např. v předobrazu nového snažení EU – v právu a praxi americké, ovšem koncepce nové úpravy tomu moc nenapomáhá – přesto student na s. 10 vyjadřuje očekávání, že bude počet případů uplatnění nároku na náhradu škody přibývat – bylo by zajímavé, kdyby zjistil změnu počtu těchto případů po nabytí účinnosti nového zákona.

V Úvodu, označeném jako kapitola 2 student kromě stručného přehledu o ekonomických aspektech právních nástrojů ochrany hospodářské soutěže zejména o rozsahu škod způsobených jejím narušením vymezuje cíl práce jako „analýza, jakým způsobem dochází ke zjišťování výše škody způsobené porušením soutěžního práva“, resp. „analýza základních metod a postupů při určování výše škody způsobené porušením práva na ochranu hospodářské soutěže a základních faktorů, které mohou mít na výši škody vliv“. Zde také vymezil výzkumnou otázku - „zda právní úpravy ČR a Portugalské republiky přijaly dostatečné opatření k provedení harmonizace práva EU“ (cit. Směrnice 2014/104/EU). Vytčený cíl student naplnil, oponent jen doporučuje napříště nevymezovat cíl v provádění samotné analýzy, ale zaměřit ho na určitá zjištění pomocí metody analýzy. V Úvodu student

¹ Viz např. Munková, J. Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. Praha: C.H.BECK/SEVTE, 1994, s. 95

vymezuje i metody, s nimiž dále pracuje, a to právě s analýzou, syntézou, komparací práva ČR a Portugalska. Celkem má práce 223 stran a 964 odkazů pod čarou, a to z literatury monografické (29) i časopisecké (47), české i zahraniční, z právních předpisů ČR (12), EU (18) a zahraničních (19), z rozhodnutí českých soudů (16), SDEU (59) a z dokumentů Evropské Komise (20) a z internetových zdrojů (11). Práce má i seznam zkratk a obsahuje ve vlastním zpracování studenta i schémata (např. s. 156) a grafy (s. 118, 125).

Vlastní text disertace začíná stručnou kapitolou 3 – o historii soutěžního práva EU a úpravě náhrady škody způsobené porušením soutěžního práva EU jako posledním prvkem. O jejím vývoji pojednává část 4 - vývoj započal rozhodnutím SDEU ve věci *Courage* z r. 2001, na něž navazovaly další judikáty, Zelená a Bílá kniha a vyvrcholilo to přijetím Směrnice 2014/104/EU. Po stručných historických kapitolách následuje systémově důležitá teoretičtější kapitola 5. o vztahu mezi soukromoprávním a veřejnoprávním vymáháním soutěžního práva EU, kde soukromoprávní nástroje jsou v praxi EU (na rozdíl od kolébky moderního antitrustového práva - USA) chápány jako doplňkové. Zde se dotýká i otázky nadužívání soukromoprávního vynucování a řešení otázky dvojího postihu porušitele – sankcí Komise i náhrady škody zároveň, avšak student dochází ke správnému závěru, že na něj nelze vztahovat zásadu *ne bis in idem*, protože má každý z nich jinou funkci. V kapitole 6. se práce věnuje vazbám na program *leniency* a proceduru narovnání s beztrestností či omezeným veřejnoprávním postihem, kde by však důkazy přinesené samotným porušitelem mohly vést k jeho ekonomicky možná těžšímu postihu soukromoprávnímu, což by jej stimulovalo k odmítnutí součinnosti s orgánem ochrany soutěže pro obavy z „prozrazení“ důkazů proti sobě i z přiznání se k porušení práva - a stal by se snadným terčem žalob na náhradu škody. Možná by stála za zmínku i podobná vazba těchto nástrojů s trestním postihem porušitele včetně trestní odpovědnosti právnických osob.

Kapitola 7. se věnuje přehledu vlastního tématu disertace - problematice náhrady škody vzniklé z porušení soutěžního práva EU, a to především postupu při přijímání Směrnice 2014/1204/EU. Je zajímavé zjištění, které student přináší na s. 34, že pro evropský styl soutěžně-právního myšlení je příznačná obtížnost její implementace v členských zemích, kde jen v 6 zemích EU se podařila její včasná transpozice (v ČR nikoliv, stejně jako ve většině členských zemí i v komparovaném Portugalsku). Z citovaných ustanovení Směrnice (odst. 3 a 12 Preambule a čl. 1 odst. 12 a čl. 3 odst. 1) student dochází na s. 38 a pak i 68 k závěru, že Směrnice se nevztahuje na nemajetkovou újmu a bezdůvodné obohacení (na s. 68 ale připouští i nemajetkovou újmu ze zneužití tržní dominance). Je ovšem třeba k tomu uvést, že ve studentem citovaných ustanoveních Směrnice se nevyskytuje výslovně vyloučení jejího použití pro nemajetkovou újmu ani bezdůvodné obohacení. V některých členských státech však výraz náhrada škody kryje i nemajetkovou újmu, resp. z pohledu daného státu „nemajetkovou škodu“ (např. v anglickém právu pojem „damages“), a v tom případě by se Směrnice měla překládat do českého práva spíše jako „náhrada újmy“. V této kapitole se student zabývá i pojmem podnik v právu EU, pojmem „kartely“, přičemž tento pojem používá i pro vertikální dohody, dále pojmem zneužití dominantního postavení a jeho vylučovacími a vykořisťovacími praktikami. Ve vazbě na náhradu škody pak i pojmem zavinění a příčinné souvislosti, které cit. směrnice neřeší. Speciální problematiku pak představuje omezení solidární odpovědnosti a přenesení škody, resp. zvýšené ceny. Kapitola je ukončena dílčími závěry.

V kapitole 8. se student zabývá procesními aspekty žalob na náhradu škody z porušení soutěžního práva, rozhodným právem podle nařízení Řím II, dokazováním, zejména vysvětluje ekonomické důkazy, přístupností důkazů a kolektivním vymáháním náhrady škody – včetně jejich členění na reprezentativní a skupinové s inspirací v americkém právu.

V tomto bodě se student věnuje i české právní úpravě skupinových žalob a věcnému záměru zákona o hromadných žalobách, přičemž uvádí komparaci s právem portugalským.

Největším přínosem práce je kapitola 9., věnovaná kvantifikaci škod způsobených porušením soutěžního práva, a to jak dohodami (kartely) – s uvedením jednotlivých dílčích metod (srovnávací, regresní analýza, simulované srovnávací trhy, nákladově orientované metody, ziskově orientované metody včetně grafů na s. 118 a 125), tak zneužitím tržní dominance (kvantifikace škod z vylučovacích a vykořisťovacích praktik). V této kapitole se opět vrací k otázce přenesení škody.

Vzhledem k tomu, že dosavadní výklad se vztahoval čistě na právo EU, je další výklad od kapitoly 10. zaměřen na náhradu škody způsobené porušením soutěžního práva EU v ČR, a to jak vývojem právní úpravy v ČR (již výše naznačeným) a úpravou obecné povinnosti hradit škodu podle ObčZ, tak zákonem 262/2017 Sb. o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže, který implementuje zmíněnou směrnici. Zabývá se zde zejména otázkou rozsahu náhrady škody a kompenzačním úrokem (ve vztahu k ušlému zisku) a dalšími nástroji přenesenými do českého zákona ze Směrnice s určitými odchylkami (např. u promlčení). Specifikum je zvláštní řízení o zpřístupnění důkazního prostředku, požadavek na složení jistoty, výkon rozhodnutí o zpřístupnění důkazů.

Srovnávací záměr disertace je realizován v kapitole 11, pojednávající o úpravě náhrady škody způsobené porušením soutěžního práva v portugalském právu. Náhradu škody upravuje obecně občanský zákoník z r. 1966 a zvláštní zákon č. 23/2018, přijatý ještě po ČR. Na rozdíl od české úpravy počítá portugalský i s nápravou nemajetkové újmy.

Otázky k obhajobě:

1. Jak řešit pojmovou šarádu nového zákona, který je jak v názvu, tak i v textu zaměřen JEN na uplatnění nároku poškozené osoby na náhradu škody (§ 3 a násl. cit. zákona) – a s tímto nárokem související významné otázky povinnosti orgánu ochrany hospodářské soutěže ke zpřístupnění důkazů, resp. naopak zákaz jejich zpřístupnění, jsou-li to „důvěrné informace“ – získané v rámci programu leniency nebo narovnání dle § 10, resp. § 15 s odkazem na § 2 odst. 2 písm. a) a b) cit. zákona a „přenesení navýšení ceny“ dle § 29-30 cit. zák. Lze toto užší pojetí odvíjet od textu Směrnice 2014/104/EU, kde se ale nikde nevyskytuje zmínka o tom, že by se nárok nevztahoval na nemajetkovou újmu (u bezdůvodného obohacení je tento výklad přirozenější, jedná se o odlišný instrument), když pojem „náhrada škody“ – damages - podle řady právních řádů pokrývá i nemajetkovou újmu/škodu (zřejmě i dle úpravy portugalské – viz s. 187 disertace). Platí tyto příkazy či zákazy a řešení „přenesení navýšení ceny“ i při uplatnění nároku na nemajetkovou újmu (přiměřené zadostiučinění) nebo na bezdůvodné obohacení nebo se může žadatel vyhnout těmto omezením a úpravám, požádá-li ne o náhradu škody, ale o nápravu nemajetkové újmy (včetně nápravy v penězích) nebo o bezdůvodné obohacení, kterých se na jeho úkor nepochybně porušitel soutěžního práva může dopustit? Může se tomuto zákazu vyhnout orgán ochrany hospodářské soutěže a poskytnout žadateli i důkazy, které získal v rámci programu leniency nebo narovnání, když důvodem nebude nárok na náhradu škody, ale na nemajetkovou újmu či bezdůvodné obohacení? Tuto pojmovou nejasnost (při současném ostrém rozlišení náhrady škody – majetkové újmy a nápravy nemajetkové újmy v českém soukromém právu v ObčZ) podtrhuje fakt, že úprava nároků podle

§ 17 zákona č. 63/1991 Sb. i současných obecných nároků podle § 2990 ObčZ výslovně uváděla i uvádí všechny tři tyto typy nároků – náhradu škody, nemajetkové újmy a vydání bezdůvodného obohacení, resp. neoprávněného majetkového prospěchu? Proč se nový cit. zákon těmto dalším soukromoprávním nástrojům vymáhání práva jako důvodům pro výrazná specifika řízení před soudem vyhýbá, když v úpravě možných dopadů zpřístupnění těchto dokumentů, zejména šikanózním postupem „poškozeného“, v § 12 cit. zákona uvádí výslovně nejen možnou škodu, ale i jinou újmu – a k zajištění možného soukromoprávního postihu předepisuje složení jistoty ve výši 100.000 Kč s případným jejím navýšením ve formě doplatku?

2. Domnívá se student, že je nová úprava v cit. zákoně dostatečně stimulující k tomu, aby poškození nároky skutečně uplatňovali ve větší míře – v porovnání s úpravou americkou, která systémem „treble damages“ umožňuje poškozenému až trojnásobek utrpěné škody, což je nepochybně hlavním důvodem až 90% uplatnění soukromoprávních nároků oproti veřejnoprávním. I při zvážení rozdílností amerického práva, zejména tzv. punitive (exemplary) damages, je možno zvažovat omezení nároků dle § 4 odst. 1 in fine cit. zák. jako nestimulující a naopak je možno připomenout podobný nástroj vymáhání práv ve výši minimálně dvojnásobku obvyklého licenčního poplatku i v českém právu podle § 5, resp. § 5a zákona č. 221/2006 Sb. o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví a ochraně obchodního tajemství, ale i dvojnásobku licenční odměny u bezdůvodného obohacení dle § 40 odst. 4 AutZ, ale dvojnásobek obvyklé odměny umožňuje výjimečně i § 3004 odst. 2 ObčZ v obecné úpravě bezdůvodného obohacení při zásahu do přirozených práv člověka. Ve všech těchto případech je zásada ekvivalence náhrady a utrpěné škody/újmy vychýlena ve prospěch poškozeného, což slouží jednak vyššímu odstrašení porušitele, ale umožňují napravit i negativní dopady zásahu, které nelze vždy jasně vyúčtovat a prokázat.
3. Vztahuje se povinnost orgánu ochrany soutěže vydat důkazy pro uplatnění práva na náhradu škody podle cit. zákona i na Ministerstvo financí v rámci řízení o zneužití hospodářského postavení dominantního prodávajícího k získání nepřiměřeného hospodářského prospěchu prodejem za cenu zahrnující neoprávněné náklady nebo nepřiměřený zisk (a obdobně i kupujícího naopak za neoprávněně nízkou cenu) podle § 2 odst. 3 zákona o cenách?
4. Jaké jsou hlavní rozdíly v portugalské právní úpravě ve srovnání s českou? V čem by se mohla česká úprava inspirovat?

Posuzovanou práci pokládám za zdařilou, přinášející nové poznatky, zejména v otázce modelů výpočtu náhrady škody, kde ku prospěchu bádání nad soutěžním právem jistě přispělo i studentovo vzdělání ekonomické. **Práci doporučuji k obhajobě před příslušnou komisí pro obhajoby disertační práce.**

V Praze, dne 5. 6. 2019

Prof. JUDr. Martin Boháček, CSc.

oponent