



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobce: **České dráhy, a.s.**, se sídlem Praha 1, Nábřeží L. Svobody 1222, zastoupeného JUDr. Karlem Muzikářem, LL.M. (C.J.), advokátem WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., advokátní kancelář, Praha 1, Křižovnické nám. 2/193, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.5.2009, č.j. UOHS-R 155/2008/01-5485/2009/310/MVr,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.5.2009, č.j. UOHS-R 155/2008/01-5485/2009/310/MVr, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** žalobci nahradit náklady řízení o žalobě a o kasačních stížnostech proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21.4.2011, č.j. 62 Ca 37/2009-680, a proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 1.4.2015, č.j. 62 Af 96/2014-1401, ve výši 21 162 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Karla Muzikáře, LL.M. (C.J.), advokáta WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o., advokátní kancelář, Praha 1, Křižovnické nám. 2/193.

III. Žalovaný nemá právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6.5.2009, č.j. UOHS-R 155/2008/01-5485/2009/310/MVr, kterým bylo změněno předchozí rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení ze dne 14.7.2008, č.j. S 220/06-13976/2008/830.

I. Podstata věci a shrnutí procesní situace

Žalovaný rozhodl napadeným rozhodnutím tak, že žalobce zneužil své dominantní postavení.

Žalobce tím, že v období od 1.5.2004 do 30.11.2007 uplatňoval bez objektivně ospravedlnitelných důvodů vůči svým odběratelům rozdílné ceny za služby železniční nákladní dopravy u přeprav se srovnatelnými kalkulačními parametry ovlivňujícími výši nákladů na tyto služby a bez objektivně ospravedlnitelných důvodů uplatňoval v cenách služeb železniční nákladní dopravy rozdílné výše marží, čímž znevýhodňoval některé své odběratele železniční nákladní dopravy, kterým byly stanoveny ceny, resp. marže podstatně vyšší než jiným zákazníkům při obdobném nebo srovnatelném plnění, a rovněž ztížil možnost uplatnění ostatním železničním nákladním dopravcům na trhu, zneužil své dominantní postavení na trhu železniční nákladní dopravy substrátů přepravovaných ve velkých objemech na území České republiky uplatňováním rozdílných podmínek při srovnatelném plnění vůči jednotlivým účastníkům trhu, jimiž byli tito účastníci v hospodářské soutěži znevýhodňováni, a to na újmu jiných soutěžitelů a spotřebitelů, čímž porušil v období od 1.5.2004 do 30.11.2007 zákaz uvedený v § 11 odst. 1 písm. c) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „ZOHS“), a v období od 1.5.2004 do 30.11.2007 zákaz obsažený v čl. 82 písm. c) Smlouvy o založení Evropského společenství (dále jen „Smlouva ES“), neboť zneužití dominantního postavení mohl ovlivnit obchod mezi členskými státy (část I. A. napadeného rozhodnutí).

Dále žalobce tím, že v době od 1.1.2006 do 16.9.2007 společnosti SPEDIT-TRANS, a.s. a v době od 1.1.2006 do 30.11.2007 společnosti ŠPED-TRANS Levice, a.s. znemožnil bez objektivně ospravedlnitelných důvodů uzavírat smlouvy o zákaznickém tarifu, a získat tak slevu z veřejného ceníku – tarifu vozových zásilek, dále tím, že v době od 1.1.2006 do 16.9.2007 společnosti SPEDIT-TRANS, a.s. a v době od 1.1.2006 do 30.11.2007 společnosti ŠPED-TRANS Levice, a.s. bez objektivně ospravedlnitelných důvodů stanovil povinnost skládat 100% zálohy na jím poskytované služby železniční nákladní dopravy, a tím, že dopisy ze dne 5.1.2006 bez objektivně ospravedlnitelných důvodů vypověděl společnosti SPEDIT-TRANS, a.s. Smlouvu o centrálním zúčtování přepravného číslo 41209662 ze dne 20.12.2004 a společnosti ŠPED-TRANS Levice, a.s. Smlouvu o centrálním zúčtování přepravného

číslo 11214120 ze dne 31.12.2004, jejichž platnost skončila dne 28.2.2006, čímž znevýhodnil společnosti SPEDIT-TRANS, a.s. a ŠPED-TRANS Levice, a.s. oproti ostatním svým odběratelům železniční nákladní dopravy a omezil spotřebitele železniční nákladní dopravy ve výběru dodavatelů, zneužil své dominantní postavení na trhu železniční nákladní dopravy substrátů přepravovaných ve velkých objemech na území České republiky uplatňováním rozdílných podmínek při srovnatelném plnění vůči jednotlivým účastníkům trhu, jimiž byli tito účastníci v hospodářské soutěži znevýhodňováni, a to na újmu společností SPEDIT-TRAN, a.s. a ŠPED-TRANS Levice, a.s. a spotřebitelů, čímž porušil v období od 1.1.2006 do 30.11.2007 zákaz uvedený v § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS a zákaz obsažený v čl. 82 písm. c) Smlouvy ES, neboť zneužití dominantního postavení mohlo ovlivnit obchod mezi členskými státy (výrok I. B. napadeného rozhodnutí).

Dále žalobce tím, že v období od 1.1.2004 do 30.4.2004 uplatňoval bez objektivně ospravedlnitelných důvodů vůči svým odběratelům rozdílné ceny za služby železniční nákladní dopravy u přeprav se srovnatelnými kalkulačními parametry ovlivňující výši nákladů na tyto služby a bez objektivně ospravedlnitelných důvodů uplatňovat v cenách služeb železniční nákladní dopravy rozdílní výše marží, čímž znevýhodňoval některé své odběratele železniční nákladní dopravy, kterým byly stanoveny ceny, resp. marže podstatně vyšší než jiným zákazníkům při obdobném nebo srovnatelném plnění, a rovněž ztížil možnost uplatnění ostatním železničním nákladním dopravcům na trhu, zneužil své dominantní postavení na trhu železniční nákladní dopravy substrátu přepravovaných ve velkých objemech na území České republiky uplatňováním rozdílných podmínek při srovnatelném plnění vůči jednotlivým účastníkům trhu, jimiž byli tito účastníci v hospodářské soutěži znevýhodňováni, a to na újmu jiných soutěžitelů a spotřebitelů, čímž porušil v období od 1.1.2004 do 30.4.2004 zákaz uvedený v § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS (výrok I.C. napadeného rozhodnutí).

Shora uvedené jednání bylo napadeným rozhodnutím žalobci zakázáno. Žalobci byla uložena pokuta ve výši 254 000 000 Kč a bylo mu uloženo nahradit náklady řízení paušální částkou 2 500 Kč.

O žalobě zdejší soud nejprve rozhodoval rozsudkem ze dne 21.4.2011, č.j. 62 Ca 37/2009-680. Žalobu jako nedůvodnou zamítl. Z pohledu aplikace hmotného práva pokládal zdejší soud napadené rozhodnutí za přezkoumatelné a zákonné, ve vztahu k procesnímu postupu žalovaného zdejší soud ve shodě se žalobcem dovedl některá dílčí pochybení, ta však podle zdejšího soudu nepřivedla nutnost napadené rozhodnutí rušit a věc vracet žalovanému k dalšímu řízení.

Ke kasační stížnosti žalobce byl rozsudek zdejšího soudu ze dne 21.4.2011, č.j. 62 Ca 37/2009-680, zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 28.8.2014, č.j. 7 Afs 57/2011-1251. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku konstatoval řadu důvodů nepřezkoumatelnosti rozsudku soudu zdejšího, kromě jiného se v rámci částečného věcného vypořádání námitek žalobce uplatněných v kasační stížnosti

vyjádřil též k důsledkům zdejší soudem dovozené procesní vady při opatřování posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. a k důsledkům závěru zdejšího soudu, že žalovaný nedoložil uplatňování podnákladových cen.

Za této situace zdejší soud ve věci rozhodoval rozsudkem ze dne 1.4.2015, č.j. 62 Af 96/2014-1401, znovu, vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu podle § 110 odst. 4 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s.ř.s.“), a napadené rozhodnutí zrušil ze dvou důvodů: jednak zdejší soud dovedl vadu při pořizování posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i., přitom tento posudek se stal součástí podkladu rozhodnutí ve vztahu k vymezení relevantního trhu, tedy ve vztahu k otázce, jejíž zodpovězení je určující pro veškeré navazující úvahy ohledně postavení žalobce na vymezeném relevantním trhu, a tedy nutně určující i z pohledu dovoditelnosti spáchání správního deliktu v podobě zneužití dominantního postavení; dále zdejší soud dovedl, že podklad rozhodnutí neumožňuje dospět ke skutkovému zjištění ohledně uplatňování podnákladových cen ze strany žalobce.

Ke kasační stížnosti žalovaného však Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 25.2.2016, č.j. 7 As 91/2015-79, uvedený rozsudek zdejšího soudu zrušil; podle Nejvyššího správního soudu zůstala v tomto rozsudku převažující část žalobních námitek nevypořádána a zdejší soud se jimi musí zabývat. Za tohoto stavu zdejší soud, vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu, o žalobě rozhoduje znovu.

II. Shrnutí argumentace žalobce a žalovaného

Žalobce napadal (druhostupňové) rozhodnutí žalovaného žalobou o 175 bodech doplněných dvěma přílohami na celkem 127 stranách textu. Napadené rozhodnutí požadoval z mnoha samostatných důvodů zrušit. Žalovaný se k žalobě nesouhlasně vyjádřil ve 217 bodech na 47 stranách textu, žalobu navrhl jako nedůvodnou zamítnout. Další navazující stanoviska byla podávána v průběhu řízení před zdejším soudem a před Nejvyšším správním soudem, žalobce i žalovaný podali své procesní stanovisko i k rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28.8.2014, č.j. 7 Afs 57/2011-1251, žalobce též k rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 25.2.2016, č.j. 7 As 91/2015-79.

Podle žalobce je napadené rozhodnutí předně nepřezkoumatelné z důvodu nesrozumitelnosti způsobené několikerou nekonzistencí výroku a odůvodnění, které je nedostatečné, neboť se žalovaný opomněl řádným způsobem vypořádat s množstvím námitek, které žalobce uplatnil v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí a v jeho doplněních. To, že se žalovaný nevypořádal s jednotlivými žalobcovými námitkami, dokládá žalobce přehledem v samostatné tabulce, která je přílohou textu žaloby.

Napadené rozhodnutí je dále podle žalobce nezákonné, neboť žalovaný opakovaně porušil zásadu dvojinstančnosti, zbavil žalobce k jeho škodě možnosti se odvolat v rozporu s § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb. (dále jen „správní řád“) – a porušil tak právo žalobce na jeho řádnou obhajobu podle § 4 odst. 4

správního řádu. K tomu došlo podle žalobce tím, že předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí nově začíná vůči jednání žalobce namítat, že to spočívalo v uplatňování podnákladových cen, že nezákonně supljuje roli správního orgánu prvního stupně v tom, že nově začíná odůvodňovat naplnění znaku § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS ve vztahu ke skupině zákazníků žalobce v podobě speditérů, ač se uvedenou skutečností žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí vůbec nezabýval a že nově popisuje domnělý souběh deliktů dle vnitrostátní a komunitární úpravy, resp. použití absorpční zásady při uložení pokuty z ohledem na takový souběh údajných deliktů, ač se této skutečnosti žalovaný ve svém prvostupňovém rozhodnutí nijak nevěnoval. Nezákonnost napadeného rozhodnutí způsobuje podle žalobce i to, jakým způsobem předseda žalovaného uplatnění absorpční zásady vysvětluje, když v rozporu s principy právního státu a s principem individualizace trestání přistupuje k posouzení vztahu souběžných deliktů na základě ryze arbitrární úvahy, což i sám připouští.

Dále je nezákonnost napadeného rozhodnutí podle žalobce způsobena tím, že žalovaný jednal v rozporu s čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod a s čl. 2 odst. 3 Ústavy ČR, když uplatnil státní moc spočívající v uložení pokuty za porušení čl. 82 písm. c) Smlouvy ES za období před účinností zákona č. 340/2004 Sb., kterým byl novelizován ZOHS a který teprve umožnil takové jednání v rámci české jurisdikce sankcionovat.

Napadené rozhodnutí je podle žalobce nezákonné i proto, že jeho výrok trpí neurčitostí. Jednak jsou výroky I.A. a I.C. neurčité z důvodu jejich rozporu s odůvodněním rozhodnutí, ve kterém žalovaný pracuje s konceptem „přijatelného cenového rozpětí“ - a přesto ve výroku rozhodnutí zakazuje uplatňování rozdílných cen bez dalšího. Navíc jsou uvedené výroky neurčité i z toho důvodu, že není seznatelné, jaké subjekty měly být diskriminovány a na úkor koho, což je dáno podle žalobce obecnou a fádňní formulací předmětných výroků, a tedy z nich nelze seznat, jaké jednání je poprávu a jaké nikoli.

Nekonzistence mezi výroky a odůvodněním napadeného rozhodnutí pak spočívá i v tom, že žalovaný v odůvodnění shledává protiprávnost jednání účastníka v uplatňování podnákladových cen, avšak tuto skutečnost nijak nereflexuje ve výroku napadeného rozhodnutí, nebo v tom, že žalovaný nově odůvodňuje údajně naplnění znaků § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS a čl. 82 písm. c) Smlouvy ES tvrzeným znevýhodněním speditérů na navazujícím trhu spedičních služeb, přesto však ve výroku konstatuje porušení ze strany žalobce plošně vůči všem zákazníkům bez ohledu na jejich předmět činnosti.

Neurčitost výroku napadeného rozhodnutí pak podle žalobce spočívá i v tom, že žalovaný opomíjí identifikovat, v jaké podobě ve smyslu § 1 odst. 1 ZOHS mělo dojít k domnělému narušení hospodářské soutěže, nijak nezmiňuje subjektivní stránku namítaného deliktu a blíže nevyjasňuje ani vzájemný vztah mezi uvedenými skutky, resp. delikty.

Žalovaný v průběhu celého správního řízení dále náležitě nevymezil samotný předmět řízení a posléze popis jednání žalobce měnil, a to i v napadeném rozhodnutí.

Dále žalovaný postupoval v rozporu s § 56 správního řádu při opatřování důkazů v podobě posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. – a porušil právo žalobce na seznámení se s úplnými podklady pro rozhodnutí podle § 36 odst. 3 správního řádu. Kromě toho žalovaný v průběhu řízení ze zákonných důvodů odmítal do spisu založit některé dokumenty související s řízením a manipuloval se spisem v rozporu s § 17 správního řádu.

Dále žalovaný porušil několik ustanovení správního řádu a Listiny základních práv a svobod, když žalobce nikdy v průběhu správního řízení neuvědomil o provádění důkazů mimo ústní jednání, a nedal mu tak možnost účastnit se provádění důkazů, navíc opomněl provést do spisu úřední záznam resp. protokol o provedení písemných důkazů, takže nebylo možno seznat, jaké důkazy v tomto ohledu byly provedeny, čímž bylo porušeno i právo žalobce na seznámení se s podkladem rozhodnutí.

Žalovaný dále porušil § 21 odst. 9 ZOHS, neboť nenařídil ústní jednání navrhované žalobcem, ač byly splněny zákonné podmínky pro jeho nařízení.

V souvislosti s hodnocením žalobcova jednání z pohledu hmotného práva žalobce namítá, že žalovaný porušil zásadu materiální pravdy, zásadu vyšetřovací i povinnost zjistit spolehlivě skutečný stav věci, když se nezabýval zjišťováním řady pro věc rozhodných skutečností, ty nedokazoval, a to i přes důkazní návrhy žalobce, žalovaný pečlivě nepřihlížel ke všemu, co vyšlo v řízení najevo a vyhledával a hodnotil důkazy selektivně v neprospěch žalobce v rozporu s jeho povinností zjišťovat shodně skutečnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch žalobce a v rozporu s presumpcí nevin.

Pokud jde o samotné hmotněprávní hodnocení žalobcova jednání, žalovaný především nesprávně vymezil produktový relevantní trh, a to zejména z toho důvodu, že pomínil zohlednit při vymezení relevantního trhu kritérium přepravní vzdálenosti a druh konkrétního přepravovaného zboží, ač naprostá většina důkazního materiálu včetně odborných posudků zdůrazňovala nutnost tyto fakty zohlednit.

Nesprávné vymezení relevantního trhu se následně promítlo do dalších nesprávných závěrů žalovaného ohledně existence dominantního postavení žalobce na trhu a jeho zneužití. Pak je tedy napadené rozhodnutí nezákonné i z toho důvodu, že žalobce není soutěžitelem v dominantním postavení podle § 10 ZOHS, resp. čl. 82 Smlouvy ES, a to jednak z toho důvodu, že byl chybně vymezen relevantní trh, ale rovněž proto, že žalovaný svůj závěr opírá o nepřípustnou skutkovou domněnku, na jejímž základě vypočítává tržní podíl žalobce na takto chybně vymezeném relevantním trhu.

Pokud jde o dovozovanou diskriminaci, pak touto otázkou se žalovaný zabýval pouze formalisticky, neřešil skutečné materiální dopady žalobcova jednání na hospodářskou soutěž, a tedy neposoudil jeho materiální škodlivost. Nepodloženými jsou zejména závěry žalovaného o údajném vylučovacím efektu jednání žalobce a vytváření bariér pro vstup konkurentů na relevantní trh.

Žalobce dále velmi podrobnou argumentaci dovozuje nesprávný koncepční přístup žalovaného, když zakazuje žalobci účinně soutěžit v ceně a reagovat na individuální konkurenční nabídky na trhu, přestože by takové jednání mělo být dovoleno. Svě závěry žalovaný opírá o argumentaci ohledně podnákladových cen, ačkoli tato otázka nebyla nikdy předmětem správního řízení a je zřejmé, že k uplatňování podnákladových cen nedošlo a nebyly pro to opatřeny žádné důkazy. S tím souvisí pochybení žalovaného, který v napadeném rozhodnutí na jedné straně dovozuje údajné uplatňování podnákladových cen žalobcem, ale současně nekvalifikuje jeho jednání podle § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS, resp. generální klauzule čl. 82 Smlouvy ES, a na místo toho ve výroku rozhodnutí postihuje žalobce za tzv. sekundární diskriminaci podle § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS, resp. čl. 82 písm. c) Smlouvy ES.

Žalovaný rovněž interpretuje „srovnatelnou transakcí“ a „znevýhodnění v hospodářské soutěži“; pro účely posouzení srovnatelnosti určitých transakcí žalovaný podle žalobce vychází výlučně z parametrů ovlivňujících nákladovou složku ceny a pomíjí obchodní kontext jednotlivých transakcí. Žalovaný kromě toho nijak nezkoumal, zda v důsledku žalobcova jednání došlo či mohlo dojít ke znevýhodnění jednotlivých domněle dotčených zákazníků na navazujících trzích, kde si vzájemně konkurují.

Žalovaný rovněž podle žalobce nijak nedoložil újmu jiným soutěžitelům či spotřebitelům, pouze o této újmě spekulativně fabuloval. V rámci hmotněprávního hodnocení žalobcova jednání pochybil žalovaný též tím, že jednání kvalifikuje jako diskriminaci, přestože je odůvodňuje tak, že by se mohlo jednat pouze o „odmítnutí dodávat“. Podmínky pro závěr o možné existenci zneužití dominantního postavení v podobě odmítnutí dodávek ovšem nebyly v tomto případě jednoznačně naplněny a žalovaný se jimi nijak nezabýval; žalobci je ukládáno spolupracovat s konkurenty, kteří poškozují jeho zájmy.

Žalovaný rovněž podle žalobce pochybil tím, když v rámci správního řízení na jednu stranu akceptoval závazky a opatření navržené žalobcem, přesto však nezastavil správní řízení a žalobce sankcionoval.

Velmi podrobně žalobce rovněž zpochybňuje postup žalovaného při ukládání pokuty; žalovaný nezkoumal a neprokazoval naplnění subjektivní stránky příslušného deliktu, nadto předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí nezrušil nepřezkoumatelný výrok prvostupňového rozhodnutí o pokutě jako celek, ač zúžil

okruh údajně protiprávních skutků o jeden, a na místo toho nově argumentoval ve snaze dosáhnout stejné výše pokuty.

Obdobně měl předseda žalovaného podle žalobce příslušný výrok zrušit i z toho důvodu, že nebylo náležitým způsobem popsáno použití absorpční zásady, a nikoli takovou chybějící argumentaci k újmě práv žalobce v napadeném rozhodnutí suplovat. Žalovaný nesprávně aplikoval kritéria pro určení výše pokuty, v rozporu s principem legitimního očekávání neaplikoval své vlastní zásady pro určování pokuty, vycházel z obratu časově i věcně nesprávného a porušil princip proporcionality a princip rovného zacházení; žalobce v samostatné příloze žaloby uvádí předchozí rozhodnutí žalovaného, z nichž vyplývá, že žalovaný dosud ukládal pokuty v podstatně nižší částce, než tomu bylo v případě žalobce v napadeném rozhodnutí.

Žalobce tedy se shora uvedených důvodů, v žalobě podrobně argumentovaných, navrhuje, aby zdejší soud napadené rozhodnutí žalovaného zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Pro případ, že by zdejší soud nedospěl k závěru o zrušení napadeného rozhodnutí, uplatňuje žalobce moderační návrh a žádá, aby zdejší soud uloženou pokutu snížil nebo od jejího uložení zcela upustil. Na svém procesním stanovisku setrval žalobce po celou dobu řízení před soudem.

Žalovaný jednotlivé body žalobní argumentace odmítá, nejčastěji s poukazem na napadené rozhodnutí a se zdůrazněním vybraných argumentů, žalovaný zčásti na napadené rozhodnutí a jemu předcházející prvostupňové rozhodnutí odkazuje. Žalobu považuje žalovaný za nedůvodnou a navrhuje její zamítnutí v celém rozsahu. Ani žalovaný svůj procesní postoj po dobu řízení před zdejším soudem nezměnil.

III. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Zdejší soud již v obou svých předchozích rozsudcích dovedl, že pokud jde o otázku opatřování posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i., pak postup žalovaného vykazuje znaky velmi netransparentního a nezákonného postupu. Od tohoto hodnocení nemá zdejší soud důvod se ani nyní odchylovat.

V bodu 301. prvostupňového rozhodnutí žalovaným zmiňované „soukromoprávní zadání“ odborného stanoviska, ohledně kterého správní spis neobsahuje žádnou procesní stopu, podle zdejšího soudu jasně porušuje pravidla, která jsou pro obstarávání obdobných odborných posouzení předepsaná správním řádem. Pravidla plynoucí především z § 56 správního řádu nejsou pravidly samoúčelnými; jednak účastníkům řízení garantují vyrozumění o zamýšleném ustanovení znalce, popř. o samotném ustanovení, nadto ve spojení s § 17 odst. 1 správního řádu garantují, že akt ustanovující znalce včetně jemu položených odborných otázek je trvalou a nezměnitelnou součástí správního spisu (a z pohledu účastníka správního řízení je

zřejmé, kdo, za jakých okolností a na jaké odborné otázky má odpovídat); to v sobě implikuje řadu navazujících procesních práv účastníka řízení.

„Soukromé zadání“, jaké zvolil žalovaný, nepochybně odňalo žalobci práva podle § 56 správního řádu (ten nebyl odpovídajícím procesním způsobem vyrozuměn o ustanovení znalce, nemohl navrhnout a účastnit se výslechu znalce), navíc z procesních kroků žalovaného, jež ani on sám nezastírá, je jasně patrné, že on sám do posudku před jeho zpracováním zasahoval cestou „neoficiálního stanoviska“ obsahujícího připomínky k jeho obsahu, se zpracovatelem posudku separátně jednal a že posudek ve formě „Závěrečné zprávy z řešení“, jež byla použita jako podklad rozhodnutí žalovaného, je „doplňenou zprávou po připomínkách ÚOHS z 29.11.2007“. Nejen tedy proces zadání zpracování stanoviska, nýbrž i proces zpracovávání jeho „konečného znění“, jež se stalo podkladem rozhodnutí, jsou zatemněny. Zpracování tohoto posudku bylo „zadáno“ nečitelným způsobem i z toho důvodu, že ze žádné listiny, jež by správním spisem procházela, není zřejmé, na co se vlastně žalovaný zpracovatele tohoto posudku ptal. Uváží-li zdejší soud v kontextu s touto nečitelností, že žalovaný pracoval s několika verzemi tohoto posudku, sám do věcné podstaty posudku pravděpodobně zasahoval (jinak by jeho připomínky nebyly zmiňovány v samotné identifikaci posudku na jeho titulní první straně) a bez účasti žalobce se zpracovatelem tohoto posudku v listopadu 2007 jednal, pak postup žalovaného neodpovídá základním zásadám, na nichž by správní řízení mělo být vždy vystavěno, neodpovídá ani vzdáleně § 56 správního řádu a navíc se zdejší soud ztotožňuje se žalobcem, že uvedeným postupem žalovaný porušil rovněž § 36 odst. 3 správního řádu, neboť komunikace žalovaného se zpracovatelem tohoto posudku je důležitou procesní stopou postupu žalovaného při vymezení relevantního trhu a tvoří podklad rozhodnutí žalovaného.

Ohledně procesu pořizování posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. tedy zdejší soud žalobci přesně z těch důvodů, které uvádí v bodech 246. a 247. žaloby, přisvědčuje a konstatuje, že v tomto rozsahu se žalovaný dopustil procesního pochybení. Už v rozsudku ze dne 21.4.2011, č.j. 62 Ca 37/2009-680, zdejší soud tedy toto pochybení žalovaného konstatoval a pokládal-li za možné k takto opatřenému důkazu, který lze od ostatních oddělit, nepřihlížet, nevedlo jej to ke zrušení napadeného rozhodnutí. Nejvyšší správní soud však k důsledkům takto zjištěného pochybení ve zrušovacím rozsudku ze dne 28.8.2014, č.j. 7 Afs 57/2011-1251, zaujal stanovisko odlišné; uvedl, že je-li důkaz získaný v rozporu se zákonem, nemusí to být vždy bez dalšího důvodem pro zrušení rozhodnutí správního orgánu pro vady řízení podle § 76 odst. 1 s.ř.s. a že žaloba může být nedůvodná, pokud lze i při odhlédnutí od nezákonného důkazu z ostatních důkazů provedených ve správním řízení učinit jednoznačný závěr, že skutkový stav, který vzal správní orgán za základ napadeného rozhodnutí, ob stojí. Výslovně pak Nejvyšší správní soud uvedl, že bude na správním orgánu (tedy na žalovaném), setrvá-li krajský soud na svém závěru o nezákonném procesním postupu, aby vyhodnotil, zda i při odhlédnutí od posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. lze na základě ostatních důkazů učinit jednoznačný závěr,

že byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Toto hodnocení však podle Nejvyššího správního soudu nemůže provést zdejší soud namísto žalovaného.

Za situace, kdy zdejší soud setrval na svém závěru o nezákonném procesním postupu, kdy (nové) hodnocení důkazů bez zahrnutí posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. nemůže provést zdejší soud a kdy Nejvyšší správní soud výslovně stanovil, že toto hodnocení důkazů bude na žalovaném, nezbyvá zdejšímu soudu než dát zapravdu žalobci, že tuto procesní vadu (nezákonné pořízení důkazu) nelze zhojit v řízení před zdejším soudem, nýbrž že jde o důvod ke zrušení napadeného rozhodnutí. K tomuto závěru už zdejší soud nakonec dospěl v rozsudku ze dne 1.4.2015, č.j. 62 Af 96/2014-1401.

Posudek Centra dopravního výzkumu, v.v.i. se stal součástí podkladu rozhodnutí ve vztahu k vymezení relevantního trhu, tedy ve vztahu k otázce, jejíž zodpovězení je určující pro veškeré navazující úvahy ohledně postavení žalobce na vymezeném relevantním trhu, a tedy nutně určující i z pohledu dovoditelnosti spáchání správního deliktu v podobě zneužití dominantního postavení. Uvedený posudek byl tedy podkladem skutkových zjištění žalovaného ohledně vymezení relevantního trhu (jak plyne především z bodů 165., 166. a 180. prvostupňového rozhodnutí), navíc skutková zjištění podávaná z tohoto posudku (v jeho posledním znění založeného na str. 2717 správního spisu) se stala základem polemiky žalobce a žalovaného ohledně významu přepravní vzdálenosti pro vymezení relevantního trhu (podle žalobce měl tento posudek přivést žalovaného k závěru, že železniční doprava nákladů v objemu nad 500 tun je dobře zastupitelná dopravou silniční při přepravě na vzdálenosti 100 až 150 km) i z pohledu jeho vztahení k „přepravě hromadných substrátů“ (vzájemně nehomogenních). Žalovaný mu v napadeném rozhodnutí oponoval (např. od bodu 190.), což byl jeden z argumentů, pro které žalovaný ani v řízení o rozkladu vymezení relevantního trhu nepřehodnotil. Relevantní trh byl vymezen jako trh železniční nákladní dopravy substrátů přepravovaných ve velkých objemech na území České republiky, na tomto trhu bylo dovozeno dominantní postavení žalobce a výrokovými částmi I.A., I.B. a I.C. napadeného rozhodnutí bylo deklarováno jeho zneužití. Pak tedy důvod zrušení rozhodnutí se týká nutně celého výroku napadeného rozhodnutí, tj. všech jeho výrokových částí, podle § 76 odst. 1 písm. c) s.ř.s.

Zdejší soud se také již v obou svých předchozích rozsudcích vyslovil k otázce uplatňování podnákladových cen. Zdejší soud dospěl k závěru, že uplatňování podnákladových cen v řízení před žalovaným prokázáno nebylo. Ani od tohoto hodnocení nemá zdejší soud důvod se nyní odchylovat.

Žalovaný v napadeném rozhodnutí podle zdejšího soudu dovedl uplatňování podnákladových cen v souvislosti s konkurenčními nabídkami dopravy, a to až na úrovni přímých nákladů. V napadeném rozhodnutí (bod 277.) odkazoval souhrnně na body 36. – 38. prvostupňového rozhodnutí a na „obchodní výjimky založené ve správním spisu na str. 581 – 583“. V bodech 36. – 38. prvostupňového rozhodnutí žalovaný nejprve odkazoval na způsob stanovení smluvních cen (tj. kdo je za žalobce

oprávněn k jednotlivým výjimkám ze základních cen) a poté na zjištění podávaná z jednotlivých obchodních výjimek za rok 2006. Ze správního spisu pak vyplynulo, že v jednotlivých případech žádostí o obchodní výjimky bylo navrhováno a obchodní radou odsouhlaseno stanovit smluvní cenu pro jednotlivé vozy na úrovni mezi úplnými a přímými náklady (správní spis, str. 576, 578, 584 a násl.) a tak, aby cena byla nižší než cena konkurenční (správní spis, str. 587).

Sám fakt, který žalobce v řízení před zdejší soudem zmiňoval, a sice že i podle závěrů žalovaného takových výjimek bylo méně než 0,3%, by nemohl úspěšně zpochybňovat, že (byť ve výjimečných případech) takto žalobce postupoval, pokud by to v uvedených případech skutečně dokládal správní spis. Údaje uvedené na jednotlivých listinách týkajících se obchodních výjimek, jak jsou založeny ve správním spisu, ovšem nic nevypovídají o tom, že by žalobce skutečně ceny na úrovni nákladů uvedených v jednotlivých listinách také realizoval. Ze žádného podkladu rozhodnutí podle zdejšího soudu neplyne, že by žalobce vůbec podnákladové ceny uplatňoval. Pak tedy logicky nemůže být prokázáno, v kolika případech a ve vztahu ke komu tak žalobce činil, aby byly zohledněny okolnosti, jakými jsou délka, soustavnost a celkový rozsah jejich uplatňování. Samotné kalkulace obsažené v „*Žádostech o udělení výjimky...*“ ani jejich odsouhlasení nejsou důkazem o uplatňování podnákladových cen v obchodní praxi žalobce. Dokazování ohledně faktické realizace podnákladových cen na trhu žalovaný podle obsahu správního spisu ani neprováděl. Pak nemají smyslu žádné další úvahy o tom, zda o uplatňování podnákladových cen jde v případech, kdy se ceny dostávají pod hranici přímých nákladů, nebo kdy se dostávají pod hranici variabilních nákladů (a jak se i unijní judikatura v této otázce vyvíjela a vyvíjí), jaká by mohla být četnost takového postupu a v jakých případech se žalobce hodlal dostat do jaké úrovně nákladů (uvážil-li by zdejší soud údaje plynoucí z jednotlivých žádostí o výjimku).

V rozsudku ze dne 21.4.2011, č.j. 62 Ca 37/2009-680, však zdejší soud zohlednil, že predatorní cenovou praktiku (uplatňování podnákladových cen) lze popsat jako jednání dominanta, kterým na nepřiměřeně dlouhou dobu nastaví své ceny na nepřiměřeně nízkou úroveň takovým způsobem, že sobě i ostatním soutěžitelům po uvedené dobu bez objektivního ospravedlnění přivodí nevyhnutelné ekonomické ztráty, přitom je jeho záměrem si tyto ztráty vynahradiť později, až bude těžit z omezení soutěže, které bylo původním nastavením cen vyvoláno. Z napadeného rozhodnutí bylo přitom zdejšímu soudu zřejmé, že v tomto směru žalovaný na jednání žalobce nenahlížel. Formální podoba predatorního cenového chování může vykazovat rysy selekce, což v sobě nutně implikuje prvek diskriminace, ani takto ovšem žalovaný neuvažoval. Ten totiž dovedl diskriminaci coby odlišný přístup k různým účastníkům trhu za situace, kdy žalobcovy protiplnění bylo totožné, a v rámci takto odlišného přístupu okrajově konstatoval prokázání stavu, kdy se žalobce dostal s cenou až na hranici svých přímých nákladů. Dovozeným deliktem byla podle zdejšího soudu diskriminace a žalovaným zmiňované jednání v podobě uplatňování podnákladových cen bylo neodůvodněné a z pohledu výroku o vině a o trestu i zbytečné. Žalovaným konstatované výjimečné uplatňování podnákladových cen (na základě žádostí o

udělení výjimky založených ve správním spisu od str. 576) se podle zdejšího soudu objevily pouze v odůvodnění rozhodnutí; ve skutkové větě výroku se toto nesprávné zjištění žalovaného nikterak nepromítlo (uplatňování podnákladových cen nebylo jedním, které by bylo následně právně hodnoceno), ani nebylo prvkem, o který by žalovaný opíral právní hodnocení zahrnuté v právní větě výroku, ani nebylo samostatným argumentem z pohledu žalovaným dovozovaných dopadů na trh, ani nebylo prvkem, o který by byl opírána vznik újmy (znak zneužití dominantního postavení podle § 11 odst. 1 ZOHS), a konečně ani nešlo o skutečnost, která by byla zvažována při stanovení výše ukládané pokuty (tato skutečnost nebyla znakem kvalifikovanější skutkové podstaty, jež by nebyla bez této skutečnosti dovozena, a jejíž použití by vyvolávalo potřebu přísnějšího postihu, tato skutečnost nezpůsobovala naplnění samotného deliktu, s nímž by se pak v rámci úvah o výši pokuty pracovalo metodou absorpce, ani tato skutečnost nebyla žalovaným zohledňována coby okolnost přitěžující či polehčující). Nadto podle zdejšího soudu nedostatek podkladu rozhodnutí týkající se žalovaným tvrzeného uplatňování podnákladových cen není automaticky nedostatkem týkajícím se závěrů ohledně diskriminačních praktik žalobce; postupovat diskriminačně lze i bez toho, že by byly aplikovány podnákladové ceny.

Vzal-li tedy zdejší soud v úvahu právě uvedené skutečnosti, pak byl toho názoru, že měl-li žalobce podle žalovaného uplatňovat bez objektivně ospravedlnitelných důvodů vůči svým odběratelům rozdílné ceny za služby železniční nákladní dopravy u přeprav se srovnatelnými kalkulačními parametry ovlivňujícími výši nákladů na tyto služby a bez objektivně ospravedlnitelných důvodů uplatňovat v cenách služeb železniční nákladní dopravy rozdílné výše marží, a tím měl zneužít dominantní postavení, pak argumentace žalobce vyvracející dílčí závěry žalovaného ohledně uplatňování podnákladových cen, byť je důvodná, mířila pouze na vybrané pasáže odůvodnění, nikoli na závěr, který se promítl v hmotněprávním hodnocení věci – ve výroku. Má-li soud přezkoumávat napadené výroky rozhodnutí (§ 75 odst. 2 s.ř.s.), pak se musí v rámci uplatněných žalobních bodů zabývat tím, zda závěry obsažené ve výroku napadeného rozhodnutí jsou řádně odůvodněny a zda mají oporu v podkladu rozhodnutí. Z tohoto pohledu zdejší soud dospěl k závěru, že nesprávné (podkladem rozhodnutí nepodložené) dílčí závěry žalovaného ohledně uplatňování podnákladových cen nezpůsobují nezákonnost napadeného rozhodnutí. Proto zdejší soud původně nedovodil, že by se nedostatek skutkového podkladu ohledně uplatňování podnákladových cen musel projevit ve zrušení napadeného rozhodnutí.

Nejvyšší správní soud však ve zrušovacím rozsudku ze dne 28.8.2014, č.j. 7 Afs 57/2011-1251, otázku důsledků uvedeného nedostatku skutkového podkladu posoudil odlišně. Akcentoval to, že žalovaný se uplatňováním podnákladových cen žalobcem zabýval v bodu 253. napadeného rozhodnutí, kde uplatňováním těchto cen argumentoval na podporu svého závěru, že stěžovatel zneužil své postavení na trhu (výslovně uvedl, že pokud žalobce uplatňoval podnákladové ceny, přičemž svými nabídkami mířil k získání přeprav od konkurenčních železničních dopravců působících na relevantním trhu, případně k zamezení přechodu zákazníků ke konkurenčním dopravcům, nelze než vzhledem k dalším níže uvedeným skutečnostem dospět

k závěru, že zneužil svoje postavení na relevantním trhu). Z této části napadeného rozhodnutí je podle Nejvyššího správního soudu jednoznačně zřejmé, že žalovaný dává uplatňování podnákladových cen do přímé souvislosti se závěrem o zneužití dominantního postavení žalobcem. Jde tedy podle Nejvyššího správního soudu o jeden z relevantních argumentů pro závěr o tom, že žalobce své dominantní postavení zneužil.

Dále se podle Nejvyššího správního soudu žalovaný uplatňováním podnákladových cen žalobcem zabýval v bodu 254. napadeného rozhodnutí, kde uvedl, že právě okolnost tkvící v adresné podnákladové cenotvorbě (ve vztahu k významným přepravním zakázkám) žalobce je skutečností jdoucí k jeho tíži z hlediska posouzení soutěžní konformity jeho cenotvorby. Dále v bodu 277. napadeného rozhodnutí žalovaný odkázal na prvostupňové rozhodnutí a uvedl, že žalobci bylo prokázáno uplatňování podnákladových cen v souvislosti s konkurenčními nabídkami dopravy, a to až na úrovni přímých nákladů. Dále v bodu 281. napadeného rozhodnutí žalovaný poukázal na uplatňování cen pod výší průměrných celkových nákladů v souvislosti s námitkou nemožnosti kompenzace ztrát zisky realizovanými u jiných odběratelů. Dále v bodu 283. napadeného rozhodnutí žalovaný uvedl, že žalobce uplatňoval podnákladové ceny s cílem získat přepravy (zejména z řad významných zákazníků realizujících velké objemy přeprav zboží) od konkurenčních železničních přepraveců působících na relevantním trhu, případně zamezit zákazníkům v přechodu ke konkurenčním dopravcům, současně uplatňoval závazek exkluzivity, a to vše na nedávno liberalizovaném trhu. Takovouto cenovou politiku aplikovanou ve výše popsanych souvislostech nelze podle žalovaného považovat za přiměřenou. Dále v bodu 285. napadeného rozhodnutí žalovaný konstatoval, že žalobce uplatňoval podnákladové ceny s cílem vyloučit konkurenci, přičemž cenové rozdíly, které tímto postupem vznikly mezi srovnatelnými skupinami zákazníků, byly natolik markantní, že vedly k poškození zákazníků, kterým byly účtovány ceny podstatně vyšší. Dále v bodu 287. napadeného rozhodnutí žalovaný uvedl, že žalobce uplatňoval cenovou diskriminaci, jejíž součástí byla i aplikace podnákladových cen, s cílem vyloučit konkurenci. Dále v bodu 289. napadeného rozhodnutí žalovaný uvedl, že žalobce překročil dovolenou míru cenové diskriminace v souvislosti se srovnatelnými transakcemi, přičemž uplatňoval podnákladové ceny s cílem vyloučit konkurenci.

Dále Nejvyšší správní soud akcentoval to, že uplatňováním podnákladových cen žalovaný argumentoval rovněž v bodech 303. a 304. napadeného rozhodnutí. V bodu 305. napadeného rozhodnutí pak žalovaný uvedl, že uplatňování podnákladových cen dominantem ve vztahu k cenovým nabídkám konkurence jistě nelze označit za přiměřenou reakci, neboť přispívá k petrifikaci tržní struktury či posílení dominantního postavení, a v bodu 314. napadeného rozhodnutí žalovaný zmínil, že obrana obchodních zájmů žalobce v podobě diskriminace, jejíž intenzita „zašla až k účtování podnákladových cen“, byla nepřiměřená. Uplatňováním podnákladových cen žalobcem pak žalovaný argumentoval také v bodu 317. napadeného rozhodnutí při vypořádání rozkladové námítky, že prvostupňový správní orgán v rozhodnutí neuvedl žádný konkrétní případ dovršeného vyloučení konkurenta

z relevantního trhu. V souvislosti se stanovením výše pokuty pak žalovaný použil v bodu 444. napadeného rozhodnutí uplatňování podnákladových cen jako jeden z dílčích důvodů při prokazování žalobcova úmyslu narušit hospodářskou soutěž.

Z právě uvedených důvodů tedy Nejvyšší správní soud zavázal zdejší soud názorem, že neobstojí tvrzení (zdejšího soudu), že uplatňování podnákladových cen nebylo skutečností, která by byla zvažována při stanovení výše ukládané pokuty. Ze shora zmíněných částí napadeného rozhodnutí Nejvyšší správní soud navíc dovodil, že závěr o uplatňování podnákladových cen žalobcem nelze v kontextu celého odůvodnění přezkoumávaného rozhodnutí v žádném případě považovat za marginální nebo pouze podpůrný argument pro závěr o naplnění skutkové podstaty předmětného správního deliktu. Původní názor zdejšího soudu, že argumentace žalobce vyvracející dílčí závěry žalovaného ohledně uplatňování podnákladových cen, byť je důvodná, míří pouze na vybrané pasáže odůvodnění, nikoli na závěr který se promítl v hmotněprávním hodnocení věci – ve výroku, považuje Nejvyšší správní soud za nesprávný. Zdejší soud podle Nejvyššího správního soudu neopodstatněně marginalizoval důležitou část argumentace žalovaného navzdory tomu, že v odůvodnění napadeného rozhodnutí je opakovaně obsažena. Je tedy podle Nejvyššího správního soudu nepochybné, že žalovaný uplatňování podnákladových cen považoval za důležitou součást jednání žalobce, a že se tedy jedná o jednu z podstatných skutečností pro konečný závěr, že žalobce zneužil své dominantní postavení.

Zavázal-li Nejvyšší správní soud tedy zdejší soud právním názorem, podle něhož závěr o uplatňování podnákladových cen není možné od zbývajících částí odůvodnění a ani od výrokových částí napadeného rozhodnutí separovat, neboť tvoří jeho integrální součást, pak zjištění zdejšího soudu ohledně nedostatku skutkového podkladu k uplatňování podnákladových cen se musí rovněž nutně projevit ve zrušení napadeného rozhodnutí, tentokrát podle § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s. K tomuto závěru zdejší soud dospěl již v rozsudku ze dne 1.4.2015, č.j. 62 Af 96/2014-1401.

Vzhledem k tomu, že shora shrnutá argumentace žalovaného podnákladovými cenami byla argumentací žalovaného ve vztahu ke zneužití dominantního postavení podle výrokové části I.A. napadeného rozhodnutí, musí být z uvedených důvodů zrušena výroková část I.A. napadeného rozhodnutí.

Žalovaný však tutéž argumentaci převzal i ve vztahu ke zneužití dominantního postavení podle výrokové části I.C. napadeného rozhodnutí (bod 356. napadeného rozhodnutí, pouze s doplněním v bodech 357. – 359. napadeného rozhodnutí; tam se žalovaný takto vyjadřuje k výrokové části I.B. prvostupňového rozhodnutí, jež je věcně převzata do výrokové části I.C. napadeného rozhodnutí). Pak tedy musí být z uvedených důvodů zrušena i výroková část I.C. napadeného rozhodnutí.

Tomu, že nejde o důvod ke zrušení toliko jedné výrokové části, ostatně odpovídá i právní názor Nejvyššího správního soudu, podle něhož „závěr o

uplatňování podnákladových cen není možné od zbyvající části odůvodnění a ani od *výrokových částí* (plurál – pozn. soudu zdejšího) napadeného rozhodnutí separovat“.

Ve vztahu k výrokové části I.B. napadeného rozhodnutí se argumentace podnákladovými cenami (v bodech napadeného rozhodnutí akcentovaných Nejvyšším správním soudem) neobjevuje, neobjevuje se ani jinde v odůvodnění rozhodnutí vztahujícímu se k výrokové části I.B. napadeného rozhodnutí, a tedy závěr ohledně nutnosti zrušení výrokových částí I.A. a I.C. napadeného rozhodnutí nelze k výrokové části I.B. automaticky vztáhnout. Navíc odlišný charakter skutků, jichž se týkají výrokové části I.A. a I.C. (na straně jedné) a I.B. (na straně druhé), plyne již z toho, že podstatou zneužití dominantního postavení podle výrokových částí I.A. a I.C. mělo být uplatňování rozdílných cen u přeprav se srovnatelnými kalkulačními parametry a uplatňování rozdílných výší marží (přitom v některých případech se jednalo právě o ceny podnákladové), zatímco podstatou zneužití dominantního postavení podle výrokové části I.B. napadeného rozhodnutí mělo být znemožnění uzavírání smluv o zákaznickém tarifu, stanovení povinnosti skládat zálohy na poskytované služby a vypovězení smluv; argumentace podnákladovými cenami tedy ve vztahu k jednání podle výrokové části I.B. napadeného rozhodnutí v pojetí žalovaného zřejmě vůbec v úvahu nepřichází (a žalovaný ji ve vztahu k tomuto jednání ani v odůvodnění napadeného rozhodnutí nepoužil).

Nedostatek skutkového podkladu k uplatňování podnákladových cen se tedy musí nutně projevit ve zrušení napadeného rozhodnutí podle § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s. v jeho výrokových částech I.A. a I.C.

Zdejší soud tedy ve shora uvedených dvou otázkách (z pohledu uplatněných žalobních bodů sice dílčích, nicméně z pohledu napadeného rozhodnutí podstatných) musí dát žalobci zapravdu v jeho žalobní argumentaci, že shora dovozené vady řízení nutně vedou, každá z nich samostatně, ke zrušení celého napadeného rozhodnutí. Druhá z obou dovozených vad se sice projevuje ve zrušení toliko výrokových částí I.A. a I.C. napadeného rozhodnutí, první z obou dovozených vad však vede ke zrušení všech tří výrokových částí napadeného rozhodnutí (I.A., I.B. i I.C.). Proto zdejší soud (celé) napadené rozhodnutí bez jednání podle § 76 odst. 1 písm. b) a c) s.ř.s. zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení (§ 78 odst. 4 s.ř.s.).

Veškeré hmotněprávní závěry, k nimž žalovaný v dalším řízení může dospět, mohou být podle zdejšího soudu ovlivněny v dalším řízení nutnou výchozí úvahou žalovaného ohledně dostatečného skutkového podkladu k setrvání žalovaného na vymezení relevantního trhu či ke změně názoru na tuto otázku. K úvahám ohledně vymezení relevantního trhu bude tedy muset žalovaný přistoupit nově – bez zahrnutí posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i., přitom na úvahy ohledně vymezení relevantního trhu mohou teprve navázat úvahy ohledně postavení žalobce na něm (tj. zda je vůbec soutěžitelem v dominantním postavení) a teprve na ně pak úvahy ohledně případného zneužití takového postavení. V takovém případném hodnocení zneužití dominantního postavení se pak nutně projeví i druhý důvod ke zrušení napadeného

rozhodnutí, tj. nedostatek skutkového podkladu ke konstatování uplatňování podnákladových cen; výsledkem (i v případě, že žalovaný bude nadále pokládat postup žalobce za zneužití dominantního postavení) dalšího řízení před žalovaným tak může být zcela odlišná konstrukce, než jaká se promítla do nyní napadeného rozhodnutí žalovaného. Další postup žalovaného tak může spočívat v doplnění dokazování ohledně uplatňování podnákladových cen (to by se pak mělo nutně projevit ve výroku případného rozhodnutí deklarujícího zneužití dominantního postavení) anebo v upuštění od koncepce využívající argumentaci ohledně podnákladových cen (což se může projevit jak na budoucím procesním postupu žalovaného, tak na jeho samotném výsledku). Pak tedy i nové rozhodnutí žalovaného ve věci samé – ať už bude postaveno na konceptu podnákladových cen či nikoli – bude jistě vykazovat zcela jiné rysy než rozhodnutí nyní napadené, proti němuž žalobce snesl řadu argumentů o jeho nezákonnosti i nepřezkoumatelnosti.

Nejvyšší správní soud však v rozsudku ze dne 25.2.2016, č.j. 7 As 91/2015-79, zdejšímu soudu uložil, aby vypořádal i veškeré ostatní žalobcovy námitky (jejich vypořádání by podle Nejvyššího správního soudu nepředstavovalo „v převažující míře“ úvahy pouze akademické). Ty zčásti souvisejí s otázkou vymezení relevantního trhu a nedostatku skutkového podkladu ke konstatování uplatňování podnákladových cen, resp. jejich posouzení je nutně odvislé od shora dovozených klíčových vad v postupu žalovaného. Zčásti jde o námitky oddělitelné. Za oddělitelné a samostatně vypořádatelné námitky zdejší soud pokládá ty, které míří na procesní postup žalovaného (včetně námitek nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí). Naopak z důvodů, pro které je napadené rozhodnutí nyní rušeno, je třeba dovést rovněž obecnou důvodnost žaloby v otázkách hmotněprávního posouzení jednání žalobce, neboť to za shora shrnutého stavu nemůže obstát.

Pokud jde o určitost výroku (výroků) napadeného rozhodnutí, pak úkolem žalovaného není popsat, jaké jednání by ještě bylo přijatelné, nicméně musí popsat, jaké rozhodnutí je nepřijatelné, a tedy nezákonné, a to, jakým způsobem k tomu dospěl, musí popsat v odůvodnění. Skutková věta musí zahrnovat všechny znaky příslušné skutkové podstaty. V usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008, sp. zn. 2 As 34/2006 (publikovaném ve Sb. NSS pod č. 5/2008), je konstatováno, že výrok rozhodnutí o jiném správním deliktu musí obsahovat popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným. Rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v uvedeném usnesení dospěl k závěru, že neuvede-li správní orgán takové náležitosti do výroku svého rozhodnutí, podstatně poruší ustanovení o řízení (§ 76 odst. 1 písm. c/ s. ř. s). Zjistí-li soud k námitce účastníka řízení existenci této vady, správní rozhodnutí z tohoto důvodu zruší. Rozšířený senát Nejvyššího správního soudu ve shora citovaném rozhodnutí zdůraznil, že vymezení předmětu řízení ve výroku rozhodnutí o správním deliktu musí vždy spočívat ve specifikaci deliktu tak, aby sankcionované jednání nebylo zaměnitelné s jednáním jiným; v rozhodnutí trestního charakteru, kterým jsou i rozhodnutí o jiných správních deliktech, je nezbytné postavit najisto, za jaké konkrétní jednání je subjekt

postižen – to lze zaručit jen konkretizací údajů obsahující popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným. Taková míra podrobnosti je jistě nezbytná pro celé sankční řízení, a to zejména pro vyloučení překážky litispendence, dvojího postihu pro týž skutek, pro vyloučení překážky věci rozhodnuté, pro určení rozsahu dokazování a pro zajištění řádného práva na obhajobu.

Pokud jde o místo spáchání deliktu, to by v nyní posuzované věci bylo spíše matoucí a vždy zpochybnitelné, neboť spolehlivě vymezit místo spáchání deliktu typu zneužití dominantního postavení prakticky nelze; jistě nejde o znak, který by mohl rozumně přispět ke spolehlivé identifikaci skutku. Pokud jde o čas spáchání deliktu, ten ve všech případech vymezen je. Pokud jde o způsob spáchání deliktu podle výrokových částí I.A. a I.C. napadeného rozhodnutí (tedy o samotný jeho věcný popis), pak žalovaný deklaroval, že žalobce porušil ZOHS i Smlouvu ES (a sice jejich konkrétní ustanovení) konkrétním jednáním, které spočívalo v tom, že žalobce uplatňoval bez objektivně ospravedlnitelných důvodů rozdílné ceny vůči svým odběratelům, a to za služby železniční nákladní dopravy, a že uplatňoval bez objektivně ospravedlnitelných důvodů v cenách služeb železniční nákladní dopravy marže v rozdílné výši. Z toho tedy popis deliktu plyne jednoznačně: kombinace uplatňování rozdílných cen, neexistence objektivně ospravedlnitelných důvodů a kombinace uplatňování rozdílných marží a nedostatku objektivně ospravedlnitelných důvodů. V případě deliktu podle výrokové části I.B. šlo podle žalovaného o jednání adresné, cílené výlučně na dva soutěžitele (SPEDIT-TRANS, a.s. a ŠPED-TRANS Levice, a.s.); podle žalovaného se tedy nejednalo o praktiku obecnou, uskutečňovanou žalobcem coby neadresný obecný obchodní princip, a tedy identifikace subjektů, proti nimž bylo jednání speciálně namířeno, má ve výroku opodstatnění. Naproti tomu v případě výrokových částí I.A. a I.C. šlo podle žalovaného o praktiku obecnou, jež měla být žalobcem uskutečňována coby neadresný obecný obchodní princip. V takovém případě i s vědomím nezbytnosti jasné identifikace skutku by se nemohlo jevit jako reálné a pro řádnou identifikaci ani nezbytné, aby žalovaný do výroku uváděl kompletní výčet všech subjektů, kteří měli být zvýhodněni či znevýhodněni. Identifikace těch konkrétních zákazníků žalobce, kteří měli být zvýhodněni, a identifikace těch konkrétních zákazníků, kteří byli oproti jiným znevýhodněni, tedy za tohoto stavu ve výroku uvedena být nemusela. Jejich neuvedení do výrokových částí I.A. a I.C. napadeného rozhodnutí nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí nevyvolává.

Pokud jde o soulad výroku a odůvodnění, pak navazující samostatnou otázkou je, zda výrok deklarující praktiku obecnou, jež měla být žalobcem uskutečňována coby neadresný obecný obchodní princip, odpovídá odůvodnění; to souvisí s hmotněprávním posouzením žalobcova jednání a jak plyne již ze shora uvedeného, odůvodnění založené na aplikaci podnákladových cen diskriminaci podle výrokových částí I.A. a I.C. napadeného rozhodnutí neodpovídá. (Neodůvodněná) akcentace podnákladových cen, na nichž je odůvodnění napadeného rozhodnutí ve vztahu k částem I.A. a I.C. založeno, zatímco popis skutku ve výrokových částech I.A. a I.C.

napadeného rozhodnutí je coby znak deliktu neuvádí, nutně v této otázce vyvolává důvodnost žaloby.

Pokud jde o zavinění (tedy vyhodnocení subjektivní stránky deliktu), to je sice podmínkou trestnosti jednání, avšak jednání spočívající ve zneužití dominantního postavení je trestné bez ohledu na formu zavinění. Zavinění však znakem skutkové podstaty není a (podle právní úpravy na věc použitelné) má místo v úvahách žalovaného ohledně výše ukládané sankce za spáchání správního deliktu. Odkazuje-li žalobce na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15.1.2008, č.j. 2 As 34/2006-73, a dovozuje-li u něj, že neuvedené formy zavinění ve výroku rozhodnutí je nedostatečné, pak z uvedeného usnesení nic v tomto směru neplyne. Rozšířený senát tu totiž dospěl k závěru, že výrok rozhodnutí o jiném správním deliktu musí obsahovat popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným, a neuvede-li správní orgán takové náležitosti do výroku svého rozhodnutí, podstatně poruší ustanovení o řízení. Neuvedení formy zavinění do výroku napadeného rozhodnutí nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí nevyvolává. Zpochybňoval-li žalobce, že nebylo prokázáno, že by porušil ZOHS úmyslně, pak za podstatnou považuje zdejší soud úvahu, podle níž protisoutěžní úmysl žalobce je odvoditelný z interní dokumentace žalobce i z jeho vyjádření, neboť tím je prokazována cílená snaha získat pro sebe přepravu zboží, ohledně něhož docházelo ke konkurenčnímu střetu s ostatními železničními nákladními dopravci. Jestliže podle žalovaného si žalobce musel být vědom, že disponuje takovou tržní silou, která z něj činí dominanta, a že realizoval praktiky, jež mohl realizovat právě z titulu svého dominantního postavení, přičemž byl přinejmenším srozuměn s tím, že svým jednáním v souvislosti se svojí tržní silou působí újmu jak konkurentům, tak zákazníkům, pak (pro případ, že je žalobce skutečně soutěžitelem v dominantním postavení) by se jednalo o závěr správný – a o něj se opírá znak zavinění ve formě alespoň nepřímého úmyslu. Přestože doktrína konstantně traktuje, že k subjektivním předpokladům odpovědnosti právnických osob za správní delikty se zásadně neřadí zavinění, nic to nemění na konstrukci § 22 odst. 2 ZOHS (ve znění před novelou provedenou zákonem č. 155/2009 Sb.), jež je z právě uvedené zásady výjimkou, neboť ten odpovědnost na zavinění váže. Přestože je tedy v teorii správního práva (srov. např. *Hendrych, D. a kol.: Správní právo. Obecná část*, 6. vydání, Praha, C.H.Beck, 2006, str. 448) konstrukce odpovědnosti bez zavinění odůvodňována teoretickými i praktickými důvody, neboť zavinění je obecně chápáno jako vnitřní, psychický vztah delikventa k protiprávnímu jednání a jeho následku, nadto zjišťování a dokazování zavinění v situaci, kdy porušení povinnosti právnickou osobou je často výsledkem činnosti řady jednotlivců, ZOHS klade na správní orgán přísnější nároky a prokázání zavinění požaduje. Není-li však předepsána potřebná forma zavinění, je třeba považovat za dostačující zavinění nedbalostní (i nedbalost nevědomou). Už způsob, jakým je jednání žalobce zdůvodňováno, ukazuje, že žalobce jednal přinejmenším ve formě nepřímého úmyslu, aniž by musel žalovaný zavinění podrobněji dovozovat z chování jednotlivých fyzických osob jednajících „u žalobce“ nebo „za žalobce“.

Pokud jde o námitky porušení procesních pravidel v řízení před žalovaným, žalobce namítal vychýlení se z předmětu řízení a porušení zásady dvojinstančnosti, a tím k porušení práva žalobce na jeho řádnou obhajobu v průběhu celého správního řízení, pak plyne-li z oznámení o zahájení správního řízení ze dne 31.7.2006, že žalobce je podezřelý z toho, že uplatňoval rozdílné podmínky ve smluvních vztazích týkající se poskytování služeb železniční nákladní dopravy a přepravy odběratelům těchto služeb, a to bez objektivně ospravedlnitelných důvodů, a jestliže shora bylo dovozeno, že podle napadeného rozhodnutí žalobce zneužil své dominantní postavení – porušil zákaz uvedený v § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS a v článku 82 písm. c) Smlouvy ES, avšak podstatným prvkem tohoto závěru byl závěr o podnákladových cenách, pak se napadené rozhodnutí z původně vymezeného předmětu správního řízení vychýlilo; o tom, že je jednání žalobce zkoumáno též z pohledu podnákladových cen (napadené rozhodnutí výslovně hovoří o „uplatňování podnákladových cen s cílem vyloučit konkurenci“), žalobce z vymezení předmětu řízení ani z následných úkonů žalovaného skutečně vědět nemusel. K tomuto závěru zdejší soud dospívá s přihlédnutím k tomu, že původně vymezený předmět správního řízení nebyl do doby vydání napadeného (druhostupňového) rozhodnutí změněn, a to ani formálně, ani materiálně (kupř. obsahem dne 2.8.2007 sdělených výhrad, z nichž také neplyne, že by byl žalobce podezřelý z uplatňování podnákladových cen). V této otázce tedy soud přisvědčuje žalobci.

Naopak se žalobcem zdejší soud nesouhlasí v tom, že by mu před prvním rozhodnutím žalovaného ve věci (před vydáním prvostupňového řízení) nebylo zřejmé, že diskriminace uplatňováním rozdílných podmínek je realizována uplatňováním tzv. levelových cen. Ty lze ve vztahu k posuzované věci zjednodušeně vysvětlit coby uplatňování odlišného požadavku na výši plnění pro dosažení téže cenové výhody a uplatňování odlišné cenové výhody při téže výši plnění; podstatou je tedy bezdůvodný rozdílný přístup k jiným účastníkům trhu, což je zároveň podstatou diskriminace. Ve sdělení výhrad ze dne 2.8.2007 (po zahájení správního řízení, v jeho průběhu), z nichž dokonce vyplývá i to, co bude nakonec žalobci v (prvostupňovém) rozhodnutí teprve v budoucnu vydaném vytýkáno, žalovaný žalobci mimo jiné sděluje, že realizace tzv. levelových cen představuje podle názoru žalovaného uplatňování rozdílných cenových podmínek za služby železniční nákladní dopravy, které mají srovnatelné nákladové parametry. Z tohoto tedy vyplývá, že realizace tzv. levelových cen byla již v průběhu správního řízení v prvním stupni považována za praktiku diskriminační, což z původně vymezeného předmětu řízení nevybočuje, a že žalobce o podezření žalovaného z uskutečňování této praktiky coby praktiky diskriminační věděl. Pak žalobci zdejší soud nedává zapravdu ani v tom, že by žalovaný pochybil, pokud uplatňování tzv. levelových cen v napadeném rozhodnutí podřadil pod („obecnou“) diskriminaci.

Zapravdu nelze dát žalobci ani v tom, že by zásada dvojinstančnosti měla být porušena tím, že žalovaný naplnění znaků zneužití dominantního postavení podle § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS ve vztahu ke skupině žalobcových zákazníků – speditérů konstruuje údajně nově až v napadeném rozhodnutí. Poukaz žalovaného na to, že na navazujícím trhu mohli být znevýhodněni vzájemně si konkurující speditéři, má

dokládat závěr žalovaného, podle kterého byl v řízení prokázán závěr ohledně znevýhodnění v hospodářské soutěži. Mohlo se v napadeném rozhodnutí jednat o formu reakce na zpochybnění souladu výroku prvostupňového rozhodnutí s jeho odůvodněním; soulad neměl být dán z toho důvodu, že podle výroku prvostupňového rozhodnutí mělo docházet ke zneužití dominantního postavení ve vztahu k zákazníkům žalobce (tj. obecně), aniž by to bylo odůvodňováno. Pak tedy konkrétní poukaz na újmu speditérům není porušením zásady dvojinstančnosti (a není ani vybočením z předmětu řízení).

Má-li být zásada dvojinstančnosti řízení podle žalobce porušena až v napadeném rozhodnutí nově popsaným souběhem deliktů podle vnitrostátní a komunitární úpravy, neboť až v napadeném rozhodnutí žalovaný formálně strukturoval souběh deliktů podle vnitrostátní a komunitární úpravy, aniž by se obdobná struktura projevila už v předchozím prvostupňovém rozhodnutí, ani takový postup nelze žalovanému vytýkat a dovozovat z něj zkrácení žalobce na jeho právech, které by se mělo projevit zrušením rozhodnutí. Tato změna byla podle žalovaného vyvolána právním názorem vysloveným v rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 2 Afs 93/2008-945 ze dne 10.4.2009. Z postupu žalovaného je patrna snaha na tam judikovaný právní názor reagovat způsobem, který žalovaný popisuje zejména v bodu 341. napadeného rozhodnutí. Jestliže podle tohoto právního názoru, jenž dodnes není překonán, v souvislosti se změnou jurisdikce vyvolanou přistoupením České republiky k Evropské unii došlo k ukončení protisoutěžního jednání, jež bylo do té doby realizováno na vnitrostátním území, a které podléhalo výlučně vnitrostátní jurisdikci a mohlo být postihováno výlučně podle vnitrostátní úpravy, a jestliže žalovaný tento názor promítl do formálního vymezení skutku i deliktu tak, že uplatňování rozdílných cen a marží, které se odehrálo před přistoupením České republiky k Evropské unii, je samostatným skutkem *de iure* a samostatným pokračujícím deliktem počínající 1.1.2004 a končící 30.4.2004, což žalovaný v napadeném rozhodnutí promítl do výroku I.C, a jednání žalobce spočívající skutkově v témže, tedy v uplatňování rozdílných cen a marží, k němuž došlo po přistoupení České republiky k Evropské unii, je dalším samostatným skutkem *de iure* a dvěma pokračujícími delikty (jak porušením ZOHS, tak porušením Smlouvy ES) počínající 1.5.2004 a končící 30.11.2004, což pak žalovaný v napadeném rozhodnutí promítl do jeho výroku I.A, pak jde o postup, který za současného stavu tuzemské rozhodovací praxe lze považovat za postup možný. Konstrukce výrokových částí I.A a I.C je přezkoumatelná a závěry, k nimž žalovaný dospěl, jsou z nich patrné. Nahradit skutek, který byl ve správním řízení původně posuzován, skutkem jiným, a to až v řízení o rozkladu, by žalovaný nemohl, nicméně v daném případě zdejší soud neshledává, že by k takovému „nahrazení“ došlo. Pokud zdejší soud vychází z dikce jednotlivých výrokových částí a jejich odůvodnění v prvostupňovém rozhodnutí a poté v napadeném rozhodnutí, pak je zřejmé, že se jedná o odlišné vyjádření věcně téhož. Jedinou věcnou odlišností ve vztahu k těmto deliktům je zkrácení délky trvání deliktu. Přestože skutky i delikty jsou podány odlišně, podstata posuzovaného jednání zůstala nezměněna, beze změny je i hodnocení; žalovaný se snažil právně „lépe“ popsat to, co již plynulo z rozhodnutí prvostupňového, aby se věcně totéž dostalo do souladu s aktuální rozhodovací praxí

soudu. Uměle konstruovat pochybení při takovém postupu tu není namístě. Jestliže sám žalovaný zdůraznil, že toto dělení téhož jednání spočívajícího v uplatňování rozdílných cen a marží na skutky odehrávající se před přistoupením České republiky k Evropské unii a po tomto přistoupení je krokem čistě formálním a ve své podstatě umělým, který nemůže změnit ničeho na materiální povaze tohoto jednání (protisoutěžní charakter jednání, jeho účinky a následky), jasně tím deklaroval, že na faktickém posouzení žalobcova jednání a na důsledcích z toho plynoucích, a to především ve vztahu k uplatnění sankce, to ničeho nemění. Popis skutku ani jeho kvalifikace nezměnila žalobcovu situaci k horšímu, nejde o změnu, která by žalobce na jeho subjektivních právech mohla jakkoli zkrátit. Ani žalobce ostatně neuvádí žádnou konkrétní skutečnost, z níž by změnu k horšímu bylo možno dovozovat. Možnost reálné obhajoby žalobce nebyla uvedeným postupem žalovaného nikterak oslabena.

Žalovaný tedy v napadeném rozhodnutí jasně zdůvodňuje, z jakého důvodu takto jednání žalobce strukturuje, konkrétně poukázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu a především dovodil, že formální strukturování jednání žalobce na delikt komunitární a delikt vnitrostátní na podstatě věci ani na závažnosti žalobcova jednání nic nemění. Podstatné tedy je, že toto formální rozdělení je důsledkem snahy žalovaného vycházet z prejudikatury Nejvyššího správního soudu vztahující se ke kumulaci projednávání deliktů podle ZOHS a Smlouvy ES spáchaných věcně týmž jednáním; sám žalovaný zdůrazňuje, že jde pouze o změnu formální, která se na věcném hodnocení nikterak neprojevuje, a pro zdejší soud je navíc podstatné, že ani v případě, že by takto byl konstruován popis skutku již v prvostupňovém rozhodnutí, žalobce by svoji argumentaci po věcné stránce nikterak neměnil – jeho argumentace by zůstala totožná. Jestliže tedy žalobce tvrdí, že v napadeném rozhodnutí žalovaný nově strukturoval souběh vnitrostátního a komunitárního deliktu, zdejší soud s ním souhlasí, avšak nedává mu zapravdu v tom, že by se jednalo o změnu materiální; porovná-li zdejší soud v otázce kombinace právních vět ohledně porušení ZOHS a Smlouvy ES výrokové části obou rozhodnutí žalovaného, pak je toho názoru, že se v napadeném rozhodnutí jedná o formálně jiné dělení jednání žalobce na skutky před vstupem České republiky do Evropské unie a po něm, jehož podstatou není nové (jiné) právní posouzení. Jestliže je pak žalobcem napadána samotná paralelní aplikace ZOHS a Smlouvy ES a nemožnost postihovat žalobce za porušení čl. 82 Smlouvy ES před 2.6.2014, pak z usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24.6.2014, č.j. 7 Afs 57/2011-1240, plyne, že obojí lze a že východiska, o která se napadené rozhodnutí v této otázce opírá, obstojí. Navazující otázka absorpce pak souvisí až s ukládáním pokuty.

Pokud dále žalobce namítá, že nebyl vyrozuměn o provádění důkazů mimo ústní jednání a že ve spisu chybí protokol o tomto dokazování, zdejší soud to pokládá za vadu, nikoli však takové intenzity, aby mohla být důvodem ke zrušení napadeného rozhodnutí. Žalovaný skutečně do správního spisu nezařadil žádný záznam o provedení důkazu konkrétními listinami (a přiznává to), pouze se k jednotlivým listinám vyjadřuje v prvostupňovém a posléze v napadeném rozhodnutí. Zdejší soud to pokládá za porušení § 53 odst. 6 správního řádu, stejně jako by bylo porušením § 18

správního řádu nepořídít protokol o jiném dokazování (než listinnou) mimo ústní jednání. Jestliže rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení č.j. 7 As 57/2010-82 ze dne 3.4.2012 dovedl, že při provádění důkazu (tam promítnutí záznamu) mimo ústní jednání musí být vyhotoven protokol dle § 18 správního řádu, že význam takového protokolu o provedení důkazu je pro účastníky řízení o správním deliktu zcela zásadní a představuje formální garanci dokazování, pak totéž se jistě uplatní ve vztahu k záznamu o provedení důkazu listinou mimo ústní jednání, jak jeho vyhotovení navíc výslovně ukládá § 53 odst. 6 správního řádu. Procesní důsledky pochybení žalovaného však mohou být různé – to ostatně rozšířený senát v uvedeném usnesení sám zdůraznil (s tím, že mu je v tamní věci nepřisluší posuzovat). Pokud jde o procesní důsledky pochybení žalovaného v nyní posuzované věci, zdejší soud zohledňuje skutečnost, že i v případě, že by žalovaný o provádění důkazů listinami pořídil záznam (tedy pokud by správní řád neporušil), pak by se důkazní situace oproti stavu bez pořízení takového formálního záznamu nijak nezměnila, což znamená, že by žalovaný vycházel právě z těchž důkazů, z nichž vycházel, podklad rozhodnutí by byl materiálně týž a v napadeném rozhodnutí by bylo obsaženo totéž odůvodnění. Jestliže jednotlivé listiny jsou založeny ve správním spisu a jestliže na ně odkazuje jak prvostupňové, tak nyní napadené rozhodnutí, je nepochybné, že tvoří podklad rozhodnutí, žalovaný jimi důkaz prováděl a žalobce (vyjma korespondence ohledně shora zmiňovaného posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. – to je však samostatnou vadou, jež ke zrušení napadeného rozhodnutí vede) se měl možnost s nimi seznámit. Přestože tedy žalovaný při dokazování listinami nepostupoval podle § 53 odst. 6 správního řádu, nejde o vadu, jež by mohla vyvolat nezákonnost napadeného rozhodnutí, pro kterou by zdejší soud měl napadené rozhodnutí žalovaného rušit.

Samostatně žalobce brojí proti tomu, že žalovaný porušil § 21 odst. 9 ZOHS, když nenarřídil ústní jednání, ačkoli byly pro jeho nařízení splněny podmínky. Podle tohoto ustanovení (ZOHS ve znění účinném před novelou provedenou zákonem č. 155/2009 Sb.) na návrh účastníka řízení, jeví-li se to z povahy věci potřebné, úřad nařídí ústní jednání. Žalobce navrhoval uskutečnění ústního jednání třikrát v průběhu řízení o rozkladu – v rámci svých podání ze dne 9.10.2008, 19.11.2008 a 18.2.2009. V napadeném rozhodnutí, aniž by ústní jednání bylo nařízeno, žalovaný dospěl k závěru, že zjištěný skutkový stav považuje za prostý jakýchkoli důvodných pochybností a proto provádění dalšího dokazování považuje za nadbytečné (bod 436. napadeného rozhodnutí). Jestliže podle § 21 odst. 9 zákona o ochraně hospodářské soutěže ve znění před novelou č. 155/2009 Sb. nařídí žalovaný ústní jednání na návrh účastníka tehdy, jeví-li se to z povahy věci potřebné, pak je-li podán návrh na nařízení ústního jednání, má Úřad povinnost jej nařídít tehdy, pokud by se tím podle stavu podkladu rozhodnutí v době podání takového návrhu přispělo k objasnění skutkového stavu věci. Zdejší soud je tedy toho názoru, že „potřeba“ nařídít ústní jednání je dána tehdy, pokud by se tím přispělo k objasnění skutkového stavu, a tato „potřeba“ musí být nutně zvažována ve vztahu k podkladu rozhodnutí (fakticky k aktuálnímu obsahu správního spisu), jaký je v době, kdy byl účastníkem návrh na nařízení ústního jednání podán, a dále ve vztahu k argumentaci účastníka obsažené v návrhu na nařízení

ústního jednání, kterou takový návrh odůvodňuje. Jestliže byl návrh na uskutečnění ústního jednání podle obsahu jednotlivých žalobcových návrhů dáván do souvislosti s otázkou zpracování znaleckého posudku Centrem dopravního výzkumu, v.v.i., pak nenařízení ústního jednání mohlo být pokusem žalovaného o dokonalé zamlžení nesprávného procesního postupu v souvislosti s pořizováním tohoto posudku, na který zdejší soud odkazuje shora. Odlišně od žalovaného má zdejší soud za to, že právě ústní jednání za účelem odstranění pochybností, které žalobce a koneckonců i zdejší soud ohledně průběhu pořizování tohoto posudku má, by mohlo mít své opodstatnění. Jestliže existovaly pochybnosti, jakým způsobem žalovaný postupoval, jestliže bylo v souvislosti s pořizováním tohoto posudku dokonce manipulováno se spisem, pak ústní „vyjasnění si postupu žalovaného“ by se jevilo jako transparentní; nenařízením ústního jednání žalovaný celou problematičností svého postupu v souvislosti s pořizováním tohoto posudku dokonal. Ať už by se ovšem k tomuto posudku, resp. k otázkám s ním spojeným, ústní jednání konalo či nikoli, vadu tohoto posudku coby podkladu rozhodnutí žalovaného (z důvodu vadného procesu jeho pořizování), jak byla již shora dovozena, by to nemohlo jakkoli odstranit či zmírnit. Nařízení ústního jednání k tomuto posudku, mělo-li by k němu dojít v budoucnosti v dalším průběhu řízení před žalovaným, by se za této situace na právech žalobce nikterak příznivěji nemohlo projevit. Tato skutečnost v kontextu dovození nepoužitelnosti uvedeného posudku coby podkladu rozhodnutí je tedy důvodem, pro který nenařízení ústního jednání nelze pokládat za vadu, která by odůvodňovala zrušení napadeného rozhodnutí.

Pokud měl být podle obsahu jednotlivých návrhů k nařízení ústního jednání předmětem tohoto jednání „nový důkaz“ (stanovisko ČVÚT), pak podle zdejšího soudu nebylo v rámci ústního jednání mezi žalobcem a žalovaným o čem „jednat“ – na žalovaném bylo, aby obsah tohoto návrhu vyhodnotil a řádně odůvodnil v rozhodnutí ve věci. Pokud mělo být předmětem ústního jednání projednání „otázek koncepčních pojících se s aplikací soutěžního práva v České republice“, pak nařizovat ústní jednání z tohoto důvodu podle názoru zdejšího soudu rovněž nebylo nezbytné, neboť názor na koncepční pojetí aplikace soutěžního práva v České republice nejlépe mohl žalobce přednést písemně (to také ve svých jednotlivých podáních ostatně činil), nadto problematika koncepčního pojetí aplikace soutěžního práva v České republice není otázkou skutkovou, nýbrž otázkou právního hodnocení – a měla se projevit v prvostupňovém rozhodnutí a následně v napadeném rozhodnutí. Diskuse „jak by soutěžní právo mělo být (správně) aplikováno“ v rámci ústního jednání v průběhu správního řízení, během něhož by žalobce mohl žalovaného fakticky ústně, přímo, a tedy zřejmě efektivněji „přesvědčit“ o správnosti svého pohledu na věc, nemají podle přesvědčení zdejšího soudu své místo. Je to právě rozhodnutí žalovaného ve věci, které se má těmto otázkám věnovat – a právě z toho rozhodnutí musí vyplynout, kterak žalovaný „soutěžní právo aplikuje“. Jestliže se pak navrhovaná ústní jednání měla zaměřovat na to, aby žalobce zpochybňoval některé dílčí závěry, k nimž žalovaný již dospěl (ať už ve sdělení výhrad či v prvostupňovém rozhodnutí), popřípadě aby sloužila k možnosti polemiky s návrhem rozkladové komise (jímž žalobce ve své žalobě opakovaně operuje), pak ani k těmto otázkám není v právě projednávané věci zapotřebí nařizovat ústní jednání, neboť i zde mohl žalobce své názory prezentovat ve

svých písemných podáních a bylo na žalovaném, aby se s nimi vypořádával nikoli v rámci „diskuse“ vedené v rámci ústního jednání se žalobcem, ale v rozhodnutí, jímž se správní řízení končí. Z uvedených důvodů tedy nenařízení ústního jednání nemůže být pokládáno za vadu řízení.

Samostatně je namítán nezákonný postup prvostupňového orgánu v souvislosti s navrženými opatřeními a dovozováno je porušení legitimního očekávání účastníka řízení. Podle § 11 odst. 4 a 5 (po novele ZOHS provedené zákonem č. 71/2007 Sb. šlo o odst. 3 a 4) v řízení vedeném pro zneužití dominantního postavení může žalovaný uložit, aby účastníci splnili opatření, která společně navrhli, jsou-li dostatečná pro ochranu hospodářské soutěže a odstraní-li se k jejich splnění závažný stav. Jestliže žalovaný neshledal taková opatření dostatečnými, důvody písemně sdělí soutěžitelům a pokračuje v řízení; jinak uloží splnění těchto opatření a řízení zastaví. Tato opatření mohou účastníci řízení písemně navrhnout žalovanému nejpozději do 15 dnů ode dne, kdy jim žalovaný doručil výhrady k jejich jednání; k pozdějšímu podání nebo změnám navržených opatření přihlédne žalovaný jen v případech hodných zvláštního zřetele. Mezi žalobcem a žalovaným není sporu o to, že výhrady k jednání byly žalobci doručeny dne 3.8.2007. Návrh opatření směřujících k odstranění závažného stavu byl žalovanému doručen dne 21.4.2008 společností ČD Cargo, a.s. Na něj reagoval žalovaný sdělením ze dne 14.5.2008. V něm mimo jiné uvedl, že „...ve vztahu k jednání ČD Cargo, a.s. přijatá opatření považuje za dostatečná k odstranění protisoutěžního stavu, jenž byl předmětem sdělení výhrad v rámci správního řízení sp.zn. S 220/06 vedeného se společností ČD...“, zároveň je v něm uvedeno, že „...úřad nepřistoupí k zahájení správního řízení se společností ČD Cargo, a.s. ve věci možného porušení § 11 odst. 1 ZOHS a článku 82 Smlouvy ES...“, a dále v závěru tohoto sdělení je uvedeno, že „...pro vyloučení jakýchkoli pochybností taktéž sdělujeme, že tento dopis se nijak nedotýká právních závěrů ve vztahu k jednání účastníka správního řízení sp.zn. S 220/06, tj. společnosti ČD, jakož i případných důsledků tohoto jednání ...“. Návrh ze dne 21.4.2008 zaslal žalovanému subjekt odlišný od účastníka správního řízení – společnost ČD Cargo, a.s. – a v prvoinstančním rozhodnutí žalovaný poukazuje na to, že žalobce žádná opatření nenavrhl, jelikož „...tak učinila společnost ČD Cargo, a. s. nezávisle na účastníku řízení bez jeho zmocnění...“ – a tedy za první důvod, pro který tato opatření nebyla přijata (a žalovaný nepostupoval tak, že by splnění těchto opatření uložil a řízení zastavil), žalovaný považuje skutečnost, že návrh nepodal subjekt k tomu oprávněný (tedy účastník řízení, jímž je žalobce). V této otázce s ohledem na specifika případu, která shodně zmiňují žalobce i žalovaný, se zdejší soud ztotožňuje s argumentací žalobce, že nebylo důvodu, aby žalovaný formálně trval na tom, aby tento návrh nutně učinil výlučně žalobce. V této otázce se zdejší soud plně ztotožňuje s argumentací žalobce obsaženou v bodu 205. žaloby - zejména v bodech (f), (j), (k) a (l), přitom za podstatné z argumentace žalobce považuje především to, že žalobce je držitelem všech akcií jeho dceřiné společnosti ČD Cargo, a.s., má nad ním výlučnou kontrolu, přitom koncepce „podniku“, která je vlastní jak komunitární, tak materiálně i české vnitrostátní soutěžněprávní úpravě, by tento postup právě s ohledem na specifika právě souzené věci, měla umožňovat. Podstatné pro posouzení tohoto žalobního bodu a pro

dovození důsledků však je to, že žalovaný v napadeném rozhodnutí již tento argument neakcentuje. Z tohoto důvodu zdejší soud v této dílčí otázce dovozuje, že tento návrh mohla uskutečnit společnost ČD Cargo, a.s., aniž by měl žalovaný legitimní možnost se tímto návrhem nezabývat z důvodu jeho podání neoprávněnou osobou.

Přesto však zdejší soud s další argumentací žalobce vztahující se k údajně nezákonnému postupu v souvislosti s navrženými opatřeními nesouhlasí. Sdělení žalovaného ze dne 14.5.2008 bylo sice podle přesvědčení zdejšího soudu zbytečně komplikováno závěry ve vztahu k možnému zahájení řízení se společností ČD Cargo, a.s., přesto z něj však jednoznačně vyplývá, že toto sdělení nelze považovat za akceptaci návrhu k odstranění závadného stavu ve smyslu § 11 odst. 4 ZOHS. I kdyby totiž zdejší soud pokládal vyjádření žalovaného ve sdělení ze dne 14.5.2008, podle něhož přijatá opatření považuje za dostatečná „ve vztahu k jednání ČD Cargo, a.s.“, za vyjádření nejednoznačné (neboť by se mu nemuselo jevit zcela srozumitelným, proč by měl žalovaný posuzovat toto opatření ve vztahu k jednání této společnosti, která takto nejednala, s níž správní řízení ani není vedeno a která není ani podezřelá z toho, že by své dominantní postavení zneužila), pak má zdejší soud za to, že z vyjádření žalovaného obsaženého v závěru uvedeného sdělení, podle něhož se nijak nedotýká právních závěrů ve vztahu k jednání žalobce coby účastníka správního řízení, jakož i případných právních důsledků tohoto jednání, nemohl žalobce nabýt legitimního očekávání, že s ním bude správní řízení zastaveno, resp. přesvědčení, že jsou navržená opatření žalovaným přijata. Za tohoto stavu přikládá zdejší soud význam konstatování žalovaného obsaženému v bodu 418. napadeného rozhodnutí, podle něhož výhrady k jednání byly žalobci doručeny dne 3.8.2007, nicméně návrh opatření směřující k odstranění závadného stavu byl žalovanému doručen až dne 21.4.2008, tedy více než osm měsíců od doručení výhrad (jak je shora uvedeno, nehledě k tomu, kdo návrh opatření učinil). Jestliže mohou být opatření podle § 11 odst. 5 (po shora uvedené novelizaci ZOHS jde o odst. 4) navržena žalovanému nejpozději do 15 dnů ode dne, kdy žalovaný doručil výhrady k jednání, pak je nepochybné, že tento návrh byl podán po uplynutí uvedené patnáctidenní lhůty, a tedy opožděně. V takovém případě přicházel v úvahu postup podle věty za středníkem uvedeného ustanovení, podle níž k pozdějšímu podání navržených opatření žalovaný přihlédne jen v případech hodných zvláštního zřetele. V této souvislosti je podstatné, že ani prvotní reakce žalobce na sdělení výhrad k jednání ze dne 17.8.2007 založená na straně 1750 správního spisu, ani navazující přípis žalobce ze dne 18.4.2008 založený na straně 3296 správního spisu, a konečně ani samotný návrh společnosti ČD Cargo, a.s. neindikuje žádné skutečnosti hodné zvláštního zřetele, jímž by buď žalobce nebo jím kontrolovaná společnost (ČD Cargo, a.s.) odůvodňovali přijetí pozdějšího návrhu těchto opatření. Uváží-li zdejší soud především samotný smysl uvedené patnáctidenní lhůty, který spatřuje v legitimní koncentraci případných návrhů v tomto směru ze strany účastníka správního řízení, a dále pak skutečnost, že žalovaným vytýkané jednání v tu dobu již uskutečňováno nebylo (skončilo v listopadu 2007), pak žádné takové důvody hodné zvláštního zřetele nebyly žalovanému seznatelné i bez jejich výslovného označení žalobcem, popřípadě jím kontrolovanou společností (ČD Cargo, a.s.), a tedy nelze přikládat žalovanému k tíži, že žádné další možné důvody hodné zvláštního zřetele

sám nevyhledával a dospěl k závěru, který argumentačně potvrdil v bodu 418. napadeného rozhodnutí, podle něhož žádné takové zvláštní důvody neshledal.

Za tohoto stavu není důvodu zabývat se další otázkou, kterou by měl žalovaný posoudit v případě, že by návrh opatření byl žalovanému doručen ve shora uvedené patnáctidenní lhůtě. Není tedy třeba se již ve vztahu k návrhu uvedených opatření zabývat tím, zda jsou dostatečná pro ochranu hospodářské soutěže a zda se jimi odstraňuje závadný stav. Pak tedy ani žalovaný nemusel písemně sdělovat žalobci materiální důvody nepřijetí navrhovaných opatření a zároveň žalobci nevznikl nárok na to, aby uložení těchto (opožděně) navržených opatření bylo ze strany žalovaného uloženo a aby správní řízení se žalobcem pro možné zneužití dominantního postavení bylo podle § 11 odst. 4 věty za středníkem ZOHS (po shora uvedené novely ZOHS jde o odst. 3 věty za středníkem) zastaveno. Tu žalobci tedy rovněž nelze dát zapravdu.

Další žalobní argumentace již souvisí s otázkou hmotněprávního posouzení žalobcova jednání. Podle žalobce měl žalovaný nesprávně vymezit produktový relevantní trh. Relevantní trh (§ 2 odst. 2 ZOHS) byl vymezen jako trh železniční nákladní dopravy substrátů přepravovaných ve velkých objemech na území České republiky. Plněním, k němuž se v právě posuzované věci hledá substitut, je „přeprava“. Žalobce tvrdí, že žalovaný pominul zohlednit při vymezení relevantního trhu kritérium přepravní vzdálenosti a druh konkrétního přepravovaného zboží, ač naprostá většina důkazního materiálu včetně odborných posudků zdůrazňovala nutnost tyto fakty zohlednit. Již shora bylo přitom dovozeno, že postup žalovaného při opatřování posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. byl nezákonný a že posudek Centra dopravního výzkumu, v.v.i. se stal součástí podkladu rozhodnutí ve vztahu k vymezení relevantního trhu, tedy ve vztahu k otázce, jejíž zodpovězení je určující pro veškeré navazující úvahy ohledně postavení žalobce na vymezeném relevantním trhu. Uvedený posudek byl podkladem skutkových zjištění žalovaného ohledně vymezení relevantního trhu (jak plyne především z bodů 165., 166. a 180. prvostupňového rozhodnutí), navíc skutková zjištění podávaná z tohoto posudku (v jeho posledním znění založeného na str. 2717 správního spisu) se stala základem polemiky žalobce a žalovaného právě ohledně významu přepravní vzdálenosti pro vymezení relevantního trhu; podle žalobce měl tento posudek přivést žalovaného k závěru, že železniční doprava nákladů v objemu nad 500 tun je dobře zastupitelná dopravou silniční při přepravě na vzdálenosti 100 až 150 km) i z pohledu jeho vztažení k „přepravě hromadných substrátů“ (vzájemně nehomogenních), tomu však žalovaný oponoval, což bylo podstatným argumentem, pro který žalovaný ani v řízení o rozkladu vymezení relevantního trhu nepřehodnotil. Už v rozsudku ze dne 28.8.2014, č.j. 7 Afs 57/2011-1251, přitom Nejvyšší správní soud zavázal zdejší soud v tom směru, že setrvá-li zdejší soud na svém závěru o nezákonném procesním postupu při opatřování posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. (což zdejší soud nyní už potřetí setrval), bude na správním orgánu (tedy na žalovaném), aby vyhodnotil, zda i při odhlédnutí od posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. lze na základě ostatních důkazů učinit jednoznačný závěr, že byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné

pochybnosti; toto hodnocení však podle Nejvyššího správního soudu nemůže provést zdejší soud namísto žalovaného.

Pak tedy pochybení při opatřování uvedeného posudku bez dalšího vyvolává nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v otázce vymezení relevantního trhu, přitom nepřezkoumatelné rozhodnutí přezkoumávat při nejlepší vůli nelze; ve vztahu k otázce vymezení produktového relevantního trhu tím spíše, že uvedený posudek se stal základem polemiky právě ohledně žalobcem zpochybňovaného významu přepravní vzdálenosti. Posudek Centra dopravního výzkumu, v.v.i. tedy coby podklad pro vymezení relevantního trhu použit nelze. Pokud jde o stanoviska Liberálního institutu a ÚSAP, tu se zdejší soud ztotožňuje se závěry žalovaného, jaké učinil v bodech 311. a 312. prvostupňového rozhodnutí a od bodu 215. napadeného rozhodnutí. Obě stanoviska jsou v zásadě subjektivními postoji k hodnocení situace, kterou má hodnotit především žalovaný a která může být zpochybněna žalobcem na základě konkrétních skutečností, a tedy oba uvedené posudky jsou s ohledem na jejich obsah z pohledu skutkových zjištění, jež musel nakonec hodnotit sám žalovaný, pro žalovaného nevyužitelné. Nic využitelného pro věc z nich podle zdejšího soudu nevyplývá z toho důvodu, že v nich není obsaženo nic skutkového (žádná relevantní ověřitelná skutečnost, jež by jasně vypovídala o podmínkách železniční dopravy ve sledované oblasti) a v zásadě je lze brát jako dva z mnoha možných názorů obsahujících hodnotící úsudek. Pokud jde o stanovisko ČVUT, to je také fakticky pokusem o hodnocení důkazů, které přísluší žalovanému, jež žalobce může zpochybnit konkrétními skutečnostmi; jde tedy opět o subjektivní názory na hodnocení věci ze strany ČVUT. Zbývají tedy pohledy zákazníků, které samy o sobě na produktové vymezení relevantního trhu odpověď neposkytují; jak vyplývá např. ze stran č. 76, 81, 89, 162, 1832, 1841 a 2073 správního spisu, zákazníci odebírající služby nákladní železniční dopravy nepovažovali železniční přepravu za zastupitelnou s jinými druhy přepravy, přitom kritérium délky přepravní vzdálenosti při svém závěru ohledně nezastupitelnosti nepovažovali za podstatnou (klíčovými kritérii při volbě konkrétního způsobu dopravy jsou vybavení míst odeslání a určení přizpůsobených pro konkrétní formu dopravy – a sice železniční, přitom podíl přepravy uskutečňované žalobcem na speciálních místech umožňujících využití železniční dopravy se pohybuje kolem 90% z celkového objemu jím přepravovaného zboží v letech 2001 až 2006). Zároveň však, jak vyplývá např. ze stran č. 58, 65, 72, 73, 80, 125 a 134 správního spisu, způsob dopravy je volen s ohledem na přepravované komodity, z nichž žádnou nelze jednoduše označit jen jako hromadný substrát (jsou velmi odlišné druhy komodit, jež lze pokládat za hromadný substrát), přitom i v případě komodity, kterou lze v pojetí žalovaného pokládat obecně za substrát, zákazníci nevyklučují zastupitelnost dopravy železniční a silniční s ohledem na (v jednotlivých případech se odlišující) množství přepravované komodity (např. str. 65, 1767, 1768 a 1779 správního spisu), a to i v závislosti na přepravní vzdálenosti (např. str. 65 správního spisu). Ani rozhodovací praxe zahraničních soutěžních úřadů přitom jako dostatečný návod pro produktové vymezení relevantního trhu posloužit nemůže; může jít pouze o hledisko velmi podpůrné, neboť skutková zjištění zahraničních soutěžních úřadů se mohou odlišovat

na základě zjištění zcela specifických okolností především ohledně zákaznických preferencí v místě a čase.

Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v otázce vymezení relevantního trhu se dále nutně (automaticky) promítá v nepřezkoumatelnosti závěru žalovaného ohledně postavení žalobce na relevantním trhu, tedy v závěru o tom, že žalobce je vůbec soutěžitelem v dominantním postavení. Žalovaný při určení tržního podílu vyšel z údaje o množství jím přepravených „hromadných substrátů“, které jsou podle žalobcova sdělení přepravovány většinou ucelenými vlaky. Jak vyplývá především z bodu 155. prvostupňového rozhodnutí, byl zohledněn objem takto žalobcem přepraveného zboží. Podíl žalobce na trhu pak žalovaný určil především na základě údajů o objemu předložených žalobcem a celkových objemů přepravy zboží, jež spadá do výrobkově vymezeného relevantního trhu, jinými železničními dopravci. Žalovaný především vyšel z vysokého tržního podílu (okolo 80% v období let 2001 až 2006) a nedovodil, že by dominantní postavení založené takto vysokým tržním podílem mohlo být vyvráceno dalšími okolnostmi. Jestliže však není najisto postaveno vymezení relevantního trhu (bude na žalovaném, aby vyhodnotil, zda i při odhlédnutí od posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. lze na základě ostatních důkazů učinit jednoznačný závěr, že byl ohledně vymezení relevantního trhu zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, což nemůže provést zdejší soud namísto žalovaného), nemůže obstát dovození dominance žalobce na vymezeném relevantním trhu.

Není-li najisto postaveno, že je žalobce soutěžitelem v dominantním postavení, pak přezkoumávat závěry žalovaného ohledně zneužití dominantního postavení, jak bylo zdejšímu soudu Nejvyšším správním soudem uloženo, lze stěží v celém rozsahu. Nejprve tedy je třeba najisto postavit, že neobstojí-li závěr žalovaného ohledně vymezení relevantního trhu, nemůže bez dalšího (automaticky) obstát ani jeho závěr ohledně postavení žalobce na takto vymezeném relevantním trhu, a tedy bez dalšího (automaticky) neobstojí ani závěr o tom, že žalobce své dominantní postavení zneužil.

Má-li být za tohoto stavu izolovaně vypořádána žalobní argumentace žalobce ve vztahu k první formě zneužití dominantního postavení, žalovaným deklarovaného, a sice v podobě uplatňování rozdílných cen a marží, pak je z pohledu přezkumu napadeného rozhodnutí třeba soustředit se na podstatu závěru žalovaného, konkrétně na to, že žalobci je vytýkáno uplatňování rozdílných podmínek při shodném nebo srovnatelném plnění vůči jednotlivým účastníkům trhu. Jestliže podstatným závěrem pro dovození uplatňování rozdílných cen a marží byl závěr o nabízení služeb (dopravy zboží) za podnákladové ceny (to je již postaveno najisto rozsudkem zdejšího soudu ze dne 1.4.2015, č.j. 62 Af 96/2014-1401, i rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 25.2.2016, č.j. 7 As 91/2015-79), a to bez toho, že by se takový závěr promítl ve výrokových částech I.A. a I.C. napadeného rozhodnutí, pak z toho nutně plynou dva závěry: zapravdu je třeba dát žalobci v tom, že nebylo prokázáno uplatňování podnákladových cen, a zapravdu je třeba dát žalobci též v tom, že výrok napadeného rozhodnutí (výrokové části I.A. a I.C.), z něhož plyne závěr o diskriminaci, neodpovídá odůvodnění, které je z podstatné části založeno na konceptu

podnákladových cen. Za tohoto stavu nezbyvá než souhlasit se žalobcem, že v tomto ohledu je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné.

S konceptem podnákladových cen se jednak pojí žalobní argumentace, podle níž podnákladové ceny nebyly prokázány (s tím zdejší soud souhlasí shora), kromě toho se s ním pojí i ta část argumentace, kde žalobce namítá samotnou nesprávnou aplikaci tohoto konceptu; nesouhlas žalobce s tím, že by měl být dominantní soutěžitel nucen v případě reakce na konkurenční cenovou nabídku celkově snižovat ceny a nesouhlas se závěry žalovaného ohledně omezování cenotvorby „přijatelným cenovým rozpětím“, s čímž souvisí i námitka nenaplnění znaků skutkové podstaty zneužití dominantního postavení, neboť se nejednalo o srovnatelné transakce (neboť pouze v části z nich žalobce reagoval na konkurenční cenovou nabídku a v části nikoli), je ve skutečnosti nesouhlasem žalobce s tím, jak žalovaný nahlíží na přísnější reglementaci cenotvorby dominantním soutěžitelem.

S výhradou shora uvedeného (že není najisto postaveno, zda je žalobce vůbec soutěžitelem v dominantním postavení, a také že již z obecnějšího důvodu neobstojí závěr žalovaného ohledně diskriminace) je třeba k této části žalobní argumentace uvést, že bude-li žalovaný nadále stavět pochybení žalobce, jež nyní deklaroval ve výrokových částech I.A. a I.C. napadeného rozhodnutí, do souvislosti s uplatňováním podnákladových cen, pak bude zapotřebí důkladně zvážit, zda se ještě jedná o delikt podle § 11 odst. 1 písm. c) ZOHS a čl. 82 písm. c) Smlouvy ES a nikoli delikt podle § 11 odst. 1 písm. e) ZOHS a generální klauzule čl. 82 Smlouvy ES. Pro další řízení (s ohledem na doplněný podklad rozhodnutí) tak bude otázkou, zda zneužitím dominantního postavení bude dlouhodobé nabízení a prodej zboží za nepřiměřeně nízké ceny, které má nebo může mít za následek narušení hospodářské soutěže. Znaky (prvky) takového deliktu by tedy bylo 1. nastavení ceny na nepřiměřeně nízkou úroveň, 2. dlouhodobost takové praxe a 3. alespoň způsobnost narušení hospodářské soutěže. Pochopitelně i nadále přichází v úvahu delikt spočívající v diskriminaci zahrnující též aplikaci podnákladových cen, žalobci však bude muset být srozumitelně intimováno, že je z uskutečňování takové praxe podezřelý, a k uskutečňování takové praxe budou muset být opatřeny důkazy.

S výhradou shora uvedeného (že není najisto postaveno, zda je žalobce vůbec soutěžitelem v dominantním postavení, a také že již z obecnějšího důvodu neobstojí závěr žalovaného ohledně diskriminace) je třeba dále uvést, že pokud žalovaný nadále bude pochybení žalobce spatřovat v cenotvorbě a dovozovat, že žalobce v reakci na chování konkurentů nastavil ceny „nepřiměřeně nízké“, pak bude muset zohlednit dvě pravidla, která jsou od doby rozhodnutí Soudního dvora ve věci C – 62/86 (rozsudek ze dne 3.7.1991 ve věci „AKZO Chemie“, 1991, ECR I-3359) traktována coby dvě „AKZO pravidla“. První z těchto pravidel zahrnuje analýzu toho, zda ceny aplikované dominantním soutěžitelem jsou nižší než průměrné variabilní náklady. Jednání s využitím takových cen je zneužitím dominantního postavení. Nejde však o pravidlo dogmatické, které by mělo znemožňovat absolutní nastavení ceny pod takovou úroveň; podle Soudního dvora musí být splněna podmínka dlouhodobosti. Toto pravidlo nelze

zjednodušovat ani do takové míry, že by jakákoli cena pod průměrnými variabilními náklady byla bez dalšího zneužitím. Podle „druhého AKZO pravidla“ ceny pod průměrnými celkovými náklady (což je součet fixních a variabilních nákladů), avšak nad průměrnými variabilními náklady, musí být pokládány za zneužívající v tom případě, pokud jsou součástí plánu eliminovat jiného soutěžitele. Podle názoru Soudního dvora, který ve věci „AKZO Chemie“ toto pravidlo nastavil, takové ceny mohou z trhu vytlačit podniky, které jsou třeba i stejně efektivní jako dominantní soutěžitel, avšak které z důvodu svých menších finančních rezerv nejsou způsobilé vytrvat v soutěži, která je proti nim takto agresivně vedena. Ze „druhého AKZO pravidla“ plyne, že samo stanovení ceny pod úrovní celkových nákladů nestačí, neboť k němu ještě musí přistupovat podmínka ve formě dostatečně jasného plánu eliminovat jiného soutěžitele. Právě uvedené však ještě není úplným doktrinárním východiskem. „AKZO test“ byl následně Soudním dvorem rozpracován ve věci „TetraPak II“ (věc C – 395/96 P a C 396/96 P, C – 333/94 P) ohledně prvního z obou pravidel a ve věci „Post Danmark“ (rozsudek ze dne 27.3.2012 ve věci C – 209/10), který sumarizoval obě „AKZO pravidla“ a (i ve vztahu ke druhému z obou pravidel) uvedl, že účinek vyloučení konkurenta z trhu nutně ještě neznamená narušení hospodářské soutěže, neboť hospodářská soutěž na základě výkonnosti může z povahy věci vést k tomu, že soutěžitelé, kteří jsou méně výkonní, a tedy pro spotřebitele logicky méně zajímaví zejména z hlediska ceny, výběru, kvality nebo inovací, zmizí z trhu nebo se dostanou na jeho okraj. Soudní dvůr v této věci upozornil na potřebu rozlišovat mezi „vyloučením z trhu“ na straně jedné a „protisoutěžním vyloučením z trhu“ na straně druhé. Dominantním soutěžitelům je zakázáno takové jednání, které má za následek vyloučení jeho konkurentů považovaných za stejně výkonné jako on sám, posilováním svého dominantního postavení uplatněním jiných prostředků než jsou ty, které spadají do hospodářské soutěže na základě výkonnosti. Souhlasně s dosavadní rozhodovací praxí byl Soudním dvorem zdůrazněn test stejně efektivního soutěžitele, resp. jeho potřeba pro posouzení jeho legality politiky nízkých cen uplatňované soutěžitelem v dominantním postavení.

Rozhodující jsou přitom podle zdejšího soudu nákladová kritéria a v oblasti posuzování podnákladových cen platí, že ceny nižší než průměrné variabilní náklady jsou zásadně zneužitím dominantního postavení, jelikož se předpokládá, že soutěžitel s dominantním postavením uplatňováním takových cen nesleduje žádný jiný hospodářský účel než vyloučení svých konkurentů. Ceny nižší než jsou celkové náklady je třeba považovat za zneužití dominantního postavení, jsou-li stanoveny v rámci plánu, jehož cílem je vyloučení konkurenta. Pokud podle Soudního dvora soutěžitel v dominantním postavení stanoví své ceny na úrovni, která pokrývá podstatnou část nákladů na uvedení plnění na trh, konkurent stejně výkonný jako tento soutěžitel bude mít v zásadě možnost těmto cenám konkurovat bez toho, aby se vystavoval dlouhodobě neudržitelným ztrátám. Pak je podstatný též ten závěr Soudního dvora, ve kterém je akcentována potřeba přezkoumat, zda příslušná cenová politika dominantního soutěžitele vedla ke skutečnému nebo pravděpodobnému vyloučení konkurenta na úkor hospodářské soutěže a na újmu spotřebitelů. Podle názoru zdejšího soudu i právě uvedené rozhodnutí Soudního dvora směřuje

k extenzivnímu chápání testu stejně efektivního soutěžitele, tedy nejde o pouhé srovnání cen a nákladů, nýbrž jde o posouzení celkové koncepce soutěžního chování soutěžitele v dominantním postavení. To, co zdejší soud dovozuje ve světle nejnovější rozhodovací praxe, jak sumarizoval shora, může korespondovat s popisem stavu v odborné literatuře. Ve specializované monografii *Cenové praktiky zneužití dominantního postavení z pohledu práva a ekonomie* (Šilhán, J., vydání první, Brno 2009) se uvádí, že zatímco v případě „AKZO Chemie“ lze pozorovat zavedení vcelku jasných a na první pohled srozumitelných pravidel, která se alespoň částečně blížila předvídatelnému aplikačně přívětivému *per se* přístupu, z něhož bylo dovozováno, že ceny pod úrovní průměrných variabilních nákladů budou jednoduše pokládány za zneužití dominantního postavení, další vývoj judikatury toto pravidlo zrelativizoval a dnes již nemá valného smyslu se na jejich platnost spoléhat, ani se na ně výrazně odvolávat. Pokud jde o trendy aplikační praxe, ty jsou popisovány tak, že se postupně upouští od používání testů průměrných variabilních nákladů, všechna cenová pásma jsou nyní otevřená pro hledání výjimek, predátorské jednání je nutno posuzovat vždy v souvislosti s dalšími prvky jednání dominanta, přitom bezpečným přístavem nezůstává ani pásmo nad průměrnými celkovými náklady. K závěru ohledně predátorských cen tedy výlučně na základě aplikace obou „AKZO pravidel“ nelze pevně a nezpochybnitelně dospět. Třeba ještě poznamenat, že i v případě „*Campagne Maritime*“ (věc Soudního dvora C – 395/96 P) bylo za predátorské jednání, a tedy zneužití dominantního postavení, považováno nastavení ceny nad úrovní průměrných celkových nákladů, tedy ve skutečnosti cena, která vůbec nebyla podnákladová – a bylo to odůvodňováno specifiky daného případu.

Pokud tedy bude žalovaný nadále pochybení žalobce spatřovat v diskriminaci založené na cenotvorbě a dovozovat, že žalobce nastavil ceny „nepřiměřeně nízko“ (tj. že žalobce nastavil ceny tak nepřiměřeně nízko, že jim nebylo možno konkurovat), pak je třeba se žalobcem souhlasit, že bude třeba doložit skutečnou podnákladovost a návazně na to materiální narušení hospodářské soutěže v podobě vylučovacího efektu. Podnákladovost z ničeho neplyne (k tomu shora) a vylučovací efekt rovněž nebyl prokázán; pouze obecně je tvrzeno, že jednání žalobce mohlo vyvolat bariéry vstupu na trh či rozšiřování na trhu. Jak je ovšem patrné ze shora uvedeného, veškeré případné úvahy ohledně podnákladovosti cen budou odvislé od shromážděného podkladu rozhodnutí a budou muset být podrobeny důkladné analýze se zohledněním shora uvedených závěrů.

Žalobce měl podle žalovaného uplatňovat bez objektivně ospravedlnitelných důvodů vůči svým odběratelům rozdílné ceny za služby železniční nákladní dopravy u přeprav se srovnatelnými kalkulačními parametry ovlivňujícími výši nákladů na tyto služby a bez objektivně ospravedlnitelných důvodů uplatňovat v cenách služeb železniční nákladní dopravy rozdílné výše marží, a tím měl zneužít dominantní postavení. Žalovaný tedy musel prokázat 1. že žalobce uplatňoval rozdílné cenové podmínky, 2. že je takto uplatňoval při shodném nebo srovnatelném plnění a 3. že takový postup vedl ke znevýhodnění a k újmě a že se projevil ve formě negativních dopadů na hospodářskou soutěž. Pokud jde o samotný koncept zneužití dominantního

postavení ve formě diskriminace, tu se zdejší soud ztotožňuje s pojetím žalovaného, že tato praktika je již zakázaná sama o sobě, aniž by bylo potřeba dovozovat další, dílčí a navazující zneužívací protisoutěžní praktiku, prostřednictvím které se dominantní soutěžitel snaží své diskriminační jednání vůči konkrétním účastníkům trhu ještě více zefektivnit. S výhradou shora uvedeného (že není najisto postaveno, zda je žalobce vůbec soutěžitelem v dominantním postavení, a také že již z obecnějšího důvodu neobstojí závěr žalovaného ohledně diskriminace, k obojímu shora), má-li zdejší soud vypořádávat jednotlivé body žalobní argumentace k nenaplnění znaků zneužití dominantního postavení, jimiž jsou „srovnatelnost transakcí“ a „znevýhodnění v hospodářské soutěži“, jak mu bylo Nejvyšším správním soudem uloženo, pak vychází z toho, že sníží-li žalobce ceny ve vztahu k některému ze zákazníků, nutně nemusí snížit ve vztahu ke všem ostatním zákazníkům; podstatné však je, aby ve srovnatelných obchodních případech nepostupoval ve vztahu k zákazníkům odlišně.

Žalovaný svůj závěr ohledně „srovnatelnosti transakcí“ („srovnatelnosti plnění“) vystavěl na rozdílech v cenách (pohybovaly se až ve výši kolem 50% (body 70. a 78. prvostupňového rozhodnutí) v situaci, kdy v případě přepravy „substrátů“ je podle žalovaného cena klíčovou položkou, která určuje úroveň tržního prostředí na žalovaném vymezeném relevantním trhu. Úvahy žalovaného, podle nichž se nejednalo o cenovou diskriminaci, jež by byla založena pouze na formálním zjištění odlišných podmínek uplatňovaných ve vztahu k jednotlivým obchodním partnerům žalobce, nýbrž o „skutečnou“ diskriminaci s protisoutěžním účinkem, považuje zdejší soud za opodstatněnou, neboť celkové chování žalobce nese i podle zdejšího soudu rysy jasně uplatňované strategie s cílem získat příležitosti k realizaci přeprav, především z řad významných zákazníků žalobce, kteří realizují velké objemy přeprav zboží, a to na úkor konkurenčních dopravců, což koresponduje s interními dokumenty žalobce i s tím, jak své chování žalovanému on sám vysvětloval (souhrnně podáno v bodu 226. prvostupňového rozhodnutí – to odpovídá správnímu spisu). „Srovnatelnost“ tedy podle zdejšího soudu byla ze strany žalovaného srozumitelně vysvětlena; namítá-li žalobce, že žalovaný neměl posuzovat pouze nákladovou složku ceny, nýbrž že měl zohledňovat i rozdílnou ochotu zákazníků za žalobcovo plnění platit, a že by pak dospěl k závěru, že se o srovnatelné plnění nejedná, zdejší soud s ním nesouhlasí. Žalovaným použitá nákladová metoda není podle zdejšího soudu excesem (někdy neúčinnějším způsobem k dovození závěru, že dva obchodní případy nejsou srovnatelné, je prokázání toho, že náklady dominanta na poskytnutí plnění nebyly shodné; *Faull&Nikpay: The EC Law of Competition, Oxford University Press Inc., 2007, str. 389*) a protiplnění poskytované žalobcem může být pokládáno za dostatečně homogenní natolik, aby mělo smyslu nákladovou metodu využít a na jejím základě dospět k závěru, že rozdílnost mohla být spatřována výlučně v typu zákazníka (u jedněch zákazníků bylo usilováno o získání dopravy namísto jiných poskytovatelů, u druhých nikoli). Zdejší soud ani nesouhlasí se žalobcem v tom, že by o nesrovnatelné plnění (jež by tedy nebylo zneužitím dominantního postavení) mělo jít tehdy, pokud by bylo poskytováno dvěma odlišným typům zákazníků; přestože žalobce čerpá z odborné literatury (pozn. 85 v bodu 148. žaloby), přisvědčit takto jednoduché konstrukci by podle zdejšího soudu mohlo znamenat popření základního

znaku diskriminace, tj. že dominant vůči jedněm odběratelům (tam, kde to z obchodních důvodů „potřebuje“) postupuje jinak než vůči ostatním. Pak by to mohlo obecněji znemožňovat potrestání dominanta, který by mezi svými obchodními partnery rozlišoval na základě posouzení jejich „důležitosti“ („významu“ pro dominanta) – to však je podle zdejšího soudu častou podstatou oprávněně dovozené diskriminace ze strany subjektu s významnou tržní silou.

Pokud žalovaný setrvá na konceptu, podle něhož žalobce diskriminoval ve snaze získat zákazníky (u jedněch zákazníků bylo usilováno o získání dopravy namísto jiných poskytovatelů, resp. z důvodu hrozby získání zákazníků jinými poskytovateli, u druhých nikoli), pak otázka naplnění znaku znevýhodnění v hospodářské soutěži, ale také závěr ohledně vylučovacího efektu a újm bude bezprostředně souviset s posouzením podnákladovosti cen (především tzv. AKZO pravidla, případně logicky zdůvodněná odchylka od nich založená specifiky nyní posuzované věci); dílčí argumentaci žalobce k těmto konkrétním otázkám, jež ve skutečnosti souvisejí s posouzením, zda se z pohledu žalobce (bude-li vůbec prokázáno, že je soutěžitelem v dominantním postavení, k tomu též shora) jednalo ještě o *fair* jednání, nyní ani v obecných rysech vypořádávat nelze.

Pokud jde o zneužití dominantního postavení v souvislosti s jednáním žalobce ve vztahu k SPEDIT-TRANS, a.s. a ŠPED-TRANS Levice, a.s., pak v napadeném rozhodnutí žalovaný jasně a srozumitelně popisuje závěr, že žalobcovo jednání vykazuje prvky diskriminace, nikoli odmítnutí dodávek, jak se snaží dovodit žalobce. Že žalovaný dospěl k závěru, že jde o diskriminaci, a tedy z tohoto důvodu neposuzoval toto jednání prizmatem doktríny a judikatury vztahující se k problému odmítnutí dodávek, žalovaný srozumitelně podává především v bodech 362. a násl. napadeného rozhodnutí, tuto argumentaci zdejší soud rovněž přijímá a nemá, čeho by k ní věcně doplnil, a tedy zdejší soud odmítá argumentaci žalobce právě vztahující se k nesprávné aplikaci konstantně traktovaného přístupu k odmítnutí dodávek. V právě citovaných bodech napadeného rozhodnutí žalovaný zřetelně odkazuje na judikaturu, která osvětluje řádný postup při aplikaci § 11 odst. 1 ZOHS (kombinace generální klauzule a jednotlivých skutkových podstat), a na tomto místě by ji zdejší soud nejvýše mohl zopakovat. Znamená to tedy, že žalovaný skutečně nemusel naplňovat koncept zneužití dominantního postavení ve formě odmítnutí dodávek.

I ve vztahu k tomuto jednání bude pro další řízení před žalovaným určující, zda bude dovozena žalobcova dominance na příslušném relevantním trhu. Pokud tomu tak bude, lze prokázání zneužití dominantního postavení vystavět na konstrukci zahrnující 1. velmi vysoký tržní podíl udržovaný po delší časové období a 2. nemožnost SPEDIT-TRANS, a.s. a ŠPED-TRANS Levice, a.s. plnohodnotně substituovat služby poskytované žalobcem. Konkrétní závěry v tomto směru by však nyní byly předčasné. Obecně však lze připomenout, že již v rozsudku ze dne 21.4.2011, č.j. 62 Ca 37/2009-680, zdejší soud pokládal pro posouzení za podstatný důvod, pro který žalobce svoji politiku vůči těmto dvěma společnostem uplatňoval; jestliže uvedené dvě společnosti vytvářely tlak tím, že se snažily žalobci efektivně konkurovat nabízením přepravy

zboží přes území Slovenska, čímž byla zkracována délka přepravy realizovaná žalobcem v rámci území České republiky, pak závěr, podle kterého žalobce omezoval konkurenční tlak ze strany železničních nákladních dopravců, když fakticky bránil realizovat dopravu za s tím spojených výhodnějších podmínek, podle zdejšího soudu obstojí.

Ohledně „srovnatelnosti transakcí“ („srovnatelnosti plnění“) se uplatní vše, co je k této otázce uvedeno shora; se žalobcem tedy zdejší soud nesouhlasí, neboť je toho názoru, že srovnatelnost plnění byla dána samotným charakterem plnění a nikoli typem zákazníka. Pokud by zdejší soud dal zapravdu žalobci, podle kterého se jednalo o plnění nesrovnatelné vzhledem k existenci konkurence, resp. potenciální konkurence (konkurenčního vztahu mezi žalobcem a uvedenými společnostmi), pak by to obecně znamenalo nemožnost postihovat dominanta, který vůči jedněm odběratelům (tam, kde to z obchodních důvodů „potřebuje“) postupuje jinak než vůči ostatním. Koncept žalovaného, který v napadeném rozhodnutí z pohledu hmotněprávního posouzení věci použil, vychází z toho, že přestože uvedené dvě společnosti byly v obdobném postavení vůči žalobci jako jiní jeho zákazníci, v souvislosti s důvody spočívajícími v konkurenčním tlaku uvedených společností k nim žalobce postupoval odlišně než k ostatním. Diskriminaci lze přitom jednoduše řečeno vykládat právě coby jiný přístup k jednomu než k druhému.

Jestliže žalobce opakovaně argumentuje existencí objektivně ospravedlnitelného důvodu pro svůj postup, který má souviset s tím, že tak postupoval vůči zákazníkům, kteří neplnili své smluvní závazky, s touto argumentací se žalovaný vypořádává v bodech 377. a násl. napadeného rozhodnutí – a podle zdejšího soudu v principu správně. Především je podle zdejšího soudu podstatné, že se nejednalo o běžný postup žalobce, který by obdobně realizoval v jiných případech. Žalobce ukončoval obchodní spolupráci s těmi svými zákazníky, kteří měli vůči žalobci závazek dlouhodobě po splatnosti. Nešlo tedy o případy prodlení krátkodobějších, jako tomu bylo v případě zmiňovaných dvou společností. Jestliže tedy v bodech 247. až 259. prvostupňového rozhodnutí žalovaný podrobně popisuje, proč dospěl k závěru, že samotné prodlení s platbami za železniční nákladní dopravu obou společností nebylo pravým důvodem pro uplatnění kroků ze strany žalobce, které vůči jiným zákazníkům ve srovnatelném postavení neuplatnil, pak tuto argumentaci zdejší soud bez jakékoli výhrady považuje za zcela přílehavou zjištěnému skutkovému stavu. Není pravdou, že by uvedené dvě společnosti měly ve smlouvách dojednány výhodnější podmínky splatnosti svých závazků oproti ostatním žalobcovým zákazníkům; podle názoru zdejšího soudu žalovaný správně dovozuje, že smluvní podmínky v této otázce ve vztahu k uvedeným dvěma společnostem byly z pohledu žalobce standardními. Správně též žalovaný poukazuje na to, že k vyhocení vztahu mezi žalobcem a uvedenými dvěma společnostmi, jež bylo provázeno navýšením salda závazků po splatnosti, došlo až po vypovězení smluv, tedy až poté, co žalobce vůči těmto dvěma společnostem zahájil jednání, jež je mu vytýkáno.

Nemůže být přitom důvodná argumentace, podle které je žalobce nucen podporovat konkurenci. O nepřijatelný požadavek na „podporu konkurence“ by se mohlo podle zdejšího soudu snad jednat nejvýše tehdy, pokud by k postupu žalobce existoval objektivně ospravedlnitelný důvod; ostatně právě o tvrzení, že podle žalobce existoval, je žalobní argumentace odmítající požadavek na „podporu konkurence“ opírána. Závěr o tom, že objektivně ospravedlnitelné důvody na straně žalobce dány nebyly, je důvodně opřen o dlouhodobost kontraktů, o nikoli podstatné prodlení s placením, o jiný než pro žalobce obvyklý postup vůči uvedeným dvěma společnostem a o to, že sám žalobce své kroky stavěl do souvislosti s hroící konkurencí. Pokud tedy bude prokázáno, že žalobce skutečně jednal z pozice soutěžitele v dominantním postavení (k tomu shora), je požadavek vyplývající z napadeného rozhodnutí požadavkem (slovy žalobce) nikoli na „podporu konkurence“, nýbrž na „nepoškozování konkurence“ soutěžitelem disponujícím tržní silou, což je požadavkem v souladu s konceptem zákazu zneužití dominantního postavení.

Jestliže žalobce namítá, že jednání vůči uvedeným dvěma společnostem bylo uměle vyčleněno z jednání podle výroku I.A. napadeného rozhodnutí, a tedy že došlo k nezákonné multiplikaci deliktů k jeho škodě, ani s tím zdejší soud nesouhlasí. Odlišný charakter skutků, jichž se týkají výrokové části I.A. a I.C. (na straně jedné) a I.B. (na straně druhé), plyne z toho, že podstatou zneužití dominantního postavení podle výrokových částí I.A. a I.C. mělo být uplatňování rozdílných cen u přeprav se srovnatelnými kalkulačními parametry a uplatňování rozdílných výší marží (přitom v některých případech se mělo jednat o ceny podnákladové), zatímco podstatou zneužití dominantního postavení podle výrokové části I.B. napadeného rozhodnutí mělo být znemožnění uzavírání smluv o zákaznickém tarifu, stanovení povinnosti skládat zálohy na poskytované služby a vypovězení smluv. Podstata obou jednání, byť v obojím případě bylo vyhodnoceno jako diskriminační, se nekryje; zatímco ve vztahu k uvedeným dvěma společnostem byla podstata diskriminace založena ukončením spolupráce v situaci, kdy tyto společnosti vytvářely tlak tím, že se snažily žalobci efektivně konkurovat, oproti jinému postupu žalobce ve srovnatelné situaci, nejednalo-li se o zákazníky, kteří se zároveň stavěli do konkurenční pozice ve vztahu k žalobci, zbylá diskriminace se měla podle žalovaného opírat o odlišnou cenovou politiku. Přestože obojí žalovaný vyhodnotil jako postup diskriminační, podstata jednání se odlišovala, i motivace žalobce k jednání byla odlišná. To zároveň neznamená, že by obojí (samostatně) nemohl žalovaný za diskriminaci důvodně pokládat.

Shora uvedeným způsobem tedy zdejší soud pro další postup žalovaného zareagoval na ty žalobní body, jež podle Nejvyššího správního soudu zůstaly v předchozím řízení před zdejším soudem opomenuty a jejichž vypořádání by pro další řízení před žalovaným nemuselo představovat úvahy pouze akademické. Nosné důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí bez jednání podle § 76 odst. 1 písm. b) a c) s.ř.s. nicméně zůstávají stejné, jak byly dovozeny v rozsudku zdejšího soudu ze dne 1.4.2015, č.j. 62 Af 96/2014-1401; jsou jimi nezákonný procesní postup při opatřování posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i., jež byl podstatným podkladem pro

vymezení relevantního trhu, přitom hodnocení důkazů bez zahrnutí posudku Centra dopravního výzkumu, v.v.i. nemůže provést zdejší soud, a nadto nedostatek skutkového podkladu k uplatňování podnákladových cen. Obojí znemožňuje definitivní a konkrétní hmotněprávní hodnocení jednání žalobce, a proto veškeré úvahy zdejšího soudu k otázce aplikace hmotného práva podané shora je třeba pokládat za úvahy, jejichž uplatnění pro další postup žalovaného je podmíněno především (správným) zodpovězením otázky, zda žalobce je vůbec soutěžitelem v dominantním postavení (na příslušném – řádně též produktově vymezeném – relevantním trhu) a zda jím uplatňované ceny jsou cenami podnákladovými či nikoli (a pokud ano, pod jakými náklady a v jaké míře). Je-li za tohoto stavu předčasné hmotněprávní hodnocení, tím spíše jsou předčasnými veškeré úvahy ohledně uložení pokuty; podstatný je snad pouze odkaz na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 24.6.2014, č.j. 7 Afs 57/2011-1234, jenž už ovšem zmínil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 25.2.2016, č.j. 7 As 91/2015-79, v dalších principiálních a obecných ohledech lze odkázat na dílčí závěry obsažené v rozsudku zdejšího soudu ze dne 21.4.2011, č.j. 62 Ca 37/2009-680, které jsou žalobci i žalovanému známy, Nejvyšším správním soudem zpochybněny nebyly a zdejší soud nemá důvod se od nich odchýlovat (to však nutně platí výlučně ve vztahu k závěrům principiálním a obecným, neboť otázky trestání, bude-li se jimi žalovaný v dalším řízení na základě svých závěrů ohledně hmotněprávního hodnocení jednání žalobce vůbec zabývat, budou muset zohledňovat nutně nové individuální okolnosti případně dovozeného správního deliktu).

Za tohoto stavu zdejší soud věc vrací žalovanému k dalšímu řízení podle § 78 odst. 4 s.ř.s. Osud prvostupňového rozhodnutí nyní závisí na odborné úvaze předsedy žalovaného, jež se zřejmě bude odvíjet především od posouzení potřeby doplňování podkladu rozhodnutí.

IV. Náklady řízení

O nákladech řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl ve věci úspěšný, proto má právo na náhradu nákladů, které důvodně vynaložil, proti žalovanému. V řízení před zdejším soudem takové náklady tvoří zaplacený soudní poplatek (2 000 Kč) společně s náklady právního zastoupení za tři úkony právní služby (převzetí věci a příprava zastoupení, podání žaloby, účast na jednání soudu dne 21.4.2011, tj. 3 x 2 100 Kč + 3 x 300 Kč podle § 11 odst. 1 písm. a/, d/ a g/ vyhlášky č. 177/1996 Sb., advokátního tarifu, ve znění účinném v době uskutečnění těchto úkonů, celkem 7 200 Kč) a náhradou cestovního k jednání soudu dne 21.4.2011 a zpět (Praha – Brno – Praha vozidlem RZ 2AA 0007 + stravné + náhrada za promeškaný čas na cestě v délce 4 hodin, celkem 3 757 Kč), kromě částky za zaplacený soudní poplatek s navýšením o částku odpovídající DPH, tedy 2 000 Kč + 13 258 = 15 258 Kč. V řízení před Nejvyšším správním soudem ve věci sp. zn. 7 Afs 57/2011 takové náklady tvoří zaplacený soudní poplatek (3 000 Kč) společně s náklady právního zastoupení za jeden úkon právní služby (podání kasační stížnosti, tj. 1 x 2 100 Kč + 1 x 300 Kč), naposledy uvedené s navýšením o částku odpovídající DPH, tedy 3 000 Kč

+ 2 904 Kč = 5 904 Kč. V řízení před Nejvyšším správním soudem ve věci sp. zn. 7 As 91/2015 žalobce úspěšný nebyl. Náklady související s navazujícími průběžnými vyjádřeními žalobce v průběhu řízení před zdejší soudem a před Nejvyšším správním soudem zdejší soud za důvodně vynaložené nepokládá. Celkem tedy žalobci náleží na náhradě nákladů řízení částka 21 162 Kč. K jejímu zaplacení soud žalovanému stanovil přiměřenou lhůtu.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 13. dubna 2016

Za správnost vyhotovení:
Romana Lipovská

David Raus, v.r.
předseda senátu