

Jan Kupčík\*

## VÝJIMKA DLE § 3 ODS. 4 ZOHS V ROZHODOVACÍ PRAXI ÚOHS

Exemption under Section 3(4)  
of the Czech Competition Act in Decision-Making  
Practice of the Czech Competition Office

*Mnobo zdraví, vitality a pokračující řady studentů nadšených Vaším akademickým přístupem, rozhledem a odborností, pane profesore! Bylo mi ctí spojit s Vámi velkou část mého vysokoškolského studia a naučit se od Vás vše, co je do akademického života potřeba.*

### Abstrakt

V moderní rozhodovací praxi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nemá vynětí ze zákazu protisoutěžních dohod dle § 3 odst. 4 ZOHS, resp. čl. 101 odst. 3 SFEU místo. Tento příspěvek si dává za cíl analyzovat rozhodovací praxi, která se těchto ustanovení dotýká, a zhodnotit kvalitu odůvodnění toho, proč Úřad tuto výjimku ze zákazu v jednotlivých případech neaplikoval. Pro tyto účely je nezbytné nejprve teoreticky rozebrat jednotlivé podmínky aplikace výjimky. Následně jsou identifikovány nejčastěji užívané argumenty pro nepoužití výjimky v rozhodovací praxi a hodnocena jejich přiléhavost v uvedeném teoretickém kontextu.

---

\* Ing. Mgr. Jan Kupčík, Ph.D., advokátní kancelář Schönherr, Praha / Schönherr law firm, Prague, Czech Republic / E-mail: [jan.kupcik@mail.muni.cz](mailto:jan.kupcik@mail.muni.cz)

**Klíčová slova**

Hospodářská soutěž; soutěžní právo; protisoutěžní dohody; výjimka; § 3 odst. 4.

**Abstract**

In the modern decision-making practice of the Office for the Protection of Competition, the exemption from the prohibition of anticompetitive agreements pursuant to Section 3(4) of the Act on the Protection of Competition and Article 101 (3) of the Treaty on the Functioning of the European Union is not applied. This paper aims to analyze the decision-making practice that relates to these provisions and to assess the quality of the stated reasons, why the Office did not apply this exemption in individual cases. For these purposes, it is necessary to theoretically analyze the conditions for the application of the exception. Subsequently, the most frequently used arguments for not using the exception in decision-making practice are identified and their suitability in the theoretical context is examined.

**Keywords**

Competition; Competition Law; Anticompetitive Agreements; Exemption; Art. 101(3).

**1 Úvod**

Ustanovení § 3 odst. 4 ZOHS je, stejně jako jeho obdoba v čl. 101 odst. 3 SFEU, v moderní historii českého a evropského soutěžního práva spíše mytickým pojmem – lapidárně a zjednodušeně řečeno, všichni věří v jeho existenci, ale nikdo ho nikdy neviděl v akci.

Od modernizace českého i unijního práva v letech 2004, resp. 2003, při níž došlo k systémové změně z režimu individuálních výjimek formou rozhodnutí příslušného úřadu na režim automatický, založený na sebezposuzování soutěžitelů a posuzování splnění podmínek pro vynětí ze zákazu pouze v rámci standardního řízení o možném porušení, významně poklesla relevantní rozhodovací praxe k § 3 odst. 4 ZOHS, resp. čl. 101 odst. 3 SFEU. Nedostatek precedentů však soutěžitelům podstatně ztěžuje zmiňované sebezposuzování, což vede k relativní nejistotě v tržním prostředí a možná

i ke zbytečně opatrnému přístupu i v případech, které by nakonec § 3 odst. 4 ZOHS splňovaly. Zároveň již těžko lze vycházet z rozhodovací praxe před onou modernizací, jednak jednoduše kvůli tomu, že „nejnovější“ rozhodnutí budou brzy již 20 let stará, a zároveň soutěžní právo v praxi i tržní realita doznaly za tu dobu významných změn.

Proto považuji za smysluplné zabývat se rozhodovací praxí ÚOHS v posledních letech, která se dotýkala tématu § 3 odst. 4 ZOHS (případně čl. 101 odst. 3 SFEU). Užitečné by to mělo být již jen z toho důvodu, že taková analýza by měla soutěžitelům alespoň drobně efektivně zvýšit možnost sebeposuzování a schopnost odhadovat přístup ÚOHS k jejich případu. Druhým přínosným bodem by měla být systematizace argumentů užívaných ÚOHS ve vztahu k otázce uplatnění výjimky ze zákazu dle § 3 odst. 1 ZOHS a jejich kritické zhodnocení.

V tomto příspěvku se tedy postupně věnuji teoretickému rozboru jednotlivých elementů § 3 odst. 4 ZOHS (část 2) a analýze rozhodovací praxe ÚOHS ve vztahu k tomuto ustanovení (část 3). V závěru jsou shrnuty hlavní výstupy z této analýzy.

## 2 Složky § 3 odst. 4 ZOHS

Ačkoliv je § 3 odst. 4 ZOHS, stejně jako čl. 101 odst. 3 SFEU, formálně rozdělen do tří bodů, obsahuje celkem čtyři podmínky pro vynětí dohody ze zákazu:

- i. příspěvní ke zlepšení výroby nebo distribuce zboží nebo k podpoře technického či hospodářského rozvoje,
- ii. vyhrazení spotřebitelům přiměřeného podílu na výhodách plynoucích z dosažení ad (1),
- iii. neuložení soutěžitelům omezení, která nejsou nezbytná k dosažení cílů ad (1) a (2), a
- iv. neumožnění soutěžitelům vyloučit hospodářskou soutěž na podstatné části trhu zboží, jehož dodávka nebo nákup je předmětem dohody.

Tyto jednotlivé složky jsou diskutovány v teoretické rovině v částech 2.1 až 2.4 níže.

Nejprve je nicméně třeba stručně diskutovat obecný smysl existence § 3 odst. 4 ZOHS, resp. čl. 101 odst. 3 SFEU. Pro podrobnou diskuzi, která vydá na kapitolu či kapitoly, není v tomto příspěvku prostor, tuto otázku lze ale zjednodušeně shrnout následovně. Před již zmiňovanou změnou režimu minimálně na úrovni Komise sloužil čl. 101 odst. 3 SFEU také jako nástroj k promítnutí jiných, mimoekonomických cílů do rozhodování (průmyslové politiky, ochrany životního prostředí nebo např. pluralismu).<sup>1</sup> Pokyny k čl. 81 odst. 3<sup>2</sup> nicméně v tomto směru podstatně změnily kurz Komise ve vztahu k čl. 101 odst. 3 SFEU. Dle nich je smyslem čl. 101 odst. 3 SFEU hodnotit jen pozitivní *ekonomické* účinky dohod.<sup>3</sup> Jinak řečeno, dle názoru Komise má čl. 101 odst. 1 SFEU sloužit k posuzování (jen) negativních potenciálních nebo skutečných účinků dohody na hospodářskou soutěž (ať už do jisté míry abstraktně, pokud se má jednat o „by object“ narušení, anebo konkrétně při „by effect“ analýze). Čl. 101 odst. 3 SFEU pak slouží k vyvažování pozitivních účinků na hospodářskou soutěž.

Takový přístup je nicméně v rozporu s předchozí praxí Komise, a především s historickým výkladem čl. 101 odst. 3 SFEU – jeho zahrnutí do primárního práva bylo rozhodnutím spíše politickým, nikoliv ekonomickým.<sup>4</sup> Čl. 101 odst. 3 SFEU je třeba číst tím způsobem, že toleruje objektivně protisoutěžní dohody, které však přinášejí benefity v jiných sférách. Sice lze hovořit o vyvažování, ale nikoliv v rámci jednoho a téhož ekonomického zájmu na co nejvyšší, resp. nerušené hospodářské soutěži,<sup>5</sup> ale o vyvažování různých zájmů, které ale logicky nelze jednoduše matematicky porovnat (lapi-dárně řečeno, jedná se o srovnávání jablek s hruškami).

<sup>1</sup> Viz TOWNLEY, C. *Article 81 EC and Public Policy*. Hart Publishing, 2009.

<sup>2</sup> Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty, Úř. věst. C 101, 27. 4. 2004, s. 97–118 („Pokyny Komise k čl. 81 odst. 3“).

<sup>3</sup> Viz také HANCHER, L., LUGARD, P. Honey, I Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commissions Notice on Article 81(3) of the EC Treaty. *European Competition Law Review*. 2004, č. 7, s. 410.

<sup>4</sup> MONTI, G. The operation of the more economic approach after Intel and Generics. In: PARCU, P. L., MONTI, G., BOTTA, M. (eds.). *Economic Analysis in EU Competition Policy*. Edward Elgar, 2021, s. 37.

<sup>5</sup> To uvádím velmi zjednodušeně a s plným vědomím toho, že diskuze o primárním zájmu, který má soutěžní právo chránit, je extrémně komplikovaná a pokud jsem výše uznával, že diskuze o smyslu § 3 odst. 4 ZOHS, resp. čl. 101 odst. 3 SFEU, by vydala na kapitoly, tato diskuze o chráněném zájmu by vydala a vydává na celé knihy.

Druhý uvedený přístup je podporován i nedávnou judikaturou Soudního dvora. Ve věci *Generics* Soudní dvůr naznačil, že hodnocení v rámci čl. 101 odst. 1 SFEU nezahrnuje jen negativní účinky, ale i ty pozitivní, které dohoda může mít na hospodářskou soutěž. Analýza v čl. 101 odst. 1 SFEU by tak měla vést k závěru o celkovém poškození (narušení) hospodářské soutěže.<sup>6</sup> Ještě pregnatněji to vyjádřila generální advokátka J. Kokott ve svém stanovisku v téže věci, když uvedla, že „že pozitivní aspekty koordinace mezi podniky pro hospodářskou soutěž mohou být zohledněny již ve fázi posuzování použitelnosti čl. 101 odst. 1 SFEU, pokud tyto aspekty mohou zpochybnit samotné konstatování existence omezení hospodářské soutěže zakázaného tímto ustanovením.“<sup>7</sup> Generální advokát M. Bobek ve věci *Budapest Bank* potom přímo hovořil o čistých dopadech (*net effects*) dohody.<sup>8</sup> Z toho by mělo být zřejmé, že umělé rozdělování na pozitivní účinky v odst. 1 a negativní účinky v odst. 3 není správné. Logicky tedy nedává smysl, aby čl. 101 odst. 3 SFEU byl zasvěcen pozitivním účinkům na hospodářskou soutěž, když ty už musí být brány v úvahu při analýze dle čl. 101 odst. 1 SFEU. Čl. 101 odst. 3 SFEU musí být určen pro jiné pozitivní aspekty, čemuž odpovídají i jeho poměrně restriktivní podmínky. Zejména poslední podmínka nevyloučení soutěže na podstatné části trhu dává mnohem větší smysl, pokud logika za ní stojící je taková, že čl. 101 SFEU připouští, že jiné zájmy než na nerušené hospodářské soutěži mohou převážit, ale jen tehdy, pokud zároveň zcela nevyloučí hospodářskou soutěž (tedy pokud zcela nepopřou tento zájem).

Ačkoliv byla výše uvedená diskuze vedena ve vztahu k čl. 101 SFEU, tatáž logika se musí uplatnit i k § 3 ZOHS. Touto optikou je tedy třeba pohlížet na jednotlivé složky § 3 odst. 4 ZOHS, které jsou diskutovány níže.

## 2.1 Zlepšení výroby

Ačkoliv je obvykle, a to i v názvu této kapitoly, první podmínka zkracována na zlepšení výroby, obsahuje několik variant, jak dohoda může přispět k dosažení určitých oprávněných zájmů, které § 3 odst. 4 ZOHS podporuje. Kromě zlepšení výroby *stricto sensu* je to i zlepšení distribuce, a dále také

<sup>6</sup> Viz rozsudek SD ve věci *Generics*, C-307/18, odst. 103–104.

<sup>7</sup> Viz stanovisko ve věci *Generics*, C-307/18, odst. 150.

<sup>8</sup> Stanovisko ve věci *Budapest Bank*, C-228/18, odst. 50.

technický nebo hospodářský rozvoj. Současně je třeba číst § 3 odst. 4 ZOHS perspektivou jeho předobrazu v čl. 101 odst. 3 SFEU a historického období, kdy byl tento článek konstruován. Především tak je třeba automaticky vzít v úvahu, že se toto ustanovení nevztahuje striktně vzato jen na zboží, ale i na služby.<sup>9</sup> Ačkoliv normotvůrci před sebou při vytváření textace čl. 101 odst. 3 SFEU mohli pravděpodobně mít např. zefektivnění pásové výroby aut nebo rychlejší rozvoz uhlí, momentálně se stejně tak musí uplatňovat na poskytování online služeb. Obdobně široce by měl být aplikován pojem technický a hospodářský rozvoj.

Tato podmínka zahrnuje mj. všechny typy objektivních výhod v podobě efektivnosti (*efficiency*).<sup>10</sup> Mohou mezi ně patřit kvantitativní výhody v podobě snížení nákladů, vývoje či inovací, úspor z rozsahu (*economies of scale*) a širší sortimentu (*economies of scope*), zlepšení produkce a využití kapacit, zvýšení kvality produktu (služby) a jakýchkoliv jiných efektivností.<sup>11</sup> Stejně tak ale mohou tuto podmínku splňovat případy přinášející výhody ve vztahu k jiným (i mimoekonomickým) zájmům – např. podpoře vybraných skupin osob (typicky malým a středním podnikům), ochraně životního prostředí, různým demokratickým hodnotám atp.

Jak bylo již výše naznačeno, musí se jednat o objektivní výhodu. Zcela logicky tedy nestačí, že dohoda přináší výhody jejím stranám (soutěžitelům). Výhody tedy musí vznikat někomu jinému (třetím stranám) – s ohledem na další podmínku minimálně zčásti zákazníkům, resp. spotřebitelům.<sup>12</sup> Taktéž musí přínosy s dohodou příčinně souviset. Nemůže se tedy jednat o nějaké externí, nahodilé přínosy.

## 2.2 Přiměřený podíl spotřebitelům

§ 3 odst. 4 ZOHS hovoří o přiměřeném podílu na výhodách, které jsou dosaženy zlepšením výroby. Anglické znění čl. 101 odst. 3 SFEU je v tomto směru možná ještě instruktivnější, když hovoří o *fair share of the resulting benefit*. Mělo by tak být nesporné, že celkové výhody mohou být širší než

<sup>9</sup> Viz Pokyny Komise k čl. 81 odst. 3, odst. 48.

<sup>10</sup> Pokyny Komise k čl. 81 odst. 3, odst. 49.

<sup>11</sup> Srov. Pokyny Komise k čl. 81 odst. 3, odst. 59–72.

<sup>12</sup> Viz např. rozhodnutí Komise ve věci *MasterCard*, COMP/34579, odst. 693; rozsudek SD ve věci *Consten and Grundig*, 56/84, s. 348.

jen výhody plynoucí pro spotřebitele. Těm by měl náležet (jen) alespoň přiměřený podíl. Konkrétní míra tedy ani není stanovena a lze si představit, že přestože zákazníci získají pouze relativně menší výhody oproti jiné skupině osob, podmínka bude splněna.

Z perspektivy českého práva je rozhodně důležité také upozornit, že pojem „spotřebitel“ užívaný v § 3 odst. 4 ZOHS neodpovídá české definici spotřebitele v občanském právu. Jedná se o (nepřiliš přesnou) adaptaci ZOHS na unijní soutěžní právo, které pod tento pojem zahrnují všechny přímé či nepřímé zákazníky, resp. uživatele produktů.<sup>13</sup> § 3 odst. 4 ZOHS tedy dopadá nejen na konečné spotřebitele, ale i zákazníky v různých stupních dodavatelského řetězce.<sup>14</sup>

### 2.3 Nezbytnost

Třetí podmínkou § 3 odst. 4 ZOHS je, aby omezení plynoucí z příslušné dohody bylo nezbytné pro dosažení zlepšení výroby (ve smyslu diskuze v části 2.1) a přenosu přiměřeného podílu z něj na spotřebitele. Zde by mělo být především důležité vycházet z textace této podmínky, které onu nezbytnost váže k omezení vyplývajícímu z dohody. To, zda byla sama dohoda potřebná k dosažení výhod, by primárně mělo být řešeno v rámci podmínky ad (i) – tedy z hlediska toho, zda mezi dohodou a dosažením výhod existuje příčinná souvislost. Se zjednodušením a bez toho, aniž bych zabíhal do detailů právní teorie, lze poukázat na to, že jedním z možných přístupů k příčinné souvislosti je aplikace pravidla *conditio sine qua non*. Pak by mělo být zřejmé, že nezbytnost *dohody* pro dosažení výhod je zjevně součástí testu podmínky ad (i), a nikoliv zdejší podmínky nezbytnosti.<sup>15</sup>

K této podmínce je třeba přistupovat realisticky. ÚOHS (i Komise) by každopádně měl zohledňovat právní a ekonomický kontext dohody, a v rámci něj i tržní podmínky a obchodní realitu.<sup>16</sup> Tato podmínka by ani neměla

<sup>13</sup> Pokyny Komise k čl. 81 odst. 3, odst. 84.

<sup>14</sup> Tento výklad aplikuje i ÚOHS – srov. např. rozhodnutí Úřadu ze dne 29. 3. 2004, č. j. S 11/04-2110/04-ORP.

<sup>15</sup> Je však třeba upozornit, že např. Pokyny Komise k čl. 81 odst. 3 (odst. 73) tuto koncepční otázku řeší jinak a pod touto podmínkou rozumí i nezbytnost *dohody* pro zlepšení výroby.

<sup>16</sup> Pokyny Komise k čl. 81 odst. 3, odst. 75.

vést ke zvažování veškerých hypotetických a teoretických alternativ jednání stran<sup>17</sup> a neměla by zpětně rozporovat obchodní rozhodnutí stran. I zde by měl platit princip příčinné souvislosti mezi omezením a výhodami. Jinak a zjednodušeně řečeno, podmínka by měla být splněna, pokud by při absenci omezení byla podstatně snížena míra vznikajících výhod.<sup>18</sup>

Z uvedeného vyplývá několik praktických východisek, které by měl mít ÚOHS na paměti. Zaprvé, tato podmínka nesměruje k tomu, zda by hypoteticky existovala nějaká, z pohledu ÚOHS lepší, alternativa jednání. Výchozím bodem uvažování o splnění této podmínky by měla být existující dohoda tak, jak byla skutečně nastavena. Jelikož se nyní pohybujeme ve fázi analýzy, kde je zvažována výjimka ze zákazu dle § 3 odst. 1 ZOHS, již pojmově nemohou být rozporovány některé aspekty. Nepřekročitelnou skutečností zde musí být, že mezi stranami došlo k dohodě.

Nemá tedy smysl uvažovat o tom, zda by byla možná alternativa jednostranného jednání.<sup>19</sup> Pokud by bylo možné uzavřít, že omezení na základě příslušné dohody nebylo nezbytné, protože obě strany mohly jednat individuálně (a třeba i zcela stejně, typicky ve formě cenového nebo jiného následování), pak by takový argument fungoval vždy, a § 3 odst. 4 ZOHS by byl naprosto zbytečný, resp. pojmově nefunkční.

Zadruhé, pokud přijmeme snad nesporný předpoklad, že normotvůrce § 3 odst. 4 ZOHS vytvořil s tím, aby mohl být někdy skutečně využit, jeho aplikace § 3 odst. 4 ZOHS nesmí být v praxi jen iluzorní. Aby nešlo o nezbytnost, musela by existovat realistická, *významně* méně omezující alternativa.<sup>20</sup> ÚOHS nemůže rozporovat obchodní úsudek stran ve vztahu ke konkrétním parametrům dohody. Je tedy třeba se pohybovat na určité úrovni obecnosti při zvažování těchto alternativ. Výchozím bodem by mělo být posuzování na úrovni typových dohod – tedy bylo možné dosáhnout vzniku výhod i typově jinou dohodou?

Bylo by zcela nerealistické a v rozporu s uvedenými principy, pokud by ÚOHS nepovažoval omezení za nezbytné již v případě, kdy hypoteticky

<sup>17</sup> Pokyny Komise k čl. 81 odst. 3, odst. 75.

<sup>18</sup> Viz Ibid., odst. 79.

<sup>19</sup> K tomu viz i Pokyny Komise k čl. 81 odst. 3, odst. 76, dle nichž se má zvažovat jiný, méně omezující typ *dohody* (a tedy nikoliv jednostranného jednání).

<sup>20</sup> Viz Pokyny Komise k čl. 81 odst. 3, odst. 75.

mohl být některý konkrétní parametr dohody stanoven jinak. Řečeno na příkladu, pokud pro dosažení výhod bylo potřeba např. určitým způsobem omezit cenotvorbu odběratelů – maloobchodníků, pak pro odmítnutí aplikace výjimky nemůže stačit, že ÚOHS má při vyšetřování zpětně za to, že šetřený soutěžitel měl odběratelům stanovit cenu o něco nižší, anebo třeba v nějakém arbitrárně stanoveném rozmezí. Naopak je třeba sledovat podstatu omezení – zde prostě bylo potřeba omezit volnost odběratelů z hlediska stanovování cen. Jakým způsobem se tak stalo, je již otázkou obchodního úsudku soutěžitele. Různé varianty takového omezení pak leží na určité škále narušení soutěže, ale jedna od druhá nebude *významně* odlišná.

Je totiž zjevné, že zpětně samozřejmě ÚOHS bude schopen přijít s nějakým drobně odlišným a dle jeho názoru méně omezujícím řešením v prakticky každém případě, kde již v předchozím kroku shledal protisoutěžní charakter dohody. Navíc, aplikace § 3 odst. 4 ZOHS bude přicházet o mnoho pravděpodobněji v úvahu v případech účinkových („by effect“) dohod než v případě dohod cílových („by object“). U takových dohod je přitom otázka narušení hospodářské soutěže mnohem více otázkou míry (zatímco z perspektivy cílových dohod lze, do jisté míry, hovořit o duálním nastavení – na základě *quick look* principu lze jednoznačně říct, že dohoda buď je, nebo není protisoutěžní). To znamená, že rozhodné parametry dohody (cenu nebo jiné podmínky, množství vyměňovaných informací, výši slev a hranice pro jejich dosažení atp.) lze stanovit na určité škále. Zpětně samozřejmě bude velmi jednoduché (pokud pro to budou skutkové podklady) říct, že soutěžitel měl daný parametr na škále stanovit o trochu jinde, protože i v tom případě by zřejmě došlo k dosažení podobné úrovně výhod. To by ale přesně bylo zasahování do obchodního rozhodování soutěžitele a vytváření hypotetických a teoretických alternativ.

V návaznosti na výše uvedené je třeba ještě doplnit, že otázku nezbytnosti, stejně jako splnění ostatních podmínek, je třeba hodnotit optikou *ex ante*. Nelze soutěžitele trestat odebráním možnosti výjimky ze zákazu za to, že se později (po rozhodnutí o uzavření příslušné dohody) ukázalo, že stejných výhod mohlo být dosaženo jinak, případně že nebylo z nepředvídatelných důvodů dosaženo takové úrovně výhod, jako se očekávalo.

## 2.4 Zákaz vyloučení soutěže

Jak již bylo výše diskutováno, tato podmínka se stává smysluplnou, pokud se na § 3 odst. 4 ZOHS nahlíží optikou ochrany jiných zájmů než ochrany před narušováním hospodářské soutěže. Tato podmínka tedy při vyvažování v daném případě protichůdných zájmů zajišťuje, aby ve prospěch jiného zájmu nebyla hospodářská soutěž zcela „obětována“. U této podmínky je tedy třeba posuzovat, zda dohodou nedochází ke kompletnímu vyloučení soutěže ve vztahu k podstatné části trhu.

Je třeba podotknout, že (především v poslední době) je soutěž na trhu multidimenzionální. Ačkoliv nadále ve většině případů platí, že hlavním soutěžním parametrem je cena,<sup>21</sup> soutěž probíhá i ve vztahu k jiným charakteristikám (kvalita, inovace atd.). Vyloučení soutěže jen v jednom parametru tak ještě nemusí vést k vyloučení soutěže na podstatné části trhu. Důležité je samozřejmě také tržní postavení stran a rozsah překážek vstupu na trh. Prakticky k vyloučení soutěže ve smyslu § 3 odst. 4 ZOHS mohou vést jen dohody, které zvyšují právní nebo ekonomické překážky vstupu na trh (mezi něž může patřit i aktuální tržní podíl stran, pokud v kombinaci s charakteristikou trhu není reálné na trhu po vstupu novým soutěžitelem uspět) na reálně nepřekonatelnou úroveň.<sup>22</sup>

## 3 Analýza rozhodovací praxe ÚOHS

Tato část by měla představovat hlavní pasáž tohoto příspěvku. Nejprve je níže popsána metodologie zvolená k analýze rozhodovací praxe ÚOHS (část 3.1) a jsou uvedeny obecné poznámky k rozhodnutím ÚOHS (část 3.2). Následně jsou stručně popsány některé jednotné trendy v rozhodovací praxi, které se týkají (ne)aplikace výjimky dle § 3 odst. 4 ZOHS, a tyto trendy jsou hodnoceny ve světle teoretického rozboru tohoto ustanovení z části 2 (části 3.3 až 3.6).

<sup>21</sup> Viz rozhodnutí SD ve věci *Metro*, 26/76, odst. 20–21.

<sup>22</sup> ODUDU, O. *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*. Oxford: OUP, 2006, s. 156. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199278169.001.0001>

### 3.1 Metodologie

Pro účely plánované analýzy rozhodovací praxe ÚOHS bylo zvoleno období 2009–2021 (jako období vydání analyzovaných rozhodnutí). V první fázi byla vyhledána ve vyhledávacím formuláři ÚOHS na jeho stránkách všechna rozhodnutí obsahující frázi „§ 3 odst. 4“, tedy bez omezení na to, jakým způsobem označil ÚOHS typ řízení, o jaký stupeň rozhodování se jednalo či jiného omezení. Dle data vydání rozhodnutí do uvedeného období spadalo necelých 100 rozhodnutí, která byla následně individuálně analyzována. Samozřejmě v množství těchto případů bylo ustanovení § 3 odst. 4 ZOHS zmíněno pouze okrajově, aniž by došlo na skutečné hodnocení ze strany ÚOHS, zda je tato výjimka použitelná. Tato rozhodnutí tedy přirozeně již nevstupují do analýzy níže.

Vzhledem k tomu, že ÚOHS dříve zveřejňoval pouze pravomocná rozhodnutí, nebylo možné analyzovat rozhodnutí, která byla v rozkladovém řízení zrušena (ačkoliv teoreticky posuzování podmínek § 3 odst. 4 ZOHS nebylo důvodem pro zrušení). Zde lze nicméně předpokládat, že pokud nebyl perspektivou rozkladové komise závěr o podmínkách § 3 odst. 4 ZOHS chybný, stejný závěr by se měl objevit i v tom následném rozhodnutí, které nabylo právní moci.

Stejně tak nebylo možné o daném řízení získat další informace než ty, které ÚOHS uvedl v rozhodnutí, a nejsou kryty ochranou obchodního tajemství. To ve výsledku znamená, že analýza rozhodnutí umožňuje hodnotit pouze právní závěry, ale nebylo možné ověřit, zda jim odpovídají skutkové okolnosti. Především tedy nebylo možné v rámci této analýzy ověřit, zda v příslušných případech skutečně účastníci řízení buď vůbec netvrdili možnost vynětí ze zákazu, nebo jej neprokázali.<sup>23</sup> Je přitom třeba podotknout, že posuzování splnění podmínek § 3 odst. 4 ZOHS může být skutkově velmi náročné, a právě ve skutkové rovině může spočívat hlavní tíha případu. Je tedy otázkou, na kterou bohužel tato analýza odpovědět nedokáže, zda důkazní standard uplatňovaný ze strany ÚOHS v analyzovaných rozhodnutích byl správný.

<sup>23</sup> Viz např. rozhodnutí ÚOHS ze dne 1. 9. 2020, č. j. ÚOHS-26925/2020/820/LPě (*V-Garden*), odst. 74.

Je přitom třeba podotknout, že ačkoliv důkazní břemeno k prokázání splnění podmínek pro vynětí ze zákazu je legislativně přeneseno na soutěžitele, ÚOHS jako správní orgán není zbaven povinnosti zjišťovat všechny rozhodné okolnosti (§ 50 odst. 3 správního řádu).<sup>24</sup> Soutěžitelé jsou tedy povinni označit důkazy konkrétně ke splnění podmínek § 3 odst. 4 ZOHS, avšak zůstává na ÚOHS, aby dostatečně zjistil skutkový stav včetně právního a ekonomického kontextu dohody, který je pro hodnocení splnění podmínek vynětí ze zákazu také nezbytný.

### 3.2 Obecné poznámky

Zmínka o mytické povaze § 3 odst. 4 ZOHS v úvodu tohoto příspěvku nebyla, ani ve světle provedené analýzy rozhodovací praxe, mylná. Ze všech analyzovaných rozhodnutí ÚOHS shledal pouze v jediném případě, že by posuzovaná dohoda mohla splňovat podmínky § 3 odst. 4 a ZOHS a mohla by tak být vyňata ze zákazu<sup>25</sup> (Komise od roku 2003 žádné takové rozhodnutí nevydala).<sup>26</sup> Ani v této věci však nebyl ÚOHS zcela kategorický, protože v rámci administrativního zjednodušení předřadil posuzování splnění podmínek § 3 odst. 4 ZOHS posuzování účinků dané dohody ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS. Ačkoliv tedy ÚOHS shledal splnění podmínek pro vynětí ze zákazu, tento závěr učinil jen pro případ, že by dohoda vůbec byla protisoutěžní ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS (což ÚOHS nezkoumal).

Současně výše citované jediné do jisté míry pozitivní rozhodnutí z perspektivy § 3 odst. 4 ZOHS relativně vybočuje z linie analyzovaných rozhodnutí tím, do jakého detailu a v jaké šíři se v něm otázka splnění podmínek vynětí ze zákazu diskutuje. V ostatních případech se zpravidla jednalo o poměrně strohá (až velmi strohá) odůvodnění, z nichž příliš nelze vysledovat detailní pozadí uvažování ÚOHS.

ÚOHS se zcela sporadicky, ale přesto alespoň v některých rozhodnutích, vyjadřuje ke svému koncepčnímu náhledu na § 3 odst. 4 ZOHS. Je otázkou, do jaké míry toto ovlivňuje samotné posouzení (ne)splnění podmínek

<sup>24</sup> Viz také rozsudek SD ve věci *Métropole télévision*, T-528/93, odst. 93.

<sup>25</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 19. 10. 2020, č. j. ÚOHS-S248/2008/KD-13219/2010/850 (*Médea*).

<sup>26</sup> MONTI, op. cit., s. 34.

v dané věci. Je nicméně třeba uvést, že ÚOHS považuje § 3 odst. 4 ZOHS jako jakéhosi představitele tzv. *rule of reason*.<sup>27</sup> Takový názor je v rámci evropského soutěžního práva neortodoxní, jelikož evropské soudy konzistentně odmítají aplikovat americké *per se / rule of reason* rozlišování.<sup>28</sup> Každopádně je zřejmé, že ÚOHS v této věci chápal § 3 odst. 4 ZOHS obdobně jako Komise v Pokynech k čl. 81 odst. 3, tedy jako nástroj k vyvažování prosoutěžních účinků. Jak přitom bylo výše popsáno, moderní evropská judikatura vyvažování zahrnuje již do analýzy dle čl. 101 odst. 1 SFEU. Úřad by proto měl svou koncepci přehodnotit.

Jak bude níže popsáno, v analyzovaných rozhodnutích se opakovaně objevují určité linie argumentace. Některé linie jsou přitom v jistých obdobích oblíbenější než jiné, přičemž jejich formulace se prakticky zcela opakuje. To určitým způsobem vrhá stín na způsob provádění analýzy podmínek § 3 odst. 4 ZOHS, které by měly být analyzovány konkrétně, případ od případu.

### 3.3 Nesplnění podmínek

V odůvodnění některých rozhodnutí ÚOHS zaujal tak stručný přístup, že je prakticky nelze jakkoliv komentovat. Příkladem je následující odůvodnění:

- „*Při posouzení aplikace § 3 odst. 4 zákona na posuzovanou Dohodu 1 Úřad dospěl ke závěru, že nedošlo ke kumulativnímu naplnění všech podmínek pro aplikaci zákonné výjimky a vynětí ze závazku dohod dle § 3 odst. 4 zákona na posuzovanou Dohodu 1 nelze aplikovat...*“<sup>29</sup>
- „*Břemeno prokázání splnění těchto podmínek leží na účastnících řízení, ti však jejich splnění neprokázali. Úřad splnění potřebných podmínek u posuzované dohody neshledal.*“<sup>30</sup>

Takové odůvodnění je v zásadě nepřezkoumatelné, i pokud účastník řízení žádnou argumentaci a důkazy nepředložil. To lze tedy hodnotit jako zásadní pochybení ÚOHS.

<sup>27</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 29. 12. 2020, č. j. ÚOHS-40442/2020/310/BMa, odst. 123.

<sup>28</sup> Viz z poslední doby rozsudek SD ve věci *Generics*, C-307/18, odst. 104.

<sup>29</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 19. 10. 2010, č. j. ÚOHS-S248/2008/KD-13219/2010/850 (*Médea*), odst. 38.

<sup>30</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 31. 8. 2021, č. j. ÚOHS-29340/2021/852/DSv (*AV Media*), odst. 80.

V dalším případě bylo odůvodnění v zásadě stejné jako výše s tím dodatkem, že:

- „*soutěžitelé splnění potřebných podmínek nejen neprokázali, ale jak navíc plyne z jejich komunikace, o žádných benefitech pro zákazníky ani neuvažovali.*“<sup>31</sup>

Jelikož je potřeba existence výhod a jejich přenos na spotřebitele objektivní, tento formát odůvodnění sice není vyloučen, a lze si jej představit jako drobné doplnění k celkové analýze, ale míří mimo podstatu věci. Protože se v této věci jednalo prakticky pouze o jediný argument, nelze takový postup ÚOHS schvalovat.

V dalších případech ÚOHS jen obecně uvedl, že dohoda nespĺňuje podmínky pro vynětí ze zákazu, a to s ohledem na její charakteristiku jako dohody s tvrdým omezením (*hardcore*).

- „*Úřad konstatuje, že s ohledem na skutečnost, že posuzované jednání soutěžitelů představuje hardcore dohodu a cílové narušení hospodářské soutěže [...] nespĺňuje podmínky pro vynětí ze zákazu dohod dle § 3 odst. 4 zákona, zejména pak podmínky tam stanovené pod písm. a) a b).*“<sup>32</sup>

Ačkoliv je skutečně nepravděpodobné, že by *hardcore* či cílové dohody spĺňovaly podmínky pro vynětí ze zákazu, teoreticky to vyloučeno není.<sup>33</sup> Tento plošný formát odůvodnění tedy nerespektuje potřebu analýzy případ od případu, ačkoliv s ohledem na zmíněnou nepravděpodobnost splnění podmínek v praxi zřejmě nelze označit závěr ÚOHS za chybný.

Poněkud matoucí bylo odůvodnění jednoho rozhodnutí, spojujícího otázku § 3 odst. 4 ZOHS se zanedbatelným dopadem (*de minimis*) na soutěž. ÚOHS konkrétně uvedl:

- „*Úřad konstatuje, že posuzované jednání soutěžitelů nemá pouze zanedbatelný dopad na hospodářskou soutěž ve smyslu § 3 odst. 4 zákona; hardcore dohody jsou natolik závažným porušením zákona, že je nelze považovat za dohody se zanedbatelným dopadem na soutěž (de minimis).*“<sup>34</sup>

31 Rozhodnutí ÚOHS ze dne 21. 9. 2018, č. j. ÚOHS-S0633/2016/KD-27706/2018/852/DSv (*AWT/ČD*), odst. 89.

32 Rozhodnutí ÚOHS ze dne 29. 7. 2021, č. j. ÚOHS-25526/2021/852/HMa (*DEREZA/Autobücke*), odst. 74.

33 Viz odst. 46 Pokynů Komise k čl. 81 odst. 3 a rozhodnutí SPS ve věci *Matra Hachette*, T-17/93, odst. 85.

34 Rozhodnutí ÚOHS ze dne 26. 5. 2020, č. j. ÚOHS-14254/2020/853/PBe (*olomoucké směnárny*), odst. 141.

Z uvedeného není příliš jasné, jaký vztah mezi hranicí *de minimis* a podmínkami § 3 odst. 4 ZOHS by měl existovat, když výjimka ve svém textu nic o zanedbatelném dopadu neuvádí. S tvrzením, že *hardcore* dohody nelze považovat za dohody se zanedbatelným dopadem na soutěž, do jisté míry souhlasit lze. To je však jiné posouzení, než dle § 3 odst. 4 ZOHS. Logicky § 3 odst. 4 ZOHS dopadá i na ty dohody, které mají nezanedbatelný dopad na soutěž. Jinak by jej nebylo potřeba, protože ty dohody, které mají zanedbatelný dopad na soutěž, jsou vyloučeny z dosahu § 3 ZOHS již pravidlem *de minimis*. V této věci by tedy logika měla být spíše ta, že se jednalo dle ÚOHS o cílovou a *hardcore* dohodu, a pak by bylo nepravděpodobné, že by splňovala podmínky § 3 odst. 4 ZOHS (k nedostatkům takového odůvodnění nicméně viz výše).

### 3.4 Nezlepšení výroby, distribuce nebo rozvoje

Podmínka příspěví ke zlepšení výroby nebo distribuce zboží nebo k podpoře technického či hospodářského rozvoje je v textaci § 3 odst. 4 ZOHS první podmínkou. Z provedené analýzy vyplývá, že je také nejčastějším argumentem pro ÚOHS. Je otázkou, zda se jedná čistě o substantivně nejnáročnější podmínku ke splnění, anebo ve frekvenci argumentace prostřednictvím této podmínky hraje roli právě i to, že je v textu § 3 odst. 4 ZOHS uvedena jako první.

Ve vícero případech bylo shledání nesplnění této podmínky spojeno s posouzením předmětné dohody jako dohody cílové, případně jako tzv. tvrdého omezení. Odůvodnění ÚOHS se obvykle pohybovalo v následujících konturách:

- „*Posuzovaná dohoda vzhledem ke skutečnosti, že se jedná o horizontální dohodu konkurentů, jejímž cílem je omezení soutěže prostřednictvím přímého určení cen, nesplňuje podmínky pro aplikaci zákonné výjimky pro vynětí ze zákazu dohod dle § 3 odst. 4 zákona, neboť nepřinášela žádné benefity, jak je předvídá písm. a) uvedeného ustanovení, tj. zlepšení výroby, distribuce zboží, podpora technického či hospodářského rozvoje...*“<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 23. 5. 2011, č.j. ÚOHS-R138,147-152/2007/HS-3525/2011/310/KPo (*Chovatelé drůběžů*), odst. 230.

- „... vzhledem ke skutečnosti, že se jedná o horizontální dohodu konkurentů, jejímž cílem je omezení soutěže prostřednictvím přímého nebo nepřímého určení cen, popřípadě jiných obchodních podmínek [...] posuzovaná dohoda soutěžitelů rovněž nesplňuje podmínky pro aplikaci zákonné výjimky pro vynětí ze zákazů dohod dle § 3 odst. 4 zákona.“<sup>36</sup>
- „Úřad konstatuje, že popsané jednání soutěžitelů při rozdělení trhu mělo protisoutěžní cíl, a že s ohledem na skutečnost, že posuzovaná zakázaná dohoda o rozdělení trhu patří mezi dohody s tvrdým jádrem [...] nebude splňovat podmínky pro vynětí ze zákazů dohod dle § 3 odst. 4 zákona...“<sup>37</sup>

V dalších případech byla argumentace ÚOHS o něco konkrétnější, avšak nadále zůstávala v rovině obecného posouzení předpokládaných důsledků u dohod daného typu – viz např:

- Ad zákazy exportu: „Úřad neshledal, že by dohody o zákazů exportu uzavřené účastníkem řízení v posuzovaných smlouvách přispěly ke zlepšení distribuce tohoto zboží, stejně jako nepřinesly spotřebitelům výhody přiměřené k rozsahu omezení. Dohody o zákazů exportu nepřispívají jakkoli ke zlepšení distribuce paliva účastníka řízení, naopak distribuci zboží značně omezují a fixují na vymezené území, a to na úkor spotřebitelů, kteří nemohou využít širší nabídky zboží, aniž by tyto negativní efekty byly vyváženy jakýmkoli výhodami.“<sup>38</sup>
- Ad stanovování cen pro další prodej (RPM): „Úřad totiž ověřil, že omezení cenové soutěže mezi odběrateli účastníka řízení nepřináší spotřebitelům žádné výhody, spíše naopak. Omezení cenové soutěže mezi odběrateli má potenciál znemožnit spotřebitelům získat nabízený produkt za cenu, jež by byla výsledkem konkurenčního boje odběratelů.“<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 10. 2. 2011, č. j. ÚOHS-S169/2008/KD-368/2011/850/KNe (*prací práškový*), odst. 44.

<sup>37</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 23. 10. 2014, č. j. ÚOHS-S835/2014/KD-22277/2014/852/DSV (*dodávky komunální techniky*), odst. 48.

<sup>38</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 8. 1. 2010, č. j. ÚOHS-S355/2007/KD-357/2010/820/HKa (*Sokolovská uhelná*), odst. 175.

<sup>39</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 11. 5. 2009, č. j. ÚOHS-S046/2008/KD-5266/2009/820, odst. 104. Shodně viz Rozhodnutí ÚOHS ze dne 11. 5. 2009, č. j. ÚOHS-S076/2008/KD-5304/2009/820 (*Husky*), odst. 102. Obdobně pak rozhodnutí ÚOHS ze dne 15. 10. 2018, č. j. ÚOHS-S0468/2017/KD-29859/2018/820/YVo (LR), odst. 71, nebo rozhodnutí ÚOHS ze dne 22. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S360/2014/KD-27587/2014/851/TKu (*ŠKODA AUTO*), odst. 65.

Pouze v několika málo případech lze argumentaci o neprokázání podmínky zlepšení výroby označit za relativně podrobnou.<sup>40</sup> V těchto případech však zpravidla lze z rozhodnutí vydedukovat, že účastník řízení předložil velmi podrobnou argumentaci v tomto směru, a ÚOHS tak byl k rozsáhlejší argumentaci prakticky donucen.<sup>41</sup>

### 3.5 Přiměřená míra přenosu na spotřebitele

Otázka přenosu výhod na spotřebitele nebyla v žádném ze zkoumaných rozhodnutí tím primárním důvodem pro závěr o nesplnění podmínek. V některých případech se objevovala pouze jako doplnění k závěru o tom, že nebylo prokázáno nebo přímo nedošlo ke zlepšení výroby, jako např. zde:

- „Úřad v této souvislosti rovněž ověřil, že zakázaná ujednání obsažená ve Smlouvě o propojení nepřinesla spotřebitelům žádné výhody, ale právě naopak. Dohody fakticky omezily svobodnou vůli účastníků řízení rozhodnout se pro nejvýhodnější způsob propojení, přičemž důsledky takového výhradního závazku mohly mít dopad na konečné spotřebitele, neboť mohly ovlivnit cenu, kterou byl spotřebitel povinen uhradit svému poskytovateli telekomunikačních služeb...“<sup>42</sup>

Ve vztahu k uvedenému je třeba konstatovat, že zde Úřad koncepčně špatně zkoumal (byť jako sekundární znak) pouze přenos na konečné spotřebitele ve smyslu občanského zákoníku, nikoliv na spotřebitele – přímé i nepřímé zákazníky, jak by měl být pojem „spotřebitel“ v § 3 odst. 4 ZOHS vykládán. Znovu zřejmě nejde o pochybení, které by ovlivnilo závěr o nesplnění podmínek, avšak bylo by vhodné se i těchto výkladových nepřesností vyvarovat.

### 3.6 Neexistence nezbytnosti

V některých případech ÚOHS šel cestou té argumentace, že příslušná dohoda typově není nezbytná, a dosažení výhod, resp. legitimního cíle

<sup>40</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 18. 11. 2015, č.j. ÚOHS-S165/03-39943/2015/830/NVo (*Vodafone/T-Mobile*), odst. 117; rozhodnutí ÚOHS ze dne 30. 8. 2019, č.j. ÚOHS-S337/2014/KD-24117/2019/820/TPi, odst. 203 a násl.

<sup>41</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 30. 8. 2019, č.j. ÚOHS-S337/2014/KD-24117/2019/820/TPi, odst. 198 a násl.

<sup>42</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 18. 11. 2015, č.j. ÚOHS-S165/03-39943/2015/830/NVo (*Vodafone/T-Mobile*), odst. 117.

dohody, je možné i jinak. ÚOHS však zpravidla nespécifikoval, jakým konkrétním alternativním způsobem by to bylo možné:

- Ve vztahu ke stanovování cen pro další prodej (RPM): „*Úřad konstatuje, že uzavírání dohod o určení cen pro další prodej není proporcionálním a nezbytným opatřením k ochraně kamenných obchodů a že i kdyby předmětné dohody o určení cen pro další prodej byly zaměřeny na dosažení legitimního zájmu na zlepšení distribuce, zlepšení distribuce zboží lze dosáhnout i jinak, stanovením jiných obchodních podmínek bez omezení v oblasti ceny.*“<sup>43</sup>
- Ve vztahu k zákazům exportu: „*Dle názoru Úřadu přesto existují jiné způsoby dosažení totožného cíle, než soutěžitелеm KMV uzavírané dohody o zákažu exportu.*“<sup>44</sup>

Jak bylo výše uvedeno, takovýto argument by měl být v zásadě přípustný, pokud skutečně existuje realistická alternativa jiného typu dohody. Výše uváděný způsob odůvodnění však bohužel nedává možnost ověřit, zda Úřadem zvažované alternativy by byly skutečně realistické. Bylo by jistě vhodné, aby ÚOHS v takových případech tyto zvažované méně restriktivní alternativy výslovně v odůvodnění uvedl.

V některých kauzách ÚOHS při závěru o tom, že nešlo o omezení nezbytné, poukazyval na to, že soutěžitel později přistoupil k implementaci jiného, méně restriktivního omezení. Viz např. následující odůvodnění (jedná se o popis prvostupňového odůvodnění v rozhodnutí o rozkladu):

- „*Úřad konstatoval, že nebyla naplněna podmínka pod písmenem b), tedy neuložení omezení soutěžitelům, která by byla nezbytná k dosažení cíle zlepšení distribuce ubytovacích kapacit. Nenaplnění dané podmínky podle prvostupňového orgánu dokládá fakt, že účastník řízení dohodu o široké paritě k 1. 7. 2015 nabradil dohodou o zúžené paritě ceny a minimální dostupnosti, která obecně představuje menší negativní zásah do hospodářské soutěže.*“<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 11. 5. 2009, č. j. ÚOHS-S046/2008/KD-5266/2009/820, odst. 104; Shodně viz Rozhodnutí ÚOHS ze dne 11. 5. 2009, č. j. ÚOHS-S076/2008/KD-5304/2009/820 (*Husky*), odst. 102; Obdobně viz rozhodnutí ÚOHS ze dne 7. 12. 2015, č. j. ÚOHS-S421/2014/KD-43013/2015/820/LSo (*Gorenje*), odst. 61.

<sup>44</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 23. 12. 2009, č. j. ÚOHS-S147/2008/KD-16672/2009/820, odst. 115.

<sup>45</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 1. 11. 2019, č. j. ÚOHS-R0219/2018/HS-29914/2019/310/AšI (*Booking*), odst. 154; Viz také rozhodnutí ÚOHS ze dne 12. 12. 2018, č. j. ÚOHS-S0664/2015/KD-37030/2018/830/DK1 (*Booking*), odst. 197.

Taková argumentace obecně není vyloučena a může být v souladu s teorií. Jelikož k takové alternativě soutěžitel skutečně přistoupil, je jednoznačně zodpovězeno to, že se jedná o realistickou alternativu. Musí však být vždy zvažováno, zda taková alternativa představuje *významně* menší omezení, typicky zda jde o typově jinou dohodu. Ve výše citovaném případě zřejmě bylo možno uzavřít, že ze soutěžněprávního hlediska se typově jedná o jinou dohodu (dohody o úzké a široké paritě jsou v odborné literatuře prakticky vždy odlišovány a dohody o úzké paritě by měly zásadně být soutěžněprávně neproblematické, což se u dohod o široké paritě automaticky říct nedá), a proto skutečně bylo možné uzavřít, že předmětné dohody o široké paritě nebyly nezbytné.

Již spornějším je potom argumentace ÚOHS v následující věci, kdy byla Úřadem prosazovaná alternativa odlišná pouze v jednom aspektu dohody:

- *„Ujednání, která omezují způsob propojení sítí účastníků řízení toliko na přímý, nenaplňují podmínku nezbytnosti. K propojení sítí účastníků řízení nepochybně mohlo docházet a docházelo i bez takovýchto omezení.“<sup>46</sup>*

#### 4 Závěr

Rozhodovací praxe ÚOHS odhaluje způsob uvažování ÚOHS o § 3 odst. 4 ZOHS, ačkoliv jen do té míry, do níž to spíše stručná odůvodnění dovolují. Odhaluje také to, že rozhodovací praxe je v některých ohledech natolik konzistentní (myšleno neměnná a prakticky zcela shodná), až to vrhá stín na rozsah provádění analýz individuálně pro každou věc, což by měl být správný přístup. Stejně tak je třeba poukázat na teoretický vývoj při uvažování o smyslu § 3 odst. 4 ZOHS, resp. především jeho předobrazu v čl. 101 odst. 3 SFEU, který by mohl ÚOHS více reflektovat.

Analýza rozhodovací praxe ukazuje na to, že stručnost odůvodnění ve vztahu k (ne)aplikaci § 3 odst. 4 ZOHS je v některých případech až taková, že v podstatě vylučuje přezkoumatelnost rozhodnutí. S ohledem na obvyklou komplexitu řešených případů by bylo každopádně vhodné, pokud by ÚOHS odůvodňování ohledně § 3 odst. 4 ZOHS věnoval více pozornosti. Takto musí mít účastníci oprávněný dojem, že § 3 odst. 4 ZOHS je v celkovém

<sup>46</sup> Rozhodnutí ÚOHS ze dne 3. 1. 2019, č.j. ÚOHS-R12,14/2017/HS-00023/2018/310 (*Vodafone/O2*), odst. 168.

kontextu prakticky nevýznamný, a posiluje to (nesprávný) narativ o tom, že toto ustanovení je v podstatě neuplatnitelné v praxi.

Výše uvedené platí i v případech, které se v analýze objevily, a v nichž je ve skutečnosti aplikace § 3 odst. 4 ZOHS velmi nepravděpodobná (typicky cílová či *hardcore* jednání, případně RPM dohody). Jelikož to ale není pojmově vyloučeno, bylo by i zde vhodné konkrétně vysvětlit, v čem jsou spatřovány důvody pro nenaplnění podmínek, a nikoliv pouze obecně odkázat na typ dohody.

Z analýzy vyplývá, že nejčastější podmínkou, jejíž nesplnění bylo ÚOHS argumentováno, je podmínka zlepšení výroby. Je otázkou, zda ÚOHS nechápe tuto podmínku v některých případech příliš úzce, protože u dohod posuzovaných „by effect“ zpravidla alespoň nějaké pozitivní efekty lze najít. Tato podmínka by naopak měla vyžadovat širokou interpretaci, a to v současnosti i vzhledem k dynamice a inovačnímu potenciálu mnoha trhů.

U podmínky přenosu na spotřebitele je, s ohledem na omezenou rozhodovací praxi k ní, potřeba zopakovat, že přenos nemusí být úplný (stoprocentní), ale postačuje přiměřený podíl (*fair share*). V kontextu § 3 ZOHS navíc není důvod omezovat pojem spotřebitele na konečné spotřebitele ve smyslu občanského práva, a tak by ÚOHS měl posuzovat i přenos na zákazníky (soutěžitele) na nižší úrovni trhu.

Podmínka neexistence nezbytnosti se v rozhodovací praxi také objevuje jako argument pro nepoužití § 3 odst. 4 ZOHS. Je třeba zdůraznit, že aplikace této podmínky by obecně měla být v souladu s obchodní a ekonomickou realitou, a ÚOHS by neměl zpochybňovat čistě obchodní úsudek stran. Ona skutková alternativa (*counterfactual*), vůči níž by podmínka nezbytnosti měla být posuzována, by měla zahrnovat typově jinou variantu vícestranného jednání, nikoliv pouze v kontextu celého jednání nevýznamně odlišné parametry jinak stejného jednání, anebo jednostranné jednání se zcela stejnými důsledky. V rozhodovací praxi se obvykle objevují případy, u nichž se teoreticky může jednat o přípustnou interpretaci této podmínky ve světle zásad uváděných výše, ale stručnost odůvodnění neumožňuje uzavřít, že skutečně alternativa zamýšlená ÚOHS byla realistická a významně odlišná. Proto

by bylo vhodné, pokud by ÚOHS takové alternativy, z nichž odvodil absenci nezbytnosti, vždy specifikoval.

Argumentace nesplněním podmínky zákazu vyloučení soutěže nebyla v rozhodovací praxi identifikována. Zde lze tedy pouze obecně upozornit na význam této podmínky pro výklad smyslu § 3 odst. 4 ZOHS celkově a směřování hospodářské soutěže ve velkém množství odvětví směrem k jiným parametrům než ceně. Nelze však předpokládat ani do budoucna, že tato podmínka bude frekventovaně diskutována, protože textově i logicky představuje až poslední podmínku, kterou má smysl se zabývat až v situaci, kdy ostatní tři podmínky jsou považovány za splněné.

Úplným závěrem nelze než vyslovit přání, že rozhodovací praxe ÚOHS v dalších letech zaujme realističtější přístup a z § 3 odst. 4 ZOHS učiní smysluplnou a v praxi použitelnou složku celkového rámce hodnocení potenciálně protisoutěžních dohod.