

# Program shovívavosti (leniency) – nové paradigma v českém právu hospodářské soutěže – podstata a dílčí bilance

Luboš Tichý\* – Petra Joanna Pipková\*\* – Miloš Kocí\*\*\*

**Abstrakt:** Cílem příspěvku je analýza významu a fungování relativně nového fenoménu programu shovívavosti, který je považován za významný nástroj potírání kartelových dohod. Autoři se nejprve zabývají ideovými základy a vývojem programu shovívavosti. Následně pak srovnávají nejvýznamnější jurisdikce, kde programy shovívavosti hrají zásadní roli (Spojené státy americké, Evropskou unii a Německo), s českou úpravou programu shovívavosti, kde tento nástroj ještě nenabyl takového významu. Konečně pak autoři program shovívavosti podrobují testu přiměřenosti, zejména ve vztahu k ústavně zaručeným právům a individuálním zájmům poškozených kartelem na kompenzaci.

**Klíčová slova:** program shovívavosti, leniency program, vězňovo dilema, test přiměřenosti, zákaz sebeobviňování

## 1. Účel a předmět příspěvku

V posledních dvaceti třiceti letech jsme svědky amerikanizace evropského, a tedy i českého soutěžního práva, kam v adaptované podobě pronikají dva fenomény tradičně charakteristické pro regulaci hospodářské soutěže v USA: soukromoprávní vymáhání soutěžního práva a program shovívavosti, jímž se zabýváme v tomto příspěvku.

Programy shovívavosti jsou typickým transplantátem americké regulace hospodářské soutěže, jenž se v rámci EU rozvinul ve formě několika oznámení Evropské komise, z nichž první vydala již v roce 1996.<sup>1</sup> V České republice evropský trend vedl nejprve k vydání vlastního programu shovívavosti bez zákonného podkladu<sup>2</sup> a následně i k novelizaci zákona o ochraně hospodářské soutěže.<sup>3</sup>

Zavedení programu shovívavosti představuje v evropském právním myšlení určitou revoluci prolamující některé ze základních principů, jimiž se dosud administrativní řízení potírající protisoutěžní praktiky řídilo. To lze vysvětlit zejména skutečností, že transplantát pochází ze zásadně odlišného konceptu regulace hospodářské soutěže, jehož výchozí diskem a těžištěm je trestní řízení v USA.

Tento příspěvek si klade za úkol postihnout především samotnou podstatu programu shovívavosti transplantovaného do kontextu evropských právních úprav hospodářské soutěže, a to v jeho souvislostech s úpravou v zemi jeho původu. Tomuto úkolu se věnujeme v druhé a třetí části (ad 2. a 3.). Ve třetí části dále osvětlujeme program *leniency* z hlediska

\* Prof. JUDr. Luboš Tichý, CSc., Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: tichy@prf.cuni.cz.

\*\* JUDr. Petra Joanna Pipková, Ph.D., LL.M., Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: pipkova@prf.cuni.cz.

\*\*\* Mgr. Miloš Kocí, LL.M. Eur., advokát. E-mail: koci@umich.edu.

1 Oznámení Komise o neuložení nebo snížení pokuty v kartelových případech (96/C 207/04).

2 Viz Program aplikace mírnějšího režimu při ukládání pokut podle § 22 zákona o ochraně hospodářské soutěže u zakázaných dohod narušujících soutěž, při jejichž splnění lze stranám takových zakázaných dohod neuložit pokutu nebo výši pokuty podstatně snížit z roku 2001 a z roku 2007.

3 Tzv. 9. novela zákona o ochraně hospodářské soutěže („ZOHŠ“) – zákon č. 360/2012 Sb. Po této novele následovalo dne 4. 11. 2013 vydání nového oznámení o programu shovívavosti.

jeho praktického fungování v právním prostředí EU. Tato část obsahuje též analýzu relevantní české a německé právní úpravy. Ve čtvrté části (ad 4.) se konkrétněji zabýváme některými základními problémy, jež jsou tomuto fenoménu imanentní: i) analyzujeme změnu, kterou program shovívavosti přináší do české právní úpravy z hlediska ústavního práva a základních lidských práv, ii) zabýváme se samotnou podstatou shovívavosti, tj. doznáním soutěžitele jako „koruny důkazů“ výměnou za (někdy jen částečné) prominutí sankcí a jeho účinky na další průběh administrativního řízení a iii) řešíme otázku konfliktu zájmu veřejného a zájmu soukromého, který se projevuje ve zdánlivém rozporu mezi ochranou spolupracujícího podniku a zájmy poškozených stran. Konečně naše poznatky shrnujeme a poskytujeme odpovědi na otázky položené v předchozích částech (část 5.).

## 2. Usměrňování (regulace) soutěže ve správním, trestním a civilním právu

Vymáhání soutěžního práva stojí na třech pilířích: správněprávním, trestněprávním a soukromoprávním vymáhání. Každý právní řád přitom jeden z těchto pilířů staví do popředí jako základ vymáhání a ostatní slouží jako doplněk.

### 2.1 Správní právo

Na evropském kontinentě je moderní kartelové právo předmětem zejména správněprávní úpravy, přičemž hovoříme-li o moderním kartelovém právu, máme na mysli především úpravu německou, jež byla ještě za existence americké okupační zóny zásadně ovlivněna americkou kartelovou úpravou. Americký vliv se však nevyhnul ani úpravě hospodářské soutěže ve Smlouvě o Evropském společenství uhlí a oceli, kterou tvořil americký specialista.<sup>4</sup> Samotný německý *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (dále jen „GWB“) z roku 1957 pak již je dílem německé freiburské školy, jejíž koncepce správněprávní regulace následně ovlivnila celý další vývoj. V neposlední řadě je třeba vyzdvihnout, že s regulací správním právem počítal i náš zákon z roku 1933.<sup>5</sup>

Správnímu právu je též vlastní povolovací či zakazovací řízení, respektive rozhodování ve smyslu kontroly *ex ante* či *ex post*, které známe i na evropské úrovni.

Pro evropskou úpravu jsou tedy charakteristické správní delikt a správní trestání spočívající v porušení či narušení soutěže.

Až donedávna byl tento režim jediným reálně uvažovaným systémem usměrňování hospodářské soutěže na evropském kontinentě.

### 2.2 Trestní právo

V USA jsou od samotného počátku v podobě Shermanova zákona (*Sherman Act* z roku 1896) základem regulace soutěže trestněprávní prostředky. Narušení soutěže a vznik monopolu představuje trestný čin sankcionovaný nejen vysokým peněžitým trestem, ale zejména trestem odnětí svobody v trvání až 10 let. Vymáhání soutěžního práva je zde

<sup>4</sup> Jednalo se o harvardského profesora Roberta Bowieho. Dalším, kdo se podílel na znění úpravy evropského soutěžního práva, byl jiný americký právník a diplomat George Ball.

<sup>5</sup> Zákon č. 141/1933 Sb., o kartelech a soukromých monopolech.

tedy prováděno v rámci trestněprávního řízení vedeného před soudem, které se však od klasického kontinentálního trestněprávního řízení podstatně odlišuje.

Na kontinentě se tendence kriminalizace kartelového práva, respektive protisoutěžního jednání projevují teprve v novější době.

Zatímco trestný čin nekalé soutěže je v Německu a v České republice znám již desítky let, v kartelových věcech byl trestní postih zaveden po bouřlivých diskusích teprve na konci 20. století. Trestněprávně český právní řád postihuje porušení soutěžního práva teprve od roku 1991, kdy byla v § 127 tehdejšího trestního zákona<sup>6</sup> zavedena skutková podstata trestného činu porušování závazných pravidel hospodářského styku nepřímo odkazující na tehdejší zákon na ochranu hospodářské soutěže. Další skutkovou podstatou narušení hospodářské soutěže postihovanou trestním zákonem pak byly pletichy při veřejné soutěži v § 128a–128c tehdejšího trestního zákona. Nová trestněprávní úprava je tak ve vztahu k té původní poněkud restriktivnější, když převážně postihuje pouze tzv. *hard-core* kartely<sup>7</sup> (§ 248 odst. 2 alinea 1 trestního zákoníku<sup>8</sup>) a pletichy při zadávání veřejných zakázek (§ 257 trestního zákoníku). Tato úprava je však cílenější a měla by tak být na rozdíl od původní úpravy častěji využívána, k čemuž však zatím podle našeho vědomí nedošlo. Trestní postih se primárně týká fyzických osob, avšak v případě pletich při zadávání veřejných zakázek (tj. též tzv. *bid-riggingu*) mohou být dle českého právního řádu postiženy i právnické osoby.<sup>9</sup> V této věci však doposud neexistuje žádná rozhodovací praxe.

Německý právní řád je pak v oblasti trestněprávního postihu porušování soutěžního práva ve srovnání s USA ještě umírněnější než český, když umožňuje trestní postih pouze fyzických osob, a to u případů tzv. *bid-riggingu*.<sup>10</sup>

V této souvislosti je pak třeba připomenout, že ty státy, kde byla vlastní domácí úprava usměrňování hospodářské soutěže navzdory evropské úpravě po desítky let velmi liberální (skandinávské země, Velká Británie, Nizozemí, respektive velmi specifická Francie),<sup>11</sup> jsou ve vztahu k přijímání novinek, které z USA na evropský kontinent přicházejí buď přímo, nebo prostřednictvím Evropské komise, nepochybně „flexibilnější“ než např. Německo, a to i s ohledem na jejich trestněprávní aspekty.

S tím souvisí i skutečnost, že zatímco ve většině kontinentálně evropských právních řádů se zahájení trestního řízení řídí zásadou legality, tak právní řády patřící do anglosaské právní rodiny, spolu s právním řádem nizozemským, francouzským, švédským a do určité míry belgickým ovládá zásada oportunity.

<sup>6</sup> Viz zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon.

<sup>7</sup> Viz důvodová zpráva k trestnímu zákoníku: „Tzv. tvrdé kartely (*hard-core kartely*), na které tato skutková podstata směřuje, jsou obecně považovány za nejzávažnější porušení soutěžního práva.“ Takto k tomu přistupuje i sám autor zákoníku: „Tzv. tvrdé kartely (*hard-core kartely*), na které tato skutková podstata dopadá, jsou obecně považovány za nejzávažnější porušení soutěžního práva, neboť takové kartelové jednání má zpravidla velmi negativní dopad na ekonomiku jako celek, zejména pak na konečné spotřebitele, poněvadž v konečném důsledku vede ke zvýšení cen pro spotřebitele, ke zhoršení výběru a kvality nabízeného zboží.“ (viz ŠÁMAL, P. Trestněprávní postihy tzv. horizontálních kartelů podle nového trestního zákoníku. *Bulletin advokacie*. 2010, č. 7–8, s. 19, 21). Uvedené ustanovení sice vedle dohody o určení ceny a dohody o rozdělení trhu uvádí též „jinou dohodu narušující hospodářskou soutěž“. Tu však lze chápat jako zbývající *hard-core* ujednání z § 3 odst. 1 z. o. h. s. Je pravda, že textace uvedeného ustanovení je zavádějící, a bylo by vhodné ji do budoucna, jak navrhuje J. Kindl ve svém článku (KINDL, J. Některé problémy zavedení trestného činu „kartelu“ v novém trestním zákoníku. *Právní rozhledy*. 2010, č. 17, s. 622, 626) upravit.

<sup>8</sup> Viz zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>9</sup> Viz *a contrario* § 7 zákona č. 418/2011 Sb., odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>10</sup> Viz § 298 *Strafgesetzbuch: Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen* (dohody omezující soutěž v rámci výběrových řízení) – jinak též *Submissionsbetrug*.

<sup>11</sup> Tyto státy zavedly moderní úpravu soutěže podle vzoru evropské (nyní unijní) úpravy až po svém přístupu k ES (EU).

Konečně je třeba uvést, že z 28 členských států EU deset trestní postihů za porušení soutěžních pravidel stále ještě nezakotvilo. Členské státy, které trestněprávní postih znají, ho zase zavedly pouze pro postihování nejzávažnějších porušení soutěžního práva, jako jsou *hard-core* kartely (kromě České republiky tomu tak je např. i na Slovensku a omezeně postihuje kartely i Německo). Většina trestněprávních úprav se však vůbec nepoužívá. Trestněprávní vymáhání soutěžního práva tak efektivně praktikují pouze čtyři členské státy, z nichž nejintenzivněji Velká Británie.<sup>12</sup>

### 2.3 Soukromé právo

Právní úprava soutěže se v USA od samotného počátku od kontinentálního systému neodlišuje jen trestněprávní rovinou, ale i tím, že druhým plnohodnotným nástrojem regulace hospodářské soutěže je soukromoprávní vymáhání nároků z kartelového práva, tedy jeho vymáhání konkrétními poškozenými subjekty či jejich organizacemi pomocí tradičních i specifických nástrojů soukromého práva. Jedná se především o uplatňování zvláštních režimů náhrady škody a procesní kolektivní ochranu prostřednictvím hromadných žalob (*class actions*). Na rozdíl od trestněprávní stránky se soukromoprávní nástroje vymáhání kartelového práva v poslední době začínají na kontinentě výrazněji prosazovat, a to především díky aktivitám Evropské komise. Ta se propagace soukromoprávního vymáhání soutěžního práva zhostila nejen na úrovni legislativní vydáním příslušné směrnice, nýbrž i vlastním podáním žaloby na náhradu škody u bruselského obchodního soudu proti členům výtahového kartelu.<sup>13</sup> Zvláštní druhy náhrady škod, jako *punitive (exemplary)*, *nominal* nebo *disgorgement damages* se zatím v praxi obecně neujaly a nenašly ani svou cestu do evropské legislativy.<sup>14</sup>

## 3. Leniency. Pojem, příčiny a odůvodnění

### 3.1 Fundamenty leniency

Základem tohoto nástroje je teorie her (a východisko maximalizace užitku ve všech životních situacích), respektive tzv. věžňovo dilema (*prisoners dilemma*).<sup>15</sup> Tento filosofický koncept spočívá v tom, že dvě osoby (A a B) jsou obviněny z toho, že společně spáchaly trestný čin, za který hrozí vysoký trest. Orgány činné v trestním řízení na jedné straně nemají dostatek důkazů pro to, aby mohl být tento trest uložen, ale na druhé straně mají dostatek důkazů pro to, aby mohl být uložen trest nižší. Za této situace jsou A a B od sebe odděleni, aby se nemohli domlouvat na společné strategii. Přitom platí že: i) dozná-li se A a nikoliv B, bude B odsouzen k deseti letům a A získá imunitu; ii) dozná-li se B a nikoli A, bude A odsouzen k deseti letům a B získá imunitu; iii) nedoznaj-li se ani A ani B,

<sup>12</sup> ALBRECHT, S. *Die Anwendung von Kronzeugenregelungen bei der Bekämpfung internationaler Kartelle*. Nomos, 2008, s. 258–298.

<sup>13</sup> Rozsudek bruselského obchodního soudu č. A.R. A/08/06816 ze dne 24. 11. 2014 ve věci *Europese Gemeenschap v Otis NV et al.*

<sup>14</sup> Soudní dvůr EU však konstatoval, že aplikaci *punitive damages* v praxi nic nebrání. (spojené věci C-46/93 a C-48/93 ze dne 5. 3. 1996 ve věci *Brasserie du pêcheur and Factortame III*, ECR [1996] I-1029, odst. 90 an.) V současné době jsou přítomné zejména v zemích s *common law* systémem: ve Velké Británii, Irsku a na Kypru.

<sup>15</sup> Blíže viz KUHN, S. Prisoner's Dilemma. In: ZALTA, E. N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2009 Edition). Dostupné z: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/prisoner-dilemma/>; SCHROLL, G. *Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamtes*. Petr Lang, 2012, s. 33–36.

bude každý z nich odsouzena na jeden rok; iv) doznají-li se jak A, tak B, budou odsouzeni každý k šesti letům.

### Vězňovo dilema

	B se přizná	B se nepřizná
A se přizná	A i B budou odsouzeni na šest let	A získá imunitu B bude odsouzen na deset let
A se nepřizná	B získá imunitu A bude odsouzen na 10 let	A i B budou odsouzeni na jeden rok

A dosáhne z individuálního hlediska optimálního výsledku, když se sám přizná a B bude zároveň mlčet a *vice versa*. Druhý nejlepší možný výsledek pro A je, budou-li A i B mlčet. Je zde riziko (a A ho nemůže nijak ovlivnit), že bude odsouzen na deset let, když bude mlčet a B se přizná. Předpokládá se, že A nebude podstupovat toto riziko a přizná se. Vzhledem k tomu, že lze očekávat podobné uvažování i na straně B, budou oba odsouzeni na šest let. Z individuálního pohledu A i B se jedná o nejhodnější strategii, z pohledu skupiny jako celku však optimálního výsledku dosaženo nebylo. Ten by se totiž dostavil pouze za předpokladu, kdyby A i B mlčeli. V daném okamžiku si však pravděpodobně oba budou chtít zajistit co nejlepší výsledek a současně si nebudou moci být jisti, zda druhý promluví. Výsledek tak zpravidla nemusí být individuálně optimální ani pro A, ani pro B. Pro vyšetřující orgán však výsledek optimální bude, neboť šetřené subjekty mají vysokou motivaci přiznat se a poskytnout důkazy.

V případě *leniency* programu pak soutěžní úřad získává efektivní nástroj pro odhalování i takových deliktů, k nimž jednoznačné důkazy často chybí. Z hlediska soutěžního úřadu mohou v zásadě nastat dvě situace. V první soutěžní úřad o kartelu vůbec neví a podnik podá žádost o *leniency*, protože se obává, že kartel bude nevyhnutelně odhalen, a očekává, že díky *leniency* se vyhne sankci. Jeho zvažování je pak postaveno na následujících premisách: Pokud bude mlčet, existuje šance, že kartel nebude nikdy odhalen a nikdo za něj nebude potrestán. Je však také možné, že kartel oznámí soutěžnímu úřadu jiný člen kartelu, a pak bude podnik (a ostatní členové kartelu) potrestán.

V druhé situaci již soutěžní úřad o kartelu sice vědomost má, ale nemá dostatek důkazů pro jeho prokázání. Podnik tak bude zvažovat podání žádosti s tím, že šance potrestání je podstatně vyšší jednak z důvodu silné motivace soutěžního úřadu důkazy najít (provádění ekonomických analýz, zasílání žádostí o informace a podklady na domnělé členy kartelu, konkurenty, zákazníky, dodavatele), jednak z důvodu zvýšené motivace ostatních členů kartelu *leniency* žádost podat.

Když se navíc přizná více účastníků kartelu a dodá relevantní podklady, má jejich pluralita, jak si dále ukážeme, pro jednotlivce i skupinu méně závažné důsledky, než jak jsme je představili ve vězňově dilematu. Konečně žadatelé o *leniency* zpravidla nepodávají opravné prostředky, což zkracuje samotné řízení a šetří náklady.

Samotné vězňovo dilema však není schopno plně vysvětlit motivaci členů kartelu. Teorie her a vězňovo dilema vychází z toho, že subjekt dostane něco za něco. V daném případě je třeba porovnat okamžitý přínos udělení *leniency* proti rozpuštění kartelu a ztrátě důvěry ostatních podniků (riziko potrestání ostatními, neochota jít s ním do dalšího

kartelu).<sup>16</sup> Čím menší je riziko sankcionování ostatními podniky a čím více je trh kooperativní, tím větší je pravděpodobnost podání žádosti o *leniency*. Také v případě, kdy je úroveň důvěry mezi členy kartelu již tak nízká, je pravděpodobnější, že se přiznají.

Pokud jde však o samotné odhalování kartelů, o kterých soutěžní úřad doposud nevěděl, není závěr o efektivitě *leniency* programů jednoznačný. V prvé řadě nelze zjistit, zda se poměr odhalených kartelů díky *leniency* zvýšil, a to z toho důvodu, že z logiky věci neexistují empirická data o neodhalených kartelech.<sup>17</sup> Údaje, které jsou dostupné, tj. data o odhalených kartelech, však napovídají, že následkem zavedení nového nástroje k odhalování kartelů (tj. např. v případě reformy *leniency* programu) se počet odhalených kartelů krátkodobě zvýší; poté se však počet odhalených kartelů stabilizuje na úrovni před zavedením nového nástroje.<sup>18</sup> Naopak výzkum vlivu *leniency* programu na kartely v Jižní Koreji ukázal, že z krátkodobého hlediska mělo zavedení nebo reforma *leniency* programu sice za následek stabilizaci kartelů a jejich delší trvání, avšak z dlouhodobého hlediska vedlo k jejich destabilizaci a jejich kratšímu trvání.<sup>19</sup> Přínos *leniency* programu v této oblasti tak není zcela jednoznačný.

*Leniency* program bývá označován za nejdůležitější vyšetřovací instrument Evropské komise. Již v roce 2005 neexistoval ani jeden případ, kde by Komise *leniency* program neaplikovala.

V evropském kontextu znamená *leniency* program takovou úpravu, na jejímž základě se poskytuje podniku spolupracujícím na rozkrytí kartelu plná imunita nebo snížení sankce, kterou by jinak bylo třeba aplikovat. Cílem je existující kartely destabilizovat, přimět jeho členy oznámit je soutěžnímu úřadu, respektive po zjištění jeho existence získat dostatečné důkazy pro jeho prokázání.

Souhrnně tak lze konstatovat, že charakteristickým rysem *leniency* programu a jeho využití v rámci řízení je úspora nákladů na zjišťování podstatných skutečností, rychlost řízení, potlačení tradičních metod vyšetřování a obhajoby, a dále vytvoření klimatu nedůvěry mezi kartelisty, tj. destabilizace stávajících nebo budoucích kartelů. Teorie her naznačuje, že náležitá aplikace *leniency* programů vede k odstrašení potenciálních kartelistů od zakládání kartelů a k destabilizaci kartelů již existujících.<sup>20</sup> Tento závěr však nelze jednoznačně prokázat, neboť nejsou dostupná empirická data k nezjištěným kartelům.<sup>21</sup>

Další přínos *leniency* programů souvisí s náklady na vymáhání soutěžního práva. Ty jsou tím vyšší, čím rozsáhlejší jsou práva účastníků řízení na obhajobu.<sup>22</sup> *Leniency* program řeší alespoň zčásti tento problém, protože žadatelé o *leniency* je uplatňují jen v omezené míře.

<sup>16</sup> KIM, N. – KIM, Y. Who Confesses for Leniency, Evidence from Korea. *Journal of Competition Law & Economics*. 2016, Vol. 12, No. 2, s. 351, 358.

<sup>17</sup> ZHOU, J. *Evaluating Leniency with Missing Information on Undetected Cartels: Exploring Time-Varying Policy Impacts on Cartel Duration*, paper made public in 2012. Dostupné z: <<http://econminds.files.wordpress.com/2012/12/zhou-evaluate-leniency-2012-v-december.pdf>>, s. 3.

<sup>18</sup> MILLER, N. H. Strategic Leniency and Cartel Enforcement. *American Economic Review*. 2009, Vol. 99, No. 3, s. 750, 751.

<sup>19</sup> CHOI, Y. J. – HAHN, K. S. How Does a Corporate Leniency Program Affect Cartel Stability? Empirical Evidence from Korea. *Journal of Competition Law & Economics*. 2014, Vol. 10, No. 4, s. 883.

<sup>20</sup> LESLIE, C. R. Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability. *The Journal of Corporation Law*. 2006, s. 453. Dostupné z: <<http://blogs.law.uiowa.edu/jcl/wp-content/uploads/2012/01/10-LESLIE-FINAL.pdf>>, s. 454 an.

<sup>21</sup> ZHOU, J. *Evaluating Leniency with Missing Information on Undetected Cartels: Exploring Time-Varying Policy Impacts on Cartel Duration*. Příspěvek zveřejněný v roce 2012 na <<http://econminds.files.wordpress.com/2012/12/zhou-evaluate-leniency-2012-v-december.pdf>>, s. 3.

<sup>22</sup> BEATON-WELLS, C. Criminal Sanctions for Cartel Conduct: The Leniency Conundrum. *Journal of Competition Law & Economics*. 2017, Vol. 13, No. 1, s. 125, 139.

Konečně lze uvažovat i o tom, že *leniency* program pomáhá překonat jurisdikční překážky v získávání svědků a důkazů umístěných v zahraničí a šetření a sankcionování zahraničních členů kartelu.<sup>23</sup>

Byť je *leniency* program svým původem, respektive svojí povahou součástí správního řízení, získává toto řešení při jeho aplikaci určité nové rysy, které vedou k jeho kritice pro údajný rozpor s některými základními hodnotami nebo principy, jakými jsou např. zásada rovnosti (zákaz diskriminace) či zákazy sebeobviňování a dvojího trestání.<sup>24</sup> Nevyřešenou otázkou je i jeho harmonizace s podporou soukromého vymáhání náhrady škody. Některým těmto otázkám bude v dalším textu věnována širší pozornost.

## 3.2 *Leniency* v USA

### 3.2.1 Vznik a fungování *leniency* programu

Stejně jako trestněprávní a soukromoprávní vymáhání soutěžního práva je i program shovívavosti (*leniency programme*) produktem amerického přístupu k hospodářské soutěži, i když relativně nedávným, neboť pochází z konce 70. let 20. století.

*Leniency* program je považován za zřejmě nejdůležitější nástroj pro účinné odhalování a potírání kartelových dohod. Společnosti, respektive jednotlivci mohou orgánu odpovědnému za dohled nad hospodářskou soutěží oznamovat svou kartelovou činnost a při jejím rozkrývání s orgánem spolupracovat. Za odměnu se pak mohou vyhnout trestnímu postihu, pokudám nebo trestům odnětí svobody, respektive mohou tvrdost těchto sankcí zmírnit, pokud splní příslušné podmínky.

V USA je program shovívavosti situován do trestního řízení vedeného Ministerstvem spravedlnosti (*Department of Justice – Antitrust Division*, dále jen „DoJ“). DoJ je po prošetření případu žalobcem ve věci, přitom má v souladu se zásadou opportunity širokou míru uvážení v otázce, zda trestní řízení zahájí či nikoliv. Významným prvkem tohoto řízení je tzv. *Plea Bargaining*,<sup>25</sup> jehož obdobou je dohoda o vině a trestu,<sup>26</sup> která se jako nový institut trestního práva procesního v českém právu objevila v roce 2012. *Plea Bargaining* umožňuje vyjednávaní mezi obžalovaným a žalobcem, které může vést k tzv. *Plea Agreement*. Podstatou takové dohody je prohlášení obžalovaného, že je ochoten se doznat k trestné činnosti výměnou za nižší sankci, respektive že se dozná k méně závažnému trestnému činu. „Odměna“ je obžalovanému poskytnuta za to, že DoJ předejde dlouhému trestnímu řízení a že selepší jeho důkazní situace. Takováto dohoda musí být schválena soudem a její uzavření je obzvláště legitimní v případech tzv. důkazní nouze, kdy má DoJ jen velmi málo důkazů k prokázání podezření z páčání trestné činnosti, což může být v případech civilních řízení o náhradu kartelových škod výhodou.

<sup>23</sup> PRAKASH, D. Understanding Leniency Programme under the US, EU and Indian Competition Law. *Law Mantra Journal*. 2018, Vol. 5, Is. 4&5. Dostupné z: <<http://journal.lawmantra.co.in/wp-content/uploads/2018/01/UNDERSTANDING-LENIENCY-PROGRAM-UNDER-THE-US-EU-AND-INDIAN-COMPETITION-LAWS-BY-MS-DEEPIK-PRAKASH-PHD-SCHOLAR-AT-NLU-DELHI.pdf>>, s. 2.

<sup>24</sup> Zákaz dvojího trestání v soutěžních věcech je ze strany Komise a orgánů členských států na ochranu hospodářské soutěže plně respektován v případech s evropským rozměrem, ale nad tento rámec tomu tak není. Viz k tomu ROSIAK, P. K. „*The ne bis in idem Principle in Proceedings Related to Anti-Competitive Agreements in EU Competition Law*“. In: KOWALIK-BAŃCZYK, K. (ed.). *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*. 2012, Vol. 5, No. 6, s. 111–135.

<sup>25</sup> *American Bar Association, Criminal Antitrust Litigation Handbook*. 2. vydání. 2006, s. 65.

<sup>26</sup> Viz zákonem č. 293/2012 Sb. vložené § 175a an. a 314 an. zákona č. 141/1961 Sb., trestní řád, ve znění pozdějších předpisů, které stanoví obsahové náležitosti této dohody a průběh řízení před soudem. KOLOMIČENKO, J. Dohoda o vině a trestu. In: *epravo.cz*. Dostupné z: <<http://www.epravo.cz/top/clanky/dohoda-o-vine-a-trestu-85854.html>>.

V systému *Plea Bargaining* má obviněný v zásadě tři možnosti. Pokud nepřistoupí na *Plea Agreement*, musí se účastnit hlavního líčení před soudem, kde se buď prohlásí za vinného bez dohody se žalobcem [(*Blind*) *Guilty Plea*], nebo za nevinného. V takovém případě se provádí celé trestní řízení včetně dokazování. Toto řízení však může obviněný zkrátit, prohlásí-li, že nepopírá žalobu (*Nolo Contendere – No-Contest Plea*). Přijme-li soud takovou *Plea*, tak vydá rozhodnutí, aniž by prováděl dokazování a vyslechl obžalovaného. *No-Contest Plea* sice nemusí vést ke snížení trestu, plyne však z ní pro obžalovaného výhoda spočívající v tom, že se nemusí doznat ke spáchaným trestným činům a že rozsudek nelze použít v případných navazujících civilních sporech jako důkaz.

V tomto kontextu DoJ v roce 1978 poprvé zveřejnilo materiál, který tuto škálu možností trestního řízení rozšiřuje o další možný postup.<sup>27</sup> Jednalo se o první *leniency* program (*Corporate Leniency Program*), podle něhož se obviněný mohl sice vyhnout sankci, nikoliv však automaticky, ale podle úvahy DoJ. V roce 1993 pak byla uveřejněna *Corporate Leniency Policy*<sup>28</sup> pro společnosti a v roce 1994 *Leniency Policy for Individuals*<sup>29</sup> pro jednotlivce. V roce 1999 byl zaveden tzv. princip *Amnesty Plus*<sup>30</sup> a *Penalty Plus*.<sup>31</sup> Při tom všem je však třeba mít na paměti, že žádost o *leniency* se nerovná přiznání viny v rámci *Plea Bargaining*. Je naopak výhodnější, protože kartelista nemusí podat žádnou *plea*.

Přiznání *leniency* ze strany DoJ vyžaduje splnění několika předpokladů: rozhodné skutečnosti musejí být objasněny rozsáhlým způsobem, žadatel musí plně spolupracovat po celou dobu řízení, musí ukončit svou účast na kartelu a tam, kde to je možné, i kompenzovat způsobené škody. Kompenzace škody však není předpokladem v rámci *leniency* programu pro jednotlivce.

Pokud jde o požadavky na žadatelem poskytnuté informace, *leniency* program DoJ rozlišuje dvě situace, kdy společnosti žádající o shovívavost *leniency* přízná. *Leniency* typu A přízná v případě, že žadatel oznámí existenci kartelu ještě v okamžiku, kdy o něm nemá DoJ žádné informace z jakéhokoli jiného zdroje. Podmínkou pro přiznání *leniency* je vedle již výše uvedeného ukončení účasti a poskytnutí kompenzace i to, aby žadatel žádnou jinou stranu k účasti na kartelu nenutil a zároveň ani neměl v kartelu vůdčí roli.

Důvodem pro vyloučení vůdců kartelu je zabránění oportunistu soutěžitelů, kteří by kartel krátkodobě využili a následně využili i *leniency* program k úniku z plnění povinnosti.<sup>32</sup>

U *leniency* typu B nezáleží na tom, zda DoJ již zahájil vyšetřování či nikoli. Žadatel musí být prvním, kdo se přihlásil, a to v situaci, kdy DoJ zatím nemá proti žadateli tolik informací, aby to mohlo vést k odsouzení. DoJ před přiznáním *leniency* posoudí, zda případné přiznání *leniency* nebude k ostatním účastníkům kartelu nespravedlivé s ohledem na povahu protiprávní činnosti, roli žadatele v této činnosti<sup>33</sup> a okamžik, kdy se žadatel přiznal.

*Leniency* program ve Spojených státech tak nezná variantu, která je v Evropě běžná (viz níže), a to možnost snížení pokuty za spolupráci a poskytnutí důkazů po zahájení

<sup>27</sup> HAMMOND, S. D. – BARNETT, B. A. *Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters*. 2008. Dostupné z: <<http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm>>.

<sup>28</sup> Viz <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>>.

<sup>29</sup> Viz <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>>.

<sup>30</sup> V případě, že žadatel o *leniency*, který nebude úspěšný z důvodu nesplnění jedné z podmínek, oznámí další kartelovou dohodu, na které se podílel, získá pro tuto plnou imunitu a současně s tím pravděpodobně i snížení pokuty v rámci stávajícího řízení.

<sup>31</sup> V případě, že kartelista opomene oznámit DoJ další kartel, na kterém se podílel, bude mu pokuta zvýšena nad míru, která by jinak byla určena.

<sup>32</sup> LAVRUSHIN, K. *Leniency program – otázky motivace soutěžitele. Rekodifikace a Praxe*. 2016, č. 3, s. 10, 16.

<sup>33</sup> I zde tedy může být podstatné, zda žadatel neměl vůdčí roli či nenutil ostatní k účasti, ale již ve souvztáznosti k roli ostatních účastníků kartelu.



kartelového řízení, které mají přidanou hodnotu, avšak nejsou tak zásadní, jako u uvedeného *leniency* typu B.

Podmínkou pro přiznání *leniency* je též, že DoJ dospěje k závěru, že udělení *leniency* není nespravedlivé ve vztahu k ostatním. To závisí zejména na tom, jak brzo osloví žadatel DoJ, a též právě na tom, zda nenutil ostatní k účasti na kartelu. Pokud podá žadatel žádost ještě před zahájením šetření, je břemeno naplnění této podmínky nižší; zvyšuje se tím, čím blíže je DoJ k získání dostatečných důkazů k odsouzení.<sup>34</sup>

V roce 2008, v reakci na rozsudek *U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania* ve věci *U.S. v. Stolt-Nielsen*,<sup>35</sup> zavedl DoJ další podmínku, a to vzdání se práva na soudní přezkum jakýchkoli pokusů DoJ odvolání dohody s žadatelem uzavřené v době před vznesením obžaloby proti žadateli. Za problém však je nutno považovat skutečnost, že v případě *leniency* žádosti získá důvěrné a zpravidla rovněž i sebeobviňující informace, které může vůči žadateli v případě odvolání dohody využít. Opravnými prostředky poskytnutými po podání žaloby již způsobenou újmu napravit nelze.<sup>36</sup>

Splní-li žadatel (jak typu A, tak typu B) všechny předpoklady, získá podmíněně oznámení o shovívavosti (*Conditional Leniency Letter*). Prostý *Leniency Letter* představuje dohodu mezi žadatelem a DoJ, že DoJ proti žadateli a jeho pracovníkům nevznese před soudem obvinění, tj. že je žadateli udělena plná imunita. Tento příslib je však podmíněn plnou spoluprací žadatele s DoJ, a to včetně odhalení veškerých informací o kartelu.

Pokud žadatel splnil veškeré podmínky, DoJ mu po ukončení celého šetření a z něj plynoucích soudních řízení oznámí, že se *Leniency Letter* mění v nepodmíněný (*unconditional*) a řízení je ve vztahu k němu ukončeno bez sankcí.

Úspěšný žadatel o *leniency* získá i výhody pro případné civilní řízení o náhradu škody. V prvé řadě je zde sice nebezpečí, že žadatel o *leniency* bude tím prvním žalovaným proto, že se přiznal, a proto, že poskytl informace. Z tohoto důvodu zde existují určité zmírňující prvky. Spolupracující podnik se může ohledně citlivých a pro poškozeného relevantních informací bránit v rámci dokazování ve formě tzv. *discovery* poukazem na tzv. *attorney-client privilege* (tj. povinnost mlčenlivosti advokáta), pokud jde o dokumenty pro *leniency* žádost nacházející se u podniku. Podle ACPERA<sup>37</sup> tak úspěšný žadatel o *leniency* odvrátí *treble damages* a je povinen pouze k jednoduché náhradě škody. Vyloučena je též solidární odpovědnost úspěšného žadatele o *leniency*. To vše je nicméně podmíněno spoluprací žadatele o *leniency* s žalobci–poškozenými v rámci civilního řízení.

### 3.2.2 Zhodnocení

Z empirických dat týkajících se počtu kartelových případů řešených DoJ a podílu žádostí o *leniency* na nich, které tato řízení podnítily,<sup>38</sup> vyplývá, že trestněprávní postih spojený

<sup>34</sup> PRAKASH, D. *Understanding Leniency Programme under the US, EU and Indian Competition Law*, s. 4.

<sup>35</sup> Rozsudek *U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania U.S. v. Stolt-Nielsen S.A.*, 524 F.Supp.2d 609 (E.D. Pa. 2007).

<sup>36</sup> Viz např. BEHRE, K. – BARCELLA, E. L., Jr. – EVANS, J. – SCHWARTZ, A. *DOJ Antitrust Division's Revised Leniency Program Further Restricts Corporate Options in Responding to Cartel Allegations, Paul Hastings Stay Current 2009*. Dostupné z: <<http://www.paulhastings.com/assets/publications/1137.pdf>>, s. 1 an.

<sup>37</sup> *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* z roku 2004.

<sup>38</sup> Viz např. MARVÃO, C. – SPAGNOLO, G. *What Do We Know about the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of Empirical and Experimental Evidence. Stockholm Institute of Transition Economics Working Paper*, říjen 2014. Dostupné z: <<http://ssrn.com/abstract=2511613>>, s. 22. V uvedeném příspěvku se uvádí, že v letech 1996–2010 řešilo DoJ 39 případů, z toho bylo 30 zahájeno na základě žádosti o *leniency*.

s velmi přísnými sankcemi (jak peněžitými tresty, tak tresty odnětí svobody) a nebezpečí náhrady škody v trojnásobné výši může posilovat vědomí nebezpečí potrestání a tím mít i odstrašující účinek, čímž je zase posílena vůle podílet se na odhalení své vlastní protiprávní činnosti výměnou za imunitu. Za takovýchto předpokladů se může kombinace tohoto postihu s *leniency* programem jevit jako efektivní prostředek boje proti kartelovým dohodám v USA. Proto má též ve světě úspěch jako vývozní zboží. Jeho efektivita však není s ohledem na nedostatek celkových dat o kartelech zcela prokazatelná.

Jak již bylo výše uvedeno, omezuje se *leniency* program USA na poskytnutí imunity, což je další prvek, který může posilovat efektivitu *leniency* programu z toho pohledu, že podniky mají mnohem silnější motivaci podat žádost o *leniency* před odhalením kartelu, aby byly první a získaly imunitu.

### 3.3 *Leniency* program v Evropě

#### 3.3.1 Evropská komise a její postoje

##### a) Obecně

Je notoricky známou a neustále opakovanou skutečností, že, ačkoliv kartelové dohody vedou k závažným narušením hospodářské soutěže, je jejich prokazování svázáno s nemalými praktickými obtížemi, jelikož klíčovými informacemi nezbytnými k jejich účinnému potírání disponují často pouze sami kartelisté. Dostatečně efektivně tuto situaci nevyřešilo ani posílení vyšetřovacích, kontrolních a sankčních pravomocí Komise a národních orgánů na ochranu hospodářské soutěže nařízením č. 1/2003.<sup>39</sup>

Proto ve svém boji proti kartelům přikročila i Komise k zavedení „nové“ techniky, a to právě k *leniency* programu. Na základě *leniency* programu Komise může být podnik spolupracující na rozkrytí kartelu odměněn osvobozením od aplikovatelných sankcí, nebo, na rozdíl od USA, i jejich přiměřeným snížením. Smyslem programu je motivovat účastníky kartelových dohod k tomu, aby kartel oznámili a spolupracovali na jeho objasnění. Komise díky tomu může svoje relativně omezené kapacity soustředit na samotnou oblast dokazování<sup>40</sup> a někteří experti v této souvislosti dokonce navrhuji, aby za tento „komfort“ spolupracujícím kartelistům platila.<sup>41</sup> O významu *leniency* programu pro Komisi ostatně vypovídá i úprava ve směrnici 2014/104/EU,<sup>42</sup> která tomuto nástroji poskytuje významnou ochranu.

Své počátky má *leniency* program Komise v případě *Cartonboard*,<sup>43</sup> kdy se Komisi podařilo prokázat kartel díky spolupráci s jedním z jeho účastníků.<sup>44</sup> Komise následně ve

<sup>39</sup> Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. 12. 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy.

<sup>40</sup> CHALMERS, D. – DAVIES, G. – MONTI, G. *European Union Law*. Cambridge University Press, 2010, s. 936.

<sup>41</sup> RILEY, A. Beyond Leniency: Enhancing Enforcement in EC Antitrust Law. *World Competition*. 2005, Vol. 28, Iss. 3, s. 377, marg. č. 92. Např. na Slovensku, v Maďarsku a Velké Británii již existuje program pro tzv. whistleblower, který oznámení kartelu odměňuje. Whistleblowerem může být v podstatě kdokoli, kdo má relevantní informace. Komise pro whistleblower, alespoň zavedla telefonickou linku a e-mailovou schránku.

<sup>42</sup> Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/104/EU ze dne 26. listopadu 2014 o určitých pravidlech upravujících žaloby o náhradu škody podle vnitrostátního práva v případech porušení právních předpisů členských států a Evropské unie o hospodářské soutěži.

<sup>43</sup> Rozhodnutí Komise č. IV/C/33.833 ze dne 13. 7. 1994 ve věci *Cartonboard*. Komise jednomu z účastníků kartelu, Sorta, snížila pokutu o 2/3, protože se ke všemu přiznal a poskytl Komisi podstatné informace.

<sup>44</sup> GOYDER, D. G. *EC Competition Law*. 4. vydání. New York: Oxford University Press, 2003, s. 147.

svém oznámení z roku 1996 pro tuto metodu potírání kartelů stanovila obecné formální podmínky,<sup>45</sup> poté následovala jeho verze z roku 2002 obohacená o nasbírané zkušenosti a dnes je v platnosti již třetí generace tohoto nástroje z roku 2006.<sup>46</sup> Oznámení z roku 1996<sup>47</sup> ještě neznalo automatickou plnou imunitu pro účastníka řízení, který oznámil Komisi kartel před tím, než Komise o něm zahájila šetření. Pro takovýto případ bylo stanoveno, že pokuta bude snížena nejméně o 75 %; neuložení pokuty však možné bylo. V případě, že úspěšný žadatel o *leniency* podal žádost až po zahájení šetření, získal slevu ve výši 50–75 %. Na rozdíl od *leniency* programu Spojených států však *leniency* program Komise umožňoval snížení pokuty pro další žadatele o *leniency*, přičemž výše slevy z pokuty činila 10–50 %. Problém této úpravy však spočíval v tom, že i podniky, které povahou a obsahem žádosti spadaly do první kategorie a splnily veškeré podmínky stanovené oznámením, zřídka dosáhly plného upuštění od pokuty.<sup>48</sup>

Tento program je v evropském kontextu značně úspěšný a velká většina úspěšně provedených vyšetřování a vydaných rozhodnutí je přičitatelná právě jemu.<sup>49</sup> Původní oznámení z roku 1996 bylo uplatněno v 16 případech, vedlo ke snížení pokut pro účastníky kartelu o 1,4 mld. EUR a podařilo se mu dokonce i navázat na soutěžní řízení vedená v USA.<sup>50</sup> Nejvyšší pokuta, která byla kdy uložena jednotlivému soutěžiteli, činí 1,009 mld. EUR, v případě skupiny soutěžitelů pak 3 807 022 000 EUR a byla uložena právě i díky žádosti o *leniency*.<sup>51</sup> *Leniency* program tak bývá z tohoto důvodu označován za nejdůležitější vyšetřovací instrument Komise, která touto svojí iniciativou k zavedení analogických programů inspirovala též orgány na ochranu hospodářské soutěže v jednotlivých členských státech EU.<sup>52</sup> V rámci spolupráce uvnitř sítě evropských soutěžních úřadů (*European Competition Network* – dále též „ECN“) byl pak vydán modelový *leniency* program,<sup>53</sup> který slouží jednotlivým členským státům a jejich soutěžním úřadům jako základ pro jejich vlastní *leniency* programy.

#### b) Oznámení Komise z roku 2006 v praxi

Podle platného oznámení z roku 2006 může Komise u podniku, který účinně spolupracuje na odhalení kartelové dohody porušující čl. 101 Smlouvy o fungování EU (dále jen „SFEU“), upustit od uložení pokuty nebo mu může tuto pokutu přiměřeně snížit. Hlavním kritériem pro takový postup je skutečný příspěvek podniku k odhalení kartelové dohody, včetně jeho kvality a načasování.

Ve svém druhém oddílu oznámení konkretizuje podmínky pro ochranu před pokutami. Ochrana před všemi hrozícími pokutami tak předně náleží podniku, který jako první přinese informace a důkazy, jež z pohledu Komise umožní, aby v souvislosti s údajným

<sup>45</sup> MUNKOVÁ, J. – SVOBODA, P. – KINDL, J. *Soutěžní právo*. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 394, marg. č. 823.

<sup>46</sup> Oznámení Komise o ochraně před pokutami a snížení pokut v případech kartelů (2006/C 298/11).

<sup>47</sup> Oznámení Komise o neuložení nebo snížení pokut v kartelových případech (1996/C 207/04).

<sup>48</sup> TESAŘOVÁ, Z. *Leniency program v evropském a českém soutěžním právu. Daně a právo v praxi*. 2013, č. 10, s. 39, 47.

<sup>49</sup> EZRACHI, A. *EC Competition Law. An Analytical Guide to the Leading Cases*. Hart Publishing, 2008, s. 229.

<sup>50</sup> GOYDER, D. G. *EC Competition Law*. 4. vydání. New York: Oxford University Press, 2003, s. 148.

<sup>51</sup> Jedná se o případ kartelu výrobců nákladních automobilů (MAN, Volvo/Renault, Daimler, Iveco, DAF, Scania), č. 39824. Řízení bylo zahájeno na základě oznámení kartelu Komisi společností MAN, která díky tomu obdržela plnou imunitu.

<sup>52</sup> Pro účely komparativního přehledu o programech shovívavosti ve vybraných státech (včetně ČR) viz MOBLEY, S. – DENTON, R. *Global Leniency Manual 2010*. New York: Oxford University Press, 2010.

<sup>53</sup> Poslední verze modelového *leniency* programu je z listopadu 2012. Viz <[http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf)>.

kartelem buď provedla cílenou kontrolu (*leniency* typu IA),<sup>54</sup> nebo zjistila protiprávní jednání podle článku 101 SFEU (*leniency* typu IB).<sup>55</sup> Žadatel musí s Komisí rovněž po celou dobu trvání správního řízení skutečně, plně, průběžně a pohotově spolupracovat.<sup>56</sup> Na imunitu může vzniknout nárok pouze jednomu podniku, a proto Komise neposuzuje jiné žádosti o ochranu před pokutami, dokud nerozhodne o dříve předložené žádosti v téže věci.<sup>57</sup> Vyžadována je poměrně vysoká míra konkretizace obsahu kartelové dohody i jejich účastníků ze strany žadatele, aby nebylo ohroženo provedení cíleného místního šetření. Zásadní jsou informace o dotčených produktech nebo službách, zeměpisném určení a objemech dotčeného trhu a době trvání kartelu. Důležitý je i popis kontaktů mezi účastníky kartelu, případně též – jsou-li známé – označení přesného místa, kde jsou umístěny jejich kanceláře a v nezbytných případech např. i domácí adresa všech jednotlivců, kteří byli podle vědomí žadatele do údajného kartelu zapojeni.<sup>58</sup> Vedle poskytnutí uvedených informací stíhá dále podnik žádající o *leniency* typu I povinnost předložit ostatní důkazy, jež drží v okamžiku podání žádosti.<sup>59</sup> Toto prohlášení může být učiněno písemně i ústně.

Ani při splnění všech podmínek si však žadatel o prominutí pokut nemůže být jist pozitivním výsledkem, neboť podnik nedosáhne imunity v případě, že v době předložení žádosti již Komise disponuje dostatkem vlastních důkazů potřebných k provedení místního šetření, respektive že již k provedení místního šetření došlo.<sup>60</sup> Tak se může stát i díky autonomní vyšetřovací činnosti Komise.

Imunita pak bude poskytnuta pouze za předpokladu, že Komise v době podání žádosti neměla dostatek důkazů ke zjištění protiprávní dohody a že žádnému podniku nebyla poskytnuta podmíněčná ochrana. Podnik tedy musí jako první předložit usvědčující důkazy a prohlášení v rozsahu, jak je uvedeno výše.

Podniku, jenž svými opatřeními ostatní podniky nutil k účasti nebo setrvání v kartelu, může vzniknout nárok jen na snížení pokuty, plná ochrana mu však udělena nebude.<sup>61</sup> Ochrana před pokutami může být takovému podniku i odňata, jestliže po jejím udělení Komise zjistí relevantní okolnosti pro její nepřiznání až dodatečně.<sup>62</sup>

Třetí oddíl oznámení reguluje možnost snížení pokuty, kterou mohou využít podniky zúčastněné na kartelu, jež se nekvalifikují pro udělení imunity, tj. přiznání *leniency* typu II.<sup>63</sup> Podmínkou je poskytnutí informací, jež představují významnou přidanou hodnotu k informacím, které má Komise již k dispozici, a samozřejmostí je i zde podmínka skutečné, plné, průběžné a pohotové spolupráce.<sup>64</sup> Pokuta může být snížena o 30–50 % prvním podniku v této kategorii, o 20–30 % druhému a do 20 % každému dalšímu.<sup>65</sup> Rozhodujícími kritérii pro určení výše pokuty jsou tak informace splňující výše uvedenou kvalitativní podmínku a pořadí. K dalším okolnostem se nepřihlíží.<sup>66</sup>

<sup>54</sup> Odst. 8 písm. a) oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>55</sup> Odst. 8 písm. b) oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>56</sup> Odst. 12 písm. a) oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>57</sup> Odst. 21 oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>58</sup> Odst. 9 písm. a) oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>59</sup> Odst. 9 písm. b) oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>60</sup> Odst. 10 oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>61</sup> Odst. 13 oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>62</sup> Odst. 22 oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>63</sup> Odst. 23 oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>64</sup> Odst. 24 oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>65</sup> Odst. 26 oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>66</sup> Viz též GOYDER, D. G. *EC Competition Law*, s. 149.

Pro řádné pochopení tohoto normativního rámce je nutné si uvědomit skutečnost, že ne každé prohlášení učiněné v rámci žádosti o *leniency* obsahuje důkazy prokazující protiprávní jednání podle čl. 101 SFEU. Může se také jednat o prohlášení, jež existenci kartelu pouze indikuje a ponechává na Komisi, aby si důkazní materiál opatřila vlastní činností. I takové oznámení je však pro Komisi hodnotné v případě, že by bez něj o existenci kartelu vůbec nevěděla. Pokud takové oznámení Komisi umožní, aby provedla cílené místní šetření, pak udělí podniku podmíněnou ochranu před pokutami pro případ, že skutečně dojde k odhalení kartelu. Předpokládá se přitom, že vyšetřovací činnost Komise je natolik efektivní, že již pouhé oznámení kartelu postačí Komisi k zajištění potřebných důkazů. Jestliže Komise potřebuje k prokázání kartelu další informace, mohou být poskytnuty i ostatními účastníky kartelu; na imunitu však může vzniknout nárok pouze tomu podniku, který existenci kartelu oznámil jako první a spolupracoval s Komisí až do zdárného ukončení řízení, přičemž ostatním účastníkům řízení, kteří se do něj zapojí později, může být pokuta již pouze snížena. Jak již bylo uvedeno výše, vnitřní logika této úpravy je především poznamenána snahou motivovat účastníky kartelu k tomu, aby kartel vůbec oznámili. Až ve druhém sledu se pak úprava snaží o to, aby žadatel Komisi poskytl co možná nejpřesnější informace. Z tohoto důvodu je imunita udělena pouze prvnímu žadateli, a to i v případě, že žádost o *leniency* předloží dva žadatelé ve stejný den. Komise za tímto účelem, tj. za účelem posouzení, kdo byl první, vydává na požádání potvrzení o přijetí žádosti, ve kterých je vyznačen den a případně čas jejího podání.

Jakmile Komise ověří, že informace jsou dostatečné ke splnění podmínky pro udělení *leniency* typu I, poskytne žadateli podmíněnou ochranu před pokutami.<sup>67</sup> Pokud má Komise za to, že informace jsou nedostačující pro udělení *leniency* typu I nebo že žadatel o *leniency* typu I jinak nesplňuje podmínky udělení, žadatele o tom informuje dopisem. Žadatel může svou žádost vzít zpět nebo požádat Komisi, aby žádost posoudila v režimu *leniency* typu II. V případě *leniency* typu II ověřuje Komise, zda informace splňují kritérium přidané hodnoty. Pokud tomu tak je, informuje písemně nejpozději současně se sdělením výhrad, že bude aplikovat určité pásmo snížení pokut (pokud žadatel podmínky splnil), nebo že k žádosti přihlížet nebude (pokud žadatel podmínky nesplnil).<sup>68</sup> Pokud na konci řízení Komise konstatuje, že žadatel o *leniency* splnil pro daný typ požadované podmínky, poskytne podniku v příslušném konečném rozhodnutí (konečnou) ochranu před pokutami, respektive stanoví přesnou částku snížení pokuty.

Pro Komisi je oznámení k *leniency* programu *de facto* závazné na základě principu legitimního očekávání a principu vázanosti orgánů veřejné správy jejich vlastní praxí. Evropské soudy však *leniency* programem vázány nejsou a samy to pravidelně opakují.<sup>69</sup> Tribunál tak může nahradit rozhodnutí Komise vlastním rozhodnutím ohledně výše pokuty, aniž by byl vázán pravidly obsaženými v *leniency* programu. Může tedy pokutu zrušit, snížit nebo zvýšit. Bezprostřední vázanost soudu na oznámení neexistuje a ve vztahu k soudu nepřesvědčuje ani argument principu ochrany důvěry.

Slabým místem uplatnění *leniency* programu obecně je jeho vztah k soukromoprávnímu vymáhání soutěžního práva.<sup>70</sup> Před podáním žádosti o *leniency* je tak třeba zvážit

<sup>67</sup> Odst. 18 oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>68</sup> Odst. 29 oznámení Komise k *leniency* programu z roku 2006.

<sup>69</sup> Naposledy např. v rozsudku v kartelu PISÚ: rozsudek Soudního dvora spojené věci C-239/11 P, C-489/11 P and C-498/11 P ze dne 19. 12. 2013 ve věci *Siemens, Mitsubishi Electric a Toshiba v Komise*, ECR [2013].

<sup>70</sup> RUBAN, R. Nahližení do spisů ÚOHS ve vztahu k uskutečňování programů shovívavosti. *Obchodní právo*. 2014, č. 1, s. 23.

i rizika související s žalobami na náhradu škody. Velmi důležitým momentem je, že se podnik dobrovolným předáním relevantních dokumentů a informací vystavuje nebezpečí, že budou podléhat soudním příkazům k zpřístupnění informací vydávaným v soukromoprávním řízení. Z tohoto důvodu deklaruje Komise ve svém oznámení, že by k tomu u prohlášení žadatelů podaných pro účely žádosti o *leniency* (*corporate statements*) nemělo docházet.<sup>71</sup> Stejně tak se na *corporate statements* vztahuje vynětí z povinnosti soutěžního úřadu zpřístupnit spis podle směrnice 2014/104/EU (čl. 6 odst. 6).

Ve vztahu k soukromoprávnímu vymáhání soutěžního práva poškozenými prostřednictvím žalob na náhradu škody to samozřejmě nebrání podávání tzv. *follow-on* žalob poté, co Komise vydá svoje rozhodnutí, ale účastníci programu jsou alespoň chráněni před žalobami opírajícími se o samotnou skutečnost, že Komisi důkazy o existenci kartelu vůbec poskytl.<sup>72</sup> Opačný přístup by je totiž zásadně znevýhodňoval nejen ve vztahu k soukromým žalobcům, ale zejména též oproti účastníkům kartelu, kteří s Komisí nikterak nespolupracují. Představa, že by spolupracující podnik musel bezprostředně po oznámení kartelové dohody čelit ve znevýhodněné pozici soukromoprávním žalobám na náhradu škody, je neúnosná a v případě své realizace by zcela jistě vedla k mnohem menší úspěšnosti celého systému potírání kartelových dohod.<sup>73</sup>

Komise si tohoto problému byla vědoma a oznámení proto obsahuje i odstavec 40, v němž je vyjádřen názor, že zveřejnění dokumentů nebo prohlášení podniků získaných v souvislosti s tímto programem obvykle může být v rozporu s určitými veřejnými a soukromými zájmy, a to i po vydání rozhodnutí. Z toho je evidentní, že Komise podněcuje podniky ke spolupráci též určitou, i když opatrně formulovanou, garancí diskretnosti. Tento názor byl podpořen i českým Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže („ÚOHS“).<sup>74</sup>

Těmto snahám o určitou ochranu žadatele o *leniency* odpovídá i nová směrnice 2014/104/EU týkající se nároků na náhradu škody, která přístup k prohlášením žadatele o *leniency* třetím stranám v souvislosti se soukromoprávním řízením o náhradě škody znemožňuje a dále určitým způsobem žadatele zvýhodňuje i s ohledem na okruh možných žalobců (viz dále, zejména 3.2 a 4.4).

### c) Zhodnocení

Evropská komise se při vypracování svého *leniency* programu nechala vést úspěšně aplikovaným *leniency* programem DoJ. Komise šla však přitom mnohem dál, když právě umožnila dosáhnout na přiznání *leniency* (i když ne již na plnou imunitu) i účastníkům řízení, kteří se rozhodli žádost o *leniency* podat až po zahájení řízení (tj. *leniency* typu II). To znamená, že se jí rozhodli podat v době, kdy lze již o dobrovolnosti poskytnutí důkazů a informací do jisté míry pochybovat, neboť žadatel je již činí pod dojmem hrozící sankce, a jeho primární, ne-li jedinou motivací, je pokutu co nejvíce snížit.

V době zavádění *leniency* programu Komisi z některých ekonomických studií, že *leniency* program může být efektivní pouze v případě, že bude otevřený i účastníkům řízení

<sup>71</sup> Oznámení Komise o ochraně před pokutami a snížení pokut v případech kartelů (2006/C 298/11), odst. 6.

<sup>72</sup> CHALMERS, D. – DAVIES, G. – MONTI, G. *European Union Law*. Cambridge University Press, 2010, s. 937.

<sup>73</sup> Bílá kniha o žalobách o náhradu škody způsobené porušením antimonopolních pravidel ES, KOM (2008) 165 v konečném znění, s. 11. Viz <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:cs:PDF>>.

<sup>74</sup> *The Position of the Office for the Protection of Competition of the Czech Republic to the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, X/52*. Viz <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white\\_paper\\_comments/uocs\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/uocs_en.pdf)>.

po jeho zahájení.<sup>75</sup> Na základě novějších empirických a experimentálních studií se za efektivnější nástroj považují spíše *leniency* programy umožňující pouze podání žádosti o *leniency* typu I.<sup>76</sup>

Tyto studie se však soustředí na odstrašovací, případně rozbíjející, funkci *leniency* programu. Kartelista je totiž více motivován informovat soutěžní úřad, protože, pokud tak učiní jiný kartelista před ním, dostane plnou pokutu, čímž může být kartel z důvodu vzájemně snížené důvěry destabilizován. Na druhou stranu systém, který zvolila Komise, nemusí mít takový destabilizační efekt, protože členové kartelu nemusí být až tak tlačeni myšlenkou být první, neboť i jako druzí mohou dosáhnout podstatného snížení pokuty.

Tyto studie však pomíjejí otázku důkazní pozice soutěžního úřadu. Díky *leniency* typu II lze totiž zrychlit a zefektivnit řízení. Evropská komise tak může mnohem rychleji shromáždit podklady pro rozhodnutí a získá tak (i z pohledu judikatury – viz níže část 3.) solidní důkazní materiál.

Ostatně preventivní funkci do *leniency* programů ani někteří soutěžní právníci nečekají.<sup>77</sup> Zejména v případech *leniency* typu II se spíše jedná o usnadnění řízení, a tuto funkci zdá se plnit efektivně.

### 3.3.2 Program shovívavosti ÚOHS

#### a) Úprava

*Leniency* program Komise byl zase inspirací pro český ÚOHS, který svůj první *leniency* program vydal již v roce 2001. Do prosince 2012 jej aplikoval pouze na základě svého oznámení k *leniency* programu,<sup>78</sup> které bylo vypracováno na základě modelového programu, který ECN vydala v září 2006 (viz též 2.4), a *leniency* programu Evropské komise. Dne 1. 12. 2012 vstoupila v účinnost zákonná úprava obsažená v deváté novele zákona o ochraně hospodářské soutěže („ZOHS“) týkající se *leniency* programu, která se nachází v § 22ba ZOHS (další aspekty obsahuje § 21c ZOHS) a která programu shovívavosti konečně dává zákonný podklad. Obsahuje pouze určitá základní pravidla týkající se udělování *leniency* a zacházení s žádostmi. Podrobnější úprava je stanovena v novém oznámení ÚOHS k *leniency* programu ze dne 4. 11. 2013.

Shodně s předchozí úpravou ÚOHS rozlišuje mezi *leniency* typu I (upuštěním od uložení pokuty) a *leniency* typu II (snížením pokuty). Upuštění od pokuty je i nadále možné u žadatele, který jako první buď předloží informace a podklady o utajované horizontální dohodě, které ÚOHS dosud nezískal a které odůvodňují provedení cíleného místního šetření (typ IA) (oproti „*umožní provést šetření na místě/ÚOHS dosud šetření neprovedl a ani neměl dostatek informací a důkazů, aby je provést mohl*“ v dosavadním oznámení ÚOHS) nebo prokazují existenci takové dohody (typ IB) (oproti „*umožní prokázat existenci/ÚOHS neměl dostatek důkazů*“ v dosavadním oznámení). Dalšími podmínkami pro přiznání

<sup>75</sup> MARVÃO, C. – SPAGNOLO, G. *What Do We Know about the Effectiveness of Leniency Policies? A Survey of Empirical and Experimental Evidence*, s. 22.

<sup>76</sup> *Ibidem*, s. 21.

<sup>77</sup> Viz např. BOUDA, Z. *Analýza programu shovívavosti v právu ES. Právní fórum*. 2009, No. 8, s. 341, 345.

<sup>78</sup> Program aplikace mírnějšího režimu při ukládání pokut podle § 22 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých předpisů, v platném znění (c, z. o. h. s.“), u zakázaných dohod narušujících soutěž, při jejichž splnění lze stranám takových zakázaných dohod neuložit pokutu nebo vyšší pokuty podstatně snížit.

*leniency* je, aby žadatel přiznal svou účast na kartelu, nečinil nátlak na ostatní soutěžitele směřující k jejich účasti na dohodě a aby ÚOHS při vyšetřování aktivně pomáhal. V ZOHS odpadly podmínky obsažené v oznámení ÚOHS, dle nichž žadatel nesměl mít vůdčí roli v kartelu a nesměl jej ani iniciovat, respektive musel ukončit svou účast v kartelu bezprostředně po podání žádosti.<sup>79</sup> Důvodem pro upuštění od těchto podmínek je u první problematika dokazování a u druhé skutečnost, že v případě mezinárodního kartelu by okamžité ukončení účasti na kartelu mohlo zmařit/ohrozit případné vyšetřování v ostatních státech.<sup>80</sup>

Podle nového § 22ba ZOHS může ÚOHS snížit pokutu až o 50 % v případě, že soutěžitel předloží ÚOHS informace a podklady, které mají významnou přidanou hodnotu ve vztahu k důkazní hodnotě informací a podkladů, které ÚOHS dosud získal. Při rozhodování o rozsahu snížení pokuty ÚOHS přihlédne k i) pořadí soutěžitelů; ii) době, kdy žadatel informace a podklady předložil obsažené; a iii) míře, v jaké získané informace a podklady posilují svou povahou nebo podrobností možnost ÚOHS kartel prokázat (tj. k jejich hodnotě). To odpovídá již úpravě v oznámení ÚOHS z roku 2007, kde byla podle pořadí odstupňována rozmezí možného snížení pokuty (první žadatel 30–50 %, druhý žadatel 20–30 %, třetí a další žadatel do 20 %). Zákon toto odstupňování nezná, bylo však převzato do nového oznámení z roku 2013.

Stejně jako DoJ a Komise i ÚOHS nejprve zkoumá, zda jsou splněny podmínky pro aplikaci *leniency* typu I, respektive typu II. Pokud tomu předložené informace a podklady nasvědčují, písemně žadateli vydá podmíněčné potvrzení o upuštění od uložení pokuty, respektive o snížení pokuty (včetně pásma, v rámci kterého se snížení bude pohybovat). Pokud žadatel po podmíněčném potvrzení až do konce řízení nadále plní své povinnosti žadatele, ÚOHS mu v rozhodnutí ve věci pokutu neudělí, respektive mu pokutu sníží. Pokud naopak podmínky plnit nebude, bude mu udělena pokuta v příslušné výši.

Úspěšná žádost o *leniency*, ať již typu I, nebo II, s sebou nese další navazující výhody. Toto zvýhodnění bylo do zákona vloženo rovněž devátou novelou ZOHS, která nabyla účinnosti 1. 12. 2012. V rámci této novely byla do ZOHS vložena nová sankce za *bid-rigging*, tj. zapsání sankcionovaného kartelisty na tzv. *black list* zakazující mu plnění veřejných zakázek/koncesních smluv na dobu 3 let (viz § 22a odst. 4 a 5 ZOHS). To může být v některých odvětvích podstatně tvrdší sankcí než pokuta uložená na samotné horní hranici, v případech, kdy zákazníci jsou převážně veřejnoprávní subjekty, na jejichž zakázkách jsou podniky operující na těchto trzích existenčně závislé. Úspěšnému žadateli o *leniency* však tuto sankci uložit nelze (§ 22ba odst. 3 ZOHS). Tím je i do jisté míry zvýšena motivace subjektů podílejících se na *bid-riggingových* kartelech podávat žádost o *leniency*. Jak bylo již dříve uvedeno, přísnější sankce více motivují k podávání žádosti o *leniency* a tím přispívají k větší efektivitě *leniency* programu.

Mnohem důležitější než samotné uzákonění *leniency* programu však bylo upravení přístupu k obsahu žádosti o *leniency* a souvisejících dokumentů, a to nejen z pohledu rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Pfleiderer*, ale i z pohledu práva na přístup ke spisu obsaženém v § 38 správního řádu.<sup>81</sup> ÚOHS totiž bez jakéhokoli zákonného podkladu odmítal ostatním účastníkům řízení přístup k *leniency* žádosti a souvisejícím dokumen-

<sup>79</sup> Žadatel svou účast na kartelové dohodě nesmí ukončit, pokud by tím ohrozil provedení místního šetření.

<sup>80</sup> PETR, M. Devátá novela soutěžního zákona. *Antitrust*. 2012, No. 4, s. 134.

<sup>81</sup> Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.



tům do vydání sdělení výhrad a bránil jim v tom, aby si činili výpisy a kopie těchto dokumentů po zpřístupnění. V současné době je tento postup ÚOHS již aprobevován zákonem v § 21c odst. 4 a 5 ZOHS.

Zacházení s žádostí o *leniency* předloženou ÚOHS je poněkud složitější než např. v případě Evropské komise nebo německého *Bundeskartellamt*. U obou těchto soutěžních úřadů získají účastníci řízení přístup ke spisu až okamžikem vydání sdělení výhrad. Český právní řád však dává účastníkům řízení přístup ke spisu po celou dobu trvání správního řízení. Pro ÚOHS bylo tedy do přijetí novely ZOHS z roku 2012 složité skloubit nutnou ochranu *leniency* zájmů veřejnosti na řádném šetření kartelů, samotné žádosti a žadatele s právem ostatních účastníků řízení na přístup ke spisu a na řádnou obhajobu.

Pokud jde o ochranu před přístupem třetích osob (poškozených) k prohlášením žadatele o *leniency*, požadavky směrnice 2014/104/EU byly promítnuty do § 15 odst. 1, 4 ve spojení s § odst. 2 písm. a) zákona č. 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže (dále jen „ZNŠHS“).

#### b) Promítnutí *leniency* programu do trestněprávní odpovědnosti

Zvláštní problematiku představuje otázka vlivu *leniency* programu na trestní řízení, respektive ukládání trestních sankcí. Má-li totiž být *leniency* program skutečně účinným nástrojem na ochranu hospodářské soutěže, musí mít logicky kromě správních sankcí dopad též na všechny výraznější sankce, jež právní řád předvídá. Dopady do oblasti soukromoprávního vymáhání jsme již krátce zmínili. V daném kontextu je tedy zcela na místě aplikovat zásadu *a minori ad maius*, jež vystupuje v zájmu zachování samotného fungování *leniency* programu tím, že vyžaduje amnestii i pro přísnější, tj. trestněprávní sankce. Ačkoliv je zcela zřejmé, že paralelní existence správních a trestních sankcí je při nerovném legislativním přístupu k jejich možnému „odpuštění“ z hlediska potenciální účasti soutěžitelů v *leniency* programu značně demotivujícím (ne-li přímo destruktivním) faktorem, až donedávna *de lege lata* hrozilo (alespoň teoreticky) právě to, že po odpuštění správních sankcí budou uplatněny sankce trestní.

Legislativní změnou, představující devátou novelu ZOHS,<sup>82</sup> však kromě inkorporace podstatné části *leniency* programu do textu ZOHS došlo i k odstranění zmíněné sankční diskrepance v případech, kdy jsou naplněny podmínky programu pro upuštění od pokuty nebo pro její snížení, neboť trestní zákoník byl obohacen o § 248a zavádějící ustanovení o zvláštní účinné lítosti pro oblast dohod narušujících hospodářskou soutěž.<sup>83</sup> Tato zvláštní účinná lítost se vztahuje toliko na pachatele-fyzickou osobu<sup>84</sup> a důvodem pro její zavedení bylo dát *leniency* programu dodatečnou podporu a „*pachatelům trestného činu možnost vyvolat či se aktivně podílet na krocích soutěžitele směřujících k naplnění podmínek tohoto programu, které povedou k odhalení zakázané horizontální dohody či umožní její prokázání*“.<sup>85</sup> Ekonomický zájem soutěžitele na včasné žádosti o shovívavost ve věcech

<sup>82</sup> Zákon č. 360/2012 Sb. ze dne 19. 9. 2012, kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

<sup>83</sup> „Trestní odpovědnost za trestný čin porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže podle § 248 odst. 2 alinea první zaniká, jestliže pachatel splní podmínky podle jiného právního předpisu na ochranu hospodářské pro upuštění od uložení pokuty nebo pro snížení pokuty za účast na dohodě o určení ceny, dohodě o rozdělení trhu nebo jiné dohodě narušující hospodářskou soutěž se svým konkurentem.“

<sup>84</sup> Viz § 7 zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, ve znění pozdějších předpisů. Z ustanovení vyplývá, že pachatelem trestného činu porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže může být jen osoba fyzická.

<sup>85</sup> Viz Důvodovou zprávu k zákonu č. 360/2012 Sb. ve vřtu hlavních cílů a důvodů novely (Obecná část, bod 5).

horizontálních kartelových dohod je tak umocněn individuálním zájmem dotčených fyzických osob na zániku jejich vlastní trestní odpovědnosti, což by mělo z *leniency* programu učinit o mnoho atraktivnější instrument ochrany právních zájmů. Fyzická osoba se však na podání žádosti o *leniency* a plnění podmínek *leniency* programu musela aktivně podílet. Vhodné je doplnění žádosti o *leniency* o seznam osob podílejících se na přípravě žádosti a o jejich prohlášení, že se s ním ztotožňují a že poskytnou potřebnou součinnost k naplnění *leniency*.<sup>86</sup> V neposlední řadě tím byla překonána dosavadní legislativní úprava umožňující současné trestání a zproštění za jedno jednání jednoho podniku.

### c) Zhodnocení

S ohledem na počet kartelových řízení prováděných ÚOHS nelze jednoznačně hodnotit efektivitu českého *leniency* programu. V posledních letech sice počet kartelových řízení stoupá, od 1. 1. 2014 vydal ÚOHS 17 rozhodnutí o kartelech. Podány za tu dobu byly pouze tři *leniency* žádosti ve dvou řízeních. Z celkového počtu podaných *leniency* žádostí za dobu fungování *leniency* programu činí pouze zanedbatelný počet případy přiznání *leniency* typu I. Z převážné části se přitom jedná o případy, kdy byl již před tím ze stejného globálního kartelu zahájen případ před Evropskou komisí.<sup>87</sup> Od 1. 1. 2014 byla podána žádost o *leniency* typu I pouze jedna, jednalo se však již o samostatné řízení. Žádosti o *leniency* typu II jsou podávány mírně častěji. Empirická data ukazují na velmi mírný vzestup využívání *leniency* programu.<sup>88</sup> V současné době lze však hovořit spíše o stagnaci. Účastníci řízení využívají spíše proceduru narovnání: není třeba poskytnout ÚOHS důkazy, sleva na pokutě činí pevných 20 % a rozhodnutí bývá podstatně méně detailní než běžné rozhodnutí. Z uvedených 17 rozhodnutí ÚOHS o kartelech bylo 11 postaveno na narovnání.

Menší využívání *leniency* programu v ČR může mít celou řadu důvodů. Může zde být méně kartelů, což je méně pravděpodobné. Může to však souviset s tím, že podniky zde působící nepovažují sankce za příliš vysoké. Toto vnímání může změnit jednak, alespoň pro oblast *bid-riggingu*, zavedení tzv. *black listu*, jednak pokud by ÚOHS uložil několik přísnějších pokut. O to poslední se ostatně ÚOHS již pokusil v případě velkého stavebního kartelu,<sup>89</sup> kde uložil pokutu v celkové výši 1,65 mld. Kč. Toto rozhodnutí však bylo následně zrušeno krajským soudem.<sup>90</sup> Může to i souviset s tím, že podniky považují ÚOHS za méně aktivní na poli kartelových dohod, a tudíž vidí menší riziko odhalení.

Na tomto místě je též nutné provést určité obecné zhodnocení současné české úpravy (ale i úpravy Komise) z pohledu zařazení žadatelů o *leniency* do typových a rozsahových kategorií *leniency*.

Z hlediska hmotného práva jsou předpoklady prominutí, respektive redukce a rozdíl mezi nimi příliš málo konkrétní. Zejména s ohledem na předkládané důkazy (jejich hodnotu pro prokázání kartelu) je třeba dalšího vyjasnění. Jsou totiž možné takové situace, ve kterých jednomu žadateli mělo být poskytnuto plnohodnotné prominutí, když před

<sup>86</sup> ŠÁMAL, P. Trestněprávní postih tzv. horizontálních kartelů podle nového trestního zákoníku. *Bulletin advokacie*. 2010, č. 7–8, s. 19, 27.

<sup>87</sup> S ohledem na desetiletou objektivní promlčecí lhůtu pro vydání rozhodnutí (§ 22b odst. 3 z. o. h. s.) nelze do budoucna očekávat již ani takové žádosti.

<sup>88</sup> Viz KOCÍ, M. Analysis of the Cartel Legislation and Leniency Programs in Germany and the Czech Republic. *The Lawyer Quarterly*. 2013, č. 3, s. 235, 250.

<sup>89</sup> Rozhodnutí ÚOHS sp. zn. S 834/2014 ze dne 6. 11. 2015, rozhodnutí předsedy ÚOHS sp. zn. R381, 382, 388, 389, 390, 393, 395/2015 ze dne 8. 2. 2016.

<sup>90</sup> Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 29/2016 ze dne 29. 5. 2017.

tím toto prominutí bylo poskytnuto jinému. Jsou myslitelné i případy, ve kterých žadatel sice předloží dostatečné důkazy umožňující provedení místního šetření, jeho uskutečnění však ve svém výsledku žádné dostatečné další důkazy k prokázání porušení zákona nepřinese. V takovém případě není jasné, proč jinému účastníku řízení, který právě takové důkazy může předat, které ve výsledku umožňují tento důkaz, důkaz o protiprávnosti, nemělo být poskytnuta plná imunita. Je to zejména nepříjemné na pozadí toho, že soutěžní úřad v takovém případě potřebuje nutně jiného účastníka řízení (žadatele), který mu dodá potřebný důkazní materiál k použití při prokazování kartelu. Bez možnosti plného osvobození od pokuty to bude sotva možné, protože po uskutečněním místním šetření neexistuje bezprostřední nebezpečí odhalení kartelu a stimul pro kartelistu odhalit se vůči úřadu se stává podstatně méně významným.

### 3.3.3 *Bundeskartellamt* a jeho bonusový program

#### a) Úprava

Německo, respektive Spolkový soutěžní úřad (*Bundeskartellamt* – dále jen „BKartA“) zavedl svůj *leniency* program, respektive bonusový program (*Bonusregelung*, jak jej nazývá BKartA), poprvé v roce 2000. I tento bonusový program byl silně inspirován *leniency* programem Evropské komise z roku 1996. O zavedení tohoto programu se uvažovalo již v roce 1998, a to v rámci šesté novely zákona proti omezování soutěže (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – dále jen „GWB“). Zákodárce se však nakonec rozhodl *leniency* program do zákona nezahrnout. V březnu 2006 pak BKartA vydal nové znění svého *leniency* programu,<sup>91</sup> které bylo přizpůsobeno modelovému *leniency* programu ECN. Cílem přijetí nového programu bylo zejména jeho zefektivnění.

Proces rozhodování o *leniency* je zahájen podáním *leniency* žádosti. Žádost mohou podat jak podniky, tak fyzické osoby. Žadatel musí, aby se kvalifikoval, držet informaci o své spolupráci s BKartA v tajnosti, dokud ho BKartA této povinnosti nezbaví.<sup>92</sup> Jak uvádí bonusový program, stává se tak zpravidla již po místním šetření (*dawn raid*) (česká úprava uvaluje tuto povinnost na žadatele až do sdělení výhrad). Samotný BKartA identitu žadatele, včetně obsahu od něj získaných informací a podkladů, tají až do sdělení výhrad. Na rozdíl od české procesní úpravy však německá úprava (stejně jako procesněprávní pravidla Evropské komise) obecně neumožňuje účastníkům řízení nahlížet do spisu až do sdělení výhrad.

Svou účast na kartelové dohodě musí účastník řízení ukončit nikoli již přímo v okamžiku podání žádosti, nýbrž bez zbytečných odkladů po vyzvání ze strany BKartA.<sup>93</sup> To přichází zpravidla též po provedení místního šetření, což však neznamená, že by BKartA vyzýval žadatele o *leniency* k aktivní účasti na kartelové dohodě nebo sbírání dalších informací. Naopak to BKartA nutí jednat co nejdříve po získání informace o kartelu. Od podání markeru (sdělení žadatele vůči soutěžnímu úřadu, že je připraven s úřadem spolupracovat, a zajištění si tím pořadí za splnění určitých podmínek<sup>94</sup>) se musí žadatel chovat

<sup>91</sup> *Bekanntmachung Nr. 9/2006 über den Erlass und die Reduktion von Geldbußen in Kartellsachen – Bonusregelung – vom 7. März 2006* (bonusový program).

<sup>92</sup> Odst. 9 bonusového programu.

<sup>93</sup> Odst. 7 bonusového programu.

<sup>94</sup> Musí však obsahovat údaje o povaze a délce kartelu, věcně a geograficky relevantních trzích, identitě účastníků kartelu a o tom, u kterých dalších soutěžních úřadů hodlá žadatel podat žádost, respektive ji již podal. Během následujících maximálně 8 týdnů

tak, aby se již aktivně nepodílel na žádné protiprávní činnosti, zároveň ale tak, aby svým jednáním ostatní účastníky kartelové dohody nevaroval.

Stejně jako ostatní evropské programy rozeznává bonusový program BKartA *leniency* typu IA [prominutí pokuty v případě, že žadatel oznámí BKartA kartel, o kterém do té doby nevěděl; žadatel musí BKartA dodat takové podklady, které BKartA umožní získat soudní povolení k místnímu šetření (musí tedy obsahovat dostatek vodítek pro konkrétní podezření)] a typu IB (prominutí pokuty v případě, že žadatel oznámí BKartA kartel, o kterém ten v té době již věděl, avšak neměl ještě dostatek důkazů, aby kartel mohl prokázat; žadatel musí BKartA dodat takové podklady, že je tento schopen na jejich základě kartel prokázat). *Leniency* typu IB tedy klade vyšší požadavky na kvalitu podkladů předložených žadatelem o *leniency*. To je oproti *leniency* programu z roku 2000 novinka, neboť do té doby bylo možno získat *leniency* typu I (tedy prominutí celé pokuty) pouze za žádost podanou do okamžiku provedení místního šetření; nyní je možno získat prominutí celé pokuty i po provedení místního šetření,<sup>95</sup> pokud jsou splněny předpoklady *leniency* typu IB. *Leniency* typu I může i v Německu získat pouze první žadatel.

Vedle prominutí celé pokuty zná i bonusový program i *leniency* typu II, tedy snížení pokuty. Pokutu lze snížit až o 50 %. Německá úprava přitom na rozdíl od evropské i české nedělí žadatele o *leniency* typu II do skupin podle chronologie podání žádostí. Rozsah snížení pokuty se řídí v první řadě tím, jak informace a podklady poskytnuté žadatelem napomohly zjištění skutkového stavu. Vedle toho hraje roli i rychlost podání žádosti a skutečnost, zda žadatel kontaktoval BKartA dříve než ostatní členové kartelu. Podmínkou je, že BKartA poskytne takové informace a podklady, které budou mít podstatný přínos k prokázání protisoutěžního jednání. V této souvislosti je sice použita jiná formulace, než použila Komise (přidávají významnou hodnotu k důkazům, které má již Komise k dispozici), význam je však ve výkladu BKartA totožný.<sup>96</sup>

V případě, že se jedná o *leniency* typu IA, přislíbí žadateli BKartA, že mu bude pokuta odpuštěna za podmínky, že neměl v kartelu vedoucí roli a že nenutil ostatní členy k účasti na kartelu a že bude plnit své kooperační povinnosti. V případě *leniency* typu IB nebo typu II sdělí nejprve BKartA žadateli, zda je prvním, druhým nebo dalším v pořadí a že v zásadě připadá v úvahu pro upuštění od uložení pokuty nebo její snížení, pokud bude plnit své kooperační podmínky. K rozhodnutí o upuštění od uložení pokuty nebo o jejím snížení zde dojde teprve až po uskutečnění místního šetření a vyhodnocení takto získaných podkladů a v jejich světle pak vyhodnocení žadatelem poskytnutých podkladů. Ačkoli o tom program nemluví, i zde se však zjevně jedná o tzv. podmíněčné přísliby, protože konečné přiznání závisí zejména na spolupráci žadatele.

## b) Zhodnocení

Německý bonusový program je velmi hojně využíván. Žádost o *leniency* byla podána ve většině kartelových řízení. Od roku 2001, kdy BKartA začal používat bonusový program, do roku 2016 bylo podáno 658 žádostí o *leniency*. V posledních letech se množství pohy-

---

musí být marker rozpracován do plné žádosti. Pokud žadatel nesplní některou z povinností (ať již je to rozpracování markeru, nebo porušení pravidel spolupráce), posouvají se automaticky následující žadatelé v pořadí před něj.

<sup>95</sup> Podle informací pracovníků BKartA je však udělení *leniency* typu IB vzácné. Místní šetření je většinou prováděné právě již na základě *leniency* žádosti.

<sup>96</sup> Viz ENGELSING, F. Die neue Bonusregelung des Bundeskartellamts von 2006. *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*. 2006, s. 179, 187.

buje kolem 60 žádostí o *leniency* ročně. V zásadě není kartelový případ, ve kterém nebyla podána minimálně jedna žádost o *leniency*.

Jakkoliv je však tento systém logicky fungujícím mechanismem, vykazuje i jisté vytýkané nedostatky.<sup>97</sup> Jedním z nich je např. skutečnost, že zde neexistuje odstupňování rozsahu snížení pokuty podle pořadí, kdy byla žádost o *leniency* typu II podána. To může do jisté míry oslabit tlak na samotné podání žádosti, protože lze do jisté míry vyčkávat. Tento nedostatek však lze považovat spíše za nevýznamný, i s ohledem na počet *leniency* žádostí, které BKartA obdržel. Uplatnění vězňova dilematu navíc nahrávají jiné vlastnosti řízení před BKartA. BKartA při místním šetření dokumenty zabavuje, nelze si učinit jejich kopie. Účastník řízení tak nemá stoprocentní přehled o tom, co BKartA zabavil. Kopie zabavených dokumentů poskytne pouze v případě, že se jedná o dokumenty potřebné ke každodennímu běhu společnosti. Přístup ke spisu dostanou účastníci řízení až s vydáním sdělení výhrad. Do té doby se mohou pouze dohadovat, jaké informace BKartA má, kdo podal *leniency* typu I a zda někdo podal *leniency* typu II, kdo a kolik účastníků řízení ji již podalo. Toto nevědomí nahrává tomu, že se účastník řízení ocitne pod podstatně větším tlakem než v řízení podle české úpravy. To, co při zvažování, zda podat či nepodat žádost o *leniency*, hraje ještě roli, je riziko žalob na náhradu škody. Každý účastník řízení totiž obdrží vlastní rozhodnutí. Rozhodnutí týkající se žadatelů o *leniency* z důvodu neuplatnění opravných prostředků a jiných práv na obhajobu nabývají právní moci dříve. Žadatel o *leniency* se tak stane cílem žaloby dříve než ostatní účastníci řízení.

Dalším, již závažnějším, nedostatkem může být vztah k trestnímu řízení. Na rozdíl od nové české úpravy nezajišťuje žádost o *leniency* imunitu před trestním stíháním a v případě, že se BKartA dozví o existenci kartelové dohody (pokud se jedná o *bid-rigging*), je povinen předat informace o ní státnímu zastupitelství. Udělení *leniency* státního zástupce nikterak nezavazuje. Z tohoto pohledu by bylo možno tuto úpravu považovat za poněkud demotivující k podávání žádostí o *leniency*. Praxe tomu však odporuje, což může souviset i s tím, že trestné jsou pouze *bid-riggingové* kartely, i když – na rozdíl od České republiky – byl tento trestný čin v Německu již aplikován.

### 3.4 Program shovívavosti v rámci evropské soutěžní sítě (ECN)

Na program shovívavosti Evropské komise je třeba nahlížet v souvislosti s decentralizovaným výkonem regulace evropské hospodářské soutěže. Nejvýznamnějším předpisem, jenž provádí tento způsob regulace, je nařízení č. 1/2003. Tento předpis předpokládá těžiště řízení u jednotlivých kartelových úřadů členských států, které spolupracují mezi sebou i s Evropskou komisí (čl. 11–13 nařízení). Nařízení směřuje k tomu, aby vedení řízení bylo svěřeno tomu z kartelových úřadů, který buď zahájí řízení jako první, anebo se na území „jeho“ členského státu odehrává těžiště činnosti kartelu (viz čl. 13). Nařízení však v zásadě nepředpokládá koncentraci řízení proti více kartelistům se sídlem v různých členských státech u jediného soutěžního úřadu. Nelze tedy vyloučit existenci několika řízení vedených paralelně proti stejným kartelistům v různých členských státech, respektive vydání i několika různých rozhodnutí.<sup>98</sup> Tato úprava tak čelí značným problémům, a především

<sup>97</sup> Viz blíže např. OHLE, M. M. – ALBRECHT, S. Die neue Bonusregelung des Bundesamtes im Kartellsachen. *Wettbewerb in Recht und Praxis*. 2006, Hft. 7, s. 866 an.

<sup>98</sup> SCHROLL, G. *Der Einfluss interner und externer Faktoren auf die Effektivität der Kronzeugenprogramme der EU-Kommission und des Bundeskartellamtes*, s. 262–267.

pak riziku divergujících rozhodnutí, vzniku nepřiměřených nákladů a v neposlední řadě porušení zásady *ne bis in idem*, tedy několikanásobného trestání v rozporu s jeho zákazem v čl. 50 Listiny základních práv EU.

Pro činnost národních soutěžních úřadů a Evropské komise v rámci decentralizovaného výkonu regulace soutěže je relevantní oznámení o spolupráci národních soutěžních úřadů v rámci ECN (2004/C 101/03), v rámci které byl v roce 2006 vydán nejen modelový *leniency* program,<sup>99</sup> který je vzorem pro národní soutěžní úřady, ale i další doporučení týkající se klíčových vyšetřujících pravomocí, jako je získávání důkazů nebo zasílání žádostí o informace.<sup>100</sup> Tyto předpisy (*soft law*) se omezovaly na úpravu otázky, za jakých předpokladů jsou národní soutěžní úřady oprávněny poskytovat informace získané od spolupracujících podniků.

Úprava byla značně nedokonalá, neboť připouštěla řízení o doznání u libovolného národního soutěžního úřadu, aniž se přihlíželo k tomu, který z nich zahájil vlastní administrativní řízení. Nebylo tedy vyloučeno, že probíhala dvě paralelní řízení, a to u jednoho ze soutěžních úřadů řízení uskutečňující se v rámci programu shovívavosti a u jiného administrativní řízení proti stejnému podniku. Oznámení totiž neukládalo národním soutěžním úřadům povinnosti, které by sledovaly uskutečňování zásady litispence a vzájemné koordinace. To mohlo vést nejen k dvojímu trestání, ale i k dvojímu omilostnění.

Tato ne zcela ideální úprava byla nakonec nahrazena platným modelem programu shovívavosti ze dne 29. 9. 2006, který ovšem neplatí v členských státech přímo. Národní soutěžní úřady jsou však povinny ke koordinaci svých národních právních úprav, a proto princip, který by vyloučil souběžná řízení, tedy tzv. *one-stop-shop*, teprve čekal na své uskutečnění. Modelový *leniency* program se pak v roce 2012 dočkal určitých revizí. Hlavní změnou je možnost, aby všichni žadatelé o *leniency* podávající žádost Komisi v případě kartelu týkajícího se více než tří členských států mohli podat tzv. souhrnnou žádost národním soutěžním úřadům. Dříve tak mohl učinit pouze první žadatel o *leniency* (tj. žadatel o imunitu). Dále byl zaveden standardizovaný formulář pro podávání souhrnných žádostí. Konečně obsahuje modelový program seznam členských států, ve kterých lze podat souhrnnou žádost v angličtině (mezi ně patří i ČR).

V budoucnu by ani předání informací získaných od spolupracujícího podniku jedním národním soutěžním úřadem úřadu jinému nemělo být vázáno na jeho souhlas.

### 3.5 Srovnání úprav USA, EU, Německa a ČR

Pro srovnání je třeba zvolit určitá kritéria, kterými je možno určité veličiny, jež jsou základem srovnání, měřit či hodnotit. Za tyto veličiny (hodnoty) považujeme míru povinné spolupráce kartelisty, povinnosti kartelisty jako předpoklad statusu žadatele o *leniency* a kvalitu jím poskytnutých informací (a), způsob rozhodování o udělení statusu žadatele o *leniency* (b) a konečně následky a význam statusu (c). Kritériem hodnocení je pak dopad srovnávaného na funkčnost programu.

<sup>99</sup> Viz <[http://ec.europa.eu/competition/ecn/model\\_leniency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf)>; pro úpravy z roku 2012 viz <[http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp\\_revised\\_2012\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf)>.

<sup>100</sup> Blíže viz <<http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>>.

### 3.5.1 Intenzita spolupráce kartelisty a obsah (kvalita) jím poskytovaných informací

#### a) USA

V případě *leniency* typu A (viz výše) je podmínkou oznámení kartelisty v době absence jakýchkoliv informací regulátora o kartelu. V případě *leniency* typu B (viz dále) poskytuje žadatel jako první informace, které regulátoru chybí k tomu, aby mohl vést řízení vedoucí k jeho odsouzení.

Svou účast musí dále žadatel o *leniency* v obou případech ukončit, musí plně spolupracovat s DoJ po celou dobu řízení a pokud možno kompenzovat škody.

#### b) EU

V případě *leniency* typu I (viz výše) je nutno, aby kartelista první přinesl informace, jež z hlediska Komise umožní, aby v souvislosti s údajným kartelem provedla cílené místní šetření, anebo zjistila zakázané protiprávní jednání. V případě typu II musí poskytnuté informace mít významnou přidanou hodnotu.

Žadatel je povinen po celou dobu správního řízení skutečně, plně, průběžně a pohotově spolupracovat. Podnik je povinen předložit ostatní důkazy, které drží v okamžiku podání žádosti. Dále se předpokládá, že podnik nenutil k účasti nebo setrvání v kartelu a v případě *leniency* typu I v něm neměl vůdčí roli. Pokud vůdčí roli měl, stále ještě může dosáhnout *leniency* typu II.

#### c) Německo

Kartelista v programu IA musí dodat podklady, které soutěžnímu úřadu umožní získat soudní povolení k místnímu šetření. V případě typu *leniency* IB oznámí kartelista kartel, o němž v době oznámení regulátor již věděl, ale neměl dostatek důkazů, aby kartel mohl prokázat. Kvalita podkladů je vyšší než v případě *leniency* typu IA. V případě typu II musí důkazy podstatně přispět k prokázání kartelu.

Svoji účast na kartelové dohodě musí žadatel ukončit, avšak nikoliv přímo v okamžiku podání žádosti, nýbrž bez zbytečných odkladů po vyzvání ze strany regulátora. I v Německu musí žadatel poskytnout plnou spolupráci. Dále pak nesměl mít v kartelu vůdčí roli a nesměl ostatní nutit k účasti nebo k setrvání.

#### d) Česká republika

V případě *leniency* typu I je žadatel povinen předložit informace a důkazy o utajovaném horizontálním kartelu, který regulátor dosud neměl a které umožní provedení cíleného místního šetření, respektive umožní prokázat existenci kartelu. V případě typu II musí mít informace významnou přidanou důkazní hodnotu. Kartelista nesměl činit nátlak na ostatní soutěžitele směřující k jejich účasti na kartelu, záporná podmínka vůdčí role v kartelu však dána není.

### 3.5.2 Způsob rozhodování o statusu *leniency*

#### a) USA

V případě *leniency* typu A nemá prakticky DoJ prostor k úvaze o přiznání. Jedná se tedy o rozhodnutí bez další úvahy za předpokladu splnění předpokladu žadatele. U *leniency* typu B má regulátor značný prostor k úvaze, neboť je oprávněn posuzovat, zda přiznání

*leniency* bude či nebude vůči ostatním účastníkům kartelové dohody nespravedlivé s ohledem na povahu jednání žadatele k okamžiku, kdy se žadatel přiznal.

b) EU

Úprava rozhodovací pravomoci Evropské komise, pokud jde o toto kritérium, u *leniency* typu I nepředpokládá prostor k úvaze tohoto orgánu. Přiznání tak v zásadě závisí na splnění ostatních předpokladů, zejména povinnosti spolupráce. Prostor pro správní uvážení však má Komise v případě posuzování přidáné hodnoty v rámci *leniency* typu II.

c) Česká republika

Česká zákonná úprava v zásadě nepředpokládá úvahu regulátora při přiznání *leniency*, pokud jsou splněny všechny podmínky – zejména povinnost spolupráce. I zde má však ÚOHS prostor pro uvážení v případě posuzování přidáné hodnoty.

d) Německo

Ani německá úprava v zásadě neposkytuje BKartA prostor ke správní úvaze o přiznání statusu *leniency*. Širší možnosti uvážení má však v oblasti *leniency* typu II, když zásadním kritériem je přínos k prokázání kartelu.

### 3.5.3 Následky přiznání *leniency*

a) USA

*Leniency Letter* zde představuje oznámení o shovívavosti, jež svědčí o dohodě mezi žadatelem a regulátorem o tom, že nebude vzneseno před soudem obvinění a žadateli je tedy udělena plná imunita. Poté se *Leniency Letter* změní v nepodmíněné oznámení, že řízení je ve vztahu k němu ukončeno bez sankcí.

V USA neexistuje případ *leniency* znamenající snížení pokuty.

V USA existuje dále možnost postavení žadatele o *leniency*, jenž se vzdá práva na soudní přezkoumání regulátora.

*Leniency* znamená zvýhodnění jeho postavení v řízení o náhradě škody, neboť lenient je povinen uhradit pouze jednoduchou náhradu škody namísto *treble damages* a není solidárně odpovědný s ostatními členy kartelu za předpokladu, že s poškozenými bude spolupracovat.

b) EU

V případě *leniency* typu I získá žadatel stejně jako v USA plnou imunitu. V případě *leniency* typu II jde o snížení ve výši až o 50 % odstupňované podle pořadí podání žádostí.

*Leniency* v evropském pojetí nemá v zásadě význam pro výši náhrady škody. Podle nové směrnice a národních implementačních úprav jsou prohlášení pro žadatele o *leniency* učiněná v rámci žádosti chráněna před přístupem poškozených. Stejně jako v USA i v EU není žadatel o *leniency* v zásadě vůči všem odběratelům a dodavatelům solidárně odpovědný. Odpovídá tedy pouze svým odběratelům a dodavatelům. Pokud jde o jiné poškozené platí i pro něj solidární odpovědnost. Převážná většina poškozených však pochází právě z řad odběratelů.

c) Česká republika

V případě *leniency* typu I promine ÚOHS žadateli o *leniency* pokutu. V případě *leniency* typu II může ÚOHS snížit pokutu až o 50 %. V případě více žadatelů je i v ČR snížení



pokuty odstupňováno podle pořadí. Lenient má ještě výhodu v tom, že se v případě tzv. *bid-riggingu* vyhne zápisu na černou listinu, který znamená zákaz plnění veřejných zakázek a koncesních smluv (§ 22a odst. 4, 5 ZOHS). To hraje roli zejména v sektorech, které do značné míry závisí na veřejném zadavateli.

Kromě toho má žadatel určité výhody v oblasti trestněprávního postihu zahrnující účinnou lítost pro oblast dohod narušujících hospodářskou soutěž podle § 248a trestního zákoníku. Úspěšného žadatele o *leniency* typu I se týká stejné privilegium v případě žalob na náhradu škody jako v případě žádosti o *leniency* vůči Komisi (vyloučení solidární odpovědnosti).

#### d) Německo

V Německu znamená bonusový program prominutí pokuty (*leniency* typu I), respektive její snížení v případě *leniency* typu II až o 50 %. Zde však nezávisí pouze na pořadí žádosti, ale významně i na relevanci poskytnutých informací.

I zde platí stejné privilegium, pokud jde o náhradu škod jako v případě řízení před Evropskou komisí.

### 3.5.4 Zhodnocení jednotlivých úprav

Z uvedeného vyplývá, že mezi sledovanými právními úpravami neexistují zásadní rozdíly, pokud jde o povinnosti ke splnění jako předpoklad udělení *leniency*; neexistují významné rozdíly, ani pokud jde o způsob rozhodování o *leniency*. Zásadnější, i když stále ještě malé, rozdíly je možno nalézt až u následků přiznání *leniency* pro žadatele. Z toho pak vyplývá otázka k zamyšlení, proč v českém právním řádu, který má stejné následky jako unijní či německý a další výhody navíc, je *leniency* program mnohem méně využíván než právě v těchto dvou srovnávaných právních rádech, když rozdíl četnosti jeho používání je skutečně flagrantní. Odpověď je třeba hledat jinde než v nastavení jednotlivých programů, a to u dalších okolností. Efektivita *leniency* programu nespočívá jen v samotném *leniency* programu, ale v celkovém nastavení systému vyšetřování kartelů. Mezi jednotlivými elementy vyšetřovacího systému prostě je vzájemná závislost.<sup>101</sup> Úspěšnost *leniency* programu tak závisí na: i) tvrdosti sankcí, ii) vnímané výši rizika odhalení a iii) rozsahu transparentnosti a předvídatelnosti,<sup>102</sup> což potvrzuje i americký *leniency* model.

ÚOHS v roce 2015 učinil pokus o velmi významný posun ve výši ukládaných sankcí, když za velký stovební kartel uložil rekordní pokutu v celkové výši cca 2 mld. Kč. Následně se však počet podaných žádostí o *leniency* nijak nezvýšil. Rozhodnutí ÚOHS pak bylo úspěšně napadeno před správními soudy. Odůvodnění rozhodnutí s takto vysokou pokutou zřejmě nebylo dostatečně robustní. To je, pokud má *leniency* program získat na významu, důležité. Navíc nebyla rekordní pokuta následována žádnými dalšími významnými případy, respektive pokutami. Navíc je třeba upozornit na další skutečnost. Argument, že riziko tvrdé sankce poskytuje silnou motivaci pro využití *leniency* programu, je sice intuitivně přitažlivý, avšak jen potud, že tvrdé sankce samy o sobě již neznamenají vyšší odhalení kartelů a potrestání.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> KOVACIC, W. E. Criminal Enforcement Norms in Competition Policy: Insights from U.S. Experience. In: BEATON-WELLS, C. – EZRACHI, A. *Criminalizing Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement* 48. Hart Publishing, 2011.

<sup>102</sup> Viz ANDERSSON, D. – CUFF, R. Cartels in the European Union: Procedural Fairness for Defendants and Claimants. *Fordham International Law Journal*. 2011, Vol. 34, Iss. 3, s. 398.

<sup>103</sup> BEATON-WELLS, C. *Criminal Sanctions for Cartel Conduct: The Leniency Conundrum*, s. 129.

## 4. Leniency a otázky dokazování

Jak již bylo zdůrazněno, patří obecně *leniency* program mezi nejdůležitější důkazní prostředky při úspěšném prokazování kartelů soutěžními úřady. Bez něj by v mnoha případech k odhalení a potrestání kartelové dohody vůbec nedošlo. Z tohoto důvodu je rovněž třeba se zabývat otázkami, zda je možné žádost o *leniency* využít jako důkaz a jakou by měl případně takový důkaz hodnotu, a to zejména v případech, kdy je prokázání určité skutečnosti založeno pouze na prohlášeních žadatele/žadatelů o *leniency*, která jsou ostatními účastníky řízení popírána.

V prvé řadě je totiž třeba si uvědomit, že prokazování skutkového stavu výlučně jen na základě prohlášení žadatele o *leniency*, která jsou ostatními účastníky řízení popírána, jenom a pouze z toho důvodu, že se jedná o žádost *leniency*, představuje vážení důkazních prostředků<sup>104</sup> s tím, že jednomu z nich je přisuzována větší váha než jinému, což je v rozporu se zásadou volného hodnocení důkazů.

### 4.1 Důkazní hodnota *leniency*

To, jaká je prohlášením žadatelům o *leniency* přisuzována důkazní hodnota, je patrně zejména z judikatury evropských soudů. Evropské soudy prohlášení žadatelů o *leniency* přisuzují mimořádně vysokou důkazní hodnotu<sup>105</sup> a tohoto hodnocení se jim dostává proto, že jsou i) důvěryhodná; ii) učiněna jménem podniku; iii) učiněna osobou s povinností jednat v zájmu tohoto podniku; iv) v rozporu se zájmy osoby, která toto prohlášení činí; v) činěna přímým svědkem okolností, jichž se týkají; a vi) poskytnuta písemně, vědomě a po zralé úvaze.<sup>106</sup> Soudní dvůr EU šel ve svém rozsudku ve věci kartelu PISÚ dokonce ještě dál a konstatoval, opíraje se o princip volného hodnocení důkazů, že i v případě, že těchto šest kritérií není splněno, mají prohlášení žadatelů o *leniency* vysokou důkazní hodnotu, pokud je lze na základě celkového i konkrétního hodnocení hodnověrnosti prohlášení považovat za věrohodná.<sup>107</sup> Musí však být podepřena dalšími důkazními prostředky. Jako další možné důkazní prostředky podporující tato prohlášení však Soudní dvůr EU připouští i prohlášení dalšího žadatele o *leniency*.

### 4.2 Hodnověrnost obsahu *leniency* žádosti jako důkazu

Prvním z kritérií pro hodnocení prohlášení žadatele o *leniency* je jeho hodnověrnost. Prohlášení žadatelů o *leniency* se považují za velmi hodnověrná proto, že se předpokládá, že jsou v rozporu se zájmy žadatele o *leniency* a že jsou spojena s právními a ekonomickými riziky.<sup>108</sup> Tato rizika jsou primárně trojího charakteru: i) riziko „odsouzení“ za spáchání

<sup>104</sup> Viz § 50 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, který stanoví, že „pokud zákon nestanoví, že některý podklad je pro správní orgán závazný, hodnotí správní orgán podklady, zejména důkazy, podle své úvahy; přitom pečlivě přihlíží ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci.“ Z. o. h. s., ani žádný jiný zákon nikde výslovně nestanoví, že *leniency* má povahu takového závazného podkladu, proto by i *leniency* žádosti měly spadat pod volné hodnocení důkazů.

<sup>105</sup> Rozsudek Tribunálu spojené věci T-67/00, T-68/00, T-71/00 a T-78/00 ze dne 8. 7. 2004 ve věci *JFE Engineering Corp., Nippon Steel Corp. and Sumitomo Metal Industries Ltd v. Commission*, ECR [2004] II-2501 („*JFE Engineering*“).

<sup>106</sup> Viz rozsudky T-67/00, T-68/00, T-71/00 and T-78/00 ze dne 8. 7. 2004 ve věci *JFE Engineering*, odst. 205-201; T-133/07 ze dne 12. 7. 2011 ve věci *Mitsubishi Electric Corp. v. Commission*, ECR [2011] II-4219, odst. 87; a SDEU ve spojených věcech C-239/11 P, C-489/11 P and C-498/11 P ze dne 19. 12. 2013 ve věci *Siemens AG, Mitsubishi Electric Corp. and Toshiba Corp. v. Commission*, ECR [2013] („*kartel PISÚ*“), odst. 153.

<sup>107</sup> Rozsudek Soudního dvora EU spojené věci C-239/11 P, C-489/11 P a C-498/11 P ze dne 19. 12. 2013, *GIS cartel*, odst. 167.

deliktu; ii) riziko úspěšné žaloby na náhradu škody ze strany poškozených; a iii) riziko poškození dobrého jména podniku.

Pokud jde o předpoklad rizika odsouzení za delikt, ten platí pouze v případech žádosti o *leniency* typu I, a to jen za předpokladu, že kartel nebyl odhalen v jiné jurisdikci. Například podání žádosti o *leniency* typu I ÚOHS v případě CRT kartelu<sup>109</sup> pro období před vstupem do EU v situaci, kdy Komise již řešila tentýž kartel z pohledu dopadů na trhy v EU, nelze považovat za významné zvýšení rizika odsouzení. V tomto případě je tedy při zkoumání hodnověrnosti brát v úvahu i to, v jaké situaci je prohlášení činěno, a teprve podle toho zkoumat, zda je hodnověrné.

Pokud jde o riziko povinnosti nahradit škodu způsobenou kartelem, kdy by si poškozený teoreticky mohl důkaz o zapojení žadatele o *leniency* jednoduše opatřit ze spisu soutěžního úřadu, je zjevné, že v tomto ohledu jsou žadatelé o *leniency* chráněni dostatečně. ZOHS ve svém § 21c odst. 4 přístupu třetích osob k *leniency* žádostem brání již nyní. Rakouský kartelový zákon např. umožňoval přístup ke spisu třetím osobám pouze se souhlasem všech účastníků řízení.<sup>110</sup> Směrnice 2014/114/EU a transpoziční národní úpravy pak přístup poškozených k částem spisu obsahujícím žádosti o *leniency* (v rámci ní učiněná prohlášení) a narovnání vylučují zcela (čl. 6 odst. 6, § 15 odst. 1 ZNŠHS). Žadatel o *leniency* je ostatně chráněn i jinak, a to v rámci ustanovení o solidární odpovědnosti členů kartelu. Podle čl. 11 odst. 3 směrnice 2014/104/EU je žadatel o *leniency* solidárně odpovědný v zásadě pouze svým odběratelům nebo dodavatelům, zatímco ostatním poškozeným v důsledku kartelu je solidárně odpovědný pouze v případě, že kompenzaci nelze získat od ostatních členů kartelu.

Pokud jde o poškození dobrého jména podniku, je i tento argument lichý. Při pohledu na dosavadní kartelové případy nebyl zaznamenán jediný případ, kdy by samotná účast na kartelu, respektive podání žádosti o *leniency* vedly k podstatnému nebo dlouhodobému zhoršení dobrého jména společnosti. V celé řadě sektorů spolu navíc podniky musí určitým způsobem spolupracovat. Ačkoliv pro ně spolupráce s žadatelem o *leniency* může být problematická, z ekonomických důvodů v ní pokračují.

Žadatel o *leniency* má naopak z podání žádosti primárně užitek. V prvé řadě se jedná o imunitu, respektive snížení pokuty. Dále může být účelem podání žádosti o *leniency* co nejrychlejší ukončení všech sankčních řízení před prodejem podniku. Konečně má v českém kontextu podání žádosti *leniency* ještě jednu výhodu: v případě tzv. *bid-riggingového* kartelu se vyhne zápisu na černé listině (*black list*), tj. zákazu plnění veřejných zakázek.

Tyto výhody pak mohou, ale ne nutně musejí, vést k tomu, že žadatel o *leniency* bude ve snaze se soutěžnímu úřadu zavděčit a naplnění požadavku významné přidané hodnoty informací ve své výpovědi nadsazovat, např. tím, že bude tvrdit, že jednání bylo ve skutečnosti závažnější nebo delší.<sup>111</sup>

Lze proto uzavřít, že důkazní hodnota žádosti o *leniency* je navýsost problematická, když ani jeden z výše uvedených důvodů její hodnověrnosti nelze považovat za bezvýjimečně platný. Ba spíše naopak, lze se domnívat, že v mnoha případech ani jeden z těchto důvodů není v praxi dán.

<sup>108</sup> Rozsudek Tribunálu T-214/06 ze dne 5. 6. 2012, *Imperial Chemical Industries v Commission*, ECR [2012], odst. 80.

<sup>109</sup> Rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 75/2010 ze dne 23. 2. 2012, *CRT Kartel*.

<sup>110</sup> Viz rozsudek Soudního dvora EU C-536/11 ze dne 6. 6. 2013 ve věci *Bundeswettbewerbshörde v Donau Chemie AG a další*, ECR [2013].

<sup>111</sup> KHAN, N. *Kerse & Khan on EU Antitrust Procedure*. 6. vydání. Sweet & Maxwell, 2012, s. 485, marg. č. 7–228.

### 4.3 Potřeba podepření *leniency* jinými důkazy

Z výše uvedených důvodů jak Komise, tak evropské soudy uznávají, že tvrzení v rámci *leniency* žádosti je třeba podepřít dalšími důkazy. K tomu však podle nich s ohledem na obzvláštní hodnověrnost žádosti o *leniency* vystačí nižší stupeň potvrzení.<sup>112</sup> Postačí tak např. i další, třeba i vágnější, žádost o *leniency*.

Toto je v přímém rozporu se stále relevantní rozhodovací praxí bývalé Evropské komise pro lidská práva, z níž vyplývá, že takovéto žádosti je naopak s ohledem na výhody, které žadatel získá, třeba hodnotit s velkou pozorností a je nutné její dostatečné podepření dalšími důkazy.<sup>113</sup> Takový přístup však nijak nesnižuje význam žádostí o *leniency* v rámci dokazování. Žádost o *leniency* typu IA v prvé řadě totiž umožňuje získání dalších důkazů (v rámci místního šetření). Žadatel o *leniency* může poskytnout sám další důkazy (dokumenty) nebo potřebné důkazy označit a tím soutěžnímu úřadu obstarání důkazů umožnit.

Ve vztahu k žádostem o *leniency* jako důkaznímu prostředku lze proto hovořit o určitém příklonu evropských soudů k legální teorii důkazní, neboť v hodnocení jejich hodnověrnosti důkazu není naprostá volnost.

## 5. Ústavní limity

Zásadní otázkou při posuzování a hodnocení *leniency* programu je, do jaké míry je koncepce *leniency* programu samotného a jeho praktické uplatňování v souladu se základními ústavněprávními principy, zejména se zákazem sebeobviňování, zásadou přiměřenosti a zásadou rovnosti. Konečně se v poslední době stále častěji objevují i otázky vztahu mezi žádostí o *leniency* a civilním řízením o náhradu škody způsobené porušením soutěžního práva. Základní otázkou tedy je zejména, zda je *leniency* program koncipován tak, aby umožnil členovi kartelu s důvěrou se sám „udat“, aniž by tím narušil práva ostatních členů kartelu a třetích stran (poškozených) nad míru, kterou lze ospravedlnit. Přitom je nutno zajistit zájmy společnosti na efektivní soutěži.

Program shovívavosti umožňuje, aby bylo se subjekty podílejícími se na kartelové dohodě zacházeno rozdílně v závislosti na tom, zda na objasnění takového protiprávního jednání s ÚOHS spolupracují či nikoliv. Ústavní pořádek ČR přitom zakotvuje určité zásady a základní práva, jež by tímto postupem mohly být za určitých okolností narušeny, totiž zásadu rovnosti procesních práv a právo na spravedlivý proces.

Ukládání sankcí a jejich odpouštění v rámci modelu „korunního svědka“ musí navíc probíhat v souladu s obecnými trestněprávními garancemi, neboť tyto sankce mají nejen preventivní, ale i výrazně punitivní charakter. Na tom nic nemění ani argumentace soutěžních úřadů, že jsou tyto sankce včetně modelu „korunního svědka“ upraveny ve správním právu, v důsledku čehož se na ně aplikuje princip oportunitity a orgány tak mají široké pole pro vlastní uvážení.<sup>114</sup>

Čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „LZPS“) stanoví, že „každý se může domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu a ve

<sup>112</sup> Rozsudek Soudního dvora EU ve spojených věcech C-239/11 P, C-489/11 P and C-498/11 P ze dne 19. 12. 2013 ve věci *kartel PISÚ*.

<sup>113</sup> Rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva žádost č. 7306/75 ze dne 6. 10. 1976 ve věci *X v. United Kingdom*, Decisions and Reports of European Commission of Human Rights 7; rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva, žádost č. 17265/90 ze dne 21. 10. 1993 ve věci *Alvaro Baragiola v. Switzerland*, Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights 75.

<sup>114</sup> Viz blíže HETZEL, P. *Kronzeugenregelungen im Kartellrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2004, s. 145–146, 152–156. Skutečnost, že k prominutí či snížení sankce žadatelům o *leniency* nedochází automaticky, činí programy shovívavosti podstatně méně předvídatelné a negativně tak ovlivňuje jejich efektivitu. K tomu podrobněji ibidem, s. 121–122.

stanovených případech u jiného orgánu“. Čl. 96 Ústavy ČR pak stanoví, že „všichni účastníci řízení mají před soudem rovná práva“. Dle čl. 4 odst. 1 LZPS „povinnosti mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod“, přičemž dle čl. 4 odst. 3 LZPS musí „zákonná omezení základních práv a svobod [musí] platit stejně pro všechny případy, které splňují stanovené podmínky“. Čl. 4 odst. 4 Listiny dále stanoví, že „při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu“ a že „taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena“. Čl. 39 LZPS pak konečně určuje, že „jen zákon stanoví, které jednání je trestným činem a jaký trest, jakož i jaké jiné újmy na právech nebo majetku, lze za jeho spáchání uložit“.

Požívá-li jeden z účastníků kartelové dohody výměnou za spolupráci na jejím objasnění zvláštního procesního postavení a je-li navíc ušetřen příslušné sankce (ať již zčásti nebo zcela) a zvýhodněn v rámci řízení o náhradu škody, jedná se z pohledu ostatních účastníků této dohody o jejich znevýhodnění ve prospěch žadatele o *leniency* a o významný průlom do zásady legality ovládající klasické trestní řízení.<sup>115</sup> Tento postup je však v ČR umožněn na základě zákona, pro udělení výjimky jsou stanovena objektivní pravidla a toto omezení zásady rovnosti není zneužíváno k jiným než stanoveným účelům.

Ve smyslu výše uvedených ústavněprávních maxim tak již zbývá jen zodpovědět otázku, zda je tímto omezením zásady rovnosti a práva na spravedlivý proces též šetřeno podstaty a smyslu základních práv účastníků kartelové dohody, kteří na jejím objasnění nespolupracují. Konkrétně je třeba se zamyslet nad tím, zda jsou výjimky udělované *žadatelům o leniency* v rámci modelu „korunního svědka“ legitimní s ohledem na kritérium rovného zacházení se všemi účastníky kartelové dohody a zda jsou též vhodným prostředkem řešení konfliktu základních práv účastníků kartelu na jedné straně a poškozených na straně druhé.

## 5.1 Zásada *nemo textur* – princip zákazu sebeobviňování

Zásada *nemo textur se ipsum accusare*, podle níž nikdo nemůže být nucen k tomu, aby sám sebe obviňoval nebo aby proti sobě vypovídal, zahrnuje i právo na mlčení. Donucením není pouze fyzické donucení, ale i hrozba uložení sankce (pokuty).<sup>116</sup> *Leniency* program sám o sobě žádnou pokutu či jinou hrozbu neobsahuje. Naopak nabízí úlevu z pokuty, či dokonce upuštění od uložení pokuty. Je tedy třeba se zamyslet nad otázkou, zda lze snížení nebo upuštění od pokuty považovat za prostředek donucující k sebeobviňování.

Zastánci *leniency* programu argumentují tím, že v jeho rámci kartelista není nucen proti sobě vypovídat, ale je k tomu pouze podněcován, přičemž konečné rozhodnutí záleží na něm. A to i přesto, že aplikace teorie o vězňově dilematu v sobě v souvislosti s *leniency* programem skrývá určitý aspekt nátlaku na to, aby se kartelista přiznal. O donucení lze však mluvit pouze v případě, že aplikace *leniency* programu negativně změní situaci kartelisty, který žádost o *leniency* nepodal, ve vztahu k žadateli o *leniency*, pokud jde o výchozí rámec pokuty.<sup>117</sup> Výchozím rámcem pokuty jsou kritéria, podle kterých je pokuta kalkulována. K výpočtu základní pokuty žadateli o *leniency* by mělo docházet i v případě, že je kvalifikován pro *leniency* typu I. Pokud tedy výchozí rámec pro uložení

<sup>115</sup> Ibidem, s. 143.

<sup>116</sup> Viz rozsudek Evropského soudu pro lidská práva č. 10828/84 ze dne 25. 2. 1993 ve věci *Funke v. France*.

<sup>117</sup> HETZEL, P. *Kronzeugenregelungen im Kartellrecht*, s. 148.

pokuty zůstane pro oba členy kartelu stejný, ať už podají žádost o *leniency*, nebo ne, a nikdo se nebude cítit nucen podat žádost o *leniency* ze strachu, že mu bude oproti případnému žadateli o *leniency* rozšířen rámec pro uložení pokuty, nelze hovořit o donucení k příznání se ze strany státu.

V případě, že podnik podá žádost o *leniency*, vznikne mu v souladu s *leniency* programem povinnost být soutěžnímu úřadu k dispozici, zejména pokud jde o poskytování informací. V případě, že tuto povinnost nedodrží, hrozí mu sankce spočívající v odepření shovívavosti ze strany soutěžního úřadu. Lze tedy konstatovat, že podáním žádosti o *leniency* se podnik dostane do poněkud jiné situace. Na druhou stranu lze argumentovat tím, že okamžikem, kdy žadatel o *leniency* podal žádost o *leniency*, tak se svého práva pramenícího ze zákazu sebeobviňování vzdal. Vzdání se tohoto práva lze navíc odvolat, neboť kartelista, který již nechce proti sobě vypovídat, může žádost o *leniency* vzít zpět a právo mu v tomto neklade žádné překážky. K zpětvzaté žádosti soutěžní úřad nepřihlíží. Závisí tedy na vůli kartelisty, zda se tohoto práva vzdá či nikoliv, respektive zda toto vzdání se práva neodvolá. Problematickou otázkou však je, jak hodnotit vědomí soutěžního úřadu o tom, co mu žadatel o *leniency* již sdělil. Vědomí, že soutěžnímu úřadu již sdělil tolik, že to bude moci být použito pro další šetření, může žadatele o *leniency* donutit se soutěžním úřadem spolupracovat i nadále, a to i proti jeho vůli.

Obecně lze však dospět k závěru, že *leniency* program v zásadě nemůže být v rozporu se zásadou zákazu sebeobviňování. V českém právní řádu to platí i proto, že sebeobvinění ve formě dobrovolného příznání má polehčující účinky též v obecném trestním řízení.

## 5.2 Zásada přiměřenosti

Zásada přiměřenosti předpokládá, že zamýšlený cíl a použitý prostředek jsou k sobě vzájemně v přiměřeném vztahu, tj. že prostředek je vhodný a nutný k dosažení cíle a přiměřený, tj. že postup vedoucí k cíli a použité prostředky musí být v určité rovnováze, a to nejen k sobě vzájemně, ale i k případným dalším způsobeným následkům (tedy např. k dalším právům, která jsou tímto prostředkem omezena).

### 5.2.1 Vhodnost

Vhodný je *leniency* program tehdy, pokud vede k žádoucímu výsledku, tj. k odhalování a potlačování kartelových dohod. Výzkum potvrdil, že *leniency* program může za určitých předpokladů být při prokazování kartelových dohod efektivním prostředkem.<sup>118</sup> Jak již bylo uvedeno dříve, např. BKartA v zásadě nemá případy kartelových dohod, které by nebyly podloženy žádostmi o *leniency*.

Dále je třeba se zabývat otázkou, zda je vhodný omezený přístup účastníků řízení a třetích osob k žádosti o *leniency* a souvisejícím dokumentům. Jak již bylo uvedeno výše, *leniency* staví zejména na teorii her. V zájmu soutěžního úřadu je tak účastníky řízení držet v nejistotě, aby se přiznali a následně předložili co nejvíce důkazů. To je možné pouze v případě, že členové kartelu/účastníci řízení nebudou mít co možná nejdéle vědomí o existenci žádosti o *leniency*, a zejména o jejím obsahu. Utajení existence žádosti o *leniency* a jejího obsahu až do sdělení výhrad je proto vhodným prostředkem.

<sup>118</sup> PUFFER-MARIETTE, J.-Ch. *Die Effektivität von Kronzeugenregelungen im Kartellrecht*, 2008, 28.

Pokud jde o zpřístupnění *leniency* žádosti třetím osobám, zejména poškozeným pro potřeby žalob na náhradu škody, je jeho smyslem členy kartelu motivovat, aby žádost o *leniency* podali. Žádost o *leniency* obsahuje sebeobviňující materiály, které by případným poškozeným umožnily velmi jednoduše svou kauzu prokázat. Za takové situace bude motivace člena kartelu předat informace soutěžnímu úřadu minimální, neboť by se tak vystavil přímému riziku povinnosti zaplatit náhradu škody. Zpřístupnění žádostí o *leniency* a souvisejících dokumentů je proto vhodným prostředkem pro motivaci kartelistů je podat.

Konečně je žadatel o *leniency* privilegován, i pokud jde o solidární odpovědnost. S ohledem na skutečnost, že žadatel o *leniency* se zpravidla proti rozhodnutí nebrání, je jako první vystaven žalobám na náhradu škody. Pokud by solidární odpovědnost nebyla v jeho případě vyloučena, byl by žalován všemi poškozenými. Náhradu škody by sice nenesl definitivně, následovalo by vypořádání s ostatními členy kartelu, nicméně finanční břemeno by to bylo velmi významné. To by rozhodně motivaci žádost o *leniency* nezvyšovalo.

### 5.2.2 Nutnost

Nutný je *leniency* program tehdy, jestliže efektivního prosazování zákazu kartelových dohod nemůže být dosaženo mírnějšími prostředky, respektive tento prostředek umožní největší možnou realizaci cíle ve srovnání s tím, co je skutečně i právně možné.<sup>119</sup> Pokud je pak k dispozici více prostředků pro dosažení stejného cíle, má být vybrán ten, který nejméně zasahuje do práv ostatních.

Žádosti o *leniency* jsou víceméně bez alternativy. Stejných výsledků při prokazování nedovolených dohod nelze dosáhnout ani nasazením silnějších prostředků. Alternativou pro detekci kartelů mohou být maximálně namátková místní šetření bez existence důvodného podezření. To by však byl podstatně větší zásah do práv. V případě kartelových dohod ve formě jednání ve shodě navíc zpravidla o existenci kartelu neexistují žádné přímé důkazy. Soutěžní úřad tak musí svůj případ vystavět na indiciích, které však často nepředstavují zcela ucelený řetězec skutečností. V mnoha případech se může stát, že soutěžní úřad nebude s to kartelovou dohodu bez žádosti o *leniency* vůbec prokázat. I přes větší nasazení počítačových a dalších techniků, kteří by byli případně schopni přinést smazané e-mailové zprávy a další dokumenty nebo pořídit audiozáznamy, nemusí být výsledky vyšetřování jednoznačné. Řešení případů na základě elektronických důkazů navíc nemusí být vždy zcela přijatelné.<sup>120</sup> To by platilo v případě uzákonění a nasazení odposlechů a sledování, které by bylo závažným zásahem do osobní sféry osob, které mají dalekosáhlejší dopady než samotné podání žádosti o *leniency*.

Současně s sebou *leniency* nese ještě jednu výhodu, kterou ostatní vyšetřovací metody, které nastupují víceméně *ex post*, nemají, a to funkci odstrašující, a tedy ve svých důsledcích prevenci. Možnost podání žádosti o *leniency* totiž, jak bylo již výše popsáno (vězňovo dilema), narušuje stabilitu případného kartelu právě obavou jeho členů z podání této žádosti. Tato obava může mít i vliv na to, zda kartel vůbec vznikne.

Lze tedy tvrdit, že *leniency* program je z pohledu odhalování kartelů a jejich prevence nutným prostředkem.

<sup>119</sup> ALEXY, R. *The theory of constitutional rights*. Oxford University Press, 2002, s. 397, 401.

<sup>120</sup> Blíže viz KUBEŠA, T. Elektronické důkazy v právu hospodářské soutěže. *Revue pro právo a technologie*. 2013, No. 7, s. 24, 25.

### 5.2.3 Přiměřenost v užším smyslu

Konečně výhody *leniency* programu, respektive jeho způsobu nesmí být v nepoměru k jeho nevýhodám nebo případným negativním následkům. Nevýhody je třeba rozlišovat na nevýhody pro společnost, nevýhody pro ostatní účastníky řízení a nevýhody pro poškozené.

Nevýhodou pro společnost je skutečnost, že jeden z viníků nebude vůbec potrestán, respektive že bude potrestán mírněji, než si „zaslouží“. Nicméně sankční mechanismy nemají za účel pouze někoho potrestat, ale mají primárně sloužit dodržování pořádku ve společnosti. Vzhledem k tomu, že *leniency* program k dodržování pořádku ve společnosti vede, je tato funkce sankčního mechanismu soutěžního práva naplněna. Uložení sankce, respektive uložení sankce v plné výši se tedy v tomto případě může společnost zříci, ale pouze v tom případě, že skutečnosti přednesené žadatelem měly žádaný přínos. V tomto ohledu je tedy *leniency* program přiměřený. Nelze však na úkor ostatních účastníků řízení honorovat podnik, jehož přínos pro odhalení a prokázání kartelu byl minimální. V takovém případě není dostatečně naplněn zájem společnosti na odhalení kartelu a zájem na (plném) potrestání jej převyšuje.

Základní nevýhodou pro ostatní účastníky řízení je, že soutěžní úřad proti nim získá důkazy, které by jinak nezískal, a může je tak potrestat. Potrestání subjektů narušujících soutěž je však cílem soutěžního práva a společnosti. Proto to z právněpolitického pohledu nepředstavuje žádnou výhodu.

Něco jiného je však otázka koncepce *leniency* programu. Častým doprovodným jevem *leniency* programů je ztížení přístupu ke spisům obsahujícím žádost o *leniency* a s ní související dokumenty. To je z pohledu teorie her žádoucí, neboť ostatní účastníci řízení nemají vědět, zda ten který kartelista žádost o *leniency* podal a co všechno se soutěžní úřad z takové žádosti případně dozvěděl. Takový přístup má kartel jednak destabilizovat, jednak má vést k podání dalších žádostí o *leniency* tak, aby měl úřad z důkazního hlediska jasný případ. Otázkou však je, do jaké míry tento postup porušuje právo ostatních účastníků řízení na řádnou obhajobu.

Skutečnost, že účastníci řízení zpravidla získají přístup k žádostem o *leniency* až po sdělení výhrad a že si současně nemohou činit ani opisy či výpisy z těchto dokumentů, může do určité míry omezit jejich právo na obhajobu. Jen těžko si lze zapamatovat všechny skutečnosti uvedené v žádosti o *leniency*, které je třeba vyvrátit, aby mohla být tvrzení v ní obsažená zpochybněna.

Podle § 21b ZOHS je účastník řízení zákonem garantováno pouze 15 dní k tomu, aby navrhl doplnění dokazování a vyjádřil se ke všem podkladům rozhodnutí od vydání sdělení výhrad. ÚOHS účastníky řízení vyzve k seznámení se s podklady rozhodnutí v rámci sdělení výhrad či krátce po něm. Seznámení se s podklady rozhodnutí tak následuje teprve několik dní po vydání sdělení výhrad. Účastník řízení má však první možnost seznámit se s vlastním obsahem žádosti o *leniency* a souvisejících dokumentů právě až v rámci seznámení se s podklady rozhodnutí. V případě rozsáhlých, ale i méně rozsáhlých dokumentů není garantovaná lhůta 15 dní dostatečnou dobou pro vypořádání se s podklady. ÚOHS sice lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí zpravidla stanoví delší a zpravidla je ochoten ji i prodloužit, případně umožní i několikanásobné nahlížení do podkladů rozhodnutí, tyto možnosti nicméně nejsou garantovány zákonem a ÚOHS nic nebrání od této praxe upustit.



Český *leniency* program tak, jak je v současné době konstruován, do značné míry omezuje základní práva na obhajobu ostatních účastníků řízení. Je třeba přiznat, že např. v Německu představuje hlavní prostředek pro odhalování kartelových dohod a BKartA staví primárně na tomto nástroji, přitom práva ostatních účastníků řízení jsou významně omezenější. V České republice sice zatím takovou pozici *leniency* program nemá, nicméně lze doufat, že v budoucnu budou kartelisté častěji ochotni žádost podat díky možnosti vyhnout se sankci.

Česká úprava *leniency* programu současně do jisté míry omezuje poškozeného ve výkonu práva na kompenzaci škod způsobených porušením soutěžního práva, když žádost o *leniency* a s ní související dokumenty mohou představovat klíčové důkazy, zejména pokud jde o prokázání příčinné souvislosti mezi protiprávním (protisoutěžním) jednáním a vzniklou škodou. Na druhé straně je třeba si přiznat, že bez žádosti o *leniency* by poškozený musel prokazovat nejen příčinnou souvislost, ale i protiprávnost jednání, když v některých případech je žádost o *leniency* klíčovým důkazem soutěžního úřadu, bez něhož by rozhodnutí o porušení soutěžního práva vůbec nemohl vydat.

Není tomu však vždy. Někdy je pro konečné rozhodnutí žádost o *leniency* pouze malým přínosem. Z tohoto důvodu je paušální zamezení přístupu poškozených k těmto dokumentům nepřiměřené v užším slova smyslu, neboť stejného výsledku lze dosáhnout menším zásahem do zájmů poškozených. Tím je umožnění posuzovat přístup k dokumentům na individuální bázi, jak to například požaduje Soudní dvůr EU ve svém rozsudku ve věci *Donau Chemie*.<sup>121</sup> Směrnice 2014/104/EU týkající se žalob na náhradu škod způsobených porušením soutěžního práva obsahuje, stejně jako český ZOHS, paušální zákaz přístupu,<sup>122</sup> což *leniency* program staví do poněkud negativního světla.

### 5.3 Zásada rovnosti

Zásada rovnosti vyžaduje, aby každá právní norma byla aplikována na každý případ, který spadá do její působnosti, a na žádný případ, který do její působnosti nespadá; jinak řečeno, libovolné rozdílné zacházení není dovoleno.<sup>123</sup>

*Leniency* program je v zásadě, nebo by měl být, aplikován na případy, kdy je na straně soutěžního úřadu dána důkazní nouze, tj. na situace, kdy příslušný soutěžní úřad o existenci kartelu buď vůbec nemá vědomost, anebo kdy tuto vědomost sice má, ale bez pomoci informátora přímo z řad kartelistů by nebyl schopen jeho existenci uspokojivě prokázat.<sup>124</sup> Tato konstelace, v níž by za normálních okolností za kartelovou dohodu nebyl sankcionován žádný z jejích účastníků (viz věžňovo dilema), tak ospravedlňuje mimořádné opatření v podobě odměny žadateli o *leniency*, jehož oznámení bylo z hlediska odhalení nebo prokázání kartelové dohody kauzální. Jinak řečeno zacházení s žadatelem o *leniency* je sice odlišné, avšak tento přístup je ospravedlněný tím, že představuje přínos k prosazení soutěžního práva.<sup>125</sup>

<sup>121</sup> Rozsudek Soudního dvora EU C-536/11 ze dne 6. 6. 2013 ve věci *Bundeswettbewerbshörde v. Donau Chemie AG et al.*, [2013] ECR.

<sup>122</sup> Evropský parlament navrhuje toto ustanovení zmírnit v tom smyslu, že v případě, že poškozený prokáže, že je přístup k žádosti o *leniency* nezbytný k prosazení jeho nároku, má mu být takový přístup umožněn.

<sup>123</sup> ALEXY, R. *The theory of constitutional rights*, s. 261, 270.

<sup>124</sup> BOUDA, Z. Analýza programu shovíavosti v právu ES. *Právní fórum*. 2009, č. 8, s. 341.

<sup>125</sup> Puffer-Mariette, 30.

V konečném důsledku totiž dojde k nápravě vztahů a principů hospodářské soutěže, aniž by zbylí účastníci kartelu byli potrestáni přísněji, než jak by tomu bylo v případě odhalení či prokázání kartelové dohody výlučně s využitím kapacit úřadů na ochranu hospodářské soutěže. Všichni účastníci kartelové dohody jsou si navíc rovni i v tom smyslu, že mají příležitost na odhalení kartelu participovat. Aplikace tohoto výjimečného postupu tedy v zásadě narušení zásady rovnosti nepředstavuje.<sup>126</sup>

Zásada rovnosti je však zřejmě z pohledu teorie porušována tím, že subjekty spolupracující na odhalení zneužití kolektivní dominance<sup>127</sup> na trhu nejsou honorovány stejným způsobem jako subjekty spolupracující na odhalování kartelů.<sup>128</sup> Pro případ porušení § 11 ZOHS, respektive čl. 102 SFEU totiž žádný obdobný mechanismus neplatí. Na druhé straně kolektivní dominance není založena na nějakých, byť ústních dohodách. Dokazování tak zpravidla bude založeno na ekonomických analýzách než na informacích o spolupráci. Případy kolektivní dominance jsou navíc podstatně méně častým jevem než kartely. Nepředstavují tak větší ohrožení soutěže, které by ospravedlňovalo zásah do zásady rovnosti.

Dále lze o nerovnosti hovořit při pohledu na samotnou vnitřní strukturu *leniency* programu. Nárok na upuštění od pokuty má pouze ten, kdo přijde jako první. Stejně tak se v případě *leniency* typu II dále rozlišuje podle pořadí mezi jednotlivými žadateli, pokud jde o výslednou výši slevy z pokuty. V případě „diskriminace“ mezi žadateli o *leniency* typu I a žadateli o *leniency* typu II lze však rozlišné zacházení ospravedlnit tím, že žadatel o *leniency* typu I má pro odhalení a potrestání kartelu nejhodnotnější přínos. Pokud jde o odstupňování výše úlevy na pokutě u dalších žadatelů o *leniency*, závisí toto na včasnosti podání a hodnotě poskytnutých informací. I toto rozdílné zacházení s žadateli o *leniency* je tedy v zásadě ospravedlnitelné. Otázkou však je, zda je spravedlivé, když o *leniency* typu II jako první požádá podnik, jehož přínos není nijak významný, a podnik, který teprve přinese zásadní informace, požádá jako druhý. V takovém případě obdrží podnik, který nikterak zásadně k prokázání kartelu nepřispěl vyšší slevu na pokutě jenom z důvodu svého pořadí (30–50 %), než podnik, který přispěl mnohem zásadněji (20–30 %). To může být z hlediska spravedlnosti a rovnosti docela problematické zejména v případě, kdy časový rozdíl mezi jednotlivými žádostmi o *leniency* je minimální, jak se stalo např. v případě kartelu výrobců peroxidu vodíku,<sup>129</sup> kde žádosti o *leniency* byly podány v rozestupu několika hodin.

#### 5.4 Vážení zájmů: program shovívavosti vs. žaloby na náhradu škody

Program *leniency*, jak se uplatňuje v Evropě, se setkává s celou řadou problémů a kritiky. Kromě těch, o kterých je pojednáno shora, jde o konflikt mezi veřejným (ochrana soutěže jako instituce) a soukromým (kompenzace utrpěné individuální škody) zájmem, jenž vzniká při realizaci programu shovívavosti a dalšího přístupu k prosazování soutěžního práva „importovaného“ na evropský kontinent z USA, kterým je soukromé vymáhání kartelového práva. Komise i další soutěžní úřady zdůrazňují, že cíl posílení soukromoprávní-

<sup>126</sup> WIESNER, T. *Der Kronzeuge im Kartellrecht*. Berlin: Logos, 2004, s. 120–128.

<sup>127</sup> Která není nic jiného než tacitní koluzí podniků (viz blíže např. WHISH, R. – BAILEY, D. *Competition Law*. Oxford University Press, 2012, s.573 an.). Tato otázka je však spíše teoretická, stejně jako samotný institut kolektivní dominance.

<sup>128</sup> Viz k tomu ZAGROSEK, R. *Kronzeugenregelungen im U.S.-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*. Baden-Baden: Nomos, 2005, s. 226.

<sup>129</sup> Rozhodnutí Komise č. 38.620 ze dne 3. 5. 2006 ve věci kartelu výrobců peroxidu vodíku a perborátu.

ho vymáhání soutěžního práva by neměl být uskutečňován na úkor efektivního veřejno-právního vymáhání.<sup>130</sup> Jenomže *leniency* program právě tento konflikt vyvolává.

Posílení práv poškozených totiž v zásadě znamená ohrožení pobídek pro podávání žádostí o *leniency*.<sup>131</sup> Žadatelé o *leniency* se zpravidla stávají primárním cílem žalobců. Motivaci oslabuje také presumpce vzniku škody (§ 4 ZNŠHS, čl. 17 odst. 2 směrnice 2014/104/EU). Někteří akademici navrhovali za účelem posílení motivace, přenést imunitu i na žaloby na náhradu škody: buď v podobě plné imunity, nebo povinnosti uhradit pouze 50 % z plné kompenzace s tím, že zbytek nahradí ostatní členové kartelu.<sup>132</sup> Problém však může vzniknout v případě, že žádost o *leniency* podali všichni nebo jediný nekooperující podnik odešel z trhu.

Dále utajení některých informací, jež je jedním z hlavních rysů programu shovívavosti a současně jedním ze základních stimulů k loajálnímu jednání (tj. doznání) soutěžního delikventa, znamená současně znevýhodnění či ohrožení zájmů stran, které byly dotčeny protiprávním jednáním kartelisty. Zachování utajení *leniency* dokumentů je tak hlavní prioritou pro soutěžní úřady.<sup>133</sup> Bez něj by byli případní žadatelé o *leniency* odstrašeni od podávání žádostí, čímž by soutěžní úřady byly zbaveny užitečného instrumentu. Doložení nároků poškozených na náhradu škody však předpokládá důkazy. Klíčovou roli mezi nimi hraje právě doznání spolupracujícího podniku, v němž označí základní skutkové okolnosti. Mají-li být nejen jeho osoba, ale i jeho žádost a další důkazní prostředky zachovány v utajení, pak to zpravidla brání poškozenému v uplatnění nároků a omezuje jeho právo na náhradu škody.

Pozoruhodná je na tomto problému okolnost, že, jak již bylo uvedeno, oba přístupy, tj. jak program shovívavosti, tak soukromé vymáhání kartelového práva, jsou postupy, které se postupně uskutečňují a rozvíjejí v Evropě během posledních cca 20 let za inspirace úpravou platnou v USA.

Je proto třeba vyjít ze situace, ve které americké právo tento konflikt veřejného a soukromého zájmu překonalo, respektive jej nepociťuje, a tak ve stručnosti shrnout základní charakteristické rysy, kterými se americká koncepce od evropské odlišuje.

Prvním základním rysem je trestněprávní povaha soutěžního řízení v USA včetně sankcí ve formě trestů odnětí svobody. Jestliže doznání znamená pro kartelistu beztrestnost, je pro něj americký program shovívavosti přitažlivější, než tomu je na evropském kontinentě, kde je jeho postihování podstatně mírnější. Přísnost řízení a z našeho pohledu „drakonické“ tresty jsou nejen nástrojem odstrašení soutěžitelů před protisoutěžním jednáním, ale současně s tím též zvyšují význam doznání.

Druhým rysem, kterým se americké soutěžní řízení od evropského správního řízení v soutěžních věcech, je hrozba několikanásobné náhrady škody jako soukromoprávní sankce. I tento rozdíl v přísnosti zvyšuje přitažlivost kooperace, neboť v případě doznání hrozí americkému spolupracujícímu podniku pouze „evropský“ rozsah náhrady škody, a nikoliv násobek jejího rozsahu. Rozsah finálně nesené náhrady škody se na evropském kontinentě nemění. Jediným rozdílem je, že v případě žalob ze strany odběratelů

<sup>130</sup> COMEMBLEY, C. – STEINVORTH, T. Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict between Leniency Programmes and Private Damages Actions. *JCLEP*. 2011, 2(4), s. 315, 320.

<sup>131</sup> KINST, P. – VAN DEN BERGH, R. The European Directive on Damages Actions: A Missed Opportunity to Reconcile Compensation of Victims and Leniency Incentives. *JCLE*. 2015, 12(1), s. 1, 12.

<sup>132</sup> *Ibidem*, s. 17.

<sup>133</sup> ANDREANGELI, A. Competition Law and Fundamental Rights. *Journal of European Competition Law & Practice*. 2017, Vol. 8, No. 8, s. 524, 525.

a dodavatelů může být žadatel o *leniency* žalován pouze těmi „svými“. Odpadá pro něj tedy v této části nutnost čekat na vypořádání mezi členy kartelu.

Otázka vážení veřejného a soukromého zájmu se stala jedním z úhelných kamenů praxe Soudního dvora EU. Ve svém rozsudku ve věci *Pfleiderer*<sup>134</sup> Soudní dvůr EU zpochybnil otázku absolutní ochrany spolupracujícího podniku přípustěním práva nahlížení do spisu poškozeného, a tím i účinnost německého programu shovívavosti. Podle Soudního dvora EU musí soudy zvážit, zda v konkrétním případě převládá veřejný zájem na ochraně žadatele o *leniency* v rámci veřejnoprávního prosazování či zda převládá soukromý zájem poškozených na odškodnění. Na tento rozsudek Soudní dvůr EU navázal ve svém rozsudku *Donau Chemie*,<sup>135</sup> v němž odsoudil absolutní zákaz<sup>136</sup> přístupu poškozených ke spisu. Soud musí mít možnost posoudit převažující zájem vždy v konkrétním případě.

Soudní dvůr EU tímto svým přístupem k soukromému zájmu spočívajícímu v prosazování nároku na náhradu škody vlastně mohl do jisté míry omezit i další rozvoj programu shovívavosti.

Tomu však zabránila směrnice 2014/104/EU, jejíž čl. 6 odst. 6 obsahuje paušální zákaz přístupu třetích stran k prohlášením učiněným v rámci žádosti o *leniency*. Tímto Evropská unie signalizuje prioritizaci správního vymáhání soutěžního práva před soukromými nároky na náhradu škody. Paušální zákaz ostatně obsahuje i české právo již od deváté novely ZOHS roku 2012 (viz § 21c odst. 4 ZOHS, po novele v souvislosti s implementací směrnice 2014/104/EU v odst. 5 a s ním související § 21ca ZOHS). Snahou ÚOHS však je vyloučit nejen přístup k prohlášením, ale i k dokumentům předloženým v rámci žádosti *leniency*. Otázkou je, do jaké míry jsou tyto dokumenty pro poškozeného vlastně nutné. Soutěžní úřady zpravidla neobjasňují způsobenou škodu. Protiprávnost jednání lze doložit rozhodnutím soutěžního úřadu. Zavinění ve formě nedbalosti je presumováno. Jediné, v čem by tak prohlášení a dokumenty z žádosti o *leniency* mohly případně pomoci, je příčinná souvislost. Ta je však díky čl. 17 odst. 2 směrnice 2014/104/EU, respektive § 3 ZNŠHS presumována.

Zatímco tedy soutěžní právo USA konflikt mezi veřejnoprávním a soukromoprávním vymáháním soutěžního práva překonalo a oba nástroje působí v symbióze, evropské právo zatím tuto symbiózu a vybalancování soukromého a veřejného zájmu postupně hledá.

## 5.5 Právo na soukromí

Nad rámec zpřístupňování žádosti o *leniency* ze spisu souvisí s otázkou poskytování informací v rámci *leniency* programu a jejich případného zveřejnění v rámci rozhodnutí soutěžního úřadu i právo na soukromí ve smyslu čl. 8 EÚLP. Touto otázkou se zabýval i SDEU ve své nedávné judikatuře. V ní rozlišuje mezi doslovnou citací z dokumentů předložených v rámci žádosti o *leniency* a doslovnou citací z prohlášení učiněných v rámci *leniency* programu. Zatímco první kategorii lze zveřejnit poté, co byl odstraněn zdroj, druhá kategorie je před zveřejněním chráněna zcela.<sup>137</sup> Podnik se dle SDEU také v souvis-

<sup>134</sup> Rozsudek Soudního dvora EU C-360/09 ze dne 14. 6. 2011 ve věci *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, ECR [2011] I-5161.

<sup>135</sup> Rozsudek Soudního dvora EU C-536/11 ze dne 6. 6. 2013 ve věci *Bundeszweibewerbsbehörde v. Donau Chemie AG a další*, ECR [2013].

<sup>136</sup> V daném případě se nejednalo o zákaz stanovený přímo zákonem. Zákon pouze konstatoval, že k přístupu ke správnímu spisu je třeba souhlasu všech účastníků řízení. V případě řízení o náhradě kartelové škody se to však rovná zákaz absolutnímu.

<sup>137</sup> Rozsudek SDEU č. C-162/15 P ze dne 14. 3. 2017 ve věci *Evonik Degussa v. Komise*, ECR, bod 87.

losti s čl. 8 EÚLP nemůže dovolávat poškození svého dobrého jména (tím, že se doznal k účasti na kartelu), když to je důsledkem jeho vlastního protiprávního jednání. To ostatně potvrzuje i judikatura ESLP.<sup>138</sup> SDEU k tomu dále dodal, že jediná ochrana, které se členovi kartelu, který podal žádost o *leniency*, dostane je imunita nebo snížení pokuty a nezpřístupnění prohlášení (a případě dokumentů) v rámci žádosti o *leniency*.<sup>139</sup>

## Závěry, shrnutí

### a) Podstata programu shovívavosti a důvody jeho zavedení

Program shovívavosti je vybudován na myšlence osvobozujícího účinku doznání podniku porušujícího soutěžní právo svými protisoutěžními praktikami. Uvedení této myšlenky v život je založeno na pragmatické úvaze vycházející ze zkušenosti, že doznání vede k rozkrytí sítě kartelů a jejich následků účinněji než používání dosavadní tradiční metody, jejímž páteřním principem jsou princip oficiality a zásada obžalovací. Jinak řečeno, doznání kartelisty přinese více užitku než poctivé vyšetřování.

### b) Právní stránka průlomového řešení

Přijetí doznání jako koruny důkazů znamená potlačení principu oficiality a obžalovací zásady jako úhelných kamenů administrativního vyšetřování protisoutěžních jednání a současně ve svých důsledcích vede k určitému omezení zásady rovnosti před zákonem. Ekonomické výhody nenarušené soutěže převažují nad principy tradičního právního státu. Spolupracující delikvent je odměněn anonymitou a beztrestností.

### c) Transplantát z právního řádu USA

Program shovívavosti je americký právní institut fungující v odlišném právním prostředí. Jeho atraktivita je podmíněna povahou antimonopolního řízení, které je trestněprávním procesem, a kontextem trestního práva hmotného. Jeho mimořádná přitažlivost je v USA dána možností úniku před extrémními sankcemi ve formě trestu odnětí svobody a několika násobné náhrady škody, které jsou právu členských států EU neznámé.

### d) Privatizace soutěžního práva (soutěžního procesu)

Obdobně jako v trestním řízení, do něhož jsou transplantovány prvky soukromé iniciativy (viz např. narovnání), je soutěžní právo vedle soukromoprávního vymáhání podstatně výraznějším způsobem „privatizováno“ zavedením programu shovívavosti. Na rozdíl od trestního řízení doznání zde znamená nikoliv jen polehčující okolnost, ale často i totální osvobození.

### e) Řešení ústavněprávní problematiky

Z hlediska významu určitého potlačení některých principů ústavního práva není zavedení doznání jako koruny důkazů v administrativním procesu ve srovnání s prvky soukromé iniciativy v řízení trestním tak zásadním přelomem. Zákonná úprava programu shovívavosti vyhovuje formálním požadavkům právního státu.

<sup>138</sup> ANDREANGELI, A. Competition Law and Fundamental Rights, s. 525.

<sup>139</sup> Rozsudek SDEU č. C-517/15 P ze dne 26. 7. 2017 ve věci *AGC Glass Europe et al. v. Komise*, ECR, bod 81.

## f) Koordinace programu shovívavosti v unijním rámci

Decentralizovaný výkon regulace soutěže trpí některými nedostatky vyvolanými nedokonalou úpravou obsaženou v nařízení č. 1/2003. Je proto třeba zavést povinnost automatického uznávání rozhodnutí kartelových úřadů a zásadu zákazu překážky litispendence.

## g) Konflikt se soukromým zájmem na náhradu škody

Veřejný zájem na fungování nerušené soutěže se dostává zavedením ochrany spolupracujícího podniku do konfliktu se zájmem subjektů, které kartelista svým protisoutěžním jednáním poškodil. Utajení dokumentace je překážkou substancializace jejich nároků na náhradu škody. Tento problém<sup>140</sup> je možno řešit dvěma způsoby.

Jednak podmíněním osvobozujících účinků příslibem náhrady škody, jednak oslabením ochrany rozhodnutím soudu, pro něž by měly být rozhodující nejen význam deliktu spolupracujícího podniku a doznání pro objasnění tohoto deliktu, ale i rozsah způsobené škody a postavení poškozeného.

---

<sup>140</sup> Srov. např. KOCH, R. Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht: Public vs. private enforcement. *Juristenzeitung*. 2013, No. 8, s. 390, 398. Zásadně odlišné řešení tohoto problému zná Švýcarsko. Podle tamní úpravy má poškozený postavení účastníka řízení vedeného soutěžním úřadem (*Wettbewerbskommission*) – viz DENOTH, S. *Kronzeugenregelung und Schadenersatzklagen in Kartellrecht*. Zürich – St. Gallen, 2012, 325.

## **Leniency Program – a New Paradigm in the Czech Competition Law – Substance and a Partial Evaluation**

Luboš Tichý – Petra Joanna Pipková – Miloš Kocí

Abstract: The aim of this paper is to analyse the significance of the leniency program as a legal instrument considered a very significant tool for combating cartels. The authors first deal with the very principles, on which the leniency program is built. Then they compare the most important jurisdictions where leniency programs play a crucial role (the United States, the European Union and Germany), with the Czech leniency program, where the instrument has not yet gained such importance. Finally, the author's subject the leniency program to a proportionality test, particularly in relation to the constitutionally guaranteed rights and the individual interests of the victims of cartel practices for compensation.

Key words: leniency program, prisoner's dilemma, proportionality test, prohibition of self-incrimination