

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v rozšířeném senátu složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudců Mgr. Radovana Havelce, JUDr. Zdeňka Kühna, JUDr. Jana Passera, JUDr. Petra Průchy, JUDr. Barbary Pořízkové a JUDr. Karla Šimky v právní věci žalobce: **České dráhy, a. s.**, se sídlem Nábřeží L. Svobody 1222, Praha 1, zastoupena JUDr. Karlem Muzikářem, LL. M., advokátem se sídlem Křižovnické 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 :

- I. Pojem „*poslední ukončené účetní období*“ stanovený v § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění účinném do 31. 8. 2009, se při rozhodování o pokutě i v řízení o rozkladu vztahuje k období, které bezprostředně předcházelo době vydání rozhodnutí správního orgánu prvního stupně.
- II. Věc se vrací k projednání a rozhodnutí sedmému senátu.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Žalovaný rozhodnutím v prvním stupni ze dne 14. 7. 2008, č. j. S 220/06-13976/2008/830, uložil žalobci pokutu ve výši 270.000.000 Kč za porušení zákazu zneužití dominantního postavení dle § 11 odst. 1 písm. c) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „ZOHS“), ve znění účinném do 31. 8. 2009, a současně zákazu uvedeného v čl. 82 písm. c) Smlouvy o založení Evropského společenství (dále jen „Smlouva o ES“), neboť zneužití dominantního postavení mohlo ovlivnit obchod mezi členskými státy.

[2] Ve výroku I. A. uvedeného rozhodnutí žalovaný deklaroval, že žalobce tím, že v období od 1. 1. 2003 do 30. 11. 2007 uplatňoval bez objektivně ospravedlnitelných důvodů vůči svým odběratelům rozdílné ceny za služby železniční nákladní dopravy u

přepřav se srovnatelnými kalkulačními parametry ovlivňujícími výši nákladů na tyto služby a bez objektivně ospravedlnitelných důvodů uplatňoval v cenách služeb železniční nákladní dopravy rozdílné výše marží, čímž znevýhodňoval některé své odběratele železniční nákladní dopravy, kterým byly stanoveny ceny, resp. marže podstatně vyšší než jiným zákazníkům při obdobném nebo srovnatelném plnění, a rovněž ztížil možnost uplatnění ostatním železničním nákladním dopravcům na trhu, zneužil své dominantní postavení na trhu železniční nákladní dopravy substrátů přepravovaných ve velkých objemech na území České republiky uplatňováním rozdílných podmínek při srovnatelném plnění vůči nejednotlivým účastníkům trhu, jimiž byli tito účastníci v hospodářské soutěži znevýhodňováni, a to na újmu jiných soutěžitelů a spotřebitelů.

[3] Ve výroku I. B. citovaného rozhodnutí žalovaný deklaroval, že žalobce tím, že v období od 1. 1. 2005 do 30. 11. 2007 uplatňoval bez objektivně ospravedlnitelných důvodů vůči svým odběratelům rozdílné podmínky pro poskytnutí tzv. levelových cen za služby železniční nákladní dopravy (rozdílné výše objemu přepravovaného zboží nutné pro dosažení množstevní slevy a rozdílné výše slev při dosažení stanoveného objemu přepravovaného zboží), čímž znevýhodňoval některé své odběratele železniční nákladní dopravy, kterým byly stanoveny podstatně méně výhodné podmínky pro získání a aplikaci levelových cen, a rovněž ztížil možnost uplatnění ostatním železničním nákladním dopravcům na trhu, zneužil své dominantní postavení na trhu železniční nákladní dopravy substrátů přepravovaných ve velkých objemech na území České republiky uplatňováním rozdílných podmínek při srovnatelném plnění vůči jednotlivým účastníkům trhu, jimiž byli tito účastníci v hospodářské soutěži znevýhodňováni, a to na újmu jiných soutěžitelů a spotřebitelů.

[4] Ve výroku I. C. rozhodnutí I. stupně bylo deklarováno, že žalobce tím, že v době od 1. 1. 2006 do 16. 9. 2007 společností SPEDIT-TRANS, a.s. a v době od 1. 1. 2006 do 30. 11. 2007 společností ŠPED-TRANS Levice, a.s. znemožnil bez objektivně ospravedlnitelných důvodů uzavírat smlouvy o zákaznickém tarifu, a získat tak slevu z veřejného ceníku – tarifů vozových zásilek, dále tím, že v době od 1. 1. 2006 do 16. 9. 2007 společností SPEDIT-TRANS, a.s. a v době od 1. 1. 2006 do 30. 11. 2007 společností ŠPED-TRANS Levice, a.s. bez objektivně ospravedlnitelných důvodů stanovil povinnost skládat 100% zálohy na jím poskytnuté služby železniční nákladní dopravy, a tím, že dopisy ze dne 5. 1. 2006 bez objektivně ospravedlnitelných důvodů vypověděl společnostem SPEDIT-TRANS, a.s. Smlouvu o centrálním zúčtování přepravného č. 41209662 ze dne 20. 12. 2004 a společností ŠPED-TRANS Levice, a.s. Smlouvu o centrálním zúčtování přepravného č. 11214120 ze dne 31. 12. 2004, jejichž platnost skončila dne 28. 2. 2006, čímž znevýhodnil společnosti SPEDIT-TRANS, a.s. a ŠPED-TRANS Levice, a.s. oproti ostatním svým odběratelům železniční nákladní dopravy a omezil spotřebitele železniční nákladní dopravy ve výběru dodavatelů, zneužil své dominantní postavení na trhu železniční nákladní dopravy substrátů přepravovaných ve velkých objemech na území České republiky uplatňováním rozdílných podmínek při srovnatelném plnění vůči jednotlivým účastníkům trhu, jimiž byli tito účastníci v hospodářské soutěži znevýhodňováni, a to na újmu společností SPEDIT-TRANS, a.s. a ŠPED-TRANS Levice, a.s. a ostatních spotřebitelů.

[5] Proti rozhodnutí I. stupně podal žalobce rozklad. Předseda žalovaného svým rozhodnutím ze dne 6. 5. 2009, č. j. UOHS-R 155/2008/01-5485/2009/310/MVr, žalobci uloženou pokutu snížil na částku 254.000.000 Kč. Předseda žalovaného oproti závěrům obsaženým v rozhodnutí I. stupně dovedl, že rozdíly v cenách účtovaných zákazníkům v roce 2003 ze strany žalobce nedosahovaly takové intenzity, jež by odůvodňovala konstatování zneužití dominantního postavení ve formě uplatňování rozdílných podmínek při srovnatelném plnění vůči jednotlivým účastníkům trhu, jímž byli tito účastníci v hospodářské soutěži znevýhodňováni. Podle předsedy žalovaného diskrepance v cenotvorbě žalobce ve vztahu ke srovnatelným plněním byly nižší než v letech následujících. Vzhledem k tomu byl v napadeném rozhodnutí (odlišně od předchozího prvostupňového rozhodnutí z pohledu časového) vymezen delikt tak, že započal až dne 1. 1. 2004.

[6] Další změna v popisu skutku v rozhodnutí předsedy žalovaného souvisela se závěrem, jaký učinil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 10. 4. 2009, č. j. 2 Afs 93/2008 - 945. Tam Nejvyšší správní soud dovedl, že změna jurisdikce spojená s přistoupením České republiky k Evropské unii ukončila protisoutěžní jednání, k němuž do té doby docházelo na národním území a které podléhalo výlučně národní jurisdikci a mohlo být postihováno výlučně podle vnitrostátní úpravy (tedy dle ZOHS). To bylo třeba podle předsedy žalovaného promítnout do vymezení skutků a deliktů, a sice tak, že jednání žalobce spočívající v uplatňování rozdílných cen a marží, jež se odehrálo před přistoupením České republiky k Evropské unii, je samostatným skutkem *de iure* a samostatným pokračujícím deliktem (porušením ZOHS) počínajícím dne 1. 1. 2004 a končícím dne 30. 4. 2004. Jednání žalobce spočívající v uplatňování rozdílných cen a marží, k němuž došlo po přistoupení České republiky k Evropské unii, pak představuje další samostatný skutek *de iure* a dva pokračující delikty (porušení ZOHS a smlouvy ES) počínající dne 1. 5. 2004 a končící dne 30. 11. 2007. Předseda žalovaného nicméně poznamenal, že dělení jednání spočívajícího v uplatňování rozdílných cen a marží na skutky odehrávající se před a po přistoupení České republiky k Evropské unii je považováno za akt čistě formální a ve své podstatě umělý, jenž nemůže ničeho změnit na materiální povaze tohoto jednání (protisoutěžní charakter jednání, jeho účinky a následky). V tom tedy spočívá změna popisu jednání žalobce spočívajícího v uplatňování rozdílných cen a marží v napadeném rozhodnutí oproti předchozímu rozhodnutí I. stupně.

[7] V ostatních otázkách, které souvisely s hmotněprávním posouzením žalobcova jednání, se rozhodnutí předsedy žalovaného s rozhodnutím I. stupně ztotožnilo, na jeho jednotlivé pasáže napadené rozhodnutí odkazuje a vyplývá z něj, že předseda žalovaného v těchto otázkách přejímá názor, který před ním učinil správní orgán I. stupně.

[8] Ve vztahu k jednání žalobce popsanému v bodu I. B. rozhodnutí I. stupně (znevýhodnění společností SPEDIT-TRANS, a.s. a ŠPED-TRANS Levice, a.s. oproti ostatním odběratelům železniční nákladní dopravy a omezení spotřebitele železniční nákladní dopravy ve výběru dodavatelů) se předseda žalovaného se závěry obsaženými v tomto rozhodnutí bezvýhradně ztotožnil. I v tomto případě žalobcova jednání předseda žalovaného odkazuje na konkrétní pasáže uvedeného rozhodnutí a na závěry v nich obsažené.

[9] Dílčí změny se promítly i v částce, v níž byla žalobci uložena pokuta. Závěr rozhodnutí k této otázce je shrnut v bodu 460 rozhodnutí předsedy; předseda žalovaného dospěl k závěru, že při absenci změny temporálního vymezení deliktu (tj. zkrácení protisoutěžního jednání žalobce o období roku 2003) bylo třeba uložit pokutu ve výši 270.000.000 Kč. Na základě jeho úvah tedy určil stejnou částku jako orgán I. stupně, neboť snížení počtu deliktů (zahrnutí skutku popsáného ve výroku I. B. napadeného rozhodnutí do skutku popsáného ve výroku I. A.) kompenzovalo tomu odpovídající nárůst závažnosti primárního deliktu a deliktu spočívajícího v porušení Smlouvy ES totožným skutkem, což posoudil jako jednu z přitěžujících okolností. Zkrácení doby primárního deliktu (snížení pokuty) plně kompenzuje vyčlenění deliktu nového, popsáného ve výroku I. C. napadeného rozhodnutí, a tedy zvýšení pokuty; dle předsedy žalovaného se tak jedná o přitěžující okolnost.

[10] Na základě změny temporálního vymezení deliktu počínajícího dne 1. 1. 2004 a končícího dne 30. 11. 2007 předseda žalovaného přistoupil ke snížení pokuty na částku 254.000.000 Kč; vyšel z toho, že formální rozdělení jednoho původního deliktu popsáného ve výroku I. A. a I. C. napadeného rozhodnutí se nemůže odrazit ve výši ukládané sankce, neboť zkrácení délky deliktu zachyceného ve výroku I. A. prvostupňového rozhodnutí o období od 1. 1. 2004 do 1. 5. 2004 ryze z důvodu přistoupení České republiky k Evropské unii je plně kompenzováno „nově vzniknuvším“ deliktem formálně popsáným ve výroku I. C. rozhodnutí předsedy žalovaného. Jinak se předseda žalovaného ve svém rozhodnutí s argumentací správního orgánu I. stupně ohledně výše pokuty ztotožnil.

[11] Proti rozhodnutí předsedy žalovaného podal žalobce žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“). Žalobce mezi jinými namítal, že žalovaný jednal v rozporu s čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod a s čl. 2 odst. 3 Ústavy ČR, uplatnil-li státní moc spočívající v uložení pokuty za porušení čl. 82 písm. c) Smlouvy ES za období před účinností zákona č. 340/2004 Sb., kterým byl novelizován ZOHS a který teprve umožnil takové jednání v rámci české jurisdikce sankcionovat.

[12] Žalobce dále tvrdil, že žalovaný nesprávně použil kritéria pro určení výše pokuty, v rozporu s principem legitimního očekávání neaplikoval své vlastní zásady pro určování pokuty, vycházel z obratu časově i věcně nesprávného a porušil princip proporcionality a princip rovného zacházení; žalobce v samostatné příloze žaloby uvádí předchozí rozhodnutí žalovaného, z nichž vyplývá, že žalovaný dosud ukládal pokuty v podstatně nižší částce, než tomu bylo v případě žalobce v napadeném rozhodnutí.

[13] Krajský soud žalobu zamítl. Neztotožnil se s námitkou, že žalovaný neměl možnost potrestat žalobce za jednání porušující čl. 82 Smlouvy ES před 2. 6. 2004. Nelze zaměňovat trestnost jednání (vyplývající z čl. 82 Smlouvy a z přímé aplikovatelnosti nařízení Rady ES č. 1/2003 účinného od 1. 5. 2004) a možnost žalovaného porušení čl. 82 Smlouvy ES deklarovat a uložit sankci. Přestože novela ZOHS provedená zákonem č. 340/2004 Sb. nabyla účinnosti až dne 2. 6. 2004, a tedy až od tohoto data mohl žalovaný konstatovat porušení čl. 82 Smlouvy ES v jím vedeném řízení, neznamená to, že by toto jednání už před 2. 6. 2004 nebylo protiprávním, neboť v té době se již komunitární právo upravující zákaz zneužití dominantního postavení od 1. 5. 2004 přímo aplikovalo. Není tedy důvodným tvrzení žalobce, že „ve vztahu“ k období od 1. 5. 2004 do 2. 6. 2004 nemohl

uložit sankci (na základě § 21a odst. 5 ZOHS), nýbrž že „v tomto období“ sankci nemohl uložit, neboť ještě nebyl na české vnitrostátní úrovni účinným § 21a odst. 5 ZOHS, který možnost postupu podle tehdejšího § 22 odst. 2 ZOHS zakládal.

[14] K otázce správnosti věcného i časového určení relevantního obratu krajský soud uvedl, že posledním ukončeným účetním obdobím se ve smyslu § 22 odst. 2 ZOHS rozumí ukončené účetní období předcházející vydání rozhodnutí I. stupně. Soud v tomto místě odkazuje na bližší závěry krajského soudu popsané v bodech [21] až [23] tohoto usnesení.

[15] Proti rozsudku krajského soudu podal žalobce (dále jen „stěžovatel“) kasační stížnost. V ní mimo jiné namítal (bod 214 a násl.), že správní orgán pochybil při určení rozhodné výše obratu ve smyslu § 22 odst. 2 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. Zcela nově totiž 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.

II. Důvody předložení věci rozšířenému senátu

[16] Sedmý senát postoupil usnesením ze dne 19. 12. 2013, č. j. 7 Afs 157/2011 - 1174, věc v souladu s § 17 odst. 1 s. ř. s. k rozhodnutí rozšířenému senátu. V usnesení o postoupení identifikoval ve vztahu k námitkám uvedeným v kasační stížnosti dvě sporné otázky.

a) Otázka posledního účetního období při stanovení pokuty

[17] Sedmý senát při předběžném hodnocení závěrů vyslovených krajským soudem 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, ze kterého posledního účetního období má správní orgán vycházet při ukládání pokuty.

[18] Výklad pojmu „poslední ukončené účetní období“ dle § 22 odst. 2 ZOHS, ve znění účinném do 31. 8. 2009, 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 I. stupně, nebo rozhodnutí rozkladového. I když je v dané věci aplikována právní úprava

účinná do 31. 8. 2009, otázka posouzení, ze 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 § 22 odst. 2 ZOHS ve znění účinném do 31. 8. 2009, tak podle § 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.

[19] V rozsudku č. j. 5 Afs 7/2011 - 619 Nejvyšší správní soud vyslovil názor, že pojem „poslední ukončené účetní období“, resp. „poslední ukončený kalendářní rok“, je třeba vztáhnout k době rozhodování o uložení pokuty, což znamená, že „je třeba při ukládání pokuty přiblížit k čistému obratu dosaženému za poslední ukončený kalendářní rok, respektive k čistému obratu dosaženému za poslední ukončené účetní období soutěžitele, před uložením 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.“. Soud v tomto rozhodnutí zdůraznil, že „[j]iž prvostupňový správní orgán pokutu svým rozhodnutím ukládá, přičemž jeho rozhodnutí se může stát pravomocným a vykonatelným, nebo může být napadeno v daném případě 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.“. Soud dále uvedl: „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. (...)“.

[20] Dle Nejvyššího správního soudu krajský soud v tehdy posuzované věci „[d]ospěl také k závěru, že postup správního orgánu v dané věci byl správný. Krajský soud tak nepřiblížil 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, ačkoliv 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.“

[21] Sedmý senát ovšem došel k opačnému právnímu závěru a ztotožnil se s názorem Krajského soudu v Brně, formulovaným v nyní napadeném rozsudku, a konkrétně, že posledním ukončeným účetním obdobím se ve smyslu § 22 odst. 2 ZOHS rozumí ukončené účetní období předcházející vydání rozhodnutí I. stupně. 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. Sám krajský soud ve svém rozsudku uvedl, že „pro výpočet čistého obrátu 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 obrátu vztahujícího se k období, které předchází vydání druhostupňového rozhodnutí. Splnění tohoto požadavku – aby uložená pokuta odpovídala majetkovým poměrům delikventa – však lze bezezbytku dosáhnout i v případě, že byla horní hranice pokuty stanovena podle obrátu 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 kriteria, 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 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).“

[22] Dle názoru krajského soudu, pokud by v řízení ve druhém stupni – za předpokladu, že by probíhalo v jiném roce, než ve kterém bylo vydáno rozhodnutí I. stupně – mělo probíhat dokazování zcela nové, v němž by se znovu 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.

[23] V posuzované situaci žalovaný vypočítal pokutu z obratu za rok 2007, kdy obrat převyšoval částku 36.000.000.000 Kč; v období bezprostředně předcházejícím vydání napadeného rozhodnutí se obrat žalobce snížil na cca 16.500.000.000 Kč. Ve vztahu k původnímu obratu dosahovala pokuta výše cca 0,75%, a tedy se nacházela pod hranicí 10% maximální možné výše pokuty, pak ani následné žalobcem namítané snížení obratu nečiní z uložené pokuty pokutu likvidační ani nijak – slovy krajského soudu – „obecně nespravedlivou“. Jestliže však mezi rozhodným obdobím a vydáním napadeného rozhodnutí dojde k takové změně hospodářské situace, že by se pokuta jevila likvidační nebo zřetelně nespravedlivá – a její výše tedy nepřiměřená, pak je namístě změnu hospodářské situace zohlednit. S těmito závěry se ztotožnil i sedmý senát.

b) Otázka jednočinného souběhu komunitárního a vnitrostátního deliktu

[24] Otázka jednočinného souběhu komunitárního a vnitrostátního deliktu je dle předkládajícího senátu 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.

[25] Pátý senát v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 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.*“ Pro posuzovanou věc jsou rozhodné závěry pátého senátu, který měl za to, 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 přihlídnout k sankci za takové jednání již udělené*“ (srov. rozsudek ve věci *Walt Wilhelm*, 14/68, [1969] ECR 1, bod 11).

[26] Pátý senát dále nabízí propracovanou argumentaci ohledně otázky, zda je možné souběžné vedení řízení o porušení čl. 82 Smlouvy ES a § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Nejvyšší správní soud tak posuzoval, zda postihem dle obou uvedených ustanovení nedojde k porušení zásady *ne bis in idem*. Postupně ověřil, zda souběh těchto deliktů není vyloučen pro poměr speciality nebo subsidiarity či naplnění tzv. faktické konzumpce. Nastoupení těchto typových situací způsobuje, že nelze uvažovat o souběhu, ale o spáchání pouze jediného deliktu (srov. např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 26. 1. 2005, sp. zn. 8 Tdo 10/2005). Dospěl k závěru, že souběh je možný, jelikož „*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.“.

[27] 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). (...) 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 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.“.

[28] Druhý senát tak v podstatě bez podrobnější argumentace pouze popírá velmi zpracovanou argumentaci pátého senátu. Navíc relativizuje aplikovatelnost závěrů vyslovených v rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ze dne 10. 2. 2009, *Zolotukhin proti Rusku*, stížnost č. 14939/03, ECHR 2009, ve vztahu k otázce vyloučení souběhu.

[29] 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 přiléhavé, správné a vyčerpávající.

c) *Postup předkládajícího senátu*

[30] Sedmý senát jednak zaujal v otázce interpretace pojmu „*poslední ukončené účetní období*“ právní názor odlišný od názoru vysloveného pátým senátem a kromě toho došlo k nežádoucímu stavu, jmenovitě 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 soudu pro lidská práva. Předkládající senát takovou spornou otázku posuzuje jako další v pořadí, a proto předložil věc podle § 17 odst. 1 s. ř. s. k rozhodnutí rozšířenému senátu.

III. Vyjádření stěžovatele k předložení věci rozšířenému senátu

[31] Stěžovatel ve svém vyjádření ze dne 24. 1. 2014 odkázal na podání, ve kterých k oběma důvodům postoupení rozšířenému senátu již podrobně uvedl svůj názor (např. v replice k vyjádření žalovaného k žalobě, v doplnění kasační stížnosti, ve vyjádřeních ke kasační stížnosti), a jen pro úplnost shrnul základní argumenty, o které se opírá.

[32] K výkladu pojmu „*poslední ukončené účetní období*“ stěžovatel předně odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 69/2010 - 240, s jehož právními závěry plně souhlasí. Má za to, že teprve okamžikem právní moci napadeného správního rozhodnutí byla dotčena právní sféra stěžovatele; za rozhodnutí o pokutě v materiálním smyslu tak lze považovat jen rozhodnutí, kterým je věc pravomocně skončena, tj. rozhodnutí předsedy žalovaného. Vzhledem k tomu je třeba posledním ukončeným obdobím pro účely § 22 odst. 2 ZOHS rozumět poslední ukončené období před vydáním konečného pravomocného rozhodnutí, jelikož jen takové lze považovat za rozhodnutí o pokutě.

[33] Dle § 22 odst. 2 ZOHS je povinností žalovaného vycházet vždy z účetního období předcházejícího konečnému pravomocnému rozhodnutí. Tak ovšem předseda žalovaného nepostupoval, jestliže chybně vycházel z obratu dosaženého v účetním období roku 2007, namísto roku 2008, a to na základě chybného právního názoru. Pokud by se za rozhodný moment, od něž se odvíjí určení relevantního účetního období, za něž se má při ukládání pokuty vycházet, považovalo již vydání rozhodnutí I. stupně, docházelo by dle stěžovatele k absurdním důsledkům: nebylo by např. zřejmé, k jakému účetnímu období by měl potom při stanovování maximální výše pokuty žalovaný přihlížet v situaci, kdy by v určitém případě bylo vydáno více rozhodnutí I. stupně ukládajících pokutu. Stěžovatel se táže, k jakému poslednímu období by potom měl žalovaný přihlížet tehdy, pokud by rozhodnutí I. stupně bylo vydáno v roce 2010, v roce 2011 by bylo zrušeno a v roce 2012 bylo vydáno rozhodnutí nové – byl by to rok 2009 či 2011?

[34] Stěžovatel odkazuje i na rozhodovací praxi Soudního dvora, která zásadně vyžaduje horní limit pokuty vždy ve vztahu k poslednímu přijetí rozhodnutí Evropské komise. Pro účely § 22 odst. 2 ZOHS se proto musí posledním účetním obdobím rozumět ukončené účetní období předcházející vydání konečného pravomocného rozhodnutí ve věci. Jedině tím je dotčena právní sféra delikventa, a tím se účastníkům dostává i právní jistoty.

[35] K porušení zásady dvojinstančnosti stěžovatel uvádí, že jde o argument nepřipadný, poněvadž správní orgán musí vždy vycházet ze skutkového a právního stavu v době rozhodování a případně přihlídnout k tomu, pokud se v mezidobí od vydání rozhodnutí I. stupně změnily (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2008, č. j. 1 As 68/2008 - 126). Stěžovatel pro ilustraci nabízí příklad. Pokud hypoteticky předchozí právní úprava stanovila jako maximální možnou výši pokuty 20.000 Kč a správní orgán v I. stupni pokutu v této výši uložil, pak pokud následně dojde ke změně právní úpravy, která stanoví maximální výši pokuty 10.000 Kč, je jednoznačné, že správní orgán rozhodující ve II. stupni bude muset výši pokuty upravit. S ohledem na princip jednoty správního řízení a nutnost, aby rozkladový orgán vycházel ze skutkového a právního stavu v době svého rozhodování, totiž jistě nebude moci uložit pokutu přesahující maximum dovolené zákonem. Dle stěžovatele tedy nejde o porušení zásady dvojinstančnosti.

[36] K otázce jednočinného souběhu unijního a vnitrostátního deliktu stěžovatel odkazuje na rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Zolotukhin proti Rusku*. Z tohoto rozhodnutí dle jeho názoru nepřímo vyplývá, že souběh unijního a vnitrostátního deliktu je vyloučen. Pro účely „trestního postihu“ za jeden skutek, který by mohl naplnit skutkové podstaty vícero deliktů, nemůže totiž být rozhodná pouze případná odlišnost chráněných zájmů u těchto deliktů, ale musí zde existovat i jiné, významnější okolnosti. Pokud pouhá odlišnost chráněných zájmů pro odlišení dvou deliktů nepostačuje, pak i ve smyslu závěrů pátého senátu by měl být jednočinný souběh posuzovaných deliktů vyloučen, protože jinak jsou oba tyto delikty totožné. Dle stěžovatele se jedná toliko o souběh zdánlivý z důvodu subsumpce deliktu dle práva českého deliktu unijnímu. To je dáno tím, že i český trh je součástí vnitřního trhu Evropské unie.

[37] Stěžovatel si uvědomuje, že rozsudek ve věci *Zolotukhin proti Rusku* necílí primárně na problematiku souběhu, ale odmítnutí aplikace závěrů tohoto rozsudku jen z těchto důvodů by vedlo k absurdním důsledkům. Žalovaný by tak na jednu stranu nemohl vést dvě separátní řízení (a následně ukládat dvě pokuty) – jedno za porušení ZOHS, druhé za porušení unijního práva, poněvadž by tím porušoval zásadu *ne bis in idem*, ale tento zákaz by mohl obejít tím, že příslušná řízení spojí do řízení jednoho a bude na celou věc nahlížet jako na jednočinný souběh unijního a vnitrostátního deliktu a uloží vyšší pokutu, čímž bude *de facto* za jeden skutek trestat dvakrát.

[38] Stěžovatel ve svém vyjádření zároveň žádá rozšířený senát o urychlené a přednostní projednání předmětné věci.

[39] Ke sporným otázkám zaslali (bez jakékoliv výzvy soudu) vyjádření taktéž jiní účastníci jiných správních řízení vedených žalovaným (DELTA PEKÁRNÝ a. s. a RWE Supply & Trading CZ, a. s.). Tyto právnické osoby nejsou účastníky řízení probíhajícího v předmětné věci, a přestože poukazovaly na význam projednávané věci i na jejich případy, rozšířený senát k jejich vyjádření nepřihlížel.

IV. Vyjádření žalovaného k předložení věci rozšířenému senátu

[40] Žalovaný se ve vyjádření k předložení věci rozšířenému senátu ze dne 18. 2. 2014 věnuje oběma sporným otázkám. K otázce pojmu „*poslední ukončené účetní období*“ pro výpočet pokuty předně uvádí, že dne 16. 12. 2013 Nejvyšší správní soud vydal rozsudek č. j. 5 Afs 69/2012 - 240, ve kterém pátý senát revidoval své závěry ohledně výkladu sporného pojmu. Soud tímto rozhodnutím již umožnil stanovit pokutu dle správního uvážení žalovaného (srov. body 54 a 65 citovaného rozsudku), nicméně ne zcela přesně pracuje s pojmem „*likvidační pokuta*“ a jejím vztahem k zákonné desetiprocentní výši pokuty.

[41] Žalovaný má za to, že si sám stanovuje mechanismus výpočtu pokuty, jelikož tento výpočet zákonodárce ponechal na jeho správním uvážení. Zpravidla tedy určuje základní částku pokuty, kterou upravuje dle závažnosti deliktu, délky jeho trvání, formy zavinění apod. Takto stanovenou pokutu žalovaný následně „poměřuje“ s mezní výší pokuty, kterou je 10 % čistého obratu za poslední ukončené účetní období před vydáním rozhodnutí I. stupně. Až v dalším kroku je vždy posuzováno, zda pokuta není likvidační.

[42] Právě maximální částka pokuty v podobě 10 % obratu je dle žalovaného úzce spojena s čistým obratem za poslední ukončené účetní období, neboť se jedná o strop správního uvážení žalovaného. Oproti tomu zkoumání, zda stanovená pokuta nemá likvidační charakter, směřuje ke „*zjištění aktuální hospodářské situace delikventa*“ (srov. bod 52 výše citovaného rozsudku č. j. 5 Afs 69/2012 - 240), což v sobě zahrnuje posouzení celkové finanční a majetkové situace delikventa a je značně širší než pouhý mechanický výpočet 10 % čistého obratu. Skutečnost, zda pokuta není likvidační, se tak zásadně posuzuje dle aktuální situace soutěžitele v době rozhodování o uložení pokuty. Žalovaný se jí zabývá vždy už při ukládání pokuty, a je-li odstup v rozhodování v řízení před správním orgánem II. stupně větší, pak i tento správní orgán ověřuje finanční a majetkovou situaci delikventa, jež je aktuální v době konečného rozhodování o uložení pokuty. Bylo by absurdní zjišťovat, zda pokuta není likvidační, toliko z posledního ukončeného účetního období, jež dle zákona slouží pouze k určení čistého obratu za účelem stanovení maximální výše pokuty. Jde o zjišťování komplexnější, které není přímo závislé na výpočtu maximální výše pokuty dle § 22 odst. 2 ZOHS, nýbrž se jedná o celkové zjištění aktuálního finančního zdraví soutěžitele. Přitom se vychází nejen z jednoho předcházejícího účetního období, ale i z více účetních období, nebo může být naopak nezbytné zohlednit i situaci soutěžitele ve stejném roce, v němž je o pokutě pravomocně rozhodováno.

[43] Žalovaný se dále domnívá, že neobsahuje-li zákon ani způsob výpočtu pokuty, ani způsob určení roku relevantního pro zjištění celkového čistého obratu, nepřisluší soudům, aby do této oblasti, která je zcela v diskreci žalovaného, zasahovaly, pokud žalovaný z mezí daných mu zákonem nevybočuje a dodržuje-li i obecné zásady ukládání pokut. Žalovaný navíc postupuje podle své dlouhodobé praxe, která byla mnohokrát podrobena soudnímu přezkumu a byla soudy aprobována, přičemž rozsudek ze dne 29. 3. 2012, č. j. 5 Afs 7/2011 - 619, představoval ojedinělé rozhodnutí, které postup žalovaného zpochybnilo.

[44] Žalovaný v rámci svého vyjádření uvádí několik negativních dopadů, ke kterým by došlo, kdyby žalovaný za rozhodné období ve smyslu § 22 odst. 2 ZOHS bral až období předcházející vydání posledního správního rozhodnutí ve věci: a) porušení zásady dvojinstančnosti správního řízení, b) žalovaným nezaviněná praktická nemožnost řídit se právním názorem vysloveným v rozsudku krajského soudu po zrušení rozhodnutí

žalovaného, c) pravděpodobnost průtahů ve správním řízení a případné nebezpečí zániku možnosti uložit pokutu, d) riziko manipulace s údaji ze strany soutěžitelů za účelem umělého dosažení nižšího obratu (blíže viz str. 4 vyjádření žalovaného ze dne 18. 2. 2014).

[45] Ke druhé otázce týkající se souběžné aplikace § 3 a § 11 ZOHS a čl. 82 Smlouvy ES žalovaný uvádí, že možnost souběžné právní kvalifikace deliktu jak podle zákona, tak podle práva EU vyplývá přímo z nařízení Rady ES č. 1/2003 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy ES a je dlouhodobě jednotně potvrzována rozhodnutími Soudního dvora. Souběžné uplatnění ZOHS a práva EU nejen že není vyloučeno, nýbrž je v souladu s osmým bodem odůvodnění nařízení č. 1/2003 právem EU předvídané. Žalovaný své závěry opírá i o rozsudek Soudního dvora ze dne 14. 2. 2012, *Toshiba Corporation a další*, C-17/10, z něž plyne, že dle ustálené judikatury se unijní právo a vnitrostátní právo hospodářské soutěže použijí souběžně.

[46] Dle názoru žalovaného je patrné, že argumentaci v opačném smyslu uvedenou v rozsudku č. j. 2 Afs 93/2008 - 920, která je v závěru usnesení o postoupení věci citována, nelze z řady důvodů akceptovat. Jediné odkazované rozhodnutí (rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Zolotukhin proti Rusku*), kterým soud v rozsudku č. j. 2 Afs 93/2008 - 920 zpochybňuje relevanci odlišných právem chráněných zájmů při trestání jednočinného souběhu soutěžního deliktu, nemělo na další vývoj rozhodovací praxe Soudního dvora v oblasti soutěžní naprosto žádný dopad. Náhled na souběžné trestání podle vnitrostátního a unijního práva zůstává i po vydání rozhodnutí ve věci *Zolotukhin proti Rusku* nezměněn. Nejde zde totiž vůbec o situaci, kdy by bylo opakovaně rozhodováno v téže věci.

[47] Žalovaný tedy navrhuje, aby rozšířený senát zavázal sedmý senát k vydání rozhodnutí, vycházející a) z toho, že posledním ukončeným účetním obdobím se ve smyslu ustanovení § 22 odst. 2 ZOHS rozumí ukončené účetní období předcházející vydání rozhodnutí I. stupně, případně období dřívější, pokud obrat z tohoto období reflektuje lépe okolnosti spáchání deliktu nebo je toto období posledním účetně ukončeným (uzavřeným) obdobím předcházejícím vydání rozhodnutí I. stupně, b) z toho, že souběžnému vyslovení viny za spáchání vnitrostátních deliktů podle § 3 a § 11 ZOHS a komunitárních deliktů podle čl. 81 a 82 Smlouvy o ES (resp. nyní čl. 101 a 102 Smlouvy o fungování EU) v jediném rozhodnutí správního orgánu nebrání zásada *ne bis in idem*, a že jednočinný souběh uvedených unijních a vnitrostátních správních deliktů je možný.

V. Pravomoc rozšířeného senátu

[48] Rozšířený senát se nejprve zabýval otázkou, zda je dána jeho pravomoc ve věci rozhodovat. Dle § 17 odst. 1 s. ř. s., dospěje-li senát Nejvyššího správního soudu při svém rozhodování k právnímu názoru, který je odlišný od právního názoru již vyjádřeného v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, postoupí věc k rozhodnutí rozšířenému senátu.

[49] V usnesení, kterým sedmý senát postoupil věc rozšířenému senátu, jsou nastoleny dvě sporné otázky. V případě první sporné otázky, týkající se pojmu „poslední ukončené účetní období“ dle § 22 odst. 2 ZOHS, ve znění účinném do 31. 8. 2009, je nutno posoudit,

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 obrátu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období předcházející rozhodnutí I. stupně nebo rozhodnutí rozkladovému. V nynější věci sedmý senát došel k odlišnému právnímu názoru, než který již byl vyjádřen v rozhodnutí pátého senátu Nejvyššího správního soudu.

[50] S ohledem na výše uvedené rozšířený senát uzavřel, že pravomoc rozhodovat ohledně první otázky ve smyslu § 17 odst. 1 s. ř. s. je dána.

[51] Rozšířený senát však posoudil odlišně svou pravomoc týkající se druhé otázky, tedy hodnocení možnosti jednočinného souběhu vnitrostátního (§11 odst. 1 ZOHS) a komunitárního deliktu (čl. 82 Smlouvy ES).

[52] Sedmý senát ve svém předkládacím usnesení uvedl, že se druhý senát popřel propracovanou argumentaci pátého senátu týkající se možnosti souběhu uvedených deliktů tím, že myšlenku o dvojím chráněném zájmu, pečlivě zanalyzovanou v jeho rozhodnutí, nelze ve vztahu k zásadě *ne bis in idem* převzít, a to s ohledem na rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Zolotukhin proti Rusku*.

[53] Druhý senát v rozsudku č. j. 2 Afs 93/2008 - 920 posuzoval porušení zásady *ne bis in idem*, nikoliv však ve vztahu k jednočinnému souběhu deliktů, nýbrž z hlediska trvání kartelu před vstupem a po vstupu České republiky do Evropské unie, resp. střetu pravomocí národního soutěžního úřadu a komunitární jurisdikce (tedy Komise). V daném případě se jednalo o trvajících delikt (tzv. „kartel PISU“), jehož podstatná část se odehrála před přistoupením České republiky k Evropské unii. Druhý senát konstatoval, že trvajících delikt v podobě protisoutěžního jednání žalobců byl na území České republiky z hlediska jednoty skutku přerušen vstupem do EU. Jednání, k němuž došlo před přistoupením České republiky k EU, není jednáním, které by se okamžikem vstupu stalo jednáním podléhajícím zpětně komunitární jurisdikci. Tato nová jurisdikce se na národní území vztahuje až po přístupu k EU. Druhý senát tak měl za to, že „*změna jurisdikce spojená s přistoupením země k EU ukončila protisoutěžní jednání, k němuž do té doby docházelo na národním území, a které podléhalo výlučně národní jurisdikci a mohlo být postihováno výlučně dle vnitrostátní úpravy (ZOHS)*“.

[54] Z výše uvedeného je patrné, že v citované věci druhý senát posuzoval jednotu skutku, resp. její prolomení ukončením výhradní národní jurisdikce. Nevěnoval se však kritériu totožného chráněného zájmu, ani na tomto základě rozsudek krajského soudu nezrušil. Ve vztahu k rozsudku pátého senátu č. j. 5 Afs 9/2008 - 328 uvedl pouze následující: „*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 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.“.

[55] Rozšířený senát dospěl k závěru, že judikatura pátého senátu, vyjádřená v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008 - 328, publ. pod č. 1767/2009 Sb. NSS, a nověji v rozsudku ze dne 28. 3. 2014, č. j. 5 Afs 15/2012 - 102, je nadále platná, a k judikaturnímu rozporu tak nedošlo. Rozšířený senát proto uzavřel, že pravomoc rozhodovat ohledně druhé otázky ve smyslu § 17 odst. 1 s. ř. s. není dána.

VI. Posouzení věci rozšířeným senátem

[56] Rozšířený senát se tedy v rámci své pravomoci dále zabýval pouze první otázkou posledního ukončeného účetního období.

[57] Dle § 22 odst. 2 ZOHS, ve znění účinném do 31. 8. 2009, žalovaný mohl „soutěžitelům uložit pokutu do výše 10 000 000 Kč nebo do výše 10 % z čistého obrátu dosaženého za poslední ukončené účetní období, jestliže úmyslně nebo z nedbalosti porušili zákazy stanovené v § 3 odst. 1, § 11 odst. 1 a § 18 odst. 1 nebo neplní opatření uložená podle § 7 odst. 2 nebo § 11 odst. 3 anebo podle § 18 odst. 5. Při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování tohoto zákona.“

[58] Předkládající senát má oproti pátému senátu za to, že pojem „poslední ukončené účetní období“ ve smyslu § 22 odst. 2 ZOHS se vztahuje k období předcházejícímu vydání rozhodnutí I. stupně (srov. body [18] až [23] tohoto usnesení).

[59] K ukládání pokut v rámci správního trestání existuje ustálená judikatura. Žalobce zdůraznil pojem „uložit pokutu“ obsažený v § 22 odst. 2 ZOHS a odkazoval na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 6. 2004, č. j. 5 A 1/2001 - 56, publ. pod č. 329/2004 Sb. NSS, v němž tento soud konstatoval, že „uložením pokuty je teprve okamžik, kdy účastníku řízení vznikne právní povinnost rozhodnutí se podrobit a pokutu zaplatit; ta nastává materiální právní mocí rozhodnutí o uložení pokuty, protože teprve tímto okamžikem je dotčena právní sféra delikventa. Smyslem této zákonné úpravy je totiž stanovit prekluzivní lhůtu, po jejímž marném uplynutí nelze osobu, která se dopustila správního deliktu, postihovat. Lhůta jednoho roku je přitom v souladu i s nejdelšími zákonnými lhůtami pro rozhodnutí ve správním řízení (§ 49 správního řádu) a umožňuje i s přiměřenou rezervou řízení provést a dokončit u správních orgánů obou stupňů. Jiný výklad by vedl k tomu, že tato jednoroční lhůta by mohla být libovolně, především indolencí úřadu nebo i účelově, prodlužována na újmu účastníka řízení“. V daném případě soud hodnotil uplynutí subjektivní lhůty k uložení

pokuty Komisí pro cenné papíry. Soud v souladu s konstantní rozhodovací praxí proto uzavřel, že pod „uložením pokuty“ je nutno chápat „*teprve skutečný, materiální zásah do právní sféry porušitele práva. Ten samozřejmě nastává až nabytím právní moci příslušného rozhodnutí, protože do té doby může být změněno či zrušeno v přezkumném řízení (...)* Jinak řečeno, do nabytí právní moci rozhodnutí ještě není zcela jisto, že předmětná pokuta skutečně musí být zaplácena, v jaké výši a ke kterému časovému okamžiku. Proto se soud neztotožňuje s tvrzením žalované, že k dotčení právní sféry účastníka řízení dochází již rozhodnutím správního orgánu I. stupně.“ Obdobně lze odkázat na pozdější rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 8. 2006, č. j. 4 As 57/2005 - 64.

[60] Okamžiku „uložení pokuty“ se Nejvyšší správní soud rovněž věnoval i v rozsudku ze dne 30. 10. 2003, č. j. 6 A 99/2001 - 47, ve kterém se rovněž jednalo o prekluzi subjektivní lhůty pro uložení pokuty. Soud zde konstatoval, že „[s] *ohledem na konstitutivní charakter rozhodnutí o uložení sankce za správní delikt soud nepovažuje ani možnost spočívající v doručení rozhodnutí orgánu prvního stupně za správnou. Teprve materiální právní mocí je dotčena právní sféra delikventova, neboť tímto okamžikem vznikne povinnost rozhodnutí se podrobit.*“ Soud vyjádřil obavu, že pokud by pro uložení pokuty postačovalo pouhé vydání rozhodnutí orgánu prvního stupně, nebylo by možno zabránit prodlužování řízení na úkor účastníka. Konečně argument o materiální právní moci rozhodnutí zaznívá i v rozsudku pátého senátu č. j. 5 Afs 7/2011 - 619, jehož právní závěry předkládající sedmý senát nesdílí: „*Teprve materiální právní mocí rozhodnutí o uložení pokuty je dotčena právní sféra toho, kdo má pokutu platit (...)*“.

[61] Rozšířený senát má za to, že pojem „uložení pokuty“ užitý v § 22 odst. 2 ZOHS nelze v souvislosti s určením, ze kterého posledního ukončeného účetního období vycházet při stanovení pokuty, chápat z hlediska, významu a kontextu časového, nýbrž legislativně-technického. Tento pojem v citovaném ustanovení neplní funkci určení momentu, kdy má být soutěžiteli pokuta uložena, ale pouze indikuje skutečnost, že může být uložena, a stanoví její zákonné rozpětí („sazbu“); jde o pojem hmotně právní, který není vůbec navázán na okamžik nabytí materiální právní moci rozhodnutí o pokutě. V souvislosti s tímto zjištěním je třeba zmínit, že argumenty obsažené ve výše citovaných judikátech Nejvyššího správního soudu nejsou úplně přílehlivé. V těchto věcech se jednalo o prekluzi práva vyměřit pokutu, nikoliv o kritéria, dle kterých má být tato pokuta vyměřena. Lze tedy shrnout, že pojem „uložení pokuty“ nelze za každých okolností vnímat jako faktický zásah do právní sféry delikventa, ale je ho třeba chápat jako součást sankce právní normy (dle rozdělení na hypotézu, dispozici a sankci), která může nastoupit za porušení povinnosti stanovené v dispozici normy. Uvedenou judikaturu tedy nelze bez dalšího vztáhnout na posuzovaný případ.

[62] Dále se rozšířený senát zabýval obdobím, z něhož má žalovaný vycházet při stanovení pokuty. Zákon v § 22 odst. 2 normuje, že pokuta může být uložena „*do výše 10 % z čistého obrátu dosaženého za poslední ukončené účetní období*“. Horní hranice pokuty je tak v některých případech určena z čistého obrátu soutěžitele dosaženého za poslední ukončené účetní období, a tímto obdobím je účetní období předcházející roku, v němž bylo rozhodnutí o uložení pokuty vydáno.

[63] Z hlediska právní teorie i použité legislativní techniky lze sankce stanovit v právní normě různým způsobem. V posuzovaném předpisu bylo zvoleno pojetí relativně určité. Určitost je dána typem sankce (zde pokutou), relativnost pak jejím rozpětím (od-do). Jde o řešení zcela obvyklé v drtivé většině sankčních norem, které obecně vyjadřuje „průměrnou“ typovou závažnost deliktů tohoto druhu a umožňuje, aby orgán ukládající sankci mohl na základě rozhodných hledisek stanovit její výši s přihlédnutím ke všem zákonným kritériím a konkrétním okolnostem posuzovaného případu. Nadto je třeba zdůraznit, že vyjádření horní hranice pokuty v citovaném ustanovení procentem, resp. maximálním podílem vztaženým k čistému obratu soutěžitele, je rozpětím „šitým na míru“ konkrétnímu delikventovi a jeho poměrům, a brání tak ukládání sankce mající tzv. likvidační charakter.

[64] Při odpovědi na otázku, které období měl ZOHS na mysli, tedy zda to, které předchází vydání rozhodnutí I. stupně, nebo rozhodnutí II. stupně potvrzující nebo měnící rozhodnutí předešlé, rozšířený senát vycházel z následujících předpokladů: znakem protisoutěžního chování, které ZOHS postihuje, je téměř vždy vznik neoprávněného prospěchu (nebo alespoň předpoklad jeho vzniku), který by nenastal, choval-li by se soutěžitel v určité rozhodné době v souladu s pravidly soutěžního chování. Nechoval-li se soutěžitel takto a pravidla hospodářské soutěže porušoval, je namísto jeho jednání postihnout určitými sankčními mechanismy, které ZOHS nabízí. Sankce obecně vzato je vždy především reakcí na protizákonné jednání. Veřejným zájmem i účelem pokut stanovených v § 22 odst. 2 ZOHS je postihnout to, co soutěžitel neoprávněně získal (nebo mohl získat) v souvislosti s nezákonným protisoutěžním jednáním. Zákon tak dává najevo jak delikventovi, tak i jeho okolí, že uložená sankce co do své výše odráží to, co se stalo, i to, kdo to učinil, v přesvědčení, že účinkem nebude jen individuální represe, nýbrž též individuální a generální prevence vedoucí v budoucnu k respektu k pravidlům soutěže a normálnímu fungování trhu.

[65] Z výše uvedeného plyne, že rozhodný obrat, z kterého žalovaný vychází při výpočtu výše pokuty, by měl mít vztah k protisoutěžnímu jednání a době, v které k němu došlo. Ta charakterizuje „kondici“ soutěžitele, v níž se projeví účinky protisoutěžního jednání. Účelem takto stanovené pokuty je předně postihnout zisk, který byl nezákonným jednáním soutěžitelem dosažen; jedná se zde o odčerpání nepoctivě nabytého prospěchu. Lze tedy učinit dílčí závěr, že poslední ukončené účetní období by se mělo časově nacházet co nejbližší období, kdy k protisoutěžnímu jednání došlo. Rozpětí sankce z něj vycházející by mělo být fixováno na základě objektivně zjištěných a v době rozhodování ani později již nezměnitelných údajů.

[66] Názor rozšířeného senátu podporují i rozsudky evropských soudů. Lze kupříkladu odkázat na rozsudek Tribunálu ze dne 12. 7. 2012, *Fuji Electric v. Komise*, T-132/07, ve kterém posuzoval kartelovou dohodu výrobců plynem izolovaných spínacích přístrojů. V bodě 124 rozsudku uvedl: „*I když legalita rozhodnutí Komise, kterým se konstatuje, že osoba porušila právo hospodářské soutěže, a kterým se jí z tohoto důvodu ukládá pokuta, může být posuzována jen v závislosti na skutkovém a právním stavu, který existoval ke dni, kdy bylo rozhodnutí přijato (rozsudek Tribunálu ze dne 18. července 2005, Scandinavian Airlines System v. Komise, T-241/01, Sb. rozh. s. II-2917, bod 225), nevyplývá z toho, že dotyčná osoba je povinna ve fázi správního řízení poskytnout Komisi všechny důkazy, které by si přála uplatnit*

na podporu žaloby na neplatnost podané proti přijatému rozhodnutí u soudu po skončení správního řízení.“.

[67] Podobně lze zmínit rozsudek Soudního dvora ze dne 7. 6. 2007, *Britannia Alloys & Chemicals Ltd*, C-76/06 P, Sb. rozh. s. I-4405, který judikoval, že „*cílem maximální výše vztahující se k obratu stanovené v čl. 15 odst. 2 prvním pododstavci nařízení č. 17 je vyhnout se tomu, aby byly pokuty uložené Komisí nepřiměřené ve vztahu k významu dotyčného podniku (výše uvedený rozsudek Musique Diffusion française a další v. Komise, bod 119). Z výše uvedených úvah vyplývá, že při určení významu pojmu ‚předchozí hospodářský rok‘ musí Komise posoudit, v každém projednávaném případě a při zohlednění kontextu, jakož i cílů sledovaných režimem sankcí zavedeným nařízením č. 17, sledovaný dopad na dotyčný podnik, a to zejména s přihlédnutím k obratu, který odráží skutečnou hospodářskou situaci tohoto podniku během období, kdy bylo protiprávní jednání spácháno. (...) Stanovení maximální výše pokuty předpokládá nejen, že Komise má k dispozici obrat za poslední hospodářský rok, který předchází přijetí jejího rozhodnutí, ale také, že se tyto údaje vztahují k úplnému finančnímu roku běžné hospodářské činnosti v období dvanácti měsíců. (...) V důsledku toho, jestliže, jako v projednávaném případě, dotyčný podnik nedosáhne žádného obratu v hospodářském roce, který předchází přijetí rozhodnutí Komise, je Komise oprávněna **vzít v úvahu jiný hospodářský rok**, aby mohla správně zhodnotit finanční prostředky tohoto podniku a zajistit, **aby pokuta měla dostatečně odrazující povahu**.“. Obdobné závěry vyplývají i z rozsudku Soudního dvora ze dne 15. 5. 2014, *1. garantovaná a. s. v. Komise*, C-90/13 P, zatím nepublikováno, body 15 až 17. Z výše citovaného rozsudku *Britannia Alloys and Chemicals* navíc vyplývá, že není porušením zásady právní jistoty, pokud podnik nebyl schopen předem určit, který referenční rok bude relevantní pro stanovení maximální výše pokuty (viz body 80 až 84 rozsudku).*

[68] Rozšířenému senátu je znám i rozsudek Soudního dvora ze dne 15. 10. 2002 ve spojených věcech C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P to C-252/99 P a C-254/99 P, *Limburgse Vinyl a další*, který se týkal opakovaně uložené pokuty Komisí za tzv. polyvinylchloridový (PVC) kartel po zrušení dřívějšího rozhodnutí Komise (z roku 1988). Jedna z pokutovaných společností (Enichem) tvrdila, že Komise v pozdějším rozhodnutí (z roku 1994) nedodržela povinnost odůvodnit v náležitém rozsahu metodu určení výše pokuty a nesprávně posoudila důkazy týkající se vztahu mezi uloženou pokutou a podílem na trhu této společnosti, resp. obratem v roce předcházejícím vydání pozdějšího rozhodnutí (z roku 1994) a výší pokuty. Rozšířený senát má za to, že v daném případě se jednalo o jinou situaci, jelikož Komise v citované věci vydala zcela nové rozhodnutí po zrušení rozhodnutí původního. Soudní dvůr mimo jiné uvedl, že Komise může vyčíslit pokutu podle ekonomické situace v době, kdy byl delikt spáchán (zde před vydáním prvního rozhodnutí z roku 1988), a to navzdory skutečnosti, že od spáchání deliktu uplynula delší doba. U této námitky se však jednalo o výkyvy kurzů národních měn a ECU v době mezi prvním – zrušeným – a druhým rozhodnutím.

[69] Citované rozsudky evropských soudů poskytují ovšem pro řešení případ jen limitovaný návod. Vycházejí totiž ze skutečnosti, že řízení před Komisí je jednostupňové, takže předložená sporná otázka ohledně rozhodného účetního období nebyla relevantní. Česká právní úprava není zcela srovnatelná s úpravou evropskou. Schéma instančního přezkumu je v českých podmínkách nastaveno jinak – v prvním stupni rozhoduje Úřad

pro ochranu hospodářské soutěže a o rozkladu jako oprávněm prostředku rozhoduje předseda tohoto správního orgánu. Odtud také pramení nejednotnost v otázce, ze kterého účetního období při rozhodování v druhém stupni vycházet v případě, kdy rozhodnutí II. stupně je vydáváno s ročním či víceletým zpožděním. Tato situace však nemůže nastat např. dle práva unijního, kde o pokutě rozhoduje Komise a její rozhodnutí pak lze zažalovat u Tribunálu, resp. Soudního dvora. Soudy pak vychází ze skutkového a právního stavu, který existoval ke dni, kdy bylo rozhodnutí přijato. To, co však z citovaných rozsudků zřetelně zaznívá, je akcent na vyjádření skutečné hospodářské situace delikventa odrážející účinky deliktního jednání, tedy přiblížení se období mezi deliktem a rozhodnutím o něm.

[70] Podpůrně lze s ohledem na „evropský rozměr“ zkoumaného případu uvést i argumenty komparativní. Ze srovnání právní úpravy a praxe vybraných evropských států vyplývá nejen skutečnost, že v některých státech není rozhodnutí v rámci správního řízení přezkoumáváno (Německo, Polsko, Velká Británie), ale i to, že v některých státech pokuty za protisoutěžní delikty uděluje přímo soud (Rakousko). Přezkum rozhodnutí národních soutěžních úřadů kupř. v Německu a v Polsku provádějí soudy. Německá právní úprava stanoví, že podniku nebo sdružení podniků může být udělena pokuta až do výše 10 % z celkového obrátu podniku dosaženého v hospodářském období, které předcházelo rozhodnutí úřadu o udělení pokuty („*im der Behördenentscheidung vorausgegangenen Geschäftsjahr*“). Toto znění zavedla novela z roku 2007, jejíž důvodová zpráva uvádí, že z nového znění jasněji vyplývá, že rozhodným obdobím pro stanovení maximální hranice pokuty je hospodářský rok předcházející rozhodnutí úřadu. Stejně rozhodné období se má uplatnit i v následném řízení před soudem. Návrh zákona zde reaguje především na to, že národní soutěžní úřad (*Bundeskartellamt*) rozhoduje v jediném stupni a proti rozhodnutí o pokutě lze podat do 2 týdnů námitku, o níž rozhoduje soud, který přitom není vázán rozhodnutím úřadu. Rozhodnutí úřadu se tak stane pravomocným pouze tehdy, pokud soud námitky odmítne. V opačném případě soud nahradí rozhodnutí úřadu svým rozsudkem. Obdobná situace platí i v Polsku, kde předseda národního soutěžního úřadu (*Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów*) rozhoduje v jediném stupni a proti jeho rozhodnutí lze podat žalobu k civilnímu soudu (specializované oddělení Obvodního soudu ve Varšavě). Tento soud přezkoumává rozhodnutí úřadu dle stavu, jaký tu byl v okamžiku vydání rozhodnutí.

[71] Další odpovědi na otázku, ze kterého posledního ukončeného účetního období by měl žalovaný vycházet, vyvstávají v procesní perspektivě, a to v souvislosti s povahou dvoustupňového správního řízení. V případě, kdy by měl žalovaný, resp. předseda žalovaného, vycházet z účetního období předcházejícímu rozhodnutí II. stupně, a toto rozhodnutí by bylo vydáno v jiném roce než rozhodnutí I. stupně, došlo by k tomu, že by předseda žalovaného v řízení o rozkladu nezkoumal zákonnost uložené pokuty žalovaným, nýbrž by rozpětí sankce (sazbu) a následně i výši pokuty musel vždy sám „nově“ stanovovat; došlo by totiž ke změně účetního období a předseda žalovaného by musel pokutu přepočítat a znovu rozhodnout o konkrétní částce s ohledem na čistý obrat dosažený v novém účetním období. Tento postup by nejenže nekorespondoval s rolí předsedy žalovaného jako rozkladového orgánu, který má přezkoumat správnost a zákonnost rozhodnutí I. stupně, ale zároveň by účastníky připravil o jeden stupeň správního řízení, neboť výše pokuty by byla zcela nově stanovována, nikoliv

jen přezkoumávána. Lze navíc *ad absurdum* argumentovat, že v případě, kdyby bylo rozhodnutí I. stupně několikrát podrobeno přezkumu ze strany předsedy žalovaného (např. po zrušení jeho rozhodnutí správním soudem a vrácení správnímu orgánu k dalšímu řízení), musel by pokaždé o pokutě rozhodovat nově, z jiného účetního období.

[72] Tento závěr nijak neodporuje požadavku, aby správní orgán vycházel ze skutkového a právního stavu v době rozhodování, a případně přihlédl k jejich změnám, pokud k nim v mezidobí od vydání rozhodnutí I. stupně došlo, což platí obdobně i pro rozhodování odvolacího (rozkladového) správního orgánu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2008, č. j. 1 As 68/2008 - 126, publ. pod č. 1786/2009 Sb. NSS). Zákon dává žalovanému možnost využít své správní uvážení tím, že stanoví způsob určení rozpětí a v jeho rámci maximální výši, kterou pokuta nemůže překročit. I při přezkumu rozhodnutí I. stupně bude předseda žalovaného stále vycházet z výše pokuty – pokud byla v rozhodnutí I. stupně stanovena v souladu se zákonem – neodporující zákonné hranici 10 % z čistého obrátu dosaženého za poslední ukončené účetní období, ovšem předcházející rozhodování správního orgánu I. stupně, nikoliv orgánu rozkladového. Za této situace má ovšem rozkladový orgán nejen možnost, ale i povinnost zhodnotit, zda výše pokuty odpovídá aktuální hospodářské situaci delikventa, a zda není pro pokutovaného likvidační.

[73] Pátý senát se v návaznosti na výše uvedené rovněž vyjádřil ke kritériu likvidačnosti pokuty a odkázal na rozhodnutí rozšířeného senátu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133, č. 2092/2010 Sb. NSS, v němž 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.“* Pátý senát dále dospěl k tomuto názoru: *„Citované ustanovení § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb. chápe zdejší soud tak, že Úřad může uložit pokutu nejvýše do 10 % z čistého obrátu 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 ji ukládá.“* Tento závěr je zcela v souladu se závěry rozšířeného senátu i žalovaného.

[74] Otázky určení maximální výše možné pokuty („horní hranice sazby“), tedy samotného algoritmu jejího výpočtu a vedle toho uložení pokuty ve výši, která není likvidační, jsou vcelku samostatné (srov. již citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 69/2012 - 240). Jak plyne z citovaného rozhodnutí, stanovení a uložení pokuty ponechal zákonodárce v § 22 odst. 2 ZOHS na správním uvážení žalovaného. Určení hranice maximální možné pokuty se však v mezích správního uvážení žalovaného neodehrává, neboť je obecně stanoveno zákonem, byť správní orgán musí do obecně stanoveného pravidla dosadit konkrétní údaj, takto určit zákonné rozpětí pokuty v dané věci a pokutu (zde již za pomoci správního uvážení) v konkrétní výši následně uložit. Není ovšem úkolem soudů, aby zasahovaly do správního uvážení žalovaného, pokud tento nevybočil z jeho mezí či je nezneužil.

[75] Otázku, zda je nebo není ukládaná pokuta likvidační, musí žalovaný hodnotit vždy, kdy je pokuta ukládána nebo podrobována správnímu přezkumu. Rozšířený senát nesdílí

obavy pátého senátu, že by pokuta mohla být likvidační, pokud by rozkladový orgán vycházel z posledního ukončeného účetního období předcházejícího rozhodnutí I. stupně. Žalovaný toto kritérium bere v potaz vždy, ať už ukládá pokutu v prvním nebo druhém stupni (srov. výše zmíněné usnesení rozšířeného senátu ze dne 20. 4. 2010, č. j. 1 As 9/2008 - 133, č. 2092/2010 Sb. NSS). Navíc z hlediska skutečnosti, zda je pokuta likvidační či nikoliv, není zjištění čistého obratu za poslední ukončené účetní období stěžejní. Je totiž zřejmé, že při stejné výši čistého obratu může být pokuta ve výši 2 % čistého obratu pro jednoho soutěžitele likvidační, zatímco jiný soutěžitel úhradu takové pokuty snese bez významnějšího dopadu na svou podnikatelskou činnost. Zjištění 10 % z čistého obratu za poslední ukončené účetní období tedy slouží jako „zastropování“ maximální výše možné sankce; pro posouzení likvidačního charakteru pokuty žalovaný provádí komplexní hodnocení aktuálního finančního „zdraví“ soutěžitele, které však není přímo závislé na výpočtu výše pokuty dle § 22 odst. 2 ZOHS.

[76] Mezi další argumenty, které svědčí pro závěr zastávaný předkládajícím senátem, patří i určité negativní dopady názorů opačných. Rozšířený senát připomíná, že kromě již zmíněného porušení zásady dvojinstančnosti by došlo i k určitému neblahému procesnímu důsledku v případě, kdy by bylo rozhodnutí předmětem soudního přezkumu. Soud (zpravidla s odstupem času přesahující více ukončených účetních období) by musel „aktualizovat sazbu“ a nemohl by dostát zásadě, že věc posuzuje podle skutkového a právního stavu existujícího v době rozhodování správního orgánu. Žalovaný by se nezaviněně nemohl řídit právním názorem krajského soudu po případném zrušení svého rozhodnutí správním soudem ohledně pokuty. Musel by totiž vycházet opět z jiných údajů, než které byly předmětem soudního přezkumu.

[77] Žalovaný a s ním i rozšířený senát sdílí obavy z případných manipulací s údaji ze strany soutěžitelů, kteří by v průběhu rozkladového řízení mohli mít snahu uměle snižovat údaje o svém obratu v případě, pokud by žalovaný za rozhodné období bral až období předcházející vydání posledního správního rozhodnutí ve věci. Jakkoliv se jedná o nákladné a dlouho trvající operace, nelze vyloučit ani snahy soutěžitelů o rozdělení pokutovaného podniku v rámci přeměn obchodních korporací za účelem snížení obratu. Lze si však představit i situaci jinou, pokud by se čistý obrat v pozdějším období zvýšil. Bylo by jistě absurdní, aby byla ukládána sankce v rozkladovém řízení v rámci vyššího rozpětí (tedy zřejmě i vyšší). Měnit se v období od spáchání deliktu do rozhodnutí o něm mohou poměry delikventa, mimo jiné i na základě jeho následného chování, co se však měnit nemůže, je stanovení hmotně právních podmínek jeho odpovědnosti, včetně druhu a výměry (rozpětí) sankce. S jedinou výjimkou, a tou je případná změna zákona v tomto mezidobí. Pak by musela zřejmě nastoupit obecná zásada o časové působnosti (trestních) zákonů, tedy použití pozdějšího zákona, je-li to pro delikventa příznivější. O takový případ zde nejde.

VII. Shrnutí a závěr

[78] Ze všech výše uvedených skutečností vyplývá, že pojem „poslední ukončené účetní období“ stanovený v § 22 odst. 2 ZOHS, ve znění účinném do 31. 8. 2009, se při rozhodování o pokutě v řízení o rozkladu vztahuje k období, které bezprostředně

předcházelo době vydání rozhodnutí správního orgánu I. stupně, a to i v situaci, kdy rozhoduje rozkladový orgán a tato období (roky, v nichž se rozhoduje) se různí. Je totiž třeba šetřit základního smyslu a účelu ZOHS a postihnout tak neoprávněný prospěch plynoucí z porušování pravidel hospodářské soutěže, který byl získán (měl být získán) právě v době, kdy k porušení těchto pravidel došlo. Opačný výklad by byl výkladem formalistickým, který neodpovídá úmyslu zákonodárce, v mnoha směrech i absurdním, a nesledoval by ani účinné postihování jednání porušujícího hospodářskou soutěž. V neposlední řadě má rozšířený senát za to, že jeho právní názor je v souladu s rozhodovací praxí evropských soudů.

[79] Rozšířený senát na závěr dodává, že uvedený právní názor je aktuální i po novelizaci ZOHS zákonem č. 155/2009 Sb., neboť pojem „*poslední ukončené účetní období*“ zákon beze změny používá i nadále. Pokutu v procentuální výši z čistého obrátu dosaženého za poslední ukončené účetní období lze totiž uložit i podle § 22a odst. 2 ZOHS ve znění účinném od 1. 9. 2009.

[80] Rozšířený senát vyřešil spornou právní otázku. V souladu s ustanovením § 71 odst. 1 Jednacího řádu Nejvyššího správního soudu rozhodl jen o této otázce a věc vrací předkládajícímu sedmému senátu k dalšímu projednání a rozhodnutí o podané kasační stížnosti.

Poučení: Proti tomuto usnesení **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 24. června 2014

JUDr. Josef Baxa
předseda rozšířeného
senátu

Odlišné stanovisko k usnesení v souladu s § 55a s. ř. s. uplatnil soudce JUDr. Jan Passer.
Text odlišného stanoviska je připojen.

Odlišné stanovisko podle § 55a s. ř. s. soudce JUDr. Jana Passera k výroku i odůvodnění usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2014, čj. 7 Afs 57/2011 - 68

1. Následující stanovisko je rozděleno do dvou základních částí. Nejprve se v obecné rovině věnuje úvahám a rozboru právní úpravy související s výkladem „*posledního ukončeného účetního období*“ ve smyslu § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění účinném do 31. 8. 2009 (dále též jen „*soutěžní zákon*“), zejména mechanismu celého výpočtu pokuty. Tento úvod je nutný pro pochopení důvodů, pro něž považuji argumentaci většiny za nesprávnou a systémově vadnou. Teprve poté stanovisko reaguje na jednotlivé argumenty většiny.

2. Vzhledem k podrobnosti argumentace tohoto stanoviska uvádím nyní jeho krátké shrnutí: Pokuta ukládaná za použití § 22 odst. 2 *soutěžního zákona* vychází ze základní částky, určené za pomoci obratu soutěžitele v době spáchání protiprávního jednání, modifikované s přihlédnutím k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem, a posléze korigované za pomoci obratu soutěžitele vztaženého k době rozhodování správního orgánu tak, aby nebyla nepřiměřená, tedy aby ji soutěžitel mohl zaplatit. Stanovení horní hranice 10 % není klasickou horní hranicí „*trestní sazby*“ odrážející typovou nebezpečnost deliktního jednání, ale spíše zákonodárcem zakotvené stanovení mezní hranice obecně vymezující likvidačnost pokuty (aniž by tím byla omezena možnost či povinnost správního orgánu uložit pokutu v nižší výši, byla-li by likvidační pokuta uložena při hranici 10 %). Tato úprava prakticky kopíruje právní úpravu EU, stvrzenou i judikaturou unijních soudů. Vnitřně rozporné rozhodnutí a argumenty většiny popírají popsany mechanismus určení výše pokuty a zprostředkovaně českou i unijní právní úpravu, pravděpodobně s cílem zabránit případným manipulacím s údaji ze strany soutěžitelů – aniž by tak ovšem skutečně činily.

I. Obecné úvahy

I. a) Český právní rámec

3. Interpretace „*posledního ukončeného účetního období*“ ve smyslu § 22 odst. 2 *soutěžního zákona* nutně vyžaduje zasazení do kontextu celého ukládání pokuty Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále též jen „Úřad“). Jen na okraj lze přitom podotknout, že se jedná o úvahy, které jsou přes změnu právní úpravy i nadále validní pro úpravu ukládání pokut podle § 22a odst. 2 *soutěžního zákona* v aktuálním znění.

4. *Soutěžní zákon* nestanoví konkrétní metodu výpočtu pokuty, kterou by byl Úřad povinen použít. Tato otázka byla ponechána správnímu uvážení Úřadu a zákon vypočetl pouze demonstrativně kritéria, ke kterým Úřad musí přihlédnout.

5. Podle § 22 odst. 2 *soutěžního zákona* byl Úřad povinen při rozhodování o výši pokuty přihlédnout „*zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování tohoto zákona*“. Nejvyšší správní soud vyložil toto ustanovení tak, že v rámci závažnosti protiprávního jednání bylo v období do 31. 8. 2009 možné zohlednit pouze typové porušení pravidel hospodářské soutěže. Konkrétní okolnosti protisoutěžního jednání pak

bylo možno zohľadnit jako ďalší, v zákoně výslovně neuvedené, kritérium (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2012, čj. 1 Afs 77/2012 – 46).

6. Co do rozsahu, v němž je určení výše pokuty věcí správního uvážení Úřadu, měla by se obecně uplatnit judikatura soudu, podle níž se přezkum omezuje zejm. na dodržení mezí a hledisek tohoto uvážení, respektování procesních postupů a elementárních právních principů správního rozhodování (viz např. rozsudky soudu ze dne 18. 12. 2003, čj. 5 A 139/2002 – 46, ze dne 22. 1. 2004, čj. 5 Azs 47/2003 – 48, ze dne 30. 11. 2004, čj. 3 As 24/2004 – 79, nebo ze dne 23. 3. 2005, čj. 6 A 25/2002 – 42).

7. V konkrétní rovině může být soudní přezkum postupu při ukládání pokuty širší. Výrazem sebeomezení Úřadu při výkonu správního uvážení totiž bylo přijetí Zásad postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 soutěžního zákona (dále též jen „Zásady“, dostupné na <http://www.uohs.cz>). V Zásadách Úřad deklaroval, že se jimi bude řídit ve všech správních řízeních zahájených po dni publikace tohoto dokumentu. Zásady byly publikovány v Informačním listu č. 2/2007 v dubnu 2007, proto představují pro řízení zahájená po tomto datu správní praxi omezující správní uvážení Úřadu s ohledem na zákaz libovůle a zákaz neodůvodněné nerovného zacházení (k vázanosti správního orgánu jeho vlastní správní praxí viz např. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, čj. 6 Ads 88/2006 – 132). Jedná se ostatně o cíl, který Úřad vydáním Zásad sám sledoval (srov. odst. 1 – 3 Zásad).

8. Při konkrétním výpočtu pokuty Úřad postupuje v několika krocích (odst. 17 a násl. Zásad). Nejprve stanoví základní částku pokuty jednotlivě pro každého soutěžitele zúčastněného na protisoutěžním jednání. Základní částka pokuty se vypočte tak, že „reflektuje [1] obrat dosažený konkrétním soutěžitelem z prodeje zboží či služeb, jichž se narušení soutěže přímo nebo nepřímo týká, a to na vymezeném geografickém relevantním trhu (dále též „hodnota prodeje“), [2] typovou závažnost protisoutěžního jednání a [3] délku protisoutěžního jednání“.

9. V tomto kroku tedy Úřad zohlední obrat vztahující se ke zboží či službám (přínejmenším potenciálně) zasaženým protisoutěžním jednáním. Vychází tedy z obratu dosaženého soutěžitelem v době spáchání protiprávního jednání. Již na tomto místě je třeba zdůraznit, že se v této fázi určení výše pokuty nejedná o aplikaci kritéria 10 % obratu ve smyslu § 22 odst. 2 soutěžního zákona.

10. Při posouzení závažnosti vychází Úřad ze tří základních kategorií: velmi závažné delikty, zejména horizontální dohody o cenách, o rozdělení trhu či omezení výroby, zneužití dominantního postavení soutěžiteli s výrazným dopadem na širší skupinu spotřebitelů; závažné delikty, zejména jiné horizontální dohody, vertikální dohody o určení cen pro další prodej a o rozdělení trhu, jiná zneužití dominantního postavení; méně závažné delikty, jiné vertikální dohody menšího významu s omezeným vlivem na spotřebitele, které zasahují pouze malou část trhu, a další méně závažná narušení soutěže.

11. Výchozí podíl se pak stanoví v závislosti na stupni závažnosti protiprávního jednání, a to zpravidla do 3 % hodnoty prodeje u velmi závažných deliktů, do 1 %

hodnoty prodejů u závažných deliktů a do 0,5 % hodnoty prodejů u méně závažných deliktů. Při stanovení výchozího podílu Úřad vezme dále v úvahu zejména též společný tržní podíl všech zúčastněných podniků, geografické území, na němž k protisoutěžnímu jednání došlo, a skutečnost, zda toto protisoutěžní jednání bylo realizováno, či nikoliv; to neplatí, pokud tyto okolnosti již byly zohledněny v rámci posouzení závažnosti jednání.

12. Do výpočtu pokuty je následně promítnuta konkrétní délka účasti na protisoutěžním jednání se zaokrouhlením na jeden rok. Podle odst. 28 Zásad se základní částka pokuty stanoví jako podíl hodnoty prodejů (tzv. výchozí podíl), vynásobený koeficientem času. Koeficient času se stanoví úměrně k počtu let trvání deliktu, přičemž v případě deliktu trvajícího méně než rok je roven jedné a v případě deliktu trvajícího 10 a více let je roven třem.

13. Dále Úřad podle okolností případu posoudí, zda u každého jednotlivého soutěžitele existují přitěžující nebo polehčující okolnosti, které by byly důvodem ke zvýšení nebo snížení pokuty.

14. Jakkoliv další krok již není v Zásadách výslovně reflektován, musí být výsledná výše pokuty, která byla vypočtena shora nastíněným postupem (tedy v rámci správního uvážení limitovaného Zásadami), následně poměřena zákonným limitem vyplývajícím z § 22 odst. 2 soutěžního zákona. Při posuzování rozhodného období, které má být použito pro výpočet limitu podle § 22 odst. 2 soutěžního zákona, je třeba zohlednit smysl a účel tohoto institutu v rámci celkového výpočtu pokuty. Přitom je třeba znovu připomenout, že obrat ve smyslu § 22 odst. 2 soutěžního zákona není obratem, se kterým počítá první krok při výpočtu základní výše pokuty a který odráží ekonomickou situaci soutěžitele v době protisoutěžního jednání.

15. Pro správné pochopení smyslu a účelu předmětného institutu (limitu podle § 22 odst. 2 soutěžního zákona) je třeba přihlédnout k právu EU. Z důvodové zprávy k návrhu soutěžního zákona totiž vyplývá, že byl navržen s ohledem na dříve platné nařízení Rady č. 17/62 ve znění nařízení č. 1216/99: „*V ustanovení o pokutách návrh zákona v souladu s Nařízením Rady č. 17/62 k provedení čl. 85 a 86 Smlouvy opouští dosavadní koncepci objektivní odpovědnosti za porušení zákona. [...] Návrh zákona bere v úvahu právní předpisy soutěžního práva ES, judikaturu Soudního dvora ES i rozhodovací činnost Evropské komise.*“ Ve zvláštní části týkající se navrhovaného § 21 (posléze přijatého jako § 22) pak důvodová zpráva uváděla, že se jedná o „*[d]oplnění kritérií pro ukládání pokut za porušení zákona. Při vyměřování výše pokuty bude Úřad vázán zejména závažností protiprávního jednání a jeho délkou. Doplnění vychází z ustanovení čl. 15 Nařízení Rady č. 17/62, ve znění Nařízení č. 1216/99. Navrhované znění je plně slučitelné s právem ES.*“.

16. Přestože důvodová zpráva nevysvětluje, ke které skutečnosti, resp. ke kterému období má být vztažen limit 10 %, poskytuje cenné výkladové vodítko v tom, že jednoznačně vyjadřuje úmysl zákonodárce přijmout právní úpravu ukládání pokut, která bude harmonizovaná s právem EU, resp. je bude kopírovat. Pro posouzení smyslu a účelu předmětného ustanovení je proto třeba přihlédnout k právní úpravě obsažené v předpisech EU, zejm. v judikatuře unijních soudů. Nejvyšší správní soud ostatně již dříve vyslovil, že i v případech, kdy byl právní předpis přijat před vstupem České republiky do EU, ale za

účelem sbližování českého práva s právem EU, musí být takový právní předpis vykládán souladně s unijním právem (viz např. rozsudky ze dne 29. 9. 2005, čj. 2 Afs 92/2005 – 45, nebo ze dne 30. 7. 2010, čj. 8 Afs 29/2010 – 354).

17. Vedle úmyslu zákonodárce je přitom relevantní i skutečnost, že samotný Úřad v Zásadách vyšel z principů, které si pro ukládání pokut stanovila Komise. Tento přístup má zajistit, že Úřad bude postupovat podle shodných pravidel, ať ukládá pokutu za porušení vnitrostátního soutěžního práva, nebo jestliže postupuje podle práva evropského. Porušení čl. 81 a 82 Smlouvy o založení Evropského Společenství (dále jen „SES“; nyní čl. 101 a 102 Smlouvy o fungování Evropské unie, dále jen „SFEU“) by proto měla být trestána principiálně podle stejných pravidel bez ohledu na to, zda dané řízení vede Komise či Úřad (viz odst. 10 Zásad).

I. b) Právní úprava EU

18. Maximální hranici pokuty ve výši 10 % obratu obsahovalo již nařízení č. 17/62, které v čl. 15 odst. 2 stanovilo: *„Komise může podnikům nebo sdružením podniků uložit rozhodnutím pokuty ve výši od 1000 do 1000000 zúčtovacích jednotek nebo v částce tuto výši přesahující, ale nepřesahující 10 % obratu dosaženého v předchozím účetním roce všemi podniky, které se na porušení podílely, a pokud úmyslně nebo z nedbalosti: a) poruší čl. 85 odst. 1 a článek 86 Smlouvy, nebo b) poruší povinnosti uložené podle čl. 8 odst. 1. Při stanovení výše pokuty se bere v úvahu závažnost a trvání daného porušení.“*

19. Shodnou úpravu přejalo i nařízení č. 1/2003, podle jehož čl. 23 odst. 2 *„Komise může rozhodnutím uložit podnikům a sdružením podniků pokuty, pokud úmyslně nebo z nedbalosti: a) se dopouštějí jednání v rozporu s články 81 nebo 82 Smlouvy nebo b) porušují rozhodnutí nařizující předběžná opatření podle článku 8 nebo c) nesplní nabídku závazku, kterou jsou vázány na základě rozhodnutí podle článku 9. Pokuta u každého podniku a sdružení podniků podílejících se na protiprávním jednání nesmí přesáhnout 10 % jeho celkového obratu za předchozí hospodářský rok.“*

20. Výše uvedená unijní právní úprava v zásadě odpovídá § 22 odst. 2 soutěžního zákona. Citovaná nařízení stejně jako soutěžní zákon neobsahují konkrétní pravidla pro výpočet pokuty, ale ponechávají tuto otázku diskreční pravomoci Komise.

21. Nedostatek transparentnosti při výkonu daného oprávnění Komise byl kritizován a vedl v roce 1998 (po více než 30 letech aplikace nařízení č. 17/62) k přijetí *„Pokynů o metodě stanovování pokut udělených podle s čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17 a čl. 65 odst. 5 Smlouvy o ESUO“* (Úř. věst. 1998 /C 9/3; zvl. vyd. 08/01, s. 171), (dále též jen „Pokyny z roku 1998“). Podle těchto Pokynů měla Komise nejprve zvážit závažnost protiprávního jednání (v rámci jedné ze tří kategorií: méně závažné delikty, závažné delikty a velmi závažné delikty) a následně jeho délku. Tímto způsobem došla k základní částce pokuty a posléze zohlednila přitěžující nebo polehčující okolnosti. Přestože základní částka pokuty nebyla vztažena ke konkrétnímu obratu, výsledná částka pokuty nesměla překročit 10 % celosvětového obratu, jak požadovalo nařízení 17/62 [R. Richardson, *Guidance without guidance – a European revolution in fining policy? The Commission's new guidelines on fines*, *European Competition Law Review*, 1999, 20(7), s. 362; k metodě ukládání pokut

podle Pokynů z roku 1998 viz také Spink, P. M. Recent Guidance on Fining Policy, *European Competition Law Review*, 1999, 20(2), s. 101-108].

22. Obrat podniku vztahující se k době protiprávního jednání bylo možné zohlednit v rámci závažnosti, konkrétně velikosti a ekonomické síly podniku. Tento obrat byl ovšem jiným referenčním kritériem než obrat ve smyslu čl. 15 odst. 2 nařízení 17/62.

23. V rozsudku ze dne 16. 11. 2000, *Sarrió*, C-291/98 P, Soudní dvůr jednoznačně rozlišil, že existují dva referenční roky, resp. dva různé obraty, k nimž je přihlíženo v různých fázích výpočtu pokuty: (1) pro posouzení ekonomické síly (schopnosti narušit hospodářskou soutěž) se jako referenční rok použije rok vztahující se ke spáchání (ukončení deliktu), zatímco (2) pro posouzení maximální částky pokuty podle čl. 15 odst. 2 nařízení 17/62 je třeba zohlednit rok předcházející vydání rozhodnutí (s výjimkou případů, kdyby byla pokuta uložena v roce následujícím po ukončení deliktu, neboť tehdy by referenční roky splývaly).

24. Na tomto místě lze učinit poznámku, že popsanému rozlišení dvou referenčních let a dvou různých obrátů odpovídá i metoda pro stanovení pokut uplatňovaná Úřadem v Zásadách (jakkoliv Úřad již výslovně v Zásadách neodkázal na korekci výše pokuty podle zákonného kritéria navázaného na druhý z obrátů).

25. Pokyny z roku 1998 byly v roce 2006 nahrazeny Pokyny pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení č. 1/2003 (dále jen „Pokyny z roku 2006“; Úř. věst. 2006/C 210/02), které byly odlišné především v prvním kroku výše popsané metody výpočtu. Pokyny z roku 2006 výslovně navázaly základní částku pokuty na hodnotu zboží či služeb (přínejmenším potenciálně) dotčených protiprávním jednáním prostřednictvím obratu dosaženého v období spáchání protiprávního jednání. Tato změna se nedotkla rozlišení dvou různých referenčních obrátů, ale naopak tento přístup (v Pokynech z roku 1998 výslovně nezakotvený) potvrdila.

26. Podle Pokynů z roku 2006 Komise při stanovení základní částky vychází „z hodnoty tržeb za zboží nebo služby v příslušné zeměpisné oblasti uvnitř EHP, které přímo nebo nepřímo souvisejí s protiprávním jednáním. Komise pro výpočet obvykle použije tržby podniku během posledního celého hospodářského roku jeho účasti na protiprávním jednáním (dále jen „hodnota tržeb“).“ (odst. 13). Základní částka bude vztažena k podílu tržeb, bude záviset na stupni závažnosti protiprávního jednání a bude vynásobena počtem let, během nichž k takovému jednání docházelo (odst. 19). Podíl tržeb, k němuž se bude přihlížet, se obvykle bude nacházet na stupnici do 30 % (odst. 21). Nadto u typově nejzávažnějšího protiprávního jednání (horizontální dohody o určení cen, rozdělení trhů a omezení výroby) bude do základní částky zahrnuto 15 % až 25 % hodnoty tržeb bez ohledu na dobu účasti podniku na protiprávním jednání.

27. Dále Komise vezme v úvahu okolnosti vedoucí ke zvýšení nebo snížení základní částky pokuty, tedy přitěžující a polehčující okolnosti (odst. 27).

28. Část D (odst. 32) Pokynů z roku 2006 nazvaná „Maximální limit stanovený právními předpisy“ stanoví, že „[k]onečná výše pokuty nesmí v žádném případě u jakéhokoli

podniku nebo sdružení podniků podílejících se na protiprávním jednání překročit 10 % celkového obrátu uskutečněného v předchozím hospodářském roku, jak vyplývá z čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003“.

29. Popsaný postup lze tedy shrnout do 3. kroků: (1) stanovení základní částky pokuty s přihlédnutím mimo jiné k obrátu dosaženému v období spáchání protiprávního jednání, a to až do výše 30 % tohoto obrátu, (2) zohlednění přitěžujících a polehčujících okolností a (3) případná korekce, pokud by částka vypočtená podle předchozích kritérií překročila 10 % obrátu ve smyslu čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003 (zde je nutno opět zdůraznit, že se jedná o odlišný obrát, než se kterým počítá první krok). A znovu lze připomenout, že popsanému postupu odpovídá i metoda výpočtu pokuty uplatňovaná Úřadem podle jeho Zásad.

30. S ohledem na shora popsany postup při výpočtu celkové výše pokuty je třeba čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003 i předchozí čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17/62 vnímat spíše jako normotvůrcem stanovenou hranici bránící likvidačnosti pokuty pro dotčený subjekt, než jako horní hranici „trestní“ sazby pokuty v klasickém slova smyslu. Jinými slovy, 10% hranice neznamená, že by za závažné delikty měly být ukládány pokuty v horní hranici této sazby, ale představuje korektiv, aby pokuta nebyla nepřiměřená aktuální ekonomické síle podniku. Popsaná 10 % hranice a její *raison d'être* tedy nemá souvislost s deliktem a jeho závažností jako obvyklá „trestní“ sazba, nýbrž spíše s osobou soutěžitele a jeho potenciálem „unést trest“. Tento závěr podporuje akademická literatura (viz např. R. Polley, *The FCO's new fining guidelines – a „more national approach“ undermining uniform application of article 101 TFEU*, *European Competition Law Review*, 2014, 35 (3), s. 141-147) i unijní judikatura.

31. Např. v rozsudku ze dne 29. 11. 2005, *Britannia Alloys*, T-33/02, Tribunál uvedl ve vztahu k čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17/62, že *„zvláštním cílem zmíněné maximální výše je zabránit tomu, aby byly pokuty nepřiměřené ve vztahu k významu podniku, a zejména zabránit tomu, aby dotyčné podniky nebyly schopny zaplatit uložené pokuty“* (srov. odst. 35 a zejm. 43 rozsudku).

32. Také v rozsudku ze dne 15. 3. 2000, *Cimenteries*, T-25/95, Tribunál potvrdil, že odkaz v čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17/62 na obrát dosažený *„v předchozím účetním roce“* před vydáním rozhodnutí se vztahuje pouze k určení maximální hranice pokuty. Při samotném výpočtu pokuty však Komise může zohlednit obrát počítaný na základě dřívějších účetních let za předpokladu, že posléze uložená pokuta nepřekročí výše zmíněnou hranici (srov. odst. 5009 rozsudku).

33. V rozsudku ze dne 18. 7. 2013, *Schindler*, C-501/11 P, Soudní dvůr uvedl, že *„[a]čkoliv čl. 23 odst. 2 a 3 nařízení č. 1/2003 podle judikatury Soudního dvora ponechává Komisi širokou posuzovací pravomoc, omezuje její výkon tím, že zavádí objektivní kritéria, která Komise musí dodržet. Zaprvé tak má výše pokuty, kterou lze podniku uložit, vyčíslitelnou a absolutní maximální hodnotu, takže maximální výši pokuty, kterou lze uložit danému podniku, lze stanovit předem.“* (srov. odst. 58 rozsudku).

34. Uvedenou judikaturu potvrdil také velký senát Soudního dvora v rozsudku ze dne 26. 11. 2013, *Groupe Gascogne*, C-58/12 P: „*Tato horní mez pokuty má zabránit ukládání pokut, u nichž lze předvídat, že je podniky s ohledem na svou velikost, tak jak je, byť jen přibližně a nedokonale, určena celkovým obratem, nebudou moci zaplatit. Jedná se tedy o mez, která je jednotně použitelná na všechny podniky a která závisí na velikosti každého z nich a jež má zabránit pokutám na příliš vysoké nebo nepřiměřené úrovni...*“ (srov. zejm. odst. 47 – 57 rozsudku).

35. Za zmínku rovněž stojí, že obrat pro účelu prvního kroku a pro účely třetího kroku se neliší pouze obdobím, v němž byl dosažen, ale také geografickým rozsahem trhu, na kterém byl dosažen. Zatímco pro určení obratu v prvním kroku se vychází „z hodnoty tržeb za zboží nebo služby v příslušné zeměpisné oblasti uvnitř EHP“, maximální hranice 10 % je vztažena k celosvětovému obratu podniku. Článek 15 odst. 2 nařízení 17/62 i článek 23 odst. 2 a 3 nařízení č. 1/2003 totiž hovoří o „celkovém“ obratu („*total turnover*“). Tento závěr potvrzuje např. výše citovaný rozsudek velkého senátu *Groupe Gascogne* (odst. 49) a zohlednění obratu všech společností, na které může dotýčný podnik vykonávat rozhodující vliv (odst. 51 a 56), i odborná literatura [viz např. I. Bos, M. P. Schinkel, *On the scope for the European Commission's 2006 fining guidelines under the legal maximum fine*, *Journal of Competition Law and Economics*, 2007, 2(4), s. 673-682].

36. Jakkoliv judikatura unijních soudů primárně řešila jinou otázku, než která byla předložena rozšířenému senátu, je z ní jednoznačně patrný smysl a účel stanovení maximální hranice pokuty podle čl. 23 odst. 2 nařízení č. 1/2003 (příp. čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17/62). Tato horní hranice pokuty má zabránit ukládání pokut, u nichž lze předvídat, že je podniky s ohledem na svou velikost nebudou schopny zaplatit. Zároveň je z judikatury i z obou verzí Pokynů Komise patrné, že stanovení maximální hranice pokuty je až závěrečným krokem, který s ohledem na zmíněný cíl pouze koriguje (podle situace delikventa) pokutu vypočtenou podle jiných kritérií (odrážejících závažnost deliktu). Tomuto postupu v zásadě odpovídá i metoda uplatňovaná Úřadem podle jeho Zásad.

37. Zmiňovaná unijní judikatura neřešila otázku, zda „rok obratu před vydáním rozhodnutí“ má být rokem před vydáním rozhodnutí v prvním stupni nebo rok před vydáním rozhodnutí v druhém stupni, protože řízení před Komisí je pouze jednoinstanční. Přiměřeně však lze zohlednit situaci, kdy je rozhodnutí Komise zrušeno Tribunálem a Komise vydává v pořadí druhé rozhodnutí.

38. Takovou situací se Soudní dvůr zabýval v rozsudku ze dne 15. 10. 2002, *Limburgse Vinyl*, spojené věci C-238/99 P a další. Z rozsudku vyplývá, že Komise při vydání v pořadí druhého rozhodnutí (dále též jen „rozhodnutí II“) zohlednila obrat dotčeného podniku dosažený v roce 1993, jako roku předcházejícího vydání rozhodnutí II, nikoliv obrat roku 1987, který předcházel vydání prvního a posléze zrušeného rozhodnutí (dále též jen „rozhodnutí I“). Tento postup byl zpochybněn dotčeným podnikem, který namítl, že nominální částka pokuty zůstala stejná, přestože se relevantní obrat změnil (srov. odst. 590 rozsudku). To mělo za následek, že poměr mezi nominální částkou pokuty a relevantním obratem (tedy velikostí podniku) byl v rozhodnutí I jiný než poměr mezi nominální částkou pokuty a relevantním obratem v rozhodnutí II. Soudní dvůr neshledal v postupu Komise pochybení. Zdůraznil, že účelem čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17/62 je pouze stanovení

maximální hranice pokuty a nic nenasvědčuje tomu, že Komise použila obrat roku 1993 pro jiné účely (srov. odst. 596 rozsudku). Podle Soudního dvora nebyl čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17/62 porušen změnou poměru mezi výší pokuty v rozhodnutí II a obratem dosaženým v roce 1993 oproti poměru mezi výší pokuty v rozhodnutí I a obratem dosaženým v roce 1987. K porušení předmětného ustanovení by došlo pouze tehdy, pokud by pokuta uložená v rozhodnutí II překročila maximum stanovené v tomto článku (srov. odst. 597 rozsudku).

39. Z uvedeného rozhodnutí plyne, že Komise zohlednila v rozhodnutí II. pro účely čl. 15 odst. 2 nařízení č. 17/62 (tedy pro stanovení maximální 10% hranice) obrat, který podnik dosáhl v roce předcházejícím vydání tohoto v pořadí druhého rozhodnutí. Soudní dvůr tento postup aproboval, jakkoliv neuvedl výslovně, že by se jednalo o jediný možný postup.

40. Třebaže neexistuje judikatura Soudního dvora, která by se zabývala přímo otázkou předloženou rozšířenému senátu, je tato judikatura (i celkový rámec unijního práva) použitelná k pochopení mechanismu ukládání pokut za protisoutěžní jednání a zejména k osvětlení významu 10 % hranice při ukládání pokuty, tedy k teleologickému výkladu relevantních ustanovení i vnitrostátního právního rámce.

I. c) Dopad celkového mechanismu ukládání pokuty na určení relevantního obratu

41. Je-li (jak je z dosavadní argumentace zřejmé) důvodem existence 10 % limitu zohlednění aktuální ekonomické situace podniku, což je jediný možný výklad, pokud má tato hranice „... *zabránit tomu, aby dotyčné podniky nebyly schopny zaplatit uložené pokuty* ...“, pak dává smyslu, aby byl pro její určení zohledněn obrat odpovídající aktuálnímu rozhodování správního orgánu – ať již opakovanému rozhodování po zrušení soudem, jako v případě Komise, nebo rozhodování o rozkladu, jako ve vnitrostátním kontextu.

42. Tomuto výkladu odpovídá také obecná zásada rozhodování správního orgánu o opravném prostředku, totiž povinnost zohlednit právní a skutkový stav v době rozhodování o opravném prostředku (srov. zejm. rozsudek soudu ze dne 17. 12. 2008, čj. 1 As 68/2008 - 126). Na tomto místě nezbyvá než znovu připomenout účel 10% hranice. Tento účel přitom může být naplněn pouze za situace, když orgán rozhodující o opravném prostředku zohlední (i v souladu s obecnou zásadou) relevantní obrat vztahující se k době jeho rozhodování, nikoliv zafixovaný zpětně k době rozhodnutí prvostupňového správního orgánu. Zároveň neexistují argumenty, které by obecně vedly k prolomení popsané právní zásady – a jak bude dále popsáno, neobsahuje je ani argumentace většiny v této věci.

II. Konkrétní výhrady

43. Argumentace většiny vychází z nepochopení nebo z úmyslného opomenutí mechanismu ukládání předmětných pokut jako celku, což ji při analýze předmětného dílu mozaiky vede v jednotlivostech do řady argumentačních pastí, jež jsou zmíněny dále.

44. V odst. 61 usnesení se většina hlásí (nakolik jsem porozuměl tomuto pokusu o teoretický exkurs do legislativní techniky trestního práva, roubovaného na posuzovanou věc) k chápání 10% hranice jako horní hranice trestní sazby v klasickém slova smyslu. V důvodech, proč se většina mylí již v tomto základním východisku, odkazují na obecnou část mého odlišného stanoviska (viz zejm. odst. 30 odlišného stanoviska).

45. Vnitřní rozpornost argumentace většiny se projevuje i v odst. 63 usnesení. Jakkoliv poslední věta správně poukazuje na „antilikvidační“ účel horní hranice pokuty, není tato věta kompatibilní s celou předchozí částí odstavce, který odkazuje na klasické chápání horní hranice sazby – mj. v odkazu na spojení rozpětí „od – do“ odrážejícího průměrnou typovou závažnost deliktů.

46. Odstavce 64 a 65 usnesení ukazují teleologické pozadí argumentace většiny - pokuta slouží „odčerpání nepoctivě nabytého prospěchu“, proto je třeba fixovat rozpětí sankce „na základě objektivně zjiitelných a v době rozhodování ani později již nezměnitelných údajů“ a „ukončené účetní období by se mělo časově nacházet co nejbližší období, kdy k protisoutěžnímu jednání došlo“.

47. Drobná výhrada k odst. 64 usnesení souvisí s tvrzením, že znakem postihovaného protisoutěžního chování má být „téměř vždy vznik neoprávněného prospěchu“ s více méně formálním (jak je patrné z další argumentace většiny) dodatkem „(nebo alespoň předpokladu jeho vzniku)“. Ve skutečnosti např. dohody podle § 3 odst. 1 soutěžního zákona představují ohrožovací delikty a postihovaná dohoda vůbec nemusí vést k reálnému narušení hospodářské soutěže.

48. Podstatná výhrada směřuje k tomu, že se většina v odstavcích 64 a 65 úplně opomněla zabývat hranicí 10 % v celkovém kontextu ukládání pokut, který jsem popsal shora v obecné části. Znovu tedy připomínám, že Úřad (podobně jako Komise) zohledňuje obrat v období protisoutěžního jednání – a to při výpočtu základní částky pokuty! Většina ovšem ve svém usnesení tuto fázi výpočtu pokuty zcela opomíjí, aby se posléze snažila k období protisoutěžního jednání přiblížit jiným obratem – a to tím rozhodným pro určení 10% hranice. Nezbyvá než zopakovat, že důvod existence 10% hranice je jiný a slouží ke korekci základní částky pokuty tak, aby ji byl podnik schopen uhradit.

49. Tvrzení v odstavci 66 usnesení, podle kterého „Názor rozšířeného senátu podporují i rozsudky evropských soudů.“ je poměrně sebevědomé na to, že z většinou citované části rozsudku Tribunálu *Fuji Electric v. Komise* nevyplývá nic, co by její argumentaci posílilo. Ostatně, zřejmě právě proto se většina omezila na citaci části rozhodnutí bez jakékoliv úvahy, proč a jak je tato citace relevantní ve vztahu k některému argumentu většiny.

50. Odstavec 67 usnesení odkazuje na rozsudek Soudního dvora *Britannia Alloys*. Rozsudek, čtený i v kontextu závěrů generálního advokáta a souvisejícího rozsudku Tribunálu (T-33/02) ovšem názor většiny nepodporuje. Tato judikatura totiž nijak nezpochybnila metodiku výpočtu pokuty podle Pokynu Komise, již jsem podrobně rozebral v obecné části tohoto stanoviska. Navíc se rozhodnutí ve věci *Britannia Alloys* zabývala specifickou situací, kdy nebylo možné určit obrat za poslední hospodářský rok předcházející rozhodnutí – a unijní orgány řešily, zda je v takovém případě možné použít

obrat za některý z předcházejících roků. Při vědomí skutkových okolností konkrétní věci a legislativního rámce, v němž se unijní soudy pohybovaly, lze z jejich rozhodnutí jen obtížně dovodit popření metodiky výpočtu pokuty nebo úplnou změnu v chápání teleologického významu hranice 10 %, popsanych v obecné části tohoto stanoviska.

51. Odstavec 68 usnesení odmítá použitelnost rozsudku Soudního dvora *Limburgse Vinyl* s tím, že „se jednalo o zcela jinou situaci“. Toto jednoduché vypořádání se většiny s rozsudkem *Limburgse Vinyl* nelze přijmout ani když pomineme způsob, jakým většina přehlédla specifičnost skutkového stavu při citaci rozsudku *Britannia Alloys*. Za prvé přitom odkazují k odst. 38 a 39 tohoto stanoviska. Za druhé pak poukazují na přímý rozpor této „zcela jiné situace“ podle odstavce 68 a závěrů zaujatých většinou v odst. 76 usnesení (pro situaci argumentačně téměř identickou s rozsudkem *Limburgse Vinyl*).

52. Většina v odst. 69 usnesení vysvětluje důvody omezené použitelnosti unijní judikatury, aby v závěru poukázala na „akcent na vyjádření skutečné hospodářské situace delikventa odrážející účinky deliktního jednání, tedy přiblížení se období mezi deliktem a rozhodnutím o něm“. Opomíjí se přitom zmínit o tom, že se vůbec nezabývala úvahami obsaženými v obecné části tohoto stanoviska, včetně relevance skutečné hospodářské situace delikventa pro výpočet základní částky pokuty. V tomto kontextu je na místě otázka, proč většina vytrvale přehlíží, že správní orgány při ukládání pokuty pracují se dvěma obraty zpravidla za různá období – jedním při určení základní částky pokuty a druhým při její korekci.

53. Obsah odstavce 70 usnesení neobsahuje přes svou úvodní větu žádné komparativní argumenty, ale pouze selektivní popis ukládání pokut v některých členských státech. Ve vztahu k německé praxi lze přitom poukázat např. na kritický článek zmíněný v odst. 30 tohoto stanoviska. Argumenty, které by podporovaly závěr většiny, ovšem z odst. 70 usnesení nevyplývají žádné.

54. Obsah odstavců 71 – 76 usnesení lze shrnout tak, že měl-li by předseda žalovaného vycházet z účetního období předcházejícího vydání jeho rozhodnutí, porušil by tím zásadu dvojinstančnosti a navíc by musel pokutu nově přepočítávat, ale zároveň není v rozporu se zásadou dvojinstančnosti, pokud předseda žalovaného při povinném zkoumání případné likvidačnosti sankce „provádí komplexní hodnocení aktuálního finančního zdraví soutěžitele“. Jsem přesvědčen, že je na první pohled zřejmý rozpor mezi těmito požadavky stejně jako umělost hranice mezi zákazem předsedovi žalovaného jednoduše poměřit uloženou výši sankce „novým obratem“ (bez nutnosti její modifikace, pokud nepřekročí 10 % nového obratu) a současnou povinností předsedy žalovaného komplexně zkoumat aktuální finanční zdraví soutěžitele.

55. Tento rozpor je pouze potvrzen odstavcem 72 usnesení, jehož úvod se hlásí k povinnosti odvolacího (rozkladového) správního orgánu vycházet ze skutkového a právního stavu existujícího v době jeho rozhodnutí, aby závěr téhož odstavce fixoval skutkový vztah vztahující se k určení zákonné hranice pro horní hranici pokuty k rozhodnutí správního orgánu prvního stupně – což činí v odstavci 76 usnesení výslovně dokonce i pro případ, kdy bylo rozhodnutí předsedy žalovaného zrušeno soudem (*ergo* v rozporu s východisky Soudního dvora ve věci *Limburgse Vinyl*). Nelze přehlédnout ani

skutečnost, že takový závěr většiny nutně vede v rámci systematického výkladu k interpretačním obtížím u § 75 odst. 1 s. ř. s. Jakkoliv se nejedná o závěr, který by většina výslovně zakotvila do své argumentace, je jedním z možných (*ad absurdum*) výkladů odstavce 76 usnesení i to, že skutkový stav (určení relevantního obratu) zafixovaný při prvním rozhodnutí ve věci bude určující nejen při zrušení rozhodnutí předsedy žalovaného soudem, ale také při zrušení rozhodnutí vydaného v prvním stupni.

56. Důvody, které vedly většinu k formulaci jen obtížně hajitelných závěrů, lze zřejmě nalézt v samém závěru usnesení, konkrétně v jeho odstavci 77. Jakkoliv se s většinou do určité míry ztotožňuji v obavách z případných manipulací s údaji ze strany soutěžitelů, nevidím na rozdíl od většiny řešení v popření či dezinterpretaci zákonné úpravy, správní praxe, judikatury správních soudů, i relevantní úpravy unijního práva. Situaci, z níž má většina obavy, čelily unijní orgány ve věci *Britannia Alloys* (a teprve v tomto kontextu je citace daného rozsudku namístě) – a naznačily jeden z možných způsobů jejího řešení, aniž by bylo nutné reinterpretovat celý mechanismus ukládání pokut za protisoutěžní jednání. Ve vnitrostátním kontextu se pro podobné situace nabízí i zákaz zneužití práva, definovaný soudem poprvé v rozsudku ze dne 10. 11. 2005, čj. 1 Afs 107/2004 – 48 (a přímo v oblasti soutěžního práva použitý soudem mj. např. v rozsudku ze dne 30. 12. 2009, čj. 8 Afs 56/2007 – 479).

57. Nelze přitom nepodotknout, že v případě manipulace s údaji ze strany soutěžitelů bude muset žalovaný řešit stejné otázky – které se z fáze určení výše pokuty pouze přesunou do posuzování její likvidačnosti. Nesystémové vztažení obratu k prvostupňovému rozhodnutí proto obavy většiny (na rozdíl od kroků navržených v předchozím odstavci tohoto stanoviska) stejně neřeší.

58. Podobně není významná otázka týkající se možného zvýšení sankce v druhé části odstavce 77 usnesení – která není s ohledem na § 90 odst. 3 (za případného použití § 152 odst. 4) správního řádu relevantní vůbec.

59. Ze všech shora uvedených důvodů s výrokem ani odůvodněním většiny v této věci nesouhlasím.

V Brně dne 24. června 2014

JUDr. Jan Passer
člen rozšířeného senátu