



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jany Kubenové v právní věci žalobce: **HUSKY CZ s.r.o.**, se sídlem Praha 4, Hutská 2985/5, zastoupený Mgr. Daliborem Franzem, advokátem se sídlem Praha, Na Kozačce 1289/7, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28.1.2011, č.j. ÚOHS-R84/2009/HS-1260/2011/310/KPo,

t a k t o :

- I.** Žaloba se **z a m í t á**.
- II.** Žalovanému se náhrada nákladů řízení **n e p ř i z n á v á**.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce brojí žalobou proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28.1.2011, č.j. ÚOHS-R84/2009/HS-1260/2011/310/KPo, kterým byl zamítnut rozklad a potvrzeno předchozí rozhodnutí žalovaného vydané v prvním stupni správního řízení č.j. ÚOHS-S076/2008/KD-5304/2009/820 ze dne 11.5.2009.

I. Podstata věci

Žalovaný dospěl ve správním řízení k závěru, že žalobce se v rámci telefonického rozhovoru či na ústním jednání s jednotlivými svými odběrateli provozujícími internetové obchody dohodl na výši jejich minimální prodejní ceny, která se rovnala doporučené maloobchodní ceně vč. DPH – 8 %, kdy uzavření a plnění těchto ústních

dohod bylo prokázáno vzájemnou elektronickou komunikací ve vztahu ke konkrétně vyjmenovaným odběratelům, přičemž dodržování maximální slevy 8 % z doporučených maloobchodních cen účastník řízení v následujícím období kontroloval a považoval za podmínku vzájemné spolupráce od data 19. 3. 2007, uzavřel a plnil zakázané dohody o přímém určení cen pro další prodej, které mohly vést k narušení hospodářské soutěže na trhu velkoobchodní distribuce zboží pro outdoorové vybavení. Tím podle žalovaného v období od 19. 3. 2007 do 11.5.2009 porušil zákaz uvedený v § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOHS“).

Žalobce tedy podle žalovaného se svými odběrateli uzavíral a plnil zakázanou (kartelovou) vertikální cenovou dohodu. Za to mu žalovaný uložil pokutu ve výši 2 316 000,- Kč.

II. Shrnutí žalobních bodů

Žalobce podrobně argumentuje k jednotlivým listinám, o které žalovaný svůj závěr opřel, na nichž je zachycen obsah e-mailové komunikace („e-mailů A“ až „e-mailů O“) mezi žalobcem a jeho odběrateli, a namítá, že z ničeho nevyplývá, že by žalobce jakoukoli dohodu o určení cen uzavřel.

Žalobce pouze zasílal doporučené maloobchodní ceny, z ničeho nelze dovozovat, že by se odběratelé cítili být domnělou dohodou vázáni, že by se obávali sankcí za její nedodržení a že by e-mailům předcházelo ústní uzavření dohody, tj. že by k datům, z nichž pochází vybraná korespondence, byla uzavřena zakázaná dohoda o určení cen.

Pokud se vybraní odběratelé řídili doporučenými cenami od žalobce, nelze to klást za vinu samotnému žalobci, který neměl na rozhodování odběratelů prokazatelný vliv.

Pokud byly žalobci ze strany jeho odběratelů podávány informace o cenové politice jiných odběratelů, bylo to jejich iniciativou a žalobce s tím nemůže být prokazatelně spojován.

Částečně žalovaný opřel své závěry o interní korespondenci žalobce; z ní nelze dovozovat, že by žalobce vymáhal domnělou dohodu. Sdělení, která nebyla určena odběratelům a nebyla na ně ani aplikována, nemohou být brána jako důkaz o uzavření dohody.

Z odpovědí žalobcových odběratelů (žalovaný požádal 40 odběratelů o poskytnutí podkladů a informací) jasně plyne, že tito uzavření dohody nepotvrdili, ale každý z nich navíc uvedl, že se jednalo pouze o ceny doporučené. To žalobce dokládá čestnými prohlášeními odběratelů, která přiložil k žalobě, a notářským zápisem osvědčujícím, že v době, ve které mělo dojít k protisoutěžnímu jednání, byly ve

srovnávači internetových cen prověřovány ceny žalobcova zboží a ceny byly odlišné. Je tedy zjevné, že k uzavření zakázané dohody dojít nemohlo.

Žalobce zpochybňuje rovněž výklad záznamu telefonického hovoru ze dne 27.4.2007; není z něj patrné, že by žalobce odběrateli sdělil, že by prodávání za uvedené ceny bylo jakkoli závazné nebo že by bylo sankcionováno.

Nadto žalobce s poukazem na prejudikaturu nesouhlasí ani s použitím tohoto záznamu jako důkazu, neboť záznam byl pořízen bez vědomí zaměstnancem žalobce, který měl být účastníkem tohoto hovoru. Z toho žalobce dovozuje nezákonnost postupu žalovaného při opatřování si důkazu.

Žalobce rovněž zpochybňuje stanovení jeho podílu na relevantním trhu. Žalovaný vycházel z nedostatečných informací, pouze porovnával žalobcův obrát s obraty dvanácti jiných soutěžitelů, které považoval za jeho konkurenty. Ve skutečnosti je podíl žalobce na relevantním trhu podstatně nižší.

Žalobce napadá i závěr žalovaného ohledně výše uložené pokuty. Žalobce se nikdy v minulosti obdobného jednání nedopustil. Pokuta odpovídá roční výši tržeb v oblasti internetového prodeje. Žalovaný nesprávně zhodnotil i závažnost jednání, když sám konstatoval, že hospodářská soutěž žalobcovým jednáním narušena nebyla.

Žalobce navrhuje napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení. Na svém procesním stanovisku setrval žalobce po celou dobu řízení před zdejším soudem.

III. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření setrvává na závěrech, které prezentoval již v napadeném rozhodnutí, na toto rozhodnutí odkazuje a žalobní argumentaci považuje za nedůvodnou. K některým žalobním argumentům žalovaný přináší svoji opačnou argumentaci, která se věcně kryje s argumentací použitou v odůvodnění napadeného a jemu předcházejícího rozhodnutí, ve zbytku odkazuje na napadené rozhodnutí.

Žalovaný navrhuje žalobu jako nedůvodnou zamítnout. I žalovaný setrval na svém stanovisku v průběhu celého řízení před zdejším soudem.

IV. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.). Žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. vymezen v žalobě uplatněnými žalobními body.

Žaloba není důvodná.

IV.1.

Pokud jde o záznam telefonického hovoru ze dne 27.4.2007 mezi pány J. K. a R. P., nejedná se podle zdejšího soudu o nezákonně pořízený důkaz. Žalobce sice argumentuje judikaturou Ústavního soudu, to však není judikatura ani nejprůběhavější, ani vyčerpávající.

Je už notorií, že na oblast správního trestání se použijí zásady práva trestního. Při konstantně interpretované nedůvodnosti rozlišování formy „trestního obvinění“ ve smyslu čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, vyhlášené sdělením federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb. (dále jen „Úmluva“), na „obvinění z trestných činů“ a „obvinění z jiných deliktů“ se v případě správního procesu při odhalování a postihování protisoutěžního jednání nutně musí uplatnit principiálně stejné garance subjektivních práv jako v případech odhalování a postihování trestných činů; v obdobných případech musí platit obdobná základní pravidla, jimiž jsou taková subjektivní práva garantována. Neexistuje totiž zřetelná a nepřekročitelná hranice mezi trestním právem a úpravou správních deliktů a konkrétní subsumpce deliktu pod některou z těchto oblastí má toliko relativní hodnotu; zohledňovat je třeba obecný charakter příslušné normy a preventivní i represivní účel sankce a příslušnému správnímu deliktu přiznávat povahu trestní ve smyslu čl. 6 Úmluvy bez ohledu na zkoumání dosažení určitého stupně závažnosti či společenské nebezpečnosti, tu rozhodující pro kvalifikaci jednání jako trestný čin. Pokud by např. podle závěru Evropského soudu pro lidská práva, jaký učinil ve věci *Öztürk* (rozhodnutí ze dne 21.2.1984; jednalo se o případ, kdy bylo napadáno rozhodnutí o spáchání správního deliktu porušením pravidel provozu na pozemních komunikacích), bylo v rozporu s předmětem a cílem článku 6 Úmluvy umožnit státu, aby odstranil z dosahu tohoto ustanovení celou skupinu deliktů, které bude charakterizovat jako „lehké“ a tedy nikoli jako trestné činy, pak by bylo dle zdejšího soudu v témže rozporu odstraňovat z téhož dosahu skupinu deliktů, jež coby delikty protisoutěžního charakteru kodifikuje samotná Smlouva ES (tu v čl. 81 věcně odpovídajícimu § 3 ZOHS a § 3 předchozího ZOHS), byť nejsou považovány za trestné činy.

Základní pravidla garantující nezbytnou míru subjektivních práv jednotlivců aplikovatelná v oblasti práva trestního je tedy důvodu aplikovat i na oblast deliktního práva správního; tento závěr potvrzuje i další judikatura Evropského soudu pro lidská práva (např. rozhodnutí ve věcech *Schmautzer*, *Umlauf*, *Gradinger*, *Pramstaller*, *Palaoro* a *Pfarrmeier* ze dne 23.10.1995). Toto pojetí je pak plně aprobováno i tuzemskou judikaturou ve věcech správního trestání (pro posouzení této právní věci je významným rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 5A 164/2002 ze dne 22.2.2005 – č. 832/2006 Sb. NSS, dále srov. např. rozsudek téhož soudu ve věci sp. zn. 8 As 17/2007 ze dne 31.5.2007).

Do oblasti deliktního práva správního lze přitom nepochybně řadit i právo protikartelové, obsažené v § 3 a násl. ZOHS. Tento závěr dle zdejšího soudu zřetelně

vyplývá z nálezu Ústavního soudu ve věci II. ÚS 192/05, který se zabýval zneužitím dominantního postavení podle ZOHS (tedy druhou z obou forem deliktního protisoutěžního jednání popsaných v ZOHS), který dovodil, že pravidla aplikovatelná na oblast soudního trestání (v oblasti trestního práva) se aplikují i ve sféře správního trestání (tu v oblasti správního soutěžního práva), a odkázal na obdobné závěry, jaké učinil Ústavní soud v nálezech ve věcech Pl. ÚS 21/96 a III. ÚS 611/01 a shodně též Nejvyšší správní soud v rozsudku ve věci sp. zn. 6 A 126/2002. Obdobný závěr ohledně obecné aplikovatelnosti zásad práva trestního na deliktní řízení správní ve věcech hospodářské soutěže je podáván i z rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Stenuit* ze dne 27.2.1992.

V oblasti práva trestního je přípustnost audiovizuálních záznamů provedených soukromými osobami pro potřeby dokazování akceptována, nevybočí-li pořizovatel z určitých limitů. Zmínit lze například usnesení Nejvyššího soudu ze dne 3. 5. 2007, sp. zn. 5 Tdo 459/2007, ve kterém se konstatuje, že „... s ohledem na ustanovení § 89 odst. 2 tr. ř. zásadně nelze vyloučit možnost, aby byl k důkazu použit i zvukový záznam, který byl pořízen soukromou osobou bez souhlasu osob, jejichž hlas je takto zaznamenán ... Přípustnost takového důkazu je však nezbytně vždy posuzovat též s ohledem na respektování práva na soukromí zakotveného v čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a práva na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí ve smyslu čl. 7 odst. 1 a čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv a svobod“. Obdobně Nejvyšší soud judikoval například v usneseních ze dne 23. 7. 2008, sp. zn. 5 Tdo 769/2008 a ze dne 25. 11. 2009, sp. zn. 3 Tdo 1340/2009.

V oblasti správního trestání (v oblasti správního práva trestního) Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28.11.2007, č.j. 7 As 7/2007 – 631, připustil jako zákonné využití utajené nahrávky jednání taxikáře, pořízené novináři, ovšem s odkazem na zpravodajskou licenci. V rozsudku ze dne 5.11.2009, č.j. 1 Afs 60/2009 – 119, se také zabýval použitím utajeně pořízeného záznamu jako důkazu ve správním řízení, v tomto případě jej však pořídil sám správní orgán. Tu Nejvyšší správní soud dovodil, že „...V českém právním řádu neexistuje žádný právní základ pro utajené pořizování audiovizuálních nahrávek orgány veřejné moci pro účely správního řízení, pokud tyto zasahují do „soukromého života“ fyzických osob. Takovýmto základem v žádném případě nemůže být § 51 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, podle něhož k provedení důkazů lze užít všech důkazních prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy. Protože neexistuje žádný právní základ pro výkon pravomoci pořizovat v utajení audiovizuální či obdobné záznamy zasahující do soukromého života fyzických osob, činí to nevyhnutelně eventuální pořizování obdobných nahrávek náchylným ke svévolnému zásahu. Důkaz audiovizuální nahrávkou dané jízdy vozidlem stěžovatele byl proto pořízen v rozporu se zákonem...“. Nejvyšší správní soud dále argumentuje v reakci na odkaz Městského soudu v Praze na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 11.5.2005, sp. zn. 30 Cdo 64/2004 (podle kterého hovory fyzických osob, ke kterým dochází při výkonu povolání, při obchodní či veřejné činnosti, zpravidla nemají charakter projevů osobní

povahy a důkaz zvukovým záznamem takového hovoru proto není v občanském soudním řízení nepřipustný, viz výše), upozorněním, že „...*Ve smyslu čl. 8 Úmluvy totiž nutno rozlišovat pořizování obdobných záznamů ze strany soukromých osob na jedné straně a pořizování záznamů ze strany veřejné moci na straně druhé ... přípustnost použití důkazu pořízeného soukromou osobou je z komparativního hlediska obvyklá též v řízení veřejnoprávním*“. Nejvyšší správní soud pak argumentaci doplňuje i odkazem na svůj dřívější rozsudek ze dne 28.11.2007, č.j. 7 As 7/2007 – 3, a uvádí, že „...*Podle tohoto rozsudku totiž důkaz videozáznamem, který pořídily soukromé osoby (zde novináři z titulu zpravodajské licence) k podpoře věrohodnosti uveřejněných tiskových sdělení, není ve správním řízení, jakož i v řízení před správními soudy, nepřipustný. Ve věci sp. zn. 7 As 7/2007 šlo tedy o důkaz videozáznamem pořízeným nikoliv orgány veřejné moci, ale soukromými osobami, a to zcela nezávisle na těchto orgánech. Tím jde ale o situaci naprosto odlišnou od situace řešené v nyní projednávané věci...*“. Nejvyšší správní soud tak upozornil na ústavní zásadu, že státní moc lze uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon (čl. 2 odst. 3 Ústavy), zároveň ale pootevřel cestu i k akceptování soukromě pořízených nahrávek jako důkazu ve správním řízení.

Právě uvedené se stalo východiskem posuzování tohoto žalobního bodu zdejším soudem. Podstatný je však pro posouzení důvodnosti tohoto žalobního bodu též závěr, k němuž Nejvyšší správní soud dospěl ve svém rozsudku ze dne 18. 11. 2011, čj. 2 As 45/2010-68. V něm se zabýval přípustností důkazu kamerovým záznamem a dovodil, že i za situace, kdy kamerový záznam pořízený soukromou osobou, který zasahuje do sféry osobnostních práv zaznamenané osoby, nebyl pořízen s jejím souhlasem či v souladu se zákonnými výjimkami, není jeho použitelnost pro potřeby dokazování ve správním řízení zcela vyloučena. V těchto případech je vždy nutno poměřit legitimitu cíle, kterého mělo být pořízením záznamu dosaženo, na straně jedné a přiměřenost užitého postupu na straně druhé. Je tak vždy nutno uvážit, zda v konkrétním případě může nad ochranou osobnostních práv dotčeného subjektu převážet zájem společnosti na objasnění a potrestání deliktů jednání a především pak ochrana ústavně zaručených práv pořizovatele takového záznamu.

Ze shora uvedeného tedy plyne, že za situace, kdy to není sám správní orgán, kdo by takovou nahrávku tajně pořídil, není vyloučeno, aby audiozáznam mohl být ve správním řízení pro potřeby dokazování použit. Je však třeba provést test ohledně legitimacy cíle, jehož mělo být pořízením záznamu dosaženo, a přiměřenosti takového postupu.

Východiskem takového testu je pro zdejší soud usnesení Ústavního soudu ze dne 8. 2. 2010 ve věci sp. zn. IV. ÚS 2425/09, kde Ústavní soud k tvrzenému nezákonnému pořízení důkazu záznamem z průmyslové kamery použitému v trestním řízení mimo jiné uvedl, že „...*lze dát zapravdu stěžovateli, že monitorování veřejného místa kamerou a následné pořízení trvalého záznamu spadá pod ochranu poskytovanou článkem 10 Listiny a článkem 8 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen "Úmluva"). Obecně je pro účely hodnocení, zda došlo k nedovolenému zásahu do*

soukromí ze strany orgánů veřejné moci, nutno zkoumat, zda byla zaznamenána soukromá záležitost či veřejná událost a zda byl získaný materiál určen pro omezené použití či měl být dostupný široké veřejnosti (...) Běžné použití bezpečnostních kamer samo o sobě, ať na ulici nebo v prostorách jako nákupní centrum nebo policejní stanice, kde slouží legitimnímu a předvídatelnému účelu, není problematické z pohledu článku 8 odst. 1 Úmluvy. Poškozený instalováním průmyslové kamery na veřejném místě sledoval legitimní cíl, tj. ochranu svého majetku a odhalení pachatele trestného činu, který by se jej osobně dotýkal. Pořízený záznam byl pak využit jen pro nezbytně nutný účel (prokázání viny stěžovatele v trestním řízení) a nebyl nijak zneužit, např. veřejným zpřístupněním záznamu, znevažováním stěžovatele ve sdělovacích prostředcích apod. Lze tedy uzavřít, že instalace průmyslové kamery a záznam jejím prostřednictvím získaný nenaplní znaky porušení stěžovatelova ústavně zaručeného práva na ochranu soukromí.“ Podstatné přitom je, že Ústavní soud tuto úvahu založil na premise, dle které nestanoví-li právní předpis (trestní řád) žádnou kategorizaci vad, jimiž může být zatíženo dokazování, je nutné „...nepoužitelnost důkazů vyvozovat v každém konkrétním případě zvlášť, a to především s ohledem na charakter vady řízení, vliv na konkrétní důkaz a význam tohoto důkazu pro řízení...“.

Ve věci právě posuzované pořídil záznam R. P., který podle napadeného rozhodnutí žalovaného spolupracuje s I. P., která byla v době pořízení záznamu žalobcovým odběratelem. Je nepodstatné, na základě čeho R. P. takto spolupracoval; na jednání zdejšího soudu dne 19.4.2012, k němuž byl předvolán jako svědek, prohlásil, že I. P. je jeho matka, s níž jako student spolupracoval tak, že jí při jejím podnikání „pomáhal“, což nikdo nezpochyboval a zdejší soud proto nepřipustil otázky žalobce na svědka týkající se toho, zda byl v pracovněprávním poměru či jakého druhu byl vztah, který by odůvodňoval jednání jménem I. P., popř. zda k němu byl vůbec v té době oprávněn. I kdyby snad z pohledu soukromoprávního nemohl úkon svědka „za odběratele“ bez dalšího vyvolat právní účinky, fakt, že svědek se žalobcovým odběratelem jako rodinný příslušník jakkoli spolupracoval, z jeho jednání činí jednání jménem odběratele – a takto bylo jeho postavení chápáno i tomu, komu tento svědek telefonoval (konkrétnímu zástupci žalobce, na něhož byl u žalobce hovor přepojen).

Ze zvukového záznamu, který byl na jednání zdejšího soudu přehrán, totiž vyplynulo, že telefonoval žalobci jménem jeho odběratele „Popina“. Takto svoji pozici volajícího vysvětlil J. K., na kterého byl přepojen, z toho muselo být volanému jasné patrné, že volá za tohoto odběratele, také s ním jako se zástupcem odběratele jednal, když s ním řešil obchodní otázky týkající se dodávek žalobcova zboží v internetovém obchodě. Ze zvukového záznamu je rovněž patrné, že volaný nezpochyboje, že již v minulosti spolu tyto dvě osoby telefonicky komunikovaly, a též v návaznosti na tuto předchozí komunikaci spolu i během tohoto telefonického rozhovoru obě osoby komunikovaly jako dodavatel a odběratel.

R. P. byl tedy v rámci testu legitimacy cíle a přiměřenosti postupu, jak byl vytčen shora, vyslechnut k okolnostem, za nichž byla nahrávka pořízena. Nebylo třeba dokazovat obsah nahrávky, a proto zdejší soud nepřipustil otázky žalobce na svědka týkající se této otázky, ani nepovažoval za potřebné dokazovat výsledkem druhého

účastníka této komunikace, tedy J. K.; z jeho pohledu jsou totiž okolnosti pořízení nahrávky zřejmé: R. P. telefonoval žalobci a na J. K. byl tento hovor u žalobce přepojen. Proto byl návrh na doplnění dokazování výsledkem J. K. zamítnut.

Svědék uvedl, že tato nahrávka byla pořízena s využitím mobilního telefonu za situace, kdy oni (rozuměno odběratel žalobce, kterým byla svědkova matka) „... *prodávali zboží moc levně, museli dodržet nastavené ceny...*“ a kdy svědek před pořízením této nahrávky se svojí stížností na takový postup telefonicky kontaktoval žalovaného (Úřad pro ochranu hospodářské soutěže) a následně komunikoval s jeho zaměstnancem Alešem Drbalem, který mu doporučil, aby o tom, co je předmětem jeho stížnosti, předložil doklady, ze kterých by byla povinnost dodržovat ceny zřejmá. Svědek v kontaktu se žalovaným, kdy si na jednání žalobce stěžoval, uváděl, že „...*nikdo tento požadavek nedá do mailu...*“, na základě toho mu bylo doporučeno, aby pořídil „...*přepis hovoru, nahrávku hovoru a podobně...*“.

Přestože z výsledku svědka vyplynulo, že bezprostředním motivem k pořízení nahrávky byl výsledek postěžování si na žalobcovy praktiky u žalovanému, kdy takový postup byl svědkovi ze strany žalovaného doporučen, nelze dovozovat, že by se svědek stal „nástrojem žalovaného“, prostřednictvím kterého se žalovaný snažil získat nahrávku pro své vlastní šetření. Doporučení pořídít si nahrávku jako jeden z možných způsobů zachycení obsahu požadavku na dodržování cen pro další prodej navazovalo na potřebu svědka efektivně si na tyto praktiky stěžovat. Byl to svědek, kdo sám žalovaného vyhledal, nikoli žalovaný, kdo by takto iniciativně nahrazoval nedostatek vlastní pravomoci pořídít si nahrávku v průběhu šetření. Ze svědkova popisu situace před pořízením nahrávky nelze dovozovat, že svědek se dostal do pozice aktivní osoby provokující u žalobce pokyn k dodržování cen v důsledku takto aktivně podávaného pokynu žalovaného. Ze svědkovy odpovědi k dotazu žalobce vyplynulo, že žalovaný pořízení záznamu telefonátu neuváděl jako jedinou možnou variantu doložení svědkových tvrzení, kdy si na postup žalobce stěžoval. Pro případ, že svědek pořídí záznam telefonického hovoru, žalovaný podle odpovědi svědka ani nikterak blíže neinstruoval k tomu, co má být předmětem telefonického hovoru – na co se má ptát, jak a o čem má v telefonu hovořit. Obsah „rady“ či „doporučení“ poskytnutého žalovaným před pořízením záznamu hovoru svědek reprodukoval tak, že „...*potřebovali podklady... potřebovali smlouvu, e-mail, telefon nebo záznam... potřebovali důkaz*“. K dotazu, zda svědek obdržel bližší doporučení, jak má takový „důkaz“ vypadat, svědek odpověděl v tom směru, že konkrétní návod v tomto smyslu neobdržel.

Z pohledu okolností vzniku záznamu má zdejší soud za prokázané, že záznam byl pořízen v rámci obchodního vyjednávání, kdy osoba pořizující záznam je osobou na straně odběratele zboží dodávaného žalobcem, která hodlala poukázat na praktiky, které jej coby odběratele při podnikatelské činnosti omezovaly. Vztah mezi osobou, která záznam pořídila, a žalobcem, za kterého v rámci tohoto telefonátu vystupoval Jiří Kameník, je vztahem na stejné úrovni, horizontálním (myšleno nikoli dodavatelsko-odběratelsky, nýbrž hierarchicky).

Přestože telefonát byl v tomto konkrétním případě nepochybně veden s úmyslem jej zaznamenat, jak vyplynulo z jeho obsahu i z výslechu svědka, tento úmysl vznikl poté, co osoba zaznamenávající hovor se cítila být předchozím postupem žalobce ve své podnikatelské činnosti omezena, přitom žalovaným byl tento postup jako jeden z postupů v úvahu přicházejících doporučen, aniž by ovšem žalovaný osobu pořizující tento záznam konkrétně instruoval v tom směru, aby z pořízeného záznamu mohl vyplynout důkaz, kterého by žalovaný mohl ve správním řízení využít.

Nahrávka (záznam) tedy nebyla utajeně pořízena orgánem veřejné moci, ani jím předem cíleně „nastrčeným“ subjektem. Nahrávka byla pořízena jedním ze dvou obchodních partnerů, kteří na ní hovoří.

Ať už by pořízením záznamu bylo dotčeno osobnostní právo utajeně zaznamenávaného či nikoli (to je otázkou z pohledu věci nyní posuzované nepodstatnou), nejde o důkazní prostředek principiálně nepoužitelný – nezákonný.

Posuzuje-li zdejší soud přiměřenost užitého postupu, pak podstatné v rámci tohoto posouzení je, že nahrávka byla použita dle názoru toho, kdo záznam pořídil, jako prakticky jediný možný prostředek, kterak se efektivně domáhat ochrany u žalovaného před jednáním, které zaznamenávajícího při výkonu jeho podnikatelských aktivit (aktivit osoby, se kterou spolupracoval) omezovalo. Ze záznamu pak také skutečně plyne jeden z důkazů, na základě kterých žalovaný dovodil u žalobce protiprávní jednání. Je-li tedy dán konflikt jednoho ze základních práv garantovaných Listinou základních práv a svobod, tedy práva na ochranu soukromí (čl. 7 odst. 1) na jedné straně, a zájmu společnosti na ochraně před deliktním jednáním a na tom, aby tato jednání byla odhalena a potrestána, na straně druhé, pak tato konfrontace práva na ochranu soukromí zaznamenané osoby s taktéž ústavně zaručenými právy (zejména v čl. 7 odst. 1, čl. 10 Listiny) osoby, která záznam pořídila pro potřeby své efektivní ochrany u žalovaného, ve věci právě posuzované nemůže znamenat, že by uvedený záznam nemohl jako důkazní prostředek sloužit. Připouští-li Listina průlom do základního práva na ochranu soukromí, a sice pouze v zájmu jiného základního práva či svobody, a to v nezbytně nutném rozsahu, pak pořízení záznamu a jeho předání žalovanému za účelem ochrany práv souvisejících s realizací hospodářské aktivity za podmínek férové hospodářské soutěže takový nezbytný rozsah podle zdejšího soudu nepřekračuje.

Má-li zdejší soud (nález Ústavního soudu ze dne 12. 9. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94) zkoumat, zda byly využity všechny možnosti minimalizace zásahu do základního práva druhého, pak zdejší soud přikládá klíčový význam tomu, že to byla skutečně nahrávka, která za situace, kdy možnosti slev z doporučených cen byly mezi žalobcem a jeho odběrateli běžně komunikovány telefonicky, což vyplývá i ze samotného průběhu hovoru, mohla jediné dokumentovat postoj žalobce k otázce slev z jím doporučených cen.

Dále je klíčové, že tato nahrávka neměla být využita k žádnému jinému účelu a z ničeho ani neplyne, že by k jinému účelu využita byla. Nahrávka nebyla zveřejněna a nebylo s ní zacházeno způsobem, který by ve vztahu k utajeně zaznamenanému mohl

vyvolat jakýkoli difamující účinek. Ani takový pouhý úmysl osoby, která nahrávku pořídila, z ničeho dovozovat nelze.

Dále je podstatné, že se nahrávka týká výlučně obchodních otázek spolupráce mezi žalobcem a jeho odběratelem, tedy že na ní není zachycen rozhovor, který by se v jakémkoli směru týkal záležitostí osobních. Je na ní zachycen rozhovor mezi dvěma podnikateli – je zřejmé, že ten, kdo pořizoval nahrávku, tak činil výlučně ve styku hospodářském, přitom ten, kdo na nahrávce za žalobce hovoří, je osobou, která v hospodářském styku za žalobce jedná.

V rámci testu proporcionality zdejší soud za podstatné považuje i to, že z ničeho rovněž neplyne, že by snad pořízení nahrávky vzniklo v rámci trvalejšího monitoringu aktivit žalobce ze strany toho, kdo nahrávku pořídil, nebo v rámci „obvyklých“ postupů toho, kdo nahrávku pořídil (tj. že by tomu, kdo nahrávku pořídil, snad činilo běžné potěšení zaznamenávat si hovory, vzájemně je kombinovat a zneužívat je); pořízení nahrávky tak nelze považovat za cílené (a už snad z tohoto důvodu za nepřiměřené) narušování soukromí toho, kdo za žalobce hovořil.

Není-li tedy pořízení nahrávky vrchnostenským zásahem do soukromého života (žalovaný toho, kdo nahrávku pořídil, ani cíleně k usnadnění své procesní situace nenabádal k jejímu pořízení) a byla-li za právě zmíněných okolností pořízena ve vztahu mezi jednotlivci v rámci obchodního styku, pak má-li zdejší soud nalézt spravedlivou rovnováhu mezi obecným zájmem a zájmem jednotlivce (Evropský soud pro lidská práva ve věci „*Botta proti Itálii*“, stížnost č. 21439/93), ve věci právě posuzované ji nalézá v přípustnosti záznamu jako důkazního prostředku.

Ze shora uvedených nosných důvodů tedy zdejší soud považuje záznam telefonického hovoru za přípustný důkazní prostředek.

IV.2.

Pokud jde o skutečnosti plynoucí z nahrávky v otázce posouzení žalobcova jednání z pohledu ZOHS, důkaz z ní podávaný není nosným důkazem ve vztahu k tomu, co je žalobci kladeno za vinu (ve vztahu ke 22 odběratelům uvedeným ve výroku prvostupňového rozhodnutí), pouze je jím potvrzována zřejmá obecná snaha žalobce ceny unifikovat – tu prokázána ve vztahu k jinému odběrateli, než s nimiž byly protisoutěžní dohody podle napadeného rozhodnutí uzavřeny.

Z nahrávky jasně plyne zřetelné vyjádření žalobce k cenotvorbě pro další navazující prodej žalobcem dodaného zboží, jasně je z ní patrné, že žalobce považuje dotazy ohledně ceny pro další prodej za neodchylující se od běžného a jím akceptovaného postupu jeho odběratelů. Je z ní patrné, s jakou cenou žalobce „souhlasí“ a s jakou „nesouhlasí“ („...13, 14% (rozuměno slevy) to asi ne, to už je asi poměrně dost...“), přitom z průběhu komunikace je jednoznačně patrné, že žalobce vychází z toho, že by jeho postoj v otázkách cenotvorby jeho odběratele měl být rozhodujícím (slova „...Zboží HUSKY ... může být prodáváno jen s osmiprocentní slevou ... a pouze

kdybychom vzali větší množství a ještě se s vámi domluvili a vy byste se ještě domluvil s ostatními obchody, jestli jim to nebude vadit ...“ a navazující slova zástupce HUSKY „...pokud se v takovém případě nějaký z těch obchodů ozve, tak je tam jednoduché vysvětlení: ...odebral 50 kusů stanů a byla na to vytvořena akce...“).

Procesní obranu žalobce v tom směru, že v telefonátu zachyceném na nahrávce nebylo jednáno o cenách pro další prodej, nýbrž pouze o výši marže pro žalobcova navazujícího odběratele, pokládá zdejší soud za účelovou. Žalobce takto dříve neargumentoval - poprvé vykládal její obsah v tomto smyslu až na jednání soudu; fakt, že zachycuje jednání o „pultové“ ceně v rámci internetového prodeje žalobcovými odběrateli žalobce nezpochybnil ani v rámci správního řízení, ani v podané žalobě.

Z obsahu nahrávky navíc neplyne, že by dotaz žalobcova odběratele ohledně ceny, za jakou lze zboží dále prodávat, byl pro zástupce žalobce jakkoli překvapivý, tj. že by se zástupce žalobce v průběhu hovoru dostatečně neorientoval v tom, proč se na něj s otázkami týkajícími se cenotvorby odběratel obrací.

Z nahrávky také plyne, že i žalobce si je vědom, že dodržování pravidel cenotvorby pro další navazující prodej žalobcovými odběrateli sledují i ostatní žalobcovi odběratelé a že ten si je vědom toho, že odchylku od pravidel bude muset jiným odběratelům, u nichž se jinak dodržování pravidel cenotvorby žalobcem vyžaduje, vhodně odůvodnit (*„...ani ti lidi se potom dvakrát nehádají, tam je ten adekvátní důvod...“*).

IV.3.

Pokud jde o celkové hmotněprávní hodnocení věci ve vztahu k jednání, které je žalobci napadeným rozhodnutím kladeno za vinu, pak podle zdejšího soudu žalovaný správně vyšel z toho, že podle § 3 odst. 1 ZOHS (ve znění účinném do 31.8.2009) dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen „dohody“), které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud ZOHS nebo zvláštní zákon nestanoví jinak (což nestanoví) nebo pokud žalovaný nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku (což nepovolil). Podle § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS jsou pak z dohod zakázaných podle § 3 odst. 1 ZOHS zakázány zejména dohody, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže proto, že obsahují ujednání o přímém nebo nepřímém určení cen, popřípadě o jiných obchodních podmínkách.

Žalovaný dospěl k závěru, že žalobce uzavřel vertikální dohody o určení cen, které mohly vést k narušení hospodářské soutěže, a tedy porušil § 3 odst. 1 a § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS. K tomuto závěru žalovaný dospěl na základě posouzení obsahu telefonické nahrávky a obsahu e-mailové komunikace žalobce s jeho odběrateli.

Telefonická nahrávka se týkala cen pro další prodej, ale nebyla vedena se žádným ze 22 odběratelů, ve vztahu k nimž (s nimiž) bylo dovozeno uzavření zakázané dohody. Ve vztahu k těmto odběratelům bylo dovozeno, že s nimi žalobce uzavřel

zakázanou dohodu, a to tak, že v rámci telefonického rozhovoru či na ústním jednání se dohodl na výši jejich minimální prodejní ceny. To mělo být podle žalovaného prokázáno (navazující) vzájemnou elektronickou komunikací. V následujícím období měl žalobce tyto ceny kontrolovat a považovat za podmínku vzájemné spolupráce od data 19.3.2007.

Pokud jde o hodnocení jednotlivých důkazů, pak tu je zdejší soud především toho názoru, že nelze na jednotlivé „důkazy“ pohlížet izolovaně tak, jak ve své žalobě činí žalobce, nýbrž je zapotřebí na ně nahlížet jako na celek, jímž je žalobcův postup dokládán. Obsah nahrávky logicky zapadá do konstrukce, na které žalovaný založil své rozhodnutí, a je v souladu s listinnými podklady (e-maily), které se týčž otázek také týkají.

Zpochybňuje-li žalobce význam (výklad) obsahu elektronické komunikace, pak zdejší soud je se žalovaným zajedno, že ze souhrnu „e-mailů A“ plyne, že žalobce svým odběratelům stanovoval minimální ceny, za kterou měli odběratelé dále prodávat zboží pro outdoorové vybavení nakoupené od žalobce. „E-maily A“ dokládají, že výchozí výše minimální prodejní ceny byla stanovena pro všechny tyto odběratele jednotně, a to tak, že žalobce vyšel z jím sice formálně „doporučené“ maloobchodní ceny včetně DPH, z té odečetl 8 % - a takto získaná částka se měla stát základním pravidlem, od něhož nebylo žádoucí se za standardních obchodních situací odchylovat.

Text „... Internetový obchod: Vaše min. prodejní cena = naše doporučená MO cena vč. DPH – 8% kromě plánovaných akcí s doporučenými akčními cenami...“ nevyvolává objektivní pochybnost o tom, že bylo vůli žalobce upravit jednotnou cenovou hladinu pro jím dodávané zboží prodávané jeho odběrateli prostřednictvím internetového obchodování a že tuto svoji vůli také realizoval. Realizace je naplněna okamžikem, kdy tyto e-maily jednotlivým odběratelům odeslal.

Žalobce „e-maily A“ obeslal 16 odběratelů, z ničeho neplyne, že by kterýkoli z nich reagoval nesouhlasně. Jestliže bylo v „e-mailech A“ odkazováno na předchozí telefonický rozhovor („...na základě našeho telefonického rozhovoru...“), pak žádný z těchto odběratelů tuto předchozí komunikaci nepopřel; není sice přesně doložen obsah předchozí telefonické komunikace, avšak obsah e-mailových sdělení se ohledně pravidel pro stanovování cen shoduje s obsahem telefonátu ze dne 27.4.2007, podle kterého žalobcovi odběratelé (podle sdělení obchodního ředitele žalobce) mohou prodávat v internetových obchodech zboží pro outdoorové vybavení od něj nakoupené za doporučenou maloobchodní cenu s maximální slevou 8 %.

Z toho lze dovozovat, že obdobně žalobce telefonicky nebo osobně jednal s ostatními odběrateli, na což navazují jednotlivé „e-maily A“, v nichž je na předchozí komunikaci vždy odkazováno.

S takto nastavenou cenou pro další prodej ze strany žalobce korespondují zjištění žalovaného (str. 494 a násl. správního spisu), že zpravidla byly adresáty „e-mailů A“ tyto ceny dodržovány; ze 16 odběratelů se to žalovanému nepodařilo prokázat pouze u 3

odběratelů – 2 z nich zboží v internetovém prodeji nenabízeli a v případě třetího z nich se nepodařil vstup do internetového obchodu bez předchozí registrace. To, že 2 odběratelé zboží na internetu nenabízeli, není v rozporu s „e-mail A“, neboť ty se týkaly nejen podmínek internetového obchodování.

Pokud jde o „e-mail B“, „e-mail C“ a „e-mail J“, ty zachycují komunikaci s dalšími odběrateli žalobce. V nich je navíc výslovně potvrzován záměr žalobcových odběratelů prodávat zboží za podmínek stanovených žalobcem („...děkuji za zaslání ceníků, zboží jsme ihned zařadili na náš e-shop...“, „...děkuji za info, budu se snažit tyto informace zpracovat...“), z „e-mailů J“ navíc skutečně plyne přesvědčení o povinnosti a potřebě dodržovat žalobcem stanovenou cenovou hladinu („...Také nám při vytváření cen činí problém, že některé obchody nedodržují ceny...“).

O cenách pro konečné spotřebitele se odběratel výslovně zmiňuje v „e-mailech D“, vůle respektovat ceny stanovené žalobcem je tedy i z toho patrna.

Z „e-mailů E“ (komunikace s dalším žalobcovým odběratelem) plyne věcně to, co z „e-mailů A“.

V „e-mailech F“ (komunikace dalšího žalobcova odběratele) je žalobci ze strany jeho odběratele potvrzováno dodržení cenové hladiny („...takže v tuto chvíli jsou už ceny u nás na domluvené hladině – 8% (namátkou jsem je kontroloval a odpovídají cenám na ostatních e-shopech). Nenašel jsem e-shop, který by byl mimo danou toleranci... a proto se ještě jednou omlouvám, že jsem Vám narušil ceny. V budoucnu se to už nebude opakovat... Naším cílem není shazovat ceny produktu, protože jen za předpokladu, že se budou dodržovat doporučené tolerance, vyděláme všichni...“).

Rovněž „e-mail G“ potvrzuje snahu žalobcova (dalšího) odběratele dodržovat ceny stanovené žalobcem, nadto je poukazováno na „dohodu“ podle níž odběratel „...posílá(m) obchod, kde nedodržují ... ceny...“, totéž „e-mail H“ a „e-mail I“ („...Asi nejvíce porušuje ... Naučte tedy ... počítat procenta. Zdá se, že dosud neví, kolik je 8% ...“, „...Hlásím dlouhodobé nedodržení cen. Budete do budoucna něco s hříšníky dělat nebo je porušování dohod beztrestné?...“).

Zřetelná snaha o unifikaci cen a reakce na nedodržování na straně samotného žalobce je dále patrna i z „e-mailu K“, kde žalobce upozorňuje na potřebu „čestného jednání“ a ultimativně sděluje, že nebudou-li ceny dodržovány, dojde k ukončení spolupráce („...tento e-mail není určen těm, kteří akceptují dohodnuté obchodní podmínky a mají zájem o spolupráci, Pokud společnost HUSKY CZ s.r.o. zjistí po datu 19.3.2007, že nejsou z Vaší strany dodržovány dohodnuté obchodní podmínky – především prodejní maloobchodní ceny výrobků zn. HUSKY, bude s Vámi okamžitě ukončena spolupráce. Je nám velice líto, že se nemůžeme spolehnout na Vaše čestné jednání ... Vaše minimální prodejní cena = naše dop. MO cena včetně DPH – 8% ...“).

To koresponduje s textem „e-mailu L“, který je vnitřní komunikací žalobce, v němž je vyjadřován zájem žalobce na kontrole dodržování stanovených cen („...ať

zkontrolují e-shopy, které nedodrží dohodu max. 8% slevu a napíšu jim, ať to spraví... Navrhují udělat nějaký sledovací systém cen + oficiálně zaslat všem info, že nemůžeme tolerovat nižší ceny nežli povolených 8%...“).

Zároveň to koresponduje s „e-mailem M“, který je též vnitřní komunikací žalobce („...*Udělej s tím něco ... ještě není ani v obchodech a už ji na internetových obchodech, které spravuješ ty, podráždí...“*).

Koresponduje to i se zjištěním žalovaného z „e-mailů O“, kde je uvnitř žalobce komunikováno ohledně „dohody“ o dodržování cen („...*Díky za upozornění. Budu rád, když ... budete informovat ihned, pakliže zjistíte tyto podrazy v dodržování dohod ... U ... jsme již majiteli poslali dvě upozornění a bylo s ním i na toto téma hovořeno minulý týden! My... nemáme právo nutit odběratele dodržovat naše doporučené MOC, je to čistě otázka vzájemné dohody. (Již jsem byl, nejspíše na popud některého odběratele, kontaktován Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže ...) ... Cíl je dohodnout se ...“*, „...*i přes několik urgencí ... na urovnání cen na e-shopech se stále nic neděje... pokud vím, nebyla nikde změna a pro všechny e-shopy platí podmínka max. 8% slevy ...“*, „...*Kdo spravuje tyto obchody, ať, prosím hlídá jejich cenovou politiku. Opětovně porušují cenovou politiku...“*).

Nebylo sice prokázáno, že by „e-mail K“ („...*Pokud společnost HUSKY CZ s.r.o. zjistí po datu 19.3.2007, že nejsou z Vaší strany dodržovány dohodnuté obchodní podmínky – především prodejní maloobchodní ceny výrobků zn. HUSKY, bude s Vámi okamžitě ukončena spolupráce...“*) byl odeslán žalobcovým odběratelům, ale byl součástí vnitřní komunikace u žalobce (15.3.2007 byl e-mail s tímto textem odeslán obchodním manažerem žalobce asistentce obchodu žalobce). Jestliže však na tento e-mail (15.3.2007) časově navazuje e-mailová komunikace žalobcových odběratelů („e-mail F“ 2.4.2007, „e-mail G“ 20.3.2007, „e-mail H“ 29.4.2007, „e-mail I“ 8.5.2007), v níž je poukazováno na nedodržování cen „jinými e-shopy“, a jestliže na e-mail ze dne 15.3.2007 navazuje i další vnitřní komunikace u žalobce, která se zabývá nerespektováním cen a potřebou tuto situaci akutně řešit („e-mail L“ 27.3.2007, „e-mail M“ 15.3.2007), pak skutečné rozeslání e-mailu ze dne 15.3.2007 odběratelům do této časové osy zapadá.

Návod k odlišné cenové politice, než která byla jinak pravidlem, je pak dokládán „e-mailem N“, v němž se hovoří o možném výprodeji za 50% ceny.

Je-li ve vztahu k části shora uvedené e-mailové komunikace namítáno, že se nejednalo o komunikaci žalobce navenek, a že se jednalo pouze o „pracovní“ návrh postupu navenek, který nakonec po odborné konzultaci nebyl přijat, pak takovou argumentaci žalobce pokládá zdejší soud za účelovou. I v komunikaci navenek se žalobce svými e-maily vyjadřoval k cenové politice svých odběratelů, ve vztahu k 16 z nich unifikovanými texty vždy odkazoval na předchozí komunikaci (předchozí telefonický rozhovor nebo jednání), předkládal ceník s „doporučenými“ cenami a vyjadřoval algoritmus výpočtu maloobchodní ceny v internetových obchodech. Ve zbylých případech z 22 odběratelů je z jejich reakce patrné, že souhlasí

s „doporučenými“ cenami, nadto poukazovali na odběratele, kteří tyto „doporučené“ ceny nedodržovali. Nebylo sice žalovaným prokázáno, že by interní komunikace o potřebě dodržovat žalobcovými odběrateli žalobcem stanovená pravidla cenotvorby při dalším navazujícím prodeji žalobcova zboží, jak je zachycena v „e-mailu K“, „e-mailu L“, „e-mailu M“ a „e-mailu O“, byla následně komunikována ze strany žalobce navenek, tj. ve vztahu k jeho odběratelům, avšak skutečnost, že když ne přesně tato, tak obdobná komunikace musela být ze strany žalobce s jeho odběrateli vedena, plyne z reakcí žalobcových odběratelů – především v „e-mailech J“, „e-mailech F“ a „e-mailech G“. Pak interní komunikace u žalobce ohledně cenotvorby pro další navazující prodej žalobcova zboží jeho odběrateli nemůže být vykládána jen coby „pracovní“ návrh postupu navenek, který nakonec po odborné konzultaci žalobce v rámci prosazování jeho obchodní politiky nebyl přijat.

Ze shora shrnutého dokazování plyne, že žalobce zamýšlel realizovat svoji cenovou politiku tak, že stanoví formálně sice doporučené maloobchodní ceny pro další prodej, avšak má zájem na jejich dodržování, sám cenovou politiku svých odběratelů monitoroval, sám vyjadřoval znepokojení v případech, kdy zjistil odchýlení se od těchto cen, ve vztahu k některým odběratelům sám upozorňoval na potřebu dodržování cen.

Z dokazování, jak je provedl žalovaný, tedy plyne zájem na stanovování cen při maloobchodním prodeji, snaha žalobce „mít konečné ceny pod kontrolou“. Ti ze 22 odběratelů, s nimiž bylo uzavření dohody dovozeno, kteří provozovali internetový obchod, „doporučené“ ceny dodržovali. Neprokázáno to bylo u jednoho z nich, na jehož internetový obchod nebylo možno se bez registrace přihlásit. Nelze tedy ze strany žalobce úspěšně argumentovat tím, že dodržování „doporučených cen“ nebylo prokázáno.

Prokázána je tedy snaha žalobce „dohodnout se“ na cenách při maloobchodním prodeji, ve vztahu k 21 odběratelům se tato snaha podařila (ceny byly dodržovány), ve zbylém případě 1 odběratele nebyla nijak zpochybněna. Tato snaha pak byla doprovázená „připomenutím“ potřeby dodržovat „doporučené“ ceny v případech, kdy bylo zjištěno nedodržování. Ať už kontrolu prováděl sám žalobce (navrhováno bylo „hlídat cenovou politiku“, „snižovat marže“ – „e-mail O“, „udělat nějaký sledovací systém cen“ – „e-mail L“) nebo zpětné informace o dodržování „doporučených“ cen zjišťoval od svých odběratelů, komunikace uvnitř žalobce prokazuje, že dodržování „doporučených“ měl pod svojí kontrolou a k získání či udržení této kontroly aktivně přistupoval.

Prokázán je tedy nejen záměr unifikovat ceny pro další prodej (prostřednictvím internetu), ale též jeho realizace (v případě 21 ze 22 odběratelů je prokázáno dodržování „doporučených“ cen), též kontrola a nadto i snaha podmiňovat dodržováním „doporučených“ cen další spolupráci.

Je-li žalobně namítáno, že prokázáno bylo „pouze“ zaslání doporučených maloobchodních cen, pak to je v rozporu se zjištěními žalovaného, z nichž plyne, že na odběratele žalobce byl vytvářen tlak k jejich dodržování. Fakt, že se nemohlo jednat

pouze o informativní ceny, jak žalobce nyní argumentuje, je vyvrácen jednak zřetelně patrným povědomím žalobcových odběratelů v tom směru, že východiskem jejich obchodní politiky je dodržování cen, když argumentovali „jinými e-shopy“, kde ceny nebyly dodržovány, a potřebou „dodržovat dohody“ (rozuměno o maloobchodní ceně), když sám žalobce měl podle své vnitřní komunikace odběratele opakovaně vyzývat k dodržování (byť formálně pouze „doporučených“) cen.

Přestože, izolovaně vzato, jednotlivé případy e-mailové komunikace neprokazují uzavření formální, závazné a vynutitelné dohody, z níž by jasně plynul odběratelův závazek prodávat prostřednictvím internetových obchodů zboží za ceny stanovené žalobcem, kombinace jednotlivých případů e-mailové komunikace uvnitř žalobce i navenek ve vztahu k odběratelům naplňuje koncept vertikální kartelové dohody o určení ceny.

V otázce hodnocení zjištěného skutkového stavu se zdejší soud se žalovaným ve všech pro posouzení věci podstatných ohledech ztotožňuje. Souhrn jakkoli intimovaných opatření v rámci dodavatelsko-odběratelských vztahů, který míří na zcela svobodný postup odběratelů při úvahách o ceně zboží při jeho dalším prodeji, je postupem protisoutěžním, na který dopadá zákaz podle § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) ZOHS.

Jestliže je tedy v žalobě namítáno, že žalobce své odběratele v jejich cenotvorbě nekontroloval a dodržování cen nevymáhal, zdejší soud žalobci zapravdu nedává. Pokud totiž žalobce svým odběratelům intimoval „vzorec“ pro prodej zboží konečným spotřebitelům (navazujícím odběratelům při internetovém prodeji) „... *Vaše min. prodejní cena = naše doporučená MO cena vč. DPH – 8% kromě plánovaných akcí s doporučenými akčními cenami...*“, pak tím jasně vytvořil východisko pro stanovení ceny. Jestliže většina adresátů, jimž se uvedeného vzorce prokazatelně dostalo (21 ze 22 odběratelů), ceny respektovala, pak lze dovozovat zřetelnou souvislost mezi snahou žalobce o takto jednotně nastavenou cenu a jejím promítnutím do obchodní politiky žalobcových odběratelů. Byla-li potřeba dodržovat ceny při maloobchodním internetovém prodeji komunikována uvnitř žalobce („e-mail L“, „e-mail M“ a „e-mail O“) i navenek ve vztahu k odběratelům (e-mail K“) a dostávalo-li se žalobci zpětné vazby od jeho odběratelů o tom, kdo ceny dodržuje a kdo nikoli („e-mail F“, „e-mail G“, „e-mail H“, „e-mail I“), společně s nezpochybněním cenové politiky, která byla odběratelům intimována poté, co byla zmiňována vždy předchozí jednání (buď bez reakce odběratelů žalobce nebo s reakcí potvrzující postup v souladu s „doporučeními“ žalobce), pak zjištění žalovaného vytvářejí uzavřený kruh důkazů dokládajících jak existenci snahy žalobce unifikovat cenu, tak její promítnutí do jeho obchodní praxe.

Za tohoto stavu nebylo třeba, aby uzavření dohod o cenách pro další prodej potvrzovali další ze žalobcových odběratelů. Konstrukce skutku (a deliktu) podle rozhodnutí žalovaného sice na první pohled může působit ne zcela přehledně (žalobce uzavíral dohody, v některých případech je to prokázáno komunikací po 19.3.2007, dodržování dohod žalobce poté kontroloval a považoval za podmínku spolupráce už od 19.3.2007), žalobce však tuto konstrukci žádným ze žalobních bodů nezpochybňuje a

v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí v mezích uplatněných žalobních bodů zdejší soud neshledal, že by v otázce, co je vlastně žalobci kladeno za vinu (tj. jakým, jednáním se dopustil jakého protiprávního jednání), bylo napadené rozhodnutí v kombinaci s předchozím prvostupňovým rozhodnutím nepřezkoumatelné.

Žalobci bylo podle napadeného rozhodnutí prokázáno uzavření a plnění zakázaných dohod s tam uvedenými 22 odběrateli (a/ až v/). To, že někteří ze žalobcových odběratelů, jak žalobce zdejšímu soudu dokládal čestnými prohlášeními, měli potvrdit, že ceny utvářeli samostatně, nevyvrací závěry žalovaného, že s odběrateli, jak jsou vyjmenováni ve skutkové větě prvostupňového rozhodnutí, napadeným rozhodnutím žalovaného potvrzeného, byly dohody o určení cen pro další prodej uzavřeny. Není tím ani zpochybňováno naplnění dalších prvků deliktu ve vztahu k uvedeným 22 odběratelům (kontrola plnění a podmínka spolupráce).

Žalobní argumentace, k níž byla k důkazu předložena čestná prohlášení některých žalobcových odběratelů, nemíří na závěr, k němuž žalovaný dospěl, podle něhož ve vztahu ke konkrétním odběratelům bylo uzavření dohody prokázáno. Tato argumentace má fakticky zpochybnit, že s jinými odběrateli žalobce uzavřenu dohodu o určení cen pro další prodej neměl, to však není argumentace mířící na závěr, k němuž dospěl žalovaný. Podle čestných prohlášení žalobcových odběratelů HOLUB PRO SPORT, SPORT KARSCH, SPORT CENTRUM, Freesport CZ s.r.o., Český Ráj Outdoor Sports s.r.o., OBCHODNÍ CENTRUM U FAJTŮ, Hobby Sport Turnov, SKALÁK SPORT, WINDSPORT, Ivany Kubické a RAMPASPORT s.r.o. se tyto odběratelé necítily být vázány cenovými doporučeními žalobce. Tato prohlášení měla vzniknout v období ledna až května 2009, tedy v průběhu správního řízení, poprvé jimi žalobce takto argumentuje až v žalobě, navíc jde o vyjádření podaná žalobci k jeho žádosti. I kdyby však zdejší soud vycházel z toho, že (bez ohledu na právě uvedené) jde o prohlášení věrohodná, nejsou jimi vyvracena zjištění ve vztahu k odběratelům a) až v) uvedeným ve výrokové části prvostupňového rozhodnutí žalovaného.

Předložil-li žalobce zdejšímu soudu notářský zápis osvědčující skutkový děj, kdy dne 7.4.2009 byly zjišťovány ceny při internetovém prodeji pěti produktů, pak ani tento důkaz nemůže nikterak vyvracet závěr, k němuž žalovaný v napadeném rozhodnutí (ve vztahu k uvedeným odběratelům a/ až v/) dospěl.

Ve vztahu k listinným důkazům, které byly zdejšímu soudu předloženy a kterými zdejší soud dokazoval, je tedy třeba shrnout, že nemohou zpochybňovat závěr, k němuž žalovaný v napadeném rozhodnutí dospěl.

Ani izolovaný výklad každého z e-mailů jednotlivými zaměstnanci žalobce by na celkovém posouzení významu jednotlivých e-mailů v jejich vzájemném kontextu ničeho nezměnil. Ve vztahu k jednání, které je žalobci kladeno za vinu, se napadené rozhodnutí opírá o listinné důkazy, které jsou pak hodnoceny v jejich kontextu, a subjektivní výklad textu jednotlivých e-mailů by z pohledu posuzovaného jednání ničeho neosvětlil.

Jestliže žalobce namítá, že mu k tíži bylo přičítáno jednání jeho odběratelů, kteří po něm požadovali kontrolu dodržování „doporučených“ cen, ale marně, ani tu mu nelze přisvědčit. Jednak bylo prokázáno, že na informace od odběratelů nejen obsahově, ale i časově navazovalo řešení otázky dodržování cen u žalobce („e-mail G“ – 20.3.2007, „e-mail H“ – 29.4.2007, „e-mail I“ – 8.5.2007 a navazující „e-mail O“ u žalobce z července 2007), dále bylo prokázáno, že žalobce přímo v otázkách dodržování „doporučených“ cen reagoval na informace od odběratele („e-mail M“ – 15.3.2007) a měl připravený jasný postup proti těm odběratelům, kteří nedodržovali „doporučené“ ceny („e-mail K“), jehož odeslání vně žalobce zapadá do časové osy (viz shora). V kontextu především vnitřní komunikace u žalobce, která byla zajištěna, tedy nelze považovat informace o nedodržování „doporučených“ cen ze strany jednotlivých odběratelů za jednání těchto odběratelů z jejich vlastní iniciativy, které by nesloužilo k naplnění snahy žalobce unifikovat ceny. V témže kontextu pak nelze argumentovat tím, že dodržování „doporučených“ cen bylo pouze dobrovolnou reakcí žalobcových odběratelů.

Z pohledu naplnění prvků deliktu považuje zdejší soud především za podstatná zjištění žalovaného, že snaha o unifikaci cen nebyla nahodilým, ojedinělým jednáním, ale politikou žalobce, k níž hodlal nastavovat i vnitřní kontrolní mechanismy. Dále je podstatné, že dohody ohledně „doporučených“ cen byly plněny, a tedy k omezení rozhodovací autonomie žalobcových odběratelů při stanovování cen zboží došlo. Protisoutěžní účinek je tu zřejmý: dohody o stanovení cen pro další prodej směřují k unifikaci ceny zboží pro jeho další prodej v rámci dodavatelsko-odběratelského vztahu a znemožňují tak odběratelům svobodné rozhodování o výši ceny, za niž budou zboží dále prodávat. Nastavení ceny pro další prodej mimo úroveň konkurenční ceny, tedy ceny, která by odpovídala výsledkům konkurenčního boje, pak může rovněž způsobit navýšení nákupních cen zboží pro konečné spotřebitele a též je způsobilé bránit konkurenci uvnitř jedné značky zboží (*intra-brand* konkurence). Dle soutěžního práva nesmí tedy být prodejce omezen (ať již přímo nebo i nepřímo) v určování cen zboží pro jeho další prodej. Cenová ujednání, která jsou, a to i nepřímo, vybavena pokyny dodržovat stanovené (být formálně „doporučené“) ceny pro další prodej, jsou dle zákona zakázána.

Žádný ze žalobních bodů směřujících do hmotněprávního hodnocení žalobcova jednání z pohledu protisoutěžního účinku tedy není důvodný.

Pokud jde o návrhy žalobce na dokazování výsledkem svědků, pak měl-li zdejší soud vyslýchat některé žalobcovy odběratele (P. Š. a D. F.), tento výslech měl být veden k tomu, aby byl osvětlen význam „e-mailu B“ a „e-mailu F“, resp. to, jak byla tato korespondence těmito odběrateli chápána. Jestliže žalovaný dal tuto korespondenci do souvislosti se zbylou korespondencí, pak výklad této korespondence do sebe logicky zapadá. I kdyby odběratel P. Š. svědecky potvrdil, že pouze děkoval za zaslání ceníků, fakt, že zaslání ceníků dával do souvislosti s umístěním svého zboží k internetovému prodeji, by nemohl vyvracet závěr žalovaného, že i on byl v cenotvorbě žalobcem před zasláním ceníku usměrňován a že takový postup byl obchodní politikou žalobce. I kdyby odběratel D. F. zpětně po několika letech vysvětloval smysl jím vedené

kořespondence jakkoli, jestliže se tehdy omlouval za svoji cenotvorbu („...a proto se ještě jednou omlouvám, že jsem Vám narušil ceny. V budoucnu se to už nebude opakovat...“) a vysvětloval, co je cílem jeho cenotvorby ve prospěch dodržování pravidel stanovených žalobcem („...Naším cílem není shazovat ceny produktu, protože jen za předpokladu, že se budou dodržovat doporučené tolerance, vyděláme všichni...“), stěží by zdejší soud mohl pokládat za věrohodná tvrzení, z nichž by mělo vyplynout, že se sám, dobrovolně rozhodl řídit cenami doporučenými ze strany žalobce.

Pokud žalobce navrhoval vyslechnout jednotlivé zaměstnance žalobce (J. K., M. K., K. H., P. B., P. B., M. P.), pak bez ohledu na to, zda se jedná o zaměstnance ještě současné či již minulé, nelze předpokládat, že by tyto osoby, jež byly přinejmenším v době, kterou se žalovaný zabýval (od března 2007 do května 2009), ekonomicky závislé na žalobci, nepotvrzovaly žalobní argumentaci, podle níž v té době nebylo záměrem žalobce ovlivňovat cenotvorbu jeho odběratelů. Bez ohledu na tuto skutečnost, má-li obstát závěr žalovaného založený především na posouzení elektronické kořespondence, musí obstát i bez těchto výsledků, a naopak ani tyto výsledky by na tom nemohly ničeho změnit. V opačném případě neobstál-li by závěr žalovaného na základě podkladu rozhodnutí, jak jej žalovaný shromáždil, nic by na tom nezměnilo ani provedení těchto výsledků, neboť by se nutně jednalo o doplnění důkazů natolik podstatné, že by jím soud měnil podklad rozhodnutí, který musel shromáždít žalovaný, zásadním způsobem. Zdejší soud je toho názoru, že jestliže byly tyto výsledky jako „výsledky zaměstnanců“ navrhovány už v průběhu správního řízení (v rozkladu) a jestliže je žalovaný neprovedl, neboť i bez nich lze mít ve vztahu k tomu, co je žalobci kladeno za vinu, podklad rozhodnutí za dostatečný, a jestliže se s tímto hodnocením na základě zjištěného podkladu rozhodnutí ztotožňuje i zdejší soud, jsou tyto výsledky nadbytečné.

IV.4.

Žalobce rovněž namítá, že jeho podíl na trhu, jak jej stanovil žalovaný, je nesprávný, ve skutečnosti má žalobce podíl nižší.

Žalovaný dovodil, že žalobce má na relevantním trhu podíl 11%. Žalobce už v průběhu správního řízení uváděl, že jeho podíl se pohybuje na hranici 1%. Žalovaný především v prvostupňovém rozhodnutí popsal, kterak k údají o 11% podílu na trhu dospěl – obrátil se na soutěžitele, o kterých měl důvodně za to, že se účastní trhu velkoobchodní distribuce zboží pro outdoorové vybavení, se žádostí o poskytnutí informací a podkladů. Na základě jejich odpovědí stanovil žalobcův podíl na trhu. Tento postup je dokumentován obsahem správního spisu, jsou v něm založeny dotazy (žádosti o informace) i odpovědi. Metodicky je takový postup vhodný a odpovídající. Žalobce namítá, že výčet jeho konkurentů je nesprávný a neúplný, neuvádí však, v jakém ohledu by měl být výčet jeho konkurentů neúplným. Za tohoto stavu lze stěží dovodit, že by žalovaný vycházel z nesprávných informací – a že by tedy žalobcův podíl na trhu byl stanoven nesprávně.

Za podstatné však zdejší soud považuje to, co uvedl už i žalovaný především v bodu 65. prvostupňového rozhodnutí. Žalobcův podíl na trhu nebyl okolností, která by měla význam při posuzování dopadu žalobcova jednání na trh (podle žalovaného se jednalo o dohody, které mohly vést k narušení hospodářské soutěže, což žalovaný dovozoval z jejich obsahu coby vertikálních dohod o určení ceny pro další prodej). Podíl na trhu nebyl nadto ani okolností, která by vedla k přitížení žalobci v úvahách o výši pokuty.

Z právě uvedeného tedy plyne, že i kdyby byl žalobcův podíl na relevantním trhu takový, jak sám žalobce připouští, nemělo by to jakýkoli vliv na posouzení žalobcova jednání z toho důvodu, že ve vztahu k žalobci bylo deklarováno uzavření a plnění zakázané vertikální dohody o určení cen pro další prodej, u nichž z pohledu samotného protisoutěžního charakteru není podíl soutěžitele na relevantním trhu rozhodující; že by se měl přitom tento rozdíl v podílech, z nichž žalobce a žalovaný vycházejí, projevit zpětným vynětím dohod z režimu dohod zakázaných podle § 3 odst. 1 ZOHS do režimu dohod nezakázaných, např. prostřednictvím výjimky stanovené v § 3 odst. 4 ZOHS, to žalobce netvrdí.

Důvody, pro které není nezbytné přesné stanovení podílu žalobce na relevantním trhu s ohledem na charakter dohod, jejichž uzavření a plnění žalovaný ve vztahu k žalobci deklaroval, vyplývají z prvostupňového i z napadeného rozhodnutí; žalovaný se touto otázkou zabýval dostatečně podrobně a závěry, k nimž dospěl, jsou podle zdejšího soudu přezkoumatelné, zákonné a nadto věcně správné. Žalovaným je popisován právní rámec vyplývající ze ZOHS ve znění účinném do 31.8.2009 (před účinností novely ZOHS provedené zákonem č. 155/2009 Sb.), z něhož žalovaný v době vydání prvostupňového rozhodnutí vycházel (prvostupňové rozhodnutí bylo vydáno dne 11.5.2009 a posuzováno bylo žalobcovo jednání v době od 19.3.2007 do 11.5.2009, tedy do dne vydání prvostupňového rozhodnutí). Podle tehdejšího právního stavu, který je na věc aplikovatelný (právě proto, že bylo posuzováno žalobcovo jednání v době od 19.3.2007 do dne vydání prvostupňového rozhodnutí), nebyl samotný zákaz dohod narušujících soutěž podle § 3 odst. 1 ZOHS (generální klauzule proti dohodám narušujícím hospodářskou soutěž) a podle § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS (dohody o určení cen) vázán na dosažení určitého podílu na relevantním trhu, zákonná výjimka podle § 3 odst. 4 ZOHS taktéž nebyla vázána na podíl účastníka dohody na relevantním trhu.

Pravidlo *de minimis* podávané z § 6 ZOHS, jehož by se žalobce snad mohl dovolávat, v tehdejší znění výslovně stanovilo, že zákaz dohod podle § 3 odst. 1 ZOHS se nevztahuje na vertikální dohodu, pokud podíl žádného z účastníků dohody na relevantním trhu nepřesahuje 15% (§ 6 odst. 1 písm. b/ ZOHS), přitom podle § 6 odst. 2 písm. b) ZOHS vynětí ze zákazu dohod podle § 6 odst. 1 ZOHS (tedy i podle písm. b/ tohoto ustanovení) se netýká vertikální dohody o přímém nebo nepřímém určení cen kupujícímu pro další prodej zboží nebo o poskytnutí kupujícímu pro tento další prodej úplné ochrany na vymezeném trhu.

Jestliže tedy bylo ve vztahu k žalobci posuzováno, zda dohody jím uzavřené jsou vertikálními dohodami o určení cen, pak rozdíl mezi podílem 1% a 11%, pokud podíl

nebyl podle napadeného rozhodnutí významný ani z pohledu faktických dopadů jednání na hospodářskou soutěž, ani z pohledu výše pokuty uložené žalobci, je z hlediska samotného zákazu determinovaného § 3 odst. 1 ZOHS, z pohledu aplikace zákonné výjimky podle § 3 odst. 4 ZOHS i z pohledu aplikace pravidla *de minimis* (zvláštní výjimky pro bagatelní dohody) podle § 6 ZOHS bezvýznamný.

Napadené rozhodnutí bylo vydáno až dne 28.1.2011. V úvahu by přicházelo zabývat se v oblasti aplikace pravidla *de minimis* otázkou možné pozdější výhodnější právní úpravy pro žalobce, neboť v té době už byla účinná novela ZOHS provedená od 1.9.2009 zákonem č. 155/2009 Sb.

Tato skutečnost nebyla žalobcem v rozkladu namítána, není namítána ani nyní v žalobě - a nelze tedy z pohledu přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí žalovanému vytýkat, že se touto skutečností v napadeném rozhodnutí výslovně nezabýval.

Zdejší soud se však touto otázkou nyní zabývat musí, a sice z pohledu samotné zákonnosti napadeného rozhodnutí. Na jedné straně nelze zpochybnit, že řízení ve správním soudnictví je plně ovládáno zásadou dispoziční, a je na žalobci, zda proti rozhodnutí správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují jeho práva nebo povinnosti, podá žalobu u soudu či nikoliv, stejně tak je pouze na žalobci, jaké skutkové a právní důvody v žalobě uvede; zcela jistě není povinností soudu dovozovat tyto důvody za žalobce. Nebylo by však možné rezignovat na skutečnosti, které by soud při přezkoumávání rozhodnutí sám zjistil, pokud by tyto skutečnosti byly zjevné a přitom tak zásadní, že by mohly mít vliv na posouzení věci samé.

Takovou skutečností by v rámci právě posuzované otázky aplikace pravidla *de minimis* bylo zjištění, že pozdější úprava je pro žalobce příznivější, resp. že za pozdější právní úpravy by bylo namístě otázku podílu žalobce na relevantním trhu řešit s přesností na jednotky procent, neboť takto přesné stanovení by mohlo mít vliv na posouzení žalobcova jednání z pohledu § 3 odst. 1 ZOHS.

Pro úvahy zdejšího soudu v tomto směru je ovšem podstatné, že pozdější právní úprava (účinná od 1.9.2009, tj. v době, kdy žalovaný o žalobcově jednání z doby předcházející dni 1.9.2009 napadeným rozhodnutím rozhodoval) pro žalobce příznivější není, a přestože se jí žalobce výslovně nedovolává, nemohlo by ani její zohlednění podle návodu, který konstantně judikuje Ústavní soud a který ve vztahu k věcem veřejného soutěžního práva výslovně podal např. v nálezu ze dne 11.7.2007 ve věci sp. zn. II. ÚS 192/05, vyvolat příznivější posouzení žalobcova jednání, než jaké vyplývalo z právní úpravy účinné před 1.9.2009.

Tato novelizace (účinná od 1.9.2009) se dotkla ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS ve dvou rovinách:

První rovina představuje změnu pouze formulační, bez vlivu na materiální obsah tohoto ustanovení a na jeho výklad, neboť toto ustanovení formulačně, nikoli tedy „jen“ významově, jak tomu bylo dosud, dostala do souladu s čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES (nyní

čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování EU). Česká tuzemská generální klauzule proti dohodám narušujícím hospodářskou soutěž po této novele obsahuje dikci „...dohody, jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže...“ namísto předchozí dikce „...dohody, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže...“, o žádnou věcnou změnu se však nejedná.

Druhá rovina se dotkla pravidla *de minimis* podávaného původně z § 6 ZOHS (ve znění do 31.8.2009) – a projevila se mimo jiné i v § 3 odst. 1 ZOHS. Pravidlo *de minimis* se totiž nově podle právního stavu účinného od 1.9.2009 aplikuje nadále, nikoli ovšem prostřednictvím testu původně obsaženého v § 6 ZOHS, nyní po účinnosti novely provedené zákonem č. 155/2009 Sb. zrušeném, nýbrž prostřednictvím testu nově (též po účinnosti novely provedené zákonem č. 155/2009 Sb.) obsaženého v § 3 odst. 1 ZOHS.

Pravidlo „*de minimis*“ je nyní (od 1.9.2009) předmětem úvah ohledně samotného protisoutěžního charakteru dohody, tj. naplnění materiální podmínky zákazu dohody podle § 3 odst. 1 ZOHS, podle něhož dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.

Tu je zapotřebí poukázat na dlouhodobou aplikaci doktríny „*de minimis*“, jež je traktována na komunitární úrovni a jež nutně musí být předobrazem její obdobné aplikace v rámci vnitrostátního soutěžního práva, podle níž zákazu podléhají pouze takové dohody, jejichž shora popsáný dopad na trh není zanedbatelný. Shodně jako současná česká, ani primární komunitární úprava tuto podmínku nezná, dovozuje ji však přesvědčivě rozhodovací praxe opírající se o Sdělení o dohodách zanedbatelného významu (Sdělení Komise o dohodách menšího významu, které výrazně neomezuje hospodářskou soutěž podle čl. 81 odst. 1 smlouvy o založení Evropského společenství – Úřední věstník 2001/C 368/07). Toto sdělení tedy popisuje podmínky, za nichž dohoda má dopad na hospodářskou soutěž zanedbatelný. Nezařazení bagatelních dohod pod kartelové (tedy zakázané) dohody je postaveno na principu posouzení podílu účastníků dohod na relevantním trhu a následně na obsahu této dohody. Účinky vyjmutí na základě pravidla „*de minimis*“ platí *ex tunc* (tj. od samého počátku), aniž by takové vynětí bylo ze strany Komise, vnitrostátního soutěžního úřadu či jakéhokoli jiného orgánu deklarováno a aniž by o takovém vynětí bylo vedeno jakékoli řízení.

Doktrína aplikace teorie „*de minimis*“ na komunitární a české vnitrostátní aplikační úrovni vychází ze skutečnosti, že kartelové dohody nenaplní materiální podmínku zákazu, nejsou z pohledu principů vyjádřených v článku 81 Smlouvy ES (nyní v čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie) dostatečně významné či podstatné. Proto takové dohody nejsou vůbec zakázány. Před samotným konstituováním do komunitárního práva byla zásada „*de minimis non curat lex*“ deklarována nejprve v roce 1968 Komisí v případě „*Socemas*“ (rozhodnutí Komise 68/318, Úřední věstník (1968) L 201/4), aby oprávněnost toho přístupu, a tím jeho další legitimní aplikovatelnost mohla být o rok později potvrzena i Soudním dvorem ve věci „*Völk/Vervaecke*“ (rozsudek Soudního dvora 5/69 ve věci Franz Völk v. S.P.R.L., J. Vervaecke (1969), ECR-295. Judikatura tak konstatovala, že způsoblost dohody být považována za protisoutěžní („ovlivňující obchod mezi členskými státy“) je nutno zkoumat vždy

individuálně, přičemž „*dohoda se vymyká zákazu ... pokud má s ohledem na slabé postavení jejích účastníků na trhu ... pouze zanedbatelný význam*”.

Pro posouzení případné výhodnosti pozdější úpravy po 1.9.2009 je však podstatné, že pravidlo „*de minimis*” se neuplatňuje bez omezení. Lze rozeznávat tři druhy omezení jeho aplikace. První omezení je vázáno na dosažení (resp. nepřekročení) hranic tržního podílu. Dále jsou z dosahu pravidla vyjmuty dohody, které obsahují *hard-core* ujednání (pravidlo „*de minimis*“ se neuplatňuje v takových případech, kdy dohoda ovlivňuje obchod mezi členskými státy již svojí samotnou existencí; tak je tomu u dohod o stanovení cen, o omezení výroby nebo prodeje a o rozdělení trhů). Posledním omezením aplikace pravidla „*de minimis*“ je existence kumulativního efektu obdobných dohod na trhu.

Dohody nevyhovující shora uvedenému trojímu omezení nejsou dohodami „*de minimis*“; jejich účinek tak nemůže být zanedbatelný. Tyto dohody, splňují-li materiální podmínku zákazu, jsou dohodami protisoutěžního charakteru, tedy jsou dohodami zakázanými.

Sdělení *de minimis* rozlišuje mezi dohodami uzavíranými mezi konkurujícími si soutěžiteli a dohodami jinými. Zatímco v případě dohod mezi konkurujícími si soutěžiteli nesmí jejich společný podíl na relevantním trhu dotčeném dohodou přesáhnout 10%, v případě jiných dohod se tato hranice posouvá na 15%, nikoli však v případě dohod o určení cen – tam se pravidlo *de minimis* neaplikuje.

Přestože žalovaný neaplikoval komunitární právní úpravu, a tím tedy neaplikoval ani (komunitární) Sdělení *de minimis*, nemohl by ani při aplikaci pozdější vnitrostátní české právní úpravy na žalobce aplikovat mírnější režim, než jaký byl aplikován.

Z tohoto důvodu považuje zdejší soud závěr žalovaného, podle něhož je pro posouzení žalobcova jednání nerozhodné, zda dosahuje podílu 1% nebo 11% na relevantním trhu, za správný, neboť posuzoval-li vertikální dohodu o určení cen, pravidlo *de minimis*, pro které by bylo zapotřebí přesný podíl žalobce na relevantním trhu zjistit, by se uplatnit nemohlo – ať už podle právní úpravy účinné před 1.9.2009, tak podle právní úpravy účinné od 1.9.2009.

Ve vztahu k neprokázání přesného podílu žalobce na relevantním trhu tedy žaloba rovněž důvodnou není.

IV.5.

Žalobce také zpochybňuje pokutu, která mu byla uložena. Rozsah přezkumu je dán jeho argumentací obsaženou na šestnácté straně žaloby ve druhém odstavci. Z této argumentace lze dovodit, že výše pokuty je podle žalobce nesprávná a nepřiměřená, neboť jednak se žalobce nikdy v minulosti nedopustil protisoutěžního jednání (porušení ZOHS) a nadto výše uložené pokuty odpovídá celé roční výši tržeb žalobce v oblasti internetového prodeje.

Pokud jde o první z obou argumentů, pak z napadeného rozhodnutí plyne, že žalovaný se touto otázkou zabýval; konkrétně z bodu 40. napadeného rozhodnutí plyne, že skutečnost, že žalobce se nikdy v minulosti porušení ZOHS nedopustil, žalovaný nepřehlédl a vyhodnotil ji tak, že z toho důvodu žalobci ve výši pokuty nepřitěžuje. Svůj postup opřel o bod 33. „Zásad postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona“. Stejně tak ani zdejší soud nesdílí názor, že by polehčující okolností měl být fakt, že se pokutovaný dopustil prvního porušení ZOHS. Ostatně i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 31. 3. 2010 ve věci sp. zn. 1 Afs 58/2009 uvedl, že *„...skutečnost prvního porušení zákona není sama o sobě vždy polehčující okolností. Její automatické uplatnění by zejména u porušení zákona spáchaného v úmyslu přímém bylo velmi sporné. Ostatně kupř. nový trestní zákoník [zákon č. 40/2009 Sb., účinný od 1. 1. 2010; § 41 písm. a)] považuje první spáchání trestného činu za polehčující okolnost pouze v případě, že tak pachatel učinil pod vlivem okolností na něm nezávislých...“*.

Jestliže tedy nebyla na straně žalobce dána protisoutěžní recidiva, nemohla být pokuta z tohoto důvodu navyšována, avšak tato skutečnost neměla být automatickým důvodem pro snižování pokuty.

Pokud jde o druhý z obou argumentů, pak podle § 22 odst. 2 ZOHS účinného do 31.8.2009 může žalovaný soutěžiteli uložit pokutu do výše 10 000 000 Kč nebo do výše 10 % z čistého obratu dosaženého za poslední ukončené účetní období, jestliže úmyslně nebo z nedbalosti porušili zákazy stanovené v § 3 odst. 1, § 11 odst. 1 a § 18 odst. 1 nebo neplní opatření uložená podle § 7 odst. 2 nebo § 11 odst. 3 anebo podle § 18 odst. 5. Při rozhodování o výši pokuty žalovaný přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování tohoto zákona. Z napadeného rozhodnutí (především z bodu 37.) se podává, že žalovaný zvolil kritérium čistého obratu. Mimo jiné žalovaný správně zdůraznil, že není rozhodující, na jakém trhu je tohoto obratu dosaženo. Stejně jako není výše pokuty podle § 22 odst. 2 ZOHS odvislá od obratu dosaženého z prodeje zboží, na které dopadá zakázaná dohoda, není odvislá ani od obratu dosaženého konkrétní aktivitou soutěžitele, tj. na konkrétním segmentu celkového portfolia jeho činnosti – tu tedy v rámci internetového prodeje.

Argumentace výší tržeb žalobce v oblasti internetového prodeje proto nemůže být případná. Jestliže žalovaný při stanovování výše pokuty postupoval tak, že vycházel ze základní částky odpovídající obratu dosaženého žalobcem prodejem zboží pro outdoorové vybavení (bod 37. napadeného rozhodnutí), aniž by tuto částku omezoval pouze na obrat dosažený prodejem zboží přes internet, pak ze zákonného postupu nevybočil. Jestliže uložená pokuta ve vztahu k takto stanovenému obratu dosahuje hodnoty 1,1 %, pak je skutečně stanovena při spodní hranici zákonného rozmezí, jak uvedl i žalovaný v napadeném rozhodnutí, a ani se zohledněním hodnoty prodeje žalobcovy zboží prostřednictvím internetu nejde o pokutu nepřiměřenou. Nelze ostatně přehlédnout, že fakt, že zakázané dohody se týkaly pouze určitého segmentu žalobcovy činnosti a že ani na tomto segmentu neměl žalobce uzavřeny takové dohody se všemi svými odběrateli, a tedy že ani na tomto dílčím segmentu nebyla vyloučena *intra-brand*

soutěž, žalovaný zohlednil tak, že snížil výchozí částku pro výpočet pokuty, jak popisuje především v bodech 119. a násl. prvostupňového rozhodnutí.

Z důvodů namítaných v žalobě tedy pokuta nebyla uložena ve výši, jež by se vymykala zákonnému rozmezí, ani ve výši v rámci zákonného rozmezí nepřiměřené.

V. Shrnutí závěrů soudu

Ze shora uvedeného vyplývá, že zdejší soud považuje napadené rozhodnutí za přezkoumatelné.

Pokud jde o hmotněprávní posouzení žalobcova jednání, tu zdejší soud po provedeném přezkumu v mezích uplatněných žalobních bodů uzavírá, že žalovaný se nedopustil nezákonnosti. Aplikoval správný právní předpis (ZOHS), v jeho rámci správnou právní normu (§ 3 ZOHS) a nedopustil se při jejím výkladu žádného interpretačního pochybení.

Pokud jde o vady řízení, zdejší soud nedovodil žádnou, která by mohla vyvolat nezákonnost napadeného rozhodnutí.

Zdejší soud tedy vyčerpal předmět všech žalobních bodů žalobcem uplatněných a ze shora uvedených důvodů dospěl k závěru, že žádná ze žalobcových námitek proti napadenému rozhodnutí žalovaného není důvodnou. Nad rámec uplatněných žalobních bodů zdejší soud nezjistil žádnou skutečnost, jež by vyvolávala nutnost napadené rozhodnutí zrušit i bez tomu odpovídající žalobní argumentace.

Proto soud žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

VI. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Žalobce ve věci úspěšným nebyl, proto mu náhrada nákladů řízení nepřísluší. Ta by příslušela žalovanému, neboť ten měl ve věci plný úspěch. Zdejší soud však neshledal, že by žalovanému vznikly důvodně vynaložené náklady, jež by převyšovaly náklady jeho jinak běžné administrativní činnosti. Proto soud rozhodl, že žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí).

Případne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

V Brně dne 26. dubna 2012

JUDr. David Raus, Ph.D., v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová