

MEMORANDUM

Pre: Penta Investments Limited
Od: Dentons Europe CS LLP, organizačná zložka
Dátum: 8. november 2019
Re: **Ústavnoprávne a európskoprávne aspekty „Lex Haščák“ v oblasti zdravotníctva**

Požiadali ste nás, aby sme Vám predložili analýzu návrhu zákona o osobitných opatreniach na usporiadanie konfliktu záujmov oblasti zdravotníctva (ČPT 1800)¹ navrhovaného v rámci legislatívnej iniciatívy mediálne prezentovanej ako „Lex Haščák“. Túto analýzu Vám nižšie predkladáme:

ZHRNUTIE

Rozpor s Ústavou Slovenskej republiky

1. Zákaz krížového vlastníctva a povinnosť previesť existujúce podiely predstavuje zásah do ochrany vlastníctva (čl. 20 Ústavy) a práva na podnikanie (čl. 35 Ústavy).
2. Takýto zásah musí prejsť tzv. testom proporcionality – musí teda (i) sledovať dôležitý cieľ a byť spôsobilý ho dosiahnuť, (ii) byť nevyhnutný na jeho dosiahnutie a (iii) byť na jeho dosiahnutie primeraný.
3. V prípade predkladaného návrhu zákona:
 - (a) Cieľ nie je jasný, pretože neexistuje dôkaz o zneužívaní krížového vlastníctva.
 - (b) Opatrenie nie je nevyhnutné, pretože ho možno dosiahnuť napr. prísnejším dohľadom ÚDZS alebo väčšou transparentnosťou zmluvných podmienok. Toto preukazujú aj holandské analýzy zákazu krížového vlastníctva, z ktorých vyplýva, že zákaz nie je potrebný a vhodný a krížové vlastníctvo dokonca môže byť prínosné.
 - (c) Opatrenie nie je primerané, pretože na dosiahnutie nejasných cieľov ukladá veľmi drastický zásah do vlastníckeho práva.
4. Zákaz krížového vlastníctva by teda zrejme neprešiel testom proporcionality a preto je v rozpore s Ústavou. Toto preukazuje aj rozhodnutie Ústavného súdu SR o protiústavnosti menej drastického zásahu spočívajúceho v zákaze vyplácania zisku.
5. Podobne aj v Nemecku literatúra dospela k záveru, že *full ownership unbundling* v energetike by bol protiústavný.
6. Zákaz krížového vlastníctva je okrem toho diskriminačný, pretože sa v skutočnosti týka len súkromných investorov, nie štátu a verejného sektora.
7. V energetike platí, že ak štát kontroluje prevádzkovateľa prenosovej sústavy a výrobcu elektriny, musí ich kontrolovať cez iné entity. Dokonca aj táto úprava je podľa prevažujúcej literatúry v rozpore so zásadou rovnosti. Rovnako v rozpore so zásadou rovnosti bude aj to, ak by jednotlivé segmenty štát ovládal cez rôzne orgány, pretože „konečným užívateľom výhod“ bude stále jeden a ten istý subjekt.
8. Návrh zákona porušuje princíp generality práva vyplývajúci z čl. 1 ods. 1 Ústavy. Generalita sa neposudzuje formálne, ale z hľadiska reálneho predmetu, obsahu a účinkov zákona. Keďže predkladatelia sa netaja tým, že účelom zákona je postihnúť konkrétnu podnikateľskú skupinu a žiaden iný subjekt podnikajúci v sektore zdravotníctva v Slovenskej republike nespĺňa podmienky na to, aby sa na neho tento zákon vzťahoval, navrhovaná úprava je v rozpore s týmto princípom. Tento argument je však iba podporný a vzhľadom na trhovú realitu je sám osebe pomerne slabý.

¹ <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=473840>.

Rozpor s právom Európskej únie

1. Zákaz krížového vlastníctva je obmedzením pohybu kapitálu medzi členskými štátmi (rovnako ako bol podľa Súdneho dvora EÚ napr. holandský *unbundling* v energetike alebo podľa Komisie slovenský zákaz vyplácania zisku).
2. Tomuto obmedzeniu chýba dôležitý cieľ, nevyhnutnosť a primeranosť na dosiahnutie tohto cieľa.

1 Rozpor s Ústavou Slovenskej republiky

1.1 Zásah do vlastníckeho práva a práva podnikat'

Čl. 20 Ústavy zaručuje ochranu vlastníckeho práva a jeho pokojného užívania. Obdobnú ochranu vlastníckeho práva garantuje aj čl. 1 Protokolu.² Súčasťou tejto ochrany vlastníckeho práva síce je primárne iba nadobudnutý majetok, a nie priamo právo získať majetok, avšak za určitých okolností sa chráni aj prístup k majetku, ak sa zakladá na legitímnom očakávaní získania takéhoto majetku.³ Ústava, ako aj Protokol⁴ teda poskytujú ochranu nielen už nadobudnutému majetku, ale taktiež aj legitímnemu očakávaniu na nadobudnutie majetku. Oba tieto aspekty môžu byť v prípade „Lex Haščák“ relevantné, nakoľko zákazom krížového vlastníctva by nedošlo len k obmedzeniu už existujúceho vlastníckeho práva vo forme núteného odpredaja určitých aktív Penty, ale taktiež k obmedzeniu vlastníckeho práva vo forme zmarenia akýchkoľvek legitímnych očakávaní na nadobudnutie majetku, ktorý by Penta v budúcnosti získala, ak by nedošlo k tomuto legislatívnemu zásahu (napr. vo forme plynúcich ziskov).

Na takéto legitímne očakávania je nevyhnutné nazerať v kontexte princípu právneho štátu garantovaného v čl. 1 ods. 1 Ústavy, ktorého integračnou súčasťou je aj princíp právnej istoty a ochrany dôvery všetkých subjektov práva v právny poriadok.⁵ Ústavný súd SR v tejto súvislosti už niekoľkokrát vyslovil, že pod režim princípu právnej istoty jednoznačne patrí aj „ochrana tzv. legislatívnych očakávaní (*legitimate expectation, der Vertrauensschutz*)“, ktoré predstavujú užšiu kategóriu ako právna istota. Porušením princípu právneho štátu teda v zmysle Ústavy môže byť aj „*vertikálny mocenský zásah štátu, napríklad náhla, resp. neočakávaná zmena pravidiel, na ktoré sa adresáti právnych noriem spoliehali.*“⁶ Existuje teda silná argumentácia, že zákaz krížového vlastníctva bude „kvalitatívne“ natoľko silným zásahom do terajšieho *status quo* pravidiel podnikania v zdravotníckom biznise, že pôjde aj o neprípustný a zakázaný zásah do princípu právneho štátu v zmysle čl. 1 ods. 1 Ústavy.

Účelom čl. 20 ods. 4 Ústavy je poskytnutie ochrany pred zbavením vlastníctva bez súhlasu vlastníka, pričom Ústava pozná len dva právne dôvody na základe ktorých je možné uskutočniť takýto zásah do vlastníckeho práva, a to (i) vyvlastnenie a/alebo (ii) nútené obmedzenie. Vlastnícke právo obsahuje štyri samostatné komponenty, a to užívať, požívať jej plody, držať a disponovať (*uti, frui, habere a disponere*), pričom zásahy do vlastníckeho práva v zmysle čl. 20 ods. 4 Ústavy sa medzi sebou odlišujú práve rozsahom, akým zasahujú tieto jednotlivé komponenty vlastníckeho práva. Vyvlastnenie totiž v zásade zasahuje všetky štyri komponenty vlastníckeho práva, kedy tak

² Dodatokový protokol k Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej len "Protokol"). V tejto analýze sa podrobne nevenujeme potenciálnemu rozporu s čl. 1 Protokolu. V rámci detailnejšej analýzy radi rozpracujeme aj túto argumentačnú líniu. V hrubých rysoch bude podobná argumentácii v kontexte Ústavy – teda bude zahŕňať v prvom rade všeobecné konštatovanie obmedzenia práv podľa čl. 1 Protokolu a následne test proporcionality.

³ Napr.: II. ÚS 48/97, PL. ÚS 37/99, PL. ÚS 49/03, PL. ÚS 25/00, PL. ÚS 1/04, PL. ÚS 6/04.

⁴ Rozhodnutie ESLP vo veci *Pine Valley Developments Ltd* proti Írsku (Séria A č. 22, rok 1991).

⁵ Napr.: II. ÚS 48/97, PL. ÚS 37/99, PL. ÚS 49/03, PL. ÚS 25/00, PL. ÚS 1/04, PL. ÚS 6/04.

⁶ PL. ÚS 12/05.

nedochádza len ku kvalitatívnemu obmedzeniu vlastníka vec užívať, požívať jej plody a nakladať s ňou, ale ultimátne dôjde aj k zmene v osobe vlastníka ako najzávažnejšieho zásahu do vlastníckeho práva. Na strane druhej, nútené obmedzenie vlastníckeho práva je potrebné brať, ako (prevažne) dočasné určenie obmedzujúcich dispozícií s majetkom, resp. odňatie časti práv, ktoré sú obsiahnuté vo vlastníckom práve. Nedochádza tak k odobratiu všetkých štyroch komponentov vlastníckeho práva, ale iba k zúženiu práv s vecou nakladať v rovnakej miere ako pred obmedzením, zatiaľ čo nedochádza k zmene vlastníka veci. Tento rozdiel potvrdil aj Ústavný súd SR, keď vyslovil, že "Pri vyvlastnení dôjde k zmene vlastníka. Pri obmedzení vlastníctva nedôjde k zmene osoby vlastníka. Dôjde len k zásahu do rozsahu oprávnení vyplývajúcich z obsahu ústavou zaručeného práva vlastníť majetok."⁷ Ústava teda neumožňuje vlastníka pozbaviť jeho vlastníckeho práva z iného, tretieho dôvodu, resp. iným zásahom.

V zmysle Protokolu a judikatúry ESLP⁸ sa pod pojmom vyvlastnenie rozumie aj tzv. *vyvlastnenie de facto*⁹, t. j. vyvlastnenie nemusí nastať len priamo odňatím majetku, ale aj vtedy, ak obmedzovanie vlastníka ma takú kvalitu, ktorá nemôže predstavovať legitímny zásah. Aj keď hranica medzi núteným obmedzením vlastníctva a vyvlastnením je veľmi tenká¹⁰, máme za to, že zákaz krížového vlastníctva bude napĺňať znaky vyvlastnenia a nie len núteného obmedzenia.

Na to, aby vyvlastnenie spĺňalo všetky materiálne znaky a bolo legitímne, musí spĺňať niekoľko podmienok, a to:

- (a) **existencia riadneho verejného záujmu** – čo je v prípade „Lex Haščák“ prinajmenšom diskutabilné (viď. nižšie) a tento verejný záujem zatiaľ nebol dostatočne preukázaný,
- (b) **nevyhnutná miera obmedzenia** – nielenže vyvlastnenie ako také je považované skôr za prostriedok *ultima ratio*, teda poslednú možnosť obmedzenia, keďže ide o najzávažnejší a najmä trvalý zásah do práv subjektu, ale vzhľadom na absenciu jasného cieľa je aj problematické vôbec posúdiť nevyhnutnosť tohto zásahu za účelom dosiahnutia legitímneho cieľa, a
- (c) **primeranosť náhrady** – Ústava jednoznačne ustanovuje, že za trvalé odňatie vlastníckeho práva k veci vyvlastnením treba poskytnúť vlastníkovi náhradu, ktorá ma byť primeraná.¹¹ Poskytnutie primeranej náhrady v prípade vyvlastnenie je súčasťou ochrany vlastníckeho práva aj v zmysle čl. 1 Protokolu. Zákaz krížového vlastníctva však so žiadnou takouto primeranou náhradou nepočíta.

Samotná skutočnosť, že k takémuto zásahu do vlastníckeho práva dochádza bez primeranej náhrady je z hľadiska čl. 20 ods. 4 Ústavy problematická. Pre zhodnotenie úpravy je však potrebné vykonať aj tzv. test proporcionality.

Pre úplnosť je potrebné doplniť, že navrhovaný „Lex Haščák“ predstavuje aj zásah do práva na podnikanie podľa čl. 35 Ústavy. Vo veci zákazu vyplácania zisku už bolo judikované, že zdravotné poisťovne v slovenskom režime sú podnikateľskými subjektami a majú právo podnikáť podľa čl. 35 Ústavy. Do tohto práva je navrhovaným zákazom krížového vlastníctva taktiež zasiahnuté. Na posúdenie súladu tohto zásahu s Ústavou je – rovnako ako v prípade ochrany vlastníctva – potrebné

⁷ PL. ÚS 38/98.

⁸ Európsky súd pre ľudské práva (ďalej len „ESLP“).

⁹ Case of Fredin v. Sweden (no. 1), Séria A, 1991, č. 192, §42.

¹⁰ PL. ÚS 3/09.

¹¹ PL. ÚS 37/95.

vykonať test proporcionality.

1.2 Test proporcionality

Zásah do vlastníckeho práva aj do práva na podnikanie musí byť testovaný z hľadiska proporcionality.

Tento test pozostáva z troch krokov. Po prvé, posudzuje sa **vhodnosť** navrhovanej úpravy, resp. existencia dostatočne dôležitého cieľa a racionálna väzba medzi navrhovaným opatrením a jej účelom. Po druhé, skúma sa **nevyhnutnosť** opatrenia na dosiahnutie cieľa. Po tretie, analyzuje sa **primeranosť** opatrenia voči zamýšľanému cieľu.

V prípade „Lex Haščák“ sú prinajmenšom závažné pochybnosti o splnení všetkých troch krokov testu a navrhovaný zákon by zrejme neprešiel celým testom.

Po prvé, cieľ navrhovaného opatrenia nie je zrejмый. Dôvodová správa¹² k návrhu zákona tiež definuje ciele navrhovanej právnej úpravy len veľmi vágne, keď sa odvoláva na vyvažovanie práv pacientov s právami podnikateľov v zdravotníctve, zamedzenie údajnému konfliktu záujmov, kontrola účelnosti využitia prostriedkov z verejného zdravotného poistenia, zabezpečenie „zdravej konkurencie“ a pod. Politici uvádzajú potrebu ochrániť súťaž pred deformujúcim vplyvom krížového vlastníctva, možnosti na „*prelievanie peňazí*“ a schopnosť silného hráča „*blokovať zmeny a deformovať pravidlá*“.¹³ Avšak, ako priznáva aj komentátor podporujúci navrhované opatrenie, „*nie je zdokumentovaný žiaden prípad, keď by Dôvera systematicky protežovala svoje sesterské firmy zo zdravotníckeho holdingu Penty*“.¹⁴ Samotné oslabenie Penty v zdravotníctve ťažko možno označiť za legitímny cieľ. Ako legitímny cieľ by zákonodarca mohol označiť zlepšenie zdravotnej starostlivosti, v takom prípade však nie je zrejмый, aká je racionálna väzba medzi opatrením a cieľom.¹⁵

Po druhé, takýto drastický zásah do základných práv nie je *nevyhnutný*. Ak je cieľom zabrániť krížovým dotáciám v rámci skupiny Penta, prichádza do úvahy dôsledné zverejňovanie podmienok a dohľad Úradu pre dohľad nad zdravotnou starostlivosťou („**ÚDZS**“). Ak je cieľom ochrana hospodárskej súťaže v zdravotníctve, je možné posilniť právomoci (alebo zabezpečiť riadne vykonávanie už existujúcich právomocí) Protimonopolného úradu („**PMÚ**“). Taktiež si možno predstaviť jednoznačné nastavenie podmienok, za ktorých by zdravotná poisťovňa pod kontrolou jednej skupiny bola povinná uzatvárať zmluvy so všetkými poskytovateľmi. Existencia týchto alternatívnych opatrení preukazuje, že striktný zákaz krížového vlastníctva nie je *nevyhnutný*. Dokazujú to napokon aj samotní predkladatelia návrhu zákona, ktorí v návrhu iného zákona s obdobným účelom a účinkami ako navrhovaný zákon, ibaže pre oblasť médií (ČPT 1799),¹⁶ navrhujú ako alternatívu k zakazu krížového vlastníctva aj postup zahŕňajúci ingerenciu PMÚ, ktorý je miernejší ako zákaz krížového vlastníctva a umožňuje krížové vlastníctvo zachovať a tým sami otvorene priznávajú, že oproti „tvrdému“ zakazu krížového vlastníctva existujú aj miernejšie opatrenia na dosiahnutie sledovaného cieľa.¹⁷

Tieto závery potvrdzuje aj diskusia o zákaze vertikálnej integrácie v Holandsku. Nezávislá Baarsma komisia na objednávku dolnej komory holandského parlamentu pri posudzovaní navrhovaného zákazu

¹² <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=473841>.

¹³ Dvořák, O. a Beblavý, M. <https://www.etrend.sk/trend-archiv/rok-2019/cislo-42/ste-za-zrusenie-krizoveho-vlastnictva-v-slovenskom-zdravotnictve.html>.

¹⁴ <https://e.dennikn.sk/1630101/rozumieme-dobre-co-sa-stane-ak-ps-spolu-raz-pretlacia-lex-hascak/?ref=e>.

¹⁵ Podobne aj v prípade zakazu zisku zdravotných poisťovní Ústavný súd konštatoval, že „*nemožno teda s určitosťou konštatovať, že napadnutá právna úprava (§ 15 ods. 6 zákona o zdravotných poisťovniach) je racionálne previazaná s legitímnym cieľom*“ (PL. ÚS 3/09).

¹⁶ <https://www.nrsr.sk/web/Dynamic/DocumentPreview.aspx?DocID=473851>.

¹⁷ Navrhované miernejšie opatrenia pre oblasť médií majú svoje nedostatky a sčasti nespĺňajú test nevyhnutnosti (a preto nevyslovujeme s nimi súhlas), len na ne poukazujeme pre ilustráciu, že aj samotní navrhovatelia svojím postupom v paralelne navrhovanom zákone sami dosvedčujú, že miernejšia alternatíva existuje.

krížového vlastníctva v zdravotníctve dospela k záverom, že „*zákaz vertikálnej integrácie nie je potrebný a vhodný na zaistenie verejného záujmu*“.¹⁸ Taktiež akademické zdroje v Holandsku dospeli k záveru, že vertikálna integrácia môže byť dokonca prínosná.¹⁹

Vo veci zákazu vyplácania zisku Ústavný súd SR konštatoval, že išlo o „*drastický právny prostriedok, [ktorý] nebol nevyhnutný*“.²⁰ V prípade zákazu krížového vlastníctva ide o ešte drastickejší zásah, pretože vlastníctvo určitých aktív priamo zakazuje, nie len obmedzuje možnosť poberať z nich zisk.

Po tretie, navrhovaný „Lex Haščák“ je pochybný aj z hľadiska *primeranosti*. V rámci tohto kroku sa posudzuje, či negatívne dôsledky opatrenia na základné práva presahujú pozitíva. Ako už bolo uvedené vyššie, pozitíva nie sú zrejmé – nie je jasné, aký je cieľ sledovaného opatrenia a či existuje racionálna väzba medzi navrhovaným obmedzením a sledovaným cieľom. Avšak aj keby bol daný legitímny cieľ, neexistuje žiadna indícia, že navrhované opatrenie k cieľu skutočne prispeje a keby aj prispelo, že k nemu nemožno prispieť menej reštriktívnymi opatreniami.

Z hľadiska testu *primeranosti* teda porovnáваме – na jednej strane – veľmi drastický zásah do základných práv a slobôd spočívajúci v absolútnom zákaze vlastníť určité aktíva a teda faktické uloženie povinnosti tieto aktíva za nevýhodných podmienok pod tlakom predávať a – na druhej strane – neistý prínos k nie jasne definovanému cieľu. Ústavný súd SR aj miernejší zásah spočívajúci v zákaze vyplácania zisku označil za „*zjavne neprimeraný*“ a tento záver by o to viac platil v prípade navrhovaného „Lex Haščák“.

1.3 Diskriminácia

Navrhovaný „Lex Haščák“ neobsahuje skutočný a efektívny zákaz krížového vlastníctva aj na strane štátu, ktorý je pritom najvýznamnejším vlastníkom v sektore zdravotníctva – ako vlastník najväčšej a rozhodujúcej zdravotnej poisťovne a zriaďovateľ najväčších a najvýznamnejších poskytovateľov zdravotnej starostlivosti. Navrhovaný zákon preto naráža aj na ústavnoprávny zákaz diskriminácie.

Ak existuje obava zo zneužívania vertikálnej integrácie, napr. prostredníctvom krížového dotovania alebo prostredníctvom zvýhodňovania spriaznených osôb, mala by táto obava existovať rovnako aj v prípade krížového vlastníctva štátu.

V energetike platí, že ak štát krížovo vykonáva kontrolu nad prevádzkovateľom prenosovej sústavy a výrobcom elektriny, musia kontrolu vykonávať dva samostatné verejnoprávne subjekty.²¹ Podľa prevažujúceho názoru v literatúre je aj táto úprava v rozpore so zásadou rovnosti.²² V rámci EÚ

¹⁸ Informácie od klienta prebraté z *Baarsma: Eindrapport commissie verticale integratie tussen zorverzekeraars en zorgaanbieders (2009)* („zákaz vertikálnej integrácie nie je potrebný a vhodný na zaistenie verejného záujmu: kvalitnej, dostupnej a cenovo prístupnej starostlivosti“):

1. Existuje **dostatočná kontrola dopadu vertikálnej integrácie na verejný záujem** (NMa a NZa).
2. *Vzhľadom na stav súťaže na trhu ZP a PZS by zákaz akejkoľvek vertikálnej integrácie obmedzil možné prínosy pre pacienta.*
3. *Existujú dostatočné nástroje na zaistenie slobody výberu poisťenca i v prípade vertikálnej integrácie“.*

¹⁹ Annika B. van der Heiden: *The Advantages And Disadvantages Of Insurer--Provider Integration: What Are Implications For Dutch Health Care Policy?* Master thesis Health Economics, Policy & Law 2012--2013. Erasmus Universiteit Rotterdam, s. 48 („*vertical integration can increase quality in various ways. Vertical integration also has disadvantages, but regulatory institutions can prevent these negative effects of vertical integration with respect to affordability, accessibility and quality. Given the potential benefits of vertical integration, I would argue that the Dutch government should give the positive effects of vertical integration in the Netherlands a chance.*“).

²⁰ PL. ÚS 3/09.

²¹ Čl. 9 ods. 6 smernice 2009/72/ES (nahradený čl. 43 ods. 6 smernice 2019/944).

²² Dralle, T.M. *Ownership Unbundling and Related Measures in the EU Energy Sector*, Springer, 2018, s. 71 („*Whereas private transmission system operators and commercial energy companies cannot remain part of a vertically integrated undertaking, their public counterparts can continue to be controlled by a VIU, namely the State. According to the predominant view in the literature, there are no objective reasons to justify this difference in treatment.*“) a tam citovaná literatúra: Christian Calliess, 'Ownership Unbundling für alle? Kritische Überlegungen zu den aktuellen Entflechtungsvorhaben der Europäischen Kommission' (2007) 57 *Energiewirtschaftliche*

a jednotlivých členských štátov je však napriek tomu fakticky tolerovaná.

V prípade „Lex Haščák“ však ide o oveľa zjavnejší zásah do zásady rovnosti, pretože štát (prostredníctvom Ministerstva zdravotníctva SR) je jediným akcionárom Všeobecnej zdravotnej poisťovne, a.s. a súčasne aj zriaďovateľom najvýznamnejších nemocníc. Navrhovaný zákon síce počíta s tým, že výkon vlastníckych alebo zriaďovateľských práv štátu sa rozdelí podľa segmentov medzi viaceré štátne orgány, no stále to nemení nič na tom, že všetky budú pod kontrolou toho istého štátu a konečným užívateľom výhod bude ten istý štátny rozpočet. Obdobné rozdelenie segmentov medzi viaceré subjekty kontrolované tým istým súkromným vlastníkom však v prípade súkromného vlastníka na splnenie požiadaviek navrhovaného zákona. Tým je súkromný vlastník v sektore zdravotníctva diskriminovaný voči štátu.

1.4 Ústavnoprávna diskusia o *unbundlingu* v energetike

Zákaz krížového vlastníctva navrhovaný ako „Lex Haščák“ vykazuje isté podobnosti so zákazom krížového vlastníctva v energetike, ktorý zaviedol Tretí energetický balíček (tzv. *unbundling*).

V súvislosti s *unbundlingom* sa tiež diskutovalo o jeho súlade s ochranou vlastníctva. Diskusia prebiehala najmä v Nemecku, kde v tom čase už prevádzkovatelia prenosových, resp. distribučných sústav boli čiastočne privatizovaní.²³ Vzhľadom na podobnosť právneho režimu vlastníctva sú nemecké závery relevantné aj v slovenskom kontexte.

Časť autorov dospela k záveru, že tzv. *full ownership unbundling* – teda skutočný zákaz krížového vlastníctva a nie len povinnosť v rámci skupiny oddeliť prevádzkovateľa prenosovej sústavy (tzv. *ITO/ISO model*) – zakladá vyvlastnenie a je teda vzhľadom na absenciu odškodnenia jednoznačne protiústavný.²⁴ Druhá časť autorov uvádzala, že ide „len“ o reguláciu majetkových práv.²⁵

Avšak aj keby išlo „len“ o reguláciu majetkových práv, muselo by toto obmedzenie prejsť testom proporcionality a mnohí autori dospeli k záveru, že opatrenie nie je nevyhnutné ani primerané.²⁶ Argumentovalo sa najmä tým, že posilnený *unbundling* bol prijatý skôr, než bolo možné zhodnotiť účinnosť skôr zavedených regulačných opatrení, a že je potrebné zvážiť menej reštriktívne alternatívy, ako napr. obmedzenie krížového vlastníctva napr. na 10% alebo 50% namiesto úplného zákazu.²⁷

Vzhľadom na odpor Nemecka založeného aj na ústavnoprávných obavách bol na úrovni EÚ

Tagesfragen, 114–129; Franz J Säcker and Jochen Mohr, '§ 8 Eigentumsrechtliche Entflechtung' in Franz J Säcker (ed), Berliner Kommentar zum Energierecht (vol 1, 3rd edn. Dt. Fachverl. Fachmedien Recht und Wirtschaft 2014) [47].

²³ McHarg, A., Baron, B., Bradbrook, A., Godden, L. Property and the Law in Energy and Natural Resources, s. 344.

²⁴ Dralle, T.M. Ownership Unbundling and Related Measures in the EU Energy Sector, Springer, 2018, s. 67 a tam citovaná literatúra: Christian Kahle, 'Die Eigentumsrechtliche Entflechtung (Ownership Unbundling) der Energieversorgungsnetze aus europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Sicht' [2007] Recht der Energiewirtschaft 293, 297–299; Thomas Mayen and Ulrich Karpenstein, 'Eigentumsrechtliche Entflechtung der Energieversorgungsnetze: Verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Aspekte des Eigentumsschutzes' [2008] Recht der Energiewirtschaft 33, 37–38.

²⁵ Dralle, T.M. Ownership Unbundling and Related Measures in the EU Energy Sector, Springer, 2018, s. 66 a tam citovaná literatúra: Frank Schorkopf, 'Eigentumsrechtliche Entflechtung aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht' in Wolfgang Löwer (ed), Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt: Bonner Gespräch zum Energierecht – Band 3 (Bonner Gespräch zum Energierecht vol 3. V & R unipress 2008) 131; Jürgen F Baur, Kai U Pritzsche and Stefan Klauer, Ownership Unbundling: Wesen und Vereinbarkeit mit Europarecht und Verfassungsrecht (Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität zu Köln vol 121, Nomos 2006) 80.

²⁶ Dralle, T.M. Ownership Unbundling and Related Measures in the EU Energy Sector, Springer, 2018, s. 67 a tam citovaná literatúra: Baur, Pritzsche and Klauer (n 7) 82–83. Ulrich Büdenbender and Peter Rosin, Einführung eines Ownership Unbundling bzw. Independent System Operator in der Energiewirtschaft: Rechtliche und rechtspolitische Würdigung der wesentlichen Argumente der Europäischen Kommission (Verlag Energiewirtschaft und Technik 2007) 115; Winfried Rasbach, Unbundling-Regulierung in der Energiewirtschaft: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und deren Umsetzung in die deutsche Energierechtsordnung (C.H. Beck 2009) 333ff.

²⁷ Dralle, T.M. Ownership Unbundling and Related Measures in the EU Energy Sector, Springer, 2018, s. 74

v konečnom dôsledku prijatý ako kompromis ITO/ISO model.²⁸ Pri transpozícii Tretieho energetického balíčka v Nemecku bolo v dôvodovej správe výslovne uvedené, že ISO/ITO model ako alternatíva k *full ownership unbundling* bol zavedený práve na základe princípu proporcionality.

Záveru diskusie o *unbundlingu* možno aplikovať aj na „Lex Haščák“. Rovnako ide o opatrenie, ktoré nepochybne zakladá zásah do vlastníctva. Toto opatrenie by rovnako muselo prejsť testom proporcionality, pričom existujú menej reštriktívne alternatívy – napr. prísna regulácia zo strany ÚDZS alebo PMÚ, posilnenie ich právomocí alebo zabezpečenie dôsledného výkonu ich existujúcich právomocí, oddelenie podľa vzoru ISO/ITO modelu v energetike alebo obmedzenie krížového vlastníctva na určitú úroveň, namiesto jej úplného zákazu.

1.5 Rozpor s princípom generality práva

Princíp generality (všeobecnosti) právnych noriem je jedným zo základných princípov právneho štátu vyplývajúcim z čl. 1 ods. 1 Ústavy.

„Aby určitá norma bola normou právnou, je potrebné, aby jej záväznosť bola všeobecná. Všeobecnosť právnej normy je jednak všeobecnosť čo do predmetu právnej úpravy a jednak čo do subjektu právnej normy. Všeobecnosťou čo do predmetu sa rozumie to, že právna norma všeobecne vymedzuje svoju skutkovú podstatu, čo inými slovami znamená, že nikdy nemôže riešiť určitý konkrétny prípad. Keby tak nejaký právny predpis urobil, nebolo by takéto jeho ustanovenie právnou normou, ale bol by to právnym predpisom per nefas vydaný individuálny (napr. správny) akt. Táto stránka všeobecnosti právnej normy je celkom nepochoybná.“²⁹

Ústavný súd Slovenskej republiky v náleze sp. zn. PL. ÚS 16/95 v súvislosti s princípom generality uvádza, že právny akt sa nemá posudzovať len nominálne (z hľadiska jeho textového vyjadrenia), ale z hľadiska jeho predmetu, obsahu a účinkov. K otázke súladu zákona, ktorým boli zrušené konkrétne privatizačné rozhodnutia (zákon č. 370/1994 Z. z.), s princípom právneho štátu (princípom generality) ústavný súd uviedol, že tento zákon „z legislatívno-formálnej stránky je normatívny právny akt, avšak z hľadiska jeho predmetu, obsahu i účinkov ide o právny akt, ktorý sa v rozpore so všeobecne uznávanou požiadavkou generality vzťahuje na určité vopred známe jednotlivé privatizačné veci, čo princípy právneho štátu nepripúšťajú.“

Ústavný súd Českej republiky v náleze sp. zn. Pl. ÚS 27/09 v tejto súvislosti uviedol: „Ako vyplýva z judikatúry Ústavného súdu, porušenie princípu všeobecnosti zákona spadá do rámca neprípustného narušenia právneho štátu... Ústavný súd opakovane zdôrazňuje, že považuje princíp všeobecnosti ústavného zákona za komponent kategórie podstatných náležitostí právneho štátu. Pripomína, že všeobecnosť nie je účelom o sebe, jeho účelom je zabezpečiť oddelenie zákonodarnej, výkonnej a súdnej moci, rovnosť ústavnej úpravy pre obdobné situácie, a tým vylúčenie svojvôle pri uplatňovaní verejnej moci a umožnenie garancie ochrany práv jednotlivca v podobe práva na súdnu ochranu.“

Ústavný súd Slovenskej republiky v náleze sp. zn. PL. ÚS 115/2011 v tejto súvislosti uviedol: „Ak zákonodarcu vie, že upravuje individuálne určený prípad, tak takáto úprava bez ohľadu na svoju všeobecnú formuláciu nezodpovedá požiadavke generality právnej normy.“

Aj keď znenie navrhovaného zákona je formulované všeobecne a na prvý pohľad sa môže zdať, že postihuje všetky druhy rovnaké prípady, realita je taká, že pod pôsobnosť tohto zákona spadá zrejme iba skupina Penta, pretože nikto iný na území Slovenskej republiky programovo nepodniká naraz vo všetkých (alebo v 2 z 3) segmentoch zdravotníctva. Navrhovaný zákon teda síce všeobecne

²⁸ <https://www.euractiv.com/section/energy/news/commission-set-for-climb-down-on-ownership-unbundling/>

²⁹ KNAPP, V.: Teorie práva. 1. vyd. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 149 – 150.

zníe, ale z hľadiska jeho predmetu, obsahu a účinkov všeobecný nie je, pretože dopadá na jednu konkrétnu podnikateľskú skupinu.

Napokon aj z verejnej komunikácie predkladateľov návrhu zákona³⁰ vyplýva celkom jednoznačne, že cieľom navrhovanej právnej úpravy je práve postihnúť podnikateľské aktivity skupiny Penta v sektore zdravotníctva.

Ďalším argumentom na podporu nedostatku všeobecnosti tohto navrhovaného zákona a jeho „ušítia na mieru“ skupine Penta je to, že navrhovatelia selektívne postihujú práve a len tie segmenty zdravotníckeho sektora, v ktorých vyvíja podnikateľské aktivity práve skupina Penta (zdravotná poisťovňa, poskytovateľ zdravotnej starostlivosti a verejná lekáreň). Sektor zdravotníctva však zahŕňa aj ďalšie segmenty, ktoré majú rovnaký dopad na dostupnosť a kvalitu zdravotnej starostlivosti a nakladanie s peňažnými prostriedkami z verejného zdravotného poistenia ako navrhovateľmi zvolené tri segmenty. Takýmito segmentmi, ktoré navrhovatelia opomenuli do regulácie zahrnúť (zrejme preto, že to nepovažovali za nevyhnutné, keďže skupina Penta v nich aktívna nie je) sú napríklad laboratória, výroba a distribúcia medicínskej techniky či zdravotníckych pomôcok.

Z týchto dôvodov považujeme navrhovaný zákon za nesúladný s čl. 1 ods. 1 Ústavy pre nedodržanie princípu generality práva.

Proti tomuto záveru možno argumentovať tým, že nie je možné limitovať zákonodarcu v tom, aby zákonom zaviedol prísnejšiu reguláciu monopolizovaného trhu, pretože v takomto prípade sa nedá vyhnúť tomu, že regulácia dopadne len na jedného hráča. Samotný „protiústavný úmysel“ zákonodarcu zrejme na konštatovanie protiústavnosti zákona nestačí, pokiaľ táto nie je preukázaná aj inými dôvodmi spočívajúcimi v reálnom obsahu zákona. Preto tento argument uvádzame len na podporu skorších ústavnoprávných argumentov a neodporúčame spoliehať sa naň sám osebe.

2 Rozpor s právom Európskej únie

2.1 Voľný pohyb kapitálu

Čl. 63 ZFEÚ zakazuje obmedzenia pohybu kapitálu medzi členskými štátmi. Pod toto ustanovenie nespádajú len zjavné diskriminačné opatrenia namierené voči investorom z iných členských štátov, ale aj opatrenia, ktoré sa síce rovnako aplikujú na domáce aj zahraničné osoby, ale môžu odradiť investorov z iných členských štátov.³¹

Táto otázka bola riešená v súvislosti s holandskou legislatívou, ktorá zakazovala krížové vlastníctvo výrobcov elektriny a prevádzkovateľov distribučnej sústavy (išlo v podstate o *unbundling* na národnej úrovni ešte pred jeho povinným zavedením európskou legislatívou). Súdny dvor EÚ judikoval, že takéto obmedzenie – hoci sa identicky týkalo domácich ako aj zahraničných investorov – predstavuje obmedzenie pohybu kapitálu v zmysle čl. 63 ZFEÚ.³²

³⁰ <https://stranaspolu.sk/ps-spolu-predstavili-lex-hascak/>.

³¹ Case C-463/00 *Commission v Spain* [2003] ECR I-4579, paragraph 61; *Commission v United Kingdom* C-98/01, paragraph 47 („In this instance, although the relevant restrictions on investment operations apply without distinction to both residents and non-residents, it must none the less be held that they affect the position of a person acquiring a shareholding as such and are thus liable to deter investors from other Member States from making such investments and, consequently, affect access to the market“); *Commission v Portugal* C-543/08, bod 47 („Concerning those two forms of investment, the Court has stated that national measures must be regarded as ‘restrictions’ within the meaning of Article 56(1) EC if they are liable to prevent or limit the acquisition of shares in the undertakings concerned or to deter investors of other Member States from investing in their capital (see Case C 367/98 *Commission v Portugal* [2002] ECR I 4731, paragraph 45; Case C 483/99 *Commission v France* [2002] ECR I 4781, paragraph 40; Case C 463/00 *Commission v Spain*, paragraphs 61 and 62; Case C 98/01 *Commission v United Kingdom* [2003] ECR I 4641, paragraphs 47 and 49; Case C 174/04 *Commission v Italy* [2005] ECR I 4933, paragraphs 30 and 31; *Joined Cases C 282/04 and C 283/04 Commission v Netherlands*, paragraph 20; *Commission v Germany*, paragraph 19; and Case C 171/08 *Commission v Portugal*, paragraph 50).“)

³² *Joined Cases C-105/12 to C-107/12 Staat der Nederlanden v Essent et al.* [2013], paragraph 47.

Analogicky možno poukázať aj na zákaz vyplácania zisku zdravotných poisťovní, ktorý sa identicky aplikoval na domácich aj zahraničných investorov. V danej veci Európska komisia tiež predbežne konštatovala, že by mohlo ísť o obmedzenie pohybu kapitálu a urobila kroky smerujúce ku konaniu o porušení práva EÚ.³³ Nakoniec však bolo konanie zastavené, pretože zákaz vyplácania zisku bol Ústavným súdom SR zrušený a konanie sa tak stalo bezpredmetné.³⁴

Obmedzenie voľného pohybu kapitálu je v súlade s právom EÚ v prípade, ak je odôvodnené naliehavými dôvodmi všeobecného záujmu.

Identifikovať tieto ciele v prípade navrhovaného „Lex Haščák“ je problematické až nemožné – ako už bolo uvedené vyššie.

Avšak aj keby tieto dôvody boli identifikované, musia byť primerané sledovaným cieľom a nesmú ísť nad rámec toho, čo je na dosiahnutie týchto cieľov nevyhnutné.³⁵

Ako už bolo uvedené vyššie, v prípade navrhovaného „Lex Haščák“ ide obmedzenie nad rámec toho, čo je nevyhnutné.

V prípade *Essent* Súdny dvor EÚ posúdenie primeranosti prenechal holandským súdom, ktoré nakoniec rozhodli, že zákaz krížového vlastníctva nebol neprimeraný a teda nebol v rozpore s právom EÚ. Pritom však poukázali okrem iného na skutočnosť, že pred schválením zákazu krížového vlastníctva boli relevantne zvažované aj menej reštriktívne opatrenia a nespĺňali sledované ciele.

V slovenskom kontexte však nie je známe, že by existovala relevantná analýza alternatívnych opatrení. A teda ani relevantné dôvody pre záver, že Lex Haščák nejde nad rámec toho, čo je na dosiahnutie údajných cieľov nevyhnutné.

2.2 Voľný pohyb kapitálu

Čl. 17 Charty základných práv EÚ podobne ako čl. 20 Ústavy a čl. 1 Protokolu chráni vlastnícke právo.

Charta základných práv EÚ sa aplikuje len na inštitúcie EÚ a na členské štáty len v prípadoch, kedy vykonávajú právo EÚ. V tunajšom prípade by slovenský zákonodarca prijatím „Lex Haščák“ netransponoval smernicu ani inú normu práva EÚ a preto je sporné, či by sa Charta vôbec aplikovala. Na účely tohto predbežného stanoviska sme túto otázku detailne neanalyzovali, keďže rozpor možno konštatovať už s Ústavou. Pre prípad, že by sa Charta aplikovala, nasledovala by analýza podobnú logiku, ako v kontexte Ústavy. V ďalších fázach túto otázku radi preskúmame vo väčšom detaile.

* * *

³³ <https://spectator.sme.sk/c/20034603/ec-challenges-slovakia-over-insurers-profit-ban.html>

³⁴ Výzva na predloženie pripomienok v súlade s čl. 108 ods. 2 ZFEÚ, vo veci Štátna pomoc SA.23008 (2013/C) (ex 2013/NN) – Údajná štátna pomoc Spoločnej zdravotnej poisťovni (SZP) a Všeobecnej zdravotnej poisťovni, a.s. (VŠZP), (2013/C 278/03) zverejnené v Úradnom vestníku Európskej Únie (26.09.2013).

³⁵ Joined Cases C-105/12 to C-107/12 Staat der Nederlanden v Essent et al. [2013], paragraph 66.