



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Elišky Cihlářové a soudců JUDr. Jaroslava Hubáčka a JUDr. Karla Šimky v právní věci žalobce: **SAZKA, a. s.**, se sídlem K Žižkovu 851, Praha 9, zastoupeného Prof. JUDr. Zdeňkem Českou, CSc., advokátem se sídlem Dlouhá 39, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 30. 11. 2006, č. j. 31 Ca 133/2005 – 62,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá.**
- II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 30. 11. 2006, č. j. 31 Ca 133/2005 - 62, zamítl žalobu podanou žalobcem (dále jen „stěžovatel“) proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. 7. 2005, č. j. R 5/2004, jímž byly k rozkladu stěžovatele změněny výroky I., III. a IV. a potvrzen výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) ze dne 23. 1. 2004, č. j. S 189/03-430/04-ORP. Ve výroku 1. napadeného rozhodnutí předseda Úřadu vyslovil závěr, že stěžovatel zneužil svého dominantního postavení na trhu provozování okamžitých loterií (stíracích losů) ve smyslu § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže ve znění účinném do 30. 9. 2005 (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“), na újmu jiných soutěžitelů tím, že ve smlouvách o obstarávání služeb uplatňoval vůči smluvním partnerům nepřiměřené podmínky, a to v článku V. písmeno B bod 2, cit.: „Obstaravatel může vrátit losy z aktivovaných balíčků pouze v případě ukončení platnosti okamžité

nebo peněžité loterie nebo ukončení obstaravatelské činnosti, a to vždy jen losy, které nebyly dosud uvedeny ve vyúčtování“. Ve výroku 2. potvrdil zákaz uvedeného jednání do budoucna. Ve výroku 3. změnil výši pokuty z 12 000 000 Kč na 1 200 000 Kč. Ve výroku 4. změnil opatření k nápravě tak, že stěžovateli uložil povinnost informovat písemně obstaravatele o výroku o zneužití dominantního postavení, upravit znění smluv o obstarávání služeb a následně informovat o splnění těchto povinností Úřad.

V odůvodnění rozsudku krajský soud k tvrzené neexistenci konkurenčního, resp. soutěžního, vztahu mezi stěžovatelem a jeho obstaravatelem vyslovil souhlas s názorem Úřadu, že pojem „soutěžitel“ ve smyslu zákonné definice uvedené v ust. § 2 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže je nutno vykládat extenzivněji. Nelze ztotožňovat pojmy „soutěžitel“ a „konkurent“, neboť zákon v citovaném ustanovení nehovoří o konkurenčním vztahu, ale o vztahu soutěžním. Soutěžiteli jsou tedy i subjekty, které si přímo nekonkurují. Postačí i jen možnost existence jejich protichůdných zájmů při jejich vlastní hospodářské činnosti (při současné nebo alespoň potenciální možnosti ovlivnit hospodářskou soutěž na určitém relevantním trhu). Jakkoli mohou být stěžovatel a obstaravatelé konečnými spotřebiteli vnímáni jako nekonkurenční subjekty, nelze nevidět, že jde o právně i fakticky na sobě nezávislé subjekty, které nejsou kapitálově či personálně propojeny a které mohou (při respektování svých závazků plynoucích ze smluvních vztahů) sledovat vlastní podnikatelské zájmy a vyvíjet samostatnou podnikatelskou činnost. Krajský soud připustil, že v projednávané věci lze jako interpretační pomůcku užít sdělení Komise 2000/C 291/01 Pokyny k vertikálním omezením (dále jen „Pokyny k vertikálním omezením“), neboť smlouvy uzavřené mezi stěžovatelem a obstaravatelem jsou svou povahou dohodou vertikální a obecné principy týkající se posuzování těchto dohod v míře, jak učinil předseda Úřadu, jsou použitelné i zde. K interpretaci článků uvedených v části II. 2. Pokynů k vertikálním omezením krajský soud uvedl, že stěžovateli lze přisvědčit, že dohoda o obchodním zastoupení by skutečně pod režim čl. 81 odst. 1 Smlouvy o založení Evropského společenství (dále jen „SES“) neměla spadat, tedy že vztahy mezi jejími kontrahenty by neměly být zásadně považovány za vztahy soutěžní. Krajský soud dále citoval čl. 13, 14, 15 a 16 Pokynů k vertikálním omezením a dovodil, že mezi případy příkladmo uvedené v čl. 16 Pokynů k vertikálním omezením, kdy vztah obchodního zastoupení nebude posuzován jako vztah soutěžní, spadá i případ, kdy obchodní zástupce „může neprodané zboží vrátit zmocniteli bez jakýchkoli poplatků vyjma případů, kdy je obchodní zástupce odpovědný za vadu.“ Tato podmínka nebyla v projednávané věci evidentně splněna. Formální naplnění této podmínky navozující možnost aplikace soutěžního práva připouští i stěžovatel, byť má za to, že není splněna po stránce materiální. Z ustanovení smlouvy uzavřené mezi stěžovatelem a obstaravatelem je zcela zřejmé, že pokud se obstaravatel nepodaří všechny losy z povinně aktivovaných balíčků do doby ukončení loterie či ukončení obstaravatelské činnosti prodat, nemůže je prodat konečným spotřebitelům ani vrátit stěžovateli. V tomto rozsahu na obstaravatele plně dopadá riziko ve smyslu čl. 13 a 14 Pokynů k vertikálním omezením, a to právě z důvodu nemožnosti „neprodané zboží vrátit zmocniteli“ (čl. 16 Pokynů k vertikálním omezením). Na tom nic nemění ani stěžovatelem zmiňovaný systém pojistek, které by měly této situaci předcházet. Podle názoru krajského soudu nelze akceptovat tvrzení stěžovatele, že předmětná situace musí nutně nastat jako důsledek špatné obchodní strategie obstaravatele, či snad dokonce porušení jeho smluvních povinností. Dovolávají – li se oba účastníci řízení jako interpretačního vodítka Pokynů k vertikálním omezením, pak není

možné přehlédnout požadavek na individuální hodnocení případu (čl. 16 Pokynů k vertikálním omezením). Individuální přístup se projevuje v tom, že posuzovaný vztah je vztahem mezi dominantem a obstaravateli, přičemž jde o posuzování možného zneužití dominantního postavení, nikoli o posuzování rizikovosti vertikální dohody jako takové. Přitom je zcela nesporné, že na chování soutěžitele v dominantním postavení je soutěžním právem nahlíženo vždy přísněji, neboť jeho dominance je imanentně spojena s přísnější právní reglementací jeho chování. Krajský soud dále ohledně tvrzení, že čl. V. B. bod 2 obstaravelské smlouvy není nepřiměřenou smluvní podmínkou, uvedl, že způsob, jakým se s touto otázkou vypořádal Úřad považuje za zcela správný a v otázkách, o kterých nebude podrobněji pojednáno dále, odkázal na odůvodnění obou rozhodnutí Úřadu. Podle krajského soudu nelze přijmout tvrzení stěžovatele, že soubor pojistek zcela eliminuje možnost vzniku situace, kdy obstaratelům zůstanou losy, které nebude možné prodat konečným spotřebitelům ani vrátit stěžovateli. Žaloba zcela přehlíží jiné aspekty věci, na které poukazují rozhodnutí Úřadu, jako na aspekty protisoutěžního chování. Jde především o skutečnost, že předmětné smluvní ustanovení, stejně jako ostatní součásti smluv, byly vypracovány stěžovatelem a předkládány obstaratelům bez možnosti provádění individuálních korektur. Obstaratel byl postaven před možnost přijmout smluvní podmínky tak, jak mu byly předloženy, nebo rezignovat na možnost provádět obstaravelské služby pro stěžovatele. Dalším významným aspektem je oktrojovaný charakter první dodávky losů, kdy obstaratelé nemohli ovlivnit druhy a množství dodávaných losů. Podstatné přitom je, že stěžovatel se nachází na daném trhu v dominantním postavení, s čímž je spojena přísnější reglementace jeho chování. Tvrzení stěžovatele, že pokud nastala situace, kdy obstaratelé zůstaly losy, které nemohl prodat ani vrátit, nejde o nedostatečnost či selhání nastavených pojistek, ale o výsledek nedodržení smluvních povinností obstaratelů, označil krajský soud za ničím nepodložené a spekulativní. Tato situace může být vyvolána celou řadou příčin, které mají svůj původ mimo rozhodovací sféru obstaratelů, např. nesprávné nastavení první dodávky balíčků losů jednotlivých loterií stěžovatelem. Krajský soud také neuznal jako opodstatněnou argumentaci, podle které je přenos ekonomického rizika ze stěžovatele na obstaratele pojmově vyloučen, neboť pod tímto pojmem je nutno chápat nejistotu úspěšnosti obchodní transakce. Podle krajského soudu jde o zcela zjednodušenou interpretaci ekonomické kategorie rozhodování firem na trhu. Podrobnější rozbor této otázky je pak věcí ekonomické teorie, nikoli otázkou právní. K souvisejícímu poukazu stěžovatele na údajnou ospravedlnitelnost předmětného smluvního ujednání z pohledu ochrany jeho oprávněných ekonomických zájmů ve vztahu k chování jeho smluvních partnerů krajský soud uvedl, že přes jistou plausibilitu tohoto tvrzení není vyvrácen závěr Úřadu, že stěžovatelem nastavený systém může v praxi vést k situaci, kdy jsou finanční prostředky obstaratelů vázány v dosud neprodaných, stěžovateli však již zaplacených, losech, stejně jako k situaci, kdy stěžovateli budou zaplacený losy z aktivovaných balíčků, které obstaratel do doby ukončení loterie či ukončení své obstaravelské činnosti nestačil prodat konečným zákazníkům. Žaloba zcela přehlíží velmi významný závěr prvostupňového orgánu, že motivace obstaratelů k dodržování podmínek smlouvy a k co největší aktivitě při prodeji losů, bylo možné dosáhnout jinými, soutěžně konformními způsoby.

K namítané nepřezkoumatelnosti závěrů o naplnění všech znaků skutkové podstaty ust. § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže krajský soud uvedl, že jednotlivé

případy uvedené v citovaném ustanovení pod písmeny a) až g) představují pouze příkladný výčet chování soutěžitele v dominantním postavení, které lze považovat za jeho zneužití. Generální klausule obsažená ve větě první citovaného ustanovení tak může být naplněna i bez toho, že by byly splněny všechny pojmové znaky některého z případů uvedených pod písm. a) až g). Pokud se Úřad rozhodl, že se nebude zabývat naplněním podmínek uvedených pod písm. a) citovaného ustanovení, nebylo jeho povinností prokázat, že vynucování nepřiměřených smluvních podmínek bylo v nápadném nepoměru k poskytovanému protiplnění. Konstatoval-li Úřad existenci dominantního postavení stěžovatele, popsal podstatu jeho unfair jednání v hospodářské soutěži a identifikoval i újmu, která tímto počínáním vznikla jiným účastníkům trhu, a dovodil tak naplnění podmínek generální klausule, nelze tomuto postupu v obecné rovině nic vytknout. Jde tedy pouze o posouzení, zda soud může tento závěr Úřadu aprobovat. Krajský soud se ztotožnil se závěrem Úřadu, že v jednání stěžovatele lze spatřovat unfair prvek překračující jeho oprávněné zájmy při hájení podnikatelských aktivit na trhu. Šlo totiž o jednání, které by fakticky nemohl realizovat, pokud by si nebyl vědom svého dominantního postavení na trhu. Při posouzení věci z pohledu ust. § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže není rozhodující skutečnost, jaké podmínky stěžovatel vůči svým smluvním partnerům uplatňoval, ale především způsob, jakým celkově postupoval, vědom si nepochybně své tržní síly. Úřadem popsané jednání obsahuje již samo o sobě natolik intenzivní prvek převahy stěžovatele ve smluvních vztazích s obstaravateli a vědomí její existence, že otázka intenzity nepřiměřenosti smluvních podmínek by již na samotném výrazně protisoutěžním charakteru celého postupu nemohla nic změnit. Úřadu nelze vytýkat, že právní kvalifikaci nevystavěl na konstataci nápadného nepoměru práv a povinností vyplývajících pro něj a jeho obstaravatele ze smluv a že za zneužití dominance na relevantním trhu považoval celkový charakter jednání stěžovatele za použití generální klausule podle ust. § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Zcela nedůvodná je podle krajského soudu námitka týkající se (ne)prokázání úmyslného zavinění v jednání stěžovatele. Je nesporné, že otázkou zavinění a jeho formou se Úřad při rozhodování o uložení sankce musí obligatorně vypořádat, jak vyplývá z ust. § 22 odst. 2 věta první zákona o ochraně hospodářské soutěže. V dané věci se však nelze ztotožnit s názorem stěžovatele, že jeho zavinění ve formě úmyslu prokázáno nebylo. Je nepochybné, že předmětné smluvní ustanovení vypracoval (jako ostatně celou smlouvu) stěžovatel, přičemž tato byla následně bez možnosti korektur předložena obstaratelům. Za prokázané lze také považovat, že stěžovatel si byl vědom možnosti vzniku situace, kdy obstaratelům zůstanou losy bez možnosti prodeje konečným zákazníkům či vrácení stěžovateli. Stěžovatel si tedy evidentně musel být od počátku vědom toho, že předmětným smluvním ustanovením potenciálně přenáší na obstaravatele část rizik spojených s prodejem losů okamžité loterie, a to bez možnosti obstaratelů tento smluvní závazek jakkoli ovlivnit.

Zcela nedůvodná a účelová je podle krajského soudu argumentace stěžovatele rozporující proveditelnost uloženého opatření k nápravě. Stěžovatel předkládal smlouvu obstaratelům bez toho, že by jim jakkoli umožnil měnit její obsah. V žalobě nicméně tvrdil, že není schopen zajistit změnu ustanovení jejího jednoho článku s ohledem na možný nesouhlas smluvních partnerů. Toto v obecné rovině akceptovatelné tvrzení vyznívá v kontextu věci zcela účelově, a to tím spíše, že změna předmětného smluvního

ustanovení by pro smluvní partnery stěžovatele představovala odstranění nerovnosti ve smluvním vztahu, a nelze tedy rozumně předpokládat, že by se některý z obstaravatelů této změně bránil. Podle krajského soudu si nelze přestavit, jakým jiným způsobem by mělo opatření k nápravě být formulováno. Pokud by byl stěžovatel zavázán pouze k iniciaci provedení změny smlouvy s obstaravateli, nebylo by dost dobře možné určit, v čem konkrétně by tato iniciace měla spočívat. Opatření k nápravě nemá sankční povahu, nýbrž sleduje odstranění nepříznivých důsledků protisoutěžního jednání. Uložení recipročních povinností smluvním partnerům stěžovatele přitom není možné, neboť ze zákona nemá Úřad oprávnění ukládat toto opatření osobám, které nebyly účastníky správního řízení. Formulace opatření k nápravě použitá Úřadem zcela odpovídá smyslu tohoto institutu a představuje v projednávané věci jediný způsob, jakým by měl být protiprávní stav odstraněn.

K otázce namítaného porušení procesních práv stěžovatele spočívající v zneprístupnění některých částí správního spisu s odkazem na ochranu obchodního tajemství, krajský soud přisvědčil stěžovateli pouze v tom, že při posouzení, zda lze účastníkům správního řízení zpřístupnit skutečnosti označené jiným podnikatelským subjektem za obchodní tajemství, je svou podstatou střetem institutu soukromoprávního (práva na ochranu obchodního tajemství) a veřejnoprávního (práva nahlížení do správního spisu, resp. práva účastníků hájit svá práva ve správním řízení). Kompetence správního orgánu posuzovat, co je obchodním tajemstvím, je přitom výrazně omezena a představuje pouze možnost zhodnocení toho, zda konkrétní, podnikatelem uváděné, skutečnosti jsou skutečně obchodní, výrobní či technické povahy související s podnikem, zda jsou v obchodních kruzích běžně dostupné a zda je podnikatel také odpovídajícím způsobem utajuje. Jsou-li tyto pojmové znaky splněny, je správní orgán povinen zajistit ochranu skutečností podléhajících obchodnímu tajemství (ust. § 23 odst. 3 zákona č. 71/1967 Sb. ve znění pozdějších předpisů). Fakt, že pod režim citovaného ustanovení bylo možné podřadit i ochranu obchodního tajemství, je judikaturou obecně přijímán. Dovolává-li se stěžovatel při řešení dané otázky rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 30. 8. 1999, sp. zn. 2 A 4/1999, nelze této argumentaci odepřít relevanci, nicméně právní názor vyslovený v tomto rozsudku byl již překonán. V této souvislosti odkázal krajský soud na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2005, č. j. 2 A 13/2002 - 424. Postup Úřadu v prvním stupni byl podle krajského soudu zcela konformní s právním názorem Nejvyššího správního soudu, neboť údaje podléhající obchodnímu tajemství uvedl v rámci možností v agregované či anonymizované podobě. Uvádění těchto derivativních informací nelze považovat za jakékoli porušení práva na spravedlivý proces. Předseda Úřadu se v odůvodnění svého rozhodnutí zcela v souladu s principy obecné i právní logiky vypořádal s důvody, pro které považuje postup správního orgánu I. stupně za odpovídající.

K návrhu stěžovatele na moderaci uložené sankce krajský soud poukázal na to, že podle ust. § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže hrozila stěžovateli pokuta až do výše 10 000 000 Kč nebo do výše 10 % z čistého obrátu dosaženého za poslední ukončený kalendářní rok. Pokuta uložená stěžovateli ve výši 1 200 000 Kč je tak při samé spodní hranici zákonem stanovené sazby. Jak vyplývá i z judikatury Nejvyššího správního soudu (např. z rozsudku ze dne 21. 8. 2003, sp. zn. 6 A 96/2000), nejde o zjevně nepřiměřenou výši sankce v případě, kdy byla pokuta uložena těsně při spodní hranici zákonné sazby. Pokuta uložená stěžovateli tedy nebyla zjevně nepřiměřená, a nezakládá

proto důvod ke zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu či k aplikaci moderačního ust. § 78 odst. 2 s. ř. s.

Proti tomuto rozsudku podal stěžovatel v zákonné lhůtě kasační stížnost z důvodů uvedených v ust. § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s. Nesprávné posouzení právní otázky spatřuje v tom, že se krajský soud vůbec nezabýval vymezením soutěžitele, což je nutný předpoklad aplikace soutěžního práva. Stěžovatel poukázal na to, že již v žalobě namítal, že dominantní postavení nezaujímá vůči obstaravatelům, ale společně s nimi a že z hlediska soutěžního práva představuje s obstaravateli jediného soutěžitele. Vztah stěžovatele a obstaravatelů je totiž vztahem mandátním a obstaravatelé tak nemohou ani teoreticky samostatně zasahovat do hospodářské soutěže. Touto námitkou se krajský soud vůbec nezabýval a řešil výlučně existenci soutěžního vztahu mezi stěžovatelem a obstaravateli, či přesněji to, že existence soutěžního vztahu v užším slova smyslu není podmínkou aplikace práva hospodářské soutěže. Krajský soud evidentně zaměňuje otázku vymezení soutěžitele s otázkou existence soutěžního vztahu mezi dvěma subjekty. Stěžovatel také zpochybnil závěr krajského soudu, že v případě stěžovatele a obstaravatelů se jedná o právně i fakticky na sobě nezávislé subjekty. Obstaravatelé nejsou sice se stěžovatelem personálně ani kapitálově propojeni, nicméně z podstaty mandátní smlouvy nemohou sledovat vlastní zájmy, ale výlučně zájmy stěžovatele. Obstaravatelé se při obstarávání služeb zcela řídí jeho pokyny, jednají jeho jménem a na jeho účet (§ 566 odst. 1, § 567 odst. 2 obch. zák.). Z hlediska soutěžního práva je nerozhodné, že uvedené povinnosti převzali dobrovolně v rámci své smluvní autonomie. Relevantní je pouze výsledný stav, a tím je neschopnost obstaravatelů určovat vlastní soutěžní politiku. V této souvislosti stěžovatel dále uvedl, že smluvní základ má většina právních vztahů v ekonomických entitách včetně příkladů zmiňovaných krajským soudem, nebo zaměstnaneckého vztahu, který je nejbližší vztahu mezi zastoupeným a obchodním zástupcem. I diskutované Pokyny k vertikálním omezením se zabývají vymezením jediného soutěžitele v případě, kdy strany uzavřely dohodu o obchodním zastoupení. Část II. Pokynů k vertikálním omezením totiž vymezuje případy, na které se čl. 81 odst. 1 SES nevztahuje proto, že obchodní zástupce je součástí obchodní organizace zmocnitele a dohoda mezi nimi je vnitřní záležitostí jediné hospodářské entity. Smluvní základ vztahu stěžovatele a obstaravatelů je tedy pro posouzení, zda se jedná o jednoho či více soutěžitelů, mezi kterými může být případně soutěžní vztah, zcela irrelevantní. Další pochybení spatřuje stěžovatel v tom, že krajský soud odmítl tvrzení o neexistenci soutěžního vztahu mezi stěžovatelem a obstaravateli s tím, že na obstaravatele „plně dopadá riziko ve smyslu bodu 13 a 14 Sdělení, a to právě z důvodu nemožnosti neprodané zboží vrátit zmocniteli“. Obstaravatel nemůže vrátit losy zpět stěžovateli pouze tehdy, když je neprodal ve lhůtě, v níž dané množství losů obvykle prodává, neprodal zbývající losy ani v dalším týdnu a konečně se mu takové losy nepodařilo prodat (nad rámec obvyklých prodejů) ani do konce doby platnosti dané loterie. V případě ukončení platnosti loterie může obstaravatel vrátit losy i z aktivovaných balíčků. I kdyby se tedy obstaravateli nepodařilo zbývající losy do konce platnosti loterie prodat, může je přednostně prodávat po aktivaci posledního balíčku s tím, že veškeré losy z aktivovaného balíčku vrátí jako neprodané stěžovateli. Situace, kdy losy obstaravatelům opravdu zbývají, je výjimečná a zpravidla je vyústěním jejich pochybení při prodeji zboží stěžovatele. Ustanovení znemožňující obstaravatelům v daných případech vrátit losy stěžovateli není proto možno považovat za přenos finančního a obchodního rizika na obstaravatele, natož pak za přenos většího než zanedbatelného rizika (bod 15 Pokynů

k vertikálním omezením). Stěžovatel dále označil za nesprávný i požadavek krajského soudu po přísnějším posuzování naplnění podmínek části II. Pokynů k vertikálním omezením v případě jejich aplikace na soutěžitele v dominantním postavení. Příslušná ustanovení Pokynů k vertikálním omezením se zabývají vymezením případů, kdy subjekty představují jediného soutěžitele, protože se fakticky jedná o jedinou ekonomickou entitu. Skutečnost, že dané podmínky byly vymezeny pro potřeby posuzování zakázaných dohod, nicméně nijak neodůvodňuje rozdílné posuzování jejich naplnění v případě posuzování zneužití dominantního postavení. Otázka, zda jde o jediného nebo o více soutěžitelů, nesouvisí s problematikou posuzování jednání dominantního soutěžitele a musí být posouzena jednotně pro celou oblast soutěžního práva, neboť je logicky nemožné, aby určitá entita pro účely jednoho ustanovení byla soutěžitelem a pro účely jiného ustanovení jím nebyla. Teprve po vymezení soutěžitele je možné hodnotit soulad jeho chování se soutěžním právem. Užití přísné reglementace chování dominanta nelze svévolně rozšiřovat extenzivním výkladem pojmu (dominantního) soutěžitele. Proto není zřejmé, proč by se podmínky Pokynů k vertikálním omezením určující případy, kdy se jedná o jediného soutěžitele, v plném rozsahu neužily na vymezování soutěžitele pro veškerá omezení soutěžních vztahů. Obstaravatelé nejen nejsou samostatnými soutěžiteli, ale mezi nimi a stěžovatelem ani neexistuje soutěžní vztah, a stěžovatel tak nemůže zneužívat své dominantní postavení na jejich úkor, ale nanejvýš společně s nimi. Aplikace ustanovení o zneužití dominantního postavení je proto na vztah stěžovatele a obstaravatelů vyloučena.

Stěžovatel dále namítal, že krajský soud chybně posoudil otázku přiměřenosti smluvních podmínek. Navíc považuje odůvodnění jeho závěru o přiměřenosti smluvních podmínek za zčásti nesrozumitelné, zčásti pak odůvodnění zcela chybí. Krajský soud se vůbec nevyjádřil k žalobním námitkám, že systém stěžovatelem vybudovaných pojistek dostatečným způsobem chrání práva obstaravatelů (což bylo v řízení před Úřadem prokázáno), a zajišťuje tak přiměřenost smluvních podmínek. Tyto námitky totiž krajský soud nevyvrací, ale spokojuje se s odkazem na rozhodnutí Úřadu a poukazem na převážně irelevantní skutečnosti. Rozhodnutí předsedy Úřadu k argumentům stěžovatele prokazujícím přiměřenost smluvních podmínek díky systému pojistek pouze uvádí, že „nelze námitkám účastníka řízení přisvědčit“, aniž by se zabývalo jednotlivými námitkami uplatněnými v žalobě. Danými námitkami se nezabýval Úřad ani v rozhodnutí prvostupňovém. Krajský soud se nezabýval také námitkou, že přenos ekonomického rizika ze stěžovatele na obstaravatele je pojmově vyloučen s tím, že „podrobnější rozbor této otázky je pak věcí ekonomické teorie (mikroekonomie), nikoliv otázkou právní“. Pokud byl stěžovatel Úřadem sankcionován právě proto, že přenáší ekonomické riziko na obstaravatele, jedná se evidentně o otázku právní, a nelze odmítnout se jí zabývat poukazem na ekonomické souvislosti takové problematiky. Krajský soud se náležitě nezabýval ani námitkou, že úprava obsažená v předmětném smluvním ustanovení je zcela ospravedlnitelná. Přesto, že přiznal tvrzení stěžovatele „jistou plausibilitu“, dospěl k závěru, že systém může v praxi přesto vést k vázání finančních prostředků obstaravatelů v neprodaných losech, a dodal, že stěžovatel přehlíží, že „motivace obstaravatelů k dodržování podmínek Smlouvy a k co největší aktivitě při prodeji losů konečným spotřebitelům, lze dosáhnout jinými, soutěžně konformními způsoby“. Otázka po ospravedlnitelnosti úpravy vyvstává teprve v okamžiku, kdy je zjištěn zásah do práv postiženého subjektu (zde jednotlivých obstaravatelů) a je třeba zkoumat, zda je takový

zásah přiměřený, vyvážený, a proto ospravedlnitelný. Stěžovatel přitom ve svých podáních vysvětlil, že předmětné smluvní ustanovení sleduje legitimní cíl (zajistit řádné vyúčtování prodaných losů) a jeho zavedení je důsledkem porušování povinností obstaravatelů řádně a včas vyúčtovat každý prodaný los. Řádná evidence prodaných losů je ostatně i ve veřejném zájmu a zvolený způsob je nejmírnějším prostředkem k jeho dosažení. Stejně účinné by byly pouze dostatečně časté kontroly více než 7000 prodejních míst, což je vzhledem k nákladům prakticky nerealizovatelné. Účinným prostředkem by, oproti názoru krajského soudu, nebyla pozitivní motivace, např. zavedením bonusů, neboť žádný takový systém nemůže zaručit řádné vyúčtování prodaných losů. Konečně je třeba posoudit, zda zvolené smluvní ustanovení zajišťuje rovnováhu mezi zájmy stěžovatele a obstaravatelů. Podle smlouvy o obstarávání služeb je odměna obstaravatele stanovena procentním podílem ze součtu prodejní ceny losů prodaných za příslušný sázkový týden a z prodejní ceny zbývajících neprodaných losů z aktivovaného balíčku. Obstaravateli je tedy zaplacená odměna i za losy, které ještě neprodal a které s největší pravděpodobností prodá v následujících dnech. Kdyby bylo obstaravatelům umožněno neprodané losy, které prošly vyúčtováním, vracet i po konci platnosti loterie trvající 1 až 3 roky, mělo by to pro stěžovatele nedozírné veřejnoprávní důsledky. Vzhledem k tomu, že příjmy z prodeje losů se pravidelně zaúčtovávají a část takových příjmů se odvádí na veřejně prospěšné účely, není zřejmé, jak by stěžovatel takovou situaci řešil, aniž by došlo k porušení příslušných veřejnoprávních norem a z toho vyplývajících sankcí. Zakotvení předmětného ustanovení v obstaravatelské smlouvě naproti tomu pro obstaravatele znamená získání odměny i za neprodané losy a pouze potencionální riziko, že při mimořádně špatných prodeích dlouhodobého charakteru zůstane obstaravatelům několik losů v hodnotě desítek korun. Zakotvení předmětného ustanovení ve smlouvách o obstarávání je proto ospravedlnitelné a nelze mluvit o nepřiměřených podmínkách. Podle krajského soudu je významným aspektem pro posouzení předmětného smluvního ustanovení jako nepřiměřeného „oktrojovaný charakter první dodávky losů, kdy jednotliví obstaravatelé nemohli ovlivnit druhy a množství dodávaných losů“. Krajský soud však nerefletoval námitku, že lhůta splatnosti balíčků je sice určena stěžovatelem, ovšem na základě dosahovaného obrátu konkrétního obstaravatele s tím, že je následně individuálně upravována na základě dohody s obstaravatelem v závislosti na skutečných prodeích. Krajský soud svůj závěr o nepřiměřenosti smluvních podmínek opírá mimo jiné o tvrzení, že stěžovateli „nepřísluší posuzovat, co je prospěšné pro podnikání jiných podnikatelských subjektů“. Krajský soud zcela přehlíží základní principy mandátní smlouvy. Obstaravatelé jsou mandatáři stěžovatele a jsou povinni řídit se jeho pokyny a sledovat jeho zájmy, nikoliv zájmy své. Stěžovatel je proto oprávněn posuzovat jednání jednotlivých obstaravatelů, neboť jejich postup je pro prospěšnost jeho podnikání klíčový. Obstaravatelé distribují zboží stěžovatele a ten jim zajišťuje nejen vybavení sběrný, ale i veškerou servisní, materiálovou a obchodní podporu. Zájem stěžovatele na řádném prodeji okamžitých loterií je proto zcela legitimní. Zřejmá není souvislost mezi přiměřeností či nepřiměřeností smluvních podmínek a skutečností, že smlouva byla vypracována stěžovatelem a jednotlivým obstaravatelům předložena bez možnosti provádění individuálních korektur. Ze skutečnosti, že postupná negociace smluv může být určitou zárukou vyváženosti práv a povinností obou stran, ještě nelze dovozovat automatické znevýhodnění jedné ze smluvních stran v případě smluv adhezních. Oproti názoru krajského soudu proto užití adhezních smluv na vztah mezi stěžovatelem a obstaravateli neprejudikuje nepřiměřenost užitých smluvních podmínek. Stěžovatel se dále ohradil proti tvrzení krajského soudu že

námítka, že obstaravatelům zbývají losy v důsledku neplnění jejich marketingových povinností, je „ničím nepodložená a spekulativní“. V řízení před Úřadem bylo prokázáno, že absolutní většina obstaravatelů žádný problém s prodejem losů ve stanovené lhůtě nemá. Pokud třem obstaravatelům z cca 3000 zbývají losy v množství několika desítek až stovek, je počet možných příčin (oproti názoru soudu) poměrně omezený. Neprodejnost losů není dána obecně nízkou poptávkou po okamžitých loteriích (v tom případě by měli problém i ostatní obstaravatelé). Pokud krajský soud argumentuje možným pochybením na straně stěžovatele spočívajícím v chybně stanoveném počátečním odběru losů, poukázal stěžovatel na to, že v takovém případě se obstaravatelé mohou obrátit na stěžovatele se žádostí o snížení množství odebíraných losů. Stěžovatel totiž nemá zájem na tom, aby mezi obstaravateli byly neprodejné losy. Příčinou přebytků losů u několika málo odběratelů je s pravděpodobností hraničící s jistotou chybný postup při jejich nabízení, tj. nedodržení smluvních povinností.

Stěžovatel nezpochybnil závěr krajského soudu, že generální klauzule může být naplněna i bez toho, že by byly splněny pojmové znaky některé ze zvláštních skutkových podstat. Subsumpci pod obecnou skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení však nelze účelově zneužívat a dopouštět se tak nežádoucího rozšiřujícího výkladu zákona o ochraně hospodářské soutěže. Pokud totiž přezkoumávané jednání přímo zachycuje některá ze zvláštních skutkových podstat, je třeba takové jednání přezkoumávat právě s ohledem na příslušnou skutkovou podstatu. Zvláštní skutkové podstaty přitom obsahují omezující podmínky, ať již v pozitivním či negativním smyslu, které, jsou-li splněny, vylučují protisoutěžnost zkoumaného chování. Naplňuje-li tedy dané jednání nějakou z omezujících podmínek této zvláštní skutkové podstaty, nelze pak již toto jednání poměřovat generální skutkovou podstatou. Úřad se proto oproti názoru soudu nemůže rozhodnout, že se nebude zabývat naplněním podmínek uvedených v ust. § 11 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže a dovodit protisoutěžní chování specifikované některou ze zvláštních skutkových podstat, aniž by zároveň přezkoumal naplnění podmínek takové skutkové podstaty. Pokud by tomu tak bylo, omezující podmínky pro aplikaci zvláštních skutkových podstat by byly zcela nadbytečné. Krajský soud v napadeném rozsudku sice výtku směřující k vadné subsumpci skutkového stavu odmítl, vzápětí ovšem uvedl, že „jde tedy pouze o posouzení, zda soud může tento závěr správního orgánu aprobovat“ a zčásti se tvrzenou nepřiměřeností předmětného smluvního ustanovení zabýval. Své závěry v tomto směru přitom mísí s obecnými tezemi o dominantním postavení, zneužití takového postavení a protisoutěžním postupem stěžovatele, neboť podle soudu „není rozhodující toliko skutečnost jaké podmínky žalobce vůči svým smluvním partnerům uplatňoval, ale především o způsob, jakým žalobce celkově postupoval, vědom si nepochybně své tržní síly“ (str. 7 rozsudku). Taková argumentace je zcela nesrozumitelná a nijak neodůvodňuje závěr soudu o absenci nutnosti zkoumat přiměřenost poskytovaného plnění.

Dále stěžovatel uvedl, že je-li sankcionován za nepřiměřené smluvní podmínky, je mimo jiné nutné zkoumat, zda je vynucováno plnění v nápadném nepoměru k poskytovanému protiplnění. Přitom nelze opomenout, že z hlediska soutěžního práva je významný jen nápadný nepoměr mezi plněním a protiplněním. Pokud by totiž k naplnění předmětné skutkové podstaty stačila jakákoliv intenzita nevyváženosti mezi plněním a protiplněním, potom by se Úřad nevyhnutelně stával regulátorem posuzujícím vyváženost

smluvních podmínek a nahrazujícím tak vůli smluvních stran. K hodnocení by navíc docházelo teprve ex post. Takový výklad je přitom zcela neslučitelný s hospodářskou soutěží v demokratickém právním státě. Úřad se však požadovanou vyšší intenzitou nepřiměřenosti vůbec nezabýval, což stěžovatel v žalobě namítal. Krajský soud nicméně otázku intenzity nepřiměřenosti smluvních podmínek zcela ignoroval, a chybně tak posoudil právní otázku. Jeho rozhodnutí o přiměřenosti smluvních podmínek je navíc pro nedostatek důvodů nepřezkoumatelné.

Stěžovatel dále namítal, že krajský soud nesprávně posoudil i otázku naplnění generální klauzule podle § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. I v tomto případě stěžovatel vytýkal nepřezkoumatelnost zdůvodnění takového závěru. Krajský soud uvedl, že v „jednání žalobce lze spatřovat unfair prvek, překračující oprávněné zájmy žalobce při hájení jeho podnikatelských aktivit na trhu, tedy aktivit, které by jinak musely být tolerovány. Jde totiž o jednání, které by žalobce fakticky nemohl realizovat, pokud by si nebyl vědom svého dominantního postavení na trhu“. Krajský soud nicméně neprokázal, že kdyby stěžovatel nedisponoval dominantním postavením, smlouvu by s ustanovením, v jehož užití spatřuje soud (i Úřad) narušení hospodářské soutěže, neuzavřel. V řízení před Úřadem bylo prokázáno, že prodej okamžitých loterií obsahuje řadu pojištění, které v praxi zabraňují hromadění losů u obstaravatelů, čehož si obstaravatelé jsou dobře vědomi. Spolupráce na základě smlouvy o obstarávání služeb je navíc pro zájemce finančně mimořádně zajímavá. Krajský soud se navíc vůbec nezabýval námitkou, že obstaravatelům žádná újma nevznikla, a konstatoval naplnění generální klauzule, aniž by vznik případné újmy jakkoliv hodnotil. Závěr o zneužití dominantního postavení je proto zcela nepodložený. Krajský soud se také nezabýval námitkou, že k narušení hospodářské soutěže v materiálním smyslu vůbec nedošlo. I kdyby totiž bylo předmětné ustanovení narušením hospodářské soutěže, což ovšem stěžovatel rozhodně popírá, soutěž na relevantním trhu nebyla jakkoliv narušena. Újmu totiž Úřad zjistil pouze u tří z cca 3000 obstaravatelů, a to ve výši stovek Kč. Přitom podle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu je třeba za základ závěru o narušení hospodářské soutěže „považovat právě zjištění, že k takovému narušení soutěže skutečně došlo, a to v materiálním, nikoli jen ve formálním smyslu.“ Stran nesrozumitelnosti zdůvodnění závěru krajského soudu stěžovatel odkázal na svou předchozí argumentaci. Závěr krajského soudu o naplnění generální klauzule je totiž součástí jeho argumentace k namítané chybné subsumpci skutkového stavu. Ostatně sama tato skutečnost dokládá nedostatek srozumitelnosti odůvodnění napadeného rozsudku.

Podle stěžovatele krajský soud rovněž chybně posoudil subjektivní stránku tvrzeného protisoutěžního jednání. Svůj závěr navíc náležitě nezdůvodnil. Stěžovatel v žalobě namítal, že Úřad své rozhodnutí chybně postavil na jeho úmyslném protisoutěžním jednání. Klíčovým důkazem dokládajícím tento závěr byl podle Úřadu text informačního bulletinu. Námitkou stěžovatele, že informační bulletin pouze explicitně přepisuje předmětné smluvní ustanovení, se nicméně soud nezabýval a závěr o úmyslném jednání stěžovatele naopak o daný text opřel. Krajský soud ignoroval i námitku, že kdyby chtěl aplikací údajně zjevně nepřiměřených podmínek zneužít své postavení k újmě obstaravatelů, nezakotvil by ve smlouvách opatření zajišťující, aby obstaravatelům losy nezbyly.

Za nesprávný označil stěžovatel i závěr krajského soudu o proveditelnosti uloženého opatření k nápravě. Soud námitku, že uložení povinnosti změnit smlouvu o obstarávání služeb je vzhledem k charakteru smlouvy jako vícestranného právního úkonu nemožné, odmítl jako nedůvodnou a účelovou s tím, že si nelze „představit, jakým jiným způsobem by nápravné opatření mělo být formulováno.“ Tento závěr je chybný. Není možné ukládat opatření, která jsou bez součinnosti třetích osob neproveditelná a spoléhat se na to, že třetí osoby součinnost jistě poskytnou. Je proto úkolem Úřadu, aby vymezil opatření tak, aby bylo proveditelné bez součinnosti třetích osob, přičemž je mylný názor krajského soudu, že by nebylo možné určit, v čem by taková iniciace měla spočívat, neboť návrh změny smlouvy je zákonem dostatečně konkrétně definovaný pojem.

Stěžovatel trvá na svém požadavku na zpřístupnění veškerých podkladů, na jejichž základě bylo v řízení rozhodováno o jejich právech a povinnostech. Není možné rozhodovat o sankcích zasahujících tak zásadním způsobem do existence stěžovatele, aniž by měl právo se seznámit se všemi podklady. Toto procesní pochybení přitom nebylo odstraněno ani v řízení před soudem. Z důvodu procesní ekonomie stěžovatel odkázal na svou žalobní argumentaci. Pokud krajský soud v této souvislosti poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2005, č. j. 2 A 13/2002 - 424, v němž bylo vysloveno, že správní orgán je povinen své rozhodnutí „dostatečně zdůvodnit a vyargumentovat i k těm částem spisového materiálu, ke kterým je účastníkům řízení zamezen přístup“, tak v daném případě tomu tak nebylo. Stěžovatel upozornil zejména na skutečnost, že krajský soud (i Úřad) označují uzavření smluv obsahujících předmětné ustanovení za „jednání, které by žalobce fakticky nemohl realizovat, pokud by si nebyl vědom svého dominantního postavení na trhu“ a vzhledem k tomu, že Úřad ani krajský soud tento svůj závěr neopírají o žádné stěžovateli známé skutečnosti, je možné, že takový závěr vyvozují z podkladů získaných od konkurentů stěžovatele. Pokud potom z takových podkladů uvedený závěr nevyplývá, je zřejmé, že závěr o zneužití dominantního postavení postrádá jakýkoliv podklad. V každém případě však stěžovatel nemůže citovaný závěr náležitě posoudit bez zpřístupnění údajů získaných od jeho konkurentů. Správní orgány sankcionují stěžovatele za zneužití dominantního postavení, aniž by snesly dostatek důkazů pro naplnění byť generální klauzule. Závěr krajského soudu, že se Úřad v odůvodnění svého rozhodnutí „zcela v souladu s principy obecné i právní logiky vypořádal s důvody, pro které považuje postup prvostupňového orgánu v této otázce za odpovídající“, je proto nejenom nepříliš srozumitelný, ale i chybný.

V další stížní námitce stěžovatel uvedl, že krajský soud chybně posoudil otázku zjevné nepřiměřenosti uložené sankce. Krajský soud v této souvislosti argumentoval tím, že „samotný Nejvyšší správní soud v těchto případech již opakovaně judikoval, že o zjevně nepřiměřenou výši sankce (tedy o důvod ke zrušení správního rozhodnutí pro nezákonnost či k využití moderačního oprávnění ve smyslu ust. § 78 odst. 2 s. ř. s.) nejde v případech, kdy byla pokuta uložena těsně při spodní hranici zákonné sazby (např. rozsudek ze dne 22. 8. 2003, spis. zn. 6 A 96/2000).“ Stěžovatel poukázal na skutečnost, že Nejvyšší správní soud v citovaném rozhodnutí uvedl, že „za zjevně nepřiměřenou nejspíše nebude možno považovat pokutu uloženou ve 4 % zákonného rozpětí (...) za situace, kdy sám fakt správního deliktu není mezi stranami sporný.“ Ačkoli Nejvyšší správní soud obecně vychází z alespoň hrubé přiměřenosti pokuty uložené na spodní hranici zákonné sazby, považuje přesto její zjevnou nepřiměřenost i v daném rozpětí za možnou. Na rozdíl od

citovaného judikátu je navíc stěžovatel přesvědčen, že se protisoutěžního jednání nedopustil a spáchání správního deliktu mezi stranami nelze rozhodně označit za nesporné. Námitku nepřiměřenosti pokuty nelze odmítnout bez zkoumání individuálních okolností případu. Pokud tak krajský soud v napadaném rozsudku učinil a s námitkou se nevypořádal, pochybil.

Ze všech uvedených důvodů navrhl stěžovatel zrušení napadeného rozsudku v celém rozsahu a vrácení věci krajskému soudu k dalšímu řízení.

Úřad ve vyjádření ke kasační stížnosti k námitce týkající se vymezení soutěžitele odkázal na zákonnou definici obsaženou v ust. § 2 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže a dále uvedl, že soutěžitelem je subjekt, který vystupuje jako účastník soutěžního vztahu v rámci hospodářské soutěže. Na podporu svého závěru, že stěžovatel v daném případě nepředstavuje spolu se svými obstaravateli jediného soutěžitele, poukázal na přístup uplatňovaný Evropskou komisí (dále jen „Komise“). Z Pokynů k vertikálním omezením totiž vyplývá, že rozhodujícím faktorem při hodnocení, zda lze čl. 81 odst. 1 SES použít, je finanční či obchodní riziko, které obchodní zástupce nese ve vztahu k činnosti, pro které byl zmocnitelem zmocněn. Z Pokynů k vertikálním omezením také vyplývá, že otázka rizika musí být hodnocena případ od případu, a měla by být zohledněna nikoli pouze právní forma, nýbrž skutečná hospodářská situace. Komise vychází z toho, že obecně se čl. 81 odst. 1 SES nebude vztahovat na povinnosti uložené obchodnímu zástupci v souvislosti se smlouvami sjednanými a (nebo) uzavřenými ve prospěch zmocnitele, kdy smluvní zboží nakoupené či prodané není ve vlastnictví obchodního zástupce, nebo pokud obchodní zástupce sám neposkytuje služby sjednané ve smlouvě, případně, pokud obchodní zástupce nepřispívá na náklady vyplývající z dodávky (nákupu) smluvního zboží či služeb. Rovněž nebude možné citované ustanovení aplikovat v situaci, kdy obchodní zástupce není přímo či nepřímo povinen investovat do podpory prodeje a nemusí na vlastní náklady a riziko pečovat o skladované smluvní zboží, nebo nenese náklady na financování skladování zboží a poškození skladovaného zboží, a může neprodané zboží vrátit zmocniteli bez jakýchkoli poplatků vyjma případů, kdy je odpovědný za vadu. Tato kritéria se nepochybně vztahují na pozici obstaravatelů jako samostatných soutěžitelů tak, jak vyplývá ze stěžovatelem uzavřených smluv, přičemž podrobnou kvalifikaci rizika, jež obstaravatelé podstupují, provedl předseda Úřadu v odůvodnění svého rozhodnutí. Vzhledem k přenosu obchodního rizika je tedy nutno nahlížet na obstaravatele jako na samostatné soutěžitele ve vztahu ke stěžovateli a na obstaravatelskou smlouvu, jako na smlouvu o nepravém obchodním zastoupení, která je způsobilá k posouzení z pohledu soutěžních norem. V otázce aplikace Pokynů k vertikálním omezením na soutěžitele v dominantním postavení se Úřad plně ztotožnil s argumentací krajského soudu a dále uvedl, že soutěžitel v dominantním postavení musí regulovat své obchodní chování tak, aby svým jednáním nenarušil hospodářskou soutěž a nezpůsobil újmu jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům. Ke stížní námitce nepřiměřenosti předmětných smluvních podmínek Úřad konstatoval, že stěžovatel na relevantním trhu provozování okamžitých loterií zaujímá dominantní postavení, jehož zneužití na újmu jiných je podle ust. § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže zakázáno. Nepřiměřené podmínky jsou vymezovány jako taková smluvní ustanovení, která by za běžných tržních podmínek obchodní partneři soutěžitele v dominantním postavení neakceptovali nebo akceptovali stěží, resp. která by soutěžitel v dominantním postavení při

funkční soutěži svým obchodním partnerům nepředkládal a ve smluvních vztazích neuplatňoval. Úřad ve správním řízení prokázal, že uplatňování čl. V. písmeno B, bod 2 obstaravelské smlouvy představuje ze strany stěžovatele uplatňování nepřiměřených obchodních podmínek k újmě obstaravatelů. V daném případě totiž dochází k neodůvodněné excesivnímu přenosu ekonomického rizika z prodeje losů na obstaravatele. Ke stěžovatelem tvrzenému systému pojistek Úřad zdůraznil, že doba splatnosti, tj. doba, jejímž uplynutím má obstaravatel povinnost celý balíček losů bez ohledu na to, zda již všechny losy prodal či nikoli, stěžovateli zaplatit, je stanovována jednostranně právě stěžovatelem. K námitce, že se předseda Úřadu nezabýval hodnocením ospravedlnitelnosti zařazení posuzovaného ustanovení do obstaravelských smluv, poukázal Úřad na část odůvodnění „2. skutková podstata“, ze které vyplývá, že se danou otázkou pečlivě zabýval.

Úřad dále uvedl, že ke konstataci zneužití dominantního postavení postačí zjistit naplnění znaků generální klauzule zakotvené v ust. 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, tzn. určit, je-li předmětné jednání zneužitím tržní moci na újmu jiných soutěžitelů či spotřebitelů. V této otázce se Úřad zcela ztotožnil s názorem krajského soudu, který v podstatě pouze reprodukoval. K otázce tvrzené neexistence újmy na straně obstaravatelů Úřad pouze uvedl, že v rámci správního řízení bylo prokázáno, že uplatňováním předmětných ustanovení obstaravelských smluv došlo ke vzniku újmy na straně obstaravatelů ve formě přenosu obchodního rizika, vyjádřeného v několika případech i konkrétní finanční částkou.

K námitce chybného posouzení subjektivní stránky protisoutěžního jednání lze podle Úřadu považovat za prokázané, že stěžovatel si byl vědom, že předmětným smluvním ustanovením potenciálně přenáší na své obstaravatele část rizik spojených s prodejem losů okamžité loterie, a to bez možnosti obstaravatelů tento závazek jakkoli ovlivnit. Stěžovatel tedy musel být přinejmenším srozuměn s tím, že takový postup není slučitelný s principy, na nichž je vystavěna ochrana hospodářské soutěže. V otázce proveditelnosti opatření k nápravě se Úřad zcela ztotožnil se závěry krajského soudu, jejichž podstatnou část odcitoval.

K námitce chybného posouzení porušení procesních práv stěžovatele krajským soudem Úřad uvedl, že proces zajišťování a provádění důkazů musí být v souladu s celým právním řádem České republiky, nikoli pouze s procesní normou. Je proto vždy nutné, aby správní orgán individuálně zohlednil soukromoprávní a veřejnoprávní zájmy nejen účastníků daného správního řízení. Vedle procesního práva účastníka řízení nahlížel do správního spisu a pořizovat si z něj výpisy, stejně jako se před vydáním rozhodnutí vyjádřit k jeho podkladu i ke způsobu jeho zjištění, případně navrhnout jeho doplnění, existují práva a povinnosti vyplývající z jiných právních předpisů stejné právní síly, a to konkrétně z obchodního zákoníku, jenž zakotvuje institut obchodního tajemství, a ze zákona o ochraně hospodářské soutěže, který ukládá zaměstnancům Úřadu povinnost mlčenlivosti a zachovávání obchodního tajemství. Stěžovateli byly veškeré relevantní informace, ze kterých předseda Úřadu při vydání rozhodnutí vycházel, zpřístupněny. Pokud jde o informace o distribučních systémech konkurentů stěžovatele, shledal Úřad, že tyto informace splňují podmínky ust. § 17 obch. zák. Úřad dále poukázal na skutečnost, že ve správním řízení byla nepochybně prokázána existence dominantního postavení stěžovatele,

přičemž žádný z jeho konkurentů obdobné postavení nezaujímá. Tuto námitku nepovažuje Úřad za oprávněnou a odkazuje v této souvislosti na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2005, č. j. 2 A 13/2002 - 424.

K namítané nepřiměřenosti sankce Úřad uvedl, že pokuta byla uložena po důkladném prozkoumání individuálních okolností případu, ve výši určené s ohledem na závažnost, délku protisoutěžního jednání a opakované porušení soutěžních předpisů ze strany stěžovatele, přičemž ji lze považovat za přiměřenou i vzhledem k výši způsobené újmy. Pokuta byla stanovena při samé spodní hranici zákonné sazby. V této souvislosti odkázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 8. 2003, č. j. 6 A 96/2000 - 62, který v takovém případě deklaruje nemožnost konstatace nepřiměřenosti pokuty. Pokuta ve výši 1 200 000 Kč tak plní zejména preventivní funkci.

Ze všech shora uvedených důvodů navrhl Úřad zamítnutí kasační stížnosti v celém rozsahu pro nedůvodnost.

Nejvyšší správní soud přezkoumal na základě kasační stížnosti napadený rozsudek v souladu s ustanovením § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s., vázán rozsahem a důvody, které uplatnil stěžovatel v podané kasační stížnosti, a přitom sám neshledal vady uvedené v odstavci 3, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti.

Z obsahu spisu vyplývá, že Úřad zahájil dne 17. 10. 2003 z vlastního podnětu správní řízení a dne 23. 1. 2004 vydal rozhodnutí, ve kterém dospěl k závěru, že stěžovatel zneužil své dominantní postavení na trhu provozování okamžitých loterií (stíracích losů) ve smyslu ust. § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Tohoto správního deliktu se podle Úřadu stěžovatel dopustil tím, že obstaravatelské smlouvy, které uzavíral, obsahovaly ustanovení, že „V případě, kdy skončí splatnost jednoho balíčku losů stanovená akciovou společností SAZKA, je obstaravatel povinen neprodleně aktivovat další balíček stejného druhu losů okamžité loterie bez ohledu na to, zda již doprodal všechny losy z předchozího balíčku. Nesplnění těchto povinností může být důvodem k odstoupení od smlouvy ze strany akciové společnosti SAZKA.“ (čl. V. písm. A bod 9 obstaravatelské smlouvy) a dále ustanovení, že „Obstaravatel může vrátit losy z aktivovaných balíčků pouze v případě ukončení platnosti okamžité nebo peněžitě loterie nebo ukončení obstaravatelské činnosti obstaravatele, a to vždy jen losy, které nebyly dosud uvedeny ve vyúčtování“ (čl. V. písm. B bod 2 citované smlouvy), čímž stěžovatel uplatňoval proti svým smluvním partnerům nepřiměřené podmínky (výrok I.). Zároveň Úřad stěžovateli toto jednání do budoucna podle ust. § 11 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže zakázal (výrok II.), uložil mu pokutu ve výši 12 000 000 Kč (výrok III.) a také opatření k nápravě (výrok IV.). Proti tomuto rozhodnutí podal stěžovatel rozklad, o kterém předseda Úřadu rozhodl dne 8. 7. 2005 tak, že výrok I. změnil a zneužití dominantního postavení dovodil již jen ve vztahu k čl. V. písmeno B bod 2 obstaravatelské smlouvy. Dále potvrdil výrok II. zakazující uvedené jednání do budoucna. Výroky III. a IV. změnil tak, že uloženou pokutu snížil na částku 1 200 000 Kč a uložil stěžovateli opatření k nápravě spočívající v povinnosti informovat písemně obstaravatele o výroku o zneužití dominantního postavení, „upravit stávající znění Smluv o obstarávání služeb uzavřené podle § 269 odst. 2 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, tak, aby článek V., písmeno B, bod 2 této smlouvy neobsahoval možnost

obstaravatelů vrátit jen losy, které nebyly dosud uvedeny ve vyúčtování“ a informovat následně o splnění těchto povinností Úřad.

Nejvyšší správní soud považuje za nezbytné na prvním místě poukázat na pochybení krajského soudu, který označil jako žalovaného předsedu Úřadu a nikoliv Úřad, což je v rozporu s ustálenou judikaturou Nejvyššího správního soudu (srov. např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 8. 2006, č. j. 4 As 57/2005 – 64, a ze dne 15. 1. 2004, č. j. 6 A 11/2002 – 26, dostupné na www.nssoud.cz). V dané věci je třeba rozlišovat, proti jakému rozhodnutí je žaloba podávána a kdo je účastníkem řízení. V posuzované věci je nepochybné, že žaloba byla podána proti rozhodnutí předsedy Úřadu, ale tato skutečnost nezakládá jeho pasivní legitimaci, protože není samostatným správním orgánem. Je pouze funkční složkou Úřadu, která mimo jiné přezkoumává v rozkladovém řízení rozhodnutí v případě, že Úřad vydal rozhodnutí jako ústřední orgán státní správy v I. stupni. Správní orgán rozhodující o rozkladu i správní orgán I. stupně představují stejný správní orgán vymezený zákonným rámcem jeho věcné příslušnosti. Rozdílné je pouze to, komu z hlediska vnitřního organizačního uspořádání správního orgánu zákon zakládá funkční příslušnost rozhodovat o rozkladu. V řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu je žalovaným ve smyslu § 69 s. ř. s. Úřad, byť je žalobou napadáno rozhodnutí předsedy Úřadu (srov. usnesení rozšířeného senátu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 5 Afs 16/2003 – 56, č. 534/2005 Sb. NSS). Pokud tedy krajský soud v dané věci označil jako žalovaného předsedu Úřadu, je jeho řízení zatíženo vadou. Při jejím hodnocení ovšem nelze odhlédnout od toho, že krajský soud však de facto jednal s Úřadem, byť prostřednictvím jeho předsedy, a nejedná se proto o vadu, která by mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé (§ 109 odst. 3 s. ř. s.).

V první části kasační stížnosti (body II. - IV.) vyjádřil stěžovatel právní názor, že v daném případě tvoří spolu s obstaravateli na relevantním trhu okamžitých loterií jediný subjekt, a proto na jeho vztah s obstaravateli nelze aplikovat soutěžní právo. V této souvislosti krajskému soudu vytýkal, že se nezabýval vymezením soutěžitele jako nutného předpokladu aplikace soutěžního práva a že zaměnil otázku vymezení soutěžitele s otázkou existence soutěžního vztahu mezi dvěma subjekty, což stěžovatel označil za otázku docela odlišnou.

Podle ustanovení § 2 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže se soutěžiteli podle tohoto zákona rozumí fyzické a právnické osoby, jejich sdružení, sdružení těchto sdružení a jiné formy seskupování, a to i v případě, že tato sdružení a seskupení nejsou právnickými osobami, pokud se účastní hospodářské soutěže nebo ji mohou svou činností ovlivňovat, i když nejsou podnikateli.

Z citovaného ustanovení, které ve spojení s § 1 odst. 1 vymezuje osobní působnost zákona o hospodářské soutěži vyplývá, že zákon vymezuje soutěžitele pojmovým znakem „účasti na hospodářské soutěži“, příp. možností ji svou činností ovlivňovat. Pod účastí na hospodářské soutěži pak nelze rozumět nic jiného než účast v soutěžních vztazích. Krajský soud tedy zcela správně zkoumal, zda mezi stěžovatelem a obstaravateli existuje soutěžní vztah či nikoliv. Jeho neexistence by znamenala, že by bylo třeba na stěžovatele a obstaravatele nahlížet z hlediska soutěžního práva (práva na ochranu hospodářské soutěže) jako na jednoho soutěžitele, což by v konečném důsledku znamenalo, že stěžovatel by vůči

obstaravatelům dominantní postavení zneužít nemohl. Naopak případná kladná odpověď na otázku, zda mezi stěžovatelem a obstaravatelem existoval soutěžní vztah, by znamenala, že stěžovatel byl v postavení samostatného soutěžitele. Proto Nejvyšší správní soud nepovažuje vymezení soutěžitele za otázku „docela odlišnou“ od existence soutěžního vztahu mezi stěžovatelem a obstaravatelem.

Zpochybnil-li stěžovatel v kasační stížnosti „závěry soudu, kterými soud argumentuje existenci konkurenčního vztahu mezi stěžovatelem a obstaravatelem“, je třeba zdůraznit, že krajský soud v napadeném rozsudku nedospěl k závěru, že stěžovatel a obstaravatelé jsou na předmětném trhu přímými konkurenty, ale naopak mezi pojmy „soutěžitel“ a „konkurent“, příp. „soutěžní“ a „konkurenční“ vztah, důsledně rozlišoval.

Podle stěžovatele je smluvní základ jeho vztahu s obstaravatelem pro posouzení, zda mezi nimi může být případně soutěžní vztah, „zcela irelevantní“. Nejvyšší správní soud se ztotožňuje se stěžovatelem v tom, že pokud je smluvní strana součástí obchodní organizace zmocnitele, je dohoda mezi nimi vnitřní záležitostí jediné hospodářské entity. Stěžovatel však opomíjí to, že právě otázka, zda je možné na něj a obstaravatele nahlížet jako na jednoho soutěžitele, resp. jednu hospodářskou entitu, či nikoliv, je v daném případě sporná. Tuto otázku je přitom nutno posuzovat s ohledem na jejich vzájemné vztahy, tedy i vztahy smluvní, přičemž pro její posouzení jsou interpretačním vodítkem Pokyny k vertikálním omezením, o jejichž aplikovatelnosti jako určité výkladové pomůcky ostatně mezi účastníky není sporu. Pokud pak z Pokynů k vertikálním omezením vyplývá mimo jiné, že na určité typy vertikálních dohod nelze aplikovat soutěžní právo, resp. že účastníci takových dohod nejsou navzájem v soutěžním vztahu, je logické, že za základ takového přezkumu je třeba vzít právě takové dohody, a to včetně jejich smluvního základu (je-li k dispozici). Teprve poté, kdy rozhodující orgán dospěje k závěru, že určité subjekty tvoří jedinou hospodářskou entitu, je možné považovat jejich vztahy z hlediska soutěžního práva za irelevantní, resp. není možné je za tyto vztahy postihovat. Soutěžněprávní relevanci tedy mají tyto vztahy vždy. Nejprve při vymezení soutěžitele (přezkum se může zastavit v tomto bodě s tím, že zmocnitel a zmocněnec tvoří na relevantním trhu jednoho soutěžitele) a dále při posuzování, zda v rámci těchto vztahů došlo k porušení soutěžního práva. Pokud tedy Úřad a krajský soud vzaly za základ svého přezkumu „smlouvu o obstarávání služeb“ jako smluvní základ vztahu stěžovatele a obstaravatelů, nelze tomuto postupu nic vytknout.

Nejvyšší správní soud se tedy dále zabýval otázkou, zda mezi stěžovatelem a obstaravatelem existoval či neexistoval soutěžní vztah.

Při posuzování existence soutěžního vztahu vycházel Nejvyšší správní soud jednak z Pokynů k vertikálním omezením (viz bod 13, podle kterého je rozhodujícím faktorem při hodnocení, zda lze čl. 81 odst. 1 SES použít, finanční či obchodní riziko, které obchodní zástupce nese ve vztahu k činnostem, pro které byl zmocnitelem zmocněn) a dále z judikatury Soudního dvora ES, která vytvořila několik hledisek pro posouzení, zda je zástupce součástí soutěžitele či nikoliv. Jsou jimi: 1. rozložení rizika (prvek, který odlišuje samostatného obchodníka od obchodního zástupce; toto kritérium je uvedeno i v Pokynech k vertikálním omezením), 2. ekonomická závislost (rozsudek Soudního dvora ES ze dne 16. 12. 1975 ve věci *Suiker Unie* a další, 40/73, Recueil, s. 1663), 3. pracuje-li

zástupce i pro jiné zastupované (rozsudek Soudního dvora ES ze dne 1. 11. 1987 ve věci *VVR v. Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, 311/85, Recueil, s. 3801). Postupně však Soudní dvůr kritéria 2. a 3. opouštěl a přiklonil se ke kritériu rozložení rizika (srovnej např. rozsudky Soudního dvora ES ze dne 24. 10. 1995 ve věci *Bundeskartellamt v. Volkswagen and VAG Leasing*, C-266/93, Recueil, s. I-3477; ze dne 14. 12. 2006 ve věci *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, Sb. rozh. s. I-11987; rozsudek Soudu prvního stupně ES ze dne 15. 9. 2005 ve věci *DaimlerChrysler v. Komise*, T-325/01, Sb. rozh. s. II-3319). V citovaném rozsudku *Suiker Unie a další*, 40/73, Recueil, s. 1663, Soudní dvůr uvedl, že pokud smlouva přenáší na zástupce povinnosti z hospodářského hlediska obdobné těm, které by vykonával nezávislý prodejce, protože zástupce nese finanční riziko z prodeje nebo z plnění smluv se třetími stranami, nemůže být zástupce pokládán za součást zastoupeného pro účely určení soutěžitele. Je-li ve smlouvě mezi zástupcem a zastupovaným ustanovení ohrožující soutěž, a toto ustanovení bylo do smlouvy vloženo na naléhání soutěžitele v dominantním postavení za splnění výše uvedené podmínky samostatnosti zástupce jako soutěžitele, může to znamenat porušení čl. 82 SES. Z uvedeného tak vyplývá, že pravidla posuzování samostatnosti soutěžitelů ve vztazích zástupce a zastoupeného se budou obdobně aplikovat i při posuzování zneužití dominantního postavení.

S ohledem na výše uvedené bude pro posouzení otázky, zda stěžovatel a obstaravatelé tvoří v daném případě jednoho soutěžitele, rozhodující hledisko rozložení rizika mezi stěžovatele a obstaravatele.

Podle bodu 15 Pokynů k vertikálním omezením se rozlišuje mezi pravou a nepravou dohodou o obchodním zastoupení, přičemž o dohodu pravou, která pod čl. 81 odst. 1 SES nespadá, se jedná v případě, že obchodní zástupce v daném oboru činnosti ve vztahu ke smlouvám uzavřeným a (nebo) sjednaným ve prospěch zmocnitele a ve vztahu k investicím do určitého trhu nenese žádná rizika nebo jsou tato rizika zanedbatelná. V bodě 16 Pokynů k vertikálním omezením je zdůrazněna potřeba individuálního hodnocení otázky rozložení rizik. Tento bod obsahuje také demonstrativní výčet rizik, jejichž existence může vést k závěru, že předmětná dohoda o obchodním zastoupení je dohodou nepravou. Mimo jiné z tohoto výčtu vyplývá, že obchodního zástupce, který nemusí na vlastní náklady a riziko pečovat o skladované smluvní zboží, nenese náklady na financování skladování zboží a poškození skladovaného zboží, a může neprodané zboží vrátit zmocniteli bez jakýchkoli poplatků vyjma případů, kdy je obchodní zástupce odpovědný za vadu, je třeba považovat za součást zmocnitele.

V dané věci dospěl Úřad i krajský soud k závěru, že stěžovatele a obstaravatele nelze na trhu okamžitých loterií považovat za jednoho soutěžitele. Tento závěr odůvodnily tím, že na obstaravatele bylo přeneseno riziko spojené s prodejem losů. Stěžovatel v této souvislosti namítal, že ustanovení obstaravatelské smlouvy znemožňující obstaravatelům vrácení losů, nelze považovat za přenos rizika na obstaravatele, natož pak za přenos většího než zanedbatelného rizika.

Z předmětných obstaravatelských smluv je podle Nejvyššího správního soudu jednoznačně zřejmé, a mezi účastníky i nesporné, že v případě, kdy losy neprodané konečnému zákazníkovi prošly vyúčtováním (tj. uplynula doba splatnosti předmětného

balíčku losů), neměl obstaravatel možnost tyto losy vrátit stěžovateli (čl. V.B bod 2 obstaravatelské smlouvy). Okamžikem vyúčtování, resp. převodem finanční částky odpovídající hodnotě losů snížené o odměnu obstaravatele a vyplacené výhry, tak obstaravatel zaplatil plnou cenu za veškeré losy (prodané i neprodané) obsažené ve splatném balíčku a stal se tedy vlastníkem neprodaných losů. Byl-li obstaravatel v dané situaci vlastníkem losů, které nemohl vrátit stěžovateli, a neprodal-li je do skončení platnosti loterie, byla cena, kterou stěžovateli za losy zaplatil snížená o smluvní odměnu, jeho ztrátou. V konečném důsledku tedy podle citovaného článku obstaravatelské smlouvy dostal stěžovatel zaplacen za veškeré aktivované balíčky losů (s výjimkou balíčků, u nichž neuplynula splatnost v okamžiku skončení platnosti loterie nebo v okamžiku ukončení obstaravatelské činnosti), bez ohledu na to, zda se obstaravateli podařilo losy v těchto balíčcích obsažené prodat konečnému zákazníkovi či nikoliv. Obstaravatel tak v takových případech evidentně supluje roli konečného zákazníka. Právě v tom shledává Nejvyšší správní soud ve shodě s Úřadem i krajským soudem přenos rizika spojeného s prodejem losů na obstaravatele. Toto riziko pak existuje nezávisle na stěžovatelem uváděných pojistkách, neboť ty mohou pouze ovlivnit míru (intenzitu) tohoto rizika a vést popř. k závěru, že přenesené riziko bylo zanedbatelné (srovnej bod 15 Pokynů k vertikálním omezením). Nemají však jakýkoli vliv na to, že na sebe obstaravatelé uzavřením obstaravatelské smlouvy se stěžovatelem toto riziko berou.

Namítá-li stěžovatel, že obstaravatel nemůže vrátit losy pouze tehdy, když je všechny neprodá ve lhůtě, v níž tyto losy obvykle prodává, je nutno uvést, že lhůta splatnosti jednotlivých balíčků nezávisela na obstaravatelích, ale byla jednostranně určena stěžovatelem, a i v případě žádosti obstaravatele o prodloužení splatnosti jednotlivých balíčků, bylo opět výhradně na stěžovateli, zda ji bude akceptovat či nikoliv.

Stěžovatel poukázal také na to, že „v případě ukončení platnosti loterie může obstaravatel vrátit losy i z aktivovaných balíčků. I kdyby se tedy obstaravateli nepodařilo zbývající losy do konce platnosti loterie prodat, může je přednostně prodávat po aktivaci posledního balíčku s tím, že veškeré losy z aktivovaného balíčku vrátí jako neprodané stěžovateli.“ Podle Nejvyššího správního soudu nelze tomuto tvrzení přiznat žádnou relevanci, protože skončí-li platnost loterie, není možné losy z takové loterie dále vůbec prodávat, a to, zda jde o losy z balíčku, u kterého již splatnost uplynula či z balíčku, který dosud vyúčtováním neprošel, nehraje žádnou roli. Ale i v případě, že by obstaravatel přednostně prodával losy z balíčků, u kterých již uplynula splatnost, a po skončení platnosti loterie vrátil losy z aktivovaného balíčku, u kterého dosud splatnost neuplynula, mohl sice tento postup zmírnit jeho případné finanční ztráty, ale neměl vliv na samotnou existenci rizika na jeho straně.

Ani tvrzení stěžovatele, že situace, kdy losy obstaravatelům skutečně zbývají, je výjimečná a vinu na jejím vzniku nesou sami obstaravatelé, nemá vliv na závěr o přenosu rizika na obstaravatele. Stěžovatel byl v daném případě sankcionován za to, že obstaravatelské smlouvy předmětné ustanovení znemožňující vrácení losů obsahovaly, a nikoliv za to, že u některých z obstaravatelů k popsání situaci skutečně došlo. Rizikem v daném případě není krajní situace, kdy již neprodejné losy skutečně zůstanou obstaravateli i po skončení platnosti loterie, ale je jím potenciální hrozba, že se obstaravatel může do této, v podstatě neřešitelné situace, dostat.

V souvislosti s otázkou vymezení soutěžitele je třeba také posoudit, zda stěžovatelem uváděný systém pojištění nesnižuje riziko na zanedbatelnou míru. Podle Nejvyššího správního soudu není žádné ze stěžovatelem uváděných opatření způsobilé výrazněji snížit riziko přenášené na obstaravatele. Stěžovatelem doporučený postup může pouze zmírnit případné finanční ztráty obstaravatelů, ale na míru rizika nemá vliv. Možnost prodloužit splatnost balíčků není nároková, na což správně upozornil i krajský soud, a proto také nesnižuje riziko, neboť je zcela na stěžovateli, zda obstaravateli splatnost prodlouží či nikoliv.

Stěžovatel dále označil požadavek krajského soudu po přísnějším posuzování podmínek oddílu II. Pokynů k vertikálním omezením v případě jejich aplikace na soutěžitele v dominantním postavení za nesprávný. Takový závěr však v napadeném rozsudku není obsažen. Krajský soud totiž pouze odůvodnil, proč považuje stěžovatele za samostatného soutěžitele, tj. v čem shledal naplnění podmínek předpokládaných Pokyny k vertikálním omezením a nezabýval se v této souvislosti otázkou dominance stěžovatele, ale výhradně otázkou, zda jej lze na trhu okamžitých loterií posuzovat odděleně od obstaravatelů. Pokud poukázal i na obecný princip soutěžního práva, že chování soutěžitele v dominantním postavení je třeba posuzovat přísněji, nemělo to v daném případě vliv na posouzení otázky vymezení soutěžitele. Krajský soud se ostatně v této souvislosti plně ztotožnil se závěry obsaženými v rozhodnutích Úřadu, který na nutnost posuzovat dominantního soutěžitele přísněji upozornil v obecné rovině a nikoli v souvislosti s otázkou vymezení soutěžitele (viz např. str. 12 prvostupňového rozhodnutí Úřadu).

Z výše uvedeného vyplývá, že krajský soud postupoval v otázce vymezení soutěžitele správně a jeho závěru, že stěžovatel a obstaravatelé netvoří na relevantním trhu jeden subjekt, nelze nic vytknout.

Stěžovatel v dalším stížním bodu pro případ, že by Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že netvořil s obstaravateli jednoho soutěžitele, namítal chybné posouzení otázky přiměřenosti napadených smluvních podmínek a současně částečnou nesrozumitelnost a nedostatek odůvodnění závěru o přiměřenosti smluvních podmínek.

Považuje-li stěžovatel určitou část odůvodnění napadeného rozsudku za nepřezkoumatelnou z důvodu nesrozumitelnosti a chybějící argumentace a současně namítá, že v této části odůvodnění je chybně posouzena právní otázka, považuje Nejvyšší správní soud takovou stížní námitku za nelogickou a vnitřně rozpornou. Stěžovatel se totiž domáhá věcného přezkumu části napadeného rozsudku, o které zároveň tvrdí, že je nepřezkoumatelná. I přes uvedený rozpor se Nejvyšší správní soud v souladu s dispoziční zásadou musel s touto argumentací komplexně vypořádat.

K námitce stěžovatele, že krajský soud odkázal ve vztahu k jeho argumentaci o přiměřenosti smluvních podmínek na závěry Úřadu, ale ten se přitom s jeho argumenty ve svém rozhodnutí nevypořádal, Nejvyšší správní soud uvádí, že krajský soud sice zčásti na rozhodnutí Úřadu odkázal, avšak sám se k otázce přiměřenosti smluvních podmínek, a

také k vlivu systému pojištění, vyjádřil (str. 6 a 7 verte rozsudku). Proto nelze napadený rozsudek v této části považovat za nepřezkoumatelný.

Důvodné není ani tvrzení stěžovatele, že se krajský soud nezabýval žalobní námitkou o pojmovém vyloučení přenosu ekonomického rizika. V napadeném rozsudku totiž dostatečně podrobně zdůvodnil, v čem je třeba spatřovat přenos ekonomického rizika (nemožnost vrátit losy stěžovateli). V této souvislosti je nutné zdůraznit, že soud přezkoumává správní rozhodnutí na základě konkrétně formulovaných žalobních bodů. Reagoval-li krajský soud na obecné tvrzení stěžovatele, že „Ekonomickým rizikem je přitom nejistota úspěšnosti obchodní transakce, nikoliv však důsledek porušení smluvní povinnosti.“ tak, že „jde o zcela zjednodušenou interpretaci ekonomické kategorie rozhodování firem na trhu; podrobnější rozbor této otázky je pak věcí ekonomické teorie (mikroekonomie), nikoli otázkou právní.“, považuje Nejvyšší správní soud toto za zcela dostačující.

Vzhledem k tomu, že Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že napadený rozsudek není v této části nepřezkoumatelný, zabýval se věcně otázkou, zda stěžovatel zneužil svého dominantního postavení na trhu okamžitých loterií.

Podle ust. § 11 odst. 1 věta první zákona o ochraně hospodářské soutěže je zneužívání dominantního postavení na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů je zakázáno. Podle písm. a) citovaného ustanovení je zneužitím dominantního postavení zejména přímé nebo nepřímé vynucování nepřiměřených podmínek ve smlouvách s jinými účastníky trhu, zvláště vynucování plnění, jež je v době uzavření smlouvy v nápadném nepoměru k poskytovanému protiplnění.

I soutěžitel v dominantním postavení má právo hájit své obchodní zájmy a přijmout k jejich ochraně přiměřená opatření. Takové chování však nemůže být tolerováno, je-li jeho skutečným účelem posílení dominantního postavení a jeho zneužívání (srovnej např. rozsudek Soudu prvního stupně ES ze dne 1. 4. 1993 ve věci *BPB Industries a British Gypsum v. Komise*, T-65/89, Recueil, s. II-389). Z judikatury dále vyplývá kritérium zvláštní odpovědnosti soutěžitele v dominantním postavení ve vztahu k jeho tržnímu chování (srovnej rozsudek Soudního dvora ES ze dne 9. 11. 1983 ve věci *Michelin v. Komise*, 322/81, Recueil, s. 3461).

Otázku, zda je konkrétní chování soutěžitele v dominantním postavení možné považovat za jednání, které je ještě dovolené, nebo za jednání zákonem již zakázané, je třeba posuzovat individuálně se zřetelem ke všem specifikům jednotlivého případu. Pokud dominant čelí konkurenci férovými prostředky, nejde o zneužití dominantního postavení. Při hodnocení této otázky je tak nutné vzít v úvahu míru restriktivnosti samotného chování, skutečnost, zda jde o jednání, které je v daném odvětví běžné, otázku dopadů jednání na jiné soutěžitele či spotřebitele, míru oslabení soutěže již před uskutečněním protisoutěžního útoku dominanty, případný úmysl poškodit soutěž na trhu apod. Klíčovým je přitom právě hledisko přiměřenosti jednání dominantního soutěžitele, tedy otázka, zda zvolený způsob a intenzita jednání je přiměřená oprávněným zájmům, které tento dominantní soutěžitel na trhu má. Jednání, kterým dominant hájí své postavení na trhu, nesmí být zjevně nepřiměřené. Naopak, jsou-li pro takový postup dominanty věcně

ospravedlnitelné důvody, není jednání, které by za jiných okolností splňovalo znaky zneužití dominantního postavení, jednáním ve smyslu ust. § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže zakázaným. Soutěžitel v dominantním postavení má tedy právo podniknout takové přiměřené kroky, které považuje za vhodné k ochraně svých zájmů. Úkolem Úřadu je pak posoudit, zda se skutečně jednalo o opatření přiměřená, přičemž se musí zabývat zejména tím, zda důvod k jejich přijetí tato opatření ospravedlňuje.

Podle názoru stěžovatele se krajský soud náležitě nezabýval jeho námitkou, že úprava obsažená v předmětném smluvním ustanovení je zcela ospravedlnitelná. Vytýkal krajskému soudu, že chybně aplikoval namítanou ospravedlnitelnost smluvní úpravy, neboť otázka po ospravedlnitelnosti vyvstává teprve v okamžiku, kdy je zjištěn zásah do práv postiženého subjektu, a je třeba zkoumat, zda je takový zásah přiměřený, vyvážený, a proto ospravedlnitelný. Krajský soud se otázkou ospravedlnitelnosti stěžovatelem přijatých opatření zabýval na str. 6 verte a na str. 7 napadeného rozsudku, kde uvedl, že „není vyvrácen závěr obou správních orgánů, že žalobcem nastavený systém může v praxi vést k situaci, kdy jsou finanční prostředky obstaravatelů vázány v dosud neprodaných, žalobci však již zaplacených losích, stejně jako k situaci, kdy žalobci budou zaplacení losy z aktivovaných balíčků, které obstaravatel do doby ukončení loterie či ukončení své obstaravatelské činnosti nestačil prodat konečným zákazníkům“. Krajský soud se tedy otázkou ospravedlnitelnosti stěžovatelem přijatých opatření věnoval, a to ve vztahu ke zjištěnému zásahu do práv obstaravatelů. Tato námitka je proto nedůvodná. V této souvislosti je třeba zdůraznit, že v daném případě byl přenos obchodního rizika jednak rozhodujícím argumentem pro závěr, že stěžovatel netvoří s obstaravatelem na relevantním trhu jeden subjekt, ale zároveň byl i důvodem pro navazující závěr, že stěžovatel zneužil svého dominantního postavení na trhu okamžitých loterií. Proto se otázkou přenosu rizika krajský soud v napadeném rozsudku zcela logicky zabýval jak v části týkající se vymezení soutěžitele, tak i v části týkající se otázky zneužití dominantního postavení.

Legitimitu přijatých opatření odůvodnil stěžovatel tím, že jejich cílem (účelem) bylo zajistit řádné vyúčtování losů, což je ostatně i ve veřejném zájmu. Podle Nejvyššího správního soudu však ze srovnání intenzity (míry) rizika souvisejícího s prodejem losů, které nesou od určitého momentu obstaravatelé, s účelem, pro který je předmětné opatření podle tvrzení stěžovatele do smlouvy zahrnuto, vyplývá, že se jedná o opatření jednoznačně disproporční, kdy se stěžovatel možnými, blíže nespecifikovanými, problémy s účtováním o losích snaží ospravedlnit sporné smluvní ustanovení, jehož konečným důsledkem je nemožnost vrátit losy. Zájem na řádném účtování o losích tedy nemůže ospravedlnit opatření vedoucí k přenosu rizika spojeného s prodejem zboží (losů) na jiné subjekty (obstaravatele). Cíle proklamované stěžovatelem by podle Nejvyššího správního soudu bylo možno dosáhnout i jinými prostředky, např. důsledným uplatňováním sankcí stanovených v obstaravatelských smlouvách (srovnej čl. XII. obstaravatelské smlouvy) nebo úpravou účetních postupů.

Pokud stěžovatel argumentuje tím, že obstaravatel je zaplacen i odměna za losy, které ještě neprodal a které s největší pravděpodobností prodá v následujících dnech, opomenul v této souvislosti zmínit, že takto je obstaravatel zaplacen odměna za losy, u nichž uplynula doba splatnosti, které v důsledku toho prošly vyúčtováním, a nelze je proto stěžovateli vrátit, a které tedy stěžovateli zaplatil sám obstaravatel a jsou v jeho vlastnictví.

Je přirozené, že za takto „prodané“ losy dostal obstaravatel odměnu. Ta však jen částečně zmírňuje negativní finanční dopad na obstaravatele, který se zhojí až prodejem takto nabytých losů konečnému zákazníkovi, přičemž není jisté, zda se mu tyto losy skutečně podaří prodat.

Argumentuje-li stěžovatel v této souvislosti tím, že by „došlo k porušení příslušných veřejnoprávních norem a z toho vyplývajících závažných sankcí“, jedná se o zcela nekonkrétní, ryze spekulativní tvrzení, kterým se proto Nejvyšší správní soud nezabýval.

Za postrádající relevanci označil stěžovatel i další argumenty krajského soudu. Konkrétně poukázal na to, že pokud krajský soud považoval za významný aspekt pro posouzení předmětného smluvního ustanovení jako nepřiměřeného „oktrojovaný charakter první dodávky losů, kdy jednotliví obstaravatelé nemohli ovlivnit druhy a množství dodávaných losů“, nereflektoval v této souvislosti, že lhůta splatnosti balíčků je sice určena stěžovatelem, ovšem na základě dosahovaného obratu konkrétního obstaravatele s tím, že je následně individuálně upravována na základě dohody s daným obstaravatelem, a to v závislosti na skutečně docilovaných prodejkách. Touto námitkou stěžovatel opakovaně poukazoval na systém pojistek, který měl minimalizovat možné negativní dopady předmětného smluvního ustanovení na obstaravatele a snížit tak přenášené riziko. Krajský soud se s touto argumentací dostatečně vypořádal v souvislosti s otázkou vymezení soutěžitele, s níž je v daném případě neoddělitelně spjata, a zdůraznil, že možnost prodloužení splatnosti balíčků není smluvně zakotvena jako nároková (str. 6 napadeného rozsudku). Nelze proto souhlasit s tvrzením, že by na tuto námitku krajský soud „nereflektoval“. Nejvyšší správní soud také považuje za zcela opodstatněný poukaz krajského soudu na vnucený charakter první dodávky losů. Stěžovatel totiž z pozice dominantního soutěžitele autoritativně rozhodoval o velikosti první dodávky losů, o splatnosti i o množství losů v balíčcích, a v případě problémů s prodejem losů bylo zcela na něm, zda umožní prodloužení splatnosti či nikoliv. Spatřuje-li v takovém chování krajský soud podpurný argument pro závěr o zneužití dominantního postavení (nepřiměřenosti předmětného smluvního ustanovení), je jeho úvaha logická a Nejvyšší správní soud se s ní ztotožňuje.

Pokud stěžovatel tvrdí, že argumentace krajského soudu, že stěžovateli „nepřísluší posuzovat, co je prospěšné pro podnikání jiných podnikatelských subjektů“, nikterak nesouvisí s posuzovanou otázkou přiměřenosti smluvních podmínek a prokazuje navíc naprosté nepochopení distribučního systému stěžovatele, není z této části kasační stížnosti zřejmé, co je krajskému soudu vytýkáno. Stěžovatel tak pouze vyjadřuje své přesvědčení, aniž by tato svá tvrzení jakkoli konkretizoval. Poukazuje-li stěžovatel na to, že obstaravatelé jsou „povinni řídit se jeho pokyny a sledovat jeho zájmy, nikoliv zájmy své“, je toto chápání vzájemných vztahů značně zjednodušené a jednostranné, neboť zcela opomíjí vlastní oprávněné zájmy obstaravatelů. Nejvyšší správní soud nepochybně zájem stěžovatele na řádném prodeji okamžitých loterií, ale jeho povinností jako dominantního soutěžitele na tomto trhu je zároveň prosazovat tyto zájmy v souladu se soutěžním právem. V této souvislosti je třeba opakovaně poukázat na to, že soutěžní právo klade na soutěžitele v dominantním postavení přísnější požadavky ve srovnání se soutěžitelem, který toto postavení nezaujímá.

Stěžovatel dále poukázal na to, že oproti názoru krajského soudu užití adhezních smluv nikterak neprejudikuje nepřiměřenost užitých smluvních podmínek. Tato námitka je podle Nejvyššího správního soudu zavádějící a nepřesná, neboť vytrhuje z kontextu určitou část argumentace krajského soudu, přičemž závěr, který stěžovatel z této argumentace dovozuje, není v odůvodnění napadeného rozsudku vůbec obsažen. Krajský soud pouze poukázal na charakter obstaravatelských smluv jako na jeden z aspektů protisoutěžního chování stěžovatele (str. 6 verte napadeného rozsudku). Tuto svou úvahu pak doplnil dalšími argumenty (např. vnucený charakter první dodávky losů, přísnější posuzování dominantních soutěžitelů), z jejichž souhrnu teprve vyplývá závěr o porušení soutěžního práva stěžovatelem.

Stěžovatel v kasační stížnosti zopakoval svůj názor vyslovený již v žalobě, že obstaravatelům zbývají losy v důsledku neplnění jejich marketingových povinností a ohradil se přitom proti tvrzení krajského soudu, že tato argumentace je „ničím nepodložená a spekulativní“. S tímto tvrzením stěžovatele se již dostatečně vypořádal krajský soud, když poukázal na celou řadu příčin, které mohou tuto situaci způsobit, a Nejvyšší správní soud nevidí důvod v této polemice pokračovat. Za dostačující považuje pouze uvést, že tvrzení stěžovatele o nevyprodání losů v důsledku neplnění marketingových povinností je zcela hypotetické, neboť konkrétně neuvedl, v čem toto neplnění povinností spočívalo. K opakované zmínce o možnosti obstaravatelů požádat o snížení množství odebíraných losů Nejvyšší správní soud zdůrazňuje, že tuto žádost nemusel stěžovatel akceptovat, a navíc úprava množství losů obsažených v budoucí dodávce neřešila problém s naddimenzovanou dodávkou první.

Podle Nejvyššího správního soudu poskytovalo předmětné smluvní ustanovení stěžovateli zřetelnou soutěžní výhodu, neboť mu zajišťovalo odbyt losů včetně jejich zaplacení, nehledě na to, zda byl jejich prodej skutečně realizován. V konečném důsledku to tedy znamená, že stěžovatel dostal zaplacen za veškeré aktivované balíčky losů, bez ohledu na to, zda je obstaravatel prodal či nikoliv. Obstaravatel tak nahrazoval konečného zákazníka. Právě v tom shledává Nejvyšší správní soud přenos rizika na obstaravatele, což považuje v daném případě za opatření natolik intenzivní a nepřiměřené deklarovanému cíli (účelu), že stěžovatelem tvrzené důvody nemohou přijetí tohoto opatření ospravedlnit.

K dalšímu stížnímu bodu je nejprve nutno uvést, že pokud stěžovatel současně namítá chybné posouzení právní otázky krajským soudem a nesrozumitelnost, jedná se o vnitřně rozpornou argumentaci, jak již Nejvyšší správní soud zdůraznil u předchozí stížní námitky. Jelikož takto je formulováno více stížních bodů (VI. až IX.), pokládá Nejvyšší správní soud za zbytečné vyjadřovat se k této kontradikci opakovaně. Ve všech těchto stížních bodech je nesrozumitelnost, případně nepřezkoumatelnost, namítána zcela obecně, bez jakékoliv konkretizace, a proto se jí Nejvyšší správní soud nezabýval.

V této námitce stěžovatel zpochybnil závěr krajského soudu, ke kterému dospěl v otázce vztahu generální klauzule a jednotlivých skutkových podstat zneužití dominantního postavení obsažených pod písm. a) až g) § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Struktura soutěžních předpisů je všeobecně založena na generálních klauzulích, tj. zcela obecných ustanoveních vymezujících základní znaky jednání, které není z hlediska obecných právních zásad a zásad vyplývajících z příslušného předpisu aprobováno a je třeba je pokládat za nedovolené. Zákon zakazuje jakékoli zneužití dominantního postavení na trhu bez ohledu na to, v jaké formě se uskutečňuje, tj. bez ohledu na to, co je obsahem tohoto jednání a jaký je jeho vnější projev. V tomto je konstrukce § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže obdobná konstrukci obsažené v čl. 82 SES. Návěti citovaného ustanovení má charakter generální klauzule, na jejímž základě lze postihnout chování dominantního soutěžitele, jež nelze subsumovat pod konkrétní skutkovou podstatu vymezenou pod písm. a) až g). Pojmovými znaky generální klauzule je dispozice takovou tržní silou, která příslušnému soutěžiteli umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích, a kumulativně pak její zneužití na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů. Taková konstrukce je nezbytná, neboť nikdy nelze normativně podat úplný výčet způsobů, kterými lze tržní moc zneužít na újmu ostatních účastníků trhu. Obecný zákaz zneužívání dominantního postavení vyslovený v generální klauzuli je doplněn demonstrativním výčtem zakázaných jednání, která jsou zvláště typická, opakují se nejčastěji a představují nejzávažnější rušivá jednání. Tento výčet je ovšem jen deklaratorní. Postižitelná jsou i jiná jednání výslovně neuvedená, jestliže splňují znaky generální klauzule.

Význam generální klauzule spočívá v tom, že pokud určité jednání naplňuje její jednotlivé znaky, i když není zachyceno zvláštní pojmenovanou skutkovou podstatou, je zakázaným jednáním se všemi důsledky, které z něho pro jednajícího vyplývají. Jakékoli jednání, které naplňuje znaky uvedené v generální klauzuli, může tedy být sankcionováno jako zneužití dominantního postavení, a to i tehdy, jestliže je pod žádnou z demonstrativně vyjmenovaných skutkových podstat nebude možné podřadit. Výčet dílčích skutkových podstat je pak nutno vnímat jako seznam typických jednání dominantanta, která, vzhledem ke svým závažným negativním důsledkům pro soutěžní prostředí, představují zneužití jeho postavení na relevantním trhu.

Z výše uvedených obecných úvah Nejvyšší správní soud vycházel v daném případě při posuzování postupu Úřadu a dospěl přitom k závěru, že Úřad nepochybil, když dovodil zneužití dominantního postavení podle generální klauzule a nepodřadil jednání stěžovatele pod skutkovou podstatu vymezenou v ust. § 11 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže. V posuzované věci je možné takový postup Úřadu akceptovat, neboť z okolností posuzované věci lze dovodit existenci dalšího negativního důsledku pro soutěž na relevantním trhu, který je svým obsahem srovnatelný s důsledkem předpokládaným dílčí skutkovou podstatou upravenou ust. § 11 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže. Za takový srovnatelný negativní důsledek vyplývající z jednání stěžovatele považuje Nejvyšší správní soud přenos obchodního rizika spojeného s prodejem stíracích losů na obstaravatele, neboť hrozba, že obstaravatelům zůstanou losy, které nebudou moci vrátit stěžovateli ani prodat zákazníkům, měla výrazný vliv na chování stěžovatele i obstaravatelů na relevantním trhu, přičemž tato hrozba vyplývala ze smluvního ujednání, jehož zařazení do obstaravatelské smlouvy nemohli obstaravatelé ovlivnit. I v případě, že se konkrétní jednání dominantanta svou povahou blíží některé z dílčích skutkových podstat upravených v ust. § 11 odst. 1 písm. a) až g) zákona o ochraně

hospodářské soutěže, je možné dovodit zneužití dominantního postavení pouze s odkazem na generální klauzuli.

V souvislosti s otázkou vztahu generální klauzule a jednotlivých skutkových podstat zneužití dominantního postavení považuje Nejvyšší správní soud za nutné poukázat na judikaturu komunitárních soudů. To, že výčet skutkových podstat zneužití dominantního postavení obsažený v čl. 86 (nyní čl. 82) SES není taxativní, vyslovil Soudní dvůr ES např. v rozsudku ze dne 21. 2. 1973 ve věci *Europemballage Corporation a Continental Can Company v. Komise*, 6/72, Recueil, s. 215, body 26 a 27; nebo v rozsudku ze dne 16. 3. 2000 ve věci *Compagnie Maritime Belge Transports v. Komise*, spojené věci C-395/96 P a C-396/96 P, Recueil, s. I-1365, body 112 až 114. V rozsudku ze dne 14. 11. 1996 ve věci *Tetra Pak v. Komise*, C-333/94 P, Recueil, s. I-5951, se Soudní dvůr ES mimo jiné zabýval výkladem čl. 86 písm. d) SES [dnes čl. 82 písm. d)], a vyslovil právní názor, že i pokud by nebyly naplněny znaky konkrétní skutkové podstaty, výčet skutkových podstat v článku není úplný, a prodej dvou výrobků společně může přesto představovat zneužití dominantního postavení, není-li objektivně ospravedlněn (viz bod 37 citovaného rozsudku). V rozsudku ze dne 15. 3. 2007 ve věci *British Airways v. Komise*, C-95/04 P, Sb. rozh. s. I-2331, Soudní dvůr ES mimo jiné vyjádřil právní názor, že „slevy a prémie poskytnuté podniky v dominantním postavení mohou být rovněž v rozporu s článkem 82 SES, i když neodpovídají žádnému z příkladů uvedených ve druhém pododstavci tohoto článku.“ (viz bod 58 cit. rozsudku). V rozsudku ze dne 17. 9. 2007 ve věci *Microsoft v. Komise*, T-201/04, Sb. rozh. II-3601, dospěl Soud prvního stupně mimo jiné k závěru, že vázaný prodej uskutečňovaný podnikem v dominantním postavení může porušovat článek 82 SES, i když neodpovídá příkladu uvedenému v čl. 82 druhém pododstavci písm. d) SES (viz bod 861). Citovaná judikatura tedy podporuje závěr, že Úřad v daném případě postupoval v souladu se zákonem a že krajský soud posoudil tuto spornou otázku správně. Tato stížní námitka je proto nedůvodná.

V návaznosti na předchozí stížní bod stěžovatel namítal, že pokud je sankcionován za nepřiměřené smluvní podmínky, je nutné mimo jiné zkoumat, zda je vynucováno plnění v nápadném nepoměru k poskytovanému protiplnění. To však podle jeho názoru krajský soud zcela ignoroval.

Vzhledem k výše uvedenému závěru, že k prokázání zneužití dominantního postavení v daném případě postačilo dovodit naplnění všech znaků generální klauzule, k němuž dospěl krajský soud, a s nímž se Nejvyšší správní soud ztotožnil, je hodnocení jednání stěžovatele z hlediska naplnění deklaratorní skutkové podstaty obsažené v ust. § 11 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže nadbytečné. Proto je tato stížní námitka nedůvodná.

Stěžovatel dále namítal, že krajský soud „neprokázal, že kdyby stěžovatel nedisponoval dominantním postavením, smlouvu by s ustanovením, v jehož užití spatřuje soud (i Úřad) narušení hospodářské soutěže, neuzavřel.“ K tomuto tvrzení Nejvyšší správní soud uvádí, že stěžovatel zkresleně reprodukuje závěr krajského soudu, neboť ten pouze vyslovil, jak také správně cituje stěžovatel v kasační stížnosti, že „Jde totiž o jednání, které by žalobce fakticky nemohl realizovat, pokud by si nebyl vědom svého dominantního postavení na trhu.“ Krajský soud tedy poukazoval na existenci dominantního postavení

stěžovatele na trhu okamžitých loterií, resp. na to, že si stěžovatel byl tohoto svého postavení vědom. O hypotetické situaci uvedené stěžovatelem v této námitce (kdyby stěžovatel v roli dominanty nebyl) se krajský soud v napadeném rozsudku nezmiňuje. Požadavek stěžovatele po prokázání jím tvrzených skutečností je proto neopodstatněný.

V tomto stížném bodu stěžovatel také namítal, že se krajský soud navíc vůbec nezabýval námitkami, že žádná újma obstaravatelům nevznikla a že k narušení hospodářské soutěže v materiálním smyslu vůbec nedošlo.

Krajský soud, byť lze jeho odůvodnění v této části vytknout jistou stručnost a obecnost, se těmito žalobními námitkami zabýval, neboť popsal systém přenosu obchodního rizika na obstaravatele, a právě přenos obchodního rizika byl rozhodujícím argumentem pro jeho závěr o existenci újmy ve smyslu ust. § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Opodstatnění nemá v této souvislosti poukaz stěžovatele na to, že Úřad zjistil újmu jen u tří obstaravatelů. Otázka naplnění tohoto pojmového znaku zneužití dominantního postavení (existence újmy) je v daném případě neoddělitelně spjata s otázkou přenosu rizika spojeného s prodejem losů. V napadeném správním rozhodnutí je k této otázce mimo jiné uvedeno, že „Újma obstaravatelů tak byla prokázána nejen ve formě nepeněžitě spočívající v přenosu obchodního rizika, ale rovněž peněžitě, když u tří obstaravatelů situace ohledně nemožnosti vyúčtované losy vrátit skutečně nastala.“ Je tedy zřejmé, že za újmu ve smyslu ust. § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže považoval Úřad již samotnou skutečnost, že na obstaravatele bylo riziko spojené s prodejem losů přeneseno.

Ve vztahu k této otázce Nejvyšší správní soud poukazuje na nálezy Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2007, sp. zn. II. ÚS 192/05, v němž byl vyjádřen názor, že „újma zahrnuje veškeré škodlivé následky, které mají příčinnou souvislost s jednáním dominanty, a již s přihlédnutím k tomu, že újma musí vzniknout, nikoli toliko hrozit, je třeba ji pojmut široce. Kromě přímé materiální škody lze tak za újmu považovat ztrátu zákazníků, ztrátu postavení na trhu, potřebu překonávat v důsledku dominantova jednání vniklé bariéry vstupu na trh, ale také vzniklou potřebu soutěžitele, u něhož je vznik újmy zkoumán, činit v bezprostřední reakci na dominantovo jednání i takové úkony, které by za jiných okolností činit nemusel, tj. potřebu aktivizovat se a odvracet pro něj nepříznivé dopady dominantova jednání. Újmu přitom není zapotřebí ve vztahu k jednotlivým účastníkům trhu přesně kvantifikovat (jako by tomu bylo v případě „škody“ - tedy materiální újmy vyjádřitelné v penězích), je však třeba konkretizovat, v čem taková újma spočívá.“ Byť byl tento právní názor Ústavním soudem vysloven ve vztahu k ust. § 9 odst. 3 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, nepozbyl nic na aktuálnosti, neboť co se týče pojmového znaku újmy je právní úprava zneužití dominantního postavení obsažená v ust. § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže obsahově totožná s právní úpravou předcházející.

Výše uvedenému požadavku po dostatečně přesné specifikaci újmy podle názoru Nejvyššího správního soudu předseda Úřadu ve svém rozhodnutí dostal. Jeho hodnocení navíc nelze nic vytknout ani po věcné stránce, neboť existenci újmy je v posuzované věci třeba spatřovat v tom, že obstaravatelé byli nuceni přizpůsobovat své jednání nepřiměřeným požadavkům stěžovatele, který jim z pozice dominanty diktoval smluvní

podmínky garantující zaplacení veškerých aktivovaných losů, kterým uplynula lhůta splatnosti, bez ohledu na skutečnou poptávku. Pokud tedy krajský soud v této otázce akceptoval závěry Úřadu, nelze jeho hodnocení nic vytknout.

Krajský soud podle stěžovatele také chybně posoudil subjektivní stránku tvrzeného protisoutěžního jednání. Z takto formulované stížní námitky není zřejmé, v čem spatřuje stěžovatel chybné posouzení subjektivní stránky tvrzeného protisoutěžního jednání, zejména když jeho výtky vůči krajskému soudu, že se nezabýval jeho námitkou, že „daný informační bulletin pouze explicitně přepisuje napadené smluvní ustanovení“ je zcela nedůvodná. Krajský soud se totiž námitkou týkající se „(ne)prokázání úmyslného zavinění“ v napadeném rozsudku zabýval adekvátně tomu, jak byla formulována příslušná žalobní námitka (viz str. 7 verte napadeného rozsudku).

K opakované zmínce stěžovatele o opatřeních zajišťujících, aby obstaravatelům losy nezbyvaly, Nejvyšší správní soud odkazuje na argumentaci týkající se otázky, zda opatření přijatá stěžovatelem byla způsobilá ospravedlnit zařazení předmětného smluvního ustanovení do obstaravatelských smluv.

Stěžovatel namítal, že krajský soud nesprávně posoudil otázku proveditelnosti opatření k nápravě, protože není možné ukládat takové opatření, které je bez součinnosti třetích osob neproveditelné.

Podle § 23 odst. 2 věta první zákona o ochraně hospodářské soutěže nesmí opatření k nápravě být svým obsahem a rozsahem ukládáno nad rámec účelu tohoto zákona. V citovaném ustanovení je obsažena zásada účelovosti a proporcionality, ze které vyplývá povinnost Úřadu ukládat opatření k nápravě přiměřená účelu zákona, závažnosti a skutkové podstatě protisoutěžního jednání. Úřad nemá neomezenou diskreční pravomoc při stanovení opatření k nápravě, která mají být soutěžitelům uložena. Ze zásady proporcionality také vyplývá, že povinnosti uložené soutěžitelům za účelem ukončení protiprávního jednání, by neměly překročit meze toho, co je přiměřené a nezbytné k dosažení sledovaného cíle, tedy obnovení legality vzhledem k pravidlům, která byla porušena [srovnej rozsudek Soudního dvora ES ze dne 6. 4. 1995 ve věci *RTE a ITP v. Komise*, spojené věci C-241/91 P a C-242/91 P, Recueil, s. I-743, bod 93; nebo rozsudek Soudu prvního stupně ES ze dne 17. 9. 2007 ve věci *Microsoft v. Komise*, T-201/04, Sb. rozh. s. II-3601, bod 1276].

V daném případě, byť by se v jiných souvislostech mohla argumentace stěžovatele jevit jako naprosto racionální, považuje Nejvyšší správní soud jeho tvrzení za nedůvodná. V případě obstaravatelských smluv, jak již bylo výše uvedeno, se jednalo o smlouvy adhezní a obstaravatelé tedy nemohli jakkoli ovlivnit jejich obsah. Na výběr měli pouze dvě možnosti, a to buď přijmout smlouvu ve znění předloženém stěžovatelem nebo rezignovat na spolupráci s ním. I když se Nejvyšší správní soud neztotožňuje s argumentací krajského soudu v plném rozsahu (problematické je zejména tvrzení, že si nelze představit, jakým jiným způsobem by nápravné opatření mělo být formulováno a že pokud by byl stěžovatel zavázán k iniciaci provedení změny smluv, nebylo by dost dobře možné určit, v čem konkrétně by tato měla spočívat), je v daném případě zřejmé, že stěžovatel měl ve vzájemných vztazích s obstaravateli takovou pozici, která mu umožňovala požadavkům uloženým opatřením k nápravě vyhovět. Nutno je také zdůraznit, že předmětné opatření

k nápravě bylo pro obstaravatele jednoznačně prospěšné. Obdobnou formulaci opatření k nápravě ostatně užívá i Komise [viz např. čl. 3 bod 1. rozhodnutí Komise 92/163/EHS týkající se řízení podle článku 85 Smlouvy o EHS (IV/31043 – Tetra Pak II); čl. 2 písm. a) rozhodnutí Komise 98/273/ES týkající se řízení podle článku 85 Smlouvy o ES (věc IV/35.733 – VW); čl. 4 rozhodnutí Komise 98/538/ES týkající se řízení podle článku 86 Smlouvy o ES (IV/36.020-F3 - Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato); čl. 3 písm. c) rozhodnutí Komise 2002/190/ES týkající se řízení podle článku 81 Smlouvy o ES (věc COPM.F.1/35.918 – JCB)]. Opatření k nápravě uložené Úřadem v posuzované věci tedy nepřekročilo výše uvedené meze vyplývající pro užití tohoto institutu ze zákona a související rozhodovací praxe komunitárních orgánů.

V další stížní námitce stěžovatel namítal, že krajský soud chybně posoudil otázku porušení jeho procesních práv týkající se zpřístupnění části spisu. Stěžovatel setrval na svém požadavku na zpřístupnění veškerých podkladů pro rozhodování a z důvodu procesní ekonomie odkázal na argumentaci obsaženou v žalobě. K tomu považuje Nejvyšší správní soud za nutné zdůraznit, že je na stěžovateli, aby každý důvod, o který svou kasační stížnost opírá, konkretizoval, a to jak po stránce právní, tak skutkové, protože obecný odkaz na argumentaci v předchozím podání v řízení před krajským soudem, nesplňuje zákonné požadavky na kasační stížnost. Řízení o kasační stížnosti není pokračováním řízení o žalobě, ale je samostatným řízením o mimořádném opravném prostředku za procesní situace, kdy řízení před krajským soudem již bylo pravomocně skončeno. Nejvyšší správní soud tak přezkouvává rozhodnutí a postup krajského soudu, a proto je stěžovatel povinen uvést konkrétní argumentaci zpochybňující závěry vyslovené v napadeném rozhodnutí krajského soudu.

Odkázal-li stěžovatel v podstatě pouze na odůvodnění obsažené v žalobě, aniž by konkretizoval, v čem spatřuje nezákonnost napadeného rozsudku, nejedná se o relevantní stížní bod a na základě takto obecně namítaného porušení procesních práv nemůže Nejvyšší správní soud napadený rozsudek přezkoumat. Odkaz stěžovatele na procesní ekonomii je zcela nepřipadný, neboť řádná a dostatečně podrobná formulace stížního bodu je esenciální náležitostí kasační stížnosti, a snaha po zestručnění argumentace proto nemá na tomto místě žádné opodstatnění.

V rámci tohoto stížního bodu stěžovatel namítal, že Úřad ani krajský soud svůj závěr o tom, že „jednání, které by žalobce fakticky nemohl realizovat, pokud by si nebyl vědom svého dominantního postavení na trhu“ neopírají o žádné stěžovateli známé skutečnosti, a proto je podle jeho názoru možné, že takový závěr vyvozují z podkladů získaných od konkurentů. Toto tvrzení se však týká otázky zneužití dominantního postavení, tedy otázky výkladu hmotného práva, a nikoliv procesních práv, a proto Nejvyšší správní soud považuje za postačující odkázat na svou předchozí argumentaci zabývající se právě zneužitím dominantního postavení.

V posledním stížním bodu stěžovatel namítal, že krajský soud chybně posoudil otázku zjevné nepřiměřenosti uložené sankce.

Podle ust. § 78 odst. 2 s. ř. s. rozhoduje-li soud o žalobě proti rozhodnutí, jímž správní orgán uložil trest za správní delikt, může soud, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí, ale trest byl uložen ve zjevně nepřiměřené výši, upustit od něj nebo jej snížit v

mezích zákonem dovolených, lze-li takové rozhodnutí učinit na základě skutkového stavu, z něhož vyšel správní orgán, a který soud případně vlastním dokazováním v nikoli zásadních směrech doplnil, a navrhl-li takový postup žalobce v žalobě.

Krajský soud v daném případě od uložené sankce ani neupustil, ani ji v mezích zákonem dovolených nesnížil. Poukázal přitom na to, že pokuta byla uložena při samé spodní hranici zákonem stanovené sazby a odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu, přičemž konkrétně označil rozsudek ze dne 21. 8. 2003, č. j. 6 A 96/2000 - 62 a v intencích právního názoru v něm vysloveného konstatoval, že uložená pokuta nebyla zjevně nepřiměřená.

K odkazu na citovaný rozsudek je nutno uvést, že uplatnění právního názoru vysloveného v tomto rozhodnutí na danou věc je značně problematické. V citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud jednak považoval za podstatné, že spáchání správního deliktu není mezi stranami sporné a jednak kategoricky neuvedl, že za nepřiměřenou pokutu nelze považovat pokutu uloženou při spodní hranici zákonné sazby, neboť v tomto kontextu použil výrazu „nejspíše“.

Stanovení výše pokuty za správní delikt je výsledkem správního uvážení, které je soudem přezkoumatelné. Rozhodnutí založená na správním uvážení přezkoumává soud z hledisek, zda nevybočilo z mezí stanovených zákonem, zda podklady pro ně byly opatřeny zákonným způsobem a zda není v rozporu s logickým úsudkem (srovnej např. rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 13. 1. 1995, č. j. 6 A 129/93 – 20 nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 1. 2004, č. j. 5 Azs 47/2003 - 48). Pokud jde o moderaci trestu, je takto vymezený rozsah soudního přezkumu ještě dále zúžen, a to na případy, kdy byl trest uložen ve zjevně nepřiměřené výši. Úlohou soudu tedy není snížit trest na takovou výši, kterou sám považuje za adekvátní, nýbrž posoudit, zda správní orgán při svém rozhodování nepřekročil zákonem stanovené meze správního uvážení, případně toto nezneužil tím, že by uložil trest zjevně nepřiměřený.

Podmínkou pro užití moderace je tedy zjevná nepřiměřenost pokuty. Soud hodnotí přiměřenost pokuty především ve vztahu ke kritériím, která pro úvahu o výši pokuty stanoví zákon. Podle ust. § 22 odst. 2 věta druhá zákona o ochraně hospodářské soutěže přihlédne Úřad při rozhodování o výši pokuty zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování tohoto zákona.

V daném případě předseda Úřadu svou úvahu o výši trestu náležitě zdůvodnil, přihlédl k závažnosti porušení zákona, zohlednil změnu posouzení skutkové podstaty správního deliktu (stěžovatel již nebyl sankcionován za smluvní ustanovení zakotvující povinnost okamžité aktivace nového balíčku losů), zabýval se v této souvislosti finanční škodou, která obstaravatelům prokazatelně vznikla a neopomenul ani hledisko délky trvání protizákonného jednání stěžovatele a skutečnost, že stěžovatel nebyl za porušení soutěžních pravidel trestán poprvé. Úvaha předsedy Úřadu, kterou odůvodnil uložení pokuty a její konkrétní výši, byla tedy zcela logická a opodstatněná, a proto Nejvyšší správní soud shledal i tuto poslední stížní námitku nedůvodnou, protože přes uvedenou nepřesnost při aplikaci judikatury závěr krajského soudu, že se v daném případě nejednalo o pokutu zjevně nepřiměřenou, obstojí.

Ze všech důvodů výše uvedených není napadený rozsudek nezákonný, a proto Nejvyšší správní soud podle ustanovení § 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s. kasační stížnost zamítl. Ve věci rozhodl v souladu s § 109 odst. 1 s. ř. s., podle něhož rozhoduje Nejvyšší správní soud o kasační stížnosti zpravidla bez jednání, když neshledal důvody pro jeho nařízení.

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o ustanovení § 60 odst. 1, věta první ve spojení s § 120 s. ř. s., podle kterého, nestanoví-li tento zákon jinak, má účastník, který měl ve věci plný úspěch právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Nejvyšší správní soud žádnému z účastníků náhradu nákladů nepřiznal, protože stěžovatel v řízení úspěch neměl a Úřadu žádné náklady s tímto řízením nevznikly.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 3. října 2008

JUDr. Eliška

předsedkyně senátu

C
i
h
l
á
ř
o
v
á