

ODPOVĚDNOST ZA PORUŠENÍ PRAVIDEL HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE SE ZAMĚŘENÍM NA BID RIGGING

IVO MACEK

Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Katedra obchodního práva

Abstract in original language

Cílem tohoto příspěvku je analyzovat způsoby, jakými je vymáhána odpovědnost za porušení pravidel hospodářské soutěže v České republice, Spojených státech amerických a v některých členských zemích Evropské unie. Článek je zaměřen na vymáhání odpovědnosti jednotlivých členů participujících na kartelech a na účastnících bid riggingových dohod, poněvadž bid rigging téměř vždy resultuje v porušení hospodářské soutěže, kdy deformuje trh, na kterém jsou vynakládány veřejné prostředky. Součástí článku jsou rovněž návrhy de lege ferenda.

Key words in original language

odpovědnost, vymáhání odpovědnosti, kartel, bid rigging

Abstract

The subject of this paper is to confront the way, how liability for violation of competition rules is enforced in the Czech Republic, United States and in European Union. Article will be focused on criminal enforcement for cartel members and on members of bid rigging agreement, because bid rigging almost always results in economic harm to the agency which is seeking the bids, and to the public, who ultimately bear the costs as taxpayers or consumers. Article also contains suggestions de lege ferenda.

Key words

liability, criminal enforcement, cartel member, bid rigging

1. VYMEZENÍ HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

S jednotnou definicí hospodářské soutěže se v odborné literatuře nesetkáme. Určité vodítko nám však mohou nabídnout jednotlivé tuzemské právní předpisy, příp. právní předpisy Evropské unie. V hlavě VII Smlouvy o fungování Evropské unie¹ jsou vymezena společná pravidla pro hospodářskou soutěž, daně a sbližování právních předpisů, přičemž kapitola I upravuje přímo pravidla hospodářské soutěže. Články 101 a 102

¹ Smlouva o založení Evropského společenství byla smlouvou C 306 ze dne 17. prosince 2007 (Lisabonská smlouva) přejmenována na Smlouvu o fungování Evropské unie.

Smlouvy² vymezují pravidla pro fungování subjektů na vnitřním trhu Evropské unie. Z článku 101 vyplývá, že s vnitřním trhem Evropské unie jsou neslučitelné, a proto zakázané, veškeré dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž účelem nebo důsledkem je vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na vnitřním trhu. Pro účely tohoto příspěvku se pak jedná především o dohody, které přímo nebo nepřímo určují nákupní nebo prodejní ceny, omezují nebo kontrolují výrobu, rozdělují trhy nebo zdroje zásobování, uplatňují vůči obchodním partnerům rozdílné podmínky při plnění stejné povahy, či podmiňují uzavření smluv tím, že druhá strana přijme další plnění, která s předmětem těchto smluv věcně ani podle obchodních zvyklostí nesouvisí. Předchozího je docíleno tím, že účastníci těchto kartelových dohod jako celku mají dominantní postavení na příslušném trhu.

Pro provedení zásad uvedených v předchozím odstavci bylo v souladu s čl. 103 Smlouvy o fungování Evropské unie přijato Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže. Ve vztahu k obsahu tohoto příspěvku jsou pak významná ustanovení věnující se odpovědnosti za porušení pravidel stanovených tímto nařízením. V úvodních zásadách je uvedeno, že *splnění povinností uložených podnikům a sdružením podniků podle tohoto nařízení by mělo být vymahatelné prostřednictvím pokut a penále. Za tím účelem by měla být stanovena také vhodná výše pokut pro porušení procesních předpisů*³. V hlavě VI nařízení jsou pak uvedeny sankce za protiprávní jednání, jež je upraveno tímto nařízením. V případě, že dotčené subjekty neposkytnou Komisi podklady pro její rozhodnutí nebo je neposkytnou ve stanovené lhůtě, popřípadě poskytnou neúplné, falešné či zkreslené informace, hrozí jim pokuta až do výše 1 % z jejich celkového obratu za poslední účetní rok. Dojde-li k porušení čl. 101 nebo 102 Smlouvy o fungování Evropské unie nebo nerespektování nařízeného předběžného opatření či porušení povinností stanovených v rozhodnutí Komise, může být podniku nebo sdružení podniků uložena pokuta až do výše 10 % celkového obratu za poslední účetní rok. Komise se však může rozhodnout i pro tzv. časové pokuty stanovené na základě průměrného denního obratu, tzn. že Komise stanoví na základě výsledků posledního účetního roku průměrný denní obrat podniku a uloží narušujícímu podniku pokutu až do výše 5 % stanoveného denního obratu za každý den do doby, než podnik ukončí jednání narušující čl. 101 nebo 102. Totéž platí v případě porušování předběžného opatření, popřípadě rozhodnutí ve věci samé, a dále na

² Z důvodu teprve nedávného začlenění Lisabonské smlouvy do právního pořádku Evropské unie je možno se v literatuře častěji setkat spíše ve vztahu k evropské úpravě hospodářské soutěže s odkazem na čl. 81 a 82 Smlouvy o založení Evropského společenství.

³ Bod 29) z úvodních důvodů pro vydání nařízení.

případy, než podnik poskytne úplné či správné informace, které Komise požadovala. Pokud jde o jednání sdružení podniků, které nemá právní subjektivitu, pak je sankce nejdříve vymáhána na sdružení jako celku. V případě, že sdružení jako celek nezaplatí, může Komise požadovat uhrazení sankcí nejprve od subjektů, jejichž řídicí osoby byly současně osobami jednajícími za sdružení, a nedojde-li k úhradě sankcí ani v tomto případě, pak na jednotlivých členech sdružení přímo, avšak vždy jen do výše 10 % celkového ročního obrátu za poslední účetní období konkrétního subjektu. Jak pak vyplývá ze Zprávy o politice hospodářské soutěže za rok 2006 Evropského hospodářského a sociálního výboru KOM(2007) 358 ze dne 13. 2. 2008, byla přijata nová prahová hodnota pro ochranu před pokutami a snížení pokut v případě kartelů. Při výpočtu výše pokut na základě nových pravidel je částka rovna podílu ročních tržeb z výrobku (až do výše 30 %) vynásobenému počtem let během nichž podnik jednal protiprávně (tento podíl může při opakovaném protiprávním jednání dosáhnout až 100 %). Dále pak byla za účelem zvýšení účinnosti metody kontroly přijata zelená kniha Žaloby o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES stanovených v člancích 101 nebo 102 Smlouvy o fungování Evropské unie.

V tuzemské právní úpravě je hospodářská soutěž upravena především zákonem č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých dalších zákonů (dále též "ZOHS"), což vyplývá i z § 42 odst. 1 a 2 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, kde je stanoveno, že zneužitím účasti v hospodářské soutěži je nekalé soutěžní jednání a nedovolené omezování hospodářské soutěže, přičemž nedovolené omezování hospodářské soutěže je upraveno zvláštním zákonem. V ZOHS již zákonodárce operuje s pojmem soutěžitel a ustanovení upravující dohody narušující soutěž jsou pak uvedeny v § 3 a násl. ZOHS. Za dohody narušující soutěž jsou pak považovány *dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen "dohody"), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též "ÚOHS" nebo "Úřad") nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.* Odpovědnost za porušení pravidel tohoto zákona je pak upravena v § 22 a násl. ZOHS, kde jsou stanoveny sankce pro fyzické a právnické osoby.

V trestněprávní rovině je pak od 1. 1. 2010 odpovědnost za porušení pravidel hospodářské soutěže stanovena v § 248 zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů, kde je uvedeno, že odnětím svobody až na tři léta, zákazem činnosti nebo propadnutím věci nebo jiné majetkové hodnoty *bude potrestán, kdo v rozporu s jiným právním předpisem na ochranu hospodářské soutěže se svým konkurentem uzavře dohodu o určení ceny, dohodu o rozdělení trhu nebo jinou dohodu*

narušující hospodářskou soutěž, kdo v rozporu s jiným právním předpisem o veřejných zakázkách poruší závazným způsobem závazná pravidla zadávacího řízení, nebo kdo v rozporu s jiným právním předpisem upravujícím činnost bank a jiných právnických osob oprávněných k provozování finanční činnosti, obchodování s investičními nástroji, kolektivního investování, penzijního připojištění a pojišťovnictví, poruší závazným způsobem závazná pravidla obezřetného podnikání, obhospodařování majetku, odborné péče nebo zákaz vykonávat zákonem nebo úředním rozhodnutím určené úkony, služby nebo jiné činnosti, a způsobí tím ve větším rozsahu újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům, zadavateli nebo jinému dodavateli nebo opatří tím sobě nebo jinému ve větším rozsahu neoprávněné výhody. V případě dohod narušujících hospodářskou soutěž jsou trestné jen horizontální dohody (tzv. hard-core kartely) a nikoliv vertikální dohody, mezi něž patří například dohody mezi dodavatelem a jeho odběratelem.

Z předchozího bych pak chtěl dále upozornit na poměrně specifický postih soutěžitele v případě porušení pravidel hospodářské soutěže, a to konkrétně, kdo zadavateli nebo jinému dodavateli způsobí újmu přes zákaz vykonávat zákonem nebo úředním rozhodnutím určené úkony. Vedle trestněprávního postihu hrozí soutěžiteli, který předloží k prokázání splnění kvalifikace v zadávacím řízení dle zákona o veřejných zakázkách⁴ informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení, sankce v podobě pokuty až do výše 10 000 000 Kč a zákaz plnění veřejných zakázek na dobu 3 let.⁵

2. ODPOVĚDNOST ZA PORUŠENÍ PRAVIDEL HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE VE VYBRANÝCH ZEMÍCH

Ve Spojených státech amerických má trestání členů kartelových dohod dlouholetou tradici, avšak po dobu 85 let bylo porušení pravidel hospodářské soutěže považováno pouze za přestupek. Až od roku 1975 se toto jednání stalo trestným činem a v roce 2004 byly stanoveny maximální trestné sazby, jak je známe dnes.⁶ Ačkoliv odsouzení za jednání v rozporu s právními předpisy nejsou umísťováni do těch nejpřísněji střežených

⁴ Tzv. správní delikt dodavatele, upraveno v § 120a zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

⁵ V řadě případů je možno se setkat s námitkou, že takto postižený soutěžitel jednoduchým způsobem založí novou společnost a veřejných zakázek se bude účastnit nadále. Z tohoto důvodu však zadavatelé mohou využít poměrně často používaného institutu, a tím je (kromě povinně požadovaného výpisu z trestního rejstříku) možnost po uchazečích požadovat referenční zakázky vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky. V daném případě se předpokládá, že kromě nákladů souvisejících se založením nové společnosti bude mít soutěžitel i další náklady spojené se zajištěním potřebných referenčních zakázek.

⁶ CROFTS, Lewis, *White-Collared*, Brusel: MLex Magazine, 5. vyd., 2011, str. 9.

vězení, hrozí jim odnětí svobody až na deset let a pokuta do výše jednoho milionu dolarů. Rozhodujícím faktorem pro úspěšné prokázání kartelových dohod je i rychlost samotného správního řízení prokazující protiprávní jednání. Z různých statistik je možno vypožorovat, že vyšetřování kartelů ve Spojených státech amerických probíhá přibližně sedmkrát rychleji než v evropských státech. To ovšem souvisí i s rozdílným přístupem při prokazování porušení pravidel hospodářské soutěže. Americký antimonopolní úřad zajímá především "fair competition" na straně agregátní nabídky, tzn. nakolik činnost a velikost firmy blokuje vstup do odvětví dalším potenciálním producentům, zatímco Komise Evropské unie analyzuje i dopady na stranu agregátní poptávky, tzn. i z hlediska ochrany spotřebitele, což je jistě časově náročnější a důkazně obsáhlejší.

Trestní postih protisoutěžního jednání v podobě kartelových dohod má ve svém právním řádu zakotven celá řada členských států Evropské unie, jedná se např. o Dánsko, Estonsko, Francii, Irsko, Kypr, Lucembursko, Maďarsko, Maltu, Německo, Rumunsko, Řecko, Slovensko a Slovinsko. Prvním úspěšným trestním řízením v Evropě prokazující protiprávní jednání v oblasti hospodářské soutěže bylo řízení před soudem v Irsku v roce 2006, kde bylo 14 zástupců společností účastnících se kartelových dohod odsouzeno k trestu odnětí svobody. Od té doby se však podařilo více či méně prokázat pouze další dva případy kartelových dohod, za které by zástupci těchto společností byli odsouzeni k trestu odnětí svobody.⁷

Pokud se podíváme na trestní stíhání osob za porušení pravidel hospodářské soutěže v Maďarsku, tak od roku 2006, kdy byla přijata možnost trestně stíhat zástupce společností účastnících se kartelových dohod, nebylo toto jednání v žádném případě prokázáno. Naopak klesl počet odhalených zakázaných kartelových dohod, neboť účastníci těchto dohod se obávají využít institutu tzv. leniency programu, který účastníkům kartelů zajišťuje shovívavost a případně i možnost neudělení pokuty. Pokud soutěžitel kartel ohlásí a poskytne k němu veškeré jemu dostupné informace a důkazy, může se kompletně vyhnout postihu či dosáhnout alespoň podstatného snížení pokuty.⁸ Vzhledem k tomu, že leniency program nezajistí, že odpovědní zástupci těchto společností nebudou později trestně stíháni, klesla ochota jednotlivých členů kartelových dohod spolupracovat se soutěžním úřadem. Ve výsledku tak zavedení trestní odpovědnosti za porušení pravidel hospodářské soutěže působí spíše kontraproduktivně.

⁷ V obou případech se jednalo o porušení pravidel hospodářské soutěže prokazané britským Office of Fair Trading, kde následovalo trestní stíhání.

⁸ Podrobnější informace k Leniency programu jsou k dispozici i na internetových stránkách českého soutěžního úřadu:

<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/zakazane-dohody-a-zneuziti-dominance/leniency-program/>

S případem, kde byly soutěžním úřadem potrestány konkrétní osoby, je možno se setkat v Nizozemí. V oblasti strojího průmyslu zde byli potrestáni tři členové představenstva pokutou ve výši 10 tis. až 250 tis. eur za podávání tzv. smluvených nabídek⁹ ve veřejných soutěžích. V Německu je trestným činem v oblasti hospodářské soutěže pouze jednání vedoucí k bid riggingu.

Mnohem větší hrozbou je pro vedoucí zaměstnance společností účastnících se zakázaných dohod možnost být souzen za škody způsobené samotné společnosti. Pokud je prokázáno protiprávní jednání konkrétních vedoucích zaměstnanců v oblasti hospodářské soutěže, jen s obtížemi pak tyto osoby hledají uplatnění v obdobných pozicích v jiných společnostech. K otázce požadavku náhrady škody po vedoucích zaměstnancích se v aktuálním případě vyslovil britský Court of Appeal, kde akcionáři společnosti Safeway požadovali po svých vedoucích zaměstnancích náhradu škody ve výši 5,7 mil. liber, což byla pokuta, kterou za podíl na kartelových dohodách uložil této společnosti britský soutěžní úřad. Court of Appeal rozsudkem ze dne 21.12.2010 rozhodl, že sankce, kterou obdržela společnost za své jednání v rozporu s pravidly hospodářské soutěže, nemůže být následně vymáhána po jednotlivcích. Proti tomuto rozsudku Court of Appeal podali v lednu 2011 akcionáři společnosti dovolání k britskému Supreme Court, který v dané věci doposud nerozhodl.

3. BID RIGGING

Bid riggingem, neboli tzv. smluvenou nabídkou, se rozumí kartelová dohoda mezi uchazeči o veřejnou zakázku, kteří úmyslně nepodávají konkurenční nabídky, přičemž důsledkem je poškození zadavatele veřejné zakázky, resp. nejsou účelně vynakládány veřejné prostředky, které slouží k financování veřejné zakázky.¹⁰ Bid rigging se vyskytuje, pokud se podniky, u kterých by se jinak očekávalo, že si budou vzájemně konkurovat, tajně dohodnou a zvýší ceny či sníží kvalitu zboží nebo služeb pro kupující, kteří si přejí získat zboží nebo služby prostřednictvím výběrového řízení.

Různé formy bid riggingu často zahrnují opatření k rozdělení a distribuci dodatečných zisků obdržených jako výsledek konečné smluvní ceny mezi účastníky zakázaných dohod. Jednou z takových forem je postup, kdy někteří z členů kartelu souhlasí s tím, že nepředloží nabídku nebo předloží nabídku nastavenou tak, aby byla tzv. krycí nabídkou, a umístila se v pořadí za dohodnutou nabídkou, která má zvítězit. Uchazeči s krycími nabídkami pak obdrží subdodavatelské kontrakty od vítězného uchazeče s cenou vyšší,

⁹ Podrobněji ke smluveným nabídkám (tzv. bid riggingu) v kapitole 3. tohoto příspěvku.

¹⁰ Pokyny pro boj proti bid riggingu, především pro potřeby zadavatelů, jsou zpracovány v dokumentu OECD, který je dostupný v elektronické podobě na internetových stránkách

<http://www.oecd.org/dataoecd/29/44/42886665.pdf>

než se běžně pohybuje v konkurenčním tržním prostředí. Odhalení a následné prokázání takových dohod je zadavatelem, příp. soutěžním úřadem, poměrně náročné.

V České republice se prozatím podařily prokázat dvě bid riggingové dohody, ačkoliv v soudním přezkumu nebylo dosud definitivně rozhodnuto. Nejvyšší pokuta, jaká doposud byla českým soutěžním úřadem uložena, byla právě za bid riggingové dohody v oblasti výrobců tzv. plynem izolovaného spínacího ústrojí (PISU). Dohodu se podařilo prokázat díky leniency programu, kdy jeden z účastníků kartelu podal soutěžnímu úřadu informace ohledně předmětné bid riggingové dohody. Sankcionováno bylo celkem 16 společností, které se kartelu účastnily. Verdikt o existenci kartelu byl potvrzen druhostupňovým rozhodnutím ÚOHS v dubnu 2007, přičemž u dvou firem byly sankce sníženy – celková výše pokut všem společnostem činí 941,881 mil. Kč.¹¹ Případ však není prozatím finálně ukončen, neboť rozhodnutí bylo zrušeno v červnu 2008 Krajským soudem v Brně. ÚOHS následně podal kasační stížnost, které Nejvyšší správní soud v dubnu 2009 vyhověl. V prosinci 2009 pak Krajský soud nové řízení přerušil a položil předběžné otázky Soudnímu dvoru Evropské unie.

Typičtějším příkladem tuzemských bid riggingových dohod pak bylo správní řízení ukončené v roce 2010, kdy ÚOHS udělil pokutu za kartelové dohody mezi uchazeči o veřejnou zakázku pro Vojenskou ubytovací a stavební správu v Litoměřicích. Účastníkům kartelu byla uložena pokuta v celkové výši 4,9 mil. Kč, avšak i v tomto případě není rozhodnutí dosud definitivní.

Poměrně zajímavým případem v oblasti bid riggingu je pak rozhodnutí CE/4327-04 britského soutěžního úřadu Office of Fair Trading z 21. 9. 2009, které bylo odvolacím soudem 22. 3. 2011 potvrzeno. Jedná se o zakázané dohody 103 společností v oblasti strojírenského průmyslu, přičemž rozhodnutí soutěžního úřadu bylo zpracováno na 1945 stran.

4. ZÁVĚR A NÁVRHY DE LEGE FERENDA

Účastníci hospodářské soutěže mají řadu možností, jak se bránit protiprávnímu jednání ze strany dalších soutěžitelů. Těm pak hrozí jedna z řady sankcí, s kterými se mohou v oblasti hospodářské soutěže setkat. Ačkoliv smyslem tohoto příspěvku nebylo analyzovat kompletní výčet možných druhů postihu protiprávně jednajícího soutěžitele, i tak je zřejmé, že v oblasti odpovědnosti je hospodářská soutěž regulována

¹¹ Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je dohledatelné na internetových stránkách www.compet.cz. Spisová značka předmětného správního řízení je S222/2006 a prvostupňové rozhodnutí je ze dne 9. 2. 2007. Pokuta byla udělena za dohody uzavírané pouze do roku 2004, neboť následně od vstupu České republiky do Evropské unie byli členové kartelu sankcionováni Evropskou komisí.

poměrně rozsáhle. Zajímavé bude především sledovat, jak budou soudy přistupovat k trestní odpovědnosti stanovené v § 248 trestního zákoníku a zda se vytvoří určitým způsobem uchopitelné "case law". Současně je však třeba analyzovat, zda novým způsobem definovaná trestní odpovědnost bude mít vliv na odhalování kartelů pomocí leniency programu. Ve světě se pak můžeme častěji setkat s trestní odpovědností v případě prokázání bid riggingových dohod.

Do budoucna pak bude přibírat na významu soukromoprávní vymáhání škody za porušení pravidel hospodářské soutěže. Pokud se i v této oblasti u nás nevytvoří "case law" alespoň na minimální úrovni, nezbude než čekat, zda k obdobnému kroku přistoupí Evropská unie s jednotnými pravidly pro soukromoprávní vymáhání škody ve všech členských státech.

Ke zlepšení soutěžního prostředí by pak mohla vést i cesta, kdy by akcionáři vymáhali škody způsobené vedoucími zaměstnanci, kteří se s jinak svými konkurenty dohodli na zakázaných dohodách. V dané věci je však obtížné stanovit hranici, kde končí odpovědnost společnosti jako celku, a začíná odpovědnost jednotlivce jako vedoucího zaměstnance.

Literature:

- CROFTS, Lewis, *White-Collared*, Brusel : MLex Magazine, 5. vyd., 2011, str. 66, ISSN 2042-7093
- Eliáš, K., Bejček, J., Hajn, P., Ježek, J. a kol. *Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo*. 5. vydání. Praha : C. H. Beck, 2007, 652 s., ISBN 978-80-7179-583-4
- Organizace pro ekonomickou spolupráci a rozvoj, *Pokyny pro boj proti kartelovým dohodám mezi uchazeči o veřejnou zakázku*, OECD, 2009, 17 s., dostupné z: <<http://www.oecd.org/dataoecd/29/44/42886665.pdf>>
- Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, *Sbírky rozhodnutí*, dostupné z <<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/>>

Contact – email

99522@mail.muni.cz