

## **TREST JAKO VŮLE A PŘEDSTAVA? (O KOMPLEMENTARITĚ A KONKURENCI SANKCÍ)**

JOSEF BEJČEK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

### **Abstract in original language**

Podstata právních sankcí je v reálné hrozbě jejich vynucení. Různé právní i mimoprávní sankce mohou působit komplementárně, protisměrně, ale mohou být i vzájemně neutrální. Opuštění sankcí může být sociálně přínosné (leninency). Nevyřešená koncepce kriminalizace kartelů může konkurovat veřejnému zájmu na potírání kartelů s využitím programu shovívavosti.

### **Key words in original language**

Funkce sankcí; jejich vztah. Komplementarita konkurence sankcí. Koncepce kriminalizace kartelů.

### **Abstract**

The substance of legal sanctions consists in a real threat of their enforcement. Different kinds of sanctions may work in a rival, complementary or indifferent way. Condonation or moderation of sanctions can be socially advantageous (leniency). Unsolved concept of criminal penalties imposed for cartelization might contravene the public interest on fighting cartels with applying leniency programme.

### **Key words**

Social functions of sanctions. Complementarity and rivalry of sanctions. Concept of criminalizing cartels.

## **1. PODSTATA A SPOLEČENSKÉ FUNKCE SANKCÍ**

Právní sankce je pojmotvorným znakem právní normy, neboť charakterizuje způsob sociální regulace. Příkaz nebo zákaz, jenž není doprovázen reálnou právní hrozbou vynucení pravidla chování nebo náhradního postihu za jeho nesplnění formou právní sankce, lze *stricto sensu* sotva pokládat za příkaz nebo zákaz právní. Může jít o organizační, morální, či jinou společenskou normu, jejíž společensky regulativní účinky samozřejmě nemusí být vůbec zpochybněny, ovšem o právní normu bez právní sankce se nemůže jednat. Tím se nevylučuje možnost, že sankce je obsažena v jiné právní normě, a třeba i v jiném předpisu, dokonce i z jiného právního odvětví.

Důležitý je právní charakter sankce, nikoliv její konkrétní umístění v právním řádu. Váhám označit za právní sankci dokonce takovou, jež je v právním řádu sice formálně obsažena, ale má reálnou váhu „papírového

tygra“, protože se v praxi z různých důvodů nerealizuje vůbec nebo téměř vůbec<sup>1</sup>.

Taková sankce narušuje autoritu práva a právní vědomí a společensky je spíše škodlivá (škodlivější nežli neuložení sankce vůbec), neboť demonstruje nedostatek vůle státu vynucovat právo. Prohlašovat právní normu a s ní spojenou sankci za „hodnotový soud“, jímž společnost vyjadřuje svoje priority a hodnotová stanoviska, je velmi pokrytecké, pokud onen „hodnotový soud“ je vyjádřen jen slovy na papíře, a pokud onen skutečný (a ne pouze předstíraný) hodnotový soud se v praxi projeví tak, že to společnosti nevadí, protože určité právně sankcionovatelné jednání nepostihuje.

Právní sankce, jejíž uplatnění je nereálné nebo velmi nepravděpodobné, je společensky škodlivá a je horší alternativou než rezignace na právní regulaci. Taková sankce je škodlivá z hlediska právní jistoty i tím, že se dá snadno zneužít v určité politické konstelaci (když už jednou v zákoně je), a jindy se dá zase „nevidět“ v jiné konstelaci (když se to naopak „nehodí“). Neexistující (v právu nezakotvenou) sankci naproti tomu zneužít možné není.

Stupeň dodržování pravidla chování a právní charakter sankcionování tohoto pravidla nemusí být v žádném vztahu. Důležitá je především neodvratnost sankce, její časový odstup po porušení pravidla, její výše a senzitivita porušitele, komplementarita a konkurence s jinými sankcemi a obecně s jinými motivacemi porušitele.

Funkce právních sankcí a funkce právní odpovědnosti se sice dají rozlišovat, ale reálné praktické důvody k tomu nevidím. Všeobecně se uznává, že hlavní funkcí odpovědnosti je dodat váhu a naléhavost právní příkazům a zákazům a donutit jejich adresáty obavou ze sankce k právně konformnímu jednání. Hovoří se o preventivní funkci. Protože žádná sankce nemůže být tak přísná, neodvratná a citelná, že by se v konkrétní situaci povinný subjekt nemohl pokusit o protiprávnost v naději, že odpovědnosti a sankci unikne, nebo že se mu sankce i v případě jejího uložení vyplatí (zakalkuluje sankci na „nákladové“ straně chování nebo transakce a zjistí, že je protiprávní

---

<sup>1</sup> Srov. např. trestný čin nekalé soutěže nebo pletich proti veřejné soutěži. V současnosti hrozí, že se do této kategorie zařadí od 1.1.2010 trestný čin podle § 248/2 trestního zákoníku:

Odnětím svobody až na tři léta, zákazem činnosti nebo propadnutím věci nebo jiné majetkové hodnoty bude potrestán, kdo v rozporu s právním předpisem na ochranu hospodářské soutěže se svým konkurentem uzavře dohodu o určení ceny, dohodu o rozdělení trhu nebo jinou dohodu narušující hospodářskou soutěž,.... 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.

jednání pravděpodobnější), musí se předpokládat porušení sankcionovaného pravidla.

Navíc musíme kalkulovat s neracionálním jednáním; typ riskujícího adrenalinového hazardéra - „hráče“ se samozřejmě pohybuje i v obchodní sféře, a nikoliv jen na silnicích, kde se chování řady řidičů a jeho chováním získaná „výhoda“ vymyká jakékoliv racionální úvaze i při započtení rizika ztráty vlastního života hazardérových nejbližších osob. K tomu přistupuje i neracionální (neboť neinformované) jednání osob nevědomých, které o právní sankci spojené s jejich chováním nevědí nic nebo o ní mají jen mlhavé tušení. Tyto osoby se nepochybně vyskytují nejen mezi mentálně handicapovanými občany v právu občanském, ale i mezi formálními profesionály, vystupujícími v právu obchodním a v právu správním, trestním finančním, atd.

Na takové lidi samozřejmě nemůže působit preventivní funkce odpovědnosti. Funkce reparační, ve vztahu ke třetím osobám, přímo poškozeným (nebo jinak znevýhodněným protiprávním jednáním porušitele) nesmí být dotčena. Zásadně slouží reparace tomu, aby ani v rámci analýzy nákladů a prospěch v souvislosti s porušením právního pravidla nemohl porušitel externalizovat svoje náklady a přenášet je na poškozeného. Protiprávní jednání jedné osoby by se nemělo nepříznivě promítnout do majetkové sféry třetích osob; může být sice stále pro porušitele výhodné, ale ne na úkor nezúčastněných.

V případech, kdy reparační funkce selže, nebo kdy reparace není možná, protože protiprávnost nemusela bezprostředně a/nebo dokazatelně narušit něčí majetkovou sféru (třeba proto, že právní pravidlo chování chrání jiné, nemajetkové hodnoty), vystupuje do popředí funkce represivní. Represe může doplňovat reparaci, ale může také působit poměrně izolovaně. Věrohodná (velmi pravděpodobná až neodvratná), důrazná (citelná) a bezprostřední represe je nejlepším nástrojem k dosažení prevence.

Ze samotné povahy veřejnoprávních sankcí vyplývá, že jejich účelem je především tlak na dodržování pravidel chránících veřejný zájem - důraz je kladen na prevenci, dosahovanou především represivními sankcemi (pokutami a tresty). Ani v případě veřejnoprávních pokut jakožto majetkové represe není hlavním cílem majetková restituce, ale odstranění budoucích porušitelů od protiprávního jednání, výchovné zrealnění předchozí pouhé hrozby na skutečnou újmu u toho, kdo již pravidlo porušil – jde tedy o individuální a generální výchovu adresátů (resp. individuální a generální prevenci). Je-li pouta příjmem státního nebo jiného veřejného rozpočtu, není vesměs nijak zaručeno, že bude použita právě na zmírnění nebo odstranění konkrétní majetkové újmy třetí osoby, která byl poškozena jednáním proti zájmům chráněným veřejným právem. Protiprávnost i ve vztahu k právu veřejnému je však využitelná jako předpoklad právní odpovědnosti v právu soukromém a poškozená osoba se může domáhat náhrady škody v civilním řízení.

Je tedy nesporné, že právní odpovědnost je jedním z prostředků motivace chování lidí a právnických osob, které působí především negativně, tj. potlačováním nežádoucího chování. Je ovšem se někdy hranice mezi odpovědností a pozitivní stimulací stírají<sup>2</sup>; přesto však podle mého soudu právní odpovědnost zůstává projevem společenského odsouzení a nemůže proto stimulovat pozitivně. „Honorovat“ určitá jednání může snad jen tím, že se na ně plně nebo částečně nevztahuje, čili že nenastává. Právní odpovědnost může vést jen k více či méně důrazné sankci. Z hlediska praktického působení pozitivní stimulace a sankce je dopad snížení odpovědnosti podobný odměně - nepatrný trest a nepatrná odměna stimulují přibližně stejně málo. Pokud na základě odpovědnosti nevznikne sankce, přibližuje to právní odpovědnost k pozitivní stimulaci (podobně, je-li sankce nepatrná).

## **2. SELEKTIVNÍ ODPUŠTĚNÍ VEŘEJNOPRÁVNÍ SANKCE JAKO VEŘEJNÝ ZÁJEM**

Proti černobílým schématům výše naznačeným jako by se stavěla dnes celosvětová kampaň propagace shovívavosti vůči těm účastníkům kartelových dohod omezujících soutěž, kteří existenci kartelu oznámí příslušnému úřadu, spolupracují s ním poskytnutím závažných informací na jeho odhalení a prokázání potřebných skutečností, o nichž úřad nevěděl,

Protiprávnost vzniknuvší v důsledku uzavření kartelové dohody se odpuštěním nebo snížením sankce neodčiní a protiprávní jednání je nadále spojeno se společenským odsudkem. V závislosti na tom, jaké následky tato protiprávnost skutečně má nebo může mít, se i v programu shovívavosti jen stanoví nižší intenzita negativního sankčního stimulu nebo se sankce úplně vyloučí při zvážení společenského přínosu „účinné lítosti“ porušitele k odhalení tajné dohody a k boji proti konkrétnímu kartelu nebo v rámci generální prevence proti pokusům o kartelizaci v budoucnosti.

Odpuštění nebo snížení pokut za uzavření kartelových dohod není striktně vzato pozitivním stimulem, ale spíše gradací negativního stimulu v závislosti na zvážení společenského přínosu dodatečné (ex post) spolupráce porušitele práva. Úplně stejné účinky jako program shovívavosti by z hlediska sociálního dopadu měla taková zákonná právní úprava<sup>3</sup>, která by odstupňovala sankce v závislosti na kritériích, za jejichž splnění je nyní jen aplikační praxe snižuje nebo úplně odpouští.

---

<sup>2</sup> Srov. HAJN, P.: *K funkcím hospodářskoprávní odpovědnosti při podpoře rizikového rozhodování*, referát na vědecké konferenci k 10. výročí UJEP, Brno 1979, str. 3.

<sup>3</sup> Snad s tím rozdílem, že by explicitní právní úprava byla věrohodnější nežli nejistý výsledek správního uvážení, protože by pravděpodobně musela být transparentnější a přesnější a patrně by obsahovala přezkoumatelná kritéria vzniku a výpočtu výše nároku na vlídnější zacházení.

Praktické účinky pozitivní stimulace a pokut mají nesporně plynulé hranice; z hlediska státního rozpočtu či daňového poplatníka je odpuštění nebo snížení sankce za účast v kartelové dohodě srovnatelné s tím, že by se účastníkovi protiprávního spolčení udělila ze státního rozpočtu finanční prémie za to, že se přiznal k protiprávnosti. To by ovšem platilo jen v případě, že by přiznání tohoto účastníka nebylo *conditio sine qua non* odhalení kartelu a tím i možnosti získat do státního rozpočtu pokuty od dalších účastníků, na něž by bez spolupráce udávajícího státní moc vůbec nedosáhla.

Z hlediska teorie transakčních nákladů je vlastně snížení nebo odpuštění pokuty jen hypotetickou ztrátou – ve skutečnosti je investicí nezbytnou k inkasu pokut za jinak nezjistitelné protiprávní jednání dalších účastníků kartelu. Tím samozřejmě není zpochybněn další – penězi sotva ocenitelný – všeobecný odstrašující efekt proti uzavírání kartelových dohod, který může mít všeobecné prosoutěžní účinky s nemalými dalšími ekonomickými i mimoekonomickými dopady.

Z výše uvedených důvodů je nutná vysoká jasnost a transparentnost podmínek pro uplatnění programu shovívavosti, aby nebyly spekulativně zneužitelné účastníky kartelových dohod; je nutná též záruka, že program nebude vzhledem k (úplně nikdy neodstranitelnému podílu) určité arbitrárnosti a rozhodovací tolerance v rozhodování eventuálně zneužit nepoctivými pracovníky protimonopolních úřadů k osobnímu obohacení na základě jejich dohody s udávajícím účastníkem kartelu.

Vzhledem k tomu, že při udělování pokut se vždy uplatňuje a musí uplatnit určitá míra subjektivizace<sup>4</sup> a že tím pádem není jasný ani určitý základ, z něhož se pokuta může snížit, hrozí i nebezpečí subjektivizace shovívavosti, ba dokonce arbitrárnosti v rozhodování o ní<sup>5</sup>.

V rozhodovací praxi českého ÚOHS se např. ještě neustálil názor na to, zda mají

---

<sup>4</sup> Tak např. již starší Metodické pokyny ES (98/C 03) obsahovaly určité schéma pro stanovení výše pokuty, jimiž se inspiroval i český Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS). Přihlíží se mj. např. k tomu, po jakou dobu účastník zákon porušoval, zda uznal porušení zákona, zda činil nátlaková opatření ve vztahu k jiným soutěžitelům, zda šlo o první nebo opakované porušení zákona atp., a to vždy s možnostmi značného rozpětí při uložení sankce. Navíc jde o vnitřní metodickou pomůcku, která je účastníkům nedostupná a již se nemohou ve správním ani v soudním řízení dovolávat.

<sup>5</sup> Může se třeba stát, že protikartelový úřad – při vědomí, že udávající bude spadat pod program shovívavosti – sníží pokutu třeba na 50%, ale ze základu, který již proto stanovil mnohem vyšší, nežli kdyby program shovívavosti uplatněn nebyl. Takový přístup by samozřejmě podkopával důvěru v celý program. Případný argument, že by si porušitel práva neměl v tomto směru klást žádné podmínky pro uplatnění shovívavosti vůči sobě samému, je mravně fundamentalistický a kontraproduktivní. Bez těchto jasných podmínek bude pravděpodobně jako dosud jen vysoká latence protiprávnosti a velmi málo odhalení.

být pokuty relativizovány v závislosti na ekonomické situaci účastníka<sup>6</sup> tak, aby pokutu konkrétní účastník při rozdílné ekonomické situaci pocítil subjektivně podobně jako jiný účastník v odlišné ekonomické situaci, nebo zda mají být ukládány v podstatě lineárně (např. jako u dopravních přestupků podle zásady „za objektivně stejné porušení stejny trest“).

Právně filozofická otázka spravedlnosti správního trestání (individualizace nebo objektivizace trestu) se podle mého názoru posouvá do právně sociologické roviny – jaký trest má vlastně smysl. Jde-li především o individuální všeobecnou prevenci, dosáhne se jí jen uložením trestu subjektivně citelného, který je nad hranici vnímavosti porušitele. Jinak bude trest konkurovat jiným hodnotám (zejména vlastnímu ekonomickému prospěchu porušitele z protiprávního jednání, jehož dosáhne i při započtení objektivně třeba vysoké, ale subjektivně málo důrazné sankce).

Soukromoprávní shovívavost není zásadním problémem. Závisí na svobodné úvaze a obchodní psychologii a taktice smluvního partnera, zda protistraně odpustí nebo sníží sankci, kterou si s ním za porušení smluvních povinností dojednal. Eventuální negativní účinek jeho rozhodnutí jde k tíži jeho samotného. Jen v omezeném okruhu případů se kogentními normami chrání slabší strana před důsledky vlastní slabosti, kterou by mohla silnější strana využít ve svůj prospěch<sup>7</sup>

Principiálním problémem je selektivnost postupu státních orgánů vůči porušitelům zákona. Obvykle se ze strany státu očekává přísný a nesmlouvavý postup vůči všem, kteří zákon nedodržují. Výjimka z tohoto principu se obvykle odůvodňuje nezbytností porovnávat určité priority a vyvažovat náklady a přínosy ve vynucování práva. Předpokládá se, že celková efektivnost realizace a vynucování práva se pravděpodobně zvýší, pokud shovívavost vůči několika účastníkům umožní přísnější aplikaci práva vůči ostatním<sup>8</sup>. Jistá nespravedlnost vůči šťastnějšímu porušiteli - udavači, jemuž je umožněno vyhnout se důsledkům svého protiprávního jednání tím, že břemeno předá spolupachatelům<sup>9</sup>, je zřejmá. Programy

---

<sup>6</sup> Kromě základního objektivizujícího zákonného rámce zákoně o ochraně hospodářské soutěže (ZOHS), který stanoví jako maximum 10% čistého obratu za poslední kalendářní rok zůstává stále obrovské rozpětí pro správní uvážení v intervalu 0% – 10% z tohoto obratu.

<sup>7</sup> Srov. např. ustanovení občanského zákoníku o spotřebitelských smlouvách, ustanovení zákoníku práce o odpovědnosti zaměstnavatele za škodu způsobenou zaměstnanci nebo obchodně právní zákaz limitace náhrady škody před porušením škodorodé povinnosti.

<sup>8</sup> Nejsem si jist tím, zda není tímto přístupem porušováno právo na spravedlivý proces a zda nedochází k jisté diskriminaci některých účastníků řízení jakožto přirozenému protipólu bonifikace jiných účastníků.

<sup>9</sup> Ctícím princip „*pacta sunt servanda*“ i v jeho patologické podobě u smluv zakázaných zákonem.

shovívavosti se očividně neřídí jen dvouhodnotovou formální logikou zvláštních zákonů o ochraně hospodářské soutěže, ale zahrnují do svého zdůvodnění i širší hodnoty sociální efektivnosti práva, kterým do jisté míry požadavek subjektivně pociťované spravedlnosti či nespravedlnosti podřizují<sup>10</sup>.

Tradicionalistický „stroze úřednický“ přístup ke kartelovým dohodám může programu shovívavosti vytýkat, že vede k zužování povinností protikartelových úřadů, které zmírňují aplikaci práva v případech zákonem zakázaných kartelových dohod. Právo, které není aplikováno vůbec nebo zřídka, přesto, že existuje vysoká míra jeho porušování a vysoká latence protiprávních jednání, není společenskou hodnotou samo o sobě. Je otázkou, zda takové právo někdy více neškodí a nedemoralizuje společnost. Důležité je, aby právo plnilo svoje společenské funkce.

Existuje-li cesta, jak všeobecně zvýšit stupeň realizace práva a je-li touto cestou ústupek v konkrétním jednotlivém případě v zájmu zvýšení efektivnosti práva vcelku, jde o hodnotový konflikt společenských nákladů, užitků a priorit.

Nespatřuji nic závadného na situaci, kdy se v podstatě arbitrární rozhodovací prostor svěřený kartelovému úřadu zákonem strukturuje a ex ante se vymezují podmínky, za nichž úřad učiní rozhodnutí o sankci v tom či onom moderačním pásmu. Tento postup spíše posiluje nežli oslabuje transparentnost rozhodování státního orgánu, která patří k atributům právního státu. Program shovívavosti je jednou z možných cest, jak zajistit lepší všeobecnou realizaci práva za cenu ústupku tomu účastníkovi protiprávního jednání, který účinně pomohl k odhalení společenského zla, na němž se podílel.

Případné námitky proti tomuto programu by se důsledně měly soustředit a rozšířit i na úpravu tzv. účinné lítosti a polehčujících okolností v trestním právu, která je založena na podobném principu – a to navíc nemusí mít za následek odhalení dalších protiprávně jednajících subjektů, které je v oznámení kartelu přítomno z povahy věci vždy. Není mi známo, že by se takové námitky vůči trestně právním úpravám vznášely.

Proti spekulativnímu zneužití programu shovívavosti někým, kdo by inicioval kartel, chvíli z něj těžil a pak jej jako první běžel oznámit s nadějí na vlídnější zacházení, bývá aplikována zásada, že v zájmu spravedlnosti a poctivosti není výhoda vlídnosti přiznána těm účastníkům, kteří kartel zosnovali nebo kteří nutili ostatní soutěžitele k účasti v něm. Není-li možné

---

<sup>10</sup> Jde o opačnou modelovou situaci, nežli se cynicky vyjadřuje slovy „když se kácí les, létají třísky“. S cynismem omluvitelným jakýmsi vyšším společenským zájmem na potlačení kartelových dohod se dá i tady vyjádřit podobná maxima: „když se kácí nemocný les, některé stromy (ty, které přivolaly lesníky a spolupracující s nimi na své léčbě) zůstanou stát“.

identifikovat, kdo kartel zorganizoval nebo inicioval, neexistuje pak žádný jednotlivý iniciátor a výhoda programu shovívavosti může být poskytnuta kterémukoliv účastníkovi<sup>11</sup>.

Rovněž jiné formě zneužití – skupinovému nebo „dominovému“ přiznávání a vypočítavým projevům kajícího potě, co se kartel prozradil - se staví překážka v podobě přiznání výhody shovívavého přístupu jen tomu, kdo přišel jako první<sup>12</sup>.

Elementárním požadavkům spravedlnosti vyhovuje i podmínka, aby oznamovatel žádající o shovívavost projevil dobrou víru k ukončení a nápravě svého protiprávního jednání. Je dále samozřejmé, že jakkoliv může být veřejnoprávně udávající subjekt chráněn (včetně imunity před trestním stíháním v USA a v Kanadě), nelze na oltář boje o prosazení veřejného zájmu na potírání kartelů obětovat soukromé zájmy osob postižených uzavřením kartelové dohody. Program shovívavosti tedy zásadně neomezuje civilní žaloby vůči jeho účastníkům.

### **3. KOMPLEMENTARITA NEBO KONKURENCE LENIENCY A KRIMINALIZACE KARTELŮ?**

Snížení trestnosti, případně až její ev. vyloučení v rámci programu shovívavosti, je doprovázeno korporátním prospěchem porušitele veřejnoprávního zájmu. Může z něj však nepřímo profitovat i individuální osoba – např. zaměstnanec, jenž se podílel na protiprávním jednání, akcionář a člen orgánů společnosti, který věděl o kartelu a léta z jeho existence těžil v podobě vyšších dividend a tantiém, umožněných díky vyššímu zisku v důsledku kartelové dohody o fixaci cen mezi konkurenty. Transfer výhody ve prospěch porušitele práva a v neprospěch spotřebitelů plativších vyšší než soutěžní ceny, zůstává. Měl by být odčerpán pomocí soukromého vymáhání náhrady škody z porušení antitrustu? Který účastník kartelové dohody by však v budoucnu využil programu shovívavosti, kdyby nebyl proti takovému důsledku ochráněn? Nesoustředilo by se jeho úsilí namísto toho na dokonalé utajení kartelu? Přitom jak v USA, tak v EU se právě díky programu shovívavosti odhalila již drtivá většina všech kartelových dohod, o nichž se vedlo správní (soudní) řízení).

---

<sup>11</sup> Tato interpretace *in favorem* spolupracujících účastníků se potvrzuje v OECD Journal of Competition Law and Policy, 2001, Vol. 3/No. 2, str. 17.

<sup>12</sup> Tak v USA platí tento automatismus za předpokladu, že dosud nebylo zahájeno vyšetřování a Department of Justice neměl k němu ani dostatek důkazů) -srov. Shearman @Sterling, cit. pramen, str. 4. V USA se však připouští amnestie účastníka, který „nepřijde jako první“, pokud je zapleten do dalšího spiknutí a pokud dobře spolupracuje. Hovoří se o tzv. „Amnesty Plus“. Podobná byla úprava v již dřívějším sdělení Komise ES 2002/C 45/03, bod 8.



Prostředkem pro další a důraznější vymáhání veřejného soutěžního práva se stala v posledních letech i v Evropě kriminalizace kartelového práva, známá již z dřívějších z USA a z Kanady. Zatímco v USA se již od počátku úpravy kartelového práva počítalo s trestními sankcemi vůči jednotlivcům, v Evropě se kartely chápaly především jako záležitost ekonomická, již je nejlépe regulovat pomocí administrativních nástrojů<sup>13</sup>. V Evropě proběhlo první trestní řízení za kartel v Irsku (fixace cen) a individuální pachatelé byli odsouzeni až k dvanáctiměsíčním trestům odnětí svobody.

Zdá se, že i u nás byla přijata nepromyšlená taktika<sup>14</sup> napřed upravit nový trestný čin v Trestním zákoně<sup>15</sup> a teprve poté se potýkat s nevyřešenými koncepčními otázkami s tím spojenými, resp. smířit se s tím, že nová skutková podstata trestného činu stejně jen tak „neožije“. To navíc v situaci, kdy neexistuje silná politická podpora kriminalizace kartelů a stanoviska odborné veřejnosti ke kriminalizaci kartelů při tomto stupni přípravy jsou nanejvýš skeptická<sup>16</sup>.

#### **4. ZÁKLADNÍ VÝCHODISKA OECD**

Velmi komplexně se otázkou trestní odpovědnosti jednotlivců zabývala OECD<sup>17</sup>. Konstatovala, že<sup>18</sup>

1. Korporátní sankce za kartely nejsou zpravidla dostatečně vysoké, aby optimálně odstrašovaly od kartelizace, a proto je vhodné je doplnit o sankce vůči jednotlivcům, aby se zvýšil sankční odstrašující potenciál; korporátní sankce, které by dostatečně odstrašující byly, by zase mohly vést k ohrožení porušitele úpadkem a mohly by vést k jeho zániku, takže by se vlastně soutěž ještě dodatečně poškodila.

---

<sup>13</sup> O'KANE, M.: *The law of criminal cartels*, Oxford, Oxford University Press, 2009, str. 10, 17.

<sup>14</sup> Srov. BEATON-WELLS, C.: *Australia's criminalization of cartels – should it be contagious?*, The 4th ASCOLA conference, Washington (16.6. - 17.6. 2009), str. 41.

<sup>15</sup> Srov. § 248 zákona č. 40/2009 Sb., ve znění pozdějších předpisů, Trestní zákon, jenž nabude účinnosti 1.1. 2010.

<sup>16</sup> Tak např. VALOUŠKOVÁ, Z.: *Kriminalizace kartelů – nad § 248 trestního zákoníku*, Antitrust, 2009, nulté číslo, str. 19 a násl.; POKORNÝ, R.: *Bude možnost trestního postihu kartelů v ČR přínosem a přispěje k efektivnějšímu vymáhání soutěžního práva?* Competition Day, ÚOHS, Brno, 13.5. - 14. 5. 2009, str. 29 – 30.

<sup>17</sup> *Cartels: sanctions against individuals*, OECD Journal of competition law and policy, 2007, Vol. 9, Nr. 3. Z tohoto materiálu vychází následující informativní pasáž.

<sup>18</sup> Tamtéž, Executive Summary, str. 10 – 14.

2. Přestože není dostatek empirického materiálu k závěru, že trestní sankce vůči jednotlivcům mají odstrašující účinek, země OECD akceptují stanovisko, že individuální sankce (včetně vězení) mohou být jako součást účinného vymáhání kartelového práva užitečné. Neví se přitom ovšem, zda celkové náklady kriminalizace nebudou vyšší než prospěch ze zavedení sankcí. Důležitý bude zřejmě správný „mix“ sankcí; případné zavedení kriminalizace kartelů bude záviset na mnoha okolnostech, mezi nimi na kulturním a právním prostředí dané země, na tradicích vymáhání kartelového práva, na vztazích mezi antitrustovými řady, soudy a vyšetřovateli, na zdrojích antitrustového úřadu apod.

3. Krátké tresty odnětí svobody se pokládají za nejúspornější řešení. Existuje shoda na tom, že samotná hrozba peněžní pokuty má na jednotlivce malý odstrašující účinek. Jsou i názory preferující delší vězení jako vhodný trest ukládaný těm manažerům, kteří okradli spotřebitele a oslabili ekonomiku. Jejich nahrazení na delší dobu (pokud si budou odpykávat trest ve vězení) se pokládá za přijatelný náklad pro společnost, která tím navíc vyjadřuje vyšší společenské odsouzení protiprávní aktivity manažerů a zaměstnanců jakožto závažného druhu kriminality. Trest odnětí svobody nemůže být (na rozdíl od peněžité sankce) pachateli jeho zaměstnavatelem kompenzován.

4. Hrozba individuální trestní sankce může být silným motivem pro poskytnutí informací o existujícím kartelu a pro spolupráci při vyšetřování. Jde o motivaci odlišnou od motivace korporátní; může přitom přispět k efektivnosti programu shovívavosti (komplementarita kriminalizace a leniency). Pravděpodobnost spolupráce s vyšetřujícími orgány roste s počtem účastníků sledujících různé zájmy.

5. Trestní sankce proti jednotlivci vyžadují mj. odpovídající přesné vymezení skutkové podstaty trestného činu a koordinaci mezi jeho vyšetřovatelem a antitrustovým úřadem, aby se zajistila komplementarita trestních sankcí a programu shovívavosti. Některé země se rozhodly definovat skutkovou podstatu trestného činu úžeji nežli v antitrustovém zákoně. Potenciální pachatelé tak mohou předem ohodnotit, jaké chování je vystavuje riziku trestního postihu. Všeobecné definice soutěžního práva (včetně prvků jako relevantní trh, překážky vstupu, účinky na soutěž) by mohly přinejmenším znesnadňovat soudní trestní postih. Je přitom nutné zajistit, aby se minimalizovalo riziko, že žádost o leniency u antitrustového úřadu povede k trestnímu postihu (ex)zaměstnanců žadatele o leniency u jiného orgánu.

6. Vyšetřování kartelů při použití více jurisdikcí musí zajistit, že vyšetřování kartelu se povede pouze pod jednou z nich; jinak hrozí násobení postihu za jeden skutek (bis in idem), které by mohlo vést k ještě důkladnějšímu utajování kartelů a mohlo by úplně vyloučit příspěvek leniency k prosazování soutěžního práva. Akumulační zásada při ukládání trestů uložených v různých jurisdikcích se pokládá za nepřijatelnou.

Kriminalizace kartelů se prozatím objevuje jen v několika zemích; naráží především na dosavadní právní a kulturní tradice a na překážku vyššího důkazního standardu, jenž se požaduje v trestním řízení. Zpochybňuje se především vhodnost kriminalizace jednotlivců za kartelová jednání korporací, jejich preventivně odstrašující efekt na jedné straně a jejich motivační způsobilost ke spolupráci jednotlivců při vyšetřování kartelů. Klade se otázka po optimální výši individuální trestní sankce a identifikují se další problémy, jako např. koncepční námitky proti trestním sankcím vůči jednotlivcům, přesná definice skutkové podstaty, možný souběh trestného činu a správního deliktu (a ev. přednost jednoho z těchto porušení), možnost trestního postihu za totéž jednání ve více jurisdikcích.<sup>19</sup>

#### **4.1 K VÝZNAMU INDIVIDUÁLNÍCH SANKCÍ V HARD-CORE KARTELECH**

Někdy se tvrdí, že trestní sankce proti jednotlivcům jsou v boji proti tzv. tvrdým kartelům tím neúčinnějším nástrojem, protože ostře oddělují pohled na kartely jako na jakési rozumné „rizikové cvičení“, založené na kalkulaci nákladů a zisku, od skutečně vážného odstrašení, jež navíc může být užitečné při vyšetřování kartelu. Hrozba individuální sankce a individuálního rizika nepříjemného potrestání brání jednotlivci, aby se zapojil do protiprávní kartelizace a poskytuje zaměstnanci oporu proti korporátnímu tlaku na loajalitu, jež by se měla projevit v perverzní formě účasti na kartelu. Individuální sankce vůči jednatelům společností může působit účinněji nežli dohled nad nimi a ukládání korporátních sankcí, které jsou zřídka dost vysoké, aby skutečně odstrašily; naopak se s nimi může kalkulovat jako s jakýmsi „vedlejším nákladem“ obecně ziskové kooperace s konkurenty. I finanční dopad korporátní sankce na akcionáře není tak vysoký, aby je motivoval k účinnější kontrole manažerů, kteří navíc mohou společnost včas opustit.

Individuální sankce mohou být vhodným doplňkem sankcí korporátních, ovšem za předpokladu, že

- odhalení kartelu je velmi pravděpodobné<sup>20</sup>
- hrozící trestní sankce je přísná
- riskující osoba považuje uložení sankce za velmi pravděpodobné.

Vyhlídku na zbavení svobody je pro obchodníky uvažující o kartelizaci patrně tím nejvíce odstrašujícím motivem. Ve srovnání s jinými

---

<sup>19</sup> Srov. REINDL, A.: *Background note*, v pramenu cit. sub 17, str. 17 - 33. V této pasáži jen volně referuji o obsahu tohoto materiálu.

<sup>20</sup> K čemuž může výrazně přispět - kartelisty silně znejišťující - politika *leniency*...

demotivacemi (jako je např. zákaz pracovat ve vedoucí pozici ve veřejném sektoru, ztráta licence opravňující k soukromému podnikání, zveřejnění skutečností o porušení soutěžního práva) patrně tolik neváží.

Kdyby byli odpovědní jednotlivci pouze pokutováni, záleželo by na tom, zda sankce jsou dostatečně vysoké a odstrašující, a také na tom, zda - i kdyby sankce byly drastické – nebudou jednotlivci ze strany společnosti, v jejímž zájmu jednal, kompenzováni.<sup>21</sup>

Trestněprávní odpovědnost sama o sobě vyjadřuje společenské odsouzení způsobem, jímž to soukromoprávní odpovědnost (a asi ani odpovědnost administrativně právní – pozn. JB) nedokáže. Některé jedince může snad odstrašit i pouhá hrozba trestního postihu (a záznamu v rejstříku trestů).

Při absenci individuální odpovědnosti nemají běžní jednotlivci loajální se svým zaměstnavatelem důvod dobrovolně poskytovat informace, které by mohly napomoci v odhalení a prokázání kartelů. Hrozba individuální trestní sankce může naopak jednotlivce motivovat ke spolupráci s antitrustovým úřadem; program leniency by při reálné hrozbě trestního postihu jednotlivců mohl být aplikován mnohem účinněji. S růstem počtu účastníků s různými zájmy vzrůstá i pravděpodobnost „vybočení z řady“ některým z nich.<sup>22</sup> Je velmi potřebná koordinace trestních sankcí a programu leniency. Zejména je podstatné, zda se podaří (např. mimosoudním narovnáním) zajistit individuálnímu oznamovateli kartelu v rámci leniency zajistit trestněprávní imunitu (zúčastnil se kartelu)výměnou za jeho cenné informace, vedoucí k celospolečensky (makroekonomicky a spotřebitelsky) prospěšnému odhalení a zničení kartelu.

## **4.2 „OPTIMÁLNÍ“ VÝŠE SANKCÍ**

Vyřešit tuto otázku je asi ještě obtížnější než v případě sankcí korporátních. Např. se na rozdíl od sankcí pro společnosti dá sotva odhadnout prospěch, který jednatel z protiprávního jednání měl. Další věc je, zda existuje něco jako „optimální délka vězení“. Někdy se tvrdí, že optimalita má blízko k trestům krátkým, neboť marginální společenské náklady spojené s dalším trestem mohou převýšit zisky s tímž trestem spojené. Vychází se z toho, že i krátký trest odnětí svobody a s ním spojená stigmatizace a ztráta dobrého

---

<sup>21</sup> Takové náhrady se přitom v některých zemích považují za legitimní, a případné zásahy do nich ze strany státu se pokládají za nepřipustné vměšování do vnitrokorporátních záležitostí - tak se podle posledně cit. pramene (str. 19 a 20) podobné postupy výslovně zakazují třeba na Novém Zélandu. I kdyby ovšem byly takové kompenzace zakázány, korporace by nepochybně našly nenapadnutelné způsoby, jak takový zákaz obejít (např. placení prémie předem za riziko, zvyšování platu manažerů a zaměstnanců apod.).

<sup>22</sup> Tamtéž (str. 21) se konstatuje, že např. v USA vytvořily antitrustové orgány velmi přísné a nesmlouvavé prostředí vůči porušitelům antitrustového práva („dog-to-dog environment“), jež zvyšuje jejich informovanost díky ochotě jednotlivců i korporací spolupracovat při vyšetřování.

jména jsou pro normálního člověka vrcholně nepříjemné, takže i ony mohou dostatečně věrohodně odstrašovat od trestné činnosti. Na druhé straně je však nízký trest symbolickým vyjádřením nízké společenské nebezpečnosti trestného činu; mohou tak signalizovat vyšetřovatelům i soudům, že se vlastně o nic tak závažného nejedná a mohly by se potom více uplatňovat alternativní tresty.

#### **4.3 ZVLÁŠTNOSTI TRESTNÍCH SANKCÍ**

Zásah do práv postižených uložením trestní sankce je natolik závažný, že může příslušné orgány paradoxně – i přes nesporné širší společenské přínosy takového postihu – od ukládání těchto sankcí vlastně odrazovat. Může nastat určitý nesoulad s právní kulturou a tradicí, jakož i jistá hodnotová kontroverze s jinými sociálními normami. Jiná opatření se mohou pokládat za dostatečná a přitom úspornější (pozn. JB: věznění je drahé; viz aktuální příklon k dekriminálnímu, s nímž je snaha o kriminalizaci kartelů v rozporu).

Může se argumentovat v neprospěch kriminalizace (jako ostatně v případě i jiných trestných činů „bílých límečků“) tak, že prospěch z kartelů mají především korporace a zaměstnanci a ředitelé zřídka. Z podobného důvodu je v některých zemích ochota trestat kriminálními sankcemi jen (škodlivější a odsouzeníhodnější) kartely v oblasti veřejných institucí (př.: kartely při zadávání veřejných zakázek - bid rigging).

Ekonomizující hledisko může namítat, že vězení je společensky nákladný druh trestu, a že pokuta může být srovnatelně odstrašující. Nastavit jakýsi „výměnný přepočítací poměr“ mezi výší peněžité pokuty a délkou odnětím svobody je však sotva možné. Proti tomu se namítá, že pokuta, která by byla jakýms takýms ekvivalentem odnětí svobody, by byla tak vysoká, že by to přesahovalo finanční možnosti porušitele. Navíc u tvrdých kartelů nelze podle těchto názorů použít argumentaci, že i některá jednání protiprávní mohou být efektivní, a že je lepší, když je společnost aspoň „zdaní“ formou pokuty, nežli by je zakazovala. To se totiž nedá aplikovat u tvrdých kartelů, jež nemohou nikdy být společenským přínosem, a z nichž by nemělo být možné se prostě jen „vyplatit“ pokutou.

Vyšší důkazní standard v trestním řízení může paradoxně vést ke snížení počtu úspěšně uzavřených případů. Negativně působí i právo pachatele odmítnout informace, které by mohly způsobit trestní stíhání jemu nebo osobám blízkým.

S ukládáním účinných trestních sankcí nemusí navíc být srozumění státní zástupci a soudy, jež jsou v případě kriminality „bílých límečků“ (presentovaných obhajobou jako ctihodní a vážení lidé a jako podnikatelské opory společnosti) tradičně shovívavější. Protichůdný sociální efekt může mít samozřejmě kriminalizace kartelů v jejich zvýšené latentnosti – tedy v tom, že se jejich účastníci v obavě před drastickým postihem budou ještě sofistikovaněji krýt a zajišťovat proti odhalení. Zatímco dnes se

metaforicky hovoří o „špičce ledovce“, odhalující 10% kartelů, mohli bychom se dočkat i průměru, že se nám ledovec již jaksi celý ponořil...

Klíčový význam má definice skutkové podstaty kartelu jakožto trestného činu. Zejména je důležité, zda se bude formulovat zvláštní skutková podstata v trestním zákoně, nebo zda se použije vymezení v obecných protikartelových předpisech. Trestní sankce by totiž mohly být excesivní, pokud by skutková podstata trestného činu nebyla vymezena dostatečně přesně. Ještě nezávadná ( a dokonce prosoutěžní a proinovační) spolupráce mezi konkurenty může být totiž plynule a spojitě nerozeznatelná od dohody již omezující soutěž, nebudou-li stanovena jasná kritéria. Kriminalizace by v opačném případě mohla působit vlastně i protisoutěžně a protiinovačně, pokud by hranice trestnosti nebyly ex ante jasně vymezené. Toho se dá docílit řadou způsobů – od taxativního výčtu jednotlivých případů narušení, přes výčet ilustrativní s uvedením nejčastějších příkladů, až po spoléhání se na všeobecné formulace a upřesňující judikaturu a uvážení vyšetřovatelů. V pochybnostech o charakteru skutku by trestní stíhání zahajováno být nemělo (není-li např. jasný důkaz o dohodě, nebo n je-li sporné, zda jde o tvrdý kartel).

Koncepční je samozřejmě otázka, kdo by měl případy tvrdých kartelů řešit. Jsou argumenty ve prospěch toho, aby případy řešil antitrustový orgán:

- lepší odborné vybavení a zázemí,
- méně obav o ukládání citelných sankcí nežli u vyšetřovatelů zabývajících se např. násilnou trestnou činností ,
- možnost koordinovat řízení s programem leniency,
- nezávislost antitrustového orgánu a nesnadnější exekutivní ovlivňování jeho činnosti nežli při vyšetřování orgány činnými v trestním řízení

V neprospěch vyšetřovací kompetence antitrustových orgánů hovoří především to, že:

- nemají potřebnou odbornost a zdroje,
- se rozdvojí vyšetřovací proces a bude nutná koordinace mezi dvěma či více orgány (ev. nelze vyloučit ani zapojení externí agentury kvůli kontrole a vyvažování vlivu),
- by bylo nutné přesvědčit státní zástupce o podání obžaloby, ale ten může být veden vlastními kritérii a podat ji jen v „jistých“ případech.“

**Konkurence trestních a jiných (správních, civilních) sankcí**

V některých právních řádech může být kartel posuzován jednak jako trestný čin, ale také jako správní delikt nebo delikt civilní. Mělo by být přitom předem jasné, zda se jedná o jednoznačně a za všech okolností (per se) protiprávní delikt, nebo o jakousi „šedou zónu“, podléhající správnímu uvážení (rule of reason). Možnost vést správní řízení o kartelu může přitom vést k jisté zdrženlivosti vyšetřovatelů zahajovat trestní stíhání, resp. ochotu státních zástupců podat žalobu. Na druhé straně se upozorňuje<sup>23</sup> na nepřípadný „pákový efekt“: hrozba trestního stíhání může napomoci antitrustovému orgánu v ne právě férovém opatřování důkazů i v případě, že by neměl v úmyslu podat trestní oznámení.

Principiální je problém použitelnosti (ev. zneužitelnosti) důkazů opatřených v jednom řízení i pro účely řízení jiného. Ctít se musí právo na přípustnost odmítnout spolupráci v případě, že hrozí trestní stíhání obviněnému nebo osobám jemu blízkým (self-incrimination).

### **Přeshraniční vyšetřování a zdvojení rizika**

V rámci jedné jurisdikce by nemělo být přípustné, aby byla jedna osoba podrobena dvakrát trestnímu stíhání za účast v jednom kartelu. Není ovšem zaručeno, že orgány různých států nepovedou trestní řízení s toutéž osobou za jeden a týž skutek. Mohlo by dojít k akumulaci trestů odnětí svobody za tentýž čin, uložených soudy různých států. Orgány projednávající tyto činy by spolu měly spolupracovat, mj. i kvůli snížení celkových nákladů na vymáhání práva.

Vzhledem k tomu, že trestní odpovědnost za kartely byla v minulosti ukládána jen v několika zemích, bude pravděpodobnější situace, že v žádné nebo jen v jedné zemi bude uložena trestní sankce při přeshraničních kartelech. S růstem počtu zemí zavedších trestní postih vzroste i pravděpodobnost možného souběžného (tedy násobného) trestního postihu za totéž protiprávní jednání.

### **Některé poznatky z diskuse**

O odstrašujícím účinku trestních sankcí se nepochybuje. US DOJ například potvrdil, že řada účastníků kartelů nabízela platby vyšších pokut výměnou za vyhnutí se výkonu trestu odnětí svobody, zatímco nikdy nenastal případ, že by účastník nabízel delší dobu ve vězení výměnou za s níženou pokutu. Je též jasná tendence setkávat se s konkurenty a ev. uzavírat kartely častěji mimo území USA s cílem vyhnout se jejich trestněprávní jurisdikci<sup>24</sup>.

Švýcarsko bylo skeptické vůči individuálním sankcím za kartely obecně, tedy i k finančním pokutám – platí je totiž zpravidla za jedince jeho

---

<sup>23</sup> Tamtéž, str. 29.

<sup>24</sup> Jde samozřejmě o mylnou snahu vzhledem k principu teritoriality účinků kartelu.

společnost. Se zavedením trestních sankcí by se dalo počítat až po spolehlivých zkušenostech z jiných zemí, že jsou v boji proti kartelům skutečně účinné. Problémem je i identifikace fyzické osoby, která za kartel uzavřený korporací byla skutečně odpovědná ve smyslu přísných požadavků trestněprávní odpovědnosti.<sup>25</sup> Rovněž kulturně právně podmíněné rozdíly mohou hrát odrazující roli – v zemi, kde se ukládá za vraždu dvacetiletý trest vězení, se mohou tresty odnětí svobody za kartel zdát nepřiměřené.<sup>26</sup>

Rozdíly v kulturně právní tradici se projeví i na postoji Tchajwanu, kde se dává přednost správním sankcím před trestními. Trestní sankce za kartely se neukládaly prvoporušitelům – na druhé straně však není znám případ recidivy<sup>27</sup>.

O postoji k tomu, zda kriminalizace má odstrašující efekt, rozhoduje - zdá se - více kulturní a právní prostředí, nežli empirické důkazy o odstrašujícím účinku individuálního trestání prostředky práva trestního.

V otázce optimální délky vězení jako trestu se projevují velké rozdíly<sup>28</sup>, podobně jako v postojích k důkazním standardům.

Velká Británie byla skeptická ve vztahu k důkazům o vlivu kartelu na ceny, protože cenová úroveň je ovlivněna mnoha faktory. Navíc nesouhlasila s kriminalizací jednání podle čl. 81 Římské smlouvy, jenž zakazuje dohody, jejichž výsledkem je ohrožení soutěže, aniž by bylo třeba zavinění<sup>29</sup> a trvala na přesnějším vymezení skutkové podstaty.

---

<sup>25</sup> Problém může být u kartelově závadných kolektivních rozhodnutí statutárních a jiných orgánů společnosti – o jejich „hradbu“ by se individualizace a kriminalizace odpovědnosti mohla i rozbít – pozn. JB.

<sup>26</sup> Přitom podle mého soudu „sociálně inženýrský“ a pedagogický účel generální prevence (trestat jedny se záměrem vychovat jiné) nemůže převážit nad ohledem k přiměřenosti sankce vůči konkrétnímu porušiteli – jeho osobní svobodu nelze ani zčásti instrumentalizovat jako nástroj výchovy společnosti a ostatních jednotlivců k „lepšímu přístupu“.

<sup>27</sup> Takže šlo buď o vzorný odstrašující účinek, nebo se kartelisté díky osobní zkušenosti naučili vyhýbat se lépe odhalení.

<sup>28</sup> Zatímco např. Tchajwan dává přednost kratším a údajně dostatečně odstrašujícím (a méně nákladným) trestům mezi 6 a 12 měsíci, Norsko trvalo na delších trestech jako na lépe odstrašujících a tvrdilo, že krátké tresty se přiči zásadám rovnosti a spravedlnosti. USA trvaly na krátkých trestech, přestože kartely pokládají za podvod na spotřebitelích a kupujících. Přitom průměrná délka vězení (18 měsíců) je relativně krátká ve srovnání s jinými trestnými činy „bílých límečků“. Srov. posledně cit. pramen, str. 39 – 40.

<sup>29</sup> V Británii se uplatňuje požadavek, aby žalobce prokázal porušiteli „dishonesty“ (nepoctivost) - porotě se musí dokázat, že pachatel věděl o závadnosti svého chování, a že by rozumný člověk býval takové chování hodnotil jako nesprávné.



Kanada na základě zkušeností uvedla, že ekonomické pojmy jako definice relevantního trhu, bariéry vstupu a cenová elasticita byly dříve povinně zkoumány podle trestněprávních standardů, což vyžadovalo (nereálné) důkazy mimo jakoukoliv pochybnost. Navržená změna předpokládá zjednodušení v tom, že „tvrdé kartely“ budou trestné per se (nebudou vyžadovat důkaz o svém účinku), zatímco u ostatních kartelů se bude zkoumat, zda vedly k podstatnému narušení soutěže (hledisko skutečného efektu).

Zásadní význam má spolupráce antitrustového orgánu s vyšetřovateli trestného činu. Velmi inspirativní je úprava v anglickém zákonu o podnikání<sup>30</sup>, podle něhož je vyšetřovatel vázán udělením výjimky antitrustovým orgánem podle programu leniency, takže motivační náboj programu shovívavosti je zachován a podporuje lidi, aby o něj usilovali.

Evropské právo neupravuje odpovědnost jednotlivců za účast v kartelu vůbec a situace mezi členskými státy se liší. Pouhé spoléhání se na korporátní sankce je nedostatečným motivem proti kartelizaci a jen velmi nepřímo ovlivňuje chování jednotlivců. Vzhledem k možnosti paralelní aplikace národního práva by měla být zajištěna kompatibilita programů shovívavosti a trestních sankcí. Je nežádoucí, aby aplikace leniency vedla k trestním stíhání zaměstnanců a bývalých zaměstnanců podle národního práva. Tomu by měla sloužit koordinace mezi orgány antitrustovými a orgány činnými v trestním řízení. Evropská komise deklarovala posun v soutěžní kultuře směrem k odpovědnosti jednotlivců. Vzhledem k novosti tohoto nástroje však třeba nejvyšší obezřetnosti a trpělivosti při úvahách o jeho postupném zavádění.<sup>31</sup>

Výhrada může spočívat i v nebezpečí disproporcionality postihu na národní a nadnárodní úrovni – pokud by se v národních právních řádech posílali účastníci do vězení za účast v malých národních kartelech, a nikoliv za účast v kartelech evropského dosahu, bylo by to sotva právně politicky udržitelné.

Předpokladem účinnosti kriminalizace kartelů je nejen optimální délka trestu, ale mj. též minimální odstup od zjištění kartelu, publicita sankcí (odstrašuje do budoucna), komplementarita se soukromoprávní odpovědností za škodu způsobenou kartelovým deliktem a s dalšími sankcemi.

---

<sup>30</sup> Enterprise Act, viz cit. pramen, str. 42.

<sup>31</sup> Podle cit. materiálu (str. 44) Irsko upozornilo na to, že v právních řádech zemí, v nichž je úprava antitrustu nová, a kde ministři běžně hostili schůzky kartelistů, nebudou soudci právě ochotni posílat účastníky kartelů do vězení.

## 5. ZÁVĚREM: OBECNĚA K NAŠÍ SITUACI

Mezi správním deliktem a trestním deliktem je mj. rozdíl v závažnosti porušeného zájmu. Posun od správního trestání k trestání kriminálnímu je důkazem změny v právní politice, ovlivněné změnou ve vnímání různých hodnot. Hodnota nenarušené soutěže se posouvá výše, čemuž odpovídá volání po dramatičtější sankci. Existují však „šedé zóny“, u nichž není jasné, zda by měly být v režimu trestního postihu. Tyto případy je třeba v zájmu účinné prevence a právní jistoty eliminovat.

V českém trestním zákoně se s účinností od 1.1.2010 objevuje nová skutková podstata trestného činu (viz pozn. 1). Může být modifikována podle § 248 odst. 3 pomocí zvýšené trestní sazby pro kvalifikované podstaty<sup>32</sup>.

Existuje řada dosud nevyjasněných otázek:

Kdo je pachatelem? Podle zákona pouze fyzická osoba (ne nezbytně statutární orgán nebo jeho člen); tato osoba ale nebude „konkurentem“, ani stranou protisoutěžní dohody. Účastníkem správního řízení u ÚOHS bude jiný subjekt (právnícká osoba). Nejasná je tedy souvislost obou řízení.

Kdo povede řízení? Budou to orgány činné v trestním řízení - ty asi budou vázány rozhodnutím ÚOHS (posuzování předběžné otázky podle § 9 odst. 1 Trestního řádu : je-li o ní pravomocné rozhodnutí soudu nebo jiného státního orgánu, jsou tyto orgány takovým rozhodnutím vázány, pokud nejde o posouzení viny obviněného). Je nejasné, zda bude naopak vázán ÚOHS rozsudkem o spáchání trestného činu.

Vztah k programu leniency: sotva bude postačovat k zajištění funkčnosti tohoto nástroje diskreční pravomoc státního zástupce podle § 172 odst. 2 Trestního řádu.<sup>33</sup> Absence jasného pravidla (závazné trestněprávní imunity v případě aplikace leniency) může úplně sabotovat úspěšně se rozvíjející program shovívavost. Jeho úprava by však neměla být ponechána ústavně

---

<sup>32</sup> Je-li pachatel členem organizované skupiny, spáchá-li takový čin opětovně, způsobí-li takovým činem značnou škodu, resp. škodu velkého rozsahu, získá-li takovým činem pro sebe nebo pro jiného značný prospěch, event. prospěch velkého rozsahu, způsobí-li takovým činem jinému úpadek

<sup>33</sup> Podle něho státní zástupce *může* zastavit trestní stíhání,

b) bylo-li o skutku obviněného již rozhodnuto jiným orgánem...a toto rozhodnutí lze považovat za postačující, nebo

c) jestliže vzhledem k významu a míře porušení nebo ohrožení chráněného zájmu, který byl dotčen, způsobu provedení činu a jeho následku, nebo okolnostem, za nichž byl čin spáchán, a vzhledem k *chování obviněného po spáchání činu*, zejména k jeho snaze nahradit škodu nebo *odstranit* jiné škodlivé následky činu, je zřejmé, že účelu *trestního řízení* bylo dosaženo.

právně pochybnému zakotvení v podobě soft law (oznámení ÚOHS), ale měla by dostat formu zákona. Chybějící vazba na program leniency může z kriminalizace kartelů učinit pouhý nástroj odstrašení jednotlivců před trestním postihem, který může doslova sabotovat účinnou detekci kartelů, která je dnes celosvětově založena právě na úspěchu programů shovívavosti. Bez této vazby obou přístupů by tedy kriminalizace kartelů mohla poskytnout spíš „medvědí službu“.

Trestněprávní postih porušování pravidel hospodářské soutěže (stávající § 127 Trestního zákona) byl sice možný, ale nepoužíval se. Skutková podstata porušování závazných pravidel hospodářského styku se - navzdory (nebo snad kvůli?) své „bezbřehosti“<sup>34</sup> hraničící s ústavním principem nullum crimen sine lege - též nestíhala. Je podle mého soudu velmi nepravděpodobné, že vytvoření další teoretické možnosti slovy zákona poskytne motivaci a další předpoklady k tomu, aby se určité jednání, stíhatelné již dříve, stíhat opravdu začalo.

Úspěch „kriminalizačního trendu“ závisí totiž nejen na formálních předpokladech, ale především na rozšíření občanského a společenského mínění, že („tvrdé“) kartely jsou zločinem, zasluhujícím tvrdé tresty.

Důležité je i technické zvládnutí „bludného kruhu“ mezi shovívavostí sloužící k detekci kartelů a tvrdým postihem kartelů; samotný tvrdý postih kartelů trestními sankcemi by mohl paradoxně vést až k tomu, že by nebylo co postihovat nejen trestně (i kdyby se nakrásně chtělo), ale ani administrativně, neboť žádné kartely bez funkčního programu leniency nebudou odhaleny. Spolupráce orgánů činných v trestním řízení a ÚOHS, založená nejen na diskreci a předpokladu rozumnosti, ale na jasných pravidlech poskytujících právní jistotu a funkčnost státního aparátu při dosahování společného cíle, je klíčová.

Trestní sankce jsou jen jedním z komplementárních opatření v boji proti společenskému zlu kartelů. Pokud by měly být prostředkem fakticky konkurenčním k působení antimonopolního práva - bez ohledu na proklamované cíle a chráněné zájmy, je prostě škodlivá a bylo by lépe ji v této podobě nemít. Podle mého soudu by škodila i ta (nikoliv tak úplně nepravděpodobná) varianta, že by se uznalo, že to v této podobě a v těchto právních poměrech fungovat nemůže, a proto se nebude trestní postih uplatňovat. Vážnosti práva a ideji právního státu škodí skutkové podstaty „papírových tygrů“, které navíc vytvářejí možnost ad hoc účelového zneužití.

Kriminalizace není nikdy spásou ničeho, tedy ani antitrustu. Smysl má jen jako účelná a účinná (a nikoliv potenciálně kontraproduktivní), kompatibilní a doplňková součást komplexu nástrojů vynucování práva.

---

<sup>34</sup> rov. VALOUŠKOVÁ, Z. v cit. práci, str. 19.

\* \* \* \* \*

Při současné nevyjasněnosti trestněprávní úpravy a její praktické proveditelnosti se obávám, že nově zavedená skutková podstata trestného činu je spíše „vůlí a představou“ zákonodárce, nežli funkčním (preventivním) nástrojem společenské regulace; navíc může vážně narušit společensky přínosné působení programu shovívavosti.

**Literature:**

- HAJN, P.: K funkcím hospodářskoprávní odpovědnosti při podpoře rizikového rozhodování , referát na vědecké konferenci k 10. výročí UJEP, Brno 1979.
- O'KANE, M.: The law of criminal cartels, Oxford, Oxford University Press, 2009
- BEATON - WELLS, C.: Australia's criminalization of cartels – should it be contagious?, The 4th ASCOLA conference, Washington
- VALOUŠKOVÁ, Z.: Kriminalizace kartelů – nad § 248 trestního zákoníku, Antitrust, 2009, nulté číslo
- POKORNÝ, R.: Bude možnost trestního postihu kartelů v ČR přínosem a přispěje k efektivnějšímu vymáhání soutěžního práva? Competition Day, ÚOHS, Brno , 13.5. - 14. 5. 2009.

**Contact – email**

*bejcek@law.muni.cz*