

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy senátu JUDr. Tomáše Langáška (soudce zpravodaj), soudce JUDr. Petra Průchy a soudkyně Mgr. Jany Brothánkové v právní věci žalobkyně: **RWE Supply & Trading CZ, a.s.,** IČ 26460815, se sídlem Limuzská 12/3135, Praha 10, zastoupená JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M., Ph.D., advokátem, se sídlem Kocián Šolc Balaštík, advokátní kancelář, s.r.o., Jungmannova 745/24, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, týkající se žaloby proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 21. srpna 2015, č. j. ÚOHS-R15/2015/HS-24337/2015/310, v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 16. února 2017, č. j. 62 Af 120/2015 - 115,

takto:

I. Kasační stížnost žalobkyně **se zamítá.**

II. Žalobkyně **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

I. Vymezení případu

[1] Žalovaný zahájil dne 23. listopadu 2005 s žalobkyní řízení ve věci možného porušení § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“) a čl. 82 Smlouvy o založení Evropského společenství (dále jen „Smlouva o ES“). Dne 10. srpna 2006 vydal žalovaný rozhodnutí č. j. S 5305-14253/06/610, jímž ve výroku I konstatoval, že žalobkyně zneužila ve smyslu § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže a čl. 82 Smlouvy o ES své dominantní postavení na trhu dodávek zemního plynu

určeného pro kategorii oprávněných zákazníků, a to na újmu jiných soutěžitelů a spotřebitelů. Žalovaný toto jednání žalobkyni ve smyslu § 11 odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže do budoucna zakázal (výrok II), a uložil jí podle ustanovení § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže v tehdy účinném znění pokutu ve výši 370.000.000 Kč (výrok III) a podle § 23 odst. 1 tohoto zákona opatření k nápravě (výrok IV a V). V části, o níž nebylo ve výroku I rozhodnuto, žalovaný správní řízení zastavil.

[2] K rozkladu žalobkyně změnil předseda žalovaného výrokem I rozhodnutí ze dne 12. března 2007, č. j. R 98/2006/01-05326/2007/900, (dále též „rozhodnutí o deliktu“) popis skutku v rozhodnutí žalovaného tak, že žalobkyně zneužila svého dominantního postavení na velkoobchodním trhu dodávek zemního plynu určeného pro kategorii oprávněných zákazníků, a to na újmu jiných soutěžitelů a spotřebitelů, čímž porušila zákaz uvedený v § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže a v čl. 82 Smlouvy o ES tím, že (1) v období od 5. listopadu 2004 do 10. srpna 2006 neumožnila provozovatelům regionálních distribučních soustav nenáležejícím do holdingu skupiny RWE uzavřít Rámcové smlouvy o podmínkách koupě a prodeje zemního plynu a Smlouvy kupní o koupi a prodeji zemního plynu – Dílčí kupní smlouvy za takových podmínek upravujících strukturu ceny, revize a následné revize jednotkové ceny a zvláštní podmínky ohledně povinnosti projednat množství odběru zemního plynu při přechodném podstatném snížení odběru, které by ve svém souhrnu těmto provozovatelům regionálních distribučních soustav nenáležejícím do holdingu skupiny RWE umožnily účinně konkurovat provozovatelům regionálních distribučních soustav náležejícím do holdingu skupiny RWE, a (2) v období od 26. ledna 2005 do 10. srpna 2006 bez objektivně ospravedlnitelných důvodů odmítala provozovatelům regionálních distribučních soustav nenáležejícím do holdingu skupiny RWE dodávat na velkoobchodní úrovni zemní plyn určený pro kategorii oprávněných zákazníků do kterékoli bilanční zóny jednotlivých provozovatelů regionálních distribučních soustav, a vytvářela tak bariéry pro rozvoj konkurence. Předseda žalovaného dále (3) toto jednání žalobkyni do budoucna zakázal a (4) uložil jí pokutu ve výši 240.000.000 Kč. Ve zbytku (5), (6) správní řízení zastavil. Předseda žalovaného rovněž zrušil rozhodnutí žalovaného v části, v níž bylo žalobkyni uloženo opatření k nápravě (výrok II).

[3] Krajský soud v Brně (dále jen „krajský soud“) rozsudkem ze dne 22. října 2007, č. j. 62 Ca 8/2007 - 171, uvedené rozhodnutí předsedy žalovaného ve výrokové části I, v bodech 1, 2, 3 a 4 zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Tento rozsudek zrušil Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 31. října 2008, č. j. 5 Afs 9/2008 - 328, č. 1767/2009 Sb. NSS. Krajský soud následně rozsudkem ze dne 23. října 2009, č. j. 62 Ca 78/2008 - 452, rozhodnutí žalovaného v uvedeném rozsahu opět zrušil. Ani druhý rozsudek krajského soudu neobstál v kasačním přezkumu, neboť jej Nejvyšší správní soud zrušil rozsudkem ze dne 6. září 2011, č. j. 5 Afs 52/2010 - 548. Do třetice krajský soud rozsudkem ze dne 19. ledna 2012, č. j. 62 Af 56/2011 – 647, zrušil výše uvedené rozhodnutí předsedy žalovaného ve výrokové části I v bodech 2, 3 a 4 a věc mu v tomto rozsahu vrátil k dalšímu řízení, ve zbytku žalobu zamítl. Důvodem zrušujícího výroku krajského soudu byla skutečnost, že skutkový stav, z něhož předseda žalovaného při konstatování protisoutěžního jednání žalobkyně uvedeného v předcházejícím odstavci pod bodem (2) vycházel, nemá oporu v podkladech rozhodnutí. Krajský soud zrušil i navazující část výroku, jímž žalovaný toto jednání žalobkyni do budoucna zakázal. Část výroku, jímž byla žalobkyni uložena pokuta,

zrušil krajský soud proto, že z jeho odůvodnění nebylo zřejmé, za který z deliktů žalovaný uložil pokutu a ke kterému přihlédl pouze jako k přitěžující okolnosti. Kasační stížnost směřující proti zamítavému výroku krajského soudu zamítl Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 28. března 2014, č. j. 5 Afs 15/2012 - 102, č. 3053/2014 Sb. NSS.

[4] Dne 19. září 2014 předseda žalovaného rozhodnutím č. j. ÚOHS-R98/2006/01-19849/2014/311/Edy zrušil rozhodnutí žalovaného uvedené v bodu [1] odůvodnění tohoto rozsudku, a to v rozsahu výroku I bodu 2, výroku II a výroku III a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Žalovaný následně shromáždil další podklady pro rozhodnutí a poté, co žalobkyni umožnil se s nimi seznámit, rozhodl dne 23. prosince 2014 pod č. j. ÚOHS-S53/2005/DP-27682/2014/820/TPi (dále též „prvostupňové rozhodnutí“) tak, že žalobkyni za porušení zákazu uvedeného v § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže a čl. 82 Smlouvy o ES, jehož se dopustila způsobem popsaným ve výrokové části I bodu 1 rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 12. března 2007, č. j. R 98/2006/01-05326/2007/300, uložil podle § 22 odst. 2 ve spojení s § 21a odst. 5 zákona o ochraně hospodářské soutěže, ve znění účinném do 30. dubna 2007, pokutu ve výši 39 778 000 Kč a uvedené jednání žalobkyni do budoucna zakázal. Žalovaný dále konstatoval, že jednání žalobkyně popsané ve výrokové části I bodu 2 rozhodnutí o deliktu nebylo prokázáno a že ve vztahu k tomuto jednání neshledal důvod k zásahu ve smyslu čl. 5 nařízení Rady (ES) ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy. Žalovaný též žalobkyni uložil povinnost uhradit náklady řízení paušální částkou 1.000 Kč.

[5] V odůvodnění prvostupňového rozhodnutí se žalovaný nejprve zabýval otázkou, jaké znění zákona o ochraně hospodářské soutěže užít při ukládání sankce žalobkyni. Dospěl přitom k závěru, že pozdější novelizace nepřinesly vůči znění účinnému v době spáchání deliktu (tedy do 30. dubna 2007) pro stěžovatelku příznivější úpravu, neboť i přes formulační změny zákonem č. 155/2009 Sb. zůstala kritéria, jež je třeba vzít při stanovení výše pokuty v úvahu, obdobná. Proto žalovaný na výpočet pokuty aplikoval zákon o ochraně hospodářské soutěže ve znění účinném do 30. dubna 2007. Žalovaný se rovněž zabýval otázkou aplikace Zásad postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „Zásady“) s výsledkem, že je coby „soft law“ nelze považovat za příznivější právní úpravu. Sám žalovaný si navíc stanovil, že se jimi bude řídit až ve správních řízeních zahájených po dni jejich publikace, přičemž řízení se žalobkyní bylo zahájeno před tímto datem. Při vyměřování výše pokuty vycházel žalovaný z čistého obratu žalobkyně za poslední ukončené účetní období před vydáním svého prvního rozhodnutí (tedy rozhodnutí ze dne 10. srpna 2006, č. j. S 5305-14253/06/610). Jelikož žalovaný vyhodnotil oba delikty žalobkyně (výrok I bod 1 rozhodnutí o deliktu) jako stejně závažné, nic mu nebránilo (toliko formálně) zvolit jako delikt, za nějž primárně uloží pokutu, porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže. Z rozhodnutí o deliktu žalovaný dále dovodil, že žalobkyně porušila zákon o ochraně hospodářské soutěže úmyslně. Protisoutěžní jednání žalobkyně vyhodnotil žalovaný jako méně závažné a střednědobé, přihlédl však k tomu, že bránilo očekávané liberalizaci trhu s plynem. Za polehčující považoval žalovaný tu okolnost, že žalobkyně doposud soutěžní právo neporušila a již před vydáním rozhodnutí o deliktu odstranila protiprávní stav. Naopak přičetl žalobkyni k tíži, že souběžně se zákonem o ochraně hospodářské soutěže porušila i Smlouvu o ES. K žádosti žalobkyně, aby pro

výpočet pokuty nebral v potaz tzv. *in-house* dodávky, žalovaný konstatoval, že v souladu s rozhodovací praxí předcházející vydání Zásad vycházel z čistého obratu žalobkyně, který zahrnuje i tyto dodávky.

[6] Rozklad proti prvostupňovému rozhodnutí předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 21. srpna 2015, č. j. ÚOHS-R15/2015/HS-24337/2015/310 (dále jen „rozhodnutí o rozkladu“) zamítl. Nad rámec odůvodnění přezkoumávaného rozhodnutí předseda žalovaného doplnil, že žalobcem citovaná judikatura k *in-house* dodávkám se vztahovala ke zjištění výše tržního podílu soutěžitele, nikoli k výpočtu pokuty. Vyloučením takových dodávek by se sice obrat stěžovatele vzatý za základ pro výpočet pokuty snížil, koeficienty užité v Zásadách by však pokutu několikanásobně navýšily, a to na řádově stovky miliónů Kč. Předseda žalovaného rovněž rozvedl závěry stran zavinění žalobkyně, neboť konstatoval, že se dopustila protisoutěžního jednání v úmyslu nepřímém, když si byla vědoma nové právní úpravy (liberalizace) v oblasti plynárenství i toho, že pokud s distributory mimo holding RWE neuzavře předmětné smlouvy, neumožní jim účinně konkurovat ostatním distributorům, což v sobě zahrnuje vědomí o možnosti narušení hospodářské soutěže. Na rozdíl od žalovaného konstatoval předseda žalovaného, že skutečnost, že žalobkyně soutěžní právo neporušuje opakovaně, nelze považovat za polehčující okolnost, a neshledal ani druhou z polehčujících okolností (přičinění žalobkyně na odstranění protiprávního stavu); uloženou pokutu však přesto ponechal v původní výši. K námitkám, že se měla celková délka řízení odrazit ve výši pokuty, předseda žalovaného uvedl, že celková doba správního řízení nepřesáhla tříletou prekluzivní lhůtu a veřejný zájem na sankcionování stěžovatelky nadále trvá.

[7] Žalobu proti rozhodnutí o rozkladu krajský soud v záhlaví označeným rozsudkem jako nedůvodnou zamítl.

II. Kasační stížnost a průběh řízení o ní

[8] Proti rozsudku krajského soudu podala žalobkyně (dále též „stěžovatelka“) včas kasační stížnost, jíž se domáhala zrušení tohoto rozsudku, zrušení rozhodnutí o rozkladu i prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení. Stěžovatelka stejně jako v žalobě namítala v prvé řadě to, že správní rozhodnutí jsou v rozporu s ustálenou judikaturou Ústavního soudu týkající se účelnosti sankcí. S ohledem na značný odstup ukládání sankce od spáchání správního deliktu měl žalovaný zvážit, zda stále trvá potřeba individuální i generální prevence a zda může pokuta na stěžovatelku po tak dlouhé době výchovně působit. Toto pochybení žalovaného se krajský soud snažil nepřípustně odstranit rozborem dalších aspektů, které lze při posouzení přiměřenosti délky řízení zohlednit, které však stěžovatelka nepovažuje (na rozdíl od kritérií vyplývajících z judikatury Ústavního soudu) za relevantní. Krajský soud nadto zcela opomenul vypořádat argumentaci stěžovatelky ohledně nepromítnutí délky řízení do výše uložené pokuty.

[9] Stěžovatelka dále setrvala na své argumentaci, že se žalovaný dostatečně nezabýval tím, zda není znění zákona o ochraně hospodářské soutěže účinné po novelizaci zákonem č. 155/2009 Sb. pro stěžovatelku příznivější. Jelikož dospěl žalovaný k závěru, že porovnávaná znění jsou podobná (nikoli totožná), měl určit konkrétní výši pokuty podle obou těchto znění a následně uložit pokutu podle toho znění zákona, které vedlo k vyměření nižší pokuty. Žalovaný měl jako pozdější příznivější právo aplikovat též Zásady,

v důsledku čehož by nutně musel při určování obratu rozhodného pro stanovení výše pokuty vyloučit *in-house* dodávky. Opačný závěr převzal krajský soud z odůvodnění rozhodnutí o rozkladu, které však stěžovatelka považuje v tomto ohledu za nepřezkoumatelné. Argumentaci žalobkyně vztahující se právě k vyloučení *in-house* dodávek, potom krajský soud zcela ignoroval.

[10] Krajský soud rovněž převzal nesprávné závěry žalovaného, že obstál-li v předcházejícím soudním přezkumu výrok o vině, je tím najisto postaveno, že stěžovatelka nějakou újmu způsobila. Žalovaný se však měl zabývat konkrétními následky, které stěžovatelka protisoutěžním jednáním způsobila, což zahrnuje vymezení situace, která by na relevantním trhu panovala, pokud by stěžovatelka dominantní postavení nezneužila (přičemž stěžovatelka je nadále přesvědčena, že se tak nestalo). Rovněž měl řádně zohlednit narušení hospodářské soutěže jako materiální znak skutkové podstaty zneužití dominantního postavení. Krajský soud tím, že na jednu stranu konstatoval, že následky jednání stěžovatelky musely být pro výpočet pokuty zohledněny v rámci kritéria závažnosti, na stranu druhou však aproboval postup žalovaného, který tyto následky nezohlednil, zatížil svůj rozsudek nepřezkoumatelností pro nesrozumitelnost.

[11] Stěžovatelka také opět namítala nemožnost souběhu deliktu zneužití dominantního postavení podle zákona o ochraně hospodářské soutěže a stejného deliktu podle Smlouvy o ES. Nadále je stěžovatelka přesvědčena též o tom, že její protisoutěžní jednání bylo pouze krátkodobé a žalovaný jeho kvalifikací jako střednědobého pochybil. Žalovaný měl zohlednit, že stěžovatelka postupně své jednání ukončovala (upravovala návrhy smluv), což uznal i Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 15/2012 - 102.

[12] Na závěr stěžovatelka označila za nepřezkoumatelné závěry vztahující se k jejímu zavinění. Žalovaný vůbec nezjišťoval, jaká ujednání byla z hlediska obchodní strategie provozovatelů distribučních soustav výhodnější, a nemohl tedy spolehlivě uzavřít, že stěžovatelka jednala úmyslně. Samotné povědomí stěžovatelky o liberalizaci trhu s plynem nevypovídá nic o tom, zda chtěla jakékoli narušení hospodářské soutěže způsobit.

[13] Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti vyzdvihl význam zásady materiální pravdy, která se v soutěžních věcech, charakteristických svou obtížností, dostává do střetu s právem stěžovatelky na projednání věci bez zbytečných průtahů. Výrok o vině byl pravomocný již od roku 2007, rozhodnutí o trestu tudíž musela stěžovatelka očekávat. Rovněž zdůraznil určité odlišnosti mezi správním a trestním řízením, mimo jiné odlišnou konstrukci prekluzivní lhůty pro uložení sankce podle zákona o ochraně hospodářské soutěže a promlčení trestní odpovědnosti. To, že žalovaný není při ukládání sankce povinen zohlednit délku řízení, vyplývá též z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. dubna 2015, č. j. 2 As 204/2014 - 71. Uložením sankce dává žalovaný najevo, že protisoutěžní jednání nezůstane nepotrestáno ani po déletrvajícím řízení.

[14] Otázkou příznivosti pozdější právní úpravy se žalovaný zabýval dostatečně již v obou správních rozhodnutích. Zásady coby „soft law“ nelze považovat za příznivější právní úpravu. Stěžovatelka navíc nemohla legitimně očekávat, že bude žalovaný postupovat podle Zásad, neboť správní řízení s ní bylo zahájeno ještě před jejich publikací. Aplikací zásad by nedošlo k vyloučení *in-house* dodávek z obratu žalobkyně relevantního

pro výpočet pokuty. Po vyloučení *in-house* obratu by nebylo možné postihnout podstatu deliktu stěžovatelky, která spočívá právě v odlišném zacházení se „svými“ a „cizími“ distributory. Otázku způsobené újmy (tedy následku zneužití dominantního postavení, který je součástí této skutkové podstaty) již vyřešil Nejvyšší správní soud v rámci přezkumu rozhodnutí o deliktu, stejně jako možnost souběhu deliktů podle české a unijní úpravy a délku protiprávního jednání stěžovatelky. Rovněž zavinění ve formě úmyslu má žalovaný za prokázané a odkazuje v tomto směru na obě napadená rozhodnutí. Na závěr svého vyjádření žalovaný zdůraznil, že předmětem nynějšího řízení je pouze pokuta uložená za protisoutěžní jednání stěžovatelky potvrzené již správními soudy, a navrhl kasační stížnost zamítnout.

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

[15] Nejvyšší správní soud kasační stížnost posoudil a dospěl k závěru, že není důvodná.

[16] Nejvyšší správní soud předesílá, že rozsudek krajského soudu i rozhodnutí o rozkladu jsou ve svém celku přezkoumatelná. Případné námitky nepřezkoumatelnosti jednotlivých pasáží jejich odůvodnění Nejvyšší správní soud vypořádá odděleně dále.

[17] Nejvyšší správní soud ve shodě s žalovaným dále zdůrazňuje, že otázkou řešenou krajským soudem, resp. Nejvyšším správním soudem na základě kasační stížnosti je již pouze výrok o uložené pokutě za protiprávní jednání; vina, resp. odpovědnost stěžovatelky za protiprávní jednání byla žalovaným pravomocně vyslovena v dřívějších fázích řízení, výrokem I rozhodnutí o deliktu, který nakonec obstál i před krajským, resp. Nejvyšším správním soudem (viz odstavce [2] až [4] odůvodnění tohoto rozsudku); ústavní stížnost proti poslednímu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 15/2012 - 102 pak nedávno odmítl i Ústavní soud (usnesení sp. zn. II. ÚS 1867/14 ze dne 30. května 2017).

III.a. Příznivější právní úprava

[18] Stěžovatelka v prvé řadě namítá, že žalovaný jí uložil pokutu podle právní úpravy účinné v době spáchání správního deliktu, aniž by spolehlivě vyloučil možnost uložení příznivější sankce podle pozdější právní úpravy. Jinými slovy, dovolává se ochrany článku 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, podle něhož *trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější.*

[19] S krajským soudem lze souhlasit v tom, že kritéria pro uložení pokuty vymezená v poslední větě § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské ve znění účinném do 31. srpna 2009 (tedy v době protiprávního jednání stěžovatelky) jsou prakticky totožná s těmi, která stanovil § 22b odst. 2 tohoto zákona po novelizaci provedené zákonem č. 155/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů. V obou případech byla, resp. jsou kritéria ukládání pokuty konkretizována demonstrativním výčtem a stará i nová právní úprava odpovídají obecné právní zásadě individiualizace trestání. Starší ustanovení přikazovalo žalovanému při rozhodování o výši pokuty

přihlédnout *zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování tohoto zákona*, novější potom *k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán*. Je zřejmé, že způsob spáchání, následky a okolnosti spáchání deliktu chápe novelizované znění zákona o ochraně hospodářské soutěže jako dílčí složky nadřazeného kritéria „závažnosti", přičemž nic nenasvědčuje tomu, že by je žalovaný nezohledňoval i při posuzování závažnosti podle předchozího znění zákona. Na druhou stranu lze případné opakování či délku protisoutěžního jednání i nadále považovat za faktory spoluurčující celkovou závažnost deliktu. Obdobný závěr vyplývá též z důvodové zprávy k zákonu č. 155/2009 Sb. (sněmovní tisk č. 591/0, 2008, www.psp.cz): „*Znění navrhovaného ustanovení § 22b odst. 2 odpovídá současnému znění ustanovení § 22 odst. 2 in fine. Nově se navrhuje v zákoně výslovně uvést, že při určení pokuty Úřad vychází také ze způsobu spáchání, následkům a okolnostem, za nichž byl delikt spáchán.*" Z toho vyplývá, že i před účinností zákona č. 155/2009 Sb. žalovaný způsob spáchání, následky a okolnosti spáchání deliktu zohledňoval (a bylo tomu tak i v posuzovaném případě), zákonodárce však považoval za vhodné tato kritéria zmínit v zákoně výslovně. Za této situace nevidí Nejvyšší správní soud rozumný důvod, proč by měl žalovaný určovat konkrétní výši pokuty podle obou porovnávaných znění zákona, když výsledek, k němuž by dospěl, by byl shodný.

[20] Nejvyšší správní soud nepřehlédl, že s účinností od 1. prosince 2012 (tedy ještě před vydáním prvostupňového rozhodnutí) přidal zákon č. 360/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, do § 22b odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže další okolnosti, k nimž je žalovaný při určování výše pokuty povinen přihlédnout, a sice *k jednání právnické osoby nebo orgánu veřejné správy v průběhu řízení před Úřadem a jejich snaze odstranit škodlivé následky správního deliktu.* Ani toto znění nemohlo dle názoru předsedy žalovaného přinést pro stěžovatelku příznivější rozhodnutí ve věci, neboť své dominantní postavení zneužívala až do vydání prvního správního rozhodnutí ve věci (srov. bod 36 rozhodnutí o rozkladu). Jelikož se stěžovatelka v rámci soudního přezkumu tohoto znění zákona výslovně nedovolávala, Nejvyšší správní soud pouze stručně uvádí, že i tento závěr shledává správným.

[21] Stěžovatelka dále vznesla otázku, zda lze Zásady považovat za příznivější právní úpravu a zda je byl žalovaný povinen na její případ aplikovat. Zásady jsou *de facto* kodifikovaná správní praxe žalovaného a posilují ochranu legitimního očekávání soutěžitelů, kteří mají možnost dopředu alespoň přibližně odhadnout, jaká sankce je v případě porušení soutěžněprávních norem může postihnout. Vydáním Zásad žalovaný zvýšil právní jistotu v oblasti soutěžního práva, neboť zákon o ochraně hospodářské soutěže vymezuje kritéria pro stanovení pokuty poměrně vágně a navíc demonstrativním výčtem. Tento krok lze hodnotit výhradně pozitivně, a to i s ohledem na výši sankcí, jež jsou za protisoutěžní delikty běžně ukládány.

[22] Na druhou stranu je třeba krajskému soudu dát za pravdu v tom, že Zásady jsou pouhým „soft law", nelze je tedy považovat za „zákon" ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny, a to ani při extenzivnějším výkladu tohoto pojmu. Žalovaný v čl. I bodu 2 Zásad omezil jejich aplikaci z časového hlediska na všechna správní řízení zahájená po dni jejich

publikace, v nichž bude ukládána pokuta (s výjimkou procesních pokut). K publikaci Zásad došlo v dubnu roku 2007. Správní řízení se stěžovatelkou žalovaný zahájil dne 23. listopadu 2005, tedy přibližně o rok a půl dříve. Dokonce i v pořadí první rozhodnutí žalovaného byla vydána ještě před publikací Zásad. S ohledem na znění samotných Zásad tedy stěžovatelka nemohla legitimně očekávat, že jí podle nich žalovaný stanoví pokutu (obdobně též rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. dubna 2015, č. j. 2 As 204/2014 - 71).

III.b. Účelnost a přiměřenost pokuty z hlediska délky řízení

[23] Před vlastním posouzením dalšího okruhu kasačních námitek Nejvyšší správní soud konstatuje, že krajský soud vypořádal část žaloby namítající nepřiměřenost uložené sankce společně s námitkami napadajícími její bezúčelnost, ani jeden z žalobních bodů tedy neopomněl. Tomuto postupu nelze nic vytknout, protože stěžovatelka odvozovala jak bezúčelnost, tak nepřiměřenost pokuty zejména od doby, jež od vlastního protisoutěžního jednání do vydání prvostupňového rozhodnutí uplynula, tedy od celkové délky řízení (k ukončení zneužití dominantního postavení žalobkyně dle výroku rozhodnutí o deliktu totiž došlo ke dni vydání prvního rozhodnutí žalovaného, tedy k 10. srpnu 2006). Jinými slovy, v prvé řadě lze zkoumat, zda pokuta uložená po devíti letech od spáchání správního deliktu ještě nadále plní svůj účel, a pokud bude odpověď na tuto otázku kladná, lze se dále zaobírat její přiměřeností, a to právě s ohledem na celkovou délku řízení. Tuto systematiku přezkumu nyní zachová i Nejvyšší správní soud.

[24] V prvé řadě je třeba odmítnout tvrzení stěžovatelky, že jedinými relevantními kritérii, která měl krajský soud při posuzování účelnosti sankce zohlednit, jsou individuální prevence (nutnost ochrany společnosti před stěžovatelkou ve světle jejího chování od spáchání deliktu do vydání rozhodnutí), potřeba výchovného působení na stěžovatelku právě skrze sankci a generální prevence (reálná účinnost sankce ve směru odstrašujícího účinku na ostatní soutěžitele, a to v přímé návaznosti na odstup od doby, kdy mělo dojít ke spáchání deliktu). Ústavní soud totiž v nálezech, jichž se stěžovatelka dovolává, citoval účely trestu vymezené v § 23 odst. 1 tehdy účinného zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů. Předpisy upravující správní trestání (a to ani zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich) však účel sankcí nevymezují a nutno podotknout, že i nový trestní zákoník (č. 40/2009 Sb.) od výslovného zakotvení účelu trestu upustil.

[25] Judikatura správních soudů zpravidla připisuje správním sankcím preventivní a represivní funkci (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. března 2010, č. j. 1 Afs 58/2009 - 541, č. 2119/2010 Sb. NSS, bod 247). Represivní funkce představuje „trest“ v původním slova smyslu, tedy ryze negativní následek protiprávního jednání, který v tomto případě spočívá v zásahu do majetkové sféry stěžovatelky. Preventivní funkce zahrnuje jednak v odrazení stěžovatelky od dalšího porušování soutěžního práva v budoucnu, ale též výstrahu ostatním soutěžitelům, že zneužívání dominantního postavení není ze strany státu tolerováno. Předseda žalovaného v rozhodnutí o rozkladu dospěl k závěru, že pokuta uložena stěžovatelce plní i po delším časovém odstupu od protisoutěžního jednání obě uvedené funkce. V rozsudku krajského soudu konkrétní úvahy v tomto směru chybí, krajský soud však na příslušné odstavce rozhodnutí o rozkladu odkázal a ztotožnil se s nimi. Nejvyšší správní soud přitom setrvale judikuje, že

požadovat po soudech, aby po správních orgánech opakovaly každý závěr, považují-li jej za správný, by bylo nehospodárné a zbytečné (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 27. července 2007, č. j. 8 Afs 75/2005 - 130, či ze dne 29. května 2013, č. j. 2 Afs 37/2012 - 47).

[26] Také Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že pokuta uložená stěžovatelce je způsobilá plnit svoji funkci, i když byla uložena až s osmiletým zpožděním. Vzhledem k závažnosti jednání, jehož se stěžovatelka dopustila, je i nadále žádoucí, aby nesla negativní následky s tímto jednáním spojené. To, že žalovaný na uložení pokuty nerezignoval, navíc dává stěžovatelce i ostatním soutěžitelům signál, že narušování hospodářské soutěže nezůstane ze strany veřejné moci nepotrestáno.

[27] Krajský soud správně zdůraznil, že celková délka řízení z velké části souvisela se složitostí právních otázek posuzovaných v řízení o žalobě proti rozhodnutí o deliktu, na nichž se správní soudy zpočátku nemohly shodnout, a to i proto, že se jednalo o zcela novou materii související se vstupem České republiky do Evropské unie. Nejvyšší správní soud nesdílí přesvědčení stěžovatelky, že řízení v její věci bylo zatíženo průtahy, a to právě s ohledem na složitost posuzovaného případu. Jak uvedl Evropský soud pro lidská práva v rozsudku ze dne 27. června 2000 ve věci *Frydlender proti Francii* (stížnost č. 30979/96), *„přiměřenost délky řízení musí být posuzována s ohledem na okolnosti případu s přihlédnutím k následujícím kritériím: složitost případu, chování stěžovatele a postup příslušných orgánů a význam sporu pro stěžovatele*“ (bod 43). Projednávaný případ zahrnoval posouzení zčásti nových a zčásti poměrně komplikovaných právních otázek, přičemž nelze ve vztahu k žádné fázi řízení říci, že by žalovaný či soudy zůstávali pasivní, odstupy mezi jednotlivými rozhodnutími soudů při přezkumu rozhodnutí o deliktu nepřesáhly standardní délku řízení ve správním soudnictví (na rozdíl od citovaného případu, kdy francouzské Státní radě trvalo rozhodnout o věci stěžovatele šest let, či od věci posuzované Ústavním soudem v nálezu ze dne 31. března 2005, sp. zn. I. ÚS 554/04, kdy zůstávaly orgány činné v trestním řízení opakovaně nečinné déle než rok). Bez významu není ani okolnost, kterou vyzdvihl i krajský soud, a sice že rozhodnutí o „vině“ stěžovatelky bylo vydáno necelý rok poté, co stěžovatelka své protiprávní jednání ukončila. Lze tedy souhlasit s krajským soudem, že uložení sankce mohla očekávat a není pro ni tudíž překvapivé.

[28] Připočteme-li skutečnost, že stěžovatelce byla uložena pokuta činící 0,56 % zákonné horní hranice (čistý obrat stěžovatelky za rok 2005, z něhož žalovaný vycházel, dosáhl výše 71.172.655.000 Kč), lze sankci uloženou stěžovatelce za zneužití dominantního postavení považovat za přiměřenou i v kontextu déletrvajícího řízení.

III.c. Vyloučení in-house *dodávek z výpočtu čistého obratu*

[29] Stěžovatelce je třeba přisvědčit v tom, že krajský soud se její námitkou, že měl žalovaný při výpočtu čistého obratu za účelem stanovení horní hranice pokuty odhlédnout od *in-house* dodávek, výslovně nezabýval. Z jeho závěru, že *„i při aplikaci zásad stanovování výše pokut by bylo třeba pro výpočet základu pokuty zohlednit prodeje konsolidovaným i nekonsolidovaným distributorům*“, však lze dovodit, že považuje postup žalovaného, který vyměřil pokutu s ohledem na veškerý čistý obrat dosažený stěžovatelkou v roce 2005, za správný. Krajský soud stručně uvedl též důvody pro své stanovisko [*„podstata deliktu žalobce spočívala – zjednodušeně řečeno – v odlišném zacházení ve vztahu k ‚vlastním‘ na straně*

jedné a k ‚cizím' na straně druhé a narušení soutěže se týkalo – a to dokonce přímo – veškerého jim (tedy ‚vlastním' i ‚cizím' distributorům) dodávaného plynu"], a tak, i když je jeho rozsudek v tomto směru na hranici přezkoumatelnosti, lze i tuto otázku se zohledněním závěrů žalovaného meritorně posoudit.

[30] Předseda žalovaného ve svém rozhodnutí odmítl poukazy stěžovatelky na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. prosince 2011, č. j. 62 Af 67/2010 - 140, respektive rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 20. prosince 2013, č. j. 5 Afs 3/2012 - 131, s tím, že se závěry tam vyslovené, z nichž lze nutnost vyloučit *in-house* dodávky dovodit, vztahovaly k vymezení relevantního trhu a určení tržního podílu soutěžitele, nikoli ke stanovení pokuty. Nejvyšší správní soud se s tímto přístupem ztotožňuje. Vymezení relevantního trhu je totiž otázkou ekonomickou, zatímco stanovení čistého obratu pro výpočet pokuty je spíše záležitostí účetní. Jelikož zákon o ochraně hospodářské soutěže pojem *čistý obrat* nevymezuje (s výjimkou ustanovení vztahujících se ke spojování soutěžitelů, která však souvisejí právě s vymezením tržního podílu soutěžitelů, nikoli s výpočtem pokuty), lze podpůrně užít zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví, který ve znění relevantním pro projednávanou věc (tedy do 31. prosince 2007) odkazoval na vymezení obratu v zákoně č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty. Ustanovení § 6 odst. 2 tohoto zákona, ve znění účinném do 31. prosince 2008, vymezovalo obrat jako *výnosy za uskutečněná plnění s výjimkou plnění, která jsou osvobozená od daně bez nároku na odpočet daně, u osob, které mají povinnost vést účetnictví nebo účetnictví vedou dobrovolně, nebo příjmy za uskutečněná plnění, s výjimkou plnění, která jsou osvobozená od daně bez nároku na odpočet daně, u ostatních osob*, dále *výnosy nebo příjmy z převodu a nájmu pozemků, staveb, bytů a nebytových prostor, které jsou osvobozeny od daně bez nároku na odpočet daně podle § 56, které nejsou příležitostnou činností osoby povinné k dani, a výnosy nebo příjmy z finančních činností a pojišťovacích činností, které jsou osvobozeny od daně bez nároku na odpočet daně podle § 54 a 55, které nejsou příležitostnou nebo doplňkovou činností osoby povinné k dani*; do obratu se naopak nezahrnovaly *výnosy nebo příjmy z prodeje dlouhodobého hmotného a dlouhodobého nehmotného majetku, který je obchodním majetkem*. Z citovaného ustanovení nevyplývá, že by při výpočtu obratu neměly být zohledňovány výnosy z obchodů mezi stěžovatelkou a subjekty, jež s ní z vnějšího pohledu soutěžního práva tvoří jeden celek. K obdobnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud též ve výše citovaném rozsudku č. j. 2 As 204/2014 - 71.

[31] Již ve výše citovaném rozsudku č. j. 5 Afs 15/2012 - 102 (posledním rozhodnutím v rámci přezkumu rozhodnutí o deliktu) navíc Nejvyšší správní soud námitky ohledně aplikace *intra-enterprise* doktríny odmítl i ve vztahu k posouzení jednání stěžovatelky jako zneužívajícího. Uvedl, že přirovnání vztahů uvnitř holdingu stěžovatelky k jakési „černé skříňce" není přesné. „*Z hlediska aplikace soutěžních pravidel sice platí, že tyto vztahy jsou vyňaty z působnosti zákazu kartelových dohod a zákazu zneužití dominantního postavení, pokud jde o interní dopady v rámci jednoho soutěžitele. To však nevylučuje možnost přihlédnout při posouzení jednání soutěžitele navenek i k obsahu smluv uzavřených mezi subjekty patřícími do skupiny takového soutěžitele.*" K tomu lze dodat, že by bylo krajně nelogické pro kalkulaci pokuty vycházet z menšího rozsahu ekonomické činnost stěžovatelky, než který byl dotčen jejím protisoutěžním jednáním, neboť, jak správně podotknul žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti, by takto uložená pokuta dostatečně nereflektovala závažnost spáchaného deliktu.

III.d. Dopady sankcionovaného jednání, jeho délka a polehčující okolnosti

[32] Stěžovatelka dále namítala, že žalovaný při stanovení sankce dostatečně nezkoumal dopady protisoutěžního jednání na relevantní trh, respektive že neprovedl tzv. *counterfactual analysis* (zjištění situace, jaká by na relevantním trhu panovala, kdyby ke zneužití dominantního postavení stěžovatelkou nedošlo).

[33] Újma způsobená jednáním stěžovatelky byla popsána již v rozhodnutí o deliktu, přičemž tyto závěry byly potvrzeny v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 15/2012 - 102: „*Ve shodě se žalovaným i krajským soudem má Nejvyšší správní soud za to, že újma způsobená nekonsolidovaným distributorům má svůj počátek již v tom, že stěžovatel navrhl těmto soutěžitelům uzavření rámcových a dílčích kupních smluv za znevýhodňujících podmínek [...] Nejvyšší správní soud spatřuje újmu i v tom, že nekonsolidovaní distributoři působili po zahájení liberalizace trhu s plynem na trhu za nestabilních a nerovných podmínek [...] i ve znevýhodňujících cenových podmínkách za dodávky zemního plynu, jež stěžovatel uplatňoval vůči nekonsolidovaným distributorům.*“ Žalovaný z rozhodnutí o deliktu následně vycházel a již v prvostupňovém rozhodnutí o pokutě vyhodnotil jednání stěžovatelky jako středně závažné, a to s ohledem na jeho omezený dopad na hospodářskou soutěž (nevedlo k vyloučení některého soutěžitele působícího na relevantním trhu a přímo neohrožovalo koncové spotřebitele). Na druhou stranu žalovaný zohlednil, že stěžovatelka svým jednáním postavila bariéru pro rozvoj podnikání na liberalizujícím se trhu s plynem. Žalovaný tedy dopady protisoutěžního jednání zjevně hodnotil.

[34] Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že závažnost porušení soutěžního práva lze posuzovat na základě vícera kritérií, přičemž nikde není stanoven jejich závazný výčet (rozsudek ze dne 3. září 2009 ve věci C-534/07 P *Wiliam Prym GmbH & Co. KG a Prym Consumer GmbH & Co. KG proti Komisi Evropských společenství*, bod 54 a tam citovaná judikatura). Soudní dvůr nepovažuje skutečný dopad protisoutěžního jednání na relevantní trh za okolnost, jež by bylo nutné zohlednit při výpočtu pokuty; pouze pokud jej soutěžní úřad bere v potaz, musí shromáždit dostatečné indicie, které mu umožní reálný dopad jednání na trh posoudit (tamtéž, bod 74 a následující). V projednávaném případě však žalovaný výši pokuty od konkrétních dopadů zneužití dominantního postavení stěžovatelky neodvozoval, a proto nebyl povinen provádět ekonomickou analýzu trhu (k obdobnému závěru dospěl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 29. ledna 2015, č. j. 8 Afs 25/2012 - 351).

[35] Žalovaný posoudil protisoutěžní jednání stěžovatelky z hlediska délky trvání jako střednědobé. Vycházel přitom z popisu skutku v rozhodnutí o deliktu, v němž je uvedeno, že stěžovatelka zneužívala svého dominantního postavení na trhu s plynem v období od 5. listopadu 2004 do 10. srpna 2006. Trvání deliktu po celou uvedenou dobu následně potvrdily i správní soudy. Stěžovatelka má pravdu v tom, že jí Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 15/2012 - 102 částečně přisvědčil, že v průběhu jednání své návrhy smluv postupně upravovala, následně však konstatoval, že „*skutečnost, že stěžovatel ve prospěch Pražské plynárenské, a.s. upravil předkládané návrhy, však nevyvrací závěr, že stěžovatel svým postupem v rámci celého jednání o smluvní úpravě dodávek zemního plynu neumožnil ani jednomu z nekonsolidovaných distributorů uzavřít smlouvy upravující dodávky*

plynu za neznevýhodňujících podmínek. [...] Z hlediska stěžovatelovy odpovědnosti za předmětný skutek je podstatné, že i přes výhrady a připomínky nekonsolidovaných distributorů k navrhovanému komplexu rámcové a dílčích kupních smluv, stěžovatel stále prosazoval zvolenou obchodní strategii a na takto jednostranně navrženém smluvním portfoliu v podstatně nic zásadního nezměnil.“ Žalovaný tedy při hodnocení doby trvání deliktu stěžovatelky vycházel ze správně vymezeného časového úseku. Ze stejného důvodu potom nelze tvrzené postupné ukončování deliktního jednání ze strany stěžovatelky považovat za polehčující okolnost, neboť stěžovatelka své jednání do vydání prvního rozhodnutí žalovaného neukončovala.

III.e. Další námitky

[36] Další námitky stěžovatelky nevyžadují podrobnější vypořádání, neboť stěžovatelka do řízení, jehož předmětem je výhradně uložená sankce (tedy nikoli otázka její odpovědnosti za správní delikt), vnáší „mrtvé duše“ z minulého kola soudního přezkumu. Skutečnost, že stěžovatelka zákaz zneužití dominantního postavení porušila, byla spolehlivě zjištěna již v rámci rozhodnutí o deliktu, které bylo potvrzeno rozsudkem krajského soudu č. j. 62 Af 56/2011 - 647 a rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 15/2012 - 102, z nichž Nejvyšší správní soud v nyní projednávané věci vychází (§ 52 odst. 2 věta druhá za středníkem ve spojení s § 120 s. ř. s.). Totéž platí pro závěr o možném jednočinném souběhu deliktů podle § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže a čl. 82 Smlouvy o ES, jenž vyplývá z rozsudků Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 9/2008 - 328 a č. j. 5 Afs 15/2012 - 102 a jehož platnost byla nepřímo potvrzena rozšířeným senátem Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 26. června 2014 č. j. 7 Afs 57/2011 - 1234. Rovněž posouzení jednání stěžovatelky jako zaviněného ve formě úmyslu vyplývá již z rozhodnutí o deliktu (bod 193 odůvodnění), které však není předmětem nynějšího přezkumu.

IV. Závěr a náklady řízení

[37] Nejvyšší správní soud tedy neshledal kasační stížnost důvodnou, pročež ji ve smyslu poslední věty § 110 odst. 1 s. ř. s. zamítl. Rozhodl tak bez jednání postupem podle § 109 odst. 2 s. ř. s.

[38] O nákladech řízení o kasační stížnosti rozhodl Nejvyšší správní soud podle § 60 odst. 1 s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Žalobkyně neměla úspěch ve věci, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Žalovaný měl ve věci plný úspěch, nevznikly mu však žádné náklady nad rámec obvyklé úřední činnosti, a náhrada nákladů řízení se mu tudíž nepřiznává.

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

V Brně dne 7. června 2017

JUDr. Tomáš Langášek
předseda senátu

pokračování

(řádná dovolená)

v zastoupení JUDr. Petr Průcha
předseda senátu