

USNESENÍ

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně senátu JUDr. Elišky Cihlářové a soudců JUDr. Jaroslava Hubáčka a JUDr. Karla Šimky v právní věci žalobce: **České dráhy, a. s.**, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, Praha 1, zastoupený JUDr. Karlem Muzikářem, L.L.M., advokátem se sídlem Křížovnické nám. 193/2, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 1923/7, Brno, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 4. 2011, č. j. 62 Ca 37/2009 – 680,

t a k t o :

Věc **se postupuje** rozšířenému senátu.

Odůvodnění:

I.

Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 21. 4. 2011, č. j. 62 Ca 37/2009 - 680, zamítl žalobu, kterou se žalobce (dále jen „stěžovatel“) domáhal zrušení rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) ze dne 6. 5. 2009, č. j. UOHS-R 155/2008/01-5485/2009/310/MVr.

Proti tomuto rozsudku podal stěžovatel kasační stížnost, v níž mimo jiné namítal (bod 214 a násl.), že správní orgán pochybil při určení rozhodné výše obratu ve smyslu ust. § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., ve znění účinném do 31. 8. 2009, (dále jen „ZOHS“). Podle stěžovatele měl správní orgán v souladu s citovaným ustanovením vycházet při stanovení výše pokuty z posledního ukončeného účetního období před vydáním napadeného rozhodnutí, tj. z roku 2008, a nikoliv z posledního ukončeného účetního období před vydáním prvoinstančního rozhodnutí, tj. z roku 2007. Dále stěžovatel v kasační stížnosti ve vztahu k otázce jednočinného souběhu komunitárního a vnitrostátního správního deliktu namítal (bod 74 a násl.), že rozkladový správní orgán postupoval nezákonným a arbitrárním způsobem, když zcela nově strukturoval souběh deliktů podle vnitrostátní a komunitární úpravy, ačkoliv správní orgán I. stupně se této otázce nevěnoval. Stěžovatel má za to, že i přes rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 1. 2008, č. j. 5 Afs 9/2008 - 328 je jednočinný souběh komunitárního a vnitrostátního deliktu vyloučen s ohledem na rozsudek ze dne 10. 4. 2009, č. j. 2 Afs 93/2008 - 945.

Při předběžném hodnocení závěrů vyslovených krajským soudem, vůči nimž směřují výše uvedené stížní námitky, sedmý senát Nejvyššího správního soudu:

1/ dospěl k odlišnému právnímu názoru než jaký byl vysloven v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2012, č. j. 5 Afs 7/2011 - 619 v otázce výkladu, z kterého posledního ukončeného účetního období má správní orgán vycházet při ukládání pokuty,

2/ zjistil, že v otázce, zda je či není vyloučen jednočinný souběh komunitárního a vnitrostátního deliktu existuje rozporná judikatura Nejvyššího správního soudu.

II.

Ad 1:

Výklad pojmu „poslední ukončené účetní období“ je sporný v tom smyslu, zda se v případě, že správní orgán I. stupně rozhoduje v jednom kalendářním roce a o rozkladu rozhoduje správní orgán v jiném kalendářním roce, bude při stanovení výše pokuty vycházet z výše čistého obratu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období předcházející rozhodnutí prvostupňovému nebo rozkladovému. I když je v dané věci aplikována právní úprava účinná do 31. 8. 2009, otázka posouzení, z kterého posledního ukončeného účetního období se při stanovení výše pokuty vychází, je-li sankce ukládána za použití výše čistého obratu dosaženého soutěžitelem, je aktuální i po novelizaci ZOHS zákonem č. 155/2009 Sb., protože pojem poslední ukončené účetní období používá zákonodárce v textu zákona i nadále beze změny. Jak podle ust. § 22 odst. 2 ZOHS ve znění účinném do 31. 8. 2009, tak podle ust. § 22a odst. 2 ZOHS ve znění účinném od 1. 9. 2009 lze uložit pokutu v procentuální výši z čistého obratu dosaženého za poslední ukončené účetní období.

V rozsudku ze dne 29. 3. 2012, č. j. 5 Afs 7/2011 - 619 byl vysloven tento právní názor:

„Jestliže Úřad mohl soutěžitelům uložit pokutu do výše 10 000 000 Kč nebo do výše 10 % z čistého obratu dosaženého za poslední ukončený kalendářní rok (do 30. 9. 2005), respektive za poslední ukončené účetní období (od 1. 10. 2005) pak z citovaného ustanovení nelze v žádném případě dovodit, že se mělo jednat o poslední ukončený kalendářní rok či poslední ukončené účetní období před spácháním deliktu, resp. před zahájením správního řízení ve věci. Ustanovení § 22 zákona č. 143/2001 Sb. (ve znění účinném v době rozhodování žalovaného, to je ve znění do 31. 8. 2009) upravovalo pokuty a opatření k nápravě, a jestliže v odst. druhém stanovilo, že Úřad může soutěžitelům uložit pokutu do výše shora uvedené, pak slova „za poslední ukončený kalendářní rok“ respektive „za poslední ukončené účetní období“ je třeba vztáhnout k době rozhodování o uložení pokuty, což znamená, že je třeba při ukládání pokuty přihlížet k čistému obratu dosaženému za poslední ukončený kalendářní rok, respektive k čistému obratu dosaženému za poslední ukončené účetní období soutěžitele, před uložení pokuty, tedy před vydáním rozhodnutí o uložení pokuty. To platí jak pro prvostupňový správní orgán, tak pro správní orgán rozhodující o rozkladu účastníka řízení proti prvostupňovému rozhodnutí, pokud rozhoduje v době pro niž je rozhodující jiné období ve smyslu výše uvedeném. Již prvostupňový správní orgán pokutu svým rozhodnutím ukládá, přičemž jeho rozhodnutí se může stát pravomocným a vykonatelným, nebo může být napadeno v daném případě

pokračování

rozkladem o němž rozhodne příslušný orgán. Teprve materiální právní mocí rozhodnutí o uložení pokuty je dotčena právní sféra toho, kdo má pokutu platit, neboť tímto okamžikem vznikne povinnost rozhodnutí se podrobit. Rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133, judikoval, že správní orgán při ukládání pokuty by měl hodnotit osobní a majetkové poměry pachatele správního deliktu ke dni svého rozhodování, nikoliv k okamžiku spáchání deliktu. Citované ustanovení § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb. chápe zdejší soud tak, že Úřad může uložit pokutu nejvýše do 10 % z čistého obratu soutěžitele dosaženého ve stanoveném období, což znamená, že uložená pokuta by neměla tuto hranici překročit. Jde o to, aby uložená pokuta nebyla pro toho, komu je uložena, likvidační. Aby se tak nestalo, musí ten, kdo pokutu ukládá, tedy ten, kdo o ní rozhoduje, v době svého rozhodování znát aktuální hospodářskou situaci (ve smyslu § 22 odst. 2 ZOHS) toho, komu pokutu ukládá. Zákon o ochraně hospodářské soutěže obsahoval v § 22 speciální úpravu ukládání pořádkových pokut (nyní ji obsahuje v § 22 pokud jde o přestupky fyzických osob a v § 22a pokud jde o správní delikty právnických osob a podnikajících fyzických osob).

Krajský soud se zabýval posouzením, zda je pro žalovaného ve smyslu § 22 odst. 2 ZOHS určující při výpočtu pokuty účetní období před samotným uložením pokuty, tj. před vydáním pravomocného rozhodnutí ve věci, či účetní období před vydáním rozhodnutí v prvním stupni, jak výše je již uvedeno, přičemž dospěl k závěru, že obdobím rozhodným je účetní období předcházející vydání rozhodnutí v prvním stupni. Dospěl také k závěru, že postup správního orgánu v dané věci byl správný. Krajský soud tak nepřihlížel k tomu, že první prvostupňové rozhodnutí o pokutách ze dne 19. 3. 2004 bylo zrušeno žalovaným rozhodnutím ze dne 11. 5. 2005 a že prvostupňový správní orgán rozhodoval o pokutách znovu dne 18. 7. 2005, přičemž žalovaný o rozkladech stěžovatelů proti rozhodnutí o pokutách rozhodl 18. 8. 2006 a že v důsledku zrušení rozhodnutí žalovaného Krajským soudem v Brně rozhodoval žalovaný znovu o rozkladech stěžovatelů dne 2. 2. 2009 nyní přezkoumávaným rozhodnutím o vině i pokutách, a že správní orgán jako celek stále vycházel při rozhodování o pokutách z údajů z roku 2002. Krajský soud tedy nevyvodil důsledky z toho, že v daném případě byl pro správní orgán jako celek rozhodující rok 2002 pro zjištění čistého obratu dosaženého za poslední ukončený kalendářní rok, respektive pro zjištění čistého obratu dosaženého za poslední ukončené účetní období z důvodů žalovaným uvedených, ačkoli správní orgán o pokutách rozhodoval několikrát v období od prvního rozhodnutí o pokutách v roce 2004 do zatím posledního rozhodnutí o pokutách v roce 2009, že výše uložených pokut se v průběhu uvedeného období měnila, že žalovaný přiblížil i k jiným skutečnostem než prvostupňový správní orgán a z toho důvodu jeho rozhodnutí o uložení pokut změnil (snížil jejich výši o 20 %). Závěry krajského soudu tedy nejsou správné, protože zhodnotil posouzení rozhodného období podle § 22 odst. 2 ZOHS žalovaným způsobem, který neodpovídá posouzení a postupu žalovaného vyjádřených v přezkoumávaném rozhodnutí.“

Krajský soud v napadeném rozsudku (str. 47 a násl.), na rozdíl od pátého senátu Nejvyššího správního soudu, tuto otázku posoudil takto:

„Pokud má žalobce za to, že vzhledem k tomu, že napadené rozhodnutí bylo vydáno až v roce 2009, měla být pokuta počítána z obratu za rok 2008, ani v tomto mu soud nepřisvědčuje (byť nesdílí názor žalovaného, že podstatný je „soulad s komunitární rozhodovací praxí“, a proto tedy „poslední rok, v němž ještě jeho delikttní jednání trvalo“, neboť ZOHS v § 22 odst. 2 –

v rozhodném znění – stanoví, že se počítá z čistého obratu dosaženého za poslední ukončené účetní období, a to je poslední ukončené účetní období před okamžikem, kdy se pokuta ukládá).

Pokud jde o rozhodné období, od něhož se má stanovení výše pokuty odvíjet, pak ovšem zdejší soud považuje postup žalovaného za souladný se zněním § 22 odst. 2 ZOHS i procedurou, která bezprostředně předchází stanovení konkrétní výše uložené pokuty, a nadto podle zdejšího soudu i samotným smyslem ukládání pokut. Při výkladu zákona je třeba totiž vycházet též z jeho smyslu, a nikoli toliko z jeho textu (Ústavní soud ve svém nálezu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97, publ. pod č. 30/1998 Sb.). Pokud § 22 odst. 2 ZOHS stanoví, že se horní hranice pokuty v určitých případech počítá z čistého obratu dosaženého za poslední ukončené účetní období, pak tímto účetním obdobím je účetní období předcházející roku, v němž bylo rozhodnutí o uložení pokuty vydáno. Vystává nyní otázka, zda je rozhodnutím, kterým je uložena pokuta, míněno rozhodnutí prvostupňové nebo až rozhodnutí druhostupňové, které prvostupňové rozhodnutí potvrzuje nebo mění. V případě, že jsou obě rozhodnutí vydána v témže roce, není tato otázka důležitá, neboť se účetní období pro výpočet horní hranice pokuty nemění. Naopak pokud jsou vydána v letech různých, tak, jako je tomu v právě posuzované věci, je tato otázka pro posouzení zákonnosti stanovené výše pokuty zcela zásadní. Je obecně známo, že správní řízení v obou stupních tvoří jeden celek a na správní rozhodnutí obou stupňů je třeba jako na jeden celek nahlížet.

Z tohoto závěru by bylo lze dovodit, že za rozhodnutí, kterým byla uložena pokuta, by tak mělo být považováno až rozhodnutí druhostupňové, neboť až doručením druhostupňového rozhodnutí je zasazena majetková sféra účastníka řízení. Navíc i v řízení o rozkladu je § 22 odst. 2 ZOHS přímo aplikován.

Zdejší soud však s tímto názorem nesouhlasí a naopak má za to, že pro výpočet čistého obratu je rozhodné období předcházející vydání rozhodnutí prvostupňového. K tomuto závěru soud dospívá zejména na základě smyslu § 22 odst. 2 ZOHS. Má-li být horní hranice pokuty za porušení ZOHS odvozena z hospodářského výsledku účastníka v určitém období, je zcela logické, aby se jednalo o období, v němž se protisoutěžní jednání uskutečnilo, případně období na ně bezprostředně navazující. Jistě lze namítnout, že je možné argumentovat i opačně, a to že ukládaná pokuta má odrážet skutečné majetkové poměry delikventa a je tedy třeba počítat horní hranici pokuty z obratu vztahujícího se k období, které předchází vydání druhostupňového rozhodnutí. Splnění tohoto požadavku – aby uložena pokuta odpovídala majetkovým poměrům delikventa – však lze bezezbytku dosáhnout i v případě, že byla horní hranice pokuty stanovena podle obratu v období, které předcházelo vydání prvostupňového rozhodnutí. Vymezení rozpětí sankční sazby, pro které je určení účetního období nezbytné, totiž představuje pouze základní „mantinely“, ve kterých se může žalovaný při vyměřování pokuty pohybovat. Při samotném stanovení výše pokuty pak musí zohlednit všechna pro to nezbytná kritéria, mezi něž se nepochybně řadí právě i konkrétní majetková situace delikventa. Nelze přehlédnout, že úvahy žalovaného ohledně stanovení konkrétní výše sankce musí navazovat na skutková zjištění ohledně charakteru posuzovaného jednání, jeho dopadu na hospodářskou soutěž, majetkových poměrů účastníka správního řízení, přitom tato skutková zjištění musí vycházet z dokazování, u něhož lze důvodně předpokládat značnou rozsáhlost. Řízení, v němž je pokuta ukládána, je řízením sankčním, jehož materiálním výsledkem je, je-li spáchání správního deliktu prokázáno, kromě samotného deklarování spáchání správního deliktu především uložení sankce. Těžiště dokazování přitom nutně musí být součástí řízení v prvním stupni, neboť jinak by se tím

pokračování

popíral smysl dvojinstančnosti správního řízení - účastník správního řízení by nutně mohl automaticky ztrácet jednu jeho instanci. Řízení o rozkladu (stejně jako obecně řízení o odvolání) je ovládáno zásadou úplné revize zákonnosti rozhodnutí; jestliže ten, kdo rozhoduje o rozkladu, uzná, že ten, kdo rozhodoval v prvním stupni, při rozhodování pochybil, sám zjedná nápravu (shodně Hendrych, D. a kol.: Správní právo, Obecná část, 6. vydání, Praha: C.H.Beck, 2006, str. 377).

Jestliže by v řízení ve druhém stupni, pokud by probíhalo v jiném roce, než ve kterém bylo vydáno rozhodnutí prvostupňové, mělo v tomto ohledu probíhat dokazování zcela nové, v němž by se nově posuzovala majetková sféra účastníka správního řízení, pak by se podstatné skutečnosti pro závěr, jaký žalovaný ve správním řízení ohledně sankce učiní, odehrávalo až v řízení o rozkladu; jde totiž fakticky o řízení o výtkách, které účastník správního řízení uplatnil ve vztahu k závěrům, které žalovaný učinil v řízení prvostupňovém, tedy ve vztahu k závěrům, které žalovaný učinil poté, kdy ve věci dokazoval, a přeneslo-li by se těžiště v uvedeném ohledu do řízení o rozkladu, pak by řízení o rozkladu nebylo řízením o výtkách, které byly proti prvostupňovému rozhodnutí uplatněny, tedy neposuzovalo by se vůbec, zda ten, kdo rozhodoval v prvním stupni, pochybil či nikoli, nicméně by se skutkové okolnosti významné pro uložení pokuty posuzovaly zcela nově.

Zdejší soud tedy v této otázce uzavírá, že závěr, podle něhož je rozhodnutím o uložení pokuty rozuměno až rozhodnutí druhostupňové, by vedl v případech, kdy by bylo rozhodnutí prvostupňové vydáno v jednom roce, zatímco rozhodnutí druhostupňové v roce jiném, k situacím, kdy by předseda žalovaného v řízení o rozkladu nezkoumal zákonnost uložené pokuty žalovaným, nýbrž by výši pokuty musel vždy sám stanovovat. Došlo-li by totiž ke změně účetního období, musel by uloženou pokutu přepočítat a stanovit znovu, s ohledem na čistý obrat dosažený v novém účetním období. Takový postup podle zdejšího soudu není v souladu se smyslem činnosti předsedy žalovaného, jakožto druhostupňového orgánu, který má přezkoumat správnost a zákonnost prvostupňového rozhodnutí (tedy včetně výroku o pokutě) a řízení, které mu předcházelo (§ 89 odst. 2, § 152 odst. 4 správního řádu 2004). Rovněž by tento přístup připravil účastníky o jeden stupeň správního řízení, neboť by výše pokuty nebyla přezkoumávána, ale zcela nově stanovována. Za situace, kdy je správní řízení ovládáno zásadou dvojinstančnosti, tedy požadavkem, aby řízení a rozhodnutí prvostupňové podléhalo kontrole druhostupňového orgánu, je třeba, aby se tak dělo ve vztahu k celému rozhodnutí a nikoli, aby výrok o pokutě byl vydáván pouze v jednom stupni. Vzhledem k uvedenému má soud za to, že rozhodným účetním obdobím pro stanovení horní hranice pokuty podle § 22 odst. 2 ZOHS je to, které předchází vydání prvostupňového rozhodnutí.

Jestliže však mezi rozhodným obdobím a vydáním napadeného rozhodnutí dojde k takové změně hospodářské situace, že by pokuta se jevila likvidační nebo zřetelně nespravedlivá – a její výše tedy nepřiměřená, pak je namístě změnu hospodářské situace zohlednit. Pokud tedy žalovaný vypočítal pokutu z obratu za rok 2007 (obrat převyšoval částku 36.000.000.000,- Kč) a pokud se v období bezprostředně předcházejícím vydání napadeného rozhodnutí obrat žalobce snížil na cca 16.500.000.000,- Kč), a pokud ve vztahu k původnímu obratu dosahovala pokuta výše cca 0,75%, a tedy nacházela se pod hranicí 10% maximální možné výše pokuty, pak ani následně žalobcem namítané snížení obratu nečiní z uložené pokuty pokutu likvidační ani nijak „obecně nespravedlivou“. K uvedeným závěrům dospívá zdejší soud i se zohledněním přístupu (dnešního) Tribunálu, který ve věci Britannia Alloys & Chemicals (T-33/02, rozsudek

ze dne 29.11.2005) vyslovil právní názor, podle něhož je třeba se při ukládání sankcí za porušení soutěžních pravidel vyhnout tomu, aby uložená pokuta byla nepřiměřenou ve vztahu k významu dotyčného soutěžitele, a podle něhož při vymezení „předchozího hospodářského roku“, ve vztahu k němuž je kalkulována výše pokuty (tam podle čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 ze dne 6.2.1962), je třeba posoudit dopad na dotyčného soutěžitele, a to zejména s přihlédnutím k obratu, který odráží skutečnou hospodářskou situaci tohoto soutěžitele během období, kdy k protiprávnímu jednání došlo. Sama skutečnost, že dotyčný soutěžitel nebyl schopen se předem dozvědět, jaký „referenční rok“ bude určující pro stanovení pokuty, nepředstavuje podle (dnešního) Tribunálu sama o sobě porušení zásady právní jistoty.“

Sedmý senát se ztotožňuje s právním názorem vysloveným krajským soudem, že posledním ukončeným účetním obdobím se ve smyslu ust. § 22 odst. 2 ZOHS rozumí ukončené účetní období předcházející vydání prvostupňového rozhodnutí. Za klíčový považuje argument, že v opačném případě by došlo k porušení zásady dvojinstančnosti správního řízení. Pokud by byl akceptován právní názor pátého senátu, předseda Úřadu by de facto rozhodoval o výši pokuty zcela „nově“ a jeho úvaha by již ve správním řízení nepodléhala přezkumu. Jednalo by se tak o jednoinstanční rozhodování. Lze také argumentovat tím, že v případě akciových společností podléhá účetní závěrka schválení auditora, což znamená, že dosažený čistý zisk za předcházející kalendářní rok by měl správní orgán k dispozici až ve druhé polovině následujícího roku. Tento argument ale platí i pro prvostupňové rozhodnutí, a proto je jeho relevance relativní.

Ad 2:

Otázka jednočinného souběhu komunitárního a vnitrostátního deliktu je v judikatuře Nejvyššího správního soudu posuzována rozdílně, a to v rozsudku ze dne 31. 10. 2008, č. j. 5 Afs 9/2008 - 328 a v rozsudku ze dne 10. 4. 2009, č. j. 2 Afs 93/2008 - 920.

V prvním z citovaných rozsudků pátý senát uvedl:

„V dané věci není pochyb o tom, že stěžovatel byl povinen v daném případě, pokud se rozhodl posuzovat předmětné jednání z hlediska § 11 odst. 1 zákona o hospodářské soutěži a zároveň shledal ve věci komunitární prvek, vést řízení a následně rozhodnout také o porušení čl. 82 Smlouvy ES, neboť mu to ukládá čl. 3 odst. 1 nařízení č. 1/2003. Z pohledu komunitárního práva se ovšem mohl rovněž omezit pouze na použití čl. 82 Smlouvy ES, neboť komunitární právo nenařizuje souběžnou aplikaci čl. 81 či 82 Smlouvy ES a vnitrostátní úpravy. (...) [A]le ani ji, za splnění určitých podmínek, nevylučuje. (...)“

Uvedené závěry pak plně potvrzuje i dosavadní judikatura obou komunitárních soudů, tedy Soudního dvora a Soudu prvního stupně. Evropský soudní dvůr v konzistentní linii judikatury (věci 14/68 Walt Wilhelm, 253/78 a 1/79 až 3/79 Giry a Guerlain, C-137/00 Milk Marque a National Farmers' Union, C-295/04 až C-298/04 Manfredi) uvádí, že „v souladu s ustálenou judikaturou se právo Společenství a vnitrostátní právo v oblasti hospodářské soutěže uplatní souběžně, vzhledem k tomu, že se týkají rozdílných aspektů restriktivního jednání. Zatímco články 81 ES a 82 ES se na toto jednání vztahují z důvodu překážek, které z něj mohou vyplývat pro obchod mezi členskými státy, vnitrostátní právní předpisy vycházející z úvah, které

pokračování

jsou zvláštní pro každou vnitrostátní právní úpravu, nahlízejí na restriktivní jednání pouze v tomto rámci“ (citováno dle rozsudku ze dne 13. 7. 2006 v posledně jmenované věci Manfredi, Sb. rozh. SD, I-6619, bod 38). Byť se rozsudek ve věci Manfredi vztahoval k protisoutěžnímu jednání, k němuž došlo v době před modernizací komunitárního soutěžního práva, tj. před účinností nařízení č. 1/2003, Soudní dvůr věc rozhodoval po více než dvou letech od jeho účinnosti, přičemž necítil potřebu v rozsudku vyjádřit, že by toto nařízení mělo přinést pro posuzování otázky přípustnosti uplatňování komunitárního a vnitrostátního soutěžního práva na shodné protisoutěžní jednání jakoukoli zásadní změnu.

Přitom je třeba zdůraznit, že v citovaných věcech se Evropský soudní dvůr nezabýval skutečně souběžnou (z časového hlediska) aplikací komunitárního a vnitrostátního soutěžního práva jediným orgánem, ale naopak postupnou aplikací různými orgány, což je zásadní rozdíl. Jak bude dále podrobně vysvětleno, jediné případy, kdy je se soutěžitelem vedeno řízení o shodném protisoutěžním jednání, o němž již bylo v jiném řízení rozhodnuto, je možno skutečně poměřovat se zásadou *ne bis in idem*. Proto Evropský soudní dvůr již ve věci *Walt Wilhelm* judikoval, že sice takové dvojí řízení o shodném protisoutěžním jednání je přípustné, ale z obecných zásad komunitárního práva, zejména z požadavku ekvity vyplývá, že v případě udělení pozdější sankce musí být přihlédnuto také k sankci předchozí, za toto protisoutěžní jednání již udělené (věc 14/68 *Walt Wilhelm*, [1969] ECR I, bod 11).

(...)

Lze tedy shrnout, že judikatura komunitárních soudů nejenže nevylučuje možnost souběžné aplikace komunitárního a vnitrostátního soutěžního práva na shodné protisoutěžní jednání, která vyplývá již z nařízení č. 1/2003, ale navíc připouští dokonce i možnost vést řízení podle vnitrostátního práva a řízení podle komunitárního práva postupně, pouze s tou podmínkou, že orgán, který uděluje pozdější sankci, musí přihlédnout k sankci za takové jednání již udělené.

(...)

Nejvyšší správní soud se tedy nejprve zabýval tím, zda by souběžné vedení řízení o porušení čl. 82 Smlouvy a § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže odporovalo ústavnímu pořádku ČR, vedle Listiny základních práv a svobod tedy především čl. 4 Protokolu č. 7 k Úmluvě, na něž se krajský soud v této souvislosti odvolával a kterým jsou Česká republika a její orgány vázány při aplikaci vnitrostátního práva přímo, a nikoliv odvozeně prostřednictvím judikatury Soudního dvora, jak je tomu při aplikaci práva komunitárního.

(...)

Nejvyšší správní soud tedy dospěl po důkladném rozboru věci k závěru, že požadavek krajského soudu, aby stěžovatel aplikoval na dané jednání žalobce pouze čl. 82 Smlouvy ES, a nikoliv § 11 odst. 1 zákona o hospodářské soutěži, nevyplývá z principu *ne bis in idem*, jak je uznáván v komunitárním právu či v ústavním pořádku ČR, neboť v daném případě nebylo se stěžovatelem vedeno řízení o věci, o níž již bylo předtím v jiném řízení pravomocně rozhodnuto. Náзор žalobce uvedený v posledním vyjádření ke kasační stížnosti, že tato interpretace by vedla k obcházení zásady *ne bis in idem*, neobstojí, neboť hlavním účelem této zásady je poskytnout právní jistotu tomu, o jehož vině a trestu již bylo jednou pravomocně rozhodnuto, že již nebude vystaven, pokud nebude dané rozhodnutí cestou mimořádných opravných prostředků zrušeno, novému (opakovanému) stíhání (řízení) a potrestání. Uplatňování této zásady se liší pouze v tom, jak již bylo řečeno, zda se garantuje zákaz opakovaného stíhání za stejný skutek, či pouze za stejný delikt. Zatímco čl. 4 Protokolu č. 7 k Úmluvě i čl. 40 odst. 5 Listiny podle mínění Nejvyššího správního soudu v zásadě garantují pro celou trestněprávní oblast v širším slova smyslu (včetně správního trestání) pouze zákaz

opakovaného stíhání za stejný delikt, ustanovení § 11 odst. 1 písm. f) až h) trestního řádu naproti tomu považují za nepřipustné trestní stíhání pro týž skutek, ovšem pouze v případech v těchto ustanoveních uvedených, byť na druhou stranu trestní řád z důvodů nutnosti transpozice Schengenské úmluvy a jiných právních instrumentů z oblasti třetího pilíře EU uznává jakožto překážku věci rozhodnuté i obdobná rozhodnutí soudů a jiných justičních orgánů jiných členských států Evropské unie (§ 11 odst. 4 trestního řádu).
(...)

Od primárně procesněprávní zásady *ne bis in idem* je třeba odlišovat hmotněprávní institut jednočinného souběhu deliktů, včetně posouzení otázky, zda bylo skutečně jedním jednáním spácháno více deliktů, či zda se ve skutečnosti jedná o souběh pouze zdánlivý. Odpověď na tuto otázku je z hlediska problému, který ve svém rozsudku nastolil, ovšem nepřesně vymezil, krajský soud, zcela klíčová.

Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoli veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, www.nssoud.cz.
(...)

Obdobně tedy musí být trestněprávní teorie i praxe použita při posuzování otázky, zda se v daném případě jedná o jednočinný souběh více správních deliktů, či zda jde o souběh pouze zdánlivý.
(...)

Nejvyšší správní soud rovněž poznamenává, že se již k pojmu jednočinného souběhu vyjadřoval ve své judikatuře, konkrétně pak např. ve svém rozsudku ze dne 12. 12. 2003, č. j. 5 A 98/2001 - 36, www.nssoud.cz.“
(...)

Je však zároveň třeba brát v potaz možnost tzv. zdánlivého souběhu, tj. případy, kdy je jednočinný souběh vyloučen, ačkoli skutek formálně vykazuje znaky dvou nebo více skutkových podstat deliktů. Trestněprávní doktrína přitom rozlišuje několik typových situací, kdy je souběh vyloučen: a) delikty jsou navzájem v poměru speciality, b) delikty jsou navzájem v poměru subsidiarity, c) jde o tzv. faktickou konzumpci, d) jde o pokračování v deliktu, delikt trvající či delikt hromadný. Nastoupení těchto typových situací způsobuje, že nelze uvažovat o souběhu, ale o spáchání pouze jediného deliktu (srov. např. NEŽKUSIL, J., op. cit., str. 157 a násl. nebo KRATOCHVÍL, V. a kol., op. cit., str. 222 a násl. či usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 1. 2005, sp. zn. 8 Tdo 10/2005). Pro rozhodování v tomto případě Nejvyšší soud považuje za relevantní a tudíž také analyzuje pouze instituty uvedené sub a) – c).
(...)

V poměru speciality jsou skutkové podstaty kvalifikované a privilegované ve vztahu k základní skutkové podstatě či složené skutkové podstaty vůči skutkovým podstatám, které lze považovat za jejich částI.

Zejména je v tomto ohledu důležité zodpovězení otázky, zda v obou případech je zasažen chráněný zájem (objekt) pouze jediný, nebo zda je dána mnohost těchto zájmů. V případě, že by došlo k zasažení zájmu pouze jediného a současně by se nejednalo o situaci, kdy by byl tento zájem chráněný v různých směrech, proti různým aspektům téhož skutku, bylo by třeba hovořit

pokračování

o deliktu pouze jediném. Tyto závěry lze dovozovat nejenom z doktríny, ale také z judikatury. Zde je možné uvést např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČSSR sp. zn. 1 Tz 2/74 (15/74 Sb. rozh. tr.).
(...)

V poměru subsidiarity jsou vzdálenější vývojová stadia vůči stadiu bližšímu k dokonání činu, méně závažné formy trestné součinnosti v poměru k závažnějším a ustanovení o trestném činu ohrožovacím v poměru k ustanovení o trestném činu poruchovém.

Společně lze k pojmu speciality i subsidiarity uvést, že jejich důsledky jsou stejné. V obou případech se užije toho ustanovení, u něhož obsah pojmu je širší a rozsah pojmu užší, tedy ustanovení, jež lépe vystihuje daný případ a jímž je druhé ustanovení konzumováno.

Co se týká faktické konzumpce, která též vylučuje jednočinný souběh, lze o ní hovořit, když „jeden trestný čin je prostředkem relativně malého významu ve srovnání se základním trestným činem nebo vedlejším, málo významným produktem základního trestného činu. Předpoklady faktické konzumpce jsou vytvořeny faktickým průběhem činu a nevyplývají z poměru skutkových podstat trestných činů nebo jejich trestních sankcí“ (viz ŠÁMAL, P., PÚRY, F., RIZMAN, S., op. cit., str. 29).
(...)

Ještě je možné v souvislosti s výše uvedeným poznamenat, že pojem konzumpce lze chápat v užším a širším smyslu. V užším smyslu se jedná právě o faktickou konzumpci, v širším smyslu jde také o případy, kdy delikt speciální „konzumuje“ delikt obecný, poruchový delikt konzumuje delikt ohrožující nebo dokonáný čin pokus či přípravu (tedy v případě poměru speciality či subsidiarity); (srov. Nezkusil, J., op. cit., str. 159).

Vzhledem k výše uvedenému dospěl Nejvyšší správní soud při posouzení, zda se v daném případě jedná o souběh deliktů, či zda jsou zde okolnosti souběh vylučující, k následujícím závěrům:

Poměr subsidiarity je v daném případě možné vyloučit, neboť obě skutkové podstaty (dle § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže a dle čl. 82 Smlouvy ES) postihují rovněž delikty poruchové (nejen ohrožovací); už vůbec u nich nelze hovořit o formách součinnosti či o vývojových stadiích.

Pakliže by měl být delikt dle § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže fakticky konzumován čl. 82 Smlouvy ES, mělo by k jednání dle § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže docházet pravidelně, když dochází k jednání dle čl. 82 Smlouvy ES. Dále by mělo být jednání (resp. způsobená škoda či jiný škodlivý následek) dle § 11 zákona o hospodářské soutěži „prostředkem nebo vedlejším produktem relativně malého významu“ ve vztahu k čl. 82 Smlouvy ES.

V daném případě pravidelně, když stěžovatel aplikuje čl. 82 Smlouvy ES, mohl by aplikovat i § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže, takže tato podmínka je splněna. Avšak pro posouzení, zda porušení zákazu dle § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže způsobí újmu relativně malého významu ve vztahu k porušení čl. 82 Smlouvy ES (viz výše rozhodnutí Nejvyššího soudu ČSR, sp. zn. 5 Tz 47/76 [č. 34/77 Sb. rozh. tr.] či rozhodnutí Nejvyššího soudu SSR ze dne 23. 11. 1972, sp. zn. 1 Tz 68/72 [viz FENYK, J., ILLKOVÁ, P.:

Rozhodnutí a stanoviska k trestnímu zákonu – Výňatky z hmotněprávních rozhodnutí a stanovisek 1919 – 1995, I.vydání. Praha: C. H. Beck 1995, str. 12]], je nutné porovnat význam zájmů chráněných oběma ustanoveními. Pakliže porušení zájmu chráněného § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže by bylo bezvýznamné ve vztahu k porušení zájmu chráněného čl. 82 Smlouvy ES, byl by v tomto případě souběh vyloučen. Z hlediska těchto kritérií je však Nejvyšší správní soud přesvědčen, že v daném případě nemůže jít o faktickou konzumpci, jelikož jedno jednání není „prostředkem nebo vedlejším, bezvýznamným produktem“ jiného jednání (už z hlediska možných sankcí a charakteru jednotlivých deliktů); je tedy nutno konečně zkoumat, zda je dán poměr speciality.

(...)

Pro posouzení existence poměru speciality je nezbytné porovnat „objekt“, jenž chrání „skutkové podstaty“ dle § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže a čl. 82 Smlouvy ES. Pokud by byl objekt totožný, je třeba zjistit, zda všechny znaky § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže jsou obsaženy ve znacích čl. 82 Smlouvy ES a zda čl. 82 Smlouvy ES konkretizuje a rozvíjí „obecnou skutkovou podstatu“ uvedenou v § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže, popř. zda je totožný zájem „chráněný v různých směrech, tj. proti různým aspektům téhož jediného skutku“.

(...)

Pokud jsou chráněné zájmy rozdílné (nebo pokud je stejný zájem „chráněný v různých směrech“), jednočinný souběh není vyloučen. Pokud jsou chráněné zájmy shodné, je třeba posoudit, zda dochází k vyloučení jednočinného souběhu z důvodu speciality a v tom případě se tedy zjišťuje, zda jedna „skutková podstata“ obsahuje všechny znaky druhé „skutkové podstaty“ a upřesňuje ji.

Nejprve se tedy zastavme u zájmu chráněného skutkovou podstatou deliktu spočívajícího ve zneužití dominantního postavení soutěžitele dle zákona o ochraně hospodářské soutěže. Podle § 1 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže tento zákon upravuje ochranu hospodářské soutěže na trhu výrobků a služeb proti jejímu vyloučení, omezení, jinému narušení nebo ohrožení dohodami soutěžitelů, zneužitím dominantního postavení soutěžitelů nebo spojením soutěžitelů. Oba základní delikty dle zákona o ochraně hospodářské soutěže, tj. kartelové dohody v širším slova smyslu dle § 3 odst. 1 cit. zákona a zneužití dominantního postavení na trhu dle § 11 odst. 1 tohoto zákona postihují různé typy jednání, které ovšem ohrožují tentýž objekt vyjádřený již v názvu zákona, tedy hospodářskou soutěž jako takovou, a to na trhu v rámci České republiky (k tomu srov. § 1 odst. 5 a 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže).

Zákonem chráněný zájem ostatně vyplývá i z dosavadní judikatury Nejvyššího správního soudu: „Účelem zákona je ochrana konkurence jako ekonomického jevu, nikoliv ochrana jednotlivých účastníků trhu. Ti jsou proti narušitelům soutěže nepřímo chráněni výkonem pravomoci Úřadu, vykonávajícího dozor nad tím, zda a jakým způsobem soutěžitelé plní povinnosti vyplývající pro ně z tohoto zákona nebo z rozhodnutí Úřadu vydaných na základě zákona o soutěži. (...) Jak jednoznačně vyplývá z předmětu úpravy zákona, nechrání tento jednotlivé soutěžitele, nýbrž chrání soutěž na trhu zboží. Jedná se tudíž o objektivní zájem společnosti na zachování účinné hospodářské soutěže, ale nikoli na subjektivních právech jejich jednotlivých účastníků. Jak vyplývá z ust. § 1 odst. 1 zákona, ochrana je prostřednictvím Úřadu poskytována nikoliv individuálním soutěžitelům a jejich zájmům, ale zachování soutěžního prostředí.“ (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2004, č. j. 2 A 11/2002-227, publikovaný pod č. 463/2005 Sb. NSS). Také v rozsudku ze dne 9. 2. 2005, č. j. 2 A 18/2002 -

pokračování

58, publikovaném pod č. 580/2005 Sb. NSS, Nejvyšší správní soud poznamenal, že „účelem protimonopolního zákonodárství je přispívat k tomu, aby nedocházelo k selhání trhu. Když účastníci soutěže, nebo ti, kteří ji mohou ovlivnit, uzavřou mezi sebou dohodu soutěž narušující, trh selhává, dochází k omezení nabídky, zvyšují se ceny. Zákon neslouží k tomu, aby prvoplánově chránil soutěžitele, ale je tu proto, aby prostřednictvím příslušného úřadu ochraňoval soutěž na trhu“ (obdobně rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2005, č. j. 2 A 19/2002 - 141, www.nssoud.cz, oba rozsudky se týkají ještě předchozí právní úpravy dle zákona č. 63/1991 Sb., jsou však v tomto ohledu plně použitelné i na zákon stávající).

Právní úprava postihující obdobné formy protisoutěžního jednání na komunitární úrovni (čl. 81 a 82 Smlouvy ES) vyžaduje v daném ohledu hlubší rozbor. Čl. 2 Smlouvy ES obecně definuje cíle a nástroje Společenství takto: „Posláním Společenství je vytvořením společného trhu a hospodářské a měnové unie a prováděním společných politik nebo činností uvedených v čl. 3 a 4 podporovat harmonický, vyvážený a udržitelný rozvoj hospodářských činností, vysokou úroveň zaměstnanosti a sociální ochrany, rovné zacházení pro muže a ženy, trvalý a neinflační růst, vysoký stupeň konkurenceschopnosti a konvergence hospodářské výkonnosti, vysokou úroveň ochrany a zlepšování kvality životního prostředí, zvyšování životní úrovně a kvality života, hospodářskou a sociální soudržnost a solidaritu mezi členskými státy.“ Základními nástroji pro dosahování takto vymezených cílů Společenství jsou tedy vytvoření společného trhu, hospodářské a měnové unie a provádění společných politik Společenství. Tyto obecné nástroje jsou pak konkretizovány v člancích 3 a 4 Smlouvy ES (k tomu viz např. SVOBODA, P.: Úvod do evropského práva, 1. vydání, C. H. Beck 2004, str. 38-39), přičemž základem společného trhu je dle čl. 3 odst. 1 písm. c) Smlouvy ES „vnitřní trh, který se vyznačuje odstraněním překážek volného pohybu zboží, osob, služeb a kapitálu mezi členskými státy“, k fungování společného trhu však dle písm. g) tohoto ustanovení významnou měrou přispívá také „systém zajišťující, aby na vnitřním trhu nebyla narušována hospodářská soutěž“. Základem tohoto systému jsou pak mj. čl. 81 a 82 Smlouvy ES.

(...)

Soudní dvůr konstatuje, že „články 81 ES a 82 ES se na toto jednání vztahují z důvodu překážek, které z něj mohou vyplývat pro obchod mezi členskými státy, vnitrostátní právní předpisy vycházející z úvah, které jsou zvláštní pro každou vnitrostátní právní úpravu, nahlíží na restriktivní jednání pouze v tomto rámci“ (rozsudek ve věci Manfredi, op. cit., bod 38). K otázce, kdy protisoutěžní jednání, naplňující ostatní znaky skutkových podstat dle čl. 81 nebo 82 Smlouvy ES, může ovlivnit obchod mezi členskými státy, existuje rovněž rozsáhlá judikatura Soudního dvora.

(...)

[Široce vymezený koncept účinků na obchod mezi členskými státy tedy v sobě zahrnuje kritéria jak kvantitativní, tak kvalitativní, přičemž ke konečnému závěru o existenci, či neexistenci komunitárního prvku ve věci lze dospět až po zhodnocení každého z těchto kritérií nejen jednotlivě, ale i v jejich vzájemné souvislosti.

(...)

Po zvážení všech uvedených skutečností dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že delikty spočívající ve zneužití dominantního postavení podle zákona o ochraně hospodářské soutěže a podle Smlouvy ES nejsou v poměru speciality a nepřichází u nich v úvahu ani jiný z možných případů konzumpce. Jednočinný souběh těchto deliktů je tedy možný, a to i přesto, že se znaky obou skutkových podstat jinak v zásadě kryjí a liší se právě pouze v kritériu účinku protisoutěžního jednání na obchod mezi členskými státy na straně jedné (čl. 82 Smlouvy ES)

a účinku protisoutěžního jednání na trh v ČR na straně druhé (§ 1 odst. 5 a 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže), které však zároveň představují odlišné zájmy Společenství a jeho členského státu. Česká republika mohla, ale nemusela, pokud jde o ostatní znaky skutkových podstat, harmonizovat svou vnitrostátní úpravu s čl. 81 a 82 Smlouvy ES. Pokud tak stejně jako některé další členské státy učinila, neznamená to ještě, že chrání hospodářskou soutěž ze zcela shodných hledisek jako Společenství. Aby totiž došlo k jednočinnému souběhu, musí být dané jednání způsobilé omezit hospodářskou soutěž na společném trhu tak, aby to mohlo ovlivnit obchod mezi členskými státy v míře větší než zanedbatelné, na straně druhé musí být takové jednání vždy způsobilé narušit také hospodářskou soutěž na území ČR. Z toho je zřejmé, že protisoutěžní jednání naplňující znaky deliktu dle čl. 81 nebo 82 Smlouvy ES bude ve většině případů, kdy bude dána příslušnost stěžovatele jakožto tzv. dobře umístěného soutěžního úřadu (viz oznámení Komise o spolupráci v rámci Sítě soutěžních úřadů, Official Journal of the European Union, 27. 4. 2004, č. 2004/C 101/03, body 8 až 15), zároveň naplňovat znaky příslušného deliktu dle zákona o ochraně hospodářské soutěže, ovšem nemusí tomu tak být vždy.

(...)

Nejvyšší správní soud dodává, že na odlišnosti objektů deliktů dle obou dotčených právních úprav nemůže nic změnit ani znění důvodové zprávy k návrhu zákona č. 340/2004 Sb., jímž byl novelizován zákon o ochraně hospodářské soutěže pro účely uplatňování komunitárního soutěžního práva v souladu s nařízením č. 1/2003. Je pravdou, že tato důvodová zpráva jednoznačně konstatuje, že domácí právní úprava by neměla být vůči komunitárnímu právu duplicitní a měla by se uplatňovat toliko na jednání soutěžitelů bez komunitárního prvku. Tento patrně původně zamýšlený záměr zákonodárce však nebyl v konečném znění zákona vyjádřen, byť takovou možnost zákonodárce jistě měl, neboť jak již bylo řečeno, komunitární právo umožňuje, ale nenařizuje souběžnou aplikaci vnitrostátního soutěžního práva. Potom ovšem měl zákonodárce v textu zákona použití vnitrostátních skutkových podstat v případech, kdy je dáno porušení čl. 81 nebo 82 Smlouvy ES, výslovně vyloučit, na obecná pravidla o jednočinném souběhu deliktů v tomto případě spoléhat nelze, neboť ta vedou, jak již bylo vysvětleno, k jinému výsledku. Dané možnosti zákonodárce prozatím nevyužil, naopak z dikce § 7 odst. 1 a § 11 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže vyplývá, že stěžovatel je v případě souběhu obou deliktů vázán zásadou legality, není tedy na jeho volbě, zda řízení o porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže zahájí, či nikoli, povinné použití čl. 81 a 82 Smlouvy ES pak vyplývá z čl. 3 odst. 1 nařízení č. 1/2003 (výjimkou jsou pouze případy, kdy řízení o téže jednání provádí Komise či soutěžní úřad jiného členského státu – viz čl. 11 odst. 6 a čl. 13 nařízení 1/2003).

Na základě výše uvedené argumentace byly formulovány právní věty, které byly publikovány ve Sb. NSS pod č. 1767/2009:

II. Souběžnému vyslovení viny za spáchání uvedených komunitárních a vnitrostátních deliktů v jediném rozhodnutí správního orgánu nebrání zásada *ne bis in idem*, jak vyplývá z obecných právních zásad Společenství, z čl. 4 odst. 1 Protokolu č. 7 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (č. 209/1992 Sb.) a z čl. 40 odst. 5 Listiny základních práv a svobod, neboť nejde o situaci, kdy je opakovaně vedeno řízení o téže věci, o níž již bylo pravomocně rozhodnuto.

III. Jednočinný souběh uvedených komunitárních a vnitrostátních správních deliktů je možný, neboť zájmy chráněné skutkovými podstatami správních deliktů dle Smlouvy o ES a

pokračování

skutkovými podstatami dle zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, jsou rozdílné.

Proti závěrům vyjádřeným v citovaném rozsudku se vymezil druhý senát, byť ne zcela kategoricky, v rozsudku ze dne 10. 4. 2009, č. j. 2 Afs 93/2008-920, v němž uvedl:

„K pojetí zásady ne bis in idem v soutěžním právu se již vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku ve věci „RWE Transgas, a. s.“ ze dne 31. 10. 2008, č. j. 5 Afs 9/2008 - 328 (publ. pod č. 1767/2009 Sb. NSS, dostupné na www.nssoud.cz). (...) Je pravdou, že zmíněný rozsudek se týkal deliktu podle § 11 odst. 1 ZOHS a čl. 82 Smlouvy ES, tedy spočíval ve zneužití dominantního postavení na trhu. Jedná se skutečně o odlišné delikty, přičemž zneužití dominantního postavení v jeho zákonných formách vyžaduje aktivní jednání, kdežto kartelové jednání s výjimkou aktivity při sjednání smlouvy může ze strany některých účastníků spočívat i v pasivitě na určitém trhu; to ovšem není rozhodující. Společné oběma je, že mohou být páčány s účinky jen na národním nebo i na komunitárním trhu. Poukázat je však možno na část III. c) označeného rozsudku, v níž soud zmínil zásady stanovené Evropským soudním dvorem pro použití principu ne bis in idem: totožnost jednání, totožnost pachatele a totožnost chráněného zájmu (spojené věci C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P a C-219/00 P „Aalborg Portland“, [2004] ECR I-123, bod 338). Pokud jde o chráněný zájem (část III. g), ten Nejvyšší správní soud shledal v tamní věci rozdílným u deliktu podle § 11 ZOHS a podle čl. 82 Smlouvy ES; uzavřel, že se jedná o jednočinný souběh deliktů nebránící vedení souběžného řízení o porušení obou deliktů (část III. h). Právě myšlenku o dvojím chráněném zájmu by však při řešení této věci nebylo zřejmě možno plně převzít, neboť se k ní v mezidobí odlišně vyjádřil Evropský soud pro lidská práva v rozhodnutí ze dne 10. 2. 2009 (věc C-14939/03, „Zolotukhin v. Rusko“) tak, že pro pojem skutku a jeho potrestání se na odlišné právem chráněné zájmy nehledí. Není tak třeba se ani zabývat vymezením chráněných zájmů v rozsudku krajského soudu.“

Druhý senát tak v podstatě bez podrobnější argumentace pouze popírá velmi propracovanou argumentaci pátého senátu. Navíc relativizuje aplikovatelnost závěrů vyslovených Evropským soudem pro lidská práva ve vztahu k otázce vyloučení souběhu.

Sedmý senát se ztotožňuje s právním názorem vysloveným pátým senátem v rozsudku ze dne 31. 10. 2008, č. j. 5 Afs 9/2008 - 28, jehož hodnocení otázky jednočinného souběhu komunitárního a vnitrostátního deliktu považuje za příléhavé, správné a vyčerpávající.

Vzhledem k tomu, že sedmý senát jednak zaujal v otázce interpretace pojmu poslední ukončené účetní období právní názor odlišný od názoru vysloveného pátým senátem a jednak, že došlo k nežádoucímu stavu, kdy k určité otázce byly v judikatuře Nejvyššího správního soudu vysloveny rozdílné právní názory, byť s poukazem na to, že odlišný právní názor byl vysloven v návaznosti na v mezidobí vydané rozhodnutí Evropského soudního dvora, přičemž sedmý senát takovou spornou otázku posuzuje jako další v pořadí, předložil věc podle ust. § 17 odst. 1 s. ř. s. k rozhodnutí rozšířenému senátu.

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

Rozšířený senát bude ve věci rozhodovat ve složení: Josef Baxa, Zdeněk Kühn, Jan Passer, Barbara Pořížková, Petr Průcha, Karel Šimka, Jaroslav Vlašín. Účastníci mohou namítnout podjatost těchto soudců (§ 8 odst. 1 s. ř. s.) do jednoho týdne od doručení tohoto usnesení.

Účastníci řízení mají možnost se ve lhůtě deseti dní od doručení tohoto usnesení vyjádřit k otázkám předloženým rozšířenému senátu.

V Brně dne 19. prosince 2013

JUDr. Eliška Cihlářová
předsedkyně senátu