ČESKÁ REPUBLIKA

# ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Ludmily Valentové a soudců JUDr. Lenky Matyášové a JUDr. Jakuba Camrdy, v právní věci žalobců: **a) BILLA, spol. s r. o.,** se sídlem Říčany u Prahy, Modletice 67, zastoupená JUDr. Robertem Čepkem, LL.M., Dr., advokátem se sídlem v Praze 1, Vodičkova 38, **b) CREDITEX HOLDING, a. s.,** se sídlem Praha 2, Vinohrady, Anny Letenské 34/7 (dříve JULIUS MEINL, a. s.), zastoupená JUDr. Petrem Hromkem, Ph.D., advokátem se sídlem v Praze 2, Vinohradská 30, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem v Brně, tř. Kpt. Jaroše 7, v řízení o kasačních stížnostech stěžovatele a) **BILLA, spol. s r. o.** a stěžovatele b) **CREDITEX HOLDING, a. s,** proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 5. 8. 2010, č. j. 62 Ca 41/2009 - 542,

takto:

**I.** Kasační stížnost stěžovatele a) **se zamítá.**

**II.** Kasační stížnost stěžovatele b) **se zamítá.**

**III.** Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasačních stížnostech stěžovatelů a) a b).

## Odůvodnění:

Rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 10. 2002, č.j. S 94/02-2136/02-VOII, bylo vysloveno, že se oba žalobci v rámci spolupráce při koordinovaném vyjednávání o nákupních podmínkách, uzavřené mezi nimi ústně v lednu 2001 a písemně vyjádřené ve společném dopise ze dne 31. 1. 2001, zaslaném jejich dodavatelům zboží, s účinností od 1. 1. 2001 až do doby vydání tohoto rozhodnutí, dohodli koordinovat a slaďovat své nákupní ceny zboží a kondice vůči dodavatelům. Tím porušili v období od 1. 1. 2001 do 30. 6. 2001 zákaz dohod o cenách uvedený v § 3 odst. 1 a

§ 3 odst. 2 písm. a) v té době účinného zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále též „zákon 63/1991 Sb."), a v období od 1. 7. 2001 zákaz dohod o cenách uvedený v § 3 odst. 1 a § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále též „zákon č. 143/2001 Sb.").

Tato dohoda (dle výroku I. rozhodnutí) vedla k omezení hospodářské soutěže na trhu zboží denní spotřeby určeného k maloobchodnímu prodeji spotřebitelům, a to na poptávkové straně tohoto trhu s dopadem na dodavatele. Výrokem II. bylo oběma žalobcům, s odkazem na § 7 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., zakázáno plnění této dohody do budoucna. Výrokem III. byla ve smyslu § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb. za jednání popsané ve výroku I. žalobci a) uložena pokuta ve výši 28 milionů Kč a žalobci b) 23 milionů Kč. Výrokem IV. byla žalobcům uložena opatření k nápravě, a to s odkazem na § 23 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb.

Rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „rozhodnutí žalovaného") ze dne 13. 10. 2003, č.j. R 70,71/2002, bylo prvostupňové rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže na základě § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení, ve znění pozdějších předpisů (správní řád), ve spojení s § 61 odst. 2 tohoto zákona, změněno. Výrok I. prvostupňového rozhodnutí byl změněn omezením doby prokázaného protisoutěžního jednání z (minimálně) 21. 10. 2002 na 22. 4. 2002.

Dále došlo k formulačním úpravám výroků II., III. a IV., které neměly vliv na významový obsah měněných výroků prvostupňového rozhodnutí, a ve výroku IV. došlo ke konkretizaci uloženého nápravného opatření ve vztahu k orgánu dohledu.

Oba žalobci se následně včas podanými žalobami domáhali zrušení rozhodnutí žalovaného i zrušení jemu předcházejícího prvostupňového rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „ÚOHS"), popřípadě vydání rozsudku, kterým by soud využil svého moderačního práva, pokud jde o výši pokuty správními rozhodnutími oběma žalobcům uložené.

Věc žalobce a) byla u Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud") vedena pod sp. zn. 31 Ca 41/2003 a věc žalobce b) pod sp. zn. 31 Ca 42/2003. Usnesením ze dne 1. 9. 2004, č. j. 31 Ca 42/2003 - 142, krajský soud žaloby spojil ke společnému projednání s tím, že nadále budou vedeny pod sp. zn. 31 Ca 41/2003.

Rozsudkem krajského soudu ze dne 31. 5. 2006, č. j. 31 Ca 41/2003 – 265, byl výrokem I. zrušen výrok III. rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 10. 2003, č. j. R 70,71/2002, o uložení pokuty. Současně krajský soud výrokem II. ve zbytku žaloby obou žalobců zamítl a výrokem III. rozhodl, že se žádnému z účastníků nepřiznává právo na náhradu nákladů řízení.

Výrok správního rozhodnutí, jímž byla žalobcům uložena pokuta, zrušil krajský soud proto, že předseda žalovaného zkrátil délku trvání deliktního jednání o cca 28 %, aniž by se tato skutečnost projevila na výši ukládané sankce, nebo se nějakým způsobem

odrazila v odůvodnění rozhodnutí. Část správního rozhodnutí, která se týkala stanovení výše pokuty, proto krajský soud považoval za nepřezkoumatelnou. Ostatní žalobní námitky nebyly shledány důvodnými, a proto byla žaloba ve zbytku zamítnuta.

Proti výroku o zamítnutí žalob podali oba žalobci v zákonné lhůtě kasační stížnosti. Na jejich základě Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 29. 5. 2009, č. j. 5 Afs 95/2007 - 353, rozsudek krajského soudu ve výroku II. o zamítnutí žalob ve zbytku a ve výroku III. o nákladech řízení zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

Nejvyšší správní soud shledal rozsudek krajského soudu částečně nepřezkoumatelný. Konkrétně v otázce, zda obsah korespondence advokát – soutěžitel zásadním způsobem směřoval šetření a rozhodování správního orgánu a případného vlivu tohoto zjištění na zákonnost rozhodnutí žalovaného. Nepřezkoumatelný byl rozsudek shledán i z důvodu nevyjádření se ohledně neprovedení navržených důkazů u žalobního bodu č. 8 a nevypořádání se s žalobními body O., Q. a R a s žalobní argumentací žalobce b), že na poptávkové straně trhu ve skutečnosti žádná soutěž neexistuje a na nabídkové straně nebyla soutěž v oblasti cen nikterak omezena.

Krajský soud po vrácení věci Nejvyšším správním soudem věc označil novou sp. zn. 62 Ca 41/2009 a nyní napadeným rozsudkem o žalobách proti rozhodnutí správního orgánu rozhodl tak, že žaloby se zamítají, žalovanému se nepřiznává náhrada nákladů řízení o žalobách a žalobcům se nepřiznává náhrada nákladů řízení o kasačních stížnostech proti rozsudku krajského soudu ze dne 31. 5. 2006, č. j. 31 Ca 41/2003 - 265.

Předseda ÚOHS mezitím znovu rozhodoval o pokutě za výše popsané protisoutěžní jednání a rozhodnutím ze dne 21. 3. 2007, č.j. R 70,71/2002-02678/2007/300 změnil výrokovou část III. prvostupňového rozhodnutí ÚOHS ze dne 21. 10. 2002, č.j. S 94/02-2136/02-VOII tak, že za jednání popsané ve výroku I. prvostupňového rozhodnutí byla žalobci a) uložena pokuta ve výši 23 800 000 Kč a žalobci b) ve výši 19 550 000 Kč.

I proti tomuto rozhodnutí správního orgánu podali oba žalobci ke krajskému soudu samostatné žaloby, které byly usnesením krajského soudu ze dne 30. 11. 2009, č. j. 62 Ca 10/2007 - 67 a 62 Ca 12/2007 - 242 spojeny ke společnému projednání se žalobami vedenými pod sp. zn. 62 Ca 41/2009, s tím, že budou nadále vedeny pod sp. zn. 62 Ca 41/2009.

## Kasační námitky

Proti výroku I. a III. nyní napadeného rozsudku krajského soudu ze dne 5. 8. 2010, č. j. 62 Ca 41/2009 - 542, podal žalobce a) jako stěžovatel a) kasační stížnost, kdy za primární důvod označil důvod zakotvený v § 103 odst. 1 písm. b) zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), že při zjišťování skutkové podstaty byl porušen zákon v ustanoveních o řízení před správním orgánem takovým způsobem, že to mohlo ovlivnit zákonnost napadených rozhodnutí a taktéž, že skutková podstata, o níž se napadená rozhodnutí opírají nemají dostatečnou oporu ve spisech.

Stěžovatel a) v kasační stížnosti dále namítl, že se krajský soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu vysloveným v rozsudku ze dne 29. 5. 2009, č. j. 5 Afs 95/2007 - 353, a že řízení před krajským soudem bylo zmatečné z důvodu, že složení senátu neodpovídalo sdělením soudu ani rozvrhu práce krajského soudu.

Podle obsahu kasační stížnosti stěžovatel a) namítl také nesprávné posouzení právních otázek krajským soudem v předcházejícím řízení dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. a nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí a v jiné vadě řízení před soudem, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.

Stěžovatel a) navrhl, aby Nejvyšší správní soud zrušil výrok I. a III. napadeného rozsudku a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení, případně aby sám provedl dokazování a ve věci meritorně rozhodl.

Žalobce b), nyní jako stěžovatel b), ve své kasační stížnosti napadl rozsudek krajského soudu v plném rozsahu z důvodu nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právních otázek krajským soudem v předcházejícím řízení a z důvodu nepřezkoumatelnosti rozsudku spočívající v nedostatku důvodů rozhodnutí a v jiné vadě řízení před soudem, jež měla za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé.

Stěžovatel b) navrhuje, aby Nejvyšší správní soud napadený rozsudek v plném rozsahu zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení.

V podaní datovaném dne 30. 11. 2010 stěžovatel b) doplnil svou kasační stížnost ze dne 16. 9. 2010 a vyjádřil se ke kasační stížnosti stěžovatele a), k vyjádření žalovaného ke kasačním stížnostem a taktéž požádal o vrácení soudního poplatku zaplaceného za řízení o jeho kasační stížnosti ze dne 16. 9. 2010 proti druhému rozsudku krajského soudu ze dne 5. 8. 2010, č. j. 62 Ca 41/2009 - 542.

Stěžovatel b) svou kasační stížnost doplnil i svým podáním ze dne 6. 1. 2011, kde detailněji rozvedl svou argumentaci ohledně nepřiměřenosti uložené sankce.

Žalovaný se ke kasační stížnosti stěžovatele a) podrobně vyjádřil k námitkám nesprávného složení senátu, absence protokolace u soudního jednání, nerespektování závěru Nejvyššího správního soudu ohledně korespondence advokát - klient, neprovedení důkazu výslechem svědkyně p. Zemánkové, nesouhlasu se závěrem soudu k převzetí důkazu „pět firem“ a neprovedení navrženého výslechu, nesprávného poučení jednatelky Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže a nepřipuštění výslechu svědkyně, nepřipuštění výslechu svědkyně ke vzniku důkazu „pět firem“, nesouhlasu se závěrem soudu ohledně nepřizvání k ústnímu jednání, nesouhlasu se závěrem soudu k hodnocení dohody jako nákupní aliance a námitce nepřiměřenosti uložené sankce. Žalovaný ve svém vyjádření považuje námitky stěžovatele a) za nedůvodné, případně účelové.

Ke kasační stížnosti stěžovatele b) se žalovaný podrobně vyjádřil k námitkám neexistence vzájemného soupeření mezi účastníky trhu na velkoobchodním trhu rychloobrátkového zboží, nesprávně provedeného výpočtu tržního podílu na relevantním

trhu, nesprávného odmítnutí námitek proti novému rozhodnutí o uložení pokuty, porušení zásady ústnosti soudního řízení. Žalovaný považuje námitky stěžovatele b) taktéž za nedůvodné, a proto navrhl, aby Nejvyšší správní soud ve smyslu § 110 odst. 1 s. ř. s. obě kasační stížnosti zamítl.

Dne 26. 10. 2011 Nejvyššímu správnímu soudu došlo další vyjádření žalovaného, nyní k druhému doplnění kasační stížnosti stěžovatele b), konkrétně k námitce nepřiměřenosti uložené sankce.

Nejvyšší správní soud nejprve přistoupil k posuzování důvodnosti kasační stížnosti stěžovatele a), a to v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů; zkoumal při tom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

Nejvyšší správní soud se nejdříve musel zabývat namítanou zmatečností řízení před krajským soudem z důvodu, že složení senátu neodpovídalo sdělením soudu ani rozvrhu práce krajského soudu.

Zmatečnost řízení před krajským soudem

Stěžovatel a) ve své kasační stížnosti poukazuje na to, že odůvodnění napadeného rozsudku týkající se složení rozhodujícího senátu líčí některé skutečnosti odlišně od reality.

Dne 13. 11. 2009 byla stěžovateli a) doručena informace o tom, že předseda Krajského soudu v Brně určil k projednání věci namísto předsedy senátu 62 Ca JUDr. Davida Rause, Ph.D., předsedkyni senátu 31 Ca JUDr. Jaroslavu Skoumalovou.

Následně bylo stěžovateli a) dne 26. 2. 2010 doručeno usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 1. 2010, č. j. Nao 1/2010 - 443, kterým bylo rozhodnuto o vyloučení JUDr. Davida Rause, Ph.D., z projednávání a rozhodnutí ve věci.

Dne 31. 03. 2010 bylo stěžovateli a) doručeno předvolání k jednání podepsané vyloučeným soudcem JUDr. Davidem Rausem, Ph.D., na což stěžovatel a) reagoval žádostí o zjednání nápravy.

Dne 7. 4. 2010 bylo stěžovateli a) doručeno opravené předvolání, v němž byla jako předsedkyně senátu označena JUDr. Jana Jedličková.

V návaznosti na výše uvedené se stěžovatel dožadoval, aby mu bylo soudem sděleno, v jakém složení senátu bude věc projednána a rozhodnuta, ze strany soudu však žádnou reakci neobdržel.

Po jednání konaném dne 5. 8. 2010 stěžovatel a) zjistil, že senát měl zcela odlišné složení od toho, které mohl právem očekávat. Proto je přesvědčen, že soud byl nesprávně obsazen a v tomto složení neměla být věc projednávána a rozhodnuta.

Žalovaný ve svém vyjádření k námitkám směřujícím do procesního postupu soudu uvedl, že stěžovatel a) nemohl přehlédnout, že z jednání je pořizován zvukový záznam, z něhož byl vyhotoven písemný protokol, který je součástí soudního spisu. Z protokolu vyplývá, že účastníci řízení byli v úvodu jednání seznámeni se složením senátu a k dotazu soudu stěžovatel a) nenamítl údajně odlišné složení senátu a nevznesl rovněž námitku podjatosti.

Krajský soud ke složení rozhodujícího senátu v napadeném rozsudku uvedl, že stěžovatel a) namítl podjatost předsedy senátu 62 Ca JUDr. Davida Rause z důvodu podílení se na projednávání a rozhodování dané věci jako zaměstnanec žalovaného. JUDr. David Raus ve svém vyjádření k námitce podjatosti uvedl, že v době rozhodování o této věci působil mj. jako předseda rozkladové komise žalovaného a že jsou tedy dány důvody jeho podjatosti.

Následně předseda krajského soudu na místo JUDr. Davida Rause určil podle rozvrhu práce předsedkyni senátu 31 Ca JUDr. Jaroslavu Skoumalovou. Zvolený postup neodpovídá přesné dikci ustanovení § 8 odst. 5 s. ř. s., dle kterého je-li podána námitka podjatosti soudce, rozhoduje o ní Nejvyšší správní soud. Krajský soud tento postup zvolil na základě předchozí praxe Nejvyššího správního soudu ve skutkově obdobných případech, kdy např. ve věci sp. zn. Nao 40/2007 byl krajskému soudu vrácen spis s námitkou podjatosti bez vyřízení s tím, že za situace, kdy po podání námitky podjatosti soudce má tento sám za to, že je ve věci vyloučen, není třeba o takové námitce rozhodovat, nýbrž je na místě věc předložit předsedovi soudu k určení jiného soudce podle § 8 odst. 3 s. ř. s.

Ve skutkově obdobné věci však Nejvyšší správní soud v rozhodnutí ze dne 22. 9. 2009, sp. zn. Nao 60/2009, zaujal názor odlišný. Dospěl k závěru, že i v případě, že se po podání námitky podjatosti soudce tento sám za podjatého označí, je třeba, aby tato námitka byla předložena Nejvyššímu správnímu soudu k rozhodnutí. Rozhodnutí předsedy soudu, který v takovém případě určil jiného soudce, označil za nicotné.

Zejména vzhledem k názoru o nicotnosti rozhodnutí předsedy soudu o určení jiného soudce, která by mohla způsobit porušení zásady zákonného soudce, předložil krajský soud námitku podjatosti k rozhodnutí Nejvyššímu správnímu soudu. Ten se v usnesení ze dne 29. 1. 2010, č. j. Nao 1/2010 - 443, ztotožnil se závěry zaujatými v usnesení sp. zn. Nao 60/2009 a vyloučil JUDr. Davida Rause z rozhodování v této věci. Podle platného rozvrhu práce pak na jeho místo nastoupil předseda zastupujícího senátu.

S ohledem na vznesenou námitku, že složení senátu neodpovídalo sdělením soudu ani rozvrhu práce krajského soudu, Nejvyšší správní soud požádal krajský soud o vyjádření ke složení rozhodujícího senátu (Mgr. Milan Procházka, JUDr. Radima Gregorová a Mgr. Petr Šebek) v předmětné věci.

Dle vyjádření krajského soudu v době vydání rozhodnutí v dané věci, tj. v srpnu 2010, měla s ohledem na vyloučení JUDr. Davida Rause (předsedy senátu 62 Af) podle rozvrhu práce účinného k 1. 8. 2010 na jeho místo nastoupit předsedkyně prvního zastupujícího senátu JUDr. Jana Jedličková. V den, kdy se konalo ústní jednání a kdy byl vydán rozsudek, byla JUDr. Jedličková v pracovní neschopnosti, která trvala několik měsíců. Vzhledem k tomu na její místo podle rozvrhu práce nastoupil předseda dalšího zastupujícího senátu (30 Af) Mgr. Milan Procházka. Další člen senátu Mgr. Petr Šebek byl řádným členem senátu 62 Af a JUDr. Radima Gregorová byla členkou senátu 29 Af, který podle rozvrhu práce účinného k 1. 8. 2010 senát 62 Af zastupoval.

S ohledem na výše uvedené dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že krajský soud rozhodoval ve složení senátu v souladu s platným rozvrhem práce účinným od 1. 8. 2010. Kasační námitka zmatečnosti řízení před krajským soudem z důvodu nesprávného složení rozhodujícího senátu nebyla shledána důvodnou.

Absence protokolace u soudního jednání

Jinou vadu řízení před soudem ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. stěžovatel a) spatřuje v tom, že při jednání před krajským soudem neproběhla žádná protokolace.

Žalovaný ve svém vyjádření k námitce absence protokolace uvádí, že ze soudního jednání byl pořizován zvukový záznam, z něhož byl vyhotoven písemný protokol, který je součástí soudního spisu.

Dle § 49 odst. 12 s. ř. s., jednání a další úkony, při nichž soud jedná s účastníky nebo provádí dokazování, se zaznamenávají ve formě záznamu. Záznam se uchovává na trvalém nosiči dat, který je součástí spisu.

Soudní spis krajského soudu obsahuje zvukový záznam ze soudního jednání konaného dne 5. 8. 2010 v dané věci. Krajský soud dle platné právní úpravy nebyl povinen protokolovat soudní jednání. Námitka jiné vady řízení před soudem z důvodu absence protokolace nebyla shledána důvodnou.

Za vadu řízení před soudem Nejvyšší správní soud nepovažuje ani postup krajského soudu, kdy rozsudek vyhlášený předsedou senátu odůvodnil člen senátu (soudce zpravodaj), natož pak za vadu řízení s vlivem na zákonnost napadeného rozhodnutí, jak ve své argumentaci dovozoval stěžovatel a).

V kasační stížnosti stěžovatel a) také vyjádřil pochybnosti o nepodjatosti soudce Mgr. Petra Šebka z důvodu, že zjistil, že sdílí společnou kancelář s JUDr. Davidem Rausem a argumentace obsažená v rozsudku ve vztahu ke korespondenci advokát – klient se velmi blíží argumentaci použité JUDr. Rausem v dobách, kdy byl vedoucím LPO ÚHOS. I v případě, že by skutečně Mgr. Petr Šebek sdílel společnou kancelář s JUDr. Rausem, pak tato skutečnost sama o sobě není důvodem k vyloučení soudce z projednávání a rozhodnutí věci ve smyslu § 8 odst. 1 s. ř. s., stejně jako skutečnost, že argumentace obsažená v napadeném rozsudku se blíží argumentaci dříve použité JUDr. Rausem. Podle závěru Nejvyššího správního soudu Mgr. Petr Šebek nebyl z důvodu uvedeného

stěžovatelem a) vyloučen z projednávání a rozhodnutí právní věci účastníků a tuto právní věc tedy neprojednával a nerozhodl vyloučený soudce.

Nerespektování závazného právního názoru

Dalším důvodem, o nějž stěžovatel a) opírá svou kasační stížnost, je tvrzené nerespektování závazného právního názoru Nejvyššího správního soudu (dále též „NSS“) vyjádřeného v rozsudku ze dne 29. 5. 2009, č. j. 5 Afs 95/2007 - 353, dle nějž byl krajský soud povinen zabývat se tím, zda obsah korespondence advokát – klient zásadním způsobem směřoval šetření a rozhodování správního orgánu, a vlivem případného zjištění na zákonnost rozhodnutí žalovaného správního orgánu.

Nejvyšší správní soud ve zrušujícím rozsudku ze dne 29. 5. 2009, č.j. 5 Afs 95/2007 - 353, zavázal krajský soud, aby v novém řízení nejprve objasnil skutkový stav ohledně směřování šetření a rozhodování správního orgánu na základě předmětné korespondence, konkrétně, zda by výrok rozhodnutí správního orgánu byl stejný i za situace, kdyby správní orgán neznal obsah korespondence advokát – soutěžitel a aby zjištěný skutkový stav posoudil po právní stránce.

Krajský soud v následném novém řízení v intencích závazného pokynu NSS ze správního spisu (konkrétně z protokolu o převzetí podkladů a informací z šetření dne 16. 7. 2002) zjistil, že žalovaný při místním šetření dne 16. 7. 2002 převzal mimo jiné fotokopie následujících dokumentů z e-mailové pošty jednatelky Ing. Zemánkové:

11. odesílatel B. Č., pro J. Zemánkovou, odesláno dne 26. 11. 2001, předmět Re: obchodní podmínky 2002, 3 listy
12. odesílatel B. Č., pro J. Zemánkovou, odesláno dne 27. 11. 2001, předmět Re: Koncernová dohoda s J. Meinlem, 3 listy
14. odesílatel B. Č., pro J. Zemánkovou, odesláno dne 25. 4. 2002, předmět Re: právní analýza - podklady, 6 listů
15. odesílatel B. Č., pro J. Zemánkovou, odesláno dne 25. 4. 2002, předmět Re: právní analýza - podklady, 3 listy
16. odesílatel J. Zemánková, pro R. Čepek, odesláno dne 17. 6. 2002, předmět Re: UOHS, 2 listy
18. odesílatel J. Zemánková, pro R. Čepek, odesláno dne 1. 7. 2002, předmět Re: Hosp. sutaz, 3 listy
20. odesílatel J. Zemánková, pro R. Čepek, odesláno dne 2. 7. 2002, předmět Re: UOHS, 2 listy

Součástí správního spisu je také přípis ze dne 31. 10. 2003, dle nějž žalovaný vrací výše popsané dokumenty obsahující korespondenci mezi klientem a advokátem jednatelce stěžovatele a). Krajský soud si proto vyžádal předmětnou korespondenci od stěžovatele a). Ten předložil vytištěné e-maily uvedené pod body 12, 14, 16 a 18 s tím, že další již nemá k dispozici a navrhl výslech jednatelky, která měla dosvědčit, že na základě vodítek obsažených v korespondenci mezi advokátem a klientem bylo směřováno další šetření žalovaného a cíleně opatřovány další důkazy.

Krajský soud provedl důkaz předloženými e-maily. Všechny zmiňované e-maily byly žalovaným převzaty v sídle stěžovatele a) dne 16. 7. 2002. Dle krajského soudu z nich mohl žalovaný zjistit toliko to, že si právní zástupce stěžovatele a) byl vědom toho, že jednání obou stěžovatelů může být považováno za zakázanou cenovou dohodu, a to zejména na základě dokladů, které předložil žalovanému stěžovatel b). Tyto doklady však již měl žalovaný v držení (od místního šetření ze dne 16. 4. 2002), přičemž závěry, které z nich dovodil JUDr. Čepek, jsou z těchto materiálů jednoznačně zřejmé. Žalovaný tak nepotřeboval ke svému dalšímu šetření „návod" uvedený v analýze. Podle názoru krajského soudu neovlivnila šetření žalovaného ani skutečnost, že věděl, jakým způsobem hodlal stěžovatel a) ve správním řízení postupovat, resp. jak se hodlal bránit. Tato skutečnost byla totiž pro další šetření žalovaného nepodstatná. Rovněž fakt, že si stěžovatel a) byl vědom toho, že dohoda se stěžovatelem b) může být vnímána jako zakázaná cenová dohoda, přestože ve správním řízení tvrdil opak, nijak nemohl ovlivnit šetření či postup žalovaného. Ten byl totiž povinen existenci cenové dohody prokázat dostatečnými důkazy bez ohledu na tvrzení stěžovatele a). Tyto důkazy pak také získal zejména od stěžovatele b) a jednotlivých dodavatelů obou stěžovatelů. Podle názoru krajského soudu přitom žalovaný shromáždil dostatečné důkazy, které existenci zakázané cenové dohody prokazují, a to bez ohledu na neoprávněně zabavenou korespondenci.

V odůvodnění napadeného rozsudku krajský soud dále konstatoval, že ze správního spisu vyplynulo, že prvotním impulsem, na základě kterého žalovaný zahájil šetření, byl dopis obou stěžovatelů určený jejich dodavatelům ze dne 31. 1. 2001, v němž oba stěžovatelé sdělovali, že zahájili spolupráci spočívající v koordinovaném vyjednávání o nákupních podmínkách. Tento dopis žalovaný získal dne 15. 2. 2002. Následně zahájil správní řízení (oznámením ze dne 15. 4. 2002) a dne 16. 4. 2002 provedl místní šetření u stěžovatele b), při němž převzal řadu dokumentů. Z řady těchto písemností (např. e-mail společnosti Heinz na č.l. 343) vyplynula existence tzv. aliančního bonusu, který stěžovatelé po dodavatelích nově požadovali, jakož i skutečnost, že se domáhali, aby jim dodavatelé zpětně kompenzovali rozdíly v cenách, za něž od nich nakupovali. Na základě tohoto zjištění následně žalovaný prováděl místní šetření u některých dodavatelů stěžovatelů (např. dne 13. 5. 2002 u společnosti SOFTY s. r. o., kde mj. získal dokument potvrzující existenci aliančního bonusu i požadavku zpětných kompenzací). Zároveň žalovaný dne 25. 6. 2002 oslovil vzorek dodavatelů stěžovatelů s dotazem, zda u některého zboží dodávaného oběma stěžovatelům došlo ke sjednocení netto/netto cen, případně od kdy a z jakého důvodu (č.l. 3020). Některé odpovědi dodavatelů (např. odpověď národního podniku Budějovický budvar ze dne 28. 6. 2002 na č.l. 3045, nebo odpověď společnosti Natura a. s. ze dne 8. 7. 2002 na č.l. 3176) potvrdily sjednocení nákupních cen a obchodních podmínek obou stěžovatelů z důvodu uzavření aliance. Skutečnost, že oba stěžovatelé požadují alianční bonus potvrdily z oslovených také např. společnosti Colgate-Palmolive ČR s. r. o. (č.l. 4219) a Drinks union a. s. (č.l. 4257), která potvrdila též kompenzaci cen formou „dofakturace" bonusu za odebrané zboží.

K místnímu šetření provedenému žalovaným dne 16. 7. 2002 u stěžovatele a) krajský soud uvedl, že při něm žalovaný vedle korespondence mezi advokátem a klientem převzal další listiny (e-maily, a to zejména tabulku „Aliance-dodav-sumy-procenta 18. 9. 01.xls", č.l. 3380 a násl.), která byla přílohou e-mailu zasílaného T. V. Janě

Zemánkové dne 20. 1. 2002. Z obsahu této tabulky jednoznačně vyplývá, že jde o sumarizaci aliančních vztahů obou stěžovatelů s dodavateli, což je ostatně zřejmé i z označení souboru. Podle krajského soudu je taktéž evidentní, že nejde o ex post provedené shrnutí, nýbrž o nástroj pro další realizaci aliančního jednání (např. označení některých dodavatelů, kteří jsou v rámci prováděné koordinace dosud v jednání, uvedení výše požadovaných kompenzací apod.).

Podle krajského soudu nelze tabulku „Pět firem“ (č.l. 3490), která byla taktéž převzata při místním šetření, považovat za korespondenci mezi advokátem a klientem, neboť ji žalovaný získal řádně jako přílohu e-mailu zasílaného J. K. Janě Zemánkové a Jaroslawu Szcypkovi dne 23. 4. 2002 (č.l. 3490). Z tabulky je zřejmé, že porovnává u konkrétních dodavatelů obou stěžovatelů ceny, bonusy a kondice dodávaného zboží. K využití informací z této tabulky žalovanému nemohla nijak pomoci neoprávněně zadržená korespondence mezi advokátem a klientem, neboť veškeré podstatné informace z ní získal bez ohledu na tuto korespondenci.

Krajský soud nesouhlasí s tvrzením stěžovatele a), že teprve na základě vodítek obsažených v korespondenci advokát – klient (např. datum a čas odeslání, od koho či komu byla zpráva zaslána apod.) byly posléze cíleně dohledány v počítačích jiných osob podklady, které žalovaný následně hodnotil jako klíčové důkazy svědčící proti stěžovateli a). Tabulka „Pět firem“ byla zabrána tentýž den, jako korespondence mezi advokátem a klientem. Navíc i bez této tabulky měl žalovaný dostatečné informace pro závěr o tom, že stěžovatelé uzavřeli zakázanou cenovou dohodu (sjednocení nákupních cen, požadavek aliančního bonusu a zpětných kompenzací potvrzují i další listiny – sdělení dodavatelů a např. tabulka „Aliance-dodav-sumy-procenta 18. 9. 01.xls“).

Krajský soud po zhodnocení provedených důkazů dospěl k závěru, že stěžovatelem a) předložené e-maily z neoprávněně zabavené korespondence advokát-klient nijak neovlivnily šetření žalovaného. Podle krajského soudu byly potřebné podklady pro závěr žalovaného v dostatečné míře zajištěny předtím, než došlo k neoprávněnému zabrání korespondence mezi advokátem a klientem, a proto nemohla mít tato korespondence žádný podstatnější vliv na další šetření žalovaného, natož vliv zásadní. Výrok rozhodnutí žalovaného by byl stejný i za situace, kdyby žalovaný neznal obsah korespondence advokát – klient. Uvedená vada tedy neměla vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí a není tak důvodem pro jeho zrušení.

Stěžovatel a) porušení vázanosti soudu právním názorem NSS shledává v odůvodnění napadeného rozsudku, že tabulku „Pět firem“ (č.l. 3490) nelze považovat za korespondenci mezi advokátem a klientem, neboť ji žalovaný získal jako přílohu e-mailu zasílaného J. K. Janě Zemánkové a Jaroslawu Sczypkovi dne 23. 4. 2002.

Podle stěžovatele a) došlo k převzetí tabulky tak, že poté, co byla nalezena u Ing. Zemánkové ve složce „Právníci“, zjistili v této složce pracovníci žalovaného, kým byla Ing. Zemánkové na základě jejího předchozího pokynu zaslána a teprve z počítače onoho odesilatele tabulku vytiskli, aby byla následně použita jako korunní důkaz pro porušení zákona soutěžiteli. Tímto tvrzením se však soud opakovaně nezabýval a bez bližší

specifikace toho, o jaké informace se mělo jednat, uzavřel, že veškeré podstatné informace z ní získal žalovaný bez ohledu na tuto korespondenci.

Stěžovatel a) v této souvislosti dále argumentuje, že ke dni 16. 7. 2002, kdy proběhlo jím napadené místní šetření, neměl žalovaný žádné přímé důkazy týkající se porušení zákona stěžovatelem a). K dispozici měl pouze materiály převzaté při místním šetření u druhého soutěžitele, ty však samy o sobě nebyly bez dalšího dostačující k prokázání protisoutěžního jednání ze strany stěžovatele a). Žalovaný si při místním šetření nezákonně ulehčil práci prohlédnutím složky „Právníci“ v počítači jednatelky a následně šli pracovníci žalovaného najisto a na základě nezákonně získaných informací dohledávali konkrétní důkazy v počítačích podřízených osob.

Žalovaný ve svém vyjádření k předmětné otázce uvedl, že krajský soud pokyn NSS respektoval a obsáhle se zabýval, zda obsah korespondence advokát – klient zásadním způsobem směřoval šetření a rozhodování žalovaného a posouzením případného vlivu svého zjištění na zákonnost jeho rozhodnutí. Žalovaný v souvislosti s touto námitkou zdůrazňuje, že při zahájení řízení získal z šetření dne 16. 4. 2002 u stěžovatele b) řadu podkladů, jež zmiňovaly i srovnání netto-netto cen dohodnutých mezi oběma stěžovateli, dohodu obou stěžovatelů o výši slevy, kterou budou od dodavatelů požadovat (tzv. alianční bonus), kdy tento alianční bonus byl obsažen i ve smlouvách převzatých při prvním šetření téhož dne u stěžovatele a). Další důkazní materiál byl zajištěn z šetření v obchodních prostorách konkrétních dodavatelů (Penam, Softy, Varmuža, Fackelman, Canto, Accom), z výslechů svědků (a jimi předložených podkladů) a z informací oslovených dodavatelů (poskytnutých do 16. 7. 2002). Žalovaný tak měl řadu důkazů nasvědčujících uzavření zakázané dohody o cenách z úkonů dokazování učiněných v období předcházejícím datu druhého šetření v obchodních prostorách stěžovatele a) a nebyl při svých zjištěních a hodnocení jednání stěžovatelů odkázán na důkazy nalezené u stěžovatele a) při druhém šetření.

Nejvyšší správní soud z kasační argumentace zjistil, že stěžovatel a) obsahem své námitky ve skutečnosti nenapadá nerespektování závazného právního názoru NSS (objasnit skutkový stav ohledně směřování šetření a rozhodování správního orgánu na základě předmětné korespondence a zjištěný skutkový stav posoudit po právní stránce), ale podle něj nesprávný závěr krajského soudu ohledně vlivu zabrané korespondence advokát – klient na další šetření žalovaného.

Stěžovatel a) však nebrojí proti závěrům krajského soudu, že potřebné podklady pro závěr žalovaného byly v dostatečné míře zajištěny předtím, než došlo k neoprávněnému zabrání korespondence mezi advokátem a klientem, a proto nemohla mít tato korespondence žádný podstatnější vliv na další šetření žalovaného, natož vliv zásadní, a že i bez této tabulky měl žalovaný dostatečné informace pro závěr, že stěžovatelé uzavřeli zakázanou cenovou dohodu. Veškerou svou argumentaci stěžovatel a) opírá pouze o dle jeho názoru korunní důkaz, a to tabulku „Pět firem“ a způsob jejího získání žalovaným správním orgánem. Žalovaný však měl řadu důkazů nasvědčujících uzavření zakázané dohody o cenách z úkonů dokazování učiněných v období předcházejícím datu druhého šetření v obchodních prostorách stěžovatele a) dne 16. 7. 2002 (podklady z šetření ze dne 16. 4. 2002 u stěžovatele b), dohoda stěžovatelů o výši slevy, kterou budou od

dodavatelů požadovat (tzv. alianční bonus), alianční bonus obsažený ve smlouvách převzatých při prvním šetření u stěžovatele a), podklady z šetření v obchodních prostorách dodavatelů /Penam, Softy, Varmuža, Fackelman, Canto, Accom/, výslechy svědků a informace oslovených dodavatelů poskytnutých do 16. 7. 2002). S ohledem na výše uvedené neshledal Nejvyšší správní soud kasační námitku důvodnou.

Nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku

Za jinou vadu řízení před soudem, která mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí, považuje stěžovatel a) neprovedení navržených důkazů krajským soudem s odůvodněním, že nemohou nic nového přinést.

Konkrétně stěžovatel a) rozsudek krajského soudu shledává nepřezkoumatelný z důvodu, že krajský soud neprovedl k otázce směřování šetření žalovaného jím navržené důkazy (výslech Ing. Zemánkové, e-mail ze dne 22. 4. 2002 zaslaný Ing. Janou Zemánkovou JUDr. Robertu Čepkovi a Mgr. B. Č. „FW: Pět firem“, z nějž vyplývá, že data obsahující porovnání cen u pěti dodavatelů byla ihned po jejich obdržení zaslána právním zástupcům stěžovatele a byla zpracována na jejich žádost, korespondenci mezi JUDr. Čepkem a Ing. Zemánkovou ze dne 17. 6. 2002 „Předmět ÚOHS“ a e-mail zaslaný Ing. Zemánkovou JUDr. Čepkovi dne 18. 6. 2002 „FW: Dodavatelé porovnání cen Billa/Meinl, z nějž vyplývá, že toto porovnání bylo vytvořeno na žádost JUDr. Čepka).

Z napadeného rozsudku k otázce neprovedení navrženého důkazu výslechem jednatelky Ing. Jany Zemánkové Nejvyšší správní soud zjistil, že krajský soud navrhovaný výslech neprovedl z důvodu, že jej považoval za nadbytečný, neboť by nemohl, v otázce zásadního směřování šetření a rozhodování žalovaného na základě neoprávněně převzaté korespondence advokát – klient, přinést nic nového. Ze správního spisu je dle krajského soudu jednoznačně zřejmé, jakým způsobem a směrem žalovaný vedl šetření a na základě jakých důkazů v daném řízení rozhodl. Soud předmětnou otázku mohl dostatečně posoudit bez toho, aby navrženou svědkyni vyslýchal.

Za potřebné nepovažoval krajský soud provádět ani další navržené důkazy, a to emailovou korespondenci ze dne 22. 4. 2002 a 18. 6. 2002, neboť mají doložit okolnosti vzniku tabulky „Pět firem“ a tato otázka je pro posouzení žalobního bodu vady správního řízení z důvodu nesdělení předmětu šetření, resp. skutkového vymezení toho, v čem je spatřováno porušení zákona, nepodstatná, neboť vznik tabulky „Pět firem“ nemá žádný vliv na vymezení předmětu řízení.

Nejvyšší správní soud ze soudního spisu zjistil, že stěžovatel a) v žalobě u bodu č. 8 navrhoval jako důkazy e-mail obchodní společnosti JULIUS MEINL, a.s. (S. K.) zaslaný jednateli Jaroslawu Szcypkovi dne 22. 4. 2002, následně přeposlaný Jaroslavem Szcypkou P. P. a Janě Zemánkové, přeposlaný téhož dne JUDr. Robertu Čepkovi a Mgr. B. Č. a e-mail ze dne 18. 6. 2002 odeslaný P. P. Janě Zemánkové a přeposlaný téhož dne JUDr. Robertu Čepkovi a následně dne 26. 6. 2002 Mgr. B. Č.

Žalobní bod č. 8 obsahoval žalobní námitku vady správního řízení z důvodu, že stěžovateli a) nebyl sdělen předmět šetření, resp. skutkové vymezení toho, v čem je spatřováno porušení zákona a stěžovatel a) tak neměl možnost dostatečně kvalifikovaně se obhajovat a navrhovat důkazy k vyvrácení podezření správního orgánu.

Ze soudního spisu je tak zřejmé, že stěžovatel a) nenavrhoval provést výše zmíněné důkazy (e-mailová korespondence) k podpoře svého tvrzení, že nezákonné převzetí korespondence mezi advokátem a klientem směřovalo šetření žalovaného a mělo vliv na zákonnost řízení před žalovaným, ale k podpoře tvrzení, že mu nebyl dostatečně určitě a srozumitelně sdělen předmět šetření žalovaného. V tomto směru se krajský soud s neprovedením navržených důkazů vypořádal dostatečným způsobem a kasační námitka nepřezkoumatelnosti rozsudku krajského soudu v tomto ohledu nebyla shledána důvodnou.

Porušení ustanovení o řízení před správním orgánem

K výslovně namítanému důvodu kasační stížnosti ve smyslu § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s., že při zjišťování skutkové podstaty byl porušen zákon v ustanoveních o řízení před správním orgánem takovým způsobem, že to mohlo ovlivnit zákonnost napadených rozhodnutí a taktéž, že skutková podstata, o níž se napadená rozhodnutí opírají, nemají dostatečnou oporu ve spisech, stěžovatel a) konkrétně nepodřadil žádné kasační tvrzení. Podle obsahu kasační argumentace lze pod výše uvedený důvod podřadit tři následující stížní body:

Stěžovatel krajskému soudu vytýká, že u tvrzené nesprávné protokolace nehodlal zjistit materiální pravdu a namísto toho vyšel z formalistického pojetí absolutní správnosti správního spisu.

Námitka nesprávné protokolace ve správním řízení již byla vznesena v předcházející kasační stížnosti stěžovatele a) v dané věci. Krajský soud v původním řízení (rozsudek ze dne 31. 5. 2006, č. j. 31 Ca 41/2003 - 265) po prostudování správního spisu neshledal žádná právně relevantní pochybení ve smyslu žalobních námitek, neboť naznal, že svědecké výpovědi i prováděná protokolace odpovídaly jak požadavkům zákona, tak i obecně uznávaným standardům. Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 29. 5. 2009, č. j. 5 Afs 95/2007 -353, závěry, které v tomto směru učinil krajský soud, shledal zcela v souladu s obsahem správního spisu. Jedná se tak o otázku, kterou se již Nejvyšší správní soud zabýval v předcházejícím řízení. Dle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. je kasační stížnost nepřípustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem. Uvedené neplatí, je-li jako důvod kasační stížnosti namítáno, že se soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu. Ohledně posouzení otázky nesprávné protokolace však toto stěžovatel a) nenamítal.

Pokud se tedy stěžovatel a) v kasační stížnosti podané proti rozhodnutí, jímž krajský soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem, dovolává stížních důvodů v předchozí kasační stížnosti již jednou

uplatněných a Nejvyšším správním soudem věcně přezkoumaných, je kasační stížnost v této části nepřípustná podle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. (srov. rozhodnutí NSS ze dne 8. 4. 2005, č. j. 7 Azs 338/2004 - 106). Nejvyšší správní soud se proto uvedenou argumentací stěžovatele a) nezabýval.

Krajský soud podle stěžovatele a) také pochybil, když se odmítl zabývat tvrzením o nezákonnosti místního šetření s poukazem na presumovanou správnost správního spisu, přestože tuto správnost stěžovatel opakovaně rozporoval. Otázku nezákonnosti místního šetření stěžovatel a) již také uplatnil v předchozí kasační stížnosti a Nejvyšší správní soud ji věcně přezkoumal. Kasační stížnost je proto i v této části nepřípustná.

Za nesprávný považuje stěžovatel a) také závěr soudu, že žalovaný sice pochybil, když ho nepřizval k výslechu jednatele stěžovatele b), ale tato vada podle něj nemohla mít za následek nezákonnost řízení a v něm vydaného rozhodnutí.

Krajský soud v posuzované otázce dospěl k závěru, že žalovaný pochybil, pokud stěžovatele a) o konání ústního jednání nevyrozuměl a na toto jednání ho nepřizval. V daném případě se však podle krajského soudu nejednalo o vadu takové intenzity, která by mohla mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Krajský soud konstatoval: *„Žalobce předně vůbec neuvádí, jak by uvedené pochybení žalovaného mohlo v daném případě ovlivnit zákonnost napadeného rozhodnutí – nijak netvrdí, jak jeho neúčast ovlivnila dané řízení. Navíc ani během správního řízení proti svojí neúčasti na předmětném ústním jednání nebrojil, a to přesto, že nejpozději po seznámení se s podklady rozhodnutí dne 5. 8. 2002 (protokol na čl. 4717) musel vědět o konání ústního jednání. Vzhledem k tomu, že ani soud neshledal, že by uvedené pochybení žalovaného mohlo mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, nemohla být tato vada důvodem, pro který by soud měl napadené rozhodnutí zrušit.“*

Stěžovatel a) až teprve v kasační stížnosti ohledně jeho nepřizvání k ústnímu jednání s jednatelem stěžovatele b) namítá, že jeho účastí na ústním jednání mohlo dojít k jinému směřování šetření žalovaného a zejména jinému směřování jeho obhajoby. Stížní námitka však byla uplatněna pouze v obecné rovině. Stěžovatel a) své tvrzení o jiném směřování šetření žalovaného, či jeho obhajoby, nijak nekonkretizoval a neuvedl, jakým způsobem jeho neúčast při ústním jednání mohla uváděné změny vyvolat, případně, jak ho neúčast omezila v možnosti ovlivňovat směr šetření žalovaného a své obhajoby. Úkolem Nejvyššího správního soudu v řízení o kasační stížnosti však není domýšlet argumentaci za stěžovatele. Za této situace Nejvyšší správní soud neshledal uvedenou námitku důvodnou.

Nesprávné posouzení právních otázek

Stěžovatel a) v kasační stížnosti napadá také argumentaci krajského soudu k žalobním bodům O., P., Q. a R stěžovatele b). Konkrétně stěžovatel a) nesouhlasí se závěrem krajského soudu, že dohoda, kterou stěžovatelé mezi sebou uzavřeli, neměla charakter nákupní aliance (tedy charakter prosoutěžní dohody). Ustanovení § 104 odst. 4 s. ř. s. upravuje, že kasační stížnost není přípustná, opírá-li se o důvody, které stěžovatel neuplatnil v řízení před soudem, jehož rozhodnutí má být přezkoumáno, ač tak učinit

mohl. Stěžovatel a) v žalobě nenamítal, že předmětná dohoda nebyla dohodou o cenách, ale tzv. nákupní aliancí (dohodou o společném nákupu), ač tak učinit mohl. Jeho kasační stížnost je proto v této části nepřípustná.

Nepředvídatelnost a nepřiměřenost sankce

Stěžovatel a) považuje uloženou sankci v rámci praxe žalovaného za nepředvídatelnou a nepřiměřenou a odkazuje v této souvislosti na pokutu uloženou za cenový kartel výrobcům obrazovek, který trval po dobu 6 let a v jehož rámci probíhala mezi osmi firmami jednání, na nichž docházelo ke stanovování cílových a minimálních cen, cenového rozmezí a cenových pravidel, či udržování dohodnutých cen s tím, že následně bylo dodržování dohodnutých cen účastníky kontrolováno. Nejvyšší sankce přitom činila necelých 14 mil Kč, přičemž stěžovatel a) nepředpokládá, že obraty soutěžitelů, jichž se citované rozhodnutí týká, jsou nižší než obraty stěžovatelů v dané věci.

Žalovaný poukaz na výši pokuty uložené za kartelovou dohodu výrobcům obrazovek považuje za nepřípadný, a to ze dvou důvodů. Jednak se jedná o rozhodnutí vydané prvostupňovým orgánem, které dosud nenabylo právní moci a dále u pokuty ukládané pravomocně v roce 2007 nelze argumentovat výší pokut ukládaných o několik let později. Správní orgán je povinen přihlédnout při stanovení pokuty k výši sankcí uložených za obdobný delikt v řízeních, jež předcházela jeho rozhodování o uložení sankce v posuzovaném případě, a této povinnosti naplnit zásadu předvídatelnosti správní orgán dostál.

Nejvyšší správní soud argumentaci stěžovatele a) ohledně nepředvídatelnosti a nepřiměřenosti pokuty s ohledem na výši pokuty uložené za kartelovou dohodu výrobcům obrazovek neshledal příléhavou. Správní orgán má dbát o to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Je tak možné dovodit, že správní orgán má při stanovení pokuty přihlédnout k výši sankcí uložených za obdobný delikt v řízeních, jež předcházela jeho rozhodování o uložení sankce v dané věci. Zásah do práva na spravedlivý proces by bylo možno shledat v postupu správního orgánu, který by ve více rozhodnutích v téže nebo podobné věci na základě totožných nebo obdobných skutkových zjištění rozhodl diametrálně odlišným způsobem a svůj názorový posun přezkoumatelně neodůvodnil. S ohledem na odlišné okolnosti soutěžních případů (odlišný relevantní trh, odlišné výrobky, odlišní soutěžitelé, odlišná délka trvání deliktu) se nejedná o skutkově shodný nebo podobný případ. Kasační námitka nebyla shledána důvodnou.

Kasační stížnost stěžovatele b)

Stěžovatel b) kasační stížnost ze dne 16. 9. 2010 následně ještě dvakrát doplnil, a to podáním ze dne 30. 11. 2010 a ze dne 6. 1. 2011. Rozsudek krajského soudu je napadán z důvodu nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právních otázek soudem v předcházejícím řízení a také z důvodu nepřezkoumatelnosti spočívající v nedostatku

důvodů rozhodnutí a v jiné vadě řízení před soudem, jež měla za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé.

Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 29. 5. 2009, č. j. 5 Afs 95/2007 - 353 zavázal krajský soud v novém řízení podrobit žalobní body O., Q. a R. meritornímu přezkoumání a vypořádat se i s žalobní argumentací stěžovatele b), že na poptávkové straně trhu ve skutečnosti žádná soutěž neexistuje a na nabídkové straně nebyla soutěž v oblasti cen nikterak omezena.

Jako první se zdejší soud v rámci kasační stížnosti stěžovatele b) zabýval námitkou porušení zásady ústnosti soudního jednání. V této námitce stěžovatel zřejmě spatřuje jinou vadu řízení před krajským soudem.

Porušení zásady ústnosti soudního jednání

Stěžovatel b) považuje procesní postup krajského soudu za nestandardní z důvodu, že krajský soud i přes obsáhlé přednesy obou stěžovatelů při ústním jednání dne 5. 8. 2010 čerpal ústní odůvodnění na jednání vyhlášeného rozsudku z již dříve připraveného a předem písemně vyhotoveného rozsudku. Krajský soud tak podle stěžovatele b) nerozhodoval na základě poznatků, které získal či mohl získat prioritně ústním podáním, čímž porušil Ústavou zakotvenou zásadu ústnosti a bezprostřednosti.

Žalovaný k porušení zásady ústnosti soudního jednání uvádí, že ve vyjádření stěžovatele b) při soudním jednání nezaznělo nic nového, co by krajskému soudu nebylo známo již dříve z písemných podání. Soud tak mohl pokračovat v připraveném postupu vedení jednání.

Podle čl. 96 odst. 2 Ústavy je jednání před soudem ústní a veřejné; výjimky stanoví zákon. Rozsudek se vyhlašuje vždy veřejně.

Podle čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod každý má právo, aby jeho věc byla projednána veřejně, bez zbytečných průtahů a v jeho přítomnosti a aby se mohl vyjádřit ke všem prováděným důkazům. Veřejnost může být vyloučena jen v případech stanovených zákonem.

Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní – s. ř. s., podle něhož krajský soud postupoval, stanoví v § 49 odst. 2, že jednání je veřejné, v odst. 5, že v průběhu jednání mohou účastníci se souhlasem předsedy senátu klást účastníkům řízení atd. otázky a vyzvat je k vyjádření k věci, a v odst. 8, že na závěr jednání musí být uděleno účastníkům slovo ke konečným návrhům. Podle obsahu předloženého spisu krajského soudu, ani tvrzení stěžovatele b) nebyl porušen čl. 96 odst. 2 Ústavy, čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, ani § 49 s. ř. s., neboť jednání dne 5. 8. 2010 bylo veřejné a ústní, při němž se účastníci mohli rozsáhle vyjádřit ke své právní věci. Zásadu veřejnosti a ústnosti jednání před soudem by krajský soud neporušil ani v případě, pokud by si připravil skutkové a právní podklady pro případné rozhodnutí ve věci a jeho odůvodnění (zvlášť ve věci značně

rozsáhlé, jako je tato věc účastníků). Soud ovšem musel přihlédnout i ke všemu, co vyplynulo v průběhu jednání, při němž bylo rozhodnuto ve věci.

Stěžovatel b) svou námitku formuloval pouze v obecné rovině, proto se k ní Nejvyšší správní soud mohl vyjádřit také pouze v rovině obecného konstatování, že v přípravě eventuelního konceptu rozhodnutí krajským soudem před ústním jednáním neshledal porušení zásady ústnosti a veřejnosti soudního jednání.

Jako další kasační námitku stěžovatel b) uvádí nepřezkoumatelnost rozsudku ohledně namítané neexistence soutěže na relevantním trhu.

Neexistence hospodářské soutěže na velkoobchodním trhu rychloobrátkového zboží

Stěžovatel b) považuje rozsudek krajského soudu v otázce neexistence hospodářské soutěže za nepřezkoumatelný z toho důvodu, že se dostatečně nevypořádal s důležitou částí žalobní argumentace tím, že nezohlednil postihované jednání ve vztahu ke všem specifikům trhu, včetně postavení všech potenciálně dotčených subjektů, jež na trhu působí. Rozsudek přesvědčivě nezdůvodnil, jak postihované jednání soutěž zasáhlo, resp. jak by se soutěž vyvíjela, pokud by předmětná dohoda uzavřena nebyla. Krajský soud tak podle stěžovatele b) v rozporu se závazným pokynem Nejvyššího správního soudu dostatečně neodůvodnil svůj závěr, že postihovaným jednáním byla omezena volnost vzájemného soupeření mezi jednotlivými dodavateli zboží a tedy i volnost hospodářské soutěže.

Žalovaný ve svém vyjádření považuje vypořádání námitky soudem za dostačující. K předmětné otázce uvádí, že existence soutěže není závislá na převisu nabídky nad poptávkou či naopak. Velikost nabídky a poptávky je pouze jedním z faktorů, které ovlivňují úroveň a intenzitu soutěže, nikoliv její samotnou existenci. Stěžovatelé stojí na maloobchodním trhu zboží denní spotřeby, kde soutěží se svými konkurenty o spotřebitele a dosažení co nejvyšších výnosů z maloobchodního prodeje zboží. Zároveň nutně soutěží (opět se svými konkurenty) na poptávkové straně zmíněného relevantního trhu, a to o dosažení co nejvýhodnějších nákupních podmínek zboží poptávaného od dodavatelů. Konkurent stěžovatelů, který dosáhne výhodnějších nákupních podmínek u nákupu zboží, získá proti ostatním konkurenční výhodu, kterou může využít k posílení své konkurenceschopnosti na trhu prodeje zboží spotřebitelům (např. pomocí nabízení nižších cen při prodeji zboží spotřebitelům, zvyšování kvality svých služeb, expanze na trhu otevíráním dalších provozoven apod.). Soutěž se také neodehrává jen v ceně (byť nákupní cena zpravidla na většině trhů patří mezi nejdůležitější faktory); probíhá i v necenové oblasti – v soutěžních parametrech jako je kvalita zboží, velikost poptávaných balení, splatnosti dodávek a další faktory. Protisoutěžní kooperace konkurentů uplatňovaná na jedné nebo druhé straně relevantního trhu (kdy tito vystupují vůči dodavatelům nebo vůči spotřebitelům jako jediný subjekt), je způsobilá narušit soutěž v horizontální úrovni trhu a mít negativní dopad na dodavatele nebo spotřebitele. Tržní sílu stěžovatelů nelze poměřovat jen jejich prostým aritmetickým podílem na trhu. Je třeba ji posoudit zejména s ohledem na kvalitu soutěžního prostředí a také další skutečnosti na straně stěžovatelů. Kvalita soutěžního prostředí na trhu zboží denní spotřeby určeného

k maloobchodnímu prodeji, kde cca 11 nadnárodních obchodních řetězců realizovalo cca 58 % veškerých tržeb daného trhu a o zbývající díl trhu se dělilo několik desítek tisíc maloobchodních prodejců, nasvědčuje, že jde o významnější soutěžitele na trhu. Tato vyšší tržní síla (než by odpovídala pouhému podílu na trhu), zvyšuje také jejich vyjednávací tržní sílu na poptávkové straně trhu – kde stěžovatelům umožňuje „diktovat si" zásadní podmínky nákupu zboží. V době převisu nabídky nad poptávkou na dodavatelském trhu se pak zvyšuje míra závislosti dodavatelské strany trhu na těchto obchodních řetězcích. Tvrzení, že odběratelé o dodavatele zboží nesoutěží, neznamená, že soutěž neexistuje, nanejvýš je méně intenzivní.

Krajský soud se v napadeném rozsudku neztotožnil s žalobní argumentací, že na poptávkové straně trhu se hospodářská soutěž vůbec neodehrává. Naopak má za to, že hospodářská soutěž existuje i mezi obchodními řetězci, jako přímými konkurenty, a to jak pokud jde o prodej zboží denní spotřeby, tak pokud jde o jeho nákup. Ve vztahu k nákupu zboží je podle něj třeba soutěž spatřovat v tom, že odběratelé mají snahu nakoupit zboží za co nejnižší cenu a za co nejvýhodnějších podmínek. Soutěží tak mezi sebou v parametru ceny a dalších obchodních podmínek (např. lhůty dodání zboží, či lhůty splatnosti).

Krajský soud k otázce tvrzené neexistence hospodářské soutěže dále konstatoval, že vedle hospodářské soutěže mezi přímými konkurenty, existuje i soutěž mezi soutěžiteli ve vertikálních vztazích. Odběratelé se snaží nakoupit od dodavatelů zboží za co nejnižší ceny a za co nejvýhodnějších podmínek. Dodavatelé se naopak snaží prodat za ceny co možná nejvyšší a za podmínek co nejvýhodnějších pro dodavatele. Protichůdné zájmy dodavatelů a odběratelů představují hospodářskou soutěž ve vertikálním vztahu.

Nejvyšší správní soud v předcházejícím zrušujícím rozsudku ze dne 29. 5. 2009, č. j. 5 Afs 95/2007 - 353 krajský soud zavázal vypořádat se v novém řízení s žalobní argumentací, že na poptávkové straně trhu žádná soutěž neexistuje a na nabídkové straně nebyla soutěž v oblasti cen omezena.

Vypořádání námitky krajským soudem v novém řízení považuje Nejvyšší správní soud za dostatečné. Úkolem krajského soudu v řízení o žalobě bylo přezkoumat žalobou napadené správní rozhodnutí, jakož i řízení předcházející jeho vydání v rozsahu žalobních námitek. Vypořádat se s žalobní argumentací, že na poptávkové straně trhu žádná soutěž neexistuje, však v dané věci neznamená, že krajský soud měl povinnost zohlednit postihované jednání ve vztahu ke všem specifikům trhu, včetně postavení všech potenciálně dotčených subjektů, jež na trhu působí, či zdůvodnit, jak postihované jednání soutěž zasáhlo, resp. jak by se soutěž vyvíjela, pokud by předmětná dohoda uzavřena nebyla. Z argumentace krajského soudu je zřejmé, že se s názorem stěžovatele b) ohledně tvrzené neexistence hospodářské soutěže neztotožnil. S žalobní námitkou se pak v odůvodnění rozhodnutí vypořádal přesvědčivým a dostatečným způsobem a námitka nepřezkoumatelnosti rozsudku, z důvodu nezohlednění postihované jednání ve vztahu ke všem specifikům trhu či nezdůvodnění, jak postihované jednání soutěž zasáhlo, resp. jak by se soutěž vyvíjela, pokud by předmětná dohoda uzavřena nebyla, nebyla shledána důvodnou.

Krajskému soudu je v kasační stížnosti také vytýkáno, že v předcházejícím řízení nesprávně posoudil některé právní otázky. Konkrétně stěžovatel napadá závěry soudu vztahující se k vymezení relevantního trhu. Krajský soud podle stěžovatele jednak nesprávně sloučil maloobchodní a velkoobchodní prodej zboží do jednoho relevantního trhu a současně z tohoto trhu chybně vyloučil prodejny typu Cash and Carry.

Nesprávné vymezení relevantního trhu

Stěžovatel b) argumentuje, že krajský soud fakticky zařadil do relevantního trhu jak velkoobchodní trh zboží denní spotřeby (na němž nesprávně konstatoval negativní dopad na hospodářskou soutěž), tak i maloobchodní trh zboží denní spotřeby (na němž nesprávně zjišťoval tržní podíly účastníků postihované dohody). Oba zmíněné trhy však tvoří dva samostatné relevantní trhy.

Krajský soud se měl dopustit pochybení již ve své výchozí úvaze, že při vymezení relevantního trhu je rozhodující vždy jen hledisko konečného spotřebitele. Tento závěr je podle stěžovatele v přímém rozporu se Sdělením Komise č. 97/C 372/03 o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže společenství (dále jen „Sdělení Komise“). V bodech 13 – 24 Sdělení Komise se uvádí, že při vymezení relevantního trhu je třeba zohlednit zejména nahraditelnost poptávky a nahraditelnost nabídky. Z hlediska kritéria nahraditelnosti poptávky i nabídky zboží denní spotřeby prodávané na velkoobchodním trhu a zboží denní spotřeby prodávané na maloobchodním trhu nejsou vzájemnými substituty a tvoří proto dva samostatné relevantní trhy. I dle Sdělení Komise je pro vymezení věcného relevantního trhu hledisko konečného spotřebitele významné. Není však kritériem jediným a musí být posouzeno v dalších souvislostech.

Na podporu své argumentace stěžovatel doplňuje, že rozdělení trhů zboží denní spotřeby na velkoobchodní a maloobchodní má podporu i v rozhodovací praxi Evropské komise, která v rozhodnutí ze dne 20. 11. 1996 č. IV/M.784 – Kesko/Tuko (body 17 – 35) uvedla, že v sektoru prodeje zboží každodenní spotřeby určeného k maloobchodnímu prodeji spotřebitelům, je třeba rozlišovat v zásadě mezi dvěma relevantními trhy, a to trhem velkoobchodním a trhem maloobchodním. Dle specifik každého konkrétního státu může vedle těchto trhů existovat ještě trh třetí, a to trh prodeje Cash and Carry. Není přitom vyloučeno, aby jeden soutěžitel působil na všech těchto třech trzích. V zásadě ale platí, že jak maloobchodní prodejci, tak i prodejci typu Cash and Carry vždy společně vystupují na poptávkové straně velkoobchodního trhu. Při nákupu zboží denní spotřeby totiž mezi maloobchodními prodejci a prodejci typu Cash and Carry nejsou žádné rozdíly a tito vůči sobě vystupují jako vzájemní bezprostřední soutěžitelé. Pokud by tedy krajský soud relevantní trh správně vymezil jako velkoobchodní trh zboží denní spotřeby, byl zároveň povinen konstatovat, že tohoto trhu se vedle maloobchodních řetězců účastní i prodejci typu Cash and Carry, specializovaní prodejci a další maloobchodníci. Rozdíl mezi maloobchodními prodejci a prodejci typu Cash and Carry se může projevit pouze při následném prodeji zboží denní spotřeby předtím nakoupeného na velkoobchodním trhu.

Právní závěr, že velkoobchodní a maloobchodní trh zboží denní spotřeby tvoří dva samostatné relevantní trhy, taktéž podle stěžovatele vyplývá i z bodu 119 Sdělení Komise

č. 2001/C 3/02 Pokyny o použitelnosti článku 81 Smlouvy o ES na dohody o horizontální spolupráci, jakož i z odborné literatury.

Žalovaný se k námitce nesprávného vymezení relevantního trhu nevyjádřil.

Krajský soud k otázce způsobu vymezení relevantního trhu mimo jiné uvedl, že je vždy rozhodující hledisko konečného spotřebitele, tedy i za situace, kdy je trh zkoumán z hlediska dodavatelsko – odběratelských vztahů, bez bezprostřední účasti spotřebitelů. Poptávka spotřebitelů podle něj v dané věci indukovala i poptávku obou stěžovatelů po plnění od jejich dodavatelů (poptávali takové zboží, které si koneční zákazníci v jejich prodejnách nakoupí). Na konstatování, že trh byl zkoumán z hlediska spotřebitelů, přičemž hospodářská soutěž byla porušena na poptávkové straně trhu s dopadem na dodavatele, tak nelze podle krajského soudu spatřovat nic nelogického. Nakonec je to vždy konečný spotřebitel, který důsledky narušení pocítí (zde například možným zúžením nabídky sortimentu v případě „vylistování“ některého z dodavatelů).

Nejvyšší správní soud rozsáhlou argumentaci stěžovatele proti nesprávnému vymezení relevantního trhu rozdělil do dvou částí. Otázkou, která se týká se nesprávného vymezení relevantního trhu z důvodu nezařazení prodejen typu Cash and Carry do relevantního trhu se Nejvyšší správní soud v dané věci již zabýval.

Námitku nesprávného vymezení relevantního trhu z důvodu nezařazení prodejen typu Cash and Carry již stěžovatel b) uplatnil v předcházející kasační stížnosti v dané věci. Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 29. 5. 2009, č. j. 5 Afs 95/2007 - 353, námitku nesprávného posouzení otázky vymezení relevantního trhu nezařazením prodejen typu Cash and Carry neshledal důvodnou. Dle ustanovení § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. je kasační stížnost nepřípustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem.

Za situace, kdy se stěžovatel b) v kasační stížnosti podané proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem, dovolává stížních důvodů v předchozí kasační stížnosti již jednou uplatněných a Nejvyšším správním soudem věcně přezkoumaných, je kasační stížnost v této části nepřípustná podle § 104 odst. 3 písm. a) s. ř. s. (srov. rozhodnutí NSS ze dne 8. 4. 2005, č. j. 7 Azs 338/2004 - 106).

Argumentaci stěžovatele, týkající se nesprávného vymezení relevantního trhu krajským soudem z důvodu faktického zařazení do relevantního trhu jak velkoobchodního trhu zboží denní spotřeby, tak i maloobchodního trhu zboží denní spotřeby, Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou. Z napadeného rozsudku totiž výše uvedený závěr vyvozený stěžovatelem vůbec nevyplývá. Relevantní trh v posuzované věci vymezil žalovaný jako trh zboží denní spotřeby určeného k maloobchodnímu prodeji spotřebitelům (viz strana 16 rozhodnutí žalovaného k věcným námitkám účastníka BILLA a strana 35 rozhodnutí žalovaného k věcným námitkám účastníka MEINL). Krajský soud ve vymezení relevantního trhu žalovaným neshledal pochybení.

Další pochybení krajského soudu stěžovatel spatřuje v nesprávném vymezení podílů stěžovatelů na relevantním trhu.

Nesprávné vymezení podílů na relevantním trhu

Stěžovatel b) namítá, že žalovaný postupoval při vymezení podílu na relevantním trhu nesprávně a krajský soud byl povinen toto pochybení žalovanému vytknout. Pokud žalovaný posuzoval protisoutěžní jednání na velkoobchodním trhu zboží denní spotřeby, byl povinen vzít v úvahu objem zboží poptávaného všemi soutěžiteli působícími na tomto trhu a podíl stěžovatelů stanovit na velkoobchodním relevantním trhu s přihlédnutím nejen k odběratelům maloobchodních řetězců, ale i k odběrům prodejců typu Cash and Carry, specializovaným prodejcům a dalším účastníkům trhu.

Pochybení stěžovatel b) spatřuje také v tom, že žalovaný vůbec nezjistil výši tržních podílů na relevantním velkoobchodním trhu, neboť při stanovení tržních podílů na velkoobchodním trhu vycházel pouze z dat trhu maloobchodního.

Žalovaný ve svém vyjádření k otázce podílů stěžovatelů na relevantním trhu uvedl, že získat vypovídací data o celkovém objemu nákupního trhu, na kterém maloobchodní prodejci zboží denní spotřeby vybírají vhodné dodavatele jimi poptávaného sortimentu je velmi obtížné, a jednalo by se o velmi hrubý odhad objemu daného trhu. Podíly stěžovatelů na trhu maloobchodního prodeje spotřebitelům mají v posuzovaném případě svou vypovídací hodnotu. Oba trhy (nákupní trh i navazující trh maloobchodního prodeje spotřebitelům) se vyznačují vzájemnou úzkou závislostí. Maloobchodní prodejci nakupují u dodavatelů především zboží, které spotřebitelé poptávají, podíly prodejců na trhu maloobchodního prodeje zboží denní spotřeby tak determinují rozsah jejich poptávky vůči dodavatelům. Vymezení postavení stěžovatelů na prodeji zboží spotřebitelům dává představu i o jejich postavení na předřadném nákupním trhu, neboť maloobchodní prodejci zboží nakupují za účelem dalšího prodeje, nespotřebovávají je pro sebe. Případné ztráty z neprodaného zboží či znehodnoceného zboží nesehrávají pro vymezení podílu zásadní vliv. Žalovaný dále považuje za podstatné, že samotný „aritmetický tržní podíl“ neodráží dostatečně pozici a význam stěžovatelů jako nadnárodních obchodních řetězců se sítí provozoven po celé České republice, a tím jejich skutečnou vyjednávací tržní sílu. Proto se zabýval též kvalitou soutěžního prostředí na vymezeném relevantním trhu a posouzením postavení stěžovatelů v rámci nejvýznamnější skupiny soutěžitelů (obchodních řetězců) na daném trhu a jejich skutečnou tržní silou.

Krajský soud v odůvodnění svého rozhodnutí považoval otázku podílů stěžovatelů na relevantních trzích z hlediska deliktní odpovědnosti obou stěžovatelů za bezpředmětnou. Ve vztahu k výši uložené pokuty pak krajský soud konstatoval, že výši tržních podílů žalovaný zohlednil ve prospěch stěžovatelů, když zohlednil „celkově nižší podíl“ obou stěžovatelů na relevantním trhu (viz str. 43 a 44 prvostupňového rozhodnutí a bod 32 rozhodnutí žalovaného).

Nejvyšší správní soud k námitce nesprávného vymezení podílů stěžovatelů na relevantním trhu uvádí, že případné vymezení podílů stěžovatelů na nákupním trhu by

jiný závěr v otázce deliktní odpovědnosti stěžovatele a právním hodnocení dohody nemohl přinést, neboť dohoda byla posouzena jako zakázaná cenová dohoda, na kterou nelze vztáhnout aplikaci pravidel „de minimis“. Z hlediska deliktní odpovědnosti stěžovatele je tak otázka výše tržních podílů stěžovatelů právně irelevantní a výše tržních podílů stěžovatelů sehrála roli pouze v rámci správní úvahy při stanovení výše pokuty.

Argumentaci stěžovatele k předmětné otázce zdejší soud neshledal důvodnou. Žalovaný totiž správně nevzal v úvahu všechny soutěžitele působící na poptávkové straně velkoobchodního trhu zboží denní spotřeby. Významný v dané věci je trh relevantní a relevantním trhem byl stanoven trh zboží denní spotřeby určeného k maloobchodnímu prodeji spotřebitelům, do kterého prodejny typu Cash and Carry, specializované prodejny a shopy čerpacích stanic nepatří. Proto tyto soutěžitele, taktéž působící na poptávkové straně velkoobchodního trhu zboží denní spotřeby, žalovaný v úvahu brát neměl.

Pochybení soud neshledal ani v tom, že žalovaný při stanovení tržních podílů na relevantním trhu vycházel z dat trhu maloobchodního. Nejvyšší správní soud se ztotožnil se závěry žalovaného, že podíly stěžovatelů na trhu maloobchodního prodeje spotřebitelům mají v posuzovaném případě svou vypovídací hodnotu. Oba trhy (nákupní trh i trh maloobchodního prodeje spotřebitelům) se vyznačují vzájemnou úzkou závislostí. Maloobchodní prodejci nakupují u dodavatelů především zboží, které spotřebitelé poptávají, podíly prodejců na trhu maloobchodního prodeje zboží denní spotřeby tak určují rozsah jejich poptávky vůči dodavatelům. Vymezení postavení stěžovatelů na prodeji zboží spotřebitelům dává představu i o jejich postavení na předřadném nákupním trhu, neboť maloobchodní prodejci zboží nakupují za účelem dalšího prodeje, nespotřebovávají je pro sebe. Případné ztráty z neprodaného zboží či znehodnoceného zboží nesehrávají pro vymezení podílu zásadní vliv. S ohledem na výše uvedené Nejvyšší správní soud kasační námitku nesprávného vymezení podílů stěžovatelů na relevantním trhu neshledal důvodnou.

Jako další námitkou se zdejší soud zabýval tvrzeným nesprávným posouzením charakteru uzavřené dohody.

Nesprávné posouzení nákupní aliance jako dohody o přímém určení cen

Stěžovatel b) v kasační stížnosti nesouhlasí se závěrem krajského soudu, že dohoda neměla charakter nákupní aliance, ale jednalo se o zakázanou cenovou dohodu.

Stěžovatel svou námitku opírá o argumentaci, že žalovaný i krajský soud svůj závěr, že dohoda mezi stěžovateli není nákupní aliancí, ale zakázanou cenovou dohodou, postavili pouze na skutečnosti, že po uzavření dohody oba soutěžitelé vystupovali na trhu i nadále samostatně. Rozdíl mezi cenovou dohodou a nákupní aliancí podle stěžovatele spočívá v její prezentaci vůči ostatním účastníkům trhu. Cenová dohoda bývá uzavřena zpravidla v utajení, dohoda o společném nákupu žádné utajení nevyžaduje. Uzavření dohody bylo sděleno všem obchodním partnerům.

V kasační stížnosti stěžovatel dále konstatuje, že dle Pokynů o použitelnosti článku 81 Smlouvy o založení ES na dohody o horizontální spolupráci (dále jen „Pokyny“) je k posouzení souladu nákupní dohody se soutěžním právem nutno přezkoumat kupní sílu stran dohody na velkoobchodním trhu, jejich kupní sílu na maloobchodním trhu, hospodářský přínos nákupní dohody, nezbytnost v dohodě obsažených omezení pro dosažení hospodářského přínosu a zákaz vyloučení soutěže. V navazující argumentaci stěžovatel podrobněji rozvádí jednotlivé podmínky na posuzovaný případ. Shrnuje, že předmětná dohoda typově představuje dohodu o společném nákupu ve smyslu bodu 115 a násl. Pokynů a zároveň splňuje všechny podmínky, které Pokyny kladou na legální dohodu o společném nákupu.

Stěžovatel také zastává názor, že nákupní dohoda by nemusela být protiprávní ani tehdy, pokud by nesplňovala podmínky stanovené Pokyny. Poptávkové cenové dohody jsou totiž podle něj typově považovány za mnohem méně závažné, než kartely uzavřené na nabídkové straně. Nevedou totiž ke zvýšení ceny, které je považováno za nejvíce negativní důsledek jakéhokoliv protisoutěžního jednání. Naopak vedou ke snížení ceny, ze kterého v řadě případů mohou profitovat koncoví spotřebitelé. Dohoda není dohodou o přímém určení cen ve smyslu § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS a žalovaný měl aplikovat pravidlo „de minimis“. Dovodit protiprávnost dohody mohl žalovaný pouze tehdy, pokud by zjistil a prokázal, že tato dohoda byla způsobilá citelným způsobem narušit hospodářskou soutěž. Citelnost dopadu by se poměřovala kritériem bagatelnosti protisoutěžního jednání stanoveným v § 6 odst. 1 ZOHS, jakož i v Oznámení Komise o dohodách menšího významu.

Žalovaný ve svém vyjádření k otázce nesprávného hodnocení charakteru dohody uvádí, že nákupní aliance fungují na smluvním základě, kdy je uzavřena písemná smlouva upravující podmínky spolupráce při nákupu zboží pro její členy a rovněž způsob dělení množstevní slevy dosažené z kumulovaných objemů poptávky vůči dodavatelům. Takový dokument stěžovatelé neuzavřeli, ani nevyužili v době navázání spolupráce možnosti posouzení jejich údajné nákupní aliance u Úřadu dle § 3 odst. 5, případně § 5 zákona č. 63/1991 Sb. a nevyužili po 1. 7. 2001 ani možnosti posouzení jejich dohody v rámci tzv. určovacího řízení dle § 7 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb.

Žalovaný také konstatuje, že účastníci nákupní aliance nepožadují po dodavatelích zpětné dorovnání rozdílů vyčíslených dle dosud uplatňovaných nákupních cen (dorovnání na nákupní ceny konkurenta, které byly nižší). Nákupní aliance mají dohodnut transparentní systém množstevní slevy v závislosti na objemu kumulovaného nakupovaného zboží. Naproti tomu si stěžovatelé dohodli výši rabatu požadovaného od dodavatelů (alianční bonus) a nebyli schopni objasnit, co je podstatou této slevy, když dodavatelé měli již dříve ve smlouvách sjednanou určitou výši procentního bonusu (slevy) vztaženého k obratu realizovanému u každého stěžovatele a také růstové bonusy při jeho překročení. Stěžovatelé se rovněž snažili zastřít pravý charakter jejich dohody odstraněním názvu alianční bonus v kartách dodavatelů u stěžovatele b) a vytištěním nových karet, v nichž byl bonus přejmenován na bonus finanční. Také jednatelka stěžovatele a) popřela existenci aliančního bonusu, ač tento rabat ovlivňující konečnou nákupní cenu, měla takto označen ve smlouvách s dodavateli, které Úřad převzal. Z informace v emailové komunikaci ze dne 17. 6. 2002 předložené na výzvu soudu právním zástupcem stěžovatele

a) vyplývá, že stěžovatel a) vymazal vše, co se týká spolupráce se stěžovatelem b) v období před druhým místním šetřením Úřadu u stěžovatele a). Účastníci regulérní nákupní aliance by naopak Úřadu hned od počátku doložili sami všechny dokumenty, jež by jejich tvrzení měly podpořit.

Krajský soud v posuzované otázce dospěl k závěru, že dohoda, kterou stěžovatelé uzavřeli, neměla charakter nákupní aliance, neboť ji stěžovatelé neuzavřeli proto, aby díky většímu objemu realizovaného nákupu získali výhodnější ceny či obchodní podmínky, nýbrž proto, aby sjednotili ceny, za které budou zboží od dodavatelů nakupovat, a rovněž podmínky, za nichž se tak bude dít. Stěžovatelé si mezi sebou vyměňovali citlivé informace o cenách a kondicích, které jim jednotliví dodavatelé poskytují, a následně po dodavatelích požadovali další (tzv. alianční) bonus, s jehož spojením nebyla poskytnuta žádná výhoda a ani nebyl navázán na větší odběr zboží. Rovněž po dodavatelích požadovali, aby jim zpětně vyplatili „kompenzaci aliančního bonusu“ rozdíl mezi kondicemi stěžovatele a) a stěžovatele b). Pokud některý ze stávajících dodavatelů na požadované podmínky odmítal přistoupit, hrozili mu stěžovatelé ukončením spolupráce. Právě tyto skutečnosti pak podle krajského soudu v žádném případě nejsou charakteristickými pro nákupní alianci, ale naopak pro dohodu o koordinaci přístupu k nákupním cenám, za které budou odebírat dodávané zboží a tedy zakázanou kartelovou dohodu o určení cen podle § 3 odst. 1 a 2 písm. a) ZOHS.

Krajský soud se neztotožnil se stěžovatelem b) ani v tom, že by dohoda o cenách mohla být pouze taková dohoda, kterou soutěžitelé určují ceny, za které prodávají, a nikoli dohoda, kterou se pokouší sjednotit ceny, za které budou nakupovat. Naopak z § 3 odst. 1 a 2 písm. a) a z § 6 odst. 2 písm. a) ZOHS podle krajského soudu plyne, že zákaz fixace cen se vztahuje jak na ceny nákupní, tak prodejní. Vedle cenových kartelů na straně nabídky (prodejní cenové kartely) existují i poptávkové cenové kartely (nákupní cenové kartely). Shodně se k této otázce staví i odborná literatura (viz např. Kindl, J. Kartelové a distribuční dohody. Teorie a praxe. 1. Vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 220, nebo Raus D., Oršulová A. Kartelové dohody. 1. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 107).

Nejvyšší správní soud námitku nesprávného posouzení charakteru dohody jako zakázané cenové dohody neshledal důvodnou. Z odůvodnění napadeného rozsudku jednoznačně vyplývá, že krajský soud svůj závěr, že dohoda mezi stěžovateli není nákupní aliancí, ale zakázanou cenovou dohodou, nepostavil pouze na skutečnosti, že po uzavření dohody oba soutěžitelé vystupovali na trhu i nadále samostatně. Krajský soud dostatečně a přesvědčivě odůvodnil řadu skutečností, které nepovažuje za charakteristické pro nákupní alianci, ale naopak pro zakázanou kartelovou dohodu o určení cen (uzavření dohody za účelem sjednocení cen a podmínek nákupu, výměna citlivých informací o cenách a kondicích, požadavek na alianční bonus a na zpětné vyplácení kompenzace aliančního bonusu, hrozba ukončení spolupráce při odmítnutí přistoupení na požadované podmínky).

Za situace, kdy Nejvyšší správní soud shledal závěry krajského soudu a žalovaného ohledně charakteru uzavřené dohody správné, se pro nadbytečnost již nezabýval posouzením souladu nákupní dohody se soutěžním právem dle Pokynů o použitelnosti článku 81 Smlouvy o založení ES na dohody o horizontální spolupráci.

V dané věci se nejedná o nákupní dohodu, ale o zakázanou kartelovou dohodu o určení cen, proto se nelze ztotožnit ani s názorem stěžovatele b), že žalovaný měl aplikovat pravidlo „de minimis“ a dovodit protiprávnost dohody pouze tehdy, pokud byla způsobilá narušit hospodářskou soutěž citelným způsobem. V případě cenových dohod je však aplikace zásady „de minimis“ vyloučena.

Dalším namítaným pochybením krajského soudu je nesprávné posouzení dopadů jednání stěžovatelů na hospodářskou soutěž a nepřezkoumatelnost rozsudku z důvodu neprovedení důležitých analýz skutečného dopadu jednání stěžovatelů na trh a tedy nedostatečných podkladů pro závěr učiněný krajským soudem.

Nesprávné posouzení dopadů jednání na hospodářskou soutěž

Stěžovatel b) konkrétně namítá, že krajský soud protisoutěžní jednání posoudil jako cenovou dohodu, přesto za hlavní dopad jednání označil zmenšení odbytových alternativ pro dodavatele. Z podstaty cenové dohody však podle něj vyplývá, že jejím cílem je vždy jen ovlivnění výše cen při zachování stávajících kapacit. Zmenšení odbytových alternativ nemůže být důsledkem cenové dohody, ale pouze důsledkem spojení stěžovatelů v nákupní alianci.

Podle stěžovatele krajský soud mohl posoudit údajné protisoutěžní jednání jako cenovou dohodu jen tehdy, pokud by žalovaný ve správním řízení jednoznačně prokázal, že důsledkem protisoutěžního jednání bylo snížení dodavatelských cen, které by následně stěžovatelé nepromítli do snížení koncových cen pro spotřebitele. Žalovaný se však otázkou vlivu protisoutěžního jednání na ceny pro koncové spotřebitele nezabýval.

Nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku stěžovatel spatřuje v tom, že krajský soud neprovedl důležitou analýzu skutečného dopadu jednání stěžovatelů na trh ve vztahu k dosažení nižších dodavatelských cen a následného snížení cen pro koncové spotřebitele. Nepřezkoumatelnost stěžovatel shledává i v tom, že se krajský soud nezabýval otázkou, zda cena, za kterou společnost Heinz své zboží dodávala stěžovatelům před uplatněním aliančního bonusu, se výrazným způsobem nelišila od ceny, kterou společnost Heinz účtovala jiným odběratelům na velkoobchodním trhu, či otázkou, zda ukončení dodávek společností Heinz stěžovatelům musí být nutně chápáno jako protisoutěžní.

Zásadního pochybení se krajský soud podle stěžovatele dopustil také svým závěrem, že se dopady jednání stěžovatelů projevily i vůči koncovým spotřebitelům. Uvedený závěr považuje stěžovatel za zcela nepodložený, neboť teprve skutečně získané důkazy, že společnost Heinz v důsledku protisoutěžního jednání opustila trh a došlo tím k omezení výběru spotřebitelů, mohly být podkladem pro závěr, že jednání mělo negativní dopad na spotřebitele. Pouhá hypotéza, že by se tak stát mohlo, je pro uvedený závěr nedostatečná a mohla být nanejvýše podkladem pro závěr, že údajné protisoutěžní jednání potenciálně mohlo mít dopad na konečného spotřebitele. Stěžovatel je však přesvědčen, že jeho jednání nemohlo mít ani potenciální dopad na trh, neboť i kdyby dodavatel společnost Heinz v důsledku požadovaného aliančního bonusu skutečně přestala stěžovatelům dodávat, měla

by na velkoobchodním trhu k dispozici další odběratele, kteří vytvářejí téměř 95 % celkové poptávky na trhu. Konečný spotřebitelé by tak ve svém výběru nebyli nikterak ochuzeni.

Žalovaný se k nyní posuzované námitce nevyjádřil.

Krajský soud se v napadeném rozsudku k otázkám týkajícím se charakteru uzavřené dohody a dopadu jednání stěžovatelů na trh vyjadřoval rozsáhlým způsobem. Mimo jiné konstatoval, že z § 3 odst. 1 ZOHS nevyplývá, že by pojmovým znakem zakázané dohody bylo zjištění reálného dopadu této dohody na relevantní trh. Dohoda tak podle něj může být považována za zakázanou i za situace, kdy se kvantifikovatelným způsobem neprojevily její negativní dopady na relevantním trhu.

I přes skutečnost, že § 3 odst. 1 ZOHS (stejně jako čl. 81 odst. 1 Smlouvy o založení ES) expressis verbis reálný dopad na trh jako pojmový znak zakázaných dohod nedefinují, krajský soud uvedl, že si je vědom skutečnosti, že rozhodovací praxe komunitárních orgánů v těchto případech interpretuje čl. 81 odst. 1 Smlouvy o založení ES extenzivněji. Proto na předmětnou otázku nahlížel z pohledu pro stěžovatele příznivějšího výkladu.

Krajský soud v posuzovaném případě dospěl k závěru o narušení účinné a svobodné soutěže z důvodu, že cenová dohoda stěžovatelů deformovala soutěžní podmínky na trhu v tom smyslu, že jednotliví soutěžitelé již neurčovali svoji soutěžní strategii samostatně a vzájemně nezávisle. Tím došlo ke snížení počtu nezávisle působících soutěžitelů mezi maloobchodními prodejci (stěžovatelé již nejednali samostatně, ale koordinovaně). Dopad dohody na trh spočíval v tom, že stěžovatelé svým jednáním omezili společným dodavatelům jejich odbytové alternativy, neboť vůči nim vystupovali jako jeden subjekt, a to přesto, že se v předcházející době chovali jako samostatné subjekty (a z hlediska právní subjektivity i jiných aspektů jejich činnosti jimi byli i nadále).

Krajský soud se ztotožnil se žalovaným i v tom, že se dopady dohody projevily i vůči konečným spotřebitelům. Pokud by v důsledku dohody byl určitý dodavatel donucen odejít z trhu, znamenalo by to snížení počtu výrobků, z nichž může spotřebitel volit při uspokojování svých potřeb.

Citelnost dopadu dohody na trh krajský soud spatřoval v tom, že účinky dohody směřovaly potenciálně prakticky proti všem společným dodavatelům stěžovatelů, přičemž oba stěžovatelé náleželi k 11 největším řetězcům, působícím na daném relevantním trhu a v roce 2001 realizujícím celkem 58 % celkových tržeb v maloobchodu se smíšeným zbožím s převahou potravin v České republice. Jde tedy o soutěžitele, kteří mají v daném soutěžním prostředí vyšší tržní sílu než soutěžitelé mezi tyto největší obchodní řetězce nenáležející. V daném případě krajský soud rovněž považoval za nezanedbatelné, že žalovaný vyčíslil negativní dopad dohody na dodavatele v případě stěžovatele a) 48 mil. a v případě stěžovatele b) přes 39 mil. Kč.

Krajský soud v rozsudku vyjádřil svůj nesouhlas s tvrzením, že se žalovaný dopady dohody na trh nezabýval. V prvostupňovém rozhodnutí (str. 30-31) žalovaný poukázal na to, že si účastníci dohody přestali konkurovat na nákupu zboží, čímž omezili dodavatele

v jejich možnosti dodávat všem dosavadním odběratelům za individuálně sjednaných tržních podmínek. Podle žalovaného ze 143 dodavatelů přistoupilo na nové obchodní podmínky 134. Žalovaný rovněž vyčíslil „celkové zlepšení dosažené na základě dohody“. Tyto částky představovaly souhrnný negativní dopad dohody na dodavatele. Žalovaný se tak dopadem dohody na trh zabýval, přičemž její negativní dopad spatřoval v tom, že omezila soutěž na poptávkové straně trhu (místo dvou samostatných odběratelů zůstal de facto jen jeden a stěžovatelé si přestali konkurovat) s dopadem na dodavatele na nabídkové straně trhu (neboť ti byli omezeni v možnosti dodávat za individuálně sjednaných tržních podmínek).

Za podstatné krajský soud nepovažoval, zda stěžovatel pouze hrozil některým dodavatelům, že v případě neakceptace nových podmínek (aliančního bonusu) dojde k zastavení odběru dodávek, nebo zda tento odběr skutečně zastavil. V daném případě ze správního spisu vyplývá (č.l. 343), že společnosti Heinz, která odmítla přistoupit na požadavky ohledně aliančního bonusu, stěžovatelé sdělili, že dnem 15. 6. omezují dodávky na úkor konkurence, se kterou je alianční bonus podepsaný. Krajský soud samotnou tuto skutečnost, bez ohledu na to, zda k zastavení dodávek došlo či nikoli, považuje za dostatečnou pro závěr, že stěžovatelé požadovali po dodavatelích alianční bonus na základě zakázané cenové dohody pod hrozbou ukončení spolupráce.

Z napadeného rozsudku je zřejmé, že krajský soud (stejně jako žalovaný) dopad dohody spatřuje v tom, že došlo k omezení soutěže na poptávkové straně trhu snížením počtu nezávisle působících soutěžitelů mezi maloobchodními prodejci, čímž došlo k omezení odbytových alternativ dodavatelů. Se žalovaným se krajský soud ztotožnil i v tom, že se dopady dohody projevily i vůči konečným spotřebitelům.

Nejvyšší správní soud k nyní posuzované námitce uvádí, že každá cenová dohoda již z povahy věci újmu soutěži způsobuje. Pro konstatování, že jde o dohodu narušující soutěž, tedy, že je splněna materiální podmínka jejího protisoutěžního charakteru, postačí prokázání existence cenového kartelu. Citelnost dopadu cenové dohody je pro otázku deliktní odpovědnosti právně irelevantní. Svůj význam má z hlediska kritéria závažnosti jednání stěžovatele pro stanovení výše pokuty. Žalovaný i krajský soud citelnost dopadu dohody posuzovali ve vztahu k účinkům dohody vůči dodavatelům. V tomto postupu zdejší soud neshledal žádné pochybení. Stěžovatelem požadované analýzy dopadu vůči koncovým spotřebitelům nejsou v dané věci nezbytné.

Stěžovateli nemohl zdejší soud přisvědčit ani v jeho názoru, že důsledkem cenové dohody nemůže být zmenšení odbytových alternativ pro dodavatele ve smyslu snížení počtu nezávisle působících soutěžitelů mezi maloobchodními prodejci (stěžovatelé již nejednali samostatně, ale koordinovaně). V nyní posuzovaném případu jedním z důsledků cenové dohody právě bylo zmenšení odbytových alternativ pro dodavatele.

Stejně tak zdejší soud nesouhlasí ani s názorem stěžovatele, že krajský soud mohl posoudit protisoutěžní jednání jako cenovou dohodu jen tehdy, pokud by žalovaný ve správním řízení jednoznačně prokázal, že důsledkem protisoutěžního jednání bylo snížení dodavatelských cen, které by následně stěžovatelé nepromítli do snížení koncových cen pro spotřebitele.

Žalovaný ve správním řízení dostatečně prokázal koordinaci obchodního jednání stěžovatelů jako vzájemných konkurentů působících na stejné úrovni trhu na cenách a kondicích, za které budou zboží nakupovat. Otázka, promítnutí či nepromítnutí snížení dodavatelských cen stěžovateli do koncových cen pro spotřebitele, je pro posouzení protisoutěžního jednání jako cenového kartelu irelevantní.

Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku nepřezkoumatelnosti napadeného rozsudku. Skutečnost, že krajský soud neprovedl analýzu dopadu jednání stěžovatelů na trh ve vztahu k dosažení nižších dodavatelských cen a následného snížení cen pro koncové spotřebitele, nebo že se nezabýval otázkou, zda cena, za kterou společnost Heinz své zboží dodávala stěžovatelům před uplatněním aliančního bonusu, se výrazným způsobem nelišila od ceny, kterou společnost účtovala jiným odběratelům na velkoobchodním trhu, nezpůsobila nepřezkoumatelnost rozsudku pro nedostatek důvodů. Úkolem krajského soudu je přezkoumat napadené správní rozhodnutí v rozsahu žalobních námitek, nikoliv provádět analýzy dopadu jednání stěžovatelů na trh. Otázku, zda cena, za kterou společnost Heinz své zboží dodávala stěžovatelům před uplatněním aliančního bonusu, se výrazným způsobem nelišila od ceny, kterou společnost účtovala jiným odběratelům na velkoobchodním trhu, považuje zdejší soud v dané věci za bezpředmětnou.

Stěžovatel v souvislosti s otázkou dopadu protisoutěžního jednání na trh napadá i závěr krajského soudu, že se dopady jednání stěžovatelů projevily i vůči koncovým spotřebitelům. Posouzení této otázky však v dané věci považuje zdejší soud za nadbytečné. Otázka dopadu protisoutěžního jednání na konečné spotřebitele je pro posouzení deliktní odpovědnosti stěžovatele irelevantní. Z hlediska kritéria závažnosti jednání majícího vliv na ukládanou výši pokuty se žalovaný zaměřil na dopady dohody vůči dodavatelům. Ani případná nesprávná argumentace krajského soudu ohledně dopadu na konečné spotřebitele by tak nemohla mít v posuzované věci vliv na zákonnost výše uložené pokuty.

Kasační námitky stěžovatele b) ohledně nesprávného posouzení dopadu jednání stěžovatelů na hospodářskou soutěž zdejší soud neshledal důvodné.

Stěžovatel b) v kasační stížnosti dále namítá uložení pokuty v nesprávné výši, a to v důsledku nesprávného vymezení relevantního trhu, nesprávné kvalifikace protisoutěžního jednání a nesprávného posouzení dopadů jednání stěžovatelů na trh.

Nezákonná výše pokuty

Krajský soud navíc podle stěžovatele pochybil i v tom, že při přezkoumání výše pokuty nezohlednil všechny polehčující okolnosti. A to konkrétně, že poptávková cenová dohoda je typově méně závažným jednáním, že stěžovatelé z údajného protisoutěžního jednání nemají žádný nebo jen velmi nízký prospěch, jednání nebylo dlouhodobé, probíhalo pouze 6 měsíců a stěžovatelé se jej dopustili pouze z nedbalosti, když jednali v dobré víře, že se na jejich jednání vztahuje výjimka pro nákupní dohody.

Stěžovatel v této souvislosti napadá i závěr krajského soudu, že pro úmyslnost protisoutěžního jednání není podstatné to, zda záměrem uzavření předmětné dohody bylo

porušení soutěžního práva, nýbrž pouze to, zda si údajní porušitelé byli vědomi, že svým jednáním mohou „zasáhnout hospodářskou soutěž“. Podle stěžovatele je jakékoliv jednání každého účastníka hospodářské soutěže motivováno snahou prosadit se oproti svým konkurentům, a tedy v jistém smyslu „zasáhnout hospodářskou soutěž“. Pokud by se otázka úmyslného či nedbalostního porušení soutěžního práva vykládala takovýmto způsobem, musely by soutěžní orgány v každém případě porušení soutěžního práva dojít k závěru, že porušení je úmyslné.

Dále k této otázce stěžovatel argumentuje, že i přes všechny výše uvedené polehčující okolnosti mu byla uložena pokuta, která dle statistik na internetových stránkách žalovaného patří mezi historicky nejvyšší uložené pokuty. Podle stěžovatele, přestože byla pokuta uložena při spodní hranici zákonem stanoveného limitu, je její výše zcela neproporcionální v obdobně marginálních a bagatelních případech. Výši pokuty stěžovatel považuje za rozpornou se zásadou legitimního očekávání.

V doplnění kasační stížnosti ze dne 6. 1. 2011 stěžovatel b) ještě detailněji rozvádí svou argumentaci ohledně nepřiměřenosti uložené sankce. Konkrétně poukazuje na mnohem nižší výši uložených sankcí žalovaným v jiné věci, jejímž předmětem byl podle něj postih jednoho z nejtěžších porušení pravidel hospodářské soutěže, a to horizontálního ujednání o fixaci cen mezi osmi významnými výrobci obrazovek. Ujednání mezi výrobci obrazovek se týkalo stanovování cílových a minimálních cen, cenového rozmezí, cenových pravidel či udržování dohodnutých cen, a to na nabídkové straně relevantního trhu prodeje obrazovek (hard core porušení soutěžního práva). Cenový kartel trval po dobu 6 let, spolupráce mezi jeho účastníky probíhala konspirativním způsobem a tajně a nadnárodní koncerny disponovaly významným tržním podílem na zdejším trhu. Přes výše uvedené rozdíly v typové závažnosti, v délce jednání, ve formě zavinění a v dopadech na relevantní trh, činila nejvyšší sankce uložená žalovaným výrobcům obrazovek pouze 14 mil Kč, přičemž podle stěžovatele nelze rozumně předpokládat, že obraty výrobců obrazovek byly nižší než obraty stěžovatelů.

V uložení citelně nižší pokuty výrobcům obrazovek za typově mnohem závažnější a dlouhodobě uplatňovaný cenový kartel s jednáním v přímém úmyslu stěžovatel b) namítá rozpor se zásadou legitimního očekávání.

Žalovaný ve svém vyjádření k druhému doplnění kasační stížnosti stěžovatelem b) k námitce nepřiměřenosti uložené sankce uvádí, že v případě stěžovatelů se jednalo o horizontální dohodu o přímém určení prodejní ceny, jenž je tzv. hard-core jednáním, které je považováno za typově nejzávažnější narušení soutěže. Nadto, ve správním řízení bylo prokázáno, že uvedená dohoda byla realizována v období od 1. 1. 2001 nejméně do 22. 4. 2002. Správní delikt tedy trval nejméně po dobu 14 měsíců, nikoliv 6 měsíců, jak tvrdí stěžovatel. Vzhledem k absenci odlišných intertemporálních pravidel v zákoně byla pokuta uložena pouze za období od 1. 7. 2001 do 22. 4. 2002, tedy od účinnosti zákona č. 143/2001 Sb.

Žalovaný nesouhlasí ani s názorem stěžovatele, že se jedná o dohodu dvou lokálních soutěžitelů s bezvýznamnou tržní silou. Ve správním řízení bylo prokázáno, že společný

podíl stěžovatelů na trhu činil nezanedbatelných 5,68 %, přičemž oba stěžovatelé náleželi do skupiny významných nadnárodních obchodních řetězců.

Porovnání absolutní výše pokut nemá podle žalovaného žádnou vypovídací hodnotu. Žalovaný v souladu s § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb. odvozuje základní částku pokuty z čistého obratu dosaženého soutěžitelem na relevantním trhu za poslední ukončené účetní období, přičemž při určení konečné výše pokuty pak zohledňuje rovněž další kritéria, jako je závažnost, opakování a délka porušování zákona.

Závěrem svého vyjádření žalovaný konstatuje, že při určování výše pokut nepřekročil meze svého správního uvážení a správní uvážení ani nezneužil. Výši uložené pokuty považuje za věcně správnou a náležitě odůvodněnou. Stěžovatelům byly pokuty uloženy pod úrovní 1% jejich čistého obratu, při samé spodní hranici zákonného rozpětí, a nelze je tedy v žádném případě považovat za excesivní, překvapivé, nebo likvidační.

Krajský soud uloženou výši pokut shledal souladnou se zákonem a přiměřenou. S námitkami směřujícími do nezákonnosti a nepřiměřenosti výše uložené pokuty se velmi podrobně vypořádal na stranách 61 až 68 svého rozhodnutí. Úvodem k této otázce krajský soud konstatoval, že je-li rozhodnutí vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece správního orgánu, je povinností správního orgánu předepsané volné úvahy užít, což znamená, že se správní orgán musí zabývat všemi hledisky, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná (zákonem předepsaná). Nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Z rozhodnutí musí být seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti.

Krajský soud dospěl k závěru, že z odůvodnění správního rozhodnutí vyplynulo, že zjištěné jednání bylo vyhodnocováno v souladu se všemi zákonnými kritérii demonstrativně uvedenými v § 22 odst. 2, větě druhé ZOHS (závažnost, případné opakování a délka trvání porušování ZOHS), podrobně se vypořádává i s dalšími okolnostmi věci, které správně vyhodnocuje jako relevantní pro stanovení výše pokuty (např. „nespolupráce“ stěžovatelů se žalovaným, úmysl žalobců jako přitěžující okolnost, výše tržních podílů žalobců).

Pokuta byla napadeným rozhodnutím žalovaného uložena při spodní hranici zákonného rozpětí, když uložené pokuty nedosahovaly ani 1 % z čistého obratu stěžovatelů v rozhodném období, ačkoli § 22 odst. 2 ZOHS dával žalovanému prostor ke správnímu uvážení s limitací výše pokuty až do 10 % obratu. Krajský soud z této skutečnosti jednoznačně dovodil, že výše pokut nemůže být zjevně nepřiměřená.

Nejvyšší správní soud ohledně argumentace stěžovatele b) vztahující se k nezákonné výši pokuty dospěl k následujícím závěrům:

K námitkám nesprávného vymezení relevantního trhu, nesprávné kvalifikace protisoutěžního jednání a nesprávného posouzení dopadů jednání stěžovatelů na trh se Nejvyšší správní soud vyjádřil již výše a na příslušnou část rozsudku proto pouze odkazuje.

Kasační argumentace, že krajský soud při přezkoumání výše pokuty nezohlednil všechny polehčující okolnosti, nelze podřadit pod žádný ze zákonných důvodů kasační stížnosti ve smyslu ustanovení § 103 odst. 1 s. ř. s. Stěžovatel netvrdí, že krajský soud např. nesprávně posoudil určitou právní otázku v rámci svých závěrů o zákonnosti výše uložené pokuty, nebo že se např. nevypořádal se všemi žalobními námitkami směřujícími do této otázky. Kasační argumentace se tak opírá jen o jiné důvody, než které jsou uvedeny v § 103 s. ř. s. a je v této části nepřípustná ve smyslu § 104 odst. 4. s. ř. s.

K otázce úmyslného či nedbalostního jednání stěžovatelů krajský soud uvedl, že hraje svou roli při stanovení výše pokuty. Jak v případě vědomé nedbalosti, tak nepřímého úmyslu (které připadají v dané věci v úvahu), delikvent ví, že může škodlivý následek způsobit. Zatímco u nevědomé nedbalosti bez přiměřených důvodů spoléhá, že svým jednáním škodlivý následek nezpůsobí, v případě úmyslu nepřímého je srozuměn s tím, že se tak může stát.

Skutečnost, že stěžovatelé neměli tušení, že uzavírají nedovolenou dohodu, nemá podle krajského soudu na jejich úmyslné zavinění žádný vliv. Podstatné totiž není to, že stěžovatelé věděli, že mohou porušit ZOHS, případně, zda jej chtěli porušit, nýbrž to, zda si byli vědomi toho, že svým jednáním (uzavřením dohody) mohou zasáhnout účinnou hospodářskou soutěž. Krajský soud konstatoval, že nemá pochyb o tom, že stěžovatelé dohodu za účelem koordinace a sladění nákupních cen a kondic uzavřeli zcela vědomě a úmyslně a nepochybně si tak byli vědomi toho, že tato dohoda bude způsobilá cenovou soutěž na příslušném relevantním trhu ovlivnit, resp. narušit.

Stěžovatel svou argumentaci proti závěru krajského soudu o úmyslném zavinění opírá o tvrzení, že jakékoliv jednání každého účastníka hospodářské soutěže je motivováno snahou prosadit se oproti svým konkurentům, a tedy v jistém smyslu „zasáhnout hospodářskou soutěž“. Slovní spojení „zasáhnout hospodářskou soutěž“ však stěžovatel vykládá v jiném významu, než v jakém jej v dané věci použil krajský soud. Stěžovatel pod uvedený pojem zahrnuje jakékoliv jednání každého účastníka hospodářské soutěže. Pro krajský soud však bylo podstatné, že stěžovatelé dohodu za účelem koordinace a sladění nákupních cen a kondic uzavřeli zcela vědomě a úmyslně a nepochybně si byli vědomi toho, že tato dohoda bude způsobilá cenovou soutěž ovlivnit, resp. narušit. Z důvodu, že si stěžovatel argumentaci krajského soudu vyložil nesprávně, došlo k situaci, že napadl závěr, který krajský soud vůbec neučinil.

Nejvyšší správní soud argumentaci stěžovatele b) ohledně nepředvídatelnosti a nepřiměřenosti pokuty s ohledem na výši pokuty uložené za kartelovou dohodu výrobcům obrazovek neshledal stejně jako u stěžovatele a) přiléhavou. Cenovou dohodu stěžovatelů nelze považovat za marginální a bagatelní případ. V případě stěžovatelů se jednalo o horizontální dohodu o přímém určení prodejní ceny, které je považováno za typově nejzávažnější narušení soutěže. Ani případné pravdivé tvrzení stěžovatele o uložení nejvyšší pokuty dle internetových stránek žalovaného, nemůže automaticky znamenat nezákonnost výše uložené pokuty. Správní orgán má dbát o to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Je tak možné dovodit, že správní orgán má při stanovení pokuty přihlédnout k výši sankcí uložených za obdobný delikt v řízeních, jež předcházela jeho rozhodování o uložení sankce v dané věci.

Zásah do práva na spravedlivý proces by bylo možno shledat v postupu správního orgánu, který by ve více rozhodnutích v téže nebo podobné věci na základě totožných nebo obdobných skutkových zjištění rozhodl diametrálně odlišným způsobem a svůj názorový posun přezkoumatelně neodůvodnil. S ohledem na odlišné okolnosti stěžovatelem porovnávaných soutěžních případů (odlišný relevantní trh, odlišné výrobky, odlišní soutěžitelé, odlišná délka trvání deliktu) se nejedná o skutkově shodný nebo podobný případ. S ohledem na vše výše uvedené nebyla kasační námitka Nejvyšším správním soudem shledána důvodnou.

Jako další kasační námitku stěžovatel b) uplatnil jinou vadu řízení před soudem, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí ve věci samé.

Odmítnutí projednání žalobních důvodů

Vadu řízení před soudem spatřuje stěžovatel b) ve skutečnosti, že se krajský soud odmítl zabývat jeho žalobními námitkami včas uplatněnými v žalobě proti rozhodnutí žalovaného o pokutě ze dne 21. 3. 2007. Stěžovatel nesouhlasí se závěrem krajského soudu, že tyto námitky měly být uplatněny v žalobě směřující proti rozhodnutí žalovaného ze dne 13. 10. 2003. Žalobním důvodem bylo podle stěžovatele nesprávné posouzení závažnosti postihovaného jednání jako jednoho ze zákonných kritérií přímo ovlivňujících rozhodování o výši uložené pokuty. Krajský soud se tak měl řádně zabývat námitkami nedostatečně zjištěné míry narušení hospodářské soutěže, nedostatečného zohlednění komunitární úpravy při hodnocení závažnosti vytýkaného jednání, nedostatečného zohlednění prosoutěžního efektu předmětné dohody při hodnocení závažnosti vytýkaného jednání, nezohlednění stěžovatelem uplatněných specifik dodavatelsko – odběratelského trhu rychloobrátkového zboží a také námitkou nezohlednění dopadu vytýkaného jednání stěžovatelů na konečného spotřebitele.

Žalovaný ve svém vyjádření k předmětné námitce uvedl, že z výčtu námitek je patrné, že směřují proti rozhodnutí žalovaného o spáchání deliktu, o němž žalovaný rozhodl dne 13. 10. 2003. Prostřednictvím rozporování závěrů v něm obsažených stěžovatel dovozuje, že pokuta uložená rozhodnutím žalovaného dne 21. 3. 2007 nemůže být zákonná. Žalovaný závěr krajského soudu považuje za odůvodněný.

Krajský soud v souvislosti s námitkou nesprávného odmítnutí projednání žalobních důvodů konstatoval, že předseda žalovaného byl vázán zrušujícím rozsudkem krajského soudu, kterým byl zrušen pouze výrok o pokutě. Všechny ostatní výroky byly potvrzeny a předseda žalovaného, který byl vázán právním názorem vysloveným soudem ve zrušovacím rozhodnutí, tak nebyl oprávněn v novém řízení tyto otázky znovu řešit. Byl toliko oprávněn a povinen, přesně v intencích závazného právního názoru soudu, znovu se zabývat výší uložené pokuty, jejíž odůvodnění shledal soud nepřezkoumatelným, zatímco výrok o spáchání správního deliktu zůstal nadále pravomocný a předseda žalovaného nebyl oprávněn se v novém rozkladovém řízení zabývat tím, zda stěžovatelé porušili § 3 odst. 1 a 2 písm. a) ZOHS a ZOHS 1991. Co se týká povinnosti žalovaného zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i neprospěch účastníka ve smyslu § 3 a § 50 odst.

3 správního řádu z roku 2004, jednalo se toliko o okolnosti vztahující se k výši ukládané pokuty.

Ve vztahu k žalobním námitkám směřujícím proti rozhodnutí ze dne 21. 3. 2007, kterými stěžovatel brojil proti závěru žalovaného vyjádřeného ve výroku I. původního druhostupňového rozhodnutí, krajský soud uvedl, že těmi se zabývat nemohl. A to z důvodu, že se jedná o námitky, které měl stěžovatel uplatnit v žalobě směřující proti rozhodnutí ze dne 13. 10. 2003, což v případě většiny žalobních námitek učinil. Pokud jde o námitky, které v žalobě proti původnímu rozhodnutí ze dne 13. 10. 2003 neuplatnil, tak se jedná o námitky opožděné, neboť byly uvedeny v žalobě podané dne 22. 5. 2007, tedy řadu let po doručení rozhodnutí ze dne 13. 10. 2003.

Nejvyšší správní soud k otázce nesprávného odmítnutí žalobních důvodů zjistil, že stěžovatel b) ve své žalobě ze dne 22. 5. 2007 proti rozhodnutí o pokutě jako důvod nezákonnosti obecně uvedl podstatné porušení povinností žalovaného stanovených správním řádem v § 1, § 3, § 53 odst. 3 a § 89 odst. 1, které vyústilo v nesprávné posouzení dopadu jednání stěžovatele na hospodářskou soutěž, a tím i nesprávné posouzení závažnosti vytýkaného jednání a nesprávné zhodnocení subjektivní stránky jednání stěžovatele.

Konkrétní žalobní námitky lze pak podle obsahu rozdělit na námitky směřující proti výroku o spáchání správního deliktu a na námitky proti výroku o pokutě.

Mezi námitky směřující proti výroku o spáchání správního deliktu patří žalobní argumentace stěžovatele, že posuzovaná dohoda je nákupní dohodou, že uzavřená dohoda nenaplňuje formální znaky zakázané dohody, nemá protisoutěžní charakter, že na poptávkové straně relevantního trhu hospodářská soutěž neexistuje, nebo že dohoda nebyla způsobilá narušit hospodářskou soutěž.

Mezi námitky směřující proti výroku o pokutě patří žalobní argumentace ohledně nepřiměřenosti výše uložené pokuty, nesprávného posouzení subjektivní stránky jednání stěžovatele, či nesrozumitelností argumentace žalovaného v rozhodnutí o uložení pokuty.

Námitkami směřujícími proti výroku o spáchání správního deliktu se krajský soud v řízení o žalobě ze dne 22. 5. 2007 proti rozhodnutí žalovaného o pokutě nezabýval z důvodu, že se jedná o námitky, které měl stěžovatel uplatnit v žalobě směřující proti rozhodnutí ze dne 13. 10. 2003, což v případě většiny žalobních námitek učinil. Námitky směřující proti výroku o spáchání správního deliktu, krajský soud správně označil za námitky opožděné, neboť byly uvedeny až v žalobě podané dne 22. 5. 2007, tedy řadu let po doručení rozhodnutí o spáchání správního deliktu ze dne 13. 10. 2003. Uvedený závěr krajského soudu považuje zdejší soud za správný. Námitkami, které směřovaly proti výroku o pokutě, se krajský soud zabýval a v odůvodnění napadeného rozsudku se s nimi i vypořádal. Námitka jiné vady řízení před soudem nebyla shledána důvodnou.

Nejvyšší správní soud závěrem shrnuje, že kasační námitky obou stěžovatelů shledal nedůvodnými. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí kasační soud

přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.), zamítl kasační stížnosti stěžovatele a) i stěžovatele b) (§110 odst. 1 s. ř. s.).

Stěžovatel a) ani stěžovatel b) neměli v tomto soudním řízení úspěch a nemají tak právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 60 odst. 1, § 120 s. ř. s.). Žalovanému náklady řízení nevznikly, proto Nejvyšší správní soud rozhodl, že se žalovanému náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává.

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

V Brně dne 29. března 2012

JUDr. Ludmila Valentová
předsedkyně senátu