



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jana Passera a soudců Mgr. Davida Hipšra a JUDr. Michala Mazance v právní věci žalobce: **HUSKY CZ s.r.o.**, se sídlem Huťská 2985/5, Praha 4, zastoupen Mgr. Daliborem Franzem, advokátem se sídlem Římská 1276/36, Praha 2, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 28. 1. 2011, čj. ÚOHS-R84/2009/HS-1260/2011/310/KPo, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, čj. 62 Af 24/2011 - 159,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **se zamítá.**
- II. Žalobce **nemá právo** na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovanému **se nepřiznává** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I.

[1] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „Úřad“) rozhodnutím ze dne 11. 5. 2009, čj. ÚOHS-S076/2008/KD-5304/2009/820, uložil žalobci pokutu ve výši 2 316 000 Kč za porušení zákazu uvedeného v § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“). Žalobce se správního deliktu dopustil tím, že se svými odběrateli provozujícími internetové obchody uzavřel a plnil zakázané dohody o přímém určení cen pro další prodej, které mohly vést k narušení hospodářské soutěže na trhu velkoobchodní distribuce zboží pro outdoorové vybavení.

[2] Předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 28. 1. 2011, čj. ÚOHS-R84/2009/HS-1260/2011/310/KPo, zamítl podaný rozklad a potvrdil napadené rozhodnutí.

II.

[3] Proti rozhodnutí předsedy žalovaného podal žalobce žalobu, kterou Krajský soud v Brně zamítl rozsudkem ze dne 26. 4. 2012, čj. 62 Af 24/2011 – 159.

[4] Krajský soud se nejprve zabýval otázkou, zda je záznam telefonického hovoru mezi manažerem žalobce J. K. a R. P., synem žalobcovy odběratelky I. P. ze dne 27. 4. 2007 zákonně pořízeným důkazem, a to za situace, kdy jej R. P. pořídil bez vědomí J. K.. Soud s četnými odkazy na judikaturu Nejvyššího a Nejvyššího správního soudu shrnul, že ve správním řízení nelze vyloučit užití audiozáznamu, který tajně pořídil jiný subjekt než sám správní orgán. Je však třeba provést test ohledně legitimacy cíle, jehož mělo být pořízením záznamu dosaženo, a přiměřenosti takového postupu. Východiskem je usnesení Ústavního soudu ze dne 8. 2. 2010, sp. zn. IV. ÚS 2425/09, podle něhož je nutno zkoumat, zda byla zaznamenána soukromá či veřejná událost a komu byl určen získaný materiál.

[5] R. P. při soudním jednání uvedl, že nahrávku pořídil mobilním telefonem v souvislosti s tím, že jeho matka musela dodržet žalobcem nastavené ceny a zboží tak prodávala moc levně. Před pořízením nahrávky si na postup žalobce stěžovatel u žalovaného. Pracovník žalovaného mu doporučil, aby předložil doklady, ze kterých by byla zřejmá povinnost dodržovat ceny, a to např. přepisem či nahrávkou hovoru. Přestože bezprostředním motivem k pořízení nahrávky bylo doporučení Úřadu, nelze podle soudu dovozovat, že by se R. P. stal „nástrojem žalovaného“. Žalovaný jej blíže neinstruoval k tomu, co má být předmětem telefonátu. Pro přiměřenost užitého postupu je podle soudu podstatné, že nahrávka byla pohledem jejího pořizovatele prakticky jediným možným prostředkem, kterak se efektivně domáhat ochrany před omezujícím jednáním žalobce. Žalobce se totiž vyjadřoval ke slevám telefonicky. Pořízení záznamu a jeho předání žalovanému za účelem ochrany férové hospodářské soutěže připouští průlom do základního práva na ochranu soukromí. Jelikož se nahrávka týkala výlučně obchodních otázek, nelze ji považovat za cílené a nepřiměřené narušování soukromí zástupce žalobce. Nahrávka je tedy přípustným důkazním prostředkem.

[6] Krajský soud dále zdůraznil, že nahrávka nebyla ve věci nosným důkazem; pouze potvrdila snahu žalobce unifikovat ceny. Vyplynulo z ní, že žalobce považuje svůj postoj v otázkách cenotvorby svého odběratele za rozhodující, že dodržování pravidel cenotvorby sledují i ostatní odběratelé, a rovněž že by odchylku od pravidel musel vhodně odůvodnit jiným odběratelům. Účelovou je podle soudu argumentace, že v telefonátu bylo jednáno o vyšší marže, neboť ji žalobce poprvé uplatnil až na jednání soudu.

[7] R. P. vypověděl, že své matce „pomáhal“ při podnikání. Soud proto nepřipustil otázky žalobce o tom, na základě čeho byl svědek oprávněn jednat jménem uvedené odběratelky. To, že jednal jejím jménem (volal jménem odběratele „P.“), bylo zástupci žalobce zřejmé. J. K. nijak nezpochybňoval, že tyto dvě osoby již dříve telefonicky komunikovaly.

[8] Žalovaný ze vzájemné elektronické komunikace (žalovaným označené jako e-maily A až O) mezi žalobcem a jeho odběrateli prokázal, že se žalobce v rámci telefonického rozhovoru či na ústním jednání dohodl na výši minimální prodejní ceny. Tyto ceny kontroloval a považoval za podmínku vzájemné spolupráce. Obsah telefonické nahrávky je v souladu s elektronickou komunikací a logicky zapadá do konstrukce, na níž žalovaný založil své rozhodnutí. Z e-mailů A, které žalobce odeslal šestnácti odběratelům, konkrétně z textu „*Internetový obchod: Vaše min. prodejní cena = naše doporučená MO cena vč. DPH – 8% kromě plánovaných akcí s doporučenými akčními cenami*“ vyplývá, že žalobce měl v úmyslu upravit jednotnou cenovou hladinu outdoorového vybavení prodávané prostřednictvím internetu. Svou vůli projevil okamžikem odeslání těchto e-mailů. Z ničeho neplyne, že by kterýkoli z odběratelů reagoval nesouhlasně nebo popřel předchozí telefonickou komunikaci, na niž bylo v e-mailech odkazováno.

[9] E-maily B, C, D, F a J, zachycující komunikaci s dalšími odběrateli žalobce, potvrzují záměr těchto odběratelů prodávat zboží za podmínek stanovených žalobcem. Z e-mailů J navíc plyne přesvědčení o povinnosti a potřebě dodržovat žalobcem stanovenou cenovou hladinu. V e-mailech G, H a I je nadto zmíněna „dohoda“, podle níž odběratelé upozorňují na jiné prodejce, kteří nedodržují ceny. Zřetelná snaha o unifikaci cen je podle soudu patrná i z e-mailu K, který je součástí vnitřní komunikace u žalobce a v němž žalobce sděluje, že nebudou-li ceny dodržovány, dojde k ukončení spolupráce. Uvedené pak koresponduje i s textem e-mailů L, M a O, zachycující vnitřní komunikaci žalobce, v nichž je vyjádřen zájem žalobce na kontrole dodržování stanovených cen.

[10] Krajský soud jako účelovou odmítl žalobní argumentaci, že interní komunikace ohledně cenotvorby představovala pouze „pracovní“ návrh postupu navenek, který nakonec nebyl přijat. Ačkoliv žalovaný neprokázal, že by komunikace zachycená v e-mailech K, L, M a O byla předána odběratelům, skutečnost, že přinejmenším obdobná komunikace musela být ze strany žalobce s odběrateli žalobce vedena, plyne z reakcí odběratelů zachycených především v e-mailech J, F a G.

[11] Žalovaný podle soudu prokázal jak záměr žalobce unifikovat ceny pro další prodej prostřednictvím internetu, tak i jeho realizaci, kontrolu a nadto i snahu podmiňovat dodržováním „doporučených“ cen další spolupráci. Přestože jednotlivé případy e-mailové komunikace neprokazují uzavření formální, závazné a vynutitelné dohody, kombinace vymezené komunikace naplňuje koncept vertikální kartelové dohody. Souhrn opatření v rámci dodavatelsko-odběratelských vztahů, který míří na svobodný postup odběratelů při stanovení ceny zboží při jeho dalším prodeji, je postupem protisoutěžním, na který dopadá zákaz podle § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže. Snaha o unifikaci cen nebyla podle soudu ojedinělým jednáním, ale politikou žalobce. Krajský soud v této souvislosti odmítl tvrzení žalobce, že nekontroloval cenotvorbu svých odběratelů. Většina adresátů respektovala ceny nastavené podle žalobcova „vzorce“ pro prodej zboží konečným spotřebitelům. Žalovaný správně dovodil zřetelnou souvislost mezi snahou žalobce o nastavení cen a jejím promítnutím do obchodní praxe odběratelů. Nebylo proto třeba, aby uzavření dohod potvrzovali další žalobcovi odběratelé.

[12] Žalobce předložil čestná prohlášení odběratelů o tom, že ceny utvářeli samostatně. Ačkoliv tato prohlášení měla vzniknout v průběhu správního řízení, žalobce je předložil

až k žalobě. I kdyby je soud považoval za věrohodná, nemohla by vyvrátit zjištění žalovaného ve vztahu k odběratelům uvedeným pod písm. a) až v) ve výrokové části rozhodnutí Úřadu. Závěr žalovaného nevyvrací ani žalobcem předložený notářský zápis osvědčující skutkový děj ke dni 7. 4. 2009, kdy byly zjišťovány ceny při internetovém prodeji pěti produktů.

[13] Krajský soud nepřisvědčil tvrzení, že to byli naopak odběratelé, kdo po žalobci marně požadoval kontrolu dodržování doporučených cen. Bylo totiž prokázáno, že na informace od odběratelů obsahově i časově navazovalo řešení otázky dodržování cen u žalobce (e-maily G, H, I a O), dále, že žalobce v otázkách dodržování „doporučených“ cen reagoval na informace od odběratele (e-maily M) a měl připravený postup vůči odběratelům, kteří tyto ceny nedodržovali (e-mail K).

[14] Krajský soud dále vyložil, z jakých důvodů neprovedl výslech některých žalobcových odběratelů. I kdyby odběratel P. Š. potvrdil, že v e-mailu B pouze děkoval za zaslání ceníků, fakt, že zaslání ceníků dával do souvislosti s umístěním svého zboží k internetovému prodeji, by nemohl vyvrátit závěr žalovaného, že i on byl v cenotvorbě žalobcem před zasláním ceníku usměrňován. Jakkoliv by odběratel D. F. zpětně po několika letech zdůvodňoval, proč se v e-mailu F omlouval za svoji cenotvorbu a vysvětloval, co je jejím cílem, krajský soud by jen stěží mohl pokládat za věrohodná tvrzení, že se rozhodl dobrovolně řídit žalobcem doporučenými cenami. K návrhu žalobce na výslech jeho zaměstnanců krajský soud uvedl, že nelze předpokládat, že by tyto osoby, jež byly v přinejmenším v rozhodné době na žalobci ekonomicky závislé, nepotvrzovaly žalobní argumentaci. Nadto, má-li obstát závěr žalovaného založený především na posouzení elektronické korespondence, musí obstát i bez těchto výsledků.

[15] Žaloba není důvodnou ani co do neprokázání přesného podílu žalobce na relevantním trhu; zatímco žalovaný dovodil, že žalobcův podíl činí 11%, sám žalobce tvrdil, že je to jen 1%. Krajský soud zdůraznil, že podíl neměl význam při posuzování dopadu žalobcova jednání na trh a ani mu nepřitížil v úvahách o výši pokuty. V případě vertikálních dohod o určení cen pro další prodej totiž není podíl soutěžitele na relevantním trhu rozhodující.

[16] Rozhodnutí předsedy Úřadu bylo vydáno 28. 1. 2011. V úvahu proto podle soudu přichází možnost postupu podle pozdější výhodnější právní úpravy, neboť 1. 9. 2009 nabyla účinnosti novela zákona o ochraně hospodářské soutěže. Jelikož žalobce tuto skutečnost nenamítal ani v rozkladu ani v žalobě, žalovanému nelze vytýkat, že se jí výslovně nezabýval. Krajský soud se však touto otázkou zabývat musí, jelikož ani přes dispoziční zásadu nemůže rezignovat na ty skutečnosti, které by mohly ovlivnit posouzení věci. Touto skutečností by v rámci aplikace pravidla *de minimis* bylo zjištění, že za pozdější právní úpravy by bylo třeba řešit podíl žalobce na relevantním trhu s přesností na jednotky procent. Soud však shledal, že pozdější úprava není pro žalobce příznivější, neboť v případě dohod o určení cen se pravidlo *de minimis* nadále neaplikuje.

[17] Krajský soud konečně nepřisvědčil námitce, že uložená pokuta není správná a přiměřená. Žalovaný nepřehlédl, že žalobce v minulosti neporušil zákon o ochraně hospodářské soutěže. V souladu s bodem 33 Zásad postupu Úřadu pro ochranu

hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže tuto skutečnost vyhodnotil tak, že žalobci ve výši pokuty nepřítěžuje. Nebyl to však automaticky důvod pro snížení pokuty. Žalovaný nepochybil, jestliže při stanovení výše pokuty vycházel z obratu dosaženého žalobcem při prodeji zboží pro outdoorové vybavení, aniž by tuto částku omezil jen na obrat dosažený internetovým prodejem.

III.

[18] Rozsudek krajského soudu napadl žalobce (stěžovatel) kasační stížností z důvodů podle § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

[19] Tvrdí, že nebyly splněny podmínky pro užití záznamu telefonního hovoru mezi J. K. a R. P.. Stěžovatel odkázal na usnesení ze dne 8. 6. 2000, sp. zn. 2 To 73/2000, v němž Vrchní soud v Praze uvedl, že v trestním řízení jsou procesně použitelné jediné odposlechy provedené podle § 88 trestního řádu. Záznamy telekomunikačních hovorů pořízených před začátkem soudního řízení jsou pro soud procesně nepoužitelné a v předmětné věci mohly sloužit pouze jako legálně získané operativní poznatky. Podle usnesení Nejvyššího soudu ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 5 Tdo 459/2007, lze magnetofonové záznamy rozhovorů dle § 89 odst. 2 trestního řádu užít jako důkazu za splnění podmínek uvedených v čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a čl. 7 a čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. S ohledem na to, že záznam telekomunikačního provozu mezi J. K. a R. P. byl pořízen v závislosti na orgánu státní moci, bylo možné jej použít pouze v mezích § 88 trestního řádu.

[20] Ačkoliv byla předmětná nahrávka pořízena soukromou osobou, k jejímu pořízení byl R. P. vyzván žalovaným. Je tak otázkou, zda se jedná o nahrávku pořízenou soukromou osobou, nebo orgánem státní správy. Stěžovatel poukázal na srovnatelnost trestního a správního řízení v otázkách soutěžního práva a konstatoval, že co se týče nahrávky pořízené orgánem státní správy, je třeba trvat na zachování podmínek pro použití této nahrávky, tak jak bylo stanoveno ve shora uvedeném rozhodnutí vrchního soudu. Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu čj. 7 As 7/2007-63 (pozn. NSS – stěžovatel patrně omylem uvedl rozsudek Nejvyššího soudu čj. 7 As 7/2007-3), není nahrávka pořízená soukromými osobami nepřípustným důkazem ve správním řízení. V posuzovaném případě se však jednalo o nahrávku pořízenou v závislosti na státní moci.

[21] Stěžovatel odkázal na nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 3038/7, podle něhož musí být použití informací získaných omezením práva na soukromí přísně limitováno. Soudní příkaz k odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu může být vydán jen v řádně zahájeném trestním řízení pro kvalifikovanou trestnou činnost. Příkaz musí být individualizován ve vztahu k uživateli telefonní stanice a alespoň v minimální míře musí uvést, jaké rozhodné skutečnosti mají být zjištěny. Nelze proto připustit, aby byl v rámci správního řízení použit jako důkaz záznam telefonního hovoru, který byl pořízen synem odběratelky stěžovatele na základě doporučení orgánu státní správy. Stěžovatel následně poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 1 Afs 60/2009 – 119, podle kterého nelze užít takového důkazu pořízeného přímo nebo v závislosti na správním orgánu.

[22] Krajský soud se podle stěžovatele dostatečně nevypořádal s otázkou, zda se skutečně jednalo o hovor uskutečněný mezi dvěma podnikatelskými subjekty. R. P. totiž nemá právo vystupovat jménem společnosti paní P. pouze z titulu příbuzenského vztahu či dočasné výpomoci u odběratelky. Pokud byl u jmenované jen na dočasné brigádě, nemůže se jednat o telefonní hovor mezi dvěma subjekty v rámci jejich podnikatelské činnosti. S ohledem na to, že nelze prokázat podnikatelskou činnost R. P., jedná se podle stěžovatele o záznam telefonního hovoru mezi dvěma soukromými subjekty.

[23] Podle soudu je nejdůležitějším důkazem právě telefonický záznam. Z věty 13, 14 procent to asi ne, to už je asi poměrně dost soud dovozuje, s jakou cenou stěžovatel souhlasí a s jakou nikoliv. Stěžovatel ovšem jasně konstatoval, že měl celou dobu za to, že se uvedený rozhovor týkal obchodní marže. Tento závěr lze ze záznamu telefonního rozhovoru učinit minimálně ve stejné míře jistoty jako výklad soudu. Z rozhovoru nelze dovodit, že stěžovatel uzavíral dohodu o stanovení cen internetových obchodů, a to vzhledem ke skutečnosti, že se výše procent měnila s množstvím odebraného zboží. To svědčí o správnosti stěžovatelovy interpretace.

[24] Z e-mailu, ve kterém stěžovatel informoval své odběratele, že *Vaše min. prodejní cena = naše doporučená MO cena vč. DPH - 8%*, nelze vyvozovat kategorické vymezení ceny, neboť může být interpretován různými způsoby. To zvláště za situace, kdy obsahuje řadu matematických znaků a kdy není jasně dán jejich výklad. Z dané informace nelze dovodit obsah smlouvy o stanovení cen ani způsob kontroly a sankcionování. Tvzení, že *takto získaná částka se měla stát základním pravidlem, od něhož nebylo žádoucí se za standardních obchodních situací odchylovat* je pouhou spekulací soudu. Jedná se o pouhé doporučení ceny pro internetový prodej. Stěžovatel současně odmítl, že by samotným zasláním daného e-mailu došlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Soud dovozuje uzavření dohody z toho, že žádný z obchodních partnerů na zaslání e-mail neodpověděl nesouhlasně. Tato skutečnost však soudu není a ani nemůže být známa, neboť žalovaný vybral z e-mailové komunikace pouze tuto zprávu určenou odběratelům a již nesledoval jejich reakci. Z průzkumu žalovaného vyplývají skutečnosti naprosto protichůdné: shodná cena byla zjištěna u 12 z 16 odběratelů, z čehož vyplývá, že kdyby stěžovatel podmiňoval svou další spolupráci s odběrateli dodržováním jím stanovených cen, nemohl by spolupracovat s řadou svých odběratelů.

[25] Žalovaný podle stěžovatele vybral takové zboží, u kterého bylo cenové rozpětí zcela zanedbatelné, a to s úmyslem vyvolat dojem o zdánlivě shodných prodejních cenách. Stěžovatel je přesvědčen, že by v případě jiného zboží byly cenové odchylky mnohem znatelnější. Podle soudu žádný z odběratelů nepopřel (přitom vůbec není zřejmé, z čeho takový závěr učinil) předchozí telefonický rozhovor. Z toho však nelze dovozovat, že k předchozímu telefonickému rozhovoru mezi stranami došlo a už vůbec ne případný obsah takového hovoru.

[26] Stěžovatel se domnívá, že pokud žalovaný instruoval R. P. k tomu, aby nahrával telefonát s určitými a předem naformulovanými dotazy, je na místě otázka o zcela účelovém zaslání e-mailu F, ve kterém odběratel D. F. děkoval za upozornění na rozdílné ceny. Pakliže měl žalovaný neomezený přístup k elektronické korespondenci stěžovatele, jistě mohl tento předchozí e-mail, na který má e-mail F reagovat, předložit

jako důkaz. Krajský soud neprovedl žádné důkazy ohledně zaslání tohoto e-mailu ani nevyslechl D. F..

[27] K e-mailům B a C stěžovatel uvedl, že v něm odběratelé pouze informují o zařazení zboží a děkují za zaslání ceníků. Soud z nich nemůže bez dalšího dovodit zájem odběratelů prodávat zboží za podmínek stanovených stěžovatelem. Soud nevlastní další e-mailovou komunikaci, která by obsahovala sdělení odběratele o tom, za jakých podmínek má zájem prodávat zboží. K e-mailům G, H a K stěžovatel namítl, že se v nich objevuje snaha odběratelů unifikovat prodejní ceny na internetu. Byl to naopak stěžovatel, kdo byl pod silným tlakem odběratelů, aby stanovil a případně hlídal prodejní ceny odběratelů. Stěžovatel však takový postup vyloučil po konzultaci se svými právními zástupci.

[28] E-mail K je podle stěžovatele čistě interní komunikací mezi jeho zaměstnanci. Obsahuje úvahy do budoucna o tom, jakým způsobem se vyrovnat s tlakem odběratelů na specifikaci cen. Jelikož z hlediska trestního práva jsou pouhé úvahy nepostižitelné, nemohlo dojít k naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Ani z jednoho zajištěných textů nelze osvědčit, že by bylo nedodržení doporučených cen sankcionováno. Podle stěžovatele nelze v dodržování doporučených cen odběrateli spatřovat osvědčení jeho zájmu na unifikaci cen.

[29] Stěžovatel se neztotožnil ani se závěrem soudu, že z uvádění e-shopů nedodržujících doporučené ceny lze vyvodit povědomí odběratelů o nutnosti dodržovat tyto ceny. Jednotliví odběratelé neodebírají zboží pouze od stěžovatele. Proto je možné, že se naopak pokoušeli u stěžovatele aplikovat postupy, na které byli zvyklí od jiných dodavatelů. Z rozsudku neplyne, na základě jakých provedených důkazů má krajský soud za prokázané, že ceny byly 21 odběrateli dodržovány. Soud se opírá pouze o skutečnost, že odběratelé obdrželi e-mail s doporučenými cenami. Žalovaný sám při ústním jednání uváděl, že ceny byly dodržovány u 12 z 16 zjišťovaných internetových obchodů. Soud se nevypořádal ani s tím, zda ceny považuje za doporučené, či za striktně určující. Z dřívější komunikace s odběrateli nelze dovodit úmysl stěžovatele sankcionovat jednání odběratelů. Rovněž není na místě zdůrazňovat časovou souvislost jednotlivých e-mailů, neboť cílem sledování žalovaného bylo právě toto jedno období.

[30] Z rozsudku krajského soudu je znatelná snaha hodnotit provedené důkazy k tíži stěžovatele. Stěžovatel přirozeně nemohl zpětně zadat průzkum cen na trhu, neboť nemohl vědět, že bude v budoucnu podroben kontrole Úřadu. Množství elektronické komunikace, které žalovaný předložil jako důkaz, je v celkovém objemu naprosto okrajové. Stěžovatel proto zpochybnil závěr soudu o soustavnosti přičítaného jednání. Krajskému soudu dále vytkl, že mu umožnil klást svědkovi P. otázky pouze ve vztahu k pořízení záznamu hovoru. Krajský soud připustil pouze důkazy žalovaného. Neprovedl výslech ani jednoho ze svědků navržených stěžovatelem s tím, že by jejich výpověď neměla vliv na samotné rozhodnutí. Přitom není zřejmé, jaké skutečnosti by soud jejich výsledkem zjistil. Předjímání obsahu svědeckých výpovědí je nepřípustné. Mnozí z navrhovaných svědků již nejsou zaměstnanci stěžovatele, proto lze pochybovat o závěru soudu o jejich podjatosti.

[31] Není pravdou, že by první spáchání závažného jednání nemělo v trestním právu význam při určování trestu. Stěžovatel odmítl jako restriktivní výklad krajského soudu,

podle kterého je určující samotné první spáchání trestného činu pouze za předpokladu, že tak pachatel učinil pod vlivem okolností na něm nezávislých. Soud má při ukládání trestu přihlížet k osobním poměrům pachatele, k jeho dosavadnímu způsobu života, k závažnosti spáchaného činu a k účinkům trestu pro budoucí život pachatele.

[32] Krajský soud se nezabýval judikaturou Vrchního soudu v Olomouci, na kterou stěžovatel poukázal v rámci ústního jednání. V rozsudku sp. zn. 2 A 5/2002 soud uzavřel, že zakázána jsou taková ujednání, která jsou vybavena pokyny či sankcemi zavazujícími smluvní partnery dodržovat stanovené ceny. Pod rozsah zákona nespádají dohody, které se váží pouze k poskytování informací nebo k nezávazným doporučením o spotřebitelských cenách. Jelikož nebylo prokázáno uzavření samotných dohod, nelze podle stěžovatele stanovit ani jejich obsah. Nebylo ani zjištěno, že by stěžovatel své odběratele jakkoliv sankcionoval.

[33] Stěžovateli je známo, že charakter jemu přičítaného jednání není vázán na podíl na relevantním trhu. Není mu proto zřejmé, proč mu soud vytkl, že neargumentoval užitím pravidla *de minimis*. Stěžovatel konečně namítl, že ačkoliv nebyl v soudním řízení úspěšným, má právo na to, aby soud rozhodl o jeho nákladech řízení. Krajský soud ve výroku II. Svého rozsudku rozhodl pouze o nákladech žalovaného a náklady řízení vzniklé stěžovateli zcela pominul.

IV.

[34] Žalovaný považuje rozsudek krajského soudu za zákonný, věcně správný a přezkoumatelný. Řízení o správním deliktu nemusí zcela kopírovat úpravu obsaženou v trestním řádu. I když byl R. P. u paní P. jen na dočasné brigádě, neznamená to, že se telefonní hovor neuskutečnil mezi dvěma subjekty v rámci jejich podnikatelské činnosti. J. K. nespochybňoval, že R. P. byl osobou oprávněnou jednat za daného podnikatele. Předmětná nahrávka nebyla pořízena v závislosti na státním orgánu. I kdyby se však jednalo o nezákonný důkaz, byl by skutkový základ věci dostatečně podložen i jinak.

[35] Žalovaný odmítl tvrzení stěžovatele, že měl celou dobu za to, že se telefonát týkal obchodní marže. K výtce, že soud neprovedl stěžovatelem navržené důkazy, žalovaný uvedl, že z důvodu osobní zainteresovanosti by jen stěží mohly být výsledky zaměstnanců, případně obchodních partnerů stěžovatele, považovány za objektivní. Informaci „*vaše min. prodejní cena = naše doporučená MO cena vč. DPH 8%*“ nelze interpretovat jinak, nežli jako unifikaci cen ze strany stěžovatele. K uzavření zakázané dohody není nutný písemný souhlas s dodržováním stanovených cen. Ve vztahu k tvrzení, že pokud by stěžovatel podmiňoval další spolupráci dodržováním stanovených cen, nemohl by spolupracovat s řadou svých odběratelů, žalovaný uvedl, že předložená e-mailová komunikace svědčí o opaku.

[36] K námitce, že nebylo prokázáno, že by stěžovatel sankcionoval nedodržování cen, žalovaný odkázal na e-mail K a rozsudek Tribunálu *Polypropylene vs. Komise*, podle kterého pro konstatování existence dohody nejsou zapotřebí smluvní sankce ani donucovací postupy. Ačkoliv byly předmětné ceny stěžovatelem prezentovány jako doporučené, s ohledem na zjištěné okolnosti je třeba na ně pohlížet jako na zakázané ve smyslu § 3 odst. 1 a 2 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže. Žalovaný dále vyložil, z jakých důvodů

nelze v dané věci aplikovat stěžovatelem poukazovaná soudní rozhodnutí (usnesení Vrchního soudu v Praze sp. zn. 2 To 73/2000, rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 5/2002, usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 5 Tdo 459/2007, rozsudky Nejvyššího správního soudu čj. 1 Afs 60/2009 – 119 a čj. 7 As 7/2007-63 a nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 3038/7 a sp. zn. II. ÚS 192/05).

V.

[37] Nejvyšší správní soud posoudil důvodnost kasační stížnosti v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.).

[38] Kasační stížnost není důvodná.

[39] Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval zákonností provedeného důkazu - záznamu telefonního hovoru mezi obchodním manažerem stěžovatele J. K. a spolupracovníkem odběratelky I. P., a jeho přípustností ve správním řízení s ohledem na to, že byl pořízen bez vědomí J. K.. K tomu předeseílá, že jeho cílem není vytvořit obecně použitelný algoritmus přípustnosti tohoto typu důkazu.

[40] Pro zodpovězení otázky, zda byla nahrávka telefonního hovoru zákonně pořízeným a použitelným důkazem v řízení před Úřadem, lze přiměřeně vyjít z trestně právní doktríny. Ve správním právu trestním se totiž přiměřeně uplatní základní principy trestního práva. Současně to však neznamená, že by v oblasti kartelového práva bylo možno postupovat explicitně podle trestního řádu. To by z podstaty věci ani nebylo možné, neboť trestní soudnictví a soudní trestání nelze ztotožňovat se správním řízením a správním trestáním. Nejvyšší správní soud například v rozsudku ze dne 16. 4. 2008, čj. 1 As 27/2008 - 67, konstatoval, že použití analogie ve správním trestání je přípustné pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázku vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.

[41] Nejvyšší soud v rozsudku ze dne 11. 5. 2005, sp. zn. 30 Cdo 64/2004, dospěl k závěru, že hovory fyzických osob, ke kterým dochází při výkonu povolání, obchodní či veřejné činnosti, zpravidla nemají charakter projevů osobní povahy. Důkaz zvukovým záznamem takového hovoru proto není v občanském soudním řízení nepřípustný. Uvedený případ se týkal použití zvukového záznamu hovoru mezi společníky obchodní společnosti o záležitostech této společnosti. Nejvyšší správní soud nepochybuje, že se předmětný telefonát v nynějším případě uskutečnil mezi dvěma osobami v rámci dodavatelsko-odběratelského styku. R. P. uvedl, že měl na starosti zboží v internetovém obchodě u své matky. Nelze opomenout, že zástupce stěžovatele zcela zjevně jednal s R. P. jako se zástupcem jednoho ze svých odběratelů a jeho pozici nezpochybňoval. Obsah hovoru nejevil žádné známky osobní povahy a byl ryze obchodního charakteru, neboť byl zaměřen výhradně na otázky prodeje a odběru zboží. Za dané situace proto nebylo třeba blíže zjišťovat, z jakého konkrétního právního titulu byl oprávněn vystupovat jménem odběratelky.

[42] Stěžovatel i krajský soud příhodně poukázali na rozsudek ze dne 5. 11. 2009, čj. 1 Afs 60/2009 – 119, v němž Nejvyšší správní soud konstatoval, že se zřetelem k čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod je třeba rozlišovat mezi pořizováním záznamů ze strany soukromých osob a orgánů veřejné moci. Důkaz audiovizuální nahrávkou pořízenou v utajení orgánem veřejné moci nebo v souvislosti s jeho činností je v řízení o správním trestání zásadně nepoužitelný. Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 28. 11. 2007, čj. 7 As 7/2007-63, naopak pro účely správního řízení nevyločil důkaz videozáznamem, který pořídily soukromé osoby (novináři) k podpoře věrohodnosti uveřejněných tiskových sdělení.

[43] Posuzovaný zvukový záznam byl pořízen soukromou - fyzickou osobou. Ve správním spise nelze nalézt oporu pro stěžovatelovo tvrzení, že se jednalo o důkaz pořízený v závislosti na státní moci. Zjištění skutkového stavu, na jehož základě se konstatuje protisoutěžní delikt, je v zásadě povinností správního orgánu. To však nevyklučuje, aby důkazy předkládali i účastníci řízení. Krajský soud správně poukázal, že to byl R. P., kdo žalovaného vyhledal z vlastní iniciativy. Žalovaný jej nepověřil k pořízení záznamu. Sám tak z vlastní činnosti neinicioval uskutečnění nahrávky, nikterak nezasáhl do probíhajícího skutkového děje a ani R. P. nepobízel, aby stěžovatele nabádal k deliktnímu jednání.

[44] V dané věci nelze aplikovat závěry plynoucí z usnesení Vrchního soudu v Praze sp. zn. 2 To 73/2000, z něž stěžovatel vyvodil, že není možné užít záznamy telekomunikačních hovorů pořízených před začátkem soudního řízení. V nyní projednávané věci totiž nebyl záznam hovoru opatřen žalovaným v rámci operativní činnosti při prvotním zjišťování možného porušení zákona. To, že záznam hovoru časově předchází zahájení správního řízení, neznamená, že by byl takový důkaz jen z toho důvodu procesně nepoužitelný. Stále je třeba vycházet z toho, že nebyl pořízen orgánem veřejné moci mimo zákonem stanovenou pravomoc.

[45] V trestním právu je přípustnost audiovizuálních záznamů provedených soukromými osobami pro potřeby dokazování akceptována. Krajský soud i stěžovatel odkazovali na usnesení Nejvyššího soudu ze dne 3. 5. 2007, sp. zn. 5 Tdo 459/2007, podle kterého jsou orgány činné v trestním řízení při pořizování záznamů povinny postupovat podle § 88 trestního řádu. Jestliže však zvukový záznam nepořídil orgán činný v trestním řízení, ale naopak soukromá osoba, nelze po jeho pořizovateli požadovat splnění trestním řádem přesně vymezeného postupu a podmínek, za nichž může dojít k opatření takového důkazu. Na oblast správního trestání lze vztáhnout i závěry vyslovené Nejvyšším soudem v usnesení ze dne 30. 5. 2007, sp. zn. 5 Tdo 459/2007, že zásadně nelze vyloučit možnost použít jako důkaz též zvukový záznam, který byl pořízen soukromou osobou i bez souhlasu ostatních účastníků určitého jednání; tuto skutečnost je nutné vždy posuzovat v rámci respektování práva na soukromí zakotveného v čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, práva na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí ve smyslu čl. 7 odst. 1 a čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.

[46] Stěžovatel zcela vyloučil možnost provedení předmětného důkazu. Jeho kasační námitky proto nesměřovaly proti provedenímu testu legitimacy a přiměřenosti, v němž krajský soud zkoumal okolnosti a důvody vzniku nahrávky. Nejvyšší správní soud

nicméně konstatuje, že v úvahách o možnosti užít utajený záznam hovoru pořízený soukromou osobou je třeba v každém konkrétním případě zohlednit, že zde dochází ke střetu ústavně chráněných zájmů. Za situace, kdy je užití posuzovaného důkazního prostředku v zásadě přípustné, bylo zcela na místě uvážit, zda může ochrana soukromí a osobnostních práv stěžovatele, resp. jeho zástupce, převážit nad zájmem společnosti na objasnění a potrestání deliktního jednání. Nejvyšší správní soud se závěry provedeného testu souhlasí.

[47] Nahrávka telefonického rozhovoru byla podpůrným důkazem. Základem zjištěného skutkového stavu byla elektronická komunikace uvnitř stěžovatele a mezi stěžovatelem a jeho odběrateli. Informace, které vyplynuly z nahrávky, byly v souladu s tím, co vyplynulo z elektronické komunikace. Nenastala zde tak situace, kdy by správní orgán musel hodnotit dvě skupiny protichůdných důkazů, kdy by jedna skupina byla reprezentována pouze utajeně pořízenou nahrávkou. Ve věci je dále podstatné, že nahrávka nebyla pořízena z iniciativy správního orgánu. R. P. pořízením nahrávky a ani v nahrávce samotné neinicioval páčání zakázaného jednání (viz výše). Nahrávka nevznikla v rámci trvalejšího monitoringu aktivit stěžovatele, nebyla použita k jinému účelu, nebyla zveřejněna a vůči stěžovateli nemohla vyvolat difamující účinek. Nelze vysledovat, že by cílem pořízení nahrávky bylo narušení soukromí zástupce stěžovatele. Důvodem bylo naopak upozornění na závadné jednání stěžovatele, které omezovalo svobodnou vůli obchodníka „Popina“ stanovit si při prodeji stěžovatelova zboží konečnou cenu dle vlastního uvážení.

[48] Nejvyšší správní soud v souladu s rozsudkem krajského soudu uzavírá, že pořízení záznamu a jeho předání žalovanému za účelem ochrany a zachování podmínek spravedlivého soutěžního prostředí nepřekročilo nepřijatelnou míru zásahu do základního práva na ochranu soukromí. Proto bylo možné předmětný záznam použít jako důkaz.

[49] Nejvyšší správní soud se dále zabýval zjištěními vzešlými z elektronické komunikace vně a uvnitř stěžovatele. Dovodit uzavření a plnění kartelových dohod není zpravidla možné přímo na základě explicitní písemné dohody; taková dohoda totiž často vůbec neexistuje. Krajský soud ani žalovaný netvrdili, že by stěžovatel spáchal správní delikt samotným odesláním e-mailu a ani že by existence dohod byla prokázána pouze tím, že odběratelé obdrželi e-mail se vzorcem pro výpočet ceny zboží. Na jednání stěžovatele je třeba nahlížet komplexně, a to se zřetelem k obsahu všech shromážděných důkazů a k jejich vzájemným souvislostem. Žalovaný i krajský soud se ve svých rozhodnutích podrobně zabývali mechanismem stanovení ceny a tím, jak ji stěžovatel ve své komunikaci s odběrateli prosazoval. Jejich úvaha je logická a přezkoumatelná.

[50] Nejvyšší správní soud poukazuje především na e-maily A, které rozeslal manažer stěžovatele šestnácti odběratelům a ve kterých se odvolával na předchozí telefonické nebo osobní jednání. V nich bylo mimo jiné stanoveno: „*Internetový obchod: Vaše min. prodejní cena = naše doporučená MO cena vč. DPH - 8% kromě plánovaných akcí s doporučenými akčními cenami*“. O dohodnutých cenách se hovoří i v další elektronické komunikaci stěžovatele, např. v e-mailu F, v němž odběratel D. F. stěžovateli oznámil, že ceny se již nachází na domluvené 8% hladině, současně se mu omluvil, že mu „*narušil*“ ceny a dodal, že pouze pokud se budou dodržovat doporučené tolerance, „*vydělají všichni*“.

[51] Zdejší soud nepochybuje, že uvedeným vzorcem stěžovatel vyjádřil svou vůli, jakým způsobem by odběratelé měli určovat ceny za jeho zboží. Svým jednáním směřoval ke stanovení minimální výše prodejní internetové ceny outdoorového zboží a zároveň ke sjednocení cenové hladiny. Z e-mailu F lze vyvodit, že cílem uzavíraných dohod bylo vyloučení cenové konkurence mezi jednotlivými odběrateli. Stěžovatel ničím nepodložil své podezření, že mu D. F. zaslal daný e-mail zcela účelově. Krajský soud se náležitě vypořádal s tím, z jakého důvodu by výslech tohoto odběratele nemohl nic zvrátit na posouzení věci. Stěžovatel nemůže žalovanému rovněž vytýkat, že nepředložil předchozí komunikaci s odběratelem D. F.. Úřad vycházel z toho, že cenová ujednání byla uzavírána prostřednictvím telefonického rozhovoru nebo na ústním jednání. Nejvyšší správní soud nepochybuje, že pokud by existovala nějaká písemná komunikace, která by závěry žalovaného vyvracela, stěžovatel by ji předložil.

[52] Také z ostatní komunikace (např. e-maily B, C a J), plyne přesvědčení dalších odběratelů o povinnosti a potřebě dodržovat stěžovatelem stanovené ceny. Podle stěžovatele nelze z e-mailů dovodit zájem odběratelů na dodržování určené cenové hladiny, a to s přihlédnutím k tomu, že žalovaný nepředložil předchozí komunikaci s těmito odběrateli. Žalovaný ovšem netvrdil, že by cenové dohody byly uzavřeny písemně a jak již bylo uvedeno, stěžovateli nic nebránilo, aby sám předložil korespondenci, která by svědčila v jeho prospěch. Skutečnost, že žádný z odběratelů účastníka existenci dohod výslovně nepotvrdil, sama o sobě nevylučuje existenci zakázaných dohod. Stěžovatel také nedoložil, že by odběratelům, kteří jej informovali o porušování cenových ujednání, dal najevo, že není v jeho zájmu sledovat cenovou politiku svých odběratelů.

[53] Žalovaný prokázal, že stěžovatel nesledoval cenovou politiku svých odběratelů pouze pasivně. Snaha o sjednocení cenové hladiny a reakce na její nedodržování je patrná z komunikace uvnitř stěžovatele. V e-mailu K je řečeno, že není adresován těm, „kteří akceptují dohodnuté obchodní podmínky a mají zájem o spolupráci. Pokud stěžovatel po 19. 3. 2007 zjistí, že nejsou z Vaší strany dodržovány dohodnuté obchodní podmínky – především prodejní maloobchodní ceny výrobků zn. HUSKY, bude s Vámi okamžitě ukončena spolupráce. Je nám velice líto, že se nemůžeme spolehnout na Vaše čestné jednání ... Pozn. Vaše minimální prodejní cena = naše dop. MO cena včetně DPH – 8% ...“. Zájem stěžovatele na kontrole dodržování stanovených cen plyne i z další interní komunikace mezi pracovníky stěžovatele, žalovaným označené jako e-mail L, M a O. V prvně uvedeném e-mailu je obsažen seznam odběratelů nedodržujících ceny s tím, že zaměstnankyně stěžovatele navrhuje „udělat nějaký sledovací systém cen + oficiálně zaslat všem info, že nemůžeme tolerovat nižší ceny nežli povolených 8%“.

[54] Z uvedeného lze vyvodit, že stěžovatel jako podmínku spolupráce požadoval akceptaci a dodržování cenových ujednání pod pohrůžkou ukončení spolupráce. Ačkoliv nebylo prokázáno, že by tyto e-maily byly postoupeny odběratelům stěžovatele, neznamená to, že se jedná o pouhou úvahu do budoucna, ke které není možné z hlediska soutěžního práva přihlížet. Nelze opomenout, že se stěžovatel vyjadřoval k cenové politice svých odběratelů také navenek.

[55] S ohledem na shora nastíněnou komunikaci, podpořenou obsahem telefonátu mezi R. P. a J. K., nelze mít pochyb o tom, že adresáti e-mailů – stěžovateli odběratelé byli omezováni v určování svých cen pro další prodej konečným spotřebitelům a že stěžovatel takto prosazoval svůj zájem na kontrole cenové úrovně jím dodávaného zboží. Přestože jednotlivé případy e-mailové komunikace neprokazují uzavření formální, závazné a vynutitelné dohody, z níž by jednoznačně plynula povinnost odběratele prodávat zboží prostřednictvím internetových obchodů za ceny stanovené stěžovatelem, kombinace jednotlivých důkazů potvrzuje naplnění konceptu vertikální kartelové dohody o určení ceny, která je dle § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže nepřípustná. Dodržování takto „uměle“ nastavených cen narušuje přirozený konkurenční boj mezi jednotlivými odběrateli, kteří jsou ve vztahu ke konečným spotřebitelům vzájemnými konkurenty. To způsobuje snížení výhod z nenarušené cenové soutěže vůči konečným zákazníkům, pro něž je jedním z hlavních motivů při koupi určitého typu zboží právě jeho prodejní cena.

[56] Žalovaný prokázal příčinnou souvislost mezi existencí dohod týkajících se „doporučených“ cen a následným jednáním odběratelů při dalším prodeji zboží. Obsah dohody tedy nezůstal ze strany odběratelů bez reakce. Jak žalovaný zjistil, stěžovatelem nastavené ceny byly dodržovány nejméně u 12 odběratelů ze 16, kterým byl zaslán unifikovaný mail obsahující algoritmus výpočtu maloobchodní ceny. Stěžovateli bylo podle napadeného rozhodnutí prokázáno uzavření a plnění zakázaných dohod celkem s 22 odběrateli. Hovořil-li krajský soud o 21 odběratelích, měl tím na mysli, že u jednoho z nich nebylo možno prokázat, zda dodržoval doporučené ceny, neboť na jeho internetový obchod se nebylo možno přihlásit bez registrace. Skutečnost, že ne všichni odběratelé stěžovatele se těmito dohodami řídili, neznamená, že nedošlo k uzavření zakázaných kartelových dohod, ale pouze to, že hospodářská soutěž nebyla na předmětném relevantním trhu vyloučena v plné míře.

[57] Důvodnou není námitka, podle které se krajský soud nevypořádal s tím, zda se jednalo o ceny doporučené, či striktně určující. Ačkoliv stěžovatel prezentoval předmětné ceny jako doporučené (v kasační stížnosti současně tvrdil, že se jedná o obchodní marže), žalovaný prokázal opak. Dodržování cen nelze považovat za dobrovolnou reakci stěžovatelových odběratelů ani za jejich vlastní iniciativu. Stěžovatel monitoroval jejich cenovou politiku a ve vztahu k některým z nich sám upozorňoval na potřebu dodržování cen. Ze skutečnosti, že někteří prodejci poukazovali na to, že jiní stěžovateli odběratelé se od nastavené cenové hladiny odchýlili, nelze dovodit, že to byli právě oni, kdo požadoval dodržování stanovených cen. Tato stěžovatelova úvaha je v rozporu se skutečnostmi zjištěnými především z vnitřní komunikace stěžovatele. Rovněž z telefonické nahrávky vyplývá, že stěžovatel si byl vědom, že ostatní odběratelé sledují dodržování pravidel cenotvorby a že by případné odchýlení se od těchto pravidel musel vhodně odůvodnit těm, u kterých dodržování cenových pravidel vyžaduje.

[58] To, že se krajský soud výslovně nezabýval rozsudkem Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 5/2002, nemá vliv na zákonnost či přezkoumatelnost napadeného rozsudku. Podstatou rozhodování správních soudů má být především reakce na konkrétně uplatněné žalobní námitky, což rozsudek krajského soudu nepochybně splňuje. Stěžovatel s odkazem na uvedený rozsudek vrchního soudu vyložil, že zakázány nejsou dohody, které

neobsahují sankční mechanismus. Jak již bylo uvedeno výše, stěžovatel neprokázal, že by algoritmus určení prodejní ceny představoval skutečně nezávazné cenové doporučení a že jako takový nemohl mít vliv na hospodářskou soutěž na vymezeném relevantním trhu. Proto nejsou úvahy o možné aplikovatelnosti a aktuálnosti tohoto rozhodnutí (jak namítal žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti) na místě.

[59] Stěžovatel dovodil, že pokud by podmiňoval další spolupráci dodržováním stanovených cen, nemohl by spolupracovat s řadou svých odběratelů. Tento závěr, který stěžovatel ničím nepodložil, považuje soud za příliš kategorický. Lze totiž souhlasit s předsedou Úřadu, že odběratelé jsou povětšinou existenčně závislí na dodávkách zboží od svých významných dodavatelů. Stěžovatel se domnívá, že žalovaný účelově vybíral zboží, u něž bylo cenové rozpětí co nejmenší. Selekcí zboží stěžovatel v řízení před krajským soudem nezpochybňoval. Ani tato námitka by však nemohla mít vliv na konstatování existence zakázaných dohod.

[60] Stěžovatel rovněž namítl, že z formulace „*Vaše min. prodejní cena = naše doporučená MO cena vč. DPH - 8%*“ nelze dovodit jím požadovanou cenu, a to s ohledem na množství užitých matematických znaků. Stěžovatel tuto námitku v žalobě nevznsl. Nejvyšší správní soud přesto uvádí, že nemá sebemenších pochyb o tom, že význam znaků „=“ (rovná se) a „-“ (mínus) je jednoznačný a všeobecně známý. Sám stěžovatel neuvedl, jak jinak by uvedená formulace mohla být vykládána. Důvodným není ani kasační tvrzení, že z uvedené informace nelze dovodit obsah uzavírané smlouvy. Závěr soudu o požadavku maximální slevy z ceny je nepochybně založen na provedeném dokazování.

[61] Námitka, podle které stěžovatel po celou dobu tvrdil, že se nahrávaný rozhovor týká obchodní marže, byla uplatněna až po zákonem stanovené dvouměsíční lhůtě pro podání žaloby a nelze se jí z věcného hlediska zabývat. Nejvyšší správní soud by ji i při včasné uplatnění, stejně jako krajský soud, považoval za účelovou. Při hodnocení obsahu telefonátu nelze jednotlivé věty posuzovat izolovaně ani vytrhávat z kontextu, ale je třeba zohlednit celý obsah telefonátu. Nejvyšší správní soud nepochybuje, že se hovor týkal pravidel cenotvorby odběratelů.

[62] Nejvyšší správní soud neshledal pochybení krajského soudu ani v důkazním řízení. Soud není povinen provést všechny důkazy navrhované účastníkem řízení. Musí však zdůvodnit, co jej k odmítnutí důkazu vedlo. Této povinnosti krajský soud dostál. Řádně vyložil, proč stěžovatelem předložené důkazy nemohly změnit posouzení věci a proč by provedení dalších důkazů bylo nadbytečné. Stěžovatel se v kasační stížnosti konkrétně vymezil proti neprovedení svědeckých výpovědí svých zaměstnanců. Zjištění skutkového stavu je primárním úkolem Úřadu. Nejvyšší správní soud souhlasí s krajským soudem, že pokud má obstát správní rozhodnutí, které je založeno především na posouzení elektronické korespondence, musí obstát i bez výsledků zaměstnanců soudem (stejně tak i některých odběratelů stěžovatele). I bez těchto výpovědí lze mít podklad rozhodnutí za dostatečný. S ohledem na řečené není důvodná ani námitka, že soud předjímal obsah neprovedených svědeckých výpovědí. Pouze vyložil, z jakého důvodu jsou pro posouzení věci nerelevantní či nadbytečné. Krajský soud po stěžovateli nežádal, aby předložil průzkum cen na trhu, ať už v rozhodné nebo jiné době. Posouzení věci neovlivnilo ani to,

že stěžovatelem předložený notářský zápis osvědčující výši internetových cen pěti produktů byl datován k 7. 4. 2009 a nikoli k dřívějšímu datu.

[63] Stěžovateli není zřejmé, z jakého důvodu mu krajský soud vyčetl, že neargumentoval užitím pravidla *de minimis*, přestože na charakter jemu přičítaného jednání nemá vliv podíl soutěžitele na trhu. Krajský soud ovšem stěžovateli nic takového nevytkl. Naopak konstatoval, že se sám z úřední povinnosti musí zabývat tím, zda by podíl stěžovatele na relevantním trhu mohl mít vliv na posouzení jeho jednání z hlediska § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, a to s ohledem na změnu právní úpravy, k níž došlo po vydání rozhodnutí Úřadu, ale před rozhodnutím předsedy Úřadu. Stěžovatel přitom sám v žalobě namítal, že jeho podíl na trhu je mnohem nižší, než jak určil žalovaný. Krajský soud dospěl k závěru, že ani pozdější právní úprava by nemohla na postavení stěžovatele ničeho změnit. Proto otázka přesné výše stěžovatelova podílu na relevantním trhu neměla význam při posuzování dopadu jeho jednání na trh.

[64] Nejvyšší správní soud nemůže souhlasit s tím, že by na uloženou pokutu měla mít vliv skutečnost, že stěžovatel nebyl dosud potrestán za porušení soutěžních pravidel. První porušení zákona není samo o sobě vždy polehčující okolností. Uvedl-li krajský soud, že samotné první spáchání trestného činu je určující pouze za předpokladu, že tak pachatel učinil pod vlivem okolností na něm nezávislých, odkázal toliko na znění § 41 odst. a) trestního zákoníku, jehož aplikace se stěžovatel sám opakovaně domáhal. Za situace, kdy soutěžitel úmyslně narušoval hospodářskou soutěž na vymezeném trhu, nelze hovořit o tom, že k porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže došlo pod vlivem okolností na něm nezávislých. Žalovaný zohlednil, že se stěžovatel dříve nedopustil porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže. Z tohoto důvodu základní částku pokuty nezvýšil. Nejvyšší správní soud dodává, že rozhodnutí o výši pokuty coby výsledku správního uvážení žalovaného je plně přezkoumatelné.

[65] Důvodnost kasační stížnosti nemůže založit ani námitka, že krajský soud nerozhodl o náhradě nákladů řízení vzniklých stěžovateli v řízení před krajským soudem. Krajský soud ve výroku II. rozsudku čj. 62 Af 24/2011 – 159 rozhodl toliko, že žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává. O náhradě nákladů řízení stěžovatele v rozsudku nerozhodl. Nejvyšší správní soud proto krajskému soudu uložil, aby na základě přiměřené použitelnosti § 166 o. s. ř. ve spojení s § 64 s. ř. s. a analogické aplikace § 222 odst. 2 o. s. ř. rozhodl o nákladech řízení vzniklých stěžovateli. Doplňujícím usnesením ze dne 13. 8. 2013, čj. 62 Af 24/2011 - 199, krajský soud rozhodl tak, že žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.

[66] Nejvyšší správní soud neshledal rozsudek krajského soudu nezákonným ani nepřezkoumatelným. Protože v řízení neshledal ani jiné nedostatky, ke kterým je podle § 109 odst. 4 s. ř. s. povinen přihlížet z úřední povinnosti, kasační stížnost v souladu s § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl.

[67] Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatel neměl ve věci úspěch, nemá tedy právo na náhradu nákladů řízení. Žalovanému, jemuž by jinak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti příslušelo, soud

náhradu nákladů řízení nepřiznal, neboť mu v tomto řízení žádné náklady nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

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

V Brně 31. října 2013

JUDr. Jan Passer
předseda senátu