UOHSX00415DP

**PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE**

# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R17/2005-1984/2012/320/ADr V Brně dne: 29. června 2012

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S 9/05-5466/05-OOHS ze dne 5. 10. 2005, v rozsahu uložené pokuty dle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném do 31. 8. 2009, podal účastník řízení, společnost **Tupperware Czech Republic, spol. s r.o.**, se sídlem Praha 6 - Bubeneč, V Sadech 4a, IČ 63 98 39 91, právně zastoupený Mgr. Davidem Řehákem, advokátem se sídlem Holečkova 100/9, Praha 5, jsem podle § 25a zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném do 30. 4. 2005, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) a s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na návrh rozkladové komise,

**rozhodl takto:**

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S 9/05-5466/05-OOHS ze dne 5. 10. 2005 v jeho IV. výrokové části **m ě n í m** takto:

Za porušení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném do 31. 8. 2009, a za porušení čl. 81 odst. 1 Smlouvy o založení Evropského společenství, jak je popsáno v bodě I. a II. výroku rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. R 17/2005-22148/2006/300 ze dne 14. 12. 2006 se podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném do 31. 8. 2009, se ukládá účastníku řízení, společnosti **Tupperware Czech Republic, spol. s r.o.**, se sídlem Praha 6 - Bubeneč, V Sadech 4a, IČ 63 98 39 91, pokuta ve výši **765 000,- Kč** (slovy: sedm set šedesát pět tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do devadesáti dnů ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

# ODŮVODNĚNÍ

## I. Průběh správního řízení

### Rozhodnutí správního orgánu prvního stupně

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“) vydal dne 5. 10. 2005 rozhodnutí č. j. S 9/05-5466/05-OOHS (dále též „**napadené rozhodnutí**“), v řízení zahájeném ex officio dne 28. 2. 2005, v jehož první výrokové části deklaroval, že účastník řízení, společnost Tupperware Czech Republic, spol. s r.o., se sídlem Praha 6 - Bubeneč, V sadech 4a, IČ 63983991 (dále též „**Tupperware**“ či „**účastník řízení**“), tím, že uzavíral dohody o určení cen pro další prodej zboží Tupperware, obsažené v článku 9.12 Smlouvy o distribuci zboží společnosti Tupperware uzavírané s distributory tohoto zboží (dále též „**Smlouva o distribuci**“), porušil v období prokazatelně od 24. 3. 1997 do 30. 6. 2001 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále též „**zákon č. 63/1991 Sb.**“), a v období od 1. 7. 2001 do současnosti (tj. do data vydání napadeného rozhodnutí) zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném do 31. 8. 2009 (dále též „**zákon**“), uzavřením zakázané a neplatné dohody o přímém určení cen kupujícímu pro další prodej, která vedla k narušení hospodářské soutěže na trhu plastových kuchyňských potřeb pro domácnost nabízených prostřednictvím uzavřené prezentace, a v období od 2. 6. 2004 do současnosti (tj. do data vydání napadeného rozhodnutí) porušil rovněž zákaz obsažený v čl. 81 odst. 1 Smlouvy o založení Evropského společenství (dále též „**Smlouva ES**“), uzavřením zakázané a neplatné dohody o přímém určení cen kupujícímu pro další prodej, která vedla k narušení soutěže na společném trhu Evropského společenství.
2. Ve druhé výrokové části napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že účastník řízení tím, že uzavíral dohody o zamezení opětovného prodeje a distribuce zboží, včetně zamezení vývozu tohoto zboží do zahraničí, bez jeho písemného souhlasu, obsažené v článku 9.13 Smlouvy o distribuci, porušil v období prokazatelně od 24. 3. 3 1997 do 30. 6. 2001 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona č. 63/1991 Sb. a v období od 1. 7. 2001 do současnosti (tj. do data vydání napadeného rozhodnutí) zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona uzavřením zakázané a neplatné dohody, která vedla k narušení hospodářské soutěže na trhu plastových kuchyňských potřeb pro domácnost nabízených prostřednictvím uzavřené prezentace, a v období od 2. 6. 2004 do současnosti (tedy do data vydání napadeného rozhodnutí) porušil rovněž zákaz obsažený v čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES, uzavřením zakázané a neplatné dohody, která vedla k narušení soutěže na společném trhu Evropského společenství.
3. Ve třetí výrokové části napadeného rozhodnutí Úřad s odkazem na § 7 odst. 1 zákona plnění shora uvedených dohod účastníku řízení do budoucna zakázal. Ve čtvrté výrokové části napadeného rozhodnutí pak byla účastníku řízení uložena pokuta ve výši 2 300 000 Kč. V páté výrokové části konečně Úřad stanovil opatření k nápravě ve smyslu § 23 odst. 1 zákona, spočívající v povinnosti vypustit ze Smlouvy o distribuci ustanovení čl. 9.12 a 9.13,

upravit katalog zboží určený pro spotřebitele zboží tak, aby byl v souladu se všemi výrokovými částmi napadeného rozhodnutí a informovat vhodným a účinným způsobem všechny distributory svého zboží o obsahu výroku napadeného rozhodnutí.

**První rozhodnutí o rozkladu**

4. Proti napadenému rozhodnutí podal účastník řízení včas rozklad, jímž napadl všechny výroky rozhodnutí. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 57 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále též „**starý správní řád**"), a proto v souladu s odstavcem 2 téhož ustanovení postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

5. Dne 1. 1. 2006 se stal účinným zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, (dále též „**správní řád**"), nový procesně právní předpis, který ve svých přechodných a závěrečných ustanoveních stanoví, že řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností tohoto zákona, se dokončí podle dosavadních předpisů. První řízení o rozkladu bylo tedy vedeno dle dosavadní procesní normy.

6. Poté, co bylo podle § 59 odst. 1 starého správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumáno v celém rozsahu, a to i nad rámec námitek účastníka řízení obsažených v rozkladu, předseda Úřadu ve výroku rozhodnutí o rozkladu č. j. R 17/2005-22148/2006/300 ze dne 14. 12. 2006 (dále též „**první druhostupňové rozhodnutí**") konstatoval následující.

7. Účastník řízení tím, že od 24. 3. 1997 do 5. 10. 2005 uzavíral a plnil dohody obsažené v článku 9.12 Smluv o distribuci zboží společnosti Tupperware uzavíraných s distributory svého (resp. jím dodávaného) zboží, jimiž zavazoval tyto distributory usilovat o prodej a dodání tohoto zboží svým zákazníkům v cenách jím doporučených, které byly konkrétně stanoveny v katalogu zboží pro spotřebitele a v objednávkových listech, uzavřel a plnil zakázané a neplatné dohody o určení cen kupujícímu pro další prodej, které vedly k narušení soutěže na trhu plastových kuchyňských potřeb pro domácnost nabízených prostřednictvím uzavřené prezentace, čímž porušil a) v období od 24. 3. 1997 do 30. 6. 2001 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., b) v období od 1. 7. 2001 do 5. 10. 2005 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona, a c) v období od 2. 6. 2004 do 5. 10. 2005 zákaz obsažený v čl. 81 odst. 1 písm. a) Smlouvy o založení Evropského společenství, neboť uvedené dohody mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy Evropského společenství.

8. Ve druhé výrokové části bylo deklarováno, že účastník řízení tím, že od 24. 3. 1997 do 5. 10. 2005 uzavíral a plnil dohody obsažené v článku 9.13 Smluv o distribuci zboží společnosti Tupperware uzavíraných s distributory svého (resp. jím dodávaného) zboží, jimiž ukládal těmto distributorům vynaložit nejlepší úsilí k zamezení opětovného prodeje jím dodávaného zboží a jeho distribuce v území distribuce včetně zákazu vývozu zboží do zahraničí nebo prodeje zboží osobě, která hodlá zboží exportovat, či o níž mají důvodné podezření, že by mohla zboží exportovat, bez jeho písemného souhlasu, uzavřel a plnil zakázané a neplatné dohody o zákazu opětovného prodeje a exportu, které mohly vést k narušení soutěže na trhu plastových kuchyňských potřeb pro domácnost nabízených prostřednictvím uzavřené prezentace, čímž porušil a) v období od 24. 3. 1997 do 30. 6. 2001 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona č. 63/1991 Sb., b) v období od 1. 7. 2001 do 5. 10. 2005

zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona a c) v období od 2. 6. 2004 do 5. 10. 2005 zákaz obsažený v čl. 81 odst. 1 Smlouvy o založení Evropského společenství, neboť tyto dohody mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy Evropského společenství.

9. Podle § 7 odst. 1 zákona bylo účastníku řízení plnění dohod specifikovaných v I. a II. výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí do budoucna třetí výrokovou částí tohoto rozhodnutí zakázáno a za porušení § 3 odst. 1 zákona a čl. 81 odst. 1 Smlouvy o založení Evropského společenství. Podle § 22 odst. 2 zákona pak byla IV. výrokovou částí uložena pokuta ve výši 2 300 000 Kč (slovy: dva miliony tři sta tisíc korun českých), splatná do 90 dnů ode dne nabytí právní moci prvního druhostupňového rozhodnutí.

10. Dle § 23 odst. 1 zákona bylo účastníku řízení dále uloženo opatření k nápravě, a to vypustit ze Smluv o distribuci zboží společnosti Tupperware uzavíraných s distributory tohoto zboží ustanovení článku 9.12 obsahující zakázané a neplatné dohody o přímém určení cen kupujícímu pro další prodej zboží včetně vypuštění informací o cenách pro další prodej zboží uvedených v objednávkových listech zasílaných účastníkem řízení distributorům; upravit katalog zboží určený pro spotřebitele zboží účastníka řízení tak, aby neobsahoval závazné ceny pro další prodej tohoto zboží dle bodu I. výroku tohoto rozhodnutí; vypustit ze Smluv o distribuci zboží společnosti Tupperware uzavíraných s distributory tohoto zboží ustanovení článku 9.13 obsahující zakázané a neplatné dohody o zamezení opětovného prodeje a distribuce zboží, včetně zamezení vývozu tohoto zboží do zahraničí, bez písemného souhlasu společnosti Tupperware a informovat písemně všechny distributory svého zboží o obsahu výroku uvedeného rozhodnutí, a to ve lhůtě 30 dnů od nabytí právní moci rozhodnutí.

**Řízení před správními soudy**

11. Proti prvnímu druhostupňovému rozhodnutí podal účastník řízení včas ke Krajskému soudu v Brně (dále též „**krajský soud**“) žalobu, o které krajský soud rozhodl rozsudkem ze dne 1. 11. 2007 rozsudkem č. j. 62 Ca 4/2007-115 (dále též „**první rozsudek**“) tak, že první druhostupňového rozhodnutí bez jednání zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení s tím, že řízení předcházející vydání prvního druhostupňového rozhodnutí bylo zatíženo zmatečností způsobující nesrozumitelnost, a tím i nepřezkoumatelnost daného rozhodnutí. Tuto nesrozumitelnost krajský soud spatřoval v souběžné deklaraci porušení vnitrostátních a komunitárních soutěžně právních pravidel a rovněž tak v souběžném uložení sankcí za deklarované delikty.

12. Na základě kasační stížnosti Úřadu Nejvyšší správní soud (dále též „**NSS**“) výše zmíněný rozsudek krajského soudu rozsudkem ze dne 3. 12. 2008 č. j. 7 Afs 7/2008-204 (dále též „**zrušující rozsudek**“) zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Ve svém rozsudku NSS vyslovil následující závazný právní názor: „*Na základě všeho, co bylo výše uvedeno, dospěl Nejvyšší správní soud k následujícím závěrům. Za prvé, že čl. 3 odst. 1 nařízení i ustálená judikatura ESD připouštějí, aby za vymezených podmínek byla uplatněna na jednání soutěžitelů spočívající v uzavírání zakázaných dohod omezujících hospodářskou soutěž nebo ve zneužití dominantního postavení na trhu, která naplňují znaky skutkových podstat podle čl. 81 nebo podle čl. 82 Smlouvy ES, rovněž jim odpovídající skutkové podstaty podle § 3 odst. 1 a § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Za druhé, že souběžnému vyslovení viny za*

*spáchání uvedených komunitárních a vnitrostátních deliktů v jediném rozhodnutí správního orgánu nebrání zásada ne bis in idem, jak vyplývá z obecných právních zásad ES, z čl. 4 odst. 1 Protokolu č. 7 k Úmluvě a z čl. 40 odst. 5 Listiny základních práv a svobod, neboť nejde o situaci, kdy je opakovaně vedeno řízení o téže věci, o níž již bylo pravomocně rozhodnuto. Za třetí, že jednočinný souběh uvedených komunitárních a vnitrostátních správních deliktů je možný, neboť zájmy chráněné skutkovými podstatami správních deliktů podle Smlouvy ES a podle zákona o ochraně hospodářské soutěže jsou rozdílné. Za čtvrté, že při ukládání sankce podle § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže za uvedené sbíhající se delikty postupuje správní orgán v souladu absorpční zásadou, tedy vyměří pokutu za jeden ze sbíhajících se deliktů a zároveň je oprávněn v rámci hodnocení závažnosti jednání přihlédnout jako k přitěžující okolnosti i k tomu, že bylo spácháno více deliktů. Celkovou výši pokuty musí správní orgán ve svém rozhodnutí i z uvedeného hlediska náležitě odůvodnit".*

13. Následujícím rozsudkem krajského soudu č. j. 62 Ca 4/2007-233 ze dne 23. 10. 2009 (dále jen „**druhý rozsudek**") bylo na základě § 76 odst. 1 písm. a) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále též „**s. ř. s.**") první druhostupňové rozhodnutí předsedy Úřadu ve výrokové části IV. zrušeno jako nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů a v této části se věc podle § 78 odst. 4 s. ř. s. vrátila Úřadu k dalšímu řízení; ve zbytku soud žalobu zamítl.

14. Krajský soud se ve druhém rozsudku ztotožnil s Úřadem, co se vymezení relevantního trhu i podílu účastníka řízení na něm týče. Důvodnou žalobu krajský soud neshledal ani v části hmotněprávního posouzení jednání účastníka řízení, naopak měl ve shodě s Úřadem za prokázané, že předmětné jednání účastníka řízení vedlo k faktickému narušení hospodářské soutěže. Krajský soud rovněž považoval za prokázané zavinění účastníka řízení, a to nejméně ve formě úmyslu nepřímého. Při přezkumu prvního druhostupňového rozhodnutí ve vztahu k výši uložené pokuty, tj. IV. výrokové části tohoto rozhodnutí, vycházel krajský soud z právního názoru podaného ve zrušujícím rozsudku NSS.

15. Úřad by se měl dle krajského soudu zabývat v novém rozhodnutí dopady jednotlivých dohod na hospodářskou soutěž, a dále ozřejmit, jaký mechanismus sankcionování byl zvolen, jak bylo uváženo ohledně dopadů jednotlivých dohod na hospodářskou soutěž, jak se důsledky jednotlivých deliktů promítly do konečné výše pokuty při kombinaci dvou deliktů vnitrostátních a dvou deliktů komunitárních. S respektováním zásady absorpční by měla být při souběhu tu celkem čtyř deliktů uložena sankce pouze za jeden ze sbíhajících se deliktů, na něž dopadá v daném případě shodná sankce, a v rámci hodnocení závažnosti protiprávního jednání pak zohledněno, že společnost Tupperware spáchala více deliktů.

**Druhé rozhodnutí o rozkladu**

16. Rozsudkem krajského soudu č. j. 62 Ca 4/2007-233 ze dne 23. 10. 2009, tedy již zmiňovaným druhým rozsudkem, bylo potvrzeno první druhostupňové rozhodnutí o rozkladu, vyjma výroku týkajícího se uložené pokuty, jež bylo z výše uvedených důvodů soudem zrušeno. V návaznosti na tento zrušující výrok krajského soudu dne 21. 4. 2010 rozhodl předseda Úřadu o pokutě za prokázané správní delikty nově, rozhodnutím č. j. R 17/2005-

4446/2010/310/Jma (dále též „**druhé druhostupňové rozhodnutí**“), a to tak, že účastníku řízení uložil sankci ve výši 2 300 000,- Kč, přičemž v odůvodnění zdůraznil, že při stanovení konečné výše pokuty postupoval zcela v souladu se zásadou absorpční.

17. Nicméně i toto druhé druhostupňové rozhodnutí bylo rozsudkem krajského soudu č. j. 62 Af 43/2010 ze dne 10. 11. 2011 (dále též **„třetí rozsudek**“) zrušeno. Krajský soud upozornil zejména na skutečnost, že Úřad při stanovování výše pokuty vyšel z údaje poskytnutého účastníkem řízení o výši jeho obratu v České republice a Slovenské republice za rok 2004 (viz číslo listu správního spisu 333), přičemž správní spis obsahuje zároveň na čísle listu 357 a násl. rovněž dokument „Zpráva nezávislých auditorů a účetní uzávěrka“, vztahující se k hospodaření účastníka řízení za rok 2004 a obsahující odlišné údaje o výši obratu účastníka řízení. Jak dále podotýká krajský soud, Úřad stíhá povinnost zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti a tudíž, *„jestliže není spolehlivě a jednoznačně zjištěn podklad ohledně „čistého obratu dosaženého soutěžitelem“ (účastníkem řízení), pak jde o skutečnost, která je nutně vadou postupu při ukládání sankce. Jestliže se tedy žalovaný coby s podkladem rozhodnutí ohledně čistého obratu dosaženého soutěžitelem (účastníkem řízení) spokojí s jeho odpovědí, která tento údaj obsahuje, a jestliže se v odpovědi obsažený údaj ukáže jako nesprávný, pak soutěžitel (účastník řízení), který takto nesprávné údaje poskytl, podstupuje riziko uložení pořádkové pokuty podle § 22c odst. 1 ZOHS za nesplnění povinnosti uvedené v 21e odst. 1 ZOHS, tj. povinnosti poskytnout žalovanému úplné, správné a pravdivé informace, avšak žalovaný podstupuje riziko nedostatečného podkladu svého rozhodnutí způsobujícího porušení § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu.*“

18. A dále *„Za situace, kdy se veškeré konkrétní úvahy žalovaného ohledně výpočtu pokuty odvíjely od určení základní částky pokuty, k níž měl žalovaný ve správním spisu rozporné údaje, aniž by se touto rozporností žalovaný zabýval a aniž by rozpor vyjasňoval, pak se totiž nedostatek podkladu rozhodnutí ohledně určení základní částky pokuty musel nutně projevit ve všech navazujících krocích žalovaného — a tedy nutně i v konečné výši uložené pokuty. Podstatnou pro právě vyslovený závěr je i výše rozdílu mezi částkou, z níž žalovaný fakticky vycházel (346 343 tis. Kč), a částkou, kterou podle odůvodnění rozhodnutí za základ svých úvah hodlal vzít (109 280 tis. Kč vyplývajících z výkazu zisku a ztráty za rok 2004). V částce, z níž žalovaný fakticky vycházel, se navíc projevila záměna měny „Sk“ na „Kč“. Nadto žalovaný při stanovení základní částky pokuty skutečně přičítá žalobcovu hospodaření obrat dosažený na území Slovenska, a to v nikoli zanedbatelné míře (139 200 tis. — nesprávně „Kč“), k čemuž nemá ve správním spisu obsažen žádný účetní doklad; žalobce naproti tomu předložil soudu kopii daňového přiznání k dani z příjmu právnických osob za rok 2004, které dokládá jeho tvrzení, že v roce 2004 žalobce žádnou činnost na území Slovenska nevyvíjel. I tu je podstatné, že kromě shora uvedeného výkazu zisku a ztráty v době, kdy žalovaný napadeným rozhodnutím rozhodoval (i v době, kdy žalovaný vydával rozhodnutí ze dne 5. 10. 2005), uvedené daňové přiznání existovalo (podáno bylo dne 21. 3. 2005) a žalovaný si je pro řádné zjištění údajů ohledně žalobcova hospodaření mohl vyžádat.*“

19. Krajský soud následně Úřad zavázal, nechť v dalším průběhu správního řízní *„řádně zjistí veškeré skutečnosti, o které bude opírat své správní uvážení, a následně správní uvážení řádným způsobem provede. Oproti závěrům žalovaného obsaženým v napadeném rozhodnutí žalobce před zdejším soudem především dokládá jinou výši obratu, než jak z ní žalovaný vycházel, a uvádí a účetními dokumenty prokazuje, že v roce 2004 žádného obratu na*

*Slovensku nedosáhl. Tyto skutečnosti nechť žalovaný v dalším průběhu správního řízení odpovídajícím způsobem zohlední.“*

## II. Rozklad

20. Účastník správního řízení podal proti napadenému rozhodnutí včas rozklad, v rámci nějž uplatnil ve vztahu k uložené pokutě dále uvedené námitky.

21. Prvostupňový orgán dle účastníka řízení uložil ve vztahu k jeho jednání neodůvodněně vysokou pokutu, neboť jeho jednání bylo neúmyslné a zaměřené na zlepšení prodeje zboží. Správní orgán prvního stupně nedostatečně zohlednil, že se účastník dosud nedopustil porušení zákona a že plně spolupracoval s Úřadem již před zahájením správního řízení. Správní orgán prvního stupně nepřihlédl k tomu, že účastník nikdy neuplatnil jakoukoli sankci vůči svým distributorům za porušení čl. 9.12 a 9.13 Smlouvy o distribuci. Při stanovení výše pokuty měl správní orgán prvního stupně rovněž zohlednit Pokyny pro uplatňování metody ukládání pokut dle čl. 15 (2) Nařízení č. 17 a čl. 65 Smlouvy ES, které stanoví pravidla, jimiž se řídí Evropská komise při ukládání pokut. Je rovněž přesvědčen, že mělo být zohledněno, že je v posledních letech ve ztrátě a že pokuta v tak vysoké výši by mohla vést k faktické likvidaci účastníka řízení.

*Petit rozkladu*

22. Ze všech shora uvedených důvodů účastník řízení navrhuje, aby bylo rozkladem napadené rozhodnutí zrušeno, případně aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno v části týkající se pokuty, případně tuto přiměřeně snížil nebo nahradil sankcí symbolickou.

## III. Řízení o rozkladu

23. Správní orgán prvního stupně neshledav důvody pro postup podle § 57 odst. 1 starého správního řádu, předal v souladu s § 57 odst. 2 starého správního řádu spis orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

*Použitá procesně právní norma*

24. Jak již bylo uvedeno výše, správní řízení sp. zn. S 9/05 bylo zahájeno ex officio dne 28. 2. 2005, přičemž byl aplikován v té době platný a účinný procesní právní předpis, a to starý správní řád. Správní řízení sp. zn. S 9/05 bylo potom pravomocně skončeno dne 22. 12. 2006, kdy nabylo právní moci první druhostupňové rozhodnutí. První druhostupňové rozhodnutí bylo v prvním, druhém, třetím a pátém výroku potvrzeno, ve čtvrtém výroku zrušeno druhým rozsudkem, tedy již zmiňovaným rozsudkem krajského soudu ze dne 23. 10. 2009.

25. Dne 1. 1. 2006 se stal účinným zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, nový procesně právní předpis, který ve svých přechodných a závěrečných ustanoveních stanoví, že řízení, která nebyla pravomocně skončena před účinností tohoto zákona, se dokončí podle dosavadních předpisů. Bylo-li rozhodnutí před účinností tohoto zákona zrušeno a vráceno k novému projednání správnímu orgánu, postupuje se podle dosavadních předpisů (viz § 179 odst. 1 správního řádu).

26. V této souvislosti konstatuji, že správní řízení před správním orgánem druhého stupně, jež předcházelo vydání tohoto rozhodnutí, bylo vedeno již dle nové procesně právní úpravy, tedy dle zákona č. 500/2004 Sb., správní řád ve znění pozdějších právních předpisů.

*27.* Tento postup je ostatně v souladu s rozsudkem NSS ze dne 18. 10. 2007, čj. 7 Ans 1/2007-100, kde NSS konstatoval: „*Bylo-li správní rozhodnutí, které nabylo právní moci za účinnosti správního řádu č. 71/1967 Sb., správním soudem zrušeno již za účinnosti správního řádu č. 500/2004 Sb., postupuje se v dalším řízení podle nového správního řádu (§ 179 odst. 1 věta druhá správního řádu č. 500/2004 Sb., a contrario). … postup podle dosavadních procesních předpisů za účinnosti nového procesního předpisu je vždy výjimkou, která se použije pouze tam, kde tak přechodná ustanovení nového zákona výslovně stanoví (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2007, čj. 1 Azs 55/2006-60).*“

28. Podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal v rozsahu uložené pokuty soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu ve vztahu k uložené pokutě, přičemž jsem dospěl k závěrům uvedeným v dalších částech odůvodnění tohoto rozhodnutí.

## IV. Přezkum napadeného rozhodnutí

### Pokuta

29. Podle § 22 odst. 2 zákona může Úřad soutěžitelům uložit pokutu do výše 10 milionů Kč nebo do výše 10 % z čistého obratu dosaženého za poslední ukončené účetní období, jestliže úmyslně nebo z nedbalosti porušili zákazy stanovené v § 3 odst. 1, § 11 odst. 1 a § 18 odst. 1 zákona nebo nesplnili povinnosti stanovené v § 15 odst. 2. V této souvislosti připomínám, že již prvním druhostupňovým rozhodnutím, potvrzeném druhým rozsudkem krajského soudu, bylo postaveno najisto, že účastník správního řízení porušil v období od 24. 3. 1997 do 30. 6. 2001 § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., v období od 1. 7. 2001 do 5. 10. 2005 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona, a v období od 2. 6. 2004 do 5. 10. 2005 zákaz obsažený v čl. 81 odst. 1 písm. a) Smlouvy o ES, a dále v období od 24. 3. 1997 do 30. 6. 2001 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona č. 63/1991 Sb., v období od 1. 7. 2001 do 5. 10. 2005 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona a v období od 2. 6. 2004 do 5. 10. 2005 zákaz obsažený v čl. 81 odst. 1 Smlouvy o ES způsobem, který je popsán v první a druhé výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí.

30. V této souvislosti upozorňuji na skutečnost, že co se týče deliktů spáchaných za účinnosti předchozí právní úpravy, tj. zákona č. 63/1991 Sb., Úřad dle své tehdejší dlouhodobé praxe pouze deklaroval porušení tohoto zákona, deliktní jednání však za období do 1. 7. 2001 sankcí nepostihl.

31. Při rozhodování o výši pokuty za spáchaný delikt Úřad zohledňuje zejména závažnost, případné opakování a délku trvání porušování zákona. S ohledem na dikci § 22 odst. 2 zákona je třeba vzít v potaz i subjektivní stránku deliktu, tedy skutečnost, zda k porušení zákona došlo úmyslným jednáním soutěžitele či pouze z nedbalosti.

32. Horní hranice pokuty, kterou lze na základě § 22 odst. 2 zákona uložit, je stanovena alternativně, když za horní hranici je považována ta z alternativně použitelných hranic, která je pro příslušného soutěžitele méně příznivá. Hranice stanovená pevnou částkou se uplatní zejména u soutěžitelů, kteří nejsou založeni za účelem podnikatelské činnosti a žádného obratu tudíž nedosahují.[1] V daném případě v souladu s ustálenou rozhodovací praxí Úřadu považuji za horní hranici částku 10 % z čistého obratu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období, neboť takto kalkulovaná částka je vyšší než 10 000 000,- Kč.

33. Stanovení výše pokuty v mezích zákona je věcí správního uvážení Úřadu, které se v konkrétním případě odvíjí od posouzení skutkových okolností daného případu. Dle judikatury českých soudů[2] musí konkrétní forma postihu a jeho výše působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí účastníku řízení, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v materiální sféře rušitele, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by však ovšem byl pro něj likvidační. Uložená pokuta by tak měla plnit jak funkci represivní, tak preventivní. Podobně se ostatně vyjádřil v rozsudku rovněž krajský soud.

34. Úřad za účelem zvýšení předvídatelnosti a transparentnosti svého rozhodování při ukládání pokut za porušení hmotněprávních povinností stanovených zákonem, resp. při kalkulaci konkrétní výše pokuty dle § 22 odst. 2 zákona, vypracoval a na svých internetových stránkách zveřejnil tzv. „Zásady postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění“ (dále též „**Zásady**“). Dle bodu 2 Zásad se tyto budou aplikovat ve správních řízeních zahájených po dnu jejich publikace. Konstatuji, že zásady byly publikovány[3] více než dva roky po zahájení správního řízení sp. zn. S 9/05, a tudíž v daném případě nebudou aplikovány. Jejich aplikace, s ohledem na skutečnost, že za velmi závažné porušení zákona tyto stanoví základní částku pokuty ve výši 3% z hodnoty prodejů, by ostatně pro účastníka řízení nebyla příznivější.

[1] Srov. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 64/2004 ze dne 31. 5. 2006 ve věci *ČEZ*, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 17/2007-100 ze dne 23. 10. 2008.
[2] Srov. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 27/2006 ze dne 6. 4. 2007 ve věci *ČSAD Liberec*, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 48/2007-235 ze dne 26. 4. 2010.
[3] Infolist č. 2/2007, duben 2007

35. Správní orgán prvního stupně při kalkulaci výše pokuty ve shodě se zavedenou a správními soudy aprobovanou[4] praxí vyšel z obratu účastníka řízení za poslední známé ukončené účetní období před spácháním deliktu, resp. před zahájením správního řízení ve věci, tj. za účetní období roku 2004. Při výpočtu pokuty jsem náležitě zvážil rovněž tyto skutečnosti, tedy to, zda za dobu téměř šesti let, jež uplynuly od vydání prvního druhostupňového rozhodnutí, nedošlo na straně účastníka řízení ke změně jeho hospodářské situace (viz oddíl *„Dodatečné zvážení přiměřenosti pokuty"*) tak, že by pokuta byla uložena v nezákonné či likvidační výši.

36. Ze správního spisu (viz číslo listu 357 a podobně 485) vyplynulo, že v roce 2004 dosáhl účastník správního řízení obratu prodejem zboží ve výši 100 100 000,- Kč a služeb ve výši 9 180 000,- Kč, tedy celkového obratu ve výši **109 280 000,- Kč**. V této souvislosti podotýkám, že ve správním spise na č.l. 333 je rovněž založen přípis účastníka řízení, kde tento k dotazu Úřadu pod bodem 4 sděluje, že v roce 2004 na území České republiky dosáhl obratu 207 143 000,- Kč, na území Slovenské republiky potom obratu 139 200 000,- Sk. Konstatuji, že k těmto údajům jsem při stanovení výsledné výše pokuty nepřihlížel, jelikož jejich hodnověrnost byla zásadním způsobem zpochybněna údaji uvedenými v oficiálních auditovaných výkazech zisků a ztrát účastníka řízení za rok 2004 (viz číslo listu 357 a podobně 485) a daňového přiznání k dani z příjmů právnické osoby (viz číslo listu 494 a násl.).

*Závažnost*

37. Ve správním řízení bylo postaveno najisto, že se účastník řízení tím, že od 24. 3. 1997 do 5. 10. 2005 s distributory svého zboží uzavíral a plnil dohody obsažené v článcích 9.12 a 9.13 Smluv o distribuci, porušil v období od 24. 3. 1997 do 30. 6. 2001 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona č. 63/1991 Sb., v období od 1. 7. 2001 do 5. 10. 2005 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 zákona a v období od 2. 6. 2004 do 5. 10. 2005 zákaz obsažený v čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES uzavřením a plněním zakázaných a neplatných dohod o určení cen kupujícímu pro další prodej, které vedly k narušení soutěže na trhu plastových kuchyňských potřeb pro domácnost nabízených prostřednictvím uzavřené prezentace, a uzavřením a plněním zakázaných a neplatných dohod o zákazu opětovného prodeje a exportu, které mohly vést k narušení soutěže na trhu plastových kuchyňských potřeb pro domácnost nabízených prostřednictvím uzavřené prezentace.

38. NSS ve zrušujícím rozsudku, stejně jako později krajský soud ve druhém rozsudku dospěly k závěru, že je jednání účastníka řízení možné charakterizovat jako vícečinný stejnorodý souběh na základě dvou skutků, z nichž každý zároveň představuje jednočinný souběh dvou deliktů, národního a komunitárního. Ve výsledku se tedy jedná o čtyři delikty, tedy o dvojí porušení § 3 odst. 1 zákona a o dvojí porušení čl. 81 Smlouvy ES. V této souvislosti NSS zároveň odkázal na rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 22. 12. 1995, č. j. 6 A 216/93, který popsal postup při ukládání sankcí za více správních deliktů takto: *„Zákon č. 238/1991 Sb. (stejně jako řada dalších zákonů umožňujících uložit pokutu za správní delikt) neupravuje, jak má správní orgán postupovat v případě, že jedno jednání či opomenutí právnické či fyzické osoby naplňuje zároveň skutkovou podstatu více deliktů současně (nauka tu hovoří o jednočinném souběhu). …Při nedostatku výslovné úpravy v těchto zákonech (v rozsuzovaném*

[4] Viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 47/2009 ze dne 28. 4. 2011 ve věci *Dellux*.

*případě v zákoně č. 238/1991 Sb.) nezbývá, než podle obecně přijímaných pravidel logického výkladu právních předpisů použít per analogiam legis právní úpravu, která je řešené problematice v oblasti ukládání sankcí za správní delikty nejbližší. Touto nejbližší úpravou analogicky použitelnou je ustanovení § 12 odst. 2 zákona ČNR č. 200/1990 Sb., o přestupcích. Podle tohoto ustanovení se za více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží sankce podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji postižitelný. Soud, který vychází z obecně přijímané a v právním státě jedině možné zásady jednotného právního řádu státu, považuje za přípustné při logickém výkladu právního předpisu hmotného práva správního užití ustanovení jiného právního předpisu cestou analogie zákona tam, kdy to, co má být aplikováno, vůbec určitou otázku neřeší, nevede-li takový výklad k újmě pro účastníka řízení. … Ve svých důsledcích to znamená, že správní orgán v uvedeném případě "vysloví vinu" za všechny sbíhající se delikty, ale sankci (pokutu) uloží ve výměře ustanovení vztahujícího se na ten ze sbíhajících se deliktů, který je nejpřísněji postižitelný (a pokud u sbíhajících se správních deliktů je stanovena sankce shodná, uloží jedinou sankci ve výměře podle některého z nich). Při úvaze o konkrétní výši sankce v rámci rozpětí pak přihlíží k tomu, že jednáním či opomenutím byla naplněna skutková podstata více deliktů, přičemž tato skutečnost obvykle zvyšuje závažnost sankcionovaného protiprávního jednání či opomenutí a projevuje se zpravidla přísnější sankcí (zásada absorpční). Není tedy možné stanovit pokuty za jednotlivé delikty a výslednou (celkovou) pokutu rovnající se součtu "dílčích pokut" podle kumulativní zásady (quod delicta, tot poenae). Takovýto postup by v krajním případě znamenal, že by za jediné protiprávní jednání bylo možno uložit i sankci několikanásobně přesahující zákonem stanovenou horní hranici. Použití kumulativní metody je našemu právnímu řádu (na rozdíl od právních řádů některých jiných států) vůbec cizí; stejně tak ve správním trestání nepřichází bez výslovného zákonného poukazu v úvahu použití zásady asperační, kde se sankce vyměřuje podle sazby za nejpřísnější sbíhající se delikt a horní hranice jeho sankce se zvyšuje.*“ NSS dále poukázal, že k principu analogického použití § 12 odst. 2 zákona o přestupcích, tedy absorpční metody, se sám rovněž přihlásil, např. v rozsudku ze dne 12. 12. 2003, č. j. 5 A 98/2001, obdobně také v rozsudku ze dne 22. 9. 2005, č. j. 6 As 57/2004.

39. Z výše uvedeného plyne, že je nejprve nezbytné určit, který z deliktů spáchaných účastníkem řízení je nejpřísněji trestný, jinými slovy za který by byla při samostatném posouzení uložena nejvyšší sankce, a z něj vyjít při určení výše sankce nově ukládané. Za tento nejpřísněji trestný delikt, tj. primární delikt, je pak v souladu s absorpční zásadou uložena pokuta, přičemž spáchání ostatních správních deliktů se pak posuzuje jako přitěžující okolnost.

Posouzení dohody obsažené v bodě čl. 9.12 Smlouvy o distribuci

40. Z dokazování provedeného správním orgánem prvního stupně nesporně vyplynulo a následně bylo rovněž potvrzeno krajským soudem, že účastník řízení v bodě 9.12 Smlouvy o distribuci určoval svým distributorům, jež jsou nezávislými obchodníky, pevnou cenu zboží pro další prodej konečným spotřebitelům. Odchýlit se od stanovených cen se přitom tito mohli pouze ve výjimečných případech, avšak zásadně pouze se souhlasem účastníka řízení (např. v rámci reklamní akce). Nadto, konstrukce smlouvy umožňovala účastníkovi řízení uplatnit sankci za nedodržení této povinnosti a jednotliví distributoři si byli uvedené hrozby

vědomi. Účastník řízení se tímto dopustil jednání v rozporu s § 3 odst. 1 zákona a čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES. Podle § 3 odst. 1 zákona jsou zakázané a neplatné dohody mezi soutěžiteli, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Ustanovení § 3 odst. 2 písm. a) zákona pak uvádí, že z dohod zakázaných podle odstavce 1 jsou zakázány mj. zejména dohody, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže proto, že obsahují ujednání o přímém nebo nepřímém určení cen. Dohody o přímém nebo nepřímém určení cen spadají pod tzv. kartely s tvrdým jádrem (hard-core cartels), které představují nejzávažnější formy zakázaných dohod. Dohody o cenách mají totiž ze své podstaty negativní dopad na hospodářskou soutěž na trhu (dohody zakázané *by object*).

41. Obsahově kompatibilní právní úpravu jako § 3 odst. 1 zákona obsahuje čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES, který stanoví, že se společným trhem jsou neslučitelné, a proto zakázané, veškeré dohody mezi podniky, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě, které by mohly ovlivnit obchod mezi členskými státy a jejichž cílem nebo výsledkem je vyloučení, omezení nebo narušení hospodářské soutěže na společném trhu. Čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES rovněž v demonstrativním výčtu uvádí konkrétní skutkové podstaty zakázaných dohod, rozhodnutí sdružení podniků a jednání ve vzájemné shodě. Dle čl. 81 odst. 1 písm. a) Smlouvy ES jsou zakázány dohody, které přímo nebo nepřímo určují nákupní nebo prodejní ceny či jiné obchodní podmínky.

42. Jak plyne z výše uvedeného, narušení hospodářské soutěže či alespoň možnost jejího narušení plynoucí z dohody je nezbytným znakem materiální stránky skutkové podstaty daného správního deliktu. Z dikce § 3 odst. 1 zákona vyplývá, že zákon chrání hospodářskou soutěž nejen před faktickým narušením, ale i před potenciálním narušením. Tento názor potvrzuje i judikatura českých soudů, a to konkrétně např. rozsudek NSS č. j. 1 As 19/2006-55 ze dne 9. 1. 2007 ve věci *Komory veterinárních lékařů ČR*. Soud v tomto rozsudku mimo jiné uvedl, že zákon o ochraně hospodářské soutěže je založen na principu potencionální soutěže, takže na jeho základě lze působit i preventivně. Není proto nutné, aby zákonem zakázaná dohoda k narušení hospodářské soutěže skutečně vedla, nebo aby následek fakticky již nastal. K vyvození postihu je možno přistoupit i tehdy, je-li zde taková dohoda, event. rozhodnutí, které k takovému následku může vést. To znamená, že uzavření dohody v rozporu s § 3 odst. 1 zákona je deliktem ohrožovacím, k jehož naplnění postačí ohrožení (tzn. reálné bezprostřední nebezpečí vzniku poruchy) zájmu chráněného zákonem. Jak dovodil v rozsudku krajský soud, samotná způsobilost hospodářskou soutěž narušit, postačí rovněž pro kvalifikaci jednání jako zakázaného podle čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES.

43. Zakázané a neplatné jsou tedy jak dohody, jejichž cílem je narušení soutěže (bez ohledu na to, zda takového cíle bylo dosaženo), tak dohody, jež mají nebo mohou mít protisoutěžní následek (bez zřetele na to, byl-li stranami dohody zamýšlen).[5] Podle judikatury NSS[6] podmínku existence cílů či následků protisoutěžního jednání soutěžitelů pro posouzení protiprávnosti dohody postačuje splnit alternativně. Je tedy pouze na soutěžním úřadu, zda

[5] Srov. např. rozsudek NSS sp. zn. 1 Afs 78/2008 ze dne 25. 2. 2009 ve věci *Stavební spořitelny*.
[6] Ibid.

se bude při posuzování protisoutěžního charakteru dohody zabývat primárně jejím cílem či jejími následky. Podle evropské judikatury[7] však budou soutěžní úřady v prvé řadě své úsilí směřovat k prokázání protisoutěžního cíle, neboť má-li dohoda protisoutěžní cíl, není nutné zjišťovat její účinky na relevantním trhu z hlediska konstatace protiprávnosti jednání.

44. Jak bylo uvedeno shora, dohody o přímém nebo nepřímém určení cen jsou dohodami zakázanými již pro svůj cíl (by object), tj. jedná se o dohody, jež ze své podstaty vždy způsobují přinejmenším potenciální narušení hospodářské soutěže a mají negativní dopad na kvalitu a intenzitu soutěžního prostředí, a to bez ohledu na velikost tržních podílů účastníků zakázané dohody; o tom svědčí i skutečnost, že tyto dohody nelze ze zákazu dohod podle § 3 odst. 1 zákona vyjmout aplikací pravidla de minimis (§ 6 zákona). Cenové dohody narušují/vylučují soutěž v ceně, jakožto jednom ze základních parametrů soutěže. Odběratel či spotřebitel tak zpravidla nemá možnost poptat zboží za cenu, která by byla výsledkem férového soupeření více soutěžitelů. Rovněž není rozhodné pro konstataci protiprávnosti, zda byla soutěž vyloučena, omezena či pouze ohrožena, neboť všechny tyto následky dohod lze v souladu s § 1 odst. 1 zákona považovat za narušení soutěže.

45. Pokud správní orgán prvního stupně dospěl na základě 100% tržního podílu účastníka řízení na obou relevantních trzích (České i Slovenské republiky) k závěru, že dohoda obsažená v čl. 9.12 Smlouvy o distribuci nejenom mohla vést, ale dokonce vedla k narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu, nelze mu v tomto ničeho vytknout. Daná úvaha je dne mého názoru zcela logická a správná, jak ostatně dovodil rovněž krajský soud ve svém druhém rozsudku. Vzhledem k tomu, že na relevantních trzích působí pouze účastník řízení, soutěž na trhu probíhá pouze v rámci jedné značky, tzn. mezi distributory zboží Tupperware navzájem. Na základě cenové dohody účastník řízení stanovuje všem svým distributorům ceny pro další prodej konečným spotřebitelům ve stejné výši, které jsou distributoři povinni dodržovat. Dohoda tudíž směřuje k fixaci jednotné cenové hladiny pokrývající celý relevantní trh. Jak svědci a oslovení distributoři uvedli, dohoda byla ze strany distributorů plněna, což vedlo k eliminaci cenové soutěže na trhu. Tím došlo k omezení konkurence uvnitř značky (intra brand competition), a to v nejdůležitějším parametru, kterým je cena. Dohoda jednak poskytla jednotlivým distributorům ochranu před agresivní konkurencí v oblasti ceny ze strany ostatních distributorů smluvního zboží, jednak snížila výhody plynoucí pro konečné spotřebitele z nenarušené konkurence soutěžitelů na trhu. Ti totiž byli zbaveni i potenciální možnosti získat zboží vyráběné účastníkem řízení za nižší cenu, která by byla výsledkem této konkurence mezi prodejci.

46. Jak bylo výše uvedeno, čl. 81 odst. 1 písm. a) Smlouvy ES upravuje obsahově totožný zákaz uzavírání cenových dohod, který je v kontextu vnitrostátní právní úpravy zakotven v § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona, a tudíž platí vše, co již bylo řečeno výše. Pro aplikaci čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES na posuzovanou dohodu je však navíc podstatné zhodnotit, zda tato dohoda byla způsobilá znatelně ovlivnit obchod mezi členskými státy Evropského společenství.

[7] Viz např. rozsudek Tribunálu v případě C-49/92 P ze dne 8. 7. 1999 ve věci *Anic Partecipazioni SpA* [1999], ECR I-4125 nebo rozsudek Soudního dvora v případě 56 a 58-64 ze dne 13. 7. 1966 ve věci *Consten a Grundig* [1966], ECR – 429.

47. Platí přitom, že dohody, které pokrývají více členských států, případně jsou ve více členských státech uplatňovány, jsou téměř ve všech případech z jejich samotné podstaty způsobilé mít dopad na obchod mezi členskými státy. Ze své podstaty jsou obvykle způsobilé ovlivnit obchod mezi členskými státy ty vertikální dohody uplatňované v několika členských státech, které usměrňují konkrétním způsobem průběh obchodu (např. selektivní distribuční systémy), nebo které uzavírají trh (např. dohody o závazku nekonkurovat). Rovněž dohody o přímém určení cen pro další prodej, které pokrývají dva či více států, jsou ze své podstaty způsobilé narušit obchod mezi členskými státy, neboť mění cenové hladiny, které by pravděpodobně existovaly při absenci dohod, čímž ovlivňují průběh obchodu (viz ustanovení 61 až 76 Oznámení Komise - Výkladová pravidla pro pojem dopad na obchod mezi členskými státy obsažený v článcích 81 a 82 Smlouvy, publ. v ÚV EU pod č. 2004/C 101/07 dne 27. 4. 2004).

48. Dohody obsažené v čl. 9.12 Smlouvy o distribuci jsou dohody o přímém určení ceny kupujícímu pro další prodej uplatňované na území dvou členských států (České republiky a Slovenské republiky), jsou tedy způsobilé ovlivnit obchod mezi členskými státy. A s ohledem na výši podílu dodavatele na obou relevantních trzích je třeba konstatovat, že tyto dohody jsou způsobilé obchod mezi členskými státy ovlivnit znatelně.

49. Na základě všeho, co bylo uvedeno výše, v souladu se závěry správního orgánu prvního stupně uzavírám, že účastník řízení svým jednáním popsaným v první výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí uzavřel a plnil zakázané a neplatné dohody o určení cen kupujícímu pro další prodej, čímž se dopustil **velmi závažných správních deliktů**, národního a komunitárního, které **vedly k narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu**.

Posouzení dohody obsažené v čl. 9.13 Smlouvy o distribuci

50. Podobně, jako tomu bylo u dohody pod bodem 9.12 Smlouvy o distribuci, bylo v rámci správního řízení prokázáno, že rovněž dohodu uvedenou pod bodem 9.13 Smlouvy o distribuci distributoři účastníka řízení plnili a považovali ji za závaznou, přičemž se domnívali, že její porušení by bylo pravděpodobně ze strany účastníka řízení sankcionováno. Tvrzení distributorů byla i zde nadto potvrzena v rámci ústního jednání jednatelkou účastníka řízení, která uvedla, že vývoz nebo opětovný prodej ze strany distributora není v zájmu (její) společnosti a ani k němu nedochází. Rovněž v tomto případě bylo tedy postaveno najisto, a krajským soudem ve druhém rozsudku aprobováno, že účastník řízení svým jednáním popsaným v druhé výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí uzavřel a plnil zakázané a neplatné dohody o zákazu opětovného prodeje a exportu, čímž porušil národní a komunitární právní normy chránící hospodářskou soutěž.

51. V situaci, kde neexistuje nebo dokonce nemůže existovat soutěž mezi značkami (inter brand competition), hraje nezastupitelnou roli soutěž v rámci značky (intra brand competition), neboť pouze ta je zdrojem soutěžního tlaku vyvíjeného na jednotlivé soutěžitele, který brání zneužití tržní síly, ať jednotlivě držené, nebo dosažené kooperací mezi jinak samostatnými soutěžiteli. Na tomto místě je nutné připomenout, že hlavním negativním účinkem dohod

o zákazu exportu na vertikální úrovni je přitom právě omezení soutěže v rámci značky, které dodavateli umožňuje trh dělit, a tím bránit jeho integraci. Na základě dohody o zákazu exportu jsou distributoři zboží omezeni ve výběru konečného zákazníka, což se zpětně negativně odráží na konečných spotřebitelích, kteří nemohou poptávat zboží od některých prodávajících. Je možné konstatovat, že dohody o zákazu exportu tak přispívají k uzavření trhu. Snížená konkurence v rámci značky pak s sebou může přinášet i zeslabení cenové soutěže v důsledku vyloučení soutěže mezi distributory působícími na území různých států. Dohody o zákazu exportu poskytují jednotlivým distributorům územní ochranu před případnou efektivnější konkurencí ze strany zahraničních distributorů, čímž jim propůjčují tržní moc, kterou by jinak nedisponovali a která jim umožňuje ovlivňovat klíčové parametry soutěže ve svůj prospěch a naopak v neprospěch spotřebitelů. Dohody o zákazu exportu tudíž mají výrazné protisoutěžní efekty a přinejmenším mohou vést k narušení hospodářské soutěže.[8]

52. Na základě výše uvedeného mám tudíž za to, že zakázané a neplatné dohody o zákazu opětovného prodeje a exportu, které účastník řízení uzavřel a plnil, představují **závažné porušení** národních a komunitárních soutěžně-právních norem a **mohly vést k narušení soutěže**. Skutečné narušení soutěže nicméně v důsledku uzavření a plnění dohody obsažené v čl. 9.13 Smlouvy o distribuci ve správním řízení prokázáno nebylo.

Primární delikt

53. Jak jsem již uvedl výše, v souladu s absorpční zásadou může být v případě sbíhajících se deliktů uložena pokuta pouze za delikt primární, tedy delikt nejpřísněji postižitelný, přičemž spáchání ostatních správních deliktů se pak posuzuje jako přitěžující okolnost. Nejprve je tedy nezbytné určit, který z deliktů spáchaných účastníkem řízení je nejpřísněji trestný, jinými slovy, za který by byla při samostatném posouzení uložena nejvyšší sankce, a z něj vyjít při určení výše sankce nově ukládané.

54. Předně konstatuji, že horní hranice sankce, stejně jako kritéria pro její určení, jsou ve vztahu ke všem deliktům totožné, neboť § 22 odst. 2 zákona se aplikuje vzhledem k § 21a odst. 5 zákona taktéž na porušení článků 81 a 82 Smlouvy ES. Při určení deliktu nejpřísněji trestného, stejně tak konečné výše pokuty za něj ukládané, se přitom v souladu s § 22 odst. 2 zákona vychází zejména ze závažnosti deliktu, jeho délky a případného opakování.

55. Po uvážení všech výše zmíněných relevantních skutečností, jako je horní hranice sankce, závažnost deliktů a jejich dopady na hospodářskou soutěž, konstatuji, že za přísněji trestné je nutné považovat delikty (národní i komunitární) uvedené v první výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí, tj. zakázané a neplatné dohody o určení cen kupujícímu pro další prodej, neboť deliktní jednání účastníka řízení v tomto případě prokazatelně vedlo

[8] Rovněž z relevantní soudní judikatury (např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Ca 64/2004-58 ze dne 31. 5. 2006 ve věci ČEZ a navazujícího rozsudku NSS ze dne 23. 10. 2008, č. j. 8 Afs 17/2007-100) plyne, že dohody o zákazu opětovného prodeje a exportu mají za svůj cíl omezení soutěže ve smyslu čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES, a mají tedy minimálně rovněž potenciální negativní dopad na hospodářskou soutěž ve smyslu § 3 odst. 1 zákona.

k narušení soutěže na relevantním trhu. Přičemž se rovněž zcela ztotožňuji se správním orgánem prvního stupně, který konstatoval, že se jedná o delikty velmi závažné. Oproti tomu, v případě závažných deliktů zachycených ve druhé výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí, tj. dohody o zákazu opětovného prodeje a exportu, narušení soutěže na relevantním trhu prokázáno nebylo.

56. Jestliže tedy přísněji trestnými jsou delikty obsažené v první výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí, zbývá tedy určit, který z těchto dvou deliktů by byl při samostatném posouzení postižen přísněji. V daném případě se jedná o jednočinný souběh dvou deliktů, tedy jediný skutek, z čehož plyne, že skutkové okolnosti spáchání deliktů (viz polehčující, přitěžující okolnosti) stejně jako jejich účinky jsou totožné. Závažnost obou deliktů tak v tomto případě považuji za shodnou.

57. Do úvah o nejpřísněji postižitelném deliktu je ovšem nutno promítnout rovněž délku jejich trvání. Co se národního deliktu týče, sankce v tomto případě je dle praxe Úřadu ukládána za období od 1. 7. 2001 do 5. 10. 2005 (viz níže), což by bylo možno klasifikovat již jako střednědobé porušení zákona. Oproti tomu sankce za delikt s komunitárním prvkem by byla ukládána za dobu od 2. 6. 2004 do 5. 10. 2005. Je zřejmé, že delikt s komunitárním prvkem uvedený v první výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí pod písmenem c), trval výrazně kratší dobu, než je doba, za níž lze uložit sankci za delikt národní (viz první výroková část prvního druhostupňového rozhodnutí písm. b), na základě čehož po zohlednění ostatních dílčích závěrů týkajících se závažnosti obou deliktů dovozuji, že nejpřísněji postižitelným je právě výše zmíněný delikt národní.

58. Za nejpřísněji postižitelný, na základě výše popsaných úvah[9], považuji tedy národní delikt uvedený v první výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí (dále též „**primární delikt**“) a za tento, za dobu jeho trvání specifikovanou pod písmenem b) první výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí, bude v souladu s absorpční zásadou účastníku řízení ukládána sankce.

59. Závěrem shrnuji, že primární delikt vnímám jako velmi závažný. Dohody o přímém určení ceny pro další prodej, patří mezi nejzávažnější formy zakázaných dohod, neboť vedou k přímému omezení cenové konkurence v neprospěch spotřebitelů. Nadto, v daném případě bylo prokázáno, že primární delikt vedl k faktickému narušení soutěže na relevantním trhu.

*Délka trvání deliktu*

60. Druhým zákonným kritériem, kterým je třeba se obligatorně při ukládání pokuty zabývat, je délka trvání porušování zákona. Nicméně, než se budu konkrétně zabývat tímto zákonným kritériem, chtěl bych připomenout některé trestně-právní teoretické koncepty, jež mají praktické implikace i pro úvahy o délce trvání deliktu.

[9] Podobný postup byl ostatně aprobován krajským soudem v rozsudku č. j. 62 Ca 37/2009 ze dne 21. 4. 2011 ve věci *České dráhy*.

61. V rozsudku č. j. 2 Afs 93/2008-943 ze dne 10. 4. 2009 NSS uvedl, že protikartelové právo patří do oblasti deliktního práva správního a že pro určení charakteru správních deliktů lze vycházet z nauky i judikatury trestního práva, což již bylo akceptováno v rozhodovací činnosti NSS i Ústavního soudu (viz např. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 15. 1. 2008, č.j. 2 As 34/2006-73, publ. pod č. 1546/2008 Sb. NSS). Nauka trestního práva přitom rozeznává v případě deliktního jednání, které se odehrává (nebo jeho následky trvají) v delším časovém horizontu tyto formy trestné činnosti: pokračování v trestné činnosti, trvající trestnou činnost a hromadný trestný čin.

62. Pokračováním v trestném činu se „rozumí takové jednání, jehož dílčí útoky vedené jednotným záměrem naplňují stejnou skutkovou podstatu trestného činu, jsou spojeny stejným nebo podobným způsobem provedení a blízkou souvislostí časovou a v předmětu útoku.“[10]

63. „Trvající trestný čin je takový čin, kterým pachatel vyvolá protiprávní stav a ten pak udržuje anebo udržuje protiprávní stav, aniž zákon vyžaduje, aby jej také vyvolal. Podstatným rysem trvajícího trestného činu je, že se zde postihuje právě ono udržování protiprávního stavu. Proto tu část jednání pachatele, které se dopustil před změnou trestního zákona, lze posoudit spolu s částí jednání spáchaného po této změně jako jediný trvající trestný čin jen tehdy, jestliže byla část spáchaná za účinnosti dřívějšího zákona vůbec trestná. U tohoto trestného činu musí trvat jednání, kterým se udržuje protiprávní stav. Tím se tento trestný čin liší od poruchových deliktů, jimiž se také způsobuje protiprávní stav, který může delší dobu trvat, ale nepostihuje se jeho udržování. Trvající trestné činy se posuzují jako jediné jednání, které trvá tak dlouho, pokud je protiprávní stav udržován.“[11]

64. „Hromadné trestné činy jsou ty trestné činy, u nichž k trestní odpovědnosti nestačí jeden útok (akt), ale je jich třeba několik, popř. kde mnohost je podmínkou použití vyšší trestní sazby. Jsou tedy charakterizovány tím, že jejich pojmovým znakem je více útoků spojených společným záměrem (...) na rozdíl od pokračování je tu však mnohost útoků vyjádřena přímo jako znak skutkové podstaty trestného činu (...)“ a dále „Pokračování v trestné činnosti, stejně jako delikty trvající a hromadné jsou považovány de iure za jediný skutek a jediný trestný čin.“[12]

65. Jak NSS dále upozornil, tyto doktrinální názory se promítají i do stávající trestní judikatury, např. usnesení Nejvyššího soudu ze dne 31. 1. 2007, sp. zn. 8 Tdo 1161/2006: „(...) trvající trestný čin je takový čin, kterým pachatel vyvolá protiprávní stav a ten pak udržuje anebo udržuje protiprávní stav, aniž zákon vyžaduje, aby jej také vyvolal. (…) Trvající trestný čin se posuzuje jako jediné jednání, které trvá tak dlouho, pokud je protiprávní stav udržován; jeho podstatným znakem je, že se zde postihuje právě ono udržování protiprávního stavu (…)“, nebo usnesení Nejvyššího soudu ze dne 18. 6. 2008, sp. zn. 11 Tdo 250/2008: „(…) pokud je část pokračujícího nebo trvajícího trestného činu spáchána též za účinnosti nového zákona, je třeba kvalifikovat celý čin (skutek) podle tohoto (nového) zákona, i když jeho část byla

[10] Šámal, P., Púry, R., Rizman, S.: Trestní zákon: komentář I. díl, 6. vyd., Praha, C. H. Beck 2004, s. 24
[11] Kratochvíl, V. a kol.: Trestní právo hmotné. Obecná část. II. vydání, Brno, Masarykova univerzita 1996, s. 100
[12] Šámal, P., Púry, R., Rizman, S.: Trestní zákon: komentář I. díl, 6. vyd., Praha, C. H. Beck 2004, s. 25

spáchána za účinnosti původní úpravy. Uvedené pravidlo ovšem platí pouze tehdy, jestliže část jednání, která byla spáchána za účinnosti původní úpravy, byla vůbec trestná (…).“

66. NSS v rozsudku č. j. 2 Afs 93/2008-943 ze dne 10. 4. 2009 dále konstatuje: „*Z formulace těchto skutkových podstat vyplývá, že v případě kartelů se jedná o delikty trvající: podniky (případně jiní soutěžitelé) nejprve vyvolají protiprávní stav (typicky uzavřením kartelové dohody, s její následnou realizací, projevující se omezením soutěže na relevantním trhu - přičemž protiprávní je již jen její samotné uzavření), a její realizací omezí či ohrozí hospodářskou soutěž) a poté protiprávní stav (ohrožení nebo omezení hospodářské soutěže) kratší či delší dobu udržují. Toho mohou dosáhnout typicky jednáním omisivním (zdržují se obvyklého tržního jednání, např. nedodávají na trh zboží v množství odpovídajícím poptávce, nesníží cenu výrobků či služeb tak, aby dosáhli většího obratu a zisku, neuvádějí své zboží do oběhu na určitém trhu apod.) případně i jednáním komisivním. Takové hodnocení je ostatně v souladu i s judikaturou Evropského soudního dvora, který rovněž dospěl k závěru, že komplex dohod a ujednání v rámci institucionalizovaného řadu let praktikovaného systému pravidelných kontaktů je třeba kvalifikovat jako jednu trvající dohodu (Rozsudek Soudu prvního stupně ve věci T-141/89, „Trefileurope“, Recueil 1995, s. II-791, bod 85, rozsudek Evropského soudního dvora ve věci „Sarrio“, C-291/98 P, Recueil 2000, s. I-9991, bod 50).“*

67. Ze všeho, co bylo řečeno výše, tedy plyne, že pokud část činu byla spáchána též za účinnosti nového zákona, je třeba kvalifikovat celý čin (skutek) podle tohoto (nového) zákona, i když jeho část byla spáchána za účinnosti původní úpravy a i podle této byl čin trestný. V této souvislosti konstatuji, že Úřad pochybil, pokud v napadeném rozhodnutí i prvním druhostupňovém rozhodnutí v prvním i druhém výroku deklaroval, že účastník řízení porušil v období od 24. 3. 1997 do 30. 6. 2001 § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., respektive § 3 odst. 1 zákona č. 63/1991 Sb. a v období od 1. 7. 2001 do 5. 10. 2005 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona. V souladu s doktrinálním trestně-právním pojetím trvajících deliktů by byla náležitá deklarace, že účastník řízení porušil v období od 24. 3. 1997 do 5. 10. 2005 zákaz uvedený v § 3 odst. 1 a odst. 2 písm. a) zákona, respektive § 3 odst. 1 zákona. V takovém případě by nebylo sporu o tom, že primární delikt trval více než osm let a za celou tuto dobu by bylo rovněž na místě uložit sankci dle zákona.

68. Nicméně jelikož Úřad v napadeném rozhodnutí i prvním druhostupňovém rozhodnutí deklaroval porušení jak zákona č. 63/1991 Sb., tak zákona, přičemž Úřad není oprávněn sankcionovat delikty spáchané za účinnosti zákona č. 63/1991 Sb., jak jsem již připomněl výše, deklaruji, že do výše sankce ukládané za primární delikt jsem zohlednil pouze dobu po nabytí účinnosti zákona dne 1. 7. 2001. Ačkoliv tedy primární delikt trval více než 8 let, pokutu za něj uděluji za období od účinnosti zákona, tedy za dobu čtyř let. Tento postup je nadto pro účastníka řízení příznivější.

69. Na okraj dále podotýkám, že správní orgán prvního stupně rovněž pochybil, pokud konstatoval, že se účastník správního řízení dopustil deliktního jednání s komunitárním prvkem až od 2. 6. 2004, tedy od účinnosti novely zákona provedené zákonem č. 340/2004 Sb., jež do zákona vnesla § 22a, který ve svém odstavci 5 stanoví, že při udělování pokut v šetřeních nebo řízeních s komunitárním prvkem se postupuje podle zákona, konkrétně jeho

§ 22. Nemůže být nicméně sporu o tom, že deliktní jednání s komunitárním prvkem účastníka řízení započalo již okamžikem přistoupení České republiky k Evropské unii, tedy dne 1. 5. 2004, a tedy případná sankce za deliktní jednání by měla být uložena již od tohoto okamžiku[13]. Ke stejnému závěru ostatně došel krajský soud ve svém rozsudku č.j. 62 Ca 37/2009 ze dne 21. 4. 2011 ve věci *České dráhy*. Nicméně, vzhledem ke skutečnosti, že oba delikty s komunitárním prvkem se v daném případě pouze promítají do konečné sankce udělené za primární delikt jakožto přitěžující okolnosti, a nadto postup správního orgánu prvního stupně je pro účastníka řízení příznivější, výše uvedené úvahy jsem do výsledné pokuty žádným způsobem nepromítl.

*70.* Po zvážení všech výše uvedených skutečností, zejména typové závažnosti spáchaného primárního deliktu, jeho dopadu na relevantní trh a délky protisoutěžního jednání, stanovím základní částku pokuty na 546 000,- Kč.

*Opakované porušení zákona*

71. Pokud jde o třetí kritérium uvedené v § 22 odst. 2 zákona, a to opakování porušení zákona, zde ve shodě se správním orgánem prvního stupně konstatuji, že se účastník řízení v minulosti nedopustil porušení zákona. V této souvislosti ovšem upozorňuji, že z tohoto důvodu není na místě pokutu zvyšovat, ovšem ani snižovat. Okolnost, že jde o první porušení zákona, není sama o sobě polehčující skutečností, což ostatně potvrdil i krajský soud např. ve svém rozsudku č. j. 62 Ca 41/2009-542 ze dne 5. 8. 2010, když konstatoval, že „*…opakované jednání, kterým je třeba rozumět opakované porušení ZOHS ze strany účastníka řízení, je třeba považovat za okolnost, která účastníkovi přitěžuje. Naopak nelze automaticky dovodit, že prostý fakt spočívající v tom, že účastník doposud ZOHS neporušil a sankcionované jednání je jeho prvním proviněním na soutěžním poli, je okolností polehčující. Takový závěr z uvedeného ustanovení nevyplývá. Skutečnost, že účastník jedná podle zákonů je totiž pravidlem, a zásadně není možné na ni hledět jako na výhodu, která má být zohledněna při ukládání pokuty*.“ Shrnuji, že po zohlednění tohoto kritéria uloženou pokutu z tohoto důvodu nebylo třeba žádným způsobem upravovat.

*Subjektivní stránka*

72. Obecně je možno uvést, že ačkoliv je odpovědnost za protisoutěžní jednání odpovědností objektivní, konstrukce zákona předpokládá možnost uložení pokuty či opatření k nápravě za protisoutěžní delikt pouze tehdy, jestliže k porušení zákona dochází zaviněně, resp. slovy zákona úmyslně nebo z nedbalosti (§ 22 odst. 2 zákona). Zákon tak napevno ukládá soutěžnímu úřadu, aby u všech soutěžitelů, tj. jak u fyzických, tak u právnických osob, které hodlá za porušení hmotněprávních ustanovení zákona sankcionovat, zkoumal zavinění. Úřad ve svých rozhodnutích složku zavinění zkoumá pravidelně i u soutěžitelů – právnických osob, a tento postup nebyl ze strany správních soudů nikdy zpochybněn, resp. byl naopak aprobován. Zkoumání subjektivní stránky jednání účastníka řízení považuje tedy Úřad

[13] V této souvislosti odkazuji rovněž na bod 79 prvního druhostupňového rozhodnutí.

za nezbytnou součást úvah o samotné možnosti uložit pokutu; forma zavinění je pak i podle judikatury správních soudů relevantní z hlediska rozhodování o výši ukládané pokuty.[14]

73. Zaviněním se rozumí psychický vztah toho, kdo se určitým způsobem chová, k výsledku jeho chování. I v soutěžním právu je třeba rozlišovat dvě základní formy zavinění: úmysl (dolus) a nedbalost (culpa). Při zkoumání formy subjektivní stránky správního deliktu, tj. zavinění, je třeba vycházet ze vztahu intelektuální a volní složky k objektu deliktu, jímž je právem chráněný zájem, proti němuž jednání směřuje. Není tedy rozhodné, zda účastník řízení věděl, že porušuje konkrétní zákonné ustanovení, či zda si byl vědom možnosti porušení zákona. Při posouzení subjektivní stránky primárního deliktu je rozhodné posouzení volní a vědomostní složky ve vztahu k objektu deliktu, tj. právem chráněnému zájmu, jímž je existence a fungování hospodářské soutěže na trhu zboží a služeb, resp. hospodářská soutěž prostá narušení ve smyslu § 1 odst. 1 zákona, tedy účinná hospodářská soutěž.

74. Vzhledem k výše podanému uzavírám, že zkoumání subjektivní stránky je nejen přípustné a možné, ale vzhledem k dikci zákona a konstantní rozhodovací praxi správních soudů i nezbytné, a to jako významné skutečnosti ovlivňující výši ukládané pokuty. Přestože právnické osoby samy vůli ve smyslu psychologickém nemají, jejich vůle ve smyslu právním, tj. vůle manifestovaná jejich úkony, je vždy vytvářena osobami fyzickými, které „vůli“ právnických osob utvářejí, resp. ji projevují. Jak již bylo zmíněno, na obsah „vůle“ právnických osob lze usuzovat toliko z jejích projevů.

75. Závěry správního orgánu prvního stupně ohledně subjektivní stránky správního deliktu nepovažuji za přesné. Nemohu se ztotožnit s názorem správního orgánu prvního stupně, že účastník řízení hodlal prostřednictvím dohod, které byly předmětem správního řízení, zajistit lepší distribuci zboží. Cílem uzavření dohody o určení ceny bylo stanovení jednotných pevných cen pro prodej zboží Tupperware konečným spotřebitelům na celém relevantním trhu, resp. relevantních trzích, a tím omezení soutěže v parametru ceny na navazujícím stupni trhu. Naopak distribuce zboží, resp. její kvalitativní prvky, byly zajištěny na základě jiných ustanovení Smlouvy o distribuci. Pokud účastník řízení uzavíral písemně zakázané dohody s distributory zboží, tyto dohody byly rovněž v souladu s jeho záměrem plněny, nelze dovodit, že takové jednání účastníka řízení se uskutečňovalo v důsledku nedbalosti, popř. dokonce nedbalosti nevědomé. O tom ostatně svědčí i prohlášení jednatelky účastníka řízení zajištěné v rámci správního řízení (viz č.l. 41 a násl. správního spisu), kdy tato potvrdila skutečný účel uvedených dohod – tj. fixace ceny pro další prodej, omezení přeshraničního obchodu či dalšího prodeje zboží. Z uvedených prohlášení zástupkyně účastníka řízení, stejně jako ze shora provedených úvah nelze podle mého názoru než dovodit, že účastník řízení věděl, že obě dohody jsou způsobilé narušit soutěž mezi distributory na úkor spotřebitelů, a pro případ, že jím uzavírané dohody soutěž naruší, s tím byl srozuměn. Z těchto důvodů jsem dospěl k závěru, že v daném případě se jednalo o úmyslné porušení zákona.

76. Ostatně i krajský soud v rozsudku dovodil, že „*dohoda obsažená v čl. 9.12 smlouvy o distribuci směřovala ke stanovení ceny pro prodej zboží pocházejícího od žalobce konečným*

14 Srov. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Ca 133/2005-62 ze dne 30. 11. 2006 ve věci SAZKA, potvrzený rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 40/2007-111 ze dne 3. 10. 2008.

*spotřebitelům. Byla-li v rámci žalobcova distribučního systému uplatňována pouze jednotná smlouva o distribuci obsahující dikci čl. 9.12 a byl-li návazně uplatňován jednotný ceník žalobcova zboží, pak dohoda obsažená v čl. 9.12 smlouvy o distribuci zřetelně směřovala ke stanovení jednotné ceny všem žalobcovým distributorům. Žalobce si prostřednictvím tohoto mechanismu hodlal zajistit efektivní kontrolu nad cenotvorbou ohledně jím dodávaného zboží, hodlal zajistit, aby ceny konečným spotřebitelům při prodeji zboží od jeho distributorů byly shodné — tj. aby ve faktoru ceny nedocházelo mezi jednotlivými žalobcovými distributory k soutěžení. Dohoda obsažená v čl. 9.13 smlouvy o distribuci směřovala k tomu, aby zboží nebylo distribuováno jinými distributory než těmi, kteří toto konkrétní zboží vždy odeberou od žalobce, tj. aby na distribuční úrovni pro konečné spotřebitele měl žalobce efektivní kontrolu nad nabídkou a podmínkami plnění, a aby se „neotevírala" soutěž přes hranice jednotlivých států, a tedy jednotlivých územních distribučních systémů Tupperware. To odpovídalo záměru žalobce, jak jej deklaroval i ve správním řízení (již shora uvedená odpověď' jednatelky žalobce na otázku č. 17, protokol o ústním jednání ze dne 16. 3. 2005, č.l. 41 a násl. správního spisu). Ze shora uvedeného soud dovozuje, že žalobce přinejmenším věděl, že dohody obsažené v obou ustanoveních smlouvy o distribuci jsou způsobilé protisoutěžní efekt vyvolat, a byl s tím srozuměn. Pak má tedy soud ve shodě se žalovaným za prokázané, že v případě žalobce je prokázáno zavinění nejméně ve formě úmyslu nepřímého."*

*Přitěžující okolnosti*

77. Jak jsem již podrobně deklaroval shora, mám za to, že účastník řízení porušil zákon úmyslně, přičemž úmyslné porušení zákona je Úřadem konstantně posuzováno jako přitěžující okolnost, za kterou je pokuta navyšována. Tato dlouhodobá praxe Úřadu je aprobována též správními soudy.[15]

78. Další protisoutěžní jednání uvedené v prvním a druhém výroku prvního druhostupňového rozhodnutí nebylo možno v souladu s absorpční zásadou trestání sankcionovat samostatně a jednotlivé pokuty sčítat, tyto však musejí být zohledněny jako významné přitěžující okolnosti. To se týká jak deliktu uvedeného v první výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí pod písm. c), jež vedl k faktickému narušení hospodářské soutěže a který považuji za velmi závažný, tak deliktů uvedených ve druhé výrokové části prvního druhostupňového rozhodnutí. Tyto delikty, národní i komunitární, považuji za závažné, nicméně jejich protisoutěžní dopady zůstaly v rovině potenciální.

*Polehčující okolnosti*

79. V souladu se závěrem správního orgánu prvního stupně jsem jako polehčující okolnost vzal do úvahy fakt, že účastník řízení po celou dobu vedení správního řízení s Úřadem spolupracoval.

*Výsledná výše pokuty*

[15] Viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 47/2009 ze dne 28. 4. 2011 ve věci *Dellux*, str.14.

80. Závěrem shrnuji, že při novém stanovování konečné výše pokuty jsem přihlédl k vysoké typové závažnosti spáchaného primárního deliktu, jeho dopadům na hospodářskou soutěž na relevantním trhu, a dále skutečnosti, že deliktní jednání, za nějž je možno uložit sankci, trvalo více než čtyři roky. Do konečné výše sankce jsem promítl rovněž všechny přitěžující skutečnosti, tedy úmyslné spáchání primárního deliktu a další delikty spáchané ve vícečinném souběhu s deliktem primárním, jakož i okolnost polehčující. Po zvážení všech relevantních skutečností zvyšuji základní částku pokuty o 40 % a výslednou výši pokuty stanovím na 765 000,- Kč.

*Dodatečné zvážení zákonnosti a přiměřenosti pokuty*

81. Z důvodu časového odstupu mezi vydáním napadeného rozhodnutí a tohoto rozhodnutí jsem ještě dodatečně zvážil a přezkoumal, zda ukládaná pokuta nemůže být nyní považována za nepřiměřenou či likvidační a současně, zda není nezákonná pro případné přesáhnutí hranice 10 % čistého obratu účastníka dosaženého za poslední ukončené účetní období před vydáním tohoto rozhodnutí. Tento postup předpokládá i judikatura, např. v rozsudku ze dne 29. 3. 2012, č. j. 5 Afs 7/2011 – 619 ve věci „Pekaři“ Nejvyšší správní soud uvádí, že *„je třeba při ukládání pokuty přihlížet k čistému obratu dosaženému za poslední ukončený kalendářní rok, respektive k čistému obratu dosaženému za poslední ukončené účetní období soutěžitele před uložením pokuty, tedy před vydáním rozhodnutí o uložení pokuty. To platí jak pro prvostupňový správní orgán, tak pro správní orgán rozhodující o rozkladu účastníka řízení proti prvostupňovému rozhodnutí, pokud rozhoduje v době, pro niž je rozhodující jiné období ve smyslu výše uvedeném. (…) Ustanovení § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb. chápe zdejší soud tak, že Úřad může uložit pokutu nejvýše do 10 % z čistého obratu soutěžitele dosaženého ve stanoveném období, což znamená, že uložená pokuta by neměla tuto hranici překročit. Jde o to, aby uložená pokuta nebyla pro toho, komu je uložena, likvidační. Aby se tak nestalo, musí ten, kdo pokutu ukládá, tedy ten, kdo o ní rozhoduje, v době svého rozhodování znát aktuální hospodářskou situaci (ve smyslu § 22 odst. 2 ZOHS) toho, komu pokutu ukládá“.*

82. Při ukládání pokuty dle obratu účastníka dosaženého za rok 2004 (pokuta činí 0,7 % tohoto obratu) jsem proto reflektoval i pozdější hospodářskou situaci účastníka řízení, a to ze dvou Nejvyšším správním soudem akcentovaných hledisek, tedy z hlediska, zda pokuta uložená dle výše obratu za období před vydáním napadeného rozhodnutí nepřesahuje 10 % čistého obratu soutěžitele dosaženého v posledním ukončeném účetním období předcházejícím vydání tohoto rozhodnutí, a z hlediska jejího případného likvidačního účinku, opět vztaženo k obratu dosaženému soutěžitelem v posledním ukončeném účetním období předcházejícím vydání tohoto rozhodnutí.

83. Je nutno ovšem zdůraznit, že sama případná pozdější změna hospodářské situace nemůže vést k popření uložení sankce odrazující povahy pro narušitele zákona. I Komise v Pokynech Komise pro ukládání pokut[16] věnuje zvláštní pozornost potřebě zajistit, aby pokuty měly dostatečně odrazující účinek. Smyslem tohoto dodatečného přezkumu výše pokuty bylo uložení pokuty odpovídajících jak výši zákonem předvídaných i judikaturou dovozených

[16] Pokyny pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení č. 1/2003 (2006/C 210/02).

kritérií, tak uložení pokuty reflektujících i pozdější hospodářskou situaci dotčeného soutěžitele, aby tato nemohla být považována za likvidační.

84. V této souvislosti dále poukazuji na bod 35 Pokynů Komise, kde se výslovně podává, že „*Ke snížení pokuty (…) nebude Komisi stačit pouhé zjištění, že se daný podnik nachází v nepříznivé nebo ztrátové finanční situaci. Snížení bude povoleno pouze na základě objektivních důkazů prokazujících, že uložení pokuty podle podmínek stanovených v těchto pokynech by nezvratně ohrozilo ekonomickou životaschopnost dotyčného podniku a vedlo by ke ztrátě veškeré hodnoty jeho majetku.*“ Soudní dvůr Evropské unie v této situaci judikoval, že Komise by neměla při udělování sankce přihlížet k nepříznivé finanční situaci porušitele už jen s ohledem na to, že by tak získal neoprávněnou soutěžní výhodu subjekt nejhůře přizpůsobený situaci na trhu.[17] Docházím tak k závěru, že Komise rovněž zkoumá výši pokuty s ohledem na možnou likvidačnost pro podnik, nikoliv zda je podnik momentálně schopen platit.

85. Výzvou ze dne 4. 6. 2012 vyzval Úřad účastníka řízení, aby do 15. 6. 2012 předložil kopii dokumentů prokazujících výši čistého obratu za poslední ukončené účetní období, tj. za rok 2011. Této výzvě vyhověl účastník podáním doručeným Úřadu dne 14. 6. 2012, jehož obsahem byla rozvaha společnosti a výkaz zisku a ztráty, obojí za období roku 2011. Z těchto dokumentů Úřad zjistil, že účastník v roce 2011 dosáhl obratu 104 310 000 Kč a provozního výsledku hospodaření v podobě ztráty ve výši 13 693 000 Kč.

86. Ačkoliv se z výkazů zisků a ztrát účastníka řízení zveřejněných ve veřejně přístupném obchodním rejstříku[18] podává, že účastník i v roce 2005 dosáhl výsledku hospodaření před zdaněním -31 039 000 Kč, v roce 2006 -25 325 000 Kč, v roce 2007 -21 160 000 Kč, v roce 2008 -14 732 000 Kč, v roce 2009 -19 455 000,- Kč a v roce 2010 potom -16 856 000 Kč, zároveň z účetní rozvahy za rok 2011 plyne, že společnost měla v krátkodobém finančním majetku, tedy na bankovních účtech a v pokladní hotovosti částku 8 316 000 Kč. V krátkodobých pohledávkách za svými dlužníky v roce 2011 potom částku 14 123 000 Kč. Nadto, působí-li společnost dále na trhu, ačkoliv dlouhodobě dosahuje účetně tak výrazných záporných hospodářských výsledků, jak vyplývá z výkazů zisků a ztrát, nelze souhlasit s tvrzením účastníka řízení, že povinnost uhradit pokutu ve výši 765 000 Kč, jenž je jen zlomkem vykazovaných záporných hospodářských výsledků, by měla zásadní negativní dopady do hospodaření společnosti, v jejichž důsledku by byla tato společnost nucena odejít z trhu. Ve světle těchto skutečností a judikatury, na niž jsem poukázal výše, konstatuji, že pokutu uloženou účastníku řízení, neshledávám likvidační.

87. Rovněž lze poukázat na skutečnost, že účastník řízení od vydání prvního druhostupňového rozhodnutí (prosinec 2006) si musel být vědom rizika/možnosti vzniku povinnosti uhradit v rozhodnutí specifikovanou pokutu, tedy na tuto situaci se mohl rozumně, s péčí řádného hospodáře, připravit.

[17] C 96/82 IAZ V Commission (1983), T 175/95 BASF Coatings v Commission (1999).
[18] http://www.justice.cz/or/

88. Závěrem shrnuji, že ani při dodatečném zvážení výše uložené pokuty jsem neshledal, že by pokuta, uložená při samé spodní hranici zákonného rozpětí (činící 0,7 % čistého obratu účastníka řízení za rok 2011), byla nezákonná, nepřiměřená, likvidační, nebo nepředvídaná. Naopak mám důvodně za to, že adekvátním způsobem reflektuje jak charakter protiprávního jednání, tak i hospodářskou situaci účastníka řízení z hlediska likvidačních účinků, za situace, kdy uložení pokuty a její výši bylo možné rozumně předvídat. Uloženou pokutu proto nelze pro její výši považovat za nezákonnou či excesivní.

## V. Použité znění zákona, příznivost pozdější úpravy

89. Z ustanovení čl. 40 odst. 6 zákona č. 2/1993 Sb., Listiny základních práv a svobod vyplývá, že trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Ačkoliv toto ustanovení hovoří pouze o soudním trestání, jak plyne z judikatury Ústavního soudu (např. nález sp. zn. III. ÚS 611/01 nebo II. ÚS 192/05 a Pl. ÚS 21/96), je třeba totéž dovodit i pro další odvětví práva, tedy i pro právo správní. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku 5 Afs 68/2011-99 ze dne 21. 3. 2012 s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2004, č. j. 6 A 126/2002 – 27, uvádí: „*To, že žalobce se podle zjištění správních orgánů dopustil deliktu za účinnosti starého práva, ještě eo ipso neznamená, že mu také za tyto delikty podle starého práva může být bez dalšího uložena sankce. (…) …nelze trestat podle starého práva v době účinnosti práva nového, jestliže nová právní úprava konkrétní skutkovou podstatu nepřevzala; analogicky to platí i tehdy, jestliže nová úprava stanoví mírnější sankce za stejné jednání (například nižší výměru pokuty). Dále je třeba zdůraznit, že rozhodnutí správního orgánu, které trestá podle starého práva delikt v době platnosti a účinnosti práva nového, se naprosto nemůže obejít bez toho, aby důsledně porovnalo nové a staré skutkové podstaty deliktů, doložilo, že i podle nového práva jde ve všech případech o jednání trestné a že postih podle nového práva není pro delikventa výhodnější*.“

90. S ohledem na výše uvedené je nutno připomenout, že zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže) nabyl účinnosti dne 1. 7. 2001 a od počátku své účinnosti až do současnosti prošel několika novelizacemi.

91. Jak bylo již konstatováno výše, protiprávnost určitého jednání se posuzuje dle právní normy účinné v době spáchání deliktu, není-li pozdější právní úprava pro účastníka řízení příznivější. Za dobu spáchání deliktu se pak považuje okamžik dokonání deliktu, v tomto případě tedy den vydání napadeného rozhodnutí, a tudíž je třeba primárně aplikovat zákon ve znění platném a účinném k 5. 10. 2005, resp. k 31. 8. 2009.

92. Vzhledem k výše uvedenému jsem rovněž zvažoval, zda znění zákona po některé jeho novele není pro účastníka řízení příznivější. K tomu uvádím, že jednání, jež je předmětem tohoto řízení, bylo zakázáno po celou dobu účinnosti zákona, přičemž žádná změna daného zákona provedená po datu dokonání posuzovaného deliktu na této skutečnosti vůbec nic nezměnila.

93. Nelze rovněž dovodit, že by jakákoliv pozdější úprava mohla být pro účastníka řízení příznivější. Na tomto závěru nic nemění ani ustanovení § 22b odst. 1 zákona po novele provedené zákonem č. 155/2009 Sb. (liberační důvod), podle kterého *právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení zákonné povinnosti zabránila*, neboť v řízení nebylo zjištěno a účastník toho ostatně ani netvrdil, že by byly naplněny podmínky pro zproštění se odpovědnosti za daný správní delikt.

94. Kritéria pro uložení sankce dle § 22b odst. 2 zákona po novele provedené zákonem č. 155/2009 Sb. jsou přes formulační odlišnost podobna těm zakotveným v § 22 odst. 2 zákona.[19] Zánik odpovědnosti upravený v § 22b odst. 3 zákona po novele provedené zákonem č. 155/2009 Sb. představuje dokonce přísnější úpravu.

95. Otázku příznivosti pozdější právní úpravy jsem tedy posoudil tak, že pozdější právní úprava, která převzala původní pravidla a tato pravidla dopadající na pachatele správních deliktu přinejmenším ve stejném rozsahu jako zákon ve znění účinném do 31. 8. 2009, neobsahuje ani příznivější úpravu, co se týká ukládání trestů. Na jednání účastníka řízení je tudíž na místě aplikovat úpravu zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), účinnou do 31. 8. 2009.

96. Konstatuji, že jednání, jež bylo napadeným rozhodnutím, prvním druhostupňovým rozhodnutím i druhým rozsudkem krajského soudu shledáno v rozporu se zákonem, je deliktem i dle k dnešnímu dni platné a účinné právní úpravy, a je tudíž zcela namístě, pokutu za tento delikt udělit.

97. V této souvislosti rovněž podotýkám, že na komunitární úrovni došlo ke změně předpisů souvisejících s ochranou hospodářské soutěže. Jedná se o Lisabonskou smlouvu pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství, která nabyla účinnosti k 1. 12. 2009. Vedle přejmenování Smlouvy ES nově na Smlouvu o fungování Evropské unie, došlo rovněž k přečíslování článků původní Smlouvy ES, kdy čl. 81 Smlouvy ES je nyní nahrazen čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie. Nové ustanovení čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie je však totožného znění jako ustanovení čl. 81 Smlouvy ES. S ohledem na skutečnost, že jednání účastníka řízení bylo ukončeno před nabytím účinnosti Lisabonské smlouvy, přičemž na komunitární úrovni nově nedošlo ke změnám týkajícím se posuzování zakázaných dohod narušujících soutěž, bylo jednání účastníka řízení posuzováno dle komunitárních norem platných a účinných v době spáchání deliktu.

## VI. Závěr

[19] § 22 odst. 2 zákona uváděl kritéria demonstrativním způsobem, když výslovně byla zmíněna závažnost, délka trvání a opakování porušování. Ust. § 22b odst. 2 zákona ve znění novely zmiňuje výslovně závažnost, když, co lze rozumět závažností, vypočítává již příkladmo; nepochybuji, že délka a opakování porušení mají vliv na závažnost. Proto mám za to, že kritéria jsou nastavena i po novele podobně.

98. Na základě všech shora uvedených důvodů, maje na zřeteli závazný právní názor vyslovený v rozsudku krajského soudu č. j. 62 Af 4/2007-233 ze dne 23. 10. 2009, v rozsudku NSS č. j. 7 Afs 7/2008-200 ze dne 3. 12. 2008 a v rozsudku krajského soudu č. j. 62 Af 43/2010-101 ze dne 10. 11. 2011, po projednání věci rozkladovou komisí dle § 152 odst. 3 správního řádu a po přezkoumání souladu jak napadeného rozhodnutí v rozsahu uložené pokuty, tak správního řízení, které mu přecházelo, s právním předpisy, jakož i po přezkoumání věcné správnosti napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu v rozsahu uložené pokuty, jsem dospěl k závěru, že z důvodu popsaných výše je nutné napadené rozhodnutí ve výrokové části čtyři změnit tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

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

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**
Mgr. David Řehák, advokát
Holečkova 100/9
Praha 5

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