UOHSX0081XNZ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R316/2012/HS-12381/2017/310/HBa Brno 18. dubna 2017

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S 1/03-1263/2012/810/ŠVl ze dne 17. 10. 2012 vydaném v pokračujícím řízení S1/03, podal účastník řízení, společnost **O2 Czech Republic a. s.,** IČO 601 93 336, se sídlem Praha 4 - Michle, Za Brumlovkou 266/2, PSČ 140 22, jsem podle § 25a zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) a s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v účinném znění, na návrh rozkladové komise,

rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S 1/03-1263/2012/810/ŠVl ze dne 17. 10. 2012 **r u š í m** a správní řízení sp. zn. S1/03 **z a s t a v u j i**.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh správního řízení

1. Řízení ve věci sp. zn. S 1/03 bylo zahájeno z vlastního podnětu dne 13. 1. 2003. První rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) bylo vydáno dne 30. 6. 2003 pod č. j. ÚOHS-S 1/03-3250/03-ORP (dále též „**první rozhodnutí Úřadu**“), přičemž v jeho výrokové části 1 deklaroval Úřad, že účastník řízení zneužil své dominantní postavení na trhu poskytování veřejných telefonních služeb určených podnikatelským subjektům prostřednictvím veřejných pevných telekomunikačních sítí ve smyslu § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění účinném do 1. 6. 2004 (dále též „**zákon**“)[1] na újmu soutěžitelů i spotřebitelů. Současně v uvedené výrokové části Úřad popsal skutkovou stránku deliktu, tedy jednání, jímž se účastník dopustil zneužití dominantního postavení.
2. Ve výrokové části 2 Úřad uložil dle § 22 odst. 2 zákona za jednání specifikované ve výrokové části 1 účastníkovi řízení pokutu ve výši 81 700 000 Kč, ve výrokové části 3 Úřad dle § 11 odst. 2 zákona jednání do budoucna zakázal, ve výrokové části 4 uložil účastníkovi řízení opatření k nápravě a stanovil lhůtu k jejich splnění a ve výrokové části 5 uložil povinnost písemně informovat Úřad o splnění uložených nápravných opatření ve stanovené lhůtě.
3. Proti prvnímu rozhodnutí Úřadu podal účastník řízení rozklad, o němž předseda Úřadu rozhodl rozhodnutím ze dne 19. 1. 2004, č. j. R 20/2003 (dále též „**první rozhodnutí o rozkladu**“). Tímto rozhodnutím předseda Úřadu ve výroku č. I změnil výrokovou část 1 přezkoumávaného první rozhodnutí Úřadu, přičemž změna spočívala ve formulačním upřesnění písmene e) a závěru uvedené výrokové části. Dále předseda Úřadu ve výroku č. II potvrdil výrokové části 2, 3, 4, a 5 prvního rozhodnutí Úřadu. Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 2. 2. 2004.

II. Řízení před správními soudy

4. Proti prvnímu rozhodnutí o rozkladu podal účastník dne 10. 2. 2004 žalobu ve správním soudnictví, tato byla zamítnuta rozsudkem Krajského soudu v Brně (dále též „**krajský soud**“) ze dne 31. 7. 2006, č. j. 31 Ca 30/2004-157, který nabyl právní moci 23. 3. 2007. Na základě kasační stížnosti účastníka řízení byl uvedený rozsudek zrušen pro nepřezkoumatelnost rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 7. 2008, č. j. 8 Afs 57/2007-233. Druhým rozsudkem krajského soudu ze dne 15. 12. 2009, č. j. 62 Ca 61/2008-299, bylo první rozhodnutí Úřadu i první rozhodnutí o rozkladu zrušeno pro nedostatek důvodů a vady řízení. Na základě kasační stížnosti Úřadu byl druhý rozsudek krajského soudu zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 7. 2010, č. j. 8 Afs 29/2010-354. Poté krajský soud vydal ve věci třetí rozsudek, a to dne 24. 3. 2011, č. j. 62 Af

[1] Není-li v tomto rozhodnutí řečeno jinak, rozumí se pod „zákonem“ znění zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže) účinné do 1. 6. 2004.

49/2010-449 (dále jen „**třetí rozsudek krajského soudu**“), v němž potvrdil výrok č. I prvního rozhodnutí o rozkladu (výrok o spáchání deliktu) a zrušil výrok č II prvního rozhodnutí o rozkladu a v této části věc vrátil k dalšímu řízení Úřadu. Tento rozsudek nabyl právní moci dne 7. 4. 2011. Kasační stížnost účastníka řízení proti třetímu rozsudku krajského soudu byla jako nepřípustná odmítnuta usnesením Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 8. 2011, č. j. 8 Afs 35/2011-537.

III. Pokračující správní řízení

5. Po částečném zrušení prvního rozhodnutí o rozkladu vydal předseda Úřadu dne 6. 1. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-R 20/2003-16697/2011/320/KPo (dále též „**druhé druhostupňové rozhodnutí**“), kterým zrušil 2., 3., 4. a 5. výrokovou část prvního rozhodnutí Úřadu a věc vrátil správnímu orgánu prvního stupně k dalšímu řízení, přičemž postupoval v intencích třetího rozsudku krajského soudu. Toto druhé rozhodnutí o rozkladu nabylo právní moci dne 10. 1. 2012.
6. Dne 17. 10. 2012 vydal Úřad ve věci nové rozhodnutí, č. j. ÚOHS-S1/03-1263/2012/810/ŠVl (dále též „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výrokové části č.I.1 uložil účastníkovi řízení za delikt popsaný v rozhodnutí R 20/2003 ze dne 19. 1. 2004 pokutu ve výši 93 108 600 Kč splatnou do 90 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí, dále ve výrokové části č. I.2 Úřad účastníku popsané protisoutěžní jednání do budoucna zakázal a ve výrokové části č. II uložil účastníku povinnost uhradit náklady řízení 1 000 Kč do patnácti dnů ode dne právní moci rozhodnutí.
7. Předseda Úřadu změnil napadené rozhodnutí dne 19. 12. 2012 svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R316/2012/HS-23946/2012/320/HBa (dále též „**třetí druhostupňové rozhodnutí**“) tak, že snížil uloženou pokutu na částku 91 909 700 Kč, ve zbytku napadené rozhodnutí potvrdil. Třetí druhostupňové rozhodnutí nabylo právní moci dne 20. 12. 2012.

IV. Další řízení před správními soudy

8. Třetí druhostupňové rozhodnutí bylo rovněž napadeno žalobou účastníka řízení a rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 23. 10. 2014, č. j. 62 Af 14/2013-296 (dále též „**rozsudek KS**“), potvrzeno. Tento rozsudek byl zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 4. 2015, č. j. 2 As 204/2014-71 (dále též „**rozsudek NSS**“), s tím, že se krajský soud dostatečně nezabýval otázkou, zda byla sankce uložena v zákonné lhůtě. Při tom Nejvyšší správní soud vyslovil pro krajský soud tři základní východiska, a to:

a) Subjektivní lhůta pro uložení pokuty za trvající jiný správní delikt počíná běžet dnem, kdy se žalovaný o porušení zákazu nebo nesplnění povinností stanovených zákonem[2] poprvé dozvěděl.

[2] Roz. zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže).

b) Závěr krajského soudu o tom, že subjektivní lhůta musí započít svůj běh uvnitř lhůty objektivní, je neudržitelný.

c) Lhůta pro uložení pokuty se ve smyslu ustanovení § 41 s. ř. s. nestavěla v průběhu řízení o kasační stížnosti stěžovatele, která se netýkala krajským soudem zrušeného výroku o uložení sankce.

9. V souladu s tímto závazným právním názorem NSS vydal Krajský soud v Brně dne 11. 9. 2015 rozsudek č. j. 62 Af 14/2013-374 (dále též „**poslední rozsudek KS**“), kterým dnem své právní moci 14. 9. 2015 třetí druhostupňové rozhodnutí zrušil, když na základě východisek daných NSS dovodil, že lhůta pro uložení pokuty uplynula dříve než bylo vydáno třetí druhostupňové rozhodnutí.
10. Proti poslednímu rozsudku KS podal Úřad coby žalovaný kasační stížnost, v níž mj. navrhoval i předložení otázky počátku plynutí subjektivní lhůty k uložení pokuty za trvající jiný správní delikt rozšířenému senátu. Kasační stížnost byla odmítnuta usnesením Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 1. 2016, č. j. 2 As 234/2015-64.

V. Navazující správní řízení

11. V pokračujícím správním řízení o rozkladu účastníka řízení, do něhož byla věc rozsudkem NSS vrácena, je tedy nyní třeba se znovu zabývat námitkami rozkladu účastníka řízení, a to ve světle závazného právního názoru vysloveného v rozsudku NSS.
12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k závěrům uvedeným níže.

Použité znění procesních norem

13. Před vyjádřením se k jednotlivým námitkám považuji za nutné uvést, že toto rozhodnutí jakož i řízení jemu předcházející se v souladu s právní teorií i s dlouhodobou praxí Úřadu procesně řídí zákonem č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže) ve znění ke dni, kdy nabyl právní moci poslední rozsudek KS, tedy ke dni 14. 9. 2015, neboť dle přechodných ustanovení poslední novely provedené zákonem č. 293/2016 Sb. se řízení zahájená přede dnem účinnosti této novely dokončí podle dosavadních právních předpisů. Co do použitého znění správního řádu, je situace obdobná, zákon č. 500/2004 Sb., správní řád (dále též „**správní řád**“), je v procesních ustanoveních aplikován ve znění účinném ke dni vydání tohoto rozhodnutí.

Použité znění hmotněprávních norem

14. Co do užitých hmotněprávních ustanovení mám za to, že je na místě posoudit věc podle zákona č. 143/2001 Sb. o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů

(zákon o ochraně hospodářské soutěže) ve znění do 1. 6. 2004, když žádné později účinné znění tohoto zákona není pro účastníka příznivější, jak bude níže vyloženo.

VI. K námitkám rozkladu

15. Před vypořádáním jednotlivých námitek rozkladu předesílám, že většinu rozkladových námitek vznesl účastník řízení v řízení před soudem, přičemž Nejvyšší správní soud tyto námitky v rozsudku NSS částečně vypořádal sám, částečně v bodu 62 odkázal na rozsudek KS, který se jimi dle Nejvyššího správního soudu řádně zabýval. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím správní řízení zastavuji z důvodu uplynutí lhůty pro uložení pokuty, a vzhledem k tomu, že některé námitky jsou soudy závazně vypořádány, budu se rozkladovými námitkami s výjimkou námitky o uplynutí subjektivní lhůty k uložení pokuty zabývat stručněji s odkazy na závazná stanoviska soudů.

1. Neprovedení důkazů řádným způsobem

16. V bodech 3 a 4 účastník napadenému rozhodnutí vytýká, že *Úřad založil své rozhodnutí mimo jiné na daňovém přiznání společnosti Telefónica za roky 2002 a 2011, účetních výkazech společnosti Telefónica za roky 2002 a 2011, a na výroční zprávě společnosti Telefónica za rok 2002, které nebyly v rámci řízení před Úřadem řádně provedeny jako důkaz postupem dle § 51 odst. 2 a § 53 odst. 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řádu. Dle § 53 odst. 6 správního řádu, měl být důkaz zmíněnými listinami proveden za přítomnosti účastníka řízení přečtením listin nebo sdělením jejich podstatného obsahu, a učiněn o tom záznam do spisu. Porušení svého procesního práva účastnit se dokazování a vyjadřovat se k prováděným důkazům považuje účastník řízení za zvlášť závažné.* Účastník to považuje za podstatnou vadu, která má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

17. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí a obsahu správního spisu S 1/03 jsem shledal, že účastník skutečně nebyl ve smyslu § 51 odst. 3 správního řádu vyrozuměn o provádění důkazů mimo ústní jednání a Úřad tak před účastníkem řízení listiny nepřečetl ve smyslu ustanovení § 53 odst. 6 správního řádu.

18. Právní teorie ovšem nezastává jednoznačný názor, jakých listin se ustanovení § 53 odst. 6 správního řádu týká. Komentáře[3] k tomuto ustanovení se spíše kloní k závěru, že se toto ustanovení vztahuje na listiny, které se nestanou součástí spisu, a originál je vracen tomu, kdo jej předložil. Takovýto postup však postrádá význam v případě, kdy je určitá listina po celou dobu správního řízení a i po jeho skončení součástí správního spisu. S takovouto listinou se totiž účastníci seznamují při nahlížení do spisu a při seznámení se s podklady rozhodnutí. Tomuto výkladu nasvědčuje ostatně i požadavek procesní ekonomie a rychlosti řízení. V této souvislosti považuji za nutné citovat rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 4. 2014, č. j. 10 As 16/2014-25: *„Z ustanovení § 53 odst. 1 správního řádu vyplývá, že správní orgán může usnesením uložit tomu, kdo má listinu potřebnou k provedení důkazu, aby ji předložil. Správní řád přitom explicitně neříká, jaké dokumenty lze za listiny*

[3] Správní řád, nový zákon s důvodovou zprávou a poznámkami, JUDr. Radek Ondruš, LINDE PRAHA, a. s., 2005, Správní řád. Komentář. II. aktualizované a rozšířené vydání, JUDr. Josef Vedral, Ph.D., BOVA POLYGON, Praha 2006; 2012.

považovat. Z dikce ustanovení § 53 odst. 1 lze nicméně dovodit, že se přinejmenším musí jednat o písemnost, která již ve chvíli ukládání povinnosti k jejímu předložení existuje. Tento předpoklad však v projednávané věci splněn nebyl, nelze tak vůbec hovořit o režimu provádění důkazu listinou ve smyslu ustanovení § 53 správního řádu. Pokud si tedy správní orgán vyžádá pouze vyjádření ke sporné otázce, které se nadto stane součástí spisového materiálu, není aplikace ustanovení § 53 odst. 6 správního řádu na místě. Zcela nad rámec tak zdejší soud odkazuje stěžovatele např. na příslušné pasáže komentáře ke správnímu řádu, ve kterých je pojednáno o aplikaci namítaného ustanovení správního řádu: „Ustanovení § 53 odst. 6 se nevztahuje na všechny písemnosti (dokumenty či listiny), které jsou součástí spisu a které slouží jako podklad pro rozhodnutí. (…) Sepsání protokolu o provedení důkazu listinou má význam především u „listin" podle odst. 1 tohoto ustanovení (…). Takový postup by zcela postrádal význam v případě, kdy určitá listina je a po celou dobu správního řízení (a i poté) zůstane součástí spisu, na základě čehož mají účastníci řízení možnost se s ní na základě § 38 seznámit – pouhé přečtení takové listiny nebo sdělení jejího obsahu neznamená z hlediska listiny samotné žádnou „přidanou hodnotu" (srov. Vedral J. Správní řád – Komentář, BOVA POLYGON, Praha 2006; 2012)."

19. Z uvedeného hlediska se tedy námitka účastníka o tom, že v řízení nebyl řádně proveden důkaz listinou, jeví jako nedůvodná.

20. I pokud by však byl přes všechno již uvedené a přes iracionalitu takového postupu zvolen ten výklad ustanovení § 53 odst. 6 správního řádu, že se toto ustanovení vztahuje na všechny listinné důkazy shromážděné ve správním spisu, je pro tento konkrétní případ nutno uvést, že v daném případě jde o listiny předložené účastníkem řízení, založené do spisu, s nimiž se navíc účastník řízení dále seznámil při nahlížení do spisu a při seznámení se s podklady pro vydání rozhodnutí, přičemž proti jejich pravosti a obsahu nevznášel námitky.

21. Za popsané situace je stěží představitelné, že by účastníku nebyl znám obsah listin či skutečnost, že se coby podklad rozhodnutí nachází ve správním spisu. Z námitky ani jinde z textu rozkladu není patrno, jakou další hodnotu by pro účastníka mělo, pokud by uvedené listiny byly před ním čteny či byl sdělován jejich obsah.

22. V této souvislosti lze citovat i rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 2. 2012, č. j. 3 As 29/2011-51, kde NSS nepovažuje neužití ustanovení § 53 odst. 6 správního řádu za vadu, která by způsobovala nezákonnost správního rozhodnutí: *„Druhým z důvodů, pro který krajský soud zrušil přezkoumávané rozhodnutí, bylo neprovedení důkazu výpisem z evidenční karty řidiče v souladu s § 53 odst. 6 větou první správního řádu. I žalovaný nezpochybnil, že o provedení důkazu touto listinou nebyl do spisu učiněn záznam. Jde tedy bezpochyby o vadu řízení před správním orgánem, ale v přezkoumávané věci tuto vadu Nejvyšší správní soud na rozdíl od soudu krajského nepovažuje za natolik intenzivní, aby mohla mít vliv na zákonnost rozhodnutí o věci samé. Je totiž nutno přihlédnout k tomu, že není pochyb o tom, že tato listina se ve správním spise nacházela v okamžiku, kdy ve věci proběhlo ústní jednání, v jehož závěru byla obecnému zmocněnci žalobce dána možnost se s kompletním obsahem správního spisu seznámit a vyjádřit se k němu před vydáním rozhodnutí. Pokud by o provedení důkazu výpisem z evidenční karty řidiče byl proveden záznam v souladu s citovaným ustanovením správního řádu, důkazní situace by se nijak nezměnila. K této otázce se ostatně ve stejném duchu (a dokonce ještě shovívavějším)*

vyjádřila i doktrina. Ve druhém vydání publikace Správní řád - Komentář (JUDr. Josef Vedral, Ph.D., BOVA POLYGON, Praha 2006; 2012) její autor uvádí: „Ustanovení § 53 odst. 6 se nevztahuje na všechny písemnosti (dokumenty či listiny), které jsou součástí spisu a které slouží jako podklad pro rozhodnutí…… Sepsání protokolu o provedení důkazu listinou má význam především u „listin“ podle odst. 1 tohoto ustanovení…….Takový postup by zcela postrádal význam v případě, kdy určitá listina je a po celou dobu správního řízení (a i poté) zůstane součástí spisu, na základě čehož mají účastníci řízení možnost se s ní na základě § 38 seznámit - pouhé přečtení takové listiny nebo sdělení jejího obsahu neznamená z hlediska listiny samotné žádnou „přidanou hodnotu“. Bez ohledu na citované budou mít v dalším řízení správní orgány vzhledem k postoji žalobce příležitost vyhovět jeho požadavku a důkaz předmětnou listinou ve smyslu § 53 správního řádu provést.“

23. Z uvedených důvodů je tak nutno uzavřít, že i pokud by neprovedení důkazu listinami ve smyslu ustanovení § 51 odst. 2 a § 53 odst. 6 správního řádu mělo představovat vadu řízení, nejedná se v žádném případě o vadu, která by zasáhla do procesních práv účastníka natolik, že by způsobovala nezákonnost napadeného rozhodnutí.[4] Postup, kterého se domáhá účastník řízení, aby listiny jím zaslané správnímu orgánu byly ještě v jeho přítomnosti čteny a o tom pořizován záznam, se tak jeví jako přepjatý formalismus, když je vyloučeno, že by účastníkovi nebyl obsah těchto konkrétních listin znám. Ústavní soud opakovaně judikoval, že aplikace příslušných právních předpisů, která je sice formálně souladná s jejich textem, avšak odhlíží od reálných společenských vztahů, je jakožto přepjatý formalismus ústavně nepřístupná[5], když takový postup nemůže opodstatnit ani sofistikované zdůvodnění[6]. Námitka účastníka řízení proto není důvodná.

2. Nemožnost vyjádření k přitěžující okolnosti

24. K vadám řízení účastník dále namítá, že *Úřad přihlédl při stanovení výše sankce k údajnému poskytnutí nesprávných podkladů ze strany účastníka řízení jako k přitěžující okolnosti, aniž by mu tento svůj záměr jakkoliv signalizoval. Dle účastníka řízení tak Úřad v průběhu řízení pojal podezření na porušení zcela jiného ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže (§ 21 odst. 5 zákona), než které bylo předmětem správního řízení sp. zn. 1/03 (§ 11 odst. 1 zákona), účastníka řízení s tím však vůbec neseznámil, nezahájil s ním standardní správní řízení a podezření bez dalšího vyhodnotil jako novou přitěžující okolnost pro zvýšení pokuty. Toto pochybení tak dle účastníka představuje podstatnou vadu, která má za následek nezákonnost a nepřezkoumatelnost rozhodnutí.*

25. V napadeném rozhodnutí Úřad v bodech 73 - 81 popisuje, jakým způsobem byl od účastníka údaj o obratu vyžádán, s tím, že účastník v roce 2012 odkázal na údaj, který poskytl k žádosti Úřadu již v roce 2003, jako na platný údaj o svém čistém obratu. Když při novém vyžádání v roce 2012 vyšlo najevo, že tento údaj neodpovídá údajům v účetních dokumentech, Úřad účastníka k vysvětlení rozporu vyzval, načež účastník rozpor vysvětlil

[4] Obdobně viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 17. 9. 2008, č. j. 62 Ca 42/2007 (Dopravní podnik Ústeckého kraje), rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 2. 2012, č. j. 62 Af 75/2010-318 (kartel výrobců barevných obrazovek), rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2012, č. j. 1 As 125/2011-163 (stěžovatel Kralice nad Oslavou).

[5] Viz např. nález Ústavního soudu sp. zn. I.ÚS 563/11 ze dne 13. 11. 2012.

[6] Viz nález Ústavního soudu sp. zn. III.ÚS 61/97 ze dne 4. 11. 1999.

tak, že *„při určení výše čistého obratu za rok 2002 a 2011 vycházela společnost Telefónica v souladu se zavedenou správní praxí Úřadu z výkazu zisků a ztrát společnosti Telefónica pro dané roky*“. Dále se ve svém vysvětlení už účastník zabýval jen údaji za rok 2011.

26. Obecně nutno říci, že správní orgán (a takovou situaci nelze dovodit ani z analogie s trestním řízením) není povinen upozorňovat účastníka na to, že bude určitá okolnost hodnocena jako přitěžující. Ohledně přitěžující okolnosti pak není třeba zahajovat a vést správní řízení, jako to navrhuje účastník řízení. Ani v případě, že by se z důvodu poskytnutí nepravdivé informace přikročilo k uložení pořádkové pokuty dle § 22c odst. 1 zákona ve znění do 30. 11. 2012, není povinností Úřadu zasílat účastníku řízení oznámení o zahájení takového řízení, neboť ve smyslu ustanovení § 62 odst. 5 správního řádu je prvním úkonem ve věci až vydání rozhodnutí; tedy ani postupem dle tohoto ustanovení by účastník řízení nebyl předem vyrozumíván o zahájení řízení o uložení pořádkové pokuty. Co se týká vyjádření se ke skutečnostem, které nasvědčují tomu, že byly poskytnuty nesprávné údaje, Úřad účastníkovi prostor k vyjádření výslovně dal, účastník svého práva vyjádřit se využil a v tomto ohledu nebylo do jeho práv zasaženo. Námitku, že Úřad neumožnil účastníku řízení vyjádřit se ke skutečnosti, kterou posléze posoudil jako přitěžující, tak shledávám nedůvodnou.

27. Co se týká přitížení za neposkytnutí správných údajů, toto v daném případě nepovažuji za správný a zákonný postup, nicméně v situaci, kdy je řízení zastavováno, je již otázka snížení pokuty pro nesprávné přitížení bezpředmětná.

3. Nesprávně stanovený obrat jako základ pokuty

28. V bodech 6 – 9 svého rozkladu účastník řízení namítá, že *Úřad založil výpočet výše pokuty a závěr o neposkytnutí pravdivé výše čistého obratu na údaji o čistém obratu za rok 2002 ve výši […obchodní tajemství…], zjištěném z daňového přiznání účastníka řízení za rok 2002, a výkazu zisku a ztráty za rok 2002 (součtem všech částek označených v něm římskými číslicemi, tj. obecně výnosy). Účastník řízení považuje takový postup zjištění základu pro výpočet pokuty za nesprávný, neboť neposkytuje objektivní a přiléhavý obraz o jeho hospodaření v roce 2002. Postup Úřadu vycházejícího při uložení pokuty z čistého obratu účastníka řízení dle výkazu zisku a ztráty a daňového přiznání (za rok 2002) považuje za nezákonný a porušující legitimní očekávání účastníka řízení, neboť je mechanický a zahrnuje do obratu i z hlediska podnikání účastníka irelevantní položky.*

29. Pokud se jedná o to, z jakých údajů vycházel Úřad při zjišťování obratu za rozhodné období pro účely výměry pokuty, pak Úřad stanovil rozhodný obrat tak, že sečetl sumu výnosů z přehledu zisku a ztrát za období roku 2002 a dospěl tak k výši obratu dle ustanovení § 20 odst. 1 písm. a) bod 2 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví (do 31. 12. 2003 § 20 písm. a) bod 2 zákona o účetnictví). Za správný postup však účastník řízení považuje užití jen části položek tvořících čistý obrat.

30. Argumentuje-li účastník řízení tím, že v zákoně je nutné definovat obrat stejně pro účely spojování soutěžitelů dle § 14 odst. 1 zákona a pro účely ukládání pokuty dle § 22 odst. 2 zákona, pak poukazuji na to, že účastník směšuje dvě různé problematiky. V ustanovení § 14 odst. 1 zákona je definován čistý obrat spojujících se soutěžitelů výhradně pro účely

posouzení jejich spojení, jedná se o speciální zákonnou úpravu danou zvláštností řízení ve věci spojování soutěžitelů. V návaznosti na to i Oznámení, na které účastník odkazuje, je – jak i z jeho názvu vyplývá – koncipováno výhradně pro výpočet obratu pro účely kontroly spojování soutěžitelů. Účastník v této souvislosti navíc opomíjí fakt, že dle § 14 zákona se čistý obrat sestavuje ze všech účastníka řízení kontrolujících a účastníkem řízení kontrolovaných subjektů, což by pro účastníka řízení byl postup značně nepříznivý.

31. Oproti tomu obrat dle § 22 odst. 2 zákona (stejně § 22a odst. 2 zákona účinného do 30. 11. 2012) žádnou speciální definici neobsahuje a jedná se o obrat dle § 20 odst. 1 písm. a) bod 2 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví. Takto je pojem celkového čistého obratu dlouhodobě a naprosto jednotně vykládán v rozhodovací praxi Úřadu. V případě takto stanoveného obratu je zákonem sledován odlišný cíl, jde o to, aby obrat odrážel celkové výnosy soutěžitele pro posouzení, zda uložená pokuta bude dostatečně individualizovaná a zda bude plnit své funkce.

32. Ohledně posouzení toho, jaké účetní období má být pro stanovení pokuty rozhodné, tedy zda poslední kalendářní rok z doby spáchání deliktu, resp. poslední ukončený kalendářní rok před vydáním prvního rozhodnutí Úřadu ve věci, či poslední ukončené období těsně předcházející vydání posledního správního rozhodnutí ve věci jako bylo opakovaně judikováno, ztotožňuji se zcela se závěry, které učinil Úřad v bodech 62 – 71 napadeného rozhodnutí, a sice že v daném případě je třeba vycházet při základním vyměření pokuty z čistého obratu dosaženého účastníkem řízení za rok 2002, tedy za poslední ukončený kalendářní rok před dokonáním deliktu.

33. Námitku účastníka o tom, že Úřad pro uložení pokuty vycházel k tíži účastníka z nesprávné definice obratu tak ze všech uvedených důvodů nepovažuji za důvodnou. Navrhované důkazy výslechem svědků nejsou v současné procesní situaci potřebné a nemohou na výsledku věci ničeho změnit. Stejně tak nařízení jednání, které je v rozkladu požadováno.

34. Závěry napadeného i tohoto rozhodnutí jsou potvrzovány i v rozsudku NSS ze dne 15. 4. 2015, č. j. 2 As 204/2014-71, viz jeho bod č. 69, podle něhož: „*Nejvyšší správní soud souhlasí se žalovaným, že stěžovatel operuje se třemi pojmy, a sice čistým obratem za účetní období (dříve kalendářní rok), z nějž vycházel žalovaný, dále obratem na relevantním trhu (zásady) a obratem z činností, které jsou předmětem podnikání (§ 14 ZOHS). Domáhá se přitom, aby žalovaný stanovil základní částku pokuty z celkového obratu po odečtení položek, které nesouvisí s předmětem jeho podnikání, tedy posledně uvedeného spojení. Žalovaný používá zákonný pojem celkový čistý obrat za účetní období (v řízeních zahájených před dubnem 2007). Pokud by postupoval podle zásad (viz bod 18), používal by pojmu obrat na relevantním trhu. Pojem, který užívá stěžovatel, však vychází z definice čistého obratu pro účely spojování soutěžitelů uvedené v § 14 ZOHS, která se na pojem čistého obratu pro účely výpočtu pokuty nepoužije. Správný je i závěr krajského soudu o užití poznámky pod čarou odkazující na § 20 odst. 2 písm. a) zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů, který obsahuje obecnou definici tohoto pojmu (výnosy snížené o daň z přidané hodnoty, popřípadě daň z obratu, pokud jsou tyto daně součástí výnosů). Krajský soud žádným způsobem nepodpořil stěžovatelovo tvrzení ohledně možnosti aplikace čistého obratu podle § 14 ZOHS na stanovení základu pokuty podle § 22 odst. 2 ZOHS, uvedl však, že při výkladu pojmu čistý obrat je nutno vycházet ze zákona o účetnictví, který tento pojem obecně definuje. Ustanovení § 14 ZOHS tento obecný pojem*

konkretizuje, a to pouze pro účely spojování soutěžitelů. V § 20 odst. 2 ZOHS nutno tento pojem vykládat podle jeho obecného významu, tj. podle zákona o účetnictví. Vzhledem k tomu, že žalovaný postupoval v souladu se svou praxí (před přijetím zásad), nebylo zasaženo ani do legitimního očekávání stěžovatele, který se navíc v uvedené problematice náležitě orientuje, jak to plyne z jeho vyjádření v průběhu celého řízení.“

4. Neposouzení následků deliktu

35. *V bodu 15 – 18 účastník řízení namítá, že Úřad ve svém rozhodnutí vyšel ohledně závažnosti porušení z původního rozhodnutí, potvrzeného co do základu rozhodnutími správních soudů. Dle správního řádu je však Úřad povinen rozhodovat dle skutkového stavu v době vydání rozhodnutí. Úřad tak byl povinen provést ke zjištění následků deliktu dokazování, aby zjistil, zda by aplikace pozdějšího zákona nebyla příznivější. Kvalifikace deliktu jako velmi závažného bez zjištění skutkového stavu vede k věcně nesprávnému a nezákonnému rozhodnutí. Nadto účastník namítá, že na trhu došlo k podstatné změně situace, kdy pevné telefonní služby jsou již zcela okrajové, tedy argument ohledně důležitosti liberalizace trhu pevných linek se nenaplnil.*

36. *Účastník dále navrhl, aby byl proveden důkaz znaleckým posudkem, v rámci něhož bude provedena ekonomická a ekonometrická analýza vývoje trhu v odvětví služeb pevného a mobilního volání se zaměřením na aktuální dopady jednání účastníka na zmíněný trh a úroveň hospodářské soutěže na daném trhu.*

37. Ve vztahu k této rozkladové námitce jsem dospěl k závěru, že žádná pozdější právní úprava není při uložení pokuty pro účastníka příznivější. Ustanovení § 22 odst. 2 ve znění do 1. 6. 2004 obsahuje příkladmý výčet okolností, k nimž je při ukládání pokuty nutné přihlížet. Příkladmý výčet umožňoval Úřadu přihlédnout k následkům deliktního jednání a Úřad při ukládání pokuty dle kteréhokoliv ze znění zákonů k těmto následkům deliktního jednání na soutěž ve své rozhodovací praxi přihlížel, neboť to je nepochybně součást posuzování závažnosti jednání. Tak tomu ostatně bylo i při vydání prvního správního rozhodnutí v této věci. Vzhledem k tomu, že znění zákona o ochraně hospodářské soutěže jsou v tomto ohledu materiálně totožné, nelze úpravu pozdější považovat za úpravu pro účastníka příznivější.

38. Způsob a hloubka zkoumání následků deliktu byla podrobena soudnímu přezkumu, přičemž z jeho závěrů vyplývá, že závažnost následků byla Úřadem posouzena správně (rozsudek KS body 93 a násl. napadeného rozhodnutí výslovně potvrzuje, rozsudek NSS na jeho závěry odkazuje). Následkem jednání účastníka řízení bylo vytvoření bariéry pro rozvoj konkurence na daném trhu, čímž došlo ke zbrzdění jeho liberalizace. Úřad není povinen zohlednit při svém rozhodování aktuální stav trhu, neboť rozhodující bylo páchání deliktního jednání v době, kdy měl být trh naopak otevřen.

39. Navrhoval-li účastník řízení důkaz znaleckým posudkem, pak tento důkaz považují rozsudky obou soudů za nadbytečný, nicméně skutečnost, že o tom byl účastník řízení předem vyrozuměn, hodnotí jako vadu řízení, která však neměla na zákonnost rozhodnutí vliv.

40. K námitce účastníka řízení uzavírám, že tato není důvodná.

5. Zvýšení pokuty pro délku deliktu

41. *V bodech 19 – 24 rozkladu účastník řízení napadá způsob promítnutí délky trvání porušení zákona Úřadem do pokuty a uvádí, že Úřad se nedostatečně zabýval otázkou, zda by platné znění zákona nebylo pro účastníka řízení příznivější. Argumentuje, že dle § 22b odst. 2 platného znění zákona není délka trvání porušení zákona samostatnou okolností, již má Úřad při stanovení výše pokuty posuzovat, nýbrž součástí celkové závažnosti správního deliktu. Dovozuje, že jestliže Úřad vyhodnotil v napadeném rozhodnutí závažnost deliktu jako typově nejvyšší možnou, představuje další navýšení pokuty za délku trvání deliktu materiálně dvojí započtení stejné okolnosti v neprospěch účastníka. Hodnotil-li Úřad délku trvání porušení zákona koeficientem 1,2, evidentně postupoval dle Zásad.*

42. Pokud se jedná o příznivost předchozí či současné úpravy z hlediska posouzení faktoru délky protisoutěžního jednání, uvádím, že skutečnost, že v § 22 odst. 2 zákona je ve výčtu zákonných kritérií uvedena délka trvání porušení zákona, kdežto v ustanovení § 22b odst. 2 pozdějšího znění zákona tento faktor výslovně samostatně uveden není, neznamená, že jde o právní úpravu pro účastníka příznivější. I dle pozdějšího znění zákona, resp. i dle aktuálně účinného znění zákona Úřad délku trvání deliktu zohledňuje, a to v rámci posuzování závažnosti deliktu a časový faktor je v této souvislosti bezpochyby významný a jiný postup by ani nebyl přijatelný.

43. Námitka nezákonného zvýšení pokuty pro délku deliktu pak není důvodná ani ve svých dalších částech, kterými se již zabýval NSS v bodě 64 svého rozsudku ze dne 15. 4. 2015, č. j. 2 As 204/2014-71, cit.: *„Na tomto místě Nejvyšší správní soud předesílá, že stěžovatelova námitka je nedůvodná, protože žalovaný zásady neaplikoval a ani je aplikovat nemohl. Tento postup byl stěžovateli objasněn již v napadených rozhodnutích a potvrzen byl rovněž krajským soudem. Aplikace zásad na nyní projednávanou věc není možná s ohledem na to, že byly publikovány až v dubnu 2007 a jejich časová působnost byla nastavena tak, že se jimi bude Úřad řídit ve všech správních řízeních zahájených po dni jejich publikování, v nichž bude ukládána pokuta. Poněvadž bylo řízení o předmětném deliktu zahájeno již v lednu 2003, zásady aplikovány být nemohly. Ostatně, jak již bylo shora konstatováno z výpočtu provedeného žalovaným, při aplikaci zásad by byla uložena pokuta několikrát vyšší. Pokud stěžovatel srovnává koeficient 1,22, který je uveden v zásadách, a koeficient 1,2, který byl aplikován jakožto důsledek trvání deliktu, nutno říci, že ačkoli vykazují podobnost, nejedná se o aplikaci zásad. Délka trvání deliktu musela být zohledněna s ohledem na rozsudek krajského soudu ze dne 24. 3. 2011, č. j. 62 Af 49/2010 – 449, jenž zrušil předchozí rozhodnutí žalovaného z roku 2004 ve výroku II. taktéž proto, že se žalovaný při uložení pokuty vůbec nezabýval délkou trvání porušování zákona, a nezohlednil tedy všechny okolnosti, které podle ZOHS i judikatury zohlednit měl. Žalovaný byl proto povinen podle § 78 odst. 5 s. ř. s. délku řízení zohlednit, přičemž dle stávající judikatury byl povinen též vyjádřit, jakou váhu jednotlivým zákonným kriteriím přisoudil, což učinil zvýšením pokuty o jednu pětinu. Jeví-li se stěžovateli výše koeficientu obdobná s výší podle zásad, je to dáno tím, že zásady vycházejí z dosavadní praxe žalovaného a tuto pak následně rozvádějí. Žalovaný navíc ve svém rozhodnutí zdůvodnil, že se jedná o delikt střednědobý, u kterého se již musí délka jeho trvání projevit ve výši pokuty. S ohledem na zastávanou praxi tak žalovaný nevybočil z mezí správního uvážení.“*

6. Použití Zásad jen v neprospěch účastníka, nepolehčení za nedbalost

44. *V bodech 25 – 30 svého rozkladu Účastník řízení zpochybňuje argumenty Úřadu, že postup dle Zásad by nemohl být pro účastníka řízení příznivějším. Dle něj Zásady nejsou právním předpisem, a není tedy nutné je na případ aplikovat či neaplikovat jako celek. Úřad byl povinen posoudit, zda by aplikace jednotlivých ustanovení nemohla být pro účastníka příznivější. Takové příznivější ustanovení Zásad shledává účastník řízení v bodu 34 písm. d) Zásad, dle kterého je nedbalostní forma zavinění (jež byla shledána i u účastníka řízení) jednou z polehčujících okolností, k níž měl Úřad přihlédnout. Úřad k ní jako k polehčující okolnosti nepřihlédl, a ani tento svůj postup nijak neodůvodnil, což činí rozhodnutí nezákonným. Postup podle Zásad by pro účastníka řízení byl příznivější i z hlediska obratu. Úřad však Zásady použil selektivně v účastníkův neprospěch. Diskriminace zákazníků zohledněna být neměla, naopak mělo být polehčeno za nedbalost.*

45. Správnost nepoužití Zásad a nepolehčení za nedbalost byla vypořádána v bodě IV.e) rozsudku KS, na nějž odkázal NSS, který se tímto okruhem námitek již samostatně nezabýval. Z jeho závazných závěrů pak vyplývá, že Úřad nebyl povinen ani oprávněn Zásady aplikovat, a to ani kdyby to bylo výhodnější pro účastníka řízení. Neměly být a nebyly aplikovány ani selektivně. Za nedbalost nebyl Úřad povinen polehčit, neboť nedbalost není automaticky polehčující okolností a zvážení tohoto faktoru je na úvaze správního orgánu. Došlo-li k diskriminaci zákazníků, ta byla správně zohledněna, nejednalo se o další delikt.

46. Tato rozkladová námitka tedy rovněž nebyla důvodná.

7. Přitížení za porušení předchozího ZOHS

47. *V bodech 31 a 32 rozkladu účastník řízení nesouhlasí se zvýšením pokuty (přitěžující okolností) za opakované porušení § 9 odst. 3 zákona č. 63/1991 Sb. (zneužití dominantního postavení), kterého se dopustil v minulosti. Namítá, že znění § 22 odst. 2 zákona (z něhož Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel), umožňuje Úřadu při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédnout zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování* tohoto *zákona. Dle účastníka řízení je tak možné přihlédnout pouze k opakovanému porušení účinného zákona, a nikoliv k předchozímu porušení zákona jiného. Právní názor Úřadu je nepřípustně extenzivním výkladem v neprospěch účastníka řízení.*

48. I v tomto případě se námitkou zabýval krajský soud ve svém rozsudku a z jeho závazného názoru vyplývá, že při přitížení za předchozí porušení zákona se má na mysli nejen zákon, ale i předcházející zákon č. 63/1991 Sb. I kdyby však bylo postupováno podle přísného gramatického výkladu a dovozeno, že § 22 odst. 2 zákona jako přitěžující okolnost zmiňuje skutečně toliko předchozí porušení zákona a nikoli zákona z roku 1991, nic to nemění na demonstrativnosti kritérií stanovených v § 22 odst. 2 zákona a na povinnosti Úřadu zohlednit veškeré skutečnosti, které na pokutu mohou mít vliv. Mezi takové patří nepochybně i okolnosti, které nejdou ve prospěch pachatele deliktu. Úřad tedy je oprávněn přitížit za předchozí porušení jak zákona, tak zákona na ochranu hospodářské soutěže z roku 1991 a námitka není důvodná.

8. Porušení zásady zákazu reformace in peius

49. *V bodech 33 – 37 rozkladu účastník řízení nesouhlasí se zvýšením pokuty a namítá porušení zásady zákazu reformace in peius vyjádřené v ustanovení § 90 odst. 3 správního řádu. Argumentuje, že nebylo zahájeno „nové" prvoinstanční řízení, nýbrž stále jde o totéž správní řízení. Uplatní se tedy zásada, dle které se při pozdějších změnách zákonů po spáchání deliktu použije to znění, které je pro podezřelého z deliktu nejpříznivější – tj. znění § 25a účinné do dne 31. 12. 2005, které aplikaci zásady zákazu reformace in peius nevylučovalo. Uzavírá, že zásadu zákazu refomace in peius je namístě použít coby obecnou právní zásadu správního řízení. Bylo by neslučitelné s právem na spravedlivý proces, aby důsledkem chyb Úřadu, jež měly za následek zrušení jeho rozhodnutí, bylo pro účastníka řízení zvýšení pokuty.*

50. Ani tato námitka není důvodná, jak správně uzavřel již Úřad v napadeném rozhodnutí a jak bylo potvrzeno krajským i Nejvyšším správním soudem, podle jehož 71. bodu rozsudku je v této věci závazně vysloveno, že *„[ž]ádný z právních předpisů aplikovaných na tuto věc v žádném ze znění v průběhu řízení (tj. od roku 2003 do roku 2012) neobsahuje ustanovení, že by bylo lze tuto zásadu aplikovat při ukládání pokut podle ZOHS. Stěžovatel účelově, a zejména nesprávně, vybírá znění ZOHS účinné do 31. 12. 2005, jehož § 25a stanovil, že „není-li tímto zákonem stanoveno jinak, postupuje se v řízení u Úřadu podle správního řádu." Do 31. 12. 2005 byl účinný zákon č. 71/1967 Sb., o správním řízení, dle kterého se ale zásada zákazu změny k horšímu ve správním řízení obecně neuplatňovala; muselo tak být totiž výslovně stanoveno zákonem, jak to činí např. § 82 zákona o přestupcích. Nejvyšší správní soud tento závěr potvrzuje ve své konstantní judikatuře, např. v rozsudku ze dne 6. 3. 2006, č. j. 6 As 18/2005 - 55 uvedl, že „[v] řízení o tzv. jiných správních deliktech není vůbec upraven zákaz reformace in peius a odvolací řízení bylo podle správního řádu účinného do 31. 12. 2005 ovládáno principem úplné apelace – tedy v souladu s názorem výše uvedeným bylo možno například v odvolacím řízení změnit právní kvalifikaci deliktu, aniž by bylo možno konstatovat, že došlo k vadě řízení, která mohla mít vliv na zákonnost". … Ačkoli nový správní řád, zákon č. 500/2004 Sb., účinný od 1. 1. 2006, v § 90 odst. 3 tuto zásadu částečně zavádí, když stanoví, že „[o]dvolací správní orgán nemůže změnit napadené rozhodnutí v neprospěch odvolatele, ledaže odvolání podal také jiný účastník, jehož zájmy nejsou shodné, anebo je napadené rozhodnutí v rozporu s právními předpisy nebo jiným veřejným zájmem", ZOHS ve znění účinném od 1. 1. 2006 v § 25a vylučuje použití některých ustanovení správního řádu, mezi nimi též ustanovení o zákazu změny napadeného rozhodnutí v neprospěch odvolatele. Je tak zřejmé, že pozitivní právo nestanoví ve správním řízení o ukládání pokut podle ZOHS povinnost správního orgánu nezměnit napadené rozhodnutí v neprospěch účastníka. Kromě toho samotné ustanovení § 90 odst. 3 správního řádu stanoví výjimky, kdy se předmětná zásada neuplatní. Jednou z nich je situace, kdy je napadené rozhodnutí v rozporu s právním i předpisy. Poněvadž v nyní projednávané věci bylo rozhodnutí předsedy žalovaného z roku 2004 zrušeno v části týkající se ukládání sankce jako nezákonné, nutno aprobovat závěr žalovaného i krajského soudu, že i kdyby měla být v tomto řízení zásada zákazu reformatio in peius podle tohoto ustanovení aplikována, bylo by nutné dovodit, že by se neuplatnila s ohledem na popsanou výjimku."*

9. Nezohlednění doby uplynulé od spáchání deliktu

51. *V bodech 38 – 41 rozkladu účastník řízení namítá, že Úřad nepřihlédl ke skutečnosti, že jednání sankcionuje po více než 9 letech od okamžiku, kdy toto jednání bylo pravomocně shledáno nezákonným. Při ukládání sankce by měl být zohledněn fakt, že pro výrazný časový odstup uložení sankce již nemůže plnit své funkce, zejm. funkci preventivní. Účastník zdůrazňuje, že v mezidobí došlo k podstatné změně situace na trhu, kdy pevné telefonní služby jsou již zcela okrajové, přičemž v minulosti došlo a nadále dochází k prudkému rozvoji mobilních komunikací. Sankce nemůže působit preventivně, jedná se tedy o sankci, jejímž jediným účelem je represe. Z uvedených skutečností odporuje smyslu a účelu ukládání správních sankcí, aby byla účastníkovi řízení uložena sankce, případně sankce jiná než symbolická. Výše uložené pokuty se mu jeví jako „drakonická" a zjevně excesivní.*

52. Pokud se jedná o účastníkem namítanou délku řízení, která by měla být Úřadem při ukládání pokuty zohledněna, a to v účastníkův prospěch, i tato námitka byla soudy řešena a v rozsudku NSS bylo v bodu 65 jednoznačně a závazně uzavřeno, že v posuzované věci není možné hovořit o nepřiměřené délce správního řízení, neboť ačkoli bylo o pokutě za správní delikt rozhodnuto devět let po jeho spáchání, situace byla zapříčiněna sedm let trvajícími soudními spory. Délka správního řízení navíc nemůže být zohledněna ani prostřednictvím analogie z trestního práva. Tedy Úřad v tomto ohledu postupoval správně, pokud odstup od spáchání deliktu ve výši sankce nezohlednil.

53. Stran toho, že v mezidobí do nového rozhodnutí o pokutě došlo ke snížení významu relevantního trhu, poznamenávám, že argumentovat pozdějším vývojem relevantního trhu pro posouzení závažnosti deliktu a snížení pokuty není v posuzovaném případě případné. V době, kdy se účastník deliktu dopouštěl, se jednalo o trh významný, na kterém v době páchání deliktu byly legislativně nastaveny podmínkami pro jeho liberalizaci, jíž se účastník svým deliktním jednáním snažil čelit. Tento přístup byl rovněž v rozsudku NSS potvrzen.

54. Ztotožňuji se rovněž se závěry Úřadu, že pokuta nevybočovala z úrovně sankcí ukládaných za zneužití dominantního postavení Úřadem. Sluší se pak v této souvislosti připomenout, že zvýšení pokuty bylo z podstatné části odůvodněno správným údajem o čistém obratu účastníka řízení za rok 2002, který se ukázal být vyšším.

10. Absence předchozí rozhodovací praxe

55. *V bodu 42 rozkladu Účastník řízení namítá, že Úřad měl při stanovení výše pokuty zohlednit neexistující rozhodovací praxi ve skutkově srovnatelném případě v době rozhodování o deliktu. Dle účastníka řízení by soutěžitel neměl být vůbec sankcionován do té doby, než se k takovému deliktu vytvoří dostatečná rozhodovací či alespoň výkladová praxe soutěžních orgánů či soudů. Nelze důvodně dovozovat jakoukoli znalost účastníka řízení ohledně komunitární judikatury, neboť v předmětném období ČR nebyla členským státem EU/ES.*

56. K této námitce v prvé řadě uvádím, že Zásady se na posuzovanou věc neaplikují, jak bylo vyloženo výše. I podle znění § 22 odst. 2 zákona je Úřad oprávněn při ukládání pokuty

přihlédnout k dalším kritériím, která považuje pro uložení pokuty za rozhodná, a to dle konkrétních okolností případu. V tomto směru prakticky není rozdíl mezi postupem dle Zásad a postupem dle zákona.

57. V daném případě musím nicméně konstatovat, že Úřad postupoval správně, když posoudil skutkovou situaci a závažnost deliktu a s ohledem na ně k uložení symbolické pokuty pro absenci předchozí rozhodovací praxe nepřistoupil. Samotná absence předchozí rozhodovací praxe totiž není automaticky liberačním důvodem pro uložení pokuty, ani polehčující okolností. Podstatné bylo, že účastník v daném případě již nebyl se soutěžní úpravou konfrontován poprvé (viz bod 89 napadeného rozhodnutí) a při páchání skutku vystupoval jako dominant na relevantním trhu, od něhož je požadována zvláštní opatrnost související s jeho kroky na trhu, aby jimi nenarušil hospodářskou soutěž, resp. nezpůsobil újmu soutěžitelům a spotřebitelům. Shodně pak potvrdil přístup Úřadu i rozsudek KS. Uvedená námitka tak nebyla důvodná.

11. Nepřezkoumatelnost základní částky pokuty

58. V bodech 41 – 43 rozkladu účastník namítá, že Úřad spekulativním a nepřezkoumatelným způsobem stanovil z původní výše pokuty tzv. základní částku, odečtením celkem 27 % odpovídajícím údajně přitěžujícím okolnostem zohledněným v původním rozhodnutí Úřadu. Dle účastníka řízení však zmíněné přitěžující okolnosti dávají dohromady maximálně 20 %, a nikoliv 27 % (max. 15% za recidivu a max. 5% za nesprávné informace). Z uvedeného je dle účastníka zřejmé, že Úřad ve stanovení původní pokuty postupoval nesprávně, v důsledku čehož byla částka původní pokuty stanovena ve vyšší výši, než by byla, pokud by Úřad výpočet nezatížil zmíněnou početní chybou. V napadeném rozhodnutí přitom Úřad zmíněnou chybu replikoval, poněvadž částku původní pokuty, z níž vycházel při stanovení nové pokuty, nesnížil, čímž své rozhodnutí zatížil neodstranitelnou vadou.

59. Vzhledem k tomu, že krajský soud ve svém třetím rozsudku zrušil správní rozhodnutí v části o pokutě proto, že nebyla zohledněna délka trvání deliktu a jako přitěžující byla posouzena skutečnost, kterou krajský soud neshledal prokázanou, když však jinak ohledně posouzení kriterií pro výši pokuty soud v rozsudku nevznesl výhrady, vyšel Úřad v napadeném rozhodnutí z logické úvahy, že po odečtení všech přitěžujících okolností (kdy žádné polehčující shledány nebyly a časový faktor posouzen nebyl) dospěje k základní částce pokuty za závažnost. Tento postup jako racionální a přezkoumatelný posoudil i rozsudek KS, přičemž shledal jako správné a srozumitelné i početní vyjádření, které Úřad v napadeném rozhodnutí použil. Ani tato námitka tak nebyla důvodná.

VII. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení řízení

60. V bodech 44 – 46 rozkladu účastník řízení namítá, že marně uplynula prekluzívní lhůta stanovená § 22 odst. 5 zákona pro uložení pokuty za delikt, což způsobuje nezákonnost napadeného rozhodnutí. Argumentuje, že řízení bylo zahájeno v lednu 2003; Úřad byl oprávněn uložit pokutu do tří let od chvíle, kdy se o porušení zákona dozvěděl, nejpozději

do deseti let po spáchání deliktu. Úřad se o jednání dozvěděl v okamžiku zahájení řízení, tedy tříletá subjektivní prekluzívní lhůta již uplynula; stejný výsledek by platil, pokud by počátek běhu lhůty byl situován ke dni vydání prvního rozhodnutí dne 30. 6. 2003 či prvního rozkladového rozhodnutí dne 19. 1. 2004, kdy jak dále rozvádí, dle něj se běh lhůty nestaví po dobu soudního řízení. Nesouhlasí s argumentem Úřadu, že zmíněná lhůta se dle § 41 s.ř.s. staví po dobu soudního řízení, neboť citované ustanovení se týká zániku odpovědnosti za delikt. Zákon žádnou takovou lhůtu neobsahoval; ta byla upravena až s účinností od 1. 9. 2009 zákonem č. 155/2009 Sb. Lhůta pro uložení sankce a lhůta pro zánik odpovědnosti představují odlišné právní instituty; samotná nemožnost uložení sankce bez dalšího neznamená, že odpovědnost za protiprávní jednání zanikla a Úřad může v takovém případě deklarovat odpovědnost za delikt, aniž by uložil pokutu. Poukázal na skutečnost, že zmíněným způsobem Úřad postupuje např. v řízení sp. zn. S 18/01, kde není sporu o tom, že lhůta pro uložení pokuty již uplynula. Dle účastníka řízení Úřad není oprávněn v jednotlivých řízeních postupovat odlišně v jeho neprospěch, a je povinen ke dni vydání rozhodnutí o sankci zkoumat, zda jsou splněny zákonné předpoklady pro její uložení.

61. Porušení zákona, kterého se účastník řízení dopustil a pro které mu byla napadeným rozhodnutím uložena pokuta, mělo charakter trvajícího správního deliktu. Šlo o jednání, jehož podstata spočívala v tom, že účastník řízení zahájením uplatňování cenových plánů uvedených ve výroku rozhodnutí R20/03 ze dne 19. 1. 2004 vyvolal protiprávní stav, který pak udržoval, a to (nejméně) do dne vydání napadeného rozhodnutí o deliktu, tj. do dne 30. 6. 2003, resp. k uvedenému datu správní delikt prokazatelně trval.

62. Námitkou uplynutí prekluzivní lhůty stanovené § 22 odst. 5 zákona se zabývaly Krajský soud v Brně i Nejvyšší správní soud a tato námitka byla v rozsudku NSS a v posledním rozsudku KS vypořádána. Dle § 78 odst. 5 s. ř. s. platí, že *právním názorem, který vyslovil soud ve zrušujícím rozsudku nebo rozsudku vyslovujícím nicotnost, je v dalším řízení správní orgán vázán*.

63. Právní názor vyslovený ve zrušujícím rozsudku soudu je pro správní orgán závazný, ať již jde o posouzení důvodných námitek (na jejichž základě došlo ke zrušení správního rozhodnutí), tak ohledně námitek nedůvodných. Aprobuje-li soud posouzení určitých otázek žalovaným, je to signál pro správní orgány, že ohledně těchto otázek nemusí po vrácení věci k dalšímu řízení ničeho měnit, samozřejmě vyjma případů, kdy dojde ke změně skutkového nebo právního stavu, který odlišné právní posouzení odůvodňuje (srov. Blažek, T.,Jirásek, J., Molek, P., Pospíšil, P., Sochorová, V., Šebek, P.: Soudní řád správní - online komentář. 3. aktualizace. Praha: C. H. Beck, 2016 a rozsudek NSS ze dne 9. 10. 2008, sp. zn. 2 Afs 80/2008). Obdobný závěr obsahuje např. i rozsudek NSS ze dne 18. 9. 2003, č. j. 1 A 629/2002-25, podle něhož je *„správní orgán při novém rozhodování po zrušení původního rozhodnutí vázán právním názorem, který byl vysloven jako důvod kasace (§ 78 odst. 5 s. ř. s.). Je proto povinen nové rozhodnutí řádně odůvodnit“.*

64. Od vydání rozsudku NSS a posledního rozsudku KS v této věci nedošlo ke změně právního ani skutkového stavu. Názory soudů obou stupňů stran počátku a plynutí prekluzivní lhůty k uložení pokuty v posuzované věci jsou tedy závazné. Dle právního názoru rozsudku NSS je při počítání subjektivní prekluzivní lhůty v tomto případě nutno vzít v potaz tři faktory citované již v bodu 8 tohoto rozhodnutí, a to:

a) Subjektivní lhůta pro uložení pokuty za trvající jiný správní delikt počíná běžet dnem, kdy se žalovaný o porušení zákazu nebo nesplnění povinností stanovených zákonem poprvé dozvěděl.

b) Závěr krajského soudu o tom, že subjektivní lhůta musí započít svůj běh uvnitř lhůty objektivní, je neudržitelný.

c) Lhůta pro uložení pokuty se ve smyslu ustanovení § 41 s. ř. s. nestavěla v průběhu řízení o kasační stížnosti stěžovatele, která se netýkala krajským soudem zrušeného výroku o uložení sankce.

65. Rovněž nemohu pominout závěr posledního rozsudku KS, v němž se tento soud plynutím subjektivní lhůty k uložení pokuty z hlediska prezentovaného názoru NSS zabývá, lhůtu počítá a dospívá, pro tuto věc rovněž závazně, k závěru, že k uložení pokuty došlo po uplynutí tříleté subjektivní lhůty.

66. Jakkoliv tedy z hlediska správní i judikatorní praxe považuji způsob počítání subjektivní lhůty obsažené v rozsudku NSS za naprosto excesivní, nedává mi závazný právní názor posledního rozsudku KS prostor pro polemiku či jiný výklad.

67. Dle ustanovení § 22 odst. 5 zákona v rozhodném znění platí, že *pokuty podle odstavců 1 až 3 lze uložit nejpozději do 3 let ode dne, kdy se o porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti stanovených tímto zákonem Úřad dozvěděl, nejpozději však do 10 let, kdy k porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti došlo.*

68. Je-li správními soudy závazně dáno, že tříletá lhůta pro uložení pokuty v daném případě marně uplynula nejpozději dnem 17. 12. 2012, vyvstala otázka dalšího postupu ve věci. Soudní i správní praxe se ve věcech posuzovaných podle zákona postupně ustaluje na tom, že v případě uplynutí lhůty pro uložení pokuty nezbývá, než ve věci vydané a opravným prostředkem napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit, tedy nelze vyslovit vinu a neuložit sankci, ačkoliv uplynula toliko lhůta pro uložení pokuty.

69. Např. Nejvyšší správní soud v této souvislosti na č. l. 375 rozsudku sp. zn. 8 Afs 25/2012 ze dne 29. 1. 2015 vyslovil názor, že *„je třeba odmítnout i názor žalovaného a krajského soudu, že marným uplynutím lhůty k uložení sankce podle § 14 odst. 5 zákona č. 63/1991 Sb. nezanikla současně i odpovědnost za správní delikt a žalovanému zůstalo právo deklarovat vinu. Nejvyšší správní soud setrvale spojuje s marným uplynutím prekluzivní lhůty pro uložení sankce také zánik odpovědnosti za správní delikt, viz např. rozsudky čj. 6 A 99/2001 – 47, čj. 4 As 27/2004 – 71 nebo čj. 6 As 15/2011 – 73, na které poukázal i stěžovatel a). Tyto rozsudky se týkaly zákonů, které obsahovaly formulaci obdobnou § 14 odst. 5 zákona č. 63/1991 Sb., podle níž „pokutu lze uložit“ v určité lhůtě. Nejvyšší správní soud k takto formulované lhůtě přistupoval jako ke lhůtě pro zánik trestnosti správního deliktu, nikoliv jen jako ke lhůtě pro uložení pokuty, která by neměla vliv na posouzení odpovědnosti a viny. V nyní posuzované věci soud neshledal důvod se od těchto závěrů odchýlit.“*

70. Jak je z naposled citovaného rozsudku patrno, s uplynutím lhůty pro uložení pokuty zaniká odpovědnost za delikt, jinými slovy není možné v neskončeném řízení konstatovat vinu účastníka řízení. V této konkrétní věci nicméně není na místě zrušit výrok o vině účastníka

řízení, který je v právní moci ode dne 2. 2. 2004 a prošel beze změny soudním přezkumem. Vzniklá situace nenaplňuje podmínky pro obnovu řízení ve smyslu ustanovení § 100 správního řádu, neboť jiné právní posouzení věci nelze subsumovat pod žádný ze dvou důvodů uvedených v odst. 1 písm. a) a b) tohoto ustanovení. Na místě není ani zahájení přezkumného řízení ve smyslu ustanovení § 94 a násl. správního řádu, neboť takové řízení lze zahájit v případě, kdy lze důvodně pochybovat o tom, že rozhodnutí je vydáno v souladu s právními předpisy. Zrušit rozhodnutí v přezkumném řízení je možno pouze tehdy, bylo-li vydáno v rozporu s právními předpisy (viz ustanovení § 97 odst. 3 správního řádu). Jedná-li se však o rozhodnutí ze dne 19. 1. 2004, č. j. R 20/2003, jehož částí výroku I byla vyslovena vina účastníka řízení, byla vina konstatována ve lhůtě pro uložení pokuty a správnost a zákonnost tohoto výroku o vině byla soudy pravomocně potvrzena, viz úvodní části odůvodnění tohoto rozhodnutí.

71. Z uvedeného důvodu jsem tedy přistoupil toliko ke zrušení napadeného rozhodnutí a k zastavení toho řízení, které bylo možné zastavit, tedy řízení pojednávající o uložení sankce a zákazu do budoucna.

72. Na okraj dodávám, že po vydání rozsudku NSS, jakož i po vydání posledního usnesení NSS v této věci, kterým byl mj. odmítnut návrh na předložení otázky počítání subjektivní prekluzivní lhůty pro uložení pokuty rozšířenému senátu, byl dne 25. 2. 2016 stejným, tzn. Nejvyšším správním soudem vydán rozsudek, č. j. 5 Afs 7/2011-799 ve věci „Pekaři“ [7], který navazuje na judikaturu až dosud stran počítání lhůty konstantní. Rozsudek 5 Afs 7/2011-799 tak opakovaně uvádí, že subjektivní lhůta u trvajících jiných správních deliktů nepočíná běžet při prvním dozvědění se o deliktu, ale nejdříve až od jeho ukončení. Tato lhůta se musí nacházet uvnitř lhůty objektivní a konečně NSS v tomto rozsudku odmítá z hlediska ustanovení § 41 s. ř. s. rozlišovat mezi řízením o trestu a o vině a dovozuje, že oba typy soudního řízení lhůtu k uložení pokuty staví. V každém z uvedených bodů tak jde proti závěrům rozsudku NSS v této věci a je současně v souladu s dalšími rozsudky stran plynutí subjektivní lhůty u jiných správních deliktů, v soutěžní problematice např. s rozsudkem NSS ze dne 20. 12. 2013, č. j. 5 Afs 3/2012 – 131 ve věci „Sokolovská uhelná“[8]. Do budoucna se proto Úřad přikloní k judikatuře převládající, jejíž východiska jsou uvedena právě v rozsudcích ve věcech Pekaři a Sokolovská uhelná.

73. Ostatně i sám Nejvyšší správní soud de facto připouští, že některé jeho rozsudky mohou být tzv. výkřikem do tmy, pokud nejsou následovány další (majoritní) judikaturou, a stanou se

[7] Viz závěrečná část tohoto rozsudku, v níž k námitce jednoho z žalobců, že subjektivní lhůta počíná běžet vždy v okamžiku, kdy žalovanému dojde podnět či kdy žalovaný z vlastní činnosti zjistí informaci o možném protizákonném jednání, Nejvyšší správní soud uvádí: *„Pokud se v projednávané věci Úřad dověděl poprvé o existenci deliktu v době, kdy byl delikt páchán, a nikoli ukončen, není tento moment rozhodný pro počátek běhu subjektivní lhůty pro uložení pokuty. … Subjektivní lhůta pro uložení pokuty se musí nacházet uvnitř lhůty objektivní, neboť ani ona nemůže začít běžet dříve, než ke spáchání deliktu dojde. Subjektivní lhůta pro uložení pokuty začala běžet ve stejný moment jako lhůta objektivní, tj. ke dni ukončení trvajícího deliktu...“* K námitce, že se subjektivní lhůta nestaví dle § 41 s. ř. s. po dobu, kdy byl soudy přezkoumáván toliko výrok o vině, a nikoliv o trestu, Nejvyšší správní soud s odkazy na dřívější judikaturu uvedl, že rozhodnutí o vině a trestu je vzájemná vazba, přičemž lhůta pro uložení pokuty se dle § 41 s. ř. s. staví jak po dobu řízení o vině, tak po dobu řízení o trestu.

[8] I v tomto rozsudku Nejvyšší správní soud zejm. 1. vztahuje počátek subjektivní lhůty k uložení pokuty trvajícího jiného správního deliktu až na okamžik dokončení deliktního jednání a 2. konstatuje, že počátek subjektivní lhůty se vždy nachází uvnitř lhůty objektivní.

tak ojedinělým právním názorem (srov. bod 54 usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 16. 11. 2016, č. j. 5 As 104/2013-46).

VIII. Závěr

74. Na základě všech shora uvedených důvodů, maje na zřeteli závazný právní názor vyslovený v rozsudku NSS, který jsem v této věci nucen následovat, po projednání věci rozkladovou komisí dle § 152 odst. 3 správního řádu a po přezkoumání souladu jak napadeného rozhodnutí, tak správního řízení, které mu předcházelo, s právními předpisy, jakož i po přezkoumání věcné správnosti druhého napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, jsem dospěl k závěru, že z důvodů popsaných výše je nutné napadené rozhodnutí zrušit a správní řízení zastavit.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. O2 Czech Republic, a. s., IČ 601 93 336, se sídlem Praha 4 - Michle, Za Brumlovkou 266/2, PSČ 140 22

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy