



UOHSX00BBBH2

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0001/2018/TS-31480/2018/310

Brno 31. října 2018

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0138/2017/TS-36513/2017/461/MNo ze dne 15. 12. 2017 ve věci porušení § 4 odst. 1 ve spojení s § 4 odst. 2 písm. b) a písm. e) zákona č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití, ve znění účinném do 30. 6. 2017, podal účastník řízení, společnost **Globus ČR, k.s.**, se sídlem Kostelecká 822/75, Čakovice, 196 00 Praha 9, IČO 634 73 291, zastoupená JUDr. Robertem Nerudou, Ph.D., advokátem advokátní kanceláře Havel & Partners s.r.o., se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1, jsem podle § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 183/2017 Sb., ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona a na základě návrhu rozkladové komise,

rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0138/2017/TS-36513/2017/461/MNo ze dne 15. 12. 2017 podle § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 183/2017 Sb., ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, **r u š í m** a věc vracím správnímu orgánu prvního stupně k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Napadené rozhodnutí

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“ nebo „**prvostupňový orgán**“) vydal dne 15. 12. 2017 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0138/2017/TS-36513/2017/461/MNo (dále též „**napadené rozhodnutí**“), kterým
 - a. ve výroku I. deklaroval, že se účastník řízení, společnost Globus ČR k. s., se sídlem Kostelecká 822/75, Čakovice, 196 00 Praha 9, IČO 634 73 291 (dále též „**Globus**“ nebo „**účastník řízení**“ nebo „**účastník**“) dopustil správního deliktu podle § 8 odst. 1 písm. a) zákona č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití, ve znění účinném do 30. 6. 2017 (dále též „**zákon o významné tržní síle**“ nebo „**ZVTS**“), ve spojení s § 4 odst. 1 a odst. 2 písm. e) téhož zákona, tím, že v období od 6. 3. 2016. do 30. 6. 2016 podmiňoval vzájemnou spolupráci s dodavateli (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...)(dále též souhrnně „**dotčení dodavatelé**“), uzavřením úplatné smlouvy se společnostmi Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG nebo společnostmi Markant Česko s.r.o. (dále též souhrnně „**Markant**“), přičemž na základě smlouvy uvedených dodavatelů se společnostmi Markant docházelo k platbě dodavatelů za tzv. kondice ve prospěch společnosti Markant, kdy platby za kondice nazvané zkratkami BVG a MKV fungovaly jako platba za přijetí potravin do prodeje v síti provozoven společnosti Globus;
 - b. ve výroku II. rozhodl, že se účastník dopustil správního deliktu podle § 8 odst. 1 písm. a) ZVTS, ve spojení s § 4 odst. 1 a odst. 2 písm. b) téhož zákona, tím, že v období od 6. 3. 2016 do 30. 6. 2017 získával od nejméně devíti dotčených dodavatelů plnění formou platby těchto dodavatelů za kondici MVR, prostřednictvím níž byly hrazeny služby účetního a marketingového charakteru, které účastníku řízení poskytovala společnost Markant, aniž by za tuto platbu uvedených dodavatelů bylo ze strany účastníka poskytnuto jakékoli protiplnění;
 - c. ve výroku III. uložil účastníku řízení za porušení ustanovení zákona uvedených ve výroku I. a II. napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 183 187 559 Kč;
 - d. ve výroku IV. zakázal účastníku řízení, aby ode dne právní moci napadeného rozhodnutí zneužíval svou tržní sílu způsobem, jak to definuje výrok I. a II. napadeného rozhodnutí;
 - e. ve výroku V. uložil účastníku řízení povinnost uhradit náklady správního řízení paušální částkou 2 500 Kč.

II. Rozklad

2. Proti napadenému rozhodnutí podal účastník řízení v zákonné lhůtě rozklad, v rámci kterého uplatnil dále uvedené námitky, které podrobněji zdůvodnil v doplnění rozkladu ze dne 22. 1. 2018 (dále též „**doplnění rozkladu**“).

a) *Nesprávné vymezení relevantního trhu*

3. Účastník řízení je přesvědčen, že Úřad vymezil relevantní trh nesprávně a nadhodnotil tak výši jeho tržního podílu a tržní síly. Účastník řízení zdůrazňuje, že Úřad vůbec nezkoumal relevantní skutečnosti a pouze tvrdí, jak má být trh vymezen, přičemž tato tvrzení nijak nedokládá. Podle účastníka musí vymezení relevantního trhu vycházet ze skutkových zjištění a nikoli z obecných teorií.
4. Účastník řízení dále namítá, že ke konstatování selhání trhu je nezbytné prokázat konkurenční tlaky a vztah poptávky a nabídky, což Úřad neučinil předmětem dokazování. Účastník řízení dle svých slov soutěží o dodávky dodavatelů s ostatními řetězci, online prodejci, velkoobchody a gastroprovozy.
5. Dále je podle jeho názoru nutné rozdělit produktové nákupní trhy vůči jednotlivým dodavatelům s ohledem na věcnou zaměnitelnost následovně: 1. destiláty, 2. mražené zboží, 3. sladkosti, 4. víno a likéry, 5. maso, uzeniny a lahůdky, 6. výrobky z medu a 7. koření. Takové vymezení produktových trhů podle účastníka řízení odráží kritérium poptávkové zastupitelnosti nejen z pohledu účastníka řízení, ale i z pohledu ostatních odběratelů. Úřad se měl tedy zabývat zastupitelností výrobků předmětných dodavatelů a aplikovat SSNIP test.
6. Úřad rovněž neprovedl žádnou ekonomickou analýzu, jak měl podle účastníka řízení učinit dle Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03), neboť SSNIP test slouží ke stanovení alternativních distribučních kanálů nebo odbytišť pro dodavatelovy výrobky. Tento koncept implikuje, že z produktového hlediska je relevantní trh determinován předmětnými výrobky dodavatele, a že na stejném produktovém relevantním trhu mohou působit nakupující, kteří nemusí být konkurenty na navazujícím trhu, neboť dodavatelův výrobek mohou používat pro jiné účely. Místo SSNIP testu a dalších ekonomických úvah tak dle účastníka řízení Úřad pouze účelově poukázal na soutěž nákupních tašek s potravinami a omezenou distribuční kapacitu na velkoobchodní úrovni.
7. Účastník řízení dále namítá, že Úřadem tvrzený one-stop shop musí být sestaven z několika různých produktových trhů, neboť musí nabídnout sortiment, který finální zákazník očekává, a uspokojit tak jeho potřeby. Úřad se tedy jednotlivými trhy měl zabývat, jinak vzniká dle účastníka řízení absurdní situace, kdy účastník řízení (ale i jiní provozovatelé obchodů s potravinami) může při řešení své potřeby nákupu zboží pro své obchody považovat za zastupitelné (nahraditelné) například (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) Dále takové vymezení trhu implikuje, že hypotetický monopolní dodavatel másla či piva by měl na trhu prakticky zanedbatelný „rozplynutý“ tržní podíl, a tedy zanedbatelnou tržní sílu a plnou závislost na odběratelích, a to přesto, že by si účtoval monopolní cenu a byl pro odběratele, včetně účastníka řízení, nevyhnutelným obchodním partnerem.
8. Účastník řízení dále poukazuje na rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S472/2011/KS-7043/2012/840/RPI ze dne 12. 4. 2012, v němž Úřad rozlišoval existenci různých produktových relevantních (velkoobchodních) trhů pečiva a cukrářských výrobků a uzavřel, že na několika trzích obchodní řetězce nedisponují dostatečnou vyrovnávací kupní silou. Skutečnost, že společnost AGROFERT a.s. na jedné straně na základě interpretace zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (dále též „**zákon o ochraně hospodářské soutěže**“ nebo „**ZOHS**“), dle Úřadu musela kvůli tržní síle spojením vzniklého

subjektu přijímat vůči odběratelům rozsáhlé a tvrdé závazky, ale na druhé straně by na základě interpretace ZVTS ze strany Úřadu byla dodavatelem s „rozplynutým“ tržním podílem, který je na stejných odběratelích závislý a kterého je potřeba chránit, dále poukazuje na nesprávnost vymezení relevantního trhu v napadeném rozhodnutí. Úřad tak opomněl skutečnost, že vymezení relevantního trhu je otázkou vycházející ze skutkových zjištění a tedy ve svém základě ekonomickou, a proto je zcela absurdní tvrdit, že jedna a tatáž interakce dvou soutěžitelů ve stejném čase je součástí dvou různě definovaných relevantních trhů, a to v závislosti na tom, zda se trh definuje při aplikaci ZVTS nebo ZOHS. Dle účastníka řízení je relevantní trh pouze jeden a nelze jej účelově měnit, jako to měl učinit Úřad v napadeném rozhodnutí.

9. Za účelový účastník řízení rovněž považuje argument Úřadu o tom, že vymezení souhrnného nákupního trhu předurčuje znění ZVTS. Při takovém výkladu znění zákona by dle účastníka řízení vyvrácení vyvratitelné domněnky o existenci významné tržní síly bylo prakticky nemožné, a ustanovení § 3 odst. 2 ZVTS by tak bylo zbytečné. Účastník řízení je přesvědčen, že toto nemohlo být záměrem zákonodárce. Naopak možnost vyvrácení domněnky je přílehlavá právě pro situaci, ve které se nachází účastník řízení.
10. Úřadem zvolená konstrukce dále podle účastníka řízení opomíná, že dodavatelé potravin mají k dispozici jiné distribuční kanály a odběratele potravin než one-stop shopy, a to specializované prodejny, velkoobchody či gastroprovozy, které přitom s one-stop shopy o dodávky dodavatelů potravin soutěží. Tyto alternativní distribuční kanály Úřad do trhu nesprávně nezahrnuje, aniž by je jakkoliv zkoumal. V soutěžní rozhodovací praxi tyto distribuční kanály do relevantního trhu naopak běžně zahrnuje.
11. Úřad rovněž podle účastníka řízení zcela opomněl geografický rozměr jednotlivých produktových trhů. Argument Úřadu, že trh dodávek části sortimentu potravin za účelem dalšího prodeje sice může přesahovat hranice České republiky, avšak trh nákupu potravin za účelem dalšího prodeje má výrazně národní charakter, považuje účastník řízení za zcela účelový a ekonomicky nesmyslný. Ostatní argumenty Úřadu ohledně národního vymezení trhu nejsou relevantní, neboť jsou ohledně geografického rozměru trhu neinformativní nebo se nevztahují k tomuto trhu, ale k navazujícímu trhu maloobchodního prodeje potravin. Geografický trh zúžený na ČR je tak z pohledu účastníka řízení ryze účelový.

b) Neprokázání existence významné tržní síly

12. Účastník dále uvádí, že sám prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že tržní podíl účastníka nepřesahuje (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) a mezi odběrateli tedy obsadil až sedmé místo. Z této skutečnosti pak účastník řízení dovozuje, že nemůže významnou tržní silou disponovat.
13. Dle účastníka Úřad dále pochybil ve výpočtu tržního podílu na souhrnném nákupním trhu potravin, neboť správným výpočtem z údajů uvedených v napadeném rozhodnutí dospěl účastník řízení k závěru, že jeho tržní podíl v roce 2016 nepřesahuje (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...). Úřad tedy dle účastníka neprávne určil a výrazně nadhodnotil výši jeho tržního podílu na souhrnném nákupním trhu s potravinami.
14. Účastník řízení dále poznamenává, že Úřad argumentuje tržními podíly účastníka řízení za roky 2015 a 2016, avšak jeho jednání prošetřuje za období 2016 a 2017. Úřad pak dle

účastníka řízení vůbec neuvádí a neanalyzuje tržní podíl účastníka řízení v roce 2017, přestože je součástí rozhodného období. Účastník řízení je přesvědčen, že Úřad opomíjí jeho tržní podíl na údajném souhrnném nákupním trhu v roce 2017 účelově, neboť tržní sílu je nutné zkoumat k období, ve kterém došlo k údajnému jednání, což je základním předpokladem zákonnosti a správního trestání.

15. Účastník řízení také konstatuje, že na jím správně vymezených produktových trzích je koncentrace dodavatelů a tržní síla předmětných dodavatelů řádově větší než tvrdí Úřad. Účastník řízení je současně přesvědčen, že jeho tržní podíl je na těchto trzích s pravděpodobností hraničící s jistotou výrazně nižší než údajný (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) podíl na souhrnném nákupním trhu. V každém případě Úřad dle účastníka řízení pochybil, pokud nezjistil postavení účastníka řízení a zejména dotčených dodavatelů na příslušných správně vymezených relevantních trzích. Účastník řízení je tedy přesvědčen, že kritérium struktury trhu domněnku existence významné tržní síly účastníka řízení spolehlivě vyvrací.
16. Účastník řízení dále poukazuje na skutečnost, že je až (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) odběratelem potravin na souhrnném trhu nákupu potravin. Úřad, zřejmě vědom si toho, že nízký tržní podíl účastníka řízení a odstup tohoto podílu od ostatních konkurentů na souhrnném nákupním trhu silně indikuje neexistenci významné tržní síly, uzavírá, že významná tržní síla účastníka řízení pramení z jeho příslušnosti k úzké skupině největších odběratelů na trhu, tzv. oligopsonu a naznačuje, že účastník řízení má schopnost tzv. gatekeepera, tj. subjektu, jenž rozhoduje o tom, které zboží od dodavatelů projde až k finálním zákazníkům a které již nikoliv. Tato svá tvrzení však Úřad podle účastníka řízení nijak neprokazuje. Pro účastníka není rovněž představitelné, aby subjekt s tržním podílem (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...), který není vůbec zastoupen ve 4 ze 13 krajů, není zastoupen v drtivé většině měst v České republice a disponuje pouze 15 prodejny, takové postavení vůbec mohl mít.
17. Úřad dále dle účastníka řízení nebere v potaz, že dodavatelé, včetně dotčených dodavatelů, mají nepochybně k dispozici i jiné způsoby odbytu svého zboží než jen maloobchodní prodej, jako jsou vlastní prodejny, internetové obchody nebo rozvážkové služby.
18. Co se týče závěrů Úřadu o příslušnosti účastníka řízení k tzv. oligopsonu, účastník řízení podotýká, že skupinu deseti subjektů na straně poptávky obecně nelze považovat za úzkou skupinu, resp. za skupinu málo velkých hráčů na poptávkové straně. Rovněž na správně vymezených relevantních trzích by byl tržní podíl deseti největších odběratelů podle účastníka výrazně nižší, než tvrzených 80 %, a koncentrace dodavatelů by byla naopak řádově větší, než tvrdí Úřad. Mimoto samotnou přítomnost mála významných hráčů na poptávkové straně, nelze samu o sobě považovat za tržní selhání. K tomu dle účastníka řízení dochází pouze v situaci, kdy je taková tržní struktura kooperativní, ať již na základě explicitní nebo tiché koordinace. Úřad však v napadeném rozhodnutí kooperativní oligopson nezmiňuje ani neprokazuje.
19. Podle účastníka řízení oligopsonista může být jen soutěžitel, který kontroluje významnou část trhu a je schopen ovlivnit tržní cenu či jiné podmínky soutěže. Toto Úřad v případě účastníka řízení vůbec neprokazuje. Samotná výše údajného tržního podílu účastníka řízení je přitom dle názoru účastníka sama o sobě spolehlivým důkazem, že tržní cenu schopen ovlivnit není a oligopsonistou být nemůže.

20. Pokud jde o překážky vstupu na trh, účastník řízení konstatuje, že má pouze 15 provozoven, není vůbec zastoupen ve 4 ze 13 krajů a v drtivé většině měst v České republice. Úřad v souvislosti s posouzením překážek vstupu uvádí, že Česká republika bývá často označována za zemi s velmi vysokým podílem velkoformátových prodejen na osobu. Podle účastníka řízení je však tato skutečnost nejen projevem tvrdé konkurence, která na trhu mezi řetězci panuje, ale i důkazem o neexistenci bariér vstupu na trh. Kdyby tyto totiž byly značné, nemohla by být Česká republika zemí s tak hustou sítí velkoformátových prodejen. V tomto kontextu je rovněž zřejmé, že účastník řízení, se svými 15 provozovnami na území České republiky, významnou tržní silou disponovat nemůže.
21. Účastník řízení rovněž poukazuje na expanzi řetězce Lidl a jeho výstavbu desítek nových prodejen. Mimoto, Úřad podle účastníka řízení nijak nezkoumá možnosti expanze a vstupu on-line prodejců potravin, které přitom sám do relevantního trhu zahrnuje. Závěry Úřadu o bariérách vstupu na trh jsou tak dle účastníka řízení zcela nepodložené. Účastník řízení je naopak přesvědčen, že významné překážky vstupu na trh neexistují, což se projevuje i tvrdou soutěží na maloobchodním trhu prodeje potravin.
22. Co se týče finanční síly odběratele, účastník řízení předně souhlasí se závěrem Úřadu, že pro dodavatele potravin (včetně dotčených dodavatelů) není nezbytné, aby dodávali do všech obchodních řetězců, ale pouze do některých. I v tomto kontextu je zřejmé, že účastník řízení s tržním podílem (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) a pouze 15 prodejny významnou tržní silou vůči dodavatelům (včetně dotčených dodavatelů) disponovat nemůže.
23. Účastník řízení předně zdůrazňuje, že jeho marže (na úrovni EBIT) činí (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...). Taková výše marže přitom jen potvrzuje, že účastník řízení nedisponuje významnou tržní silou ani na údajném předcházejícím trhu. Nízká EBIT marže totiž indikuje nízkou ziskovost společnosti, což je typicky výsledkem konkurenčního prostředí a absence významné tržní síly. V této souvislosti účastník řízení poznamenává, že údaje prezentované v Tabulce č. 1 napadeného rozhodnutí přitom ukazují, že naprostá většina předmětných dodavatelů dosahuje významně vyšší úrovně dané marže než účastník řízení.
24. Dále Úřad dle účastníka sice správně uvádí, že finanční sílu odběratele je potřeba posuzovat v kontextu té, kterou disponují dodavatelé, tj. v relativní formě, avšak následně prezentuje finanční sílu dotčených devíti dodavatelů, jen pokud se jedná o jejich aktivity v České republice. Tímto způsobem Úřad nezohledňuje globální sílu dodavatelů, kterými jsou například společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) a přehlíží, že společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) nebo společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...). Úřad tak nezohledňuje finanční, tržní a tím i vyjednávací sílu dodavatelů, kterým se účastník řízení vzhledem ke svojí velikosti a obchodní strategii na trhu nemůže vyhnout a ani se vůči nim chovat nezávisle.
25. Úřad k tomuto uvádí, že účastník řízení sám spadá do širší skupiny společností Globus, která působí v několika zemích Evropy, a že tudíž finanční silou disponuje. Avšak dle účastníka řízení podstatnou část obrátu „širší skupiny společností Globus“ (jakož i zisku), tvoří prodeje na trhu hobbymarketů a prodeje na ruském trhu, kde působí zcela jiní dodavatelé, a tyto obraty proto není možné brát při posouzení tržní síly v potaz. Účastník řízení proto konstatuje, že finanční síla dotčených dodavatelů je srovnatelná.
26. I pro jednotlivé dodavatele, kteří měli být předmětem údajné zneužívající praktiky, nepředstavuje účastník řízení odběratele s finanční silou ve zkoumané relativní formě. V roce

2016 byl poměr dodávek u jednotlivých dodavatelů následující: (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) Podle rozhodovací praxe Komise je přitom na daných trzích možné konstatovat existenci významné kupní síly pouze, pokud takový poměr převyšuje alespoň hodnotu 22 %. Předchozí vypočtené poměry u předmětných dodavatelů jsou přitom hluboko pod touto hodnotou. Vzhledem k zanedbatelnému tržnímu podílu účastníka řízení, a to i v případě údajných (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...), je totiž patrné, že dodavatel by mohl bez potíží přesunout celé své dodávky k mnoha jiným odběratelům a distribučním kanálům, a to nejen řetězcům a cash & carry odběratelům.

27. Účastník řízení tak uzavírá, že analýza Úřadu ohledně finanční síly odběratele (v poměru k síle dodavatele) přehlídí podstatné skutečnosti a je účelová. Účastník řízení je přesvědčen, že správné posouzení finanční síly v relativní formě, což považuje za jediné správné posouzení i Úřad, závěr o existenci významné tržní síly účastníka řízení vůči dotčeným dodavatelům vyvrací. Účastník řízení proto uzavírá, že nemohl spáchat delikt, neboť se na něj nevztahuje zvláštní odpovědnost vymezená ZVTS.
28. Účastník řízení dodává, že výše zkoumané podmínky na trhu přesvědčivě prokazují, že významnou tržní sílu je nutno vykládat ve smyslu tzv. relativního konceptu, tedy jako individuální postavení odběratele vůči konkrétnímu dodavateli. Podle účastníka řízení tento jeho závěr jednoznačně podporuje i rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci Kaufland.

c) Neprokázání vytýkaných deliktů

Rozpor výroků s odůvodněním a obecná nesrozumitelnost

29. Účastník dále namítá rozpor výroků napadeného rozhodnutí s jeho odůvodněním a celkovou obecnou nesrozumitelnost napadeného rozhodnutí. Vlastní jednání účastníka řízení podle výroku I. mělo spočívat v podmiňování spolupráce s dotčenými dodavateli uzavřením úplatné smlouvy se společností Markant, kdy dále popsané skutečnosti jsou následky takového jednání. Z výroku dle názoru účastníka není vůbec zřejmé, jaký měl mít účastník řízení vztah k těmto následkům, chybí subjektivní složka.
30. Ve výroku I. jsou jako platba za přijetí potravin do prodeje jasně označeny kondice MKV a BVG. Tyto kondice však dle výroku účastník řízení nesjednával ani neuplatňoval. Takto popsaný skutkový děj tedy dle účastníka řízení nenaplnuje ani definici ustanovení, pod které jej Úřad subsumoval.
31. Dle výroku II. mělo vlastní jednání účastníka řízení spočívat v získávání platby od nejméně devíti dodavatelů za kondici MVR, aniž by jim za tuto platbu poskytl jakékoli protiplnění. Účastníku není vůbec zřejmé, kdo měli být oni další dodavatelé zahrnutí do jednání formulací nejméně, tedy vůči komu se měl tohoto jednání účastník řízení dopustit. Také výrok II. je tedy podle účastníka řízení nesrozumitelný.
32. Účastníku řízení se nezdá ani příliš jasné, zda šlo o podmiňování spolupráce s dotčenými dodavateli uzavřením úplatných smluv se společností Markant, nebo zda spíše šlo o to, že odvádění dalších plateb za zapojení do systému Markant představovalo u dotčených dodavatelů předpoklad pro to, aby účastník řízení přijal potraviny těchto dodavatelů do prodeje. To jsou přitom dle účastníka dvě rozdílné věci.

33. Podobný rozpor lze pak údajně spatřovat ve výroku, dle kterého si účastník řízení v rámci výše popsané praktiky pod pohružkou ukončení spolupráce s konkrétním dodavatelem vynucuje zapojení dodavatele do systému Markant, a již zmíněného výroku, že jde o předpoklad pro to, aby účastník řízení přijal potraviny těchto dodavatelů do prodeje. Zatímco v prvním případě by mělo prokazování Úřadu směřovat k tomu, že účastník řízení dodavateli hrozil ukončením spolupráce, v druhém případě by se mělo zaměřovat na odmítání přijetí konkrétní dodávky či dodávek. V prvně uvedeném případě přitom dle účastníka řízení současně nemůže jít o skutkovou podstatu dle § 4 odst. 2 písm. e) ZVTS, neboť nejde o „přijetí“ potravin do prodeje.
34. Účastník řízení zdůrazňuje, že se nejedná o pouhé formality ani „významové nuance“, ale o vymezení klíčové z hlediska přesnosti popisu deliktního jednání, jež je mu kladeno za vinu, druhu důkazů, na kterých Úřad své závěry staví, a které by měly být založeny ve správním spise sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS (dále též „**správní spis**“ nebo „**spis správního řízení**“) či z hlediska časového období, ke kterému se jednání vztahuje. Stejně důležité je toto vymezení i pro otázku, zda a jak byly naplněny znaky skutkových podstat vytykávaných deliktů.

Dovozování deliktní odpovědnosti za jednání jiného a dezinterpretace faktů

35. Úřad dále dle účastníka řízení pro své závěry o porušení ZVTS bez nejmenšího zaváhání zaměřuje jednání účastníka řízení a společnosti Markant, přestože toto správní řízení je vedeno pouze s účastníkem řízení a je v něm posuzováno pouze jeho jednání z pohledu deliktní odpovědnosti dle tohoto zákona. Jako samostatná entita si určuje své chování na trhu a sjednává obchodní podmínky nezávisle s jednotlivými obchodními partnery. Účastník v rozkladu tvrdí, že v době vytykávaného jednání, ani kdykoli předtím, neznal smluvní podmínky uplatňované ve vztahu mezi společností Markant a jednotlivými dodavateli. Obsah uzavíraných smluv pak dle jeho slov představoval vůči účastníku řízení vždy obchodní tajemství a Úřad se podle něj nesnažil prokázat opak. Stejně tak účastníku řízení nebylo nic známo o podmínkách, za kterých jsou nebo byly tyto smlouvy s dodavateli uzavírány, resp. o jakékoli komunikaci mezi zástupci společnosti Markant a jednotlivými dodavateli v době uzavírání těchto smluv ani kdykoli potom. Jednalo se údajně vždy o samostatná obchodní jednání zúčastněných stran, tedy společnosti Markant a příslušného dodavatele. Ve spise není jediný důkaz, že by se účastník řízení těchto jednání účastnil či byl o nich alespoň informován.
36. Účastník řízení si dle jeho slov nemohl být vědom jednotlivých skutečností, které mu Úřad nyní vytýká, a už vůbec o nich nemohl sám rozhodovat či je ovlivňovat. Jediné, co mohl z pozice smluvního vyjednávání ovlivnit, jsou smluvní podmínky ve smlouvách mezi ním a společností Markant, resp. rozsah a podmínky v tomto vztahu poskytovaných služeb. Je proto dle účastníka nepřipustné, pokud Úřad uvádí, že kondice MKV a BVG představují součást plateb, které jsou vyžadovány účastníkem řízení za přijetí potravin do prodeje, resp. ve výroku I na jeho účet konstatuje, že kondice BVG a MKV fungovaly jako platba za přijetí potravin do prodeje. Stejně nepřipustný je podle účastníka závěr výroku II, že získával plnění formou platby vyjmenovaných dodavatelů za kondici MVR.
37. I když Úřad dle účastníka odkazuje na jednání společnosti Markant vůči dodavatelům, nemohl účastník o tomto jednání vědět, a v rámci správního řízení nebylo nic takového ani

prokazováno. Pokud Úřad uvádí, že smlouvy obsahující kondice MKV, BVG a MR/MVR zjevně zůstávají dál v účinnosti, nebo že nebyly dosud nahrazeny smlouvami novými, ani toto nemohl účastník řízení z povahy věci nijak ovlivnit. Ze ZVTS (ani po jeho novelizaci) podle účastníka pro něj nevyplývá žádná povinnost aktivně vstoupit do stávajícího smluvního vztahu mezi dodavatelem a společností Markant a aktivně vyzývat dodavatele k ukončení účasti na systému Markant, pokud je jejich účast založena na jejich smlouvě se společností Markant. Účastník řízení v rozkladu dále tvrdí, že prokázal, že služby, které mu byly v rámci systému Markant v rozhodném období ze strany společnosti Markant poskytnuty, byly také vyfakturovány a uhrazeny, (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...). I kdyby tomu tak ovšem nebylo, nelze z takové skutečnosti dovozovat jakékoli povědomí o podmínkách zapojení dodavatelů do systému Markant.

38. Úřad dále dle účastníka řízení opakovaně dezinterpretuje vyjádření společnosti Markant a dovozuje závěry, které z odkazovaných podkladů neplynou, například závěr o tom, že kondice MVR je nástupcem kondice MR. Společnost Markant ve své odpovědi jednoznačně uvádí, že tato kondice, označovaná též někdy jako MDL, představovala do prosince 2016 odměnu hrazenou dodavatelům společnosti Markant za (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...). Následně byla tato odměna začleněna do služby MKV. Obdobné vysvětlení pak Markant opakuje i ve svém přípisu ze dne 25. 9. 2017 adresovaném Úřadu. Z vysvětlení společnosti Markant tak v žádném případě nemůže jakkoli vyplývat, že kondice MVR je nástupcem kondice MR. Účastník řízení zde proto upozorňuje, že společnost Markant obsah kondice MVR dle dokumentů ve spisu vysvětlovala, a to nikoli tak, že se jedná o nástupce MR a nikoli jako kondici, která by neměla žádné reálné protiplnění.
39. Obdobnou dezinterpretaci vyjádření dodavatele provádí Úřad dle účastníka dále v bodě 154 napadeného rozhodnutí ve snaze vyvrátit námitku účastníka řízení, že zde zjevně existují dodavatelé, kteří v zapojení do systému Markant spatřují různé nesporné výhody na své straně, zde společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...).
40. Zcela opačný přístup pak Úřad dle názoru účastníka zaujímá k interpretaci vyjádření dodavatelů, kteří mají být jednáním účastníka řízení postiženi. Tato vyjádření zcela nekriticky a bez relevantních důkazů vykládá v neprospěch účastníka řízení. To lze podle účastníka nejlépe demonstrovat na příkladu vyjádření společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...). V situaci, kdy tento dodavatel ve své druhé odpovědi ohledně předchozích dotazů Úřadu a jeho reakcí na ně vysvětluje, že v případě jeho prvního vyjádření šlo o nedorozumění a koriguje je, Úřad tento krok dodavatele chápe tak, že u něj převážila obava z vylistování jeho sortimentu z provozoven účastníka řízení. O tom má údajně svědčit nejen jeho deklarace v původním dopise, ale také pohled na vzájemný obrat s účastníkem řízení. Dále pak tuto okolnost dokonce neváhá použít jako (jediný) důkaz, že účastník řízení skrze společnost Markant v rozhodném období uplatňoval nátlak na dodavatele. Ani změna názoru dodavatele nemůže automaticky být brána jako obava z ukončení spolupráce ze strany společnosti Globus či dokonce důkaz nátlaku z jeho strany. Účastník řízení přitom uznává, že i jeho vysvětlení mohou být označena za spekulace. Důležité je však zdůraznit, že spekulacemi jsou předně právně relevantní závěry Úřadu, které z těchto odpovědí dovozuje.

Neprokázání vytýkaného jednání

41. Účastník dále uvádí, že Úřad vymezil vytykané jednání jako jednání v rozhodném období, tedy období nejméně od 6. 3. 2016 do 30. 6. 2017. Právě v tomto období měl účastník řízení, dle závěrů Úřadu, podmiňovat vzájemnou spolupráci s dodavateli uzavřením úplatné smlouvy mezi společnostmi Markant a dodavateli, a právě v tomto období měl získávat od těchto dodavatelů část plnění ve formě kondice MVR. Veškerá dokládaná komunikace k uzavírání smluv na účast dodavatelů v systému Markant se však týká let 2012 a 2013. Jedná se jak o dopisy účastníka řízení, kterými oslovil dodavatele v souvislosti se svojí účastí na systému Markant a jejich případným zapojením, tak o dopisy, kterými je oslovuje společnost Markant s nabídkou uzavření smlouvy. Toto je relevantní zejména v situaci, kdy Úřad tvrdí, že účastník řízení v rozhodném období nutil dodavatele k účasti v systému Markant, nebo si jejich účast na tomto systému vynuocoval.
42. Úřad poukazuje na to, že smlouvy mezi společnostmi Markant a dodavateli byly sice sjednány před 6. 3. 2016, ale nebyly dosud nahrazeny smlouvami novými, a v nich zakotvené smluvní podmínky jsou stále účinné. Ve spise však není ani žádný podklad, ze kterého by vyplývalo, že by se snad dotčení dodavatelé v rozhodném období obrátili na účastníka řízení v souvislosti s jejich zapojením do systému Markant, např. se žádostí, aby zajistili, že tento systém přestane být využíván. Úřad rovněž odkazuje na to, že společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) ve svém dopise uvedla, že se pokusila o zrušení smlouvy se společností Markant, nicméně jí tento postup byl zamítnut. Ve spise není žádný podklad, který by takovou žádost dokládal, když dle této formulace se současně dodavatel obracel na společnost Markant, nikoli na účastníka řízení.
43. Úřad rovněž dle účastníka řízení odmítl zohlednit, jak odpověděli ostatní dodavatelé či proč vznikl případný rozpor mezi jejich odpověďmi a odpověďmi dotčených dodavatelů a či tvrzení je věrohodnější na základě posouzení ostatních skutečností a kontextu. Stejně tak odmítl zohlednit studie, které se zabývají spokojeností dodavatelů s jednáním účastníka řízení. Dále podle účastníka řízení Úřad neoprávněně odmítl provést důkazy, které účastník v řízení navrhoval, a to seznam dodavatelů účastníka řízení, kteří byli v minulosti s oslovením k účasti v systému Markant kontaktováni, avšak tuto účast odmítli, a i přesto zůstali dodavateli účastníka řízení, a dále předložil seznam dodavatelů účastníka, kteří sice do systému Markant vstoupili, ale později svoji účast na něm ukončili, a přesto dodavatelé zůstali.
44. Účastník pak dále odmítá závěry Úřadu, že jednání účastníka řízení mělo dle výroku II. napadeného rozhodnutí spočívat v získávání plnění formou platby od dotčených dodavatelů za kondici MVR. Hrazení služeb od společnosti Markant, dle výroku, popisuje už jen, co se s touto platbou následně dělo. Úřad přitom podle účastníka nijak neprokazuje, že by účastník řízení získával takové plnění, tedy plnění formou platby dodavatele za MVR. Není vůbec prokazována ani vědomost a vůle účastníka řízení získávat kondici MVR, ať už formou úmyslného či nedbalostního jednání.
45. Účastník v rozkladu uvádí, že by bylo zcela nelogické, aby ve vztahu ke službám systému Markant pro účastníka řízení docházelo k zakotvení placení a výše úhrady (tedy byly sjednány konkrétní závazky), pokud by za tyto služby měli platit dodavatelé. S ohledem na všechny účastníkem uvedené skutečnosti nelze proto ani dovozovat, že by účastník řízení získával od dodavatelů plnění bez odpovídajícího protiplnění.

Materiální stránka deliktu

46. Přestože Úřad v napadeném rozhodnutí věnuje materiální stránce vytýkaného deliktu samostatnou kapitolu, ve skutečnosti ji podle účastníka vůbec neposuzuje. Pouze uvádí, že se jedná o vysoce závažné jednání, kdy došlo k neobyčejně významnému zásahu do veřejného zájmu na férovém obchodním partnerství odběratele a dodavatele. Tento „neobyčejně významný zásah“ přitom Úřad spatřuje v tom, že systém Markant u dotčených dodavatelů sloužil jako exploatační nástroj pro snížení požadované částky na každé faktuře dodavatele, přičemž o tuto redukovanou částku se účastník řízení dělil se společností Markant. Toto však není dle účastníka řízení žádné hodnocení materiální stránky deliktu, ale prostá fabulace o povaze systému Markant, který však současně není předmětem tohoto správního řízení. Účastník řízení tak konstatuje, že se Úřad touto nezbytnou stránkou dokazování ve skutečnosti vůbec nezabýval.
47. Ve světle výše uvedených skutečností proto účastník řízení poukazuje na to, že vytýkané jednání, omezené co do rozsahu na několik dodavatelů, nemůže dosahovat stupně společenské škodlivosti, jež je nezbytná pro deklaraci deliktu.

d) Nepřezkoumatelnost rozhodnutí z důvodu nedostatečné a nesrozumitelné aplikace právních předpisů z hlediska jejich časové působnosti

48. Účastník řízení dále namítá, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost, a to zejména s odkazem na rozpornou argumentaci Úřadu spojenou s posuzováním aplikace novelizovaného znění ZVTS. Úřad při posuzování příznivosti shledal, že nová právní úprava není pro účastníka řízení příznivější, nicméně účastník řízení je přesvědčen o tom, že znění a dopady přijaté právní úpravy představují pro účastníka řízení příznivější úpravu, která tedy měla být ve věci aplikována.
49. Nepřezkoumatelnost podle účastníka řízení spočívá v první řadě v nesrozumitelnosti rozhodnutí. Účastník řízení tak namítá vnitřní rozpornost rozhodnutí, kterou shledává v aplikaci § 8 odst. 6 ZVTS¹, který upravuje institut narovnání. Podle účastníka řízení Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že § 8 odst. 6 ZVTS nelze jako příznivější právní úpravu ve věci aplikovat. Daný závěr však nesprávně a nelogicky zdůvodnil tím, že předmětné ustanovení reálně aplikoval, když zkoumal naplnění dvou podmínek hypotézy § 8 odst. 6 ZVTS, kterými jsou přiznání obviněného a domněnka, že snížená pokuta bude dostatečným trestem za dané jednání. Toto materiální posouzení však podle účastníka řízení nebyl Úřad oprávněn učinit. Vnitřní rozpornost je tak shledávána v tom, že Úřad na jedné straně konstatoval, že nová právní úprava příznivější není, na druhé straně však ustanovení o narovnání interpretoval a aplikoval.
50. Nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí dále podle účastníka řízení plyne z nedostatku důvodů rozhodnutí. Úřad podle účastníka řízení pochybil při úvaze a odůvodnění, která právní úprava je pro něj příznivější, když nedostal své povinnosti řádným způsobem odůvodnit závěry o časové působnosti přestupkového zákona, ZVTS a správního řádu a v případě ZOHS své závěry neodůvodnil vůbec.

¹ Ustanovení § 8 odst. 6 bylo do ZVTS vloženo novelou č. 183/2017 Sb., s účinností od 1. 7. 2017.

51. Pokud se jedná o aplikaci ZVTS, dle účastníka řízení Úřad špatně vyhodnotil nově zakotvený institut narovnání (§ 8 odst. 6 ZVTS), který podle něj představuje úpravu, která by mohla účastníkovi řízení přinést příznivější důsledky, naplnil-by její podmínky hypotézy. Nicméně v této souvislosti účastník řízení dále konstatuje, že s obviněním šetřeným v rámci vedeného správního řízení a s výroky uvedenými v napadeném rozhodnutí nesouhlasí. Co se týče aplikace přestupkového zákona, vypořádání Úřadu podle účastníka řízení vykazuje známky značné svévole a nepochopení základních právních principů a odůvodnění nenaplnuje postulát přesvědčivosti odůvodnění ve smyslu konstantní judikatury. Rovněž účastník řízení poukazuje na způsob, jakým se Úřad nevypořádal se změnou právní úpravy obsaženou ve správním řádu a v ZOHS, když se k aplikaci ZOHS nevyjádřil žádným způsobem.

e) Procesní vady

52. Účastník řízení dále namítá, že Úřad předmětné správní řízení zatížil řadou procesních vad. Postup Úřadu tak označil jako exemplární příklad popření základních principů vedení deliktního správního řízení. Celý postup je dále podle něj zjevně účelový a veden snahou účastníka řízení demonstrativně (exemplárně) potrestat. Postupem Úřadu tak podle účastníka řízení došlo k celé řadě porušení jeho procesních práv, což mělo zásadní dopady na možnost výkonu jeho práva na obhajobu. Zejména se podle účastníka jednalo o nezákonný postup Úřadu při vedení spisu, dále o stanovení nezákonně krátkých procesních lhůt, o neprovedení a nevypořádání se s navrženými důkazy, o nezákonné odepření konání ústního jednání a v neposlední řadě o neumožnění navržení závazků a narovnání.
53. V souvislosti s vedením správního spisu účastník řízení uvedl, že Úřad svým postupem vážně narušil jeho právo na obhajobu zejména tím, že mu nebyl umožněn přístup k podstatné části relevantního spisového materiálu, přičemž se má jednat o informace a podklady ze spisu předběžného šetření sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS (dále též „**spis předběžného šetření**“). Dále účastník tvrdí, že měl Úřad zařazovat listiny do spisu netransparentním a selektivním způsobem, když měl řadit do spisu pouze takové dokumenty, které vyhovují záměru Úřadu prokázat účastníkovi řízení spáchání deliktu a naopak dokumenty, které by svědčily v jeho prospěch a které by mohly být důležité pro obhajobu, měl Úřad před účastníkem řízení zatajovat. V neposlední řadě podle účastníka řízení postupoval Úřad opakovaně netransparentně a systematicky tak porušoval povinnost zajistit procesní stopu o vedení řízení, což dokládá například nepřehledný postup Úřadu při vyjasňování otázky obchodního tajemství u dokumentů založených ve spise.
54. Dále účastník řízení namítá nepřiměřeně krátké lhůty, které mu byly Úřadem stanoveny pro podávání návrhů na doplnění dokazování a vyjádření ke sdělení výhrad ze dne 31. 10. 2017 (dále též „**Sdělení výhrad**“), a to v délce 20 dní od jeho doručení. Účastník řízení tak odkazuje na zásadu koncentrace řízení obsaženou v § 21b ZOHS, kdy k později uvedeným skutečnostem a důkazům se z principu nepřihlíží. Lhůta poskytnutá Úřadem tak byla podle účastníka řízení naprosto nedostatečná pro zajištění řádné obhajoby. Běh lhůty rovněž podle účastníka začal běžet až ode dne, kdy mu bylo umožněno seznámit se s podklady pro vydání rozhodnutí, a tedy bez ohledu na jeho předchozí nahlížení do spisu. Seznámení se s podklady pro rozhodnutí a nahlížení do spisu přitom účastník řízení označil za dva zcela odlišné instituty. Fakticky tak lhůta podle účastníka řízení činila pouze 12 dnů od seznámení

s podklady pro rozhodnutí (z toho 5 dní pracovního volna). Účastník řízení rovněž podotkl, že má zahraniční vedení, přičemž s tímto vedením musel konzultovat rozhodující úkony ve správním řízení. Dále účastník řízení poukázal na skutečnost, že Úřad opakovaně vyčerpával jeho kapacity zasíláním rozsáhlých žádostí o informace, jednalo se skutkově o komplexní případ a poskytnutá lhůta podle něj představovala taktéž zásadní nepoměr s délkou správního řízení přesahující 200 dní. Účastník řízení taktéž označil postup Úřadu za šikanózní a porušující právo na obhajobu zejména s ohledem na údajné opakované odkazy Úřadu na vysokou kvalifikaci právních zástupců účastníka řízení a dále na účelovou povahu žádosti o informace ze dne 23. 11. 2017.

55. Účastník řízení dále poukazuje na skutečnost, že již ve svém vyjádření ke Sdělení výhrad navrhl provedení celé řady důkazů, a to jak shromážděnými a předloženými podklady, tak i na bázi navržení provedení dalších důkazů, které by podle něj přispěly k objasnění objektivního stavu věci. Navržené důkazy a podklady zahrnovaly důkazy k existenci významné tržní síly, dále podklady k naplnění znaků skutkové podstaty deliktu zneužití významné tržní síly a v neposlední řadě návrhy na doplnění dokazování v souvislosti s nepřiměřenou výší pokuty. Úřad však provedení všech těchto navržených důkazů odmítl, přičemž účastník řízení označuje toto odmítnutí za paušální a účelové bez náležitého odůvodnění a za reálný důvod odmítnutí uvádí skutečnost, že by jejich provedení narušilo linii výkladu skutkového stavu ze strany Úřadu, která sama o sobě není ani dostatečně podložena důkazy.
56. Účastník řízení dále namítá, že Úřad nezákonně odmítl konání ústního jednání, o které účastník řízení požádal ve svém vyjádření ke Sdělení výhrad a v jehož rámci by byly provedeny důkazy a účastník řízení by bylo umožněno se k nim vyjádřit. Nezbytnost ústního jednání účastník řízení odůvodnil tím, že navrhnul některé důkazy, jejichž provedení by měl být přítomen, aby se k těmto důkazům mohl bezprostředně vyjádřit, případně se vyjádřit k důvodům pro jejich neprovedení. Svůj návrh na konání ústního jednání přitom dále podložil odkazem na rozhodovací praxi soudů, z níž vyplývá, že Úřad byl povinen ústní jednání nařídit, neboť řízení o uložení pokuty dle ZVTS má trestní povahu ve smyslu čl. 6 Evropské Úmluvy o lidských právech (dále též „EÚLP“) a tedy musí být projednáno podle zásad ústnosti, přímosti a bezprostřednosti. Podle účastníka řízení tak nemůže obstát tvrzení Úřadu, že rozhodovací praxe citovaná účastníkem řízení se vztahuje pouze k provádění konkrétního důkazního prostředku před kolektivním orgánem a rovněž, že předmětné správní řízení má být vedeno zásadami písemnosti a neveřejnosti. Neprovedení ústního jednání tak podle účastníka řízení představuje zásadní procesní vadu, která zásadně narušila jeho právo na účinnou obhajobu.
57. Další závažné procesní pochybení spatřuje účastník řízení ve způsobu, jakým Úřad přistoupil k jeho návrhu závazků, kterými by odstranil údajný protiprávní stav. Úřad se závazky vůbec věcně nezabýval a odmítl je z důvodu právní kvalifikace deliktu jako velmi závažného, a tedy nesplnění podmínky podle § 6 odst. 2 a 3 ZVTS. Obdobně Úřad podle účastníka řízení pochybil, když odmítl možnost narovnání, a to z důvodu nepřiznání se k danému deliktu a vysoké závažnosti vytýkaného jednání. Úřad tak podle účastníka porušil zásady rovného zacházení a zásadu hospodárného postupu, pokud narovnání a priori odmítl.

58. Souhrnně tak tyto vady podle účastníka řízení představují natolik závažné porušení jeho práv na spravedlivé řízení, účinnou obhajobu a zásadu rovnosti zbraní, že napadené rozhodnutí je nezákonné a musí být zrušeno.

f) Pokuta

59. Účastník řízení dále uplatnil řadu námitek k pokutě, přičemž zdůrazňoval, že postup Úřadu při stanovení výše pokuty byl nezákonný, nesprávný a arbitrární. Jedná se dle něj o extrémní nesoulad postupu Úřadu se základními principy správního trestání, jeho vlastními pokyny a relevantní rozhodovací praxí, který vedl k uložení exemplární výše pokuty, jež je podle účastníka naprosto nepřiměřená rozsahu a povaze vytýkaného jednání, představuje flagrantní vybočení z mezí správního uvážení, je v rozporu se zásadou legitimního očekávání a má výrazně diskriminační charakter.
60. Účastník řízení nejprve namítá nesprávný základ pro výpočet pokuty, když měl Úřad přihlídnout jen k obratu dotčenému vytýkaným jednáním, tedy k obratu z hodnot tržeb, které měl účastník řízení ze vzájemné spolupráce s dotčenými dodavateli, nikoli k celému obratu účastníka řízení na relevantním trhu. Tento postup je tak podle něj z hlediska zásad proporcionality a rovnosti naprosto nepřijatelný.
61. Dále účastník řízení uvádí, že Úřad postupoval nesprávně při stanovení závažnosti správního deliktu. Úřad podle účastníka staví dané jednání naroveň horizontálních dohod o cenách či zneužití dominantního postavení, což dle něj představuje ryze formalistický přístup. Dále konstatuje, že pokud se typová praktika může jevit jako velmi závažná dle ZVTS, to ještě neznamená, že dosahuje stejné intenzity závažnosti jako nejzávažnější delikty dle ZOHS. Úřad by tak měl kategorizaci závažnosti porušení dle ZVTS přizpůsobit jejich relativnímu významu ve vztahu k deliktům dle ZOHS, což však Úřad neučinil. V souvislosti se závažností dále účastník řízení nesouhlasí s vyhodnocením jednočinného souběhu deliktů, přičitatelnosti jednání společnosti Markant a následků deliktního jednání. V neposlední řadě pak účastník Úřadu vytýká, že se vůbec nezabýval otázkou možnosti uvedení dodavatelsko-odběratelských vztahů do stavu, který by existoval, pokud by ke zneužití významné tržní síly nedošlo. Vysoká míra závažnosti údajného deliktu je tak podle účastníka řízení zcela nepřiměřená povaze a rozsahu vytýkaného jednání a odporuje zásadě proporcionality, resp. přiměřenosti zásahu do oprávněných zájmů účastníka řízení.
62. Účastník řízení dále rozporuje stanovení délky trvání deliktů, která se odrazila i při výpočtu pokuty. Úřad rovněž podle jeho názoru porušil zásadu dvojího přičítání, když byla délka trvání při výpočtu zohledněna dvakrát.
63. V rámci posouzení přitěžujících a polehčujících okolností, hovoří účastník dále o zcela absurdním závěru o přímém úmyslu, když podle něj Úřad úmysl dovozuje ze skutečností, které nebyly účastníkovi řízení prokázány, případně nejsou jednáním účastníka řízení (ale společnosti Markant) a nemohou mu tak být přičitatelná. Účastník řízení tak tvrdí, že Úřad nemohl žádnou přitěžující okolnost aplikovat a naopak mu vyčítá, že nezohlednil polehčující okolnost spočívající v omezeném rozsahu údajně dotčeného trhu a údajném nátlaku pouze v počáteční fázi.

64. V rámci další námitky účastník řízení poukazuje na hrubé porušení principu legitimního očekávání, když srovnává uloženou pokutu s doposud jedinou pravomocně uloženou pokutou v oblasti významné tržní síly, kterou Úřad uložil ve věci Kaufland sankčním rozhodnutím ze dne 24. 4. 2013, č. j. ÚOHS-S160/2010-7578/2013/460/APo² (dále též „**Kaufland 2013**“). Výsledná pokuta ve věci Kaufland 2013 přitom na rozdíl od pokuty uložené účastníkovi řízení činila 22.130.000 Kč a představovala (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) z čistého obratu dosaženého účastníkem řízení za poslední ukončené období a (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) z jím dosaženého zisku před zdaněním za toto období. Účastník řízení tak prezentuje nový výpočet pokuty, a to podle vzoru výpočtu pokuty ve věci Kaufland 2013. Účastník řízení posléze uloženou pokutu srovnává s pokutami, které Úřad uložil za delikty v oblasti ochrany hospodářské soutěže a argumentuje rovněž rozhodovací praxí na Slovensku.
65. Dále účastník řízení poukazuje na rozpor se současnou rozhodovací praxí Úřadu, když konkrétně odkazuje na dvě rozhodnutí, ve kterých Úřad akceptoval závazky a dospěl k závěru, že se oba odběratelé dopustili pouze méně závažných deliktů. Jedná se o rozhodnutí ve věci společnosti Hruška, spol. s.r.o. (dále též „**Hruška**“)³ a dále ve věci COOP Centrum družstvo (dále též „**COOP**“)⁴. Při srovnání všech případů pak účastník řízení dospívá k závěru, že se Úřad dopustil rozdílného zacházení, když při posuzování závažnosti jednání odběratelům neměřil stejným metrem.
66. Konečně účastník řízení nesouhlasí se závěrem Úřadu o tom, že pro něj pokuta není likvidační a odkazuje dále na důvody a skutečnosti, na základě kterých lze pokutu důvodně považovat za likvidační, a to zejména kvůli možné ztrátě konkurenceschopnosti účastníka řízení vůči ostatním obchodním řetězcům a k možnému odchodu z trhu České republiky. Účastník řízení rovněž zmiňuje, že výše pokuty představuje více než (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) ročního zisku, který byl produkován mimo jiné v důsledku prodeje hobbymarketů. Úřadu dále účastník řízení vytýká nepředvídatelnost pokuty a nesprávnost závěrů ohledně finanční situace účastníka řízení. Pokuta má mít také negativní dopad do likvidity účastníka řízení a spuštění tzv. dominového efektu.

Petit rozkladu

67. Ze shora uvedených důvodů účastník řízení navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

III. Řízení o rozkladu

68. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a proto v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu předal spis orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

² Prvostupňové rozhodnutí bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 21. 10. 2013, č. j. ÚOHS-R146/2013/TS-20430/320/RJa.

³ Viz rozhodnutí Úřadu ze dne 24. 7. 2017, č. j. ÚOHS-S0128/2017/TS-18512/2017/460/MDo.

⁴ Viz rozhodnutí Úřadu ze dne 3. 8. 2017, č. j. ÚOHS-S0161/2017-22390/2017/461/MNo.

69. Podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem dospěl k závěrům uvedeným v dalších částech odůvodnění tohoto rozhodnutí.

IV. Přezkum napadeného rozhodnutí

Použité znění relevantních právních norem

70. Před vypořádáním jednotlivých námitek účastníka řízení a podrobnějším zdůvodněním výrokové části, jsem se zabýval tím, jaké znění procesněprávních a hmotněprávních norem je pro toto správní řízení relevantní.
71. Správní řízení bylo zahájeno dne 12. 4. 2017, tedy ještě v době, kdy vytýkané jednání účastníka řízení trvalo. Prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí vymezil trvání deliktu obdobím od 6. 3. 2016 do 30. 6. 2017. Skutečností, že samotné rozhodné období deliktního jednání účastníka řízení není na žádném místě napadeného rozhodnutí dostatečně zdůvodněno, se budu podrobněji zabývat níže (viz body 165. až 168. tohoto rozhodnutí). Napadené rozhodnutí bylo následně vydáno dne 15. 12. 2017.
72. Z hlediska aplikace hmotněprávních předpisů prvostupňový orgán postupoval podle právní úpravy účinné do 30. 6. 2017, tedy podle zákona o významné tržní síle, ve znění novely č. 50/2016 Sb. (dále též „**novela č. 50/2016 Sb.**“), přičemž se neopomněl zabývat příznivostí pozdějších právních předpisů. Co se týká procesněprávních norem, zde Úřad aplikoval opět procesní normy platné do 30. 6. 2017, nicméně obecný předpis, tj. správní řád, aplikoval ve znění účinném ke dni vydání rozhodnutí, tedy ve znění zákona č. 183/2017 Sb.
73. Ve vztahu k probíhajícímu správnímu řízení je tak třeba dále postavit najisto, které právní normy, resp. jejich znění, se použijí v rovině procesněprávní a v rovině hmotněprávní. Napadené rozhodnutí se použitím právních norem platných pro posouzení jednání účastníka řízení zabývá v bodech 9 až 24. Na tomto místě se tak budu zároveň věnovat ex lege přezkumu zákonnosti správné aplikace právních norem prvostupňovým orgánem. Rovněž v této části budu reagovat na námítky účastníka řízení, které vznesl právě v souvislosti s aplikovatelností právních předpisů a posouzením otázky příznivosti pozdější právní úpravy.⁵
74. Na úvod je ještě třeba zmínit, že obecná úprava správního trestání prošla v průběhu předmětného správního řízení zásadní změnou, kterou představuje nový přestupkový zákon, tj. zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále též „**přestupkový zákon**“), který nabyl účinnosti dne 1. 7. 2017. Tento zákon kodifikuje správní trestání a sjednocuje hmotněprávní i procesněprávní úpravu přestupků fyzických osob a správních deliktů podnikajících fyzických osob a právnických osob⁶. Přestupkový zákon tak představuje

⁵ Viz Část V. doplnění rozkladu: Nepřezkoumatelnost rozhodnutí ve vztahu k posouzení aplikovatelnosti jednotlivých právních předpisů (z hlediska jejich časové působnosti), body 370 až 400.

⁶ Pozn. předsedy Úřadu: Nově se pod pojmem „přestupek“ rozumí rovněž správní delikty právnických osob a podnikajících fyzických osob. Srov. § 112 odst. 1 věta první přestupkového zákona. Vzhledem k tomu, že se v předmětném správním řízení v hmotněprávních otázkách neaplikuje ani přestupkový zákon, ani zákon č. 183/2017

lex generalis vůči ostatním speciálním zákonům a do jejich znění se promítl prostřednictvím tzv. změnového zákona, kterým je zákon č. 183/2017 Sb.

75. Novelizacemi prošly také speciální zákony, které se v případě správních řízení ve věcech zneužití významné tržní síly primárně aplikují, a to zákon o významné tržní síle, který byl v průběhu správního řízení novelizován zákonem č. 104/2017 Sb.⁷ a zákonem č. 183/2017 Sb.⁸ K dnešnímu dni byl rovněž několikrát novelizován ZOHS, který se bude přiměřeně aplikovat na procesní postupy ve věcech porušení ZVTS, a to zákonem č. 183/2017 Sb. a zákonem č. 262/2017 Sb.⁹

Procesněprávní normy

76. Procesněprávní úprava předmětného správního řízení je roztržštěna do několika právních předpisů. Z hlediska procesního platí obecná zásada, podle které nové procesní právo (jeho změny) platí ode dne nabytí účinnosti nové právní úpravy i pro řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti s tím, že právní účinky úkonů, které v řízení nastaly přede dnem nabytí účinnosti, zůstávají zachovány (pokud přechodné ustanovení nestanoví něco jiného).¹⁰ Úřad při vedení správního řízení vycházel primárně z procesních ustanovení ZVTS a ZOHS, která představují lex specialis k obecné právní úpravě, kterou je zákon č. 500/2004 Sb., správní řád.¹¹ Procesní úpravu správního trestání však nově obsahuje rovněž přestupkový zákon. Jeho aplikace na předmětné správní řízení je však vyloučena vzhledem k přechodnému ustanovení § 112 odst. 4 přestupkového zákona, podle kterého se zahájená řízení o přestupku, resp. o správním deliktu, s výjimkou řízení o disciplinárním deliktu, která nebyla pravomocně skončena přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, dokončí podle dosavadních zákonů. Ke stejnému závěru přitom dospěl i prvostupňový orgán (viz bod 22 napadeného rozhodnutí).
77. Předmětné správní řízení bylo zahájeno dne 12. 4. 2017, napadené rozhodnutí bylo následně vydáno dne 15. 12. 2017. Ke dni vydání rozhodnutí byl tak účinný ZVTS ve znění novel provedených zákonem č. 104/2017 Sb. a zákonem č. 183/2017 Sb., jež obě nabyly účinnosti téhož dne, a to 1. 7. 2017. Prvostupňový orgán však procesně postupoval podle ZVTS ve znění účinném v době zahájení správního řízení, tedy podle ZVTS ve znění zákona č. 50/2016

Sb. (viz dále), zachoval jsem v tomto rozhodnutí terminologii dřívější, tedy označení „správní delikt“ i pro současný přestupek.

⁷ Zákon č. 104/2017 Sb. ze dne 8. 3. 2017, který se mění zákon č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 171/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti), a některé další zákony. Tento zákon nabyl účinnosti 1. 7. 2017.

⁸ Zákon č. 183/2017 Sb. ze dne 9. 6. 2017, kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích. Tento zákon nabyl účinnosti 1. 7. 2017, s výjimkou ustanovení části sto dvacáté šesté čl. CXXVIII, která nabyla účinnosti 1. 8. 2017 a části třicáté páté čl. XXXV, čl. CLXXXVII bodů 5 a 8 a čl. CCXXIII, které nabyly účinnosti 1. 1. 2018.

⁹ Zákon č. 262/2017 Sb., o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže a o změně zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, (zákon o náhradě škody v oblasti hospodářské soutěže). Tento zákon nabyl účinnosti dne 1. 9. 2017.

¹⁰ Srov. usnesení Ústavního soudu ze dne 2. 2. 2006, sp. zn. II ÚS 512/05, rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 15. 12. 2004, sp. zn. 21 Cdo 1556/2004 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2007, sp. zn. 1 Azs 55/2006.

¹¹ Srov. § 25a ZOHS.

Sb. (srov. bod 22 napadeného rozhodnutí). Z napadeného rozhodnutí však není patrné, na základě jakých konkrétních úvah dospěl k tomuto závěru. Prvostupňový orgán se tak v rovině procesněprávní vůbec nevypořádal se zmíněnými novelami, které byly obě platné a účinné v době vydání napadeného rozhodnutí.

78. Na tomto místě je tak třeba provést korekci prvostupňového orgánu a určit, podle kterých procesních norem ZVTS, resp. podle kterého znění, se má v rámci předmětného správního řízení postupovat. Pokud se jedná o první novelu provedenou zákonem č. 104/2017 Sb., jak prvostupňový orgán správně uvádí v části týkající se posouzení příznivosti novější hmotněprávní úpravy (srov. bod 11 napadeného rozhodnutí), tato novela přinesla do ZVTS (kromě drobné změny textace § 7 odst. 1) především dvě nová ustanovení, a to § 5a týkající se sektorového šetření a dále §7a týkající se využívání údajů z informačních systémů veřejné správy. Vzhledem k tomu, že daná novela neobsahuje žádná přechodná ustanovení, uplatní se výše uvedené pravidlo, podle kterého se bude zákon aplikovat ode dne nabytí jeho účinnosti. Z výše uvedeného je však rovněž patrné, že tato novela nepřinesla žádné změny procesního charakteru, které by případně mohly mít vliv na správní řízení. Jedná se proto spíše o formální pochybení prvostupňového orgánu bez dopadu na zákonnost napadeného rozhodnutí, když tuto novelu explicitně nezohlednil i v rámci procesněprávního posouzení.
79. Pokud se jedná o další novelu provedenou změnovým zákonem č. 183/2017 Sb., situace je zde podstatně složitější, jak uvedu níže, neboť tato novela, ačkoliv stejně jako výše uvedená novela, neobsahuje žádná přechodná ustanovení, se na předmětné správní řízení aplikovat nebude, a to zejména s ohledem na její logický a systematický výklad. Je totiž nelogické, aby Úřad postupoval podle procesní úpravy ZVTS ve znění zákona č. 183/2017 Sb., pokud zároveň procesně nepostupuje podle přestupkového zákona, k vyloučení jehož aplikace došlo na základě přechodného ustanovení § 112 odst. 4 přestupkového zákona (viz výše).
80. Zákon č. 183/2017 Sb., který nabyl účinnosti dne 1. 7. 2017, je primárně zákonem, který slaďuje jiné speciální předpisy týkající se správního trestání s novou právní úpravou správního trestání obsaženou v přestupkovém zákoně. Do § 112 odst. 4 přestupkového zákona je vtělena vůle zákonodárce, aby se procesní režim probíhajících správních řízení neměnil a neaplikovaly na ně procesní postupy, které nový zákon přináší. Oba zákony, přestupkový zákon i zákon č. 183/2017 Sb., je proto třeba v souladu se zásadou racionálního zákonodárce a principem jednoty právního řádu¹² vykládat ve vzájemné souvislosti. Z předpokladu racionálního zákonodárce, jenž je jedním ze základních východisek pro interpretaci práva, totiž dále vyplývá, že zákonodárce nevytváří nadbytečné právo a řídí se racionálními úvahami tak, aby byl právní systém vzájemně provázaný a konzistentní a odpovídal existujícím východiskům a idejím práva.¹³ Pokud tak zákon č. 183/2017 Sb. adaptuje procesní předpisy zvláštních zákonů pro aplikaci nového přestupkového zákona,

¹² Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 5. 2004, č. j. 1 As 9/2003-90, podle kterého „v souladu s principem právní jistoty má každý adresát právní normy právo očekávat, že řešení, která zákonodárce zvolí, jsou racionální a směřují k funkčnímu uspořádání společenských vztahů, a nikoliv naopak. Jestliže zákonodárce z nejrůznějších důvodů zvolí řešení jiné, musí je tím spíše přesně, jasně, určitě a srozumitelně vyjádřit v právních předpisech, jimiž jsou právní normy komunikovány svým adresátům. Neučiní-li tak, je zcela na místě dát přednost takovému výkladu, který je rozumný a odpovídá přirozenému smyslu pro spravedlnost.“

¹³ Srov. dále např. nálezy Ústavního soudu ze dne 27. 3. 2008, sp. zn. II. ÚS 648/06 či ze dne 19. 1. 2016, sp. zn. II. ÚS 29/16.

pak je aplikace těchto změn přímo propojena také s aplikací procesních pravidel vyplývajících z aplikace nového přestupkového zákona. Jinými slovy je třeba výkladově překlenout vznikající nelogičnost; je totiž nesmyslné aplikovat výjimky z obecného předpisu, který se na věc vůbec neaplikuje. V případě ZVTS dochází právě k takové situaci. Zákon č. 183/2017 Sb. přináší procesní pravidla, která jsou přímo navázána na účinnost nového přestupkového zákona. Svědčí o tom i důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb., podle níž se v ZVTS „zakotvují rozsáhlé odchylky od obecné úpravy, které jsou potřebné vzhledem ke specifické povaze přestupků, které projednává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže...“¹⁴

81. Z daného tedy vyplývá, že v předmětném správním řízení by měl být **zachován procesní režim před nabytím účinnosti přestupkového zákona**, resp. zákona č. 183/2017 Sb. a na správní řízení by se aplikoval ZVTS ve znění zákona č. 104/2017 Sb.
82. V případě předmětného správního řízení se mimo ZVTS použije rovněž ZOHS, který se při řízeních o správních deliktech ve věcech zneužití významné tržní síly využívá v procesních záležitostech, a to s ohledem na ustanovení § 7 ZVTS, dle kterého se na výkon dozoru a řízení vedená Úřadem podle ZVTS přiměřeně použijí některá ustanovení ZOHS.¹⁵ Ačkoliv se prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí v části věnované aplikaci právních předpisů zcela opomněl ZOHS zabývat, na což rovněž upozorňuje i účastník řízení ve své námitce, z daného rozhodnutí je patrné a rovněž z celého průběhu správního řízení seznatelné, že prvostupňový orgán ve správním řízení v rámci procesních úkonů přiměřeně vycházel i ze ZOHS.¹⁶ Dále se tedy budu zabývat, které znění ZOHS je pro dané řízení aplikovatelné.
83. V průběhu předmětného správního řízení prošel ZOHS dvěma novelizacemi. První novelu představoval, obdobně jako u ZVTS, změnový zákon č. 183/2017 Sb. Vše, co bylo řečeno v případě neaplikovatelnosti této novely u ZVTS je analogicky platné i v případě ZOHS, neboť se jedná opět o speciální úpravu k přestupkovému zákonu, který podle § 112 odst. 4 na předmětné správní řízení aplikovat nelze (srov. bod 80 tohoto rozhodnutí). Opět je tedy třeba překlenout výkladovou nelogičnost a vyloučit aplikaci procesních pravidel, která jsou přímo navázána na přestupkový zákon. Dané potvrzuje i důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb., podle níž se „v zákonech upravujících působnost Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k projednávání přestupků zakotvují rozsáhlé odchylky od obecné úpravy, které jsou potřebné vzhledem ke specifické povaze přestupků, které projednává Úřad pro ochranu hospodářské soutěže...“¹⁷
84. Pokud jde o dosud poslední novelizaci ZOHS provedenou zákonem č. 262/2017 Sb., který rovněž nabyl účinnosti před vydáním napadeného rozhodnutí, jednalo se o změny související s vymáháním škody způsobené porušením soutěžních pravidel, kdy se v ZOHS změnila ustanovení o spisu a nahlížení do něj a dále ustanovení o zpřístupnění informací obsažených

¹⁴ Viz důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb. K části sto devadesát šesté – změna zákona o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití.

¹⁵ Jedná se především o uplatnění vyšetřovacích oprávnění v rámci správního řízení podle ZOHS, kterými jsou zejména žádost o poskytnutí informací a podkladů podle § 21e ZOHS a provádění místního šetření v obchodních a neobchodních prostorách podle § 21f a § 21g ZOHS.

¹⁶ Srov. např. body 92, 107, 116 napadeného rozhodnutí a dále např. žádosti o poskytnutí informací a podkladů, č. I. 9-11, 85-86, 270-271 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS a protokoly z místních šetření, č.l. 278-282, 285-363, 366-496 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

¹⁷ Viz důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb. K části sto dvanácté – změna zákona o ochraně hospodářské soutěže.

ve spisu.¹⁸ Vzhledem k tomu, že novela ve vztahu k ZOHS neobsahuje žádná přechodná ustanovení, v duchu výše uvedené zásady je třeba tato procesní pravidla aplikovat, ačkoliv se jedná pouze o drobné změny, které se procesně spíše nedotýkají předmětného správního řízení.

85. Shrňeme-li úvahy k aplikaci ZOHS, dospíváme k závěru, že se bude v rámci procesněprávní úpravy správního řízení aplikovat ZOHS ve znění novely provedené zákonem č. 262/2017 Sb. za současného vyloučení procesních změn, které přinesla novela č. 183/2017 Sb.
86. Co se dále týká správního řádu coby obecného procesního předpisu, napadené rozhodnutí bylo vydáno podle správního řádu ve znění účinném ke dni vydání napadeného rozhodnutí, tj. ve znění zákona č. 183/2017 Sb. (srov. bod 23 napadeného rozhodnutí). Prvostupňový orgán v tomto případě nepochybil. Jak jsem již podrobně vysvětlil výše, ve vztahu k ZVTS a ZOHS je zákon č. 183/2017 Sb. velmi úzce spjat s přestupkovým zákonem. V případě novelizace správního řádu ovšem nelze podobnou spojitost najít. Úprava správního řádu provedená touto novelou se omezuje na otázku přístupu k utajovaným informacím, které mohou být součástí správního spisu, zavádí se nový hybridní způsob doručování a drobně se pozměňují některé další postupy, které nemají přímý vztah ke správnímu trestání.¹⁹ Důvodová zpráva v této souvislosti hovoří o tom, že se touto novelou „*stát v citlivých oblastech, do kterých spadá například problematika soukromých bezpečnostních služeb, zahraniční obchod s vojenským materiálem či udělování státního občanství, práva azylu apod., snaží eliminovat bezpečnostní rizika tím, že si orgány veřejné moci ve správních řízeních vyžádají stanovisko/vyjádření Policie České republiky a/nebo předání informací zpravodajských služeb, tedy orgánů disponujících klíčovými informacemi v oblasti vnitřní bezpečnosti.*“²⁰ Z toho je zjevné, že novelizace správního řádu není tak úzce systematicky navázána na přestupkový zákon a reaguje rovněž na problémy na aplikaci nového přestupkového zákona nezávislé, a proto zde nelze použít shodný výklad jako v případě novelizace ZVTS či ZOHS. V daném správním řízení je tak třeba tuto novelu aplikovat a řídit se procesními normami správního řádu, ve znění zákona č. 183/2017 Sb. (pro uvedené znění bude dále v textu rovněž používána zkratka „**správní řád**“).
87. Pro úplnost je třeba zmínit poslední novelizace správního řádu provedené zákonem č. 225/2017 Sb.²¹ a zákonem č. 176/2018 Sb.²² První uvedená novela nabyla účinnosti až ke dni 1. 1. 2018 a ve vztahu ke správnímu řádu se navíc dle čl. XLII této novely „*správní řízení zahájena přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů.*“ Druhá novela, ačkoliv je již platná, nabyde účinnosti až ke dni 1. 11. 2018 a ve svém čl. II obsahuje obdobné přechodné ustanovení. Pro správní řízení je tudíž irelevantní.
88. Z pohledu procesněprávních norem lze tak shrnout, že se správní řízení povede podle ZVTS ve znění zákona č. 104/2017 Sb. a podle ZOHS ve znění zákona č. 262/2017 Sb. (za

¹⁸ Srov. § 21c, § 21c ZOHS, v platném a účinném znění.

¹⁹ Konkrétně došlo ke změnám zejména následujících ustanovení správního řádu: §§ 17, 19, 36, 38, 51, 62, 68, 69, 71, 77, 78 (zrušen), 79, 131, 150, 152 a 153.

²⁰ Viz důvodová zpráva k zákonu č. 183/2017 Sb. K části sto padesáté deváté – změna správního řádu.

²¹ Zákon č. 225/2017 Sb., kterým se mění zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

²² Zákon č. 176/2018 Sb., kterým se mění zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

současného vyloučení aplikace procesních změn, které přinesl změnový zákon č. 183/2017 Sb.) a to vše při subsidiárním použití správního řádu.

89. Na základě výše uvedeného je tak patrné, že v případě aplikace správního řádu a procesních norem přestupkového zákona prvostupňový orgán nepochybil. Ačkoliv jeho zdůvodnění je velmi stručné (srov. body 22 a 23 napadeného rozhodnutí), pro účely předmětného správního řízení je dostačující, neboť z něj je jasné, kterými procesními normami výše uvedených předpisů se prvostupňový orgán řídil. Na tomto místě je proto třeba odmítnout námitku účastníka řízení, kterou poukazoval na nepřezkoumatelnost rozhodnutí z důvodu nedostatečného zdůvodnění aplikace přestupkového zákona (jeho procesních norem) a správního řádu.
90. Na druhou stranu se však lze částečně ztotožnit s námitkou účastníka řízení ohledně absence zdůvodnění aplikace ZOHS. Nejedná se však o zásadní pochybení, které by vedlo k nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí. Účastník řízení tak tuto spíše drobnější vadu nedůvodně zveličuje. Jak již bylo řečeno výše, z napadeného rozhodnutí a rovněž z celého průběhu správního řízení je zřejmé, že prvostupňový orgán ve správním řízení přiměřeně aplikoval i procesní normy ZOHS. Vada spočívající v absenci explicitního vypořádání se s relevantním znění ZOHS v napadeném rozhodnutí tak byla zhojena výše.
91. Z výše uvedeného dále vyplývá, že prvostupňový orgán pochybil v případě aplikace ZVTS, když aplikoval jeho nesprávné znění. V dalším průběhu správního řízení by proto prvostupňový orgán měl respektovat výše uvedený výklad a dále postupovat podle správných procesněprávních norem.

Hmotněprávní normy

92. K aplikaci hmotněprávních norem v tomto správním řízení nejprve uvádím, že je třeba, aby prvostupňový orgán, poté, co posoudí jednání účastníka řízení při zohlednění závěrů, které jsou předestřeny níže, a v případě, že bude nadále konstatovat porušení ZVTS, vycházel z následujících principů.
93. Pokud jde o hmotněprávní kvalifikaci, právní úprava je zde obecně opět roztržštěná, když připadá v úvahu aplikace ZVTS a nově přestupkového zákona.
94. Přestupkový zákon v přechodném ustanovení § 112 odst. 1 stanovuje, že odpovědnost za přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se posoudí podle dosavadních zákonů, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona; podle tohoto zákona se posoudí jen tehdy, jestliže to je pro pachatele příznivější. V § 2 přestupkového zákona, týkající se časové působnosti zákona, je dále stanoveno, že odpovědnost za přestupek se posuzuje podle zákona účinného v době spáchání přestupku; podle pozdějšího zákona se posuzuje jen tehdy, je-li to pro pachatele přestupku příznivější.
95. Ve výše uvedených ustanoveních přestupkového zákona se tak explicitně promítá obecná zásada zákazu retroaktivity, resp. zpětné účinnosti zákona²³, která může být prolomena

²³ Ústavní zakotvení této zásady nalezneme v čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, vyhlášené Usnesením Předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., jako součást ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších

pouze v případě příznivosti pozdějšího zákona pro pachatele, resp. účastníka řízení (tzv. retroaktivita in mitius).²⁴ Důvodem tohoto průlomu je především skutečnost, že pokud společnost některé jednání již nezakazuje a nepostihuje hrozbou správního trestu, nelze spravedlivě trvat na potrestání pachatele, resp. účastníka řízení. Správní delikt se posuzuje podle předpisů platných a účinných v době jeho spáchání. Pokud tedy dojde k dekriminálnímu jednání, resp. ke změně právní úpravy a konkrétní deliktní jednání bude ze zákona vypuštěno, zanikne trestnost tohoto deliktu a nebude možné za jeho spáchání pachatele potrestat. V takovém případě by tak byl nový zákon pro účastníka řízení nejpriznivější. Může však dojít i k situaci, že skutková podstata deliktního jednání v zákoně zůstane, dojde pouze ke změně podmínek odpovědnosti za daný delikt. Je tak vždy třeba posoudit, která právní úprava je pro účastníka řízení příznivější; konkrétní zákony se přitom hodnotí jako celek, nikoliv pouze jejich jednotlivá ustanovení. Úřad příznivost právní úpravy posuzuje z úřední povinnosti; opomenutí by mohlo znamenat zásah do práva účastníka řízení na spravedlivý proces.²⁵

96. K samotnému posouzení příznivosti je třeba dále dodat, že rozhodujícím kritériem pro zodpovězení otázky, zda by bylo použití pozdější právní úpravy pro účastníka řízení příznivější, je celkový výsledek z hlediska trestnosti, jehož by bylo při aplikaci pozdější právní úpravy reálně pro účastníka řízení dosaženo, s přihlédnutím ke všem specifikům konkrétního případu.²⁶ Použití nového práva je tak pro účastníka řízení příznivější tehdy, pokud jeho ustanovení ve svém celku skýtají výsledek příznivější než právo dřívější.²⁷ Při hodnocení příznivosti pozdější úpravy lze rovněž vycházet z trestněprávní teorie a judikatury, neboť přestupkový zákon v tomto ohledu vychází právě z trestněprávní úpravy.²⁸ Je tak třeba zejména porovnat zákonná ustanovení upravující protiprávnost jednání, skutkovou podstatu deliktu, subjektivní stránku, okolnosti vylučující protiprávnost, přísnost sankce, podmínky pro určení druhu a výměry sankce a ustanovení o zániku trestnosti (např. účinná lítost či promlčení trestního stíhání).
97. Pro posouzení, zdali je pozdější právní úprava pro účastníka řízení příznivější, je tak v první řadě nutné nejprve stanovit, ke kterému rozhodnému okamžiku se bude posuzovat, resp. kdy došlo ke spáchání deliktu. Jak bylo řečeno výše, za dobu spáchání deliktu se považuje dokončení jednání. V této souvislosti je třeba zohlednit charakter vytýkaného jednání. Prvostupňový orgán tuto skutečnost na žádném místě nezohlednil, čímž tak zatížil napadené rozhodnutí vadou. Rovněž v napadeném rozhodnutí zcela absentuje explicitní vymezení a odůvodnění rozhodného období, ve kterém mělo docházet k deliktnímu jednání účastníka řízení, ačkoliv ve výroku napadeného rozhodnutí a na dalších místech rozhodnutí bez další podrobnější specifikace prvostupňový orgán pracuje s obdobím od 6. 3. 2016 do

předpisů, dle kterého platí, 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.“

²⁴ Srov. dále rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2008, č. j. 9 As 7/2008-55.

²⁵ Srov. náleží Ústavního soudu ze dne 11. 7. 2007, sp. zn. II. ÚS 192/05.

²⁶ Srov. náleží Ústavního soudu ze dne 22. 1. 2001, sp. zn. IV. ÚS 158/2000.

²⁷ Srov. dále rozhodovací praxi Úřadu, např. rozhodnutí předsedy Úřadu ve věci RWE Supply & Trading CZ, a. s., ze dne 21. 8. 2015, č. j. ÚOHS-R15/2015/HS-24337/2015/310.

²⁸ K aplikaci trestněprávních norem na řízení o správních deliktech srov. blíže konstantní judikaturu Nejvyššího správního soudu, např. rozsudek ze dne 27. 10. 2004, č. j. 6 A 126/2002-27 nebo rozsudek ze dne 21. 3. 2012, č. j. 5 Afs 68/2011-99.

30. 6. 2017 (blíže viz body 165 až 168 tohoto rozhodnutí). V navazujícím správním řízení by proto měl prvostupňový orgán odůvodnit charakter posuzovaného jednání a přesně definovat a odůvodnit rozhodné období, resp. období, ve kterém se měl účastník řízení dopouštět deliktního jednání. Na tomto místě je však již možné předestřít, že v případě zachování povahy deliktního jednání, resp. provedení drobných korekcí, lze dovodit, že se v daném případě s největší pravděpodobností jedná o tzv. trvalý správní delikt. Trvalým správním deliktem je přitom takový správní delikt, jímž pachatel vyvolá protiprávní stav, který posléze udržuje, popřípadě, jímž udržuje protiprávní stav, aniž jej vyvolal. Jednání, kterým pachatel udržuje protiprávní stav, závadný z hlediska správního práva, tvoří jeden skutek a jeden správní delikt až do okamžiku ukončení deliktního jednání.²⁹

98. Vzhledem k výše uvedenému tak prvostupňový orgán bude muset při posuzování odpovědnosti účastníka řízení za vytýkané jednání posoudit příznivost všech znění ZVTS účinných během a po dokonání vytýkaného jednání a to ve vztahu ke specifikovanému rozhodnému období, resp. okamžiku ukončení vytýkaného jednání.
99. Rovněž je třeba posoudit příznivost přestupkového zákona, ve spojení právě se zákonem č. 183/2017 Sb., který představuje právě jednu z novelizací ZVTS. Co se týče možné aplikace hmotněprávních ustanovení přestupkového zákona a jeho subsidiárního použití, k tomu je na místě předestřít, že vliv na příznivost může mít pouze jeho obecná část, neboť skutková podstata deliktu zneužití významné tržní síly je upravena pouze v ZVTS. Obecná část by se rovněž neuplatnila celá, neboť ZVTS obsahuje speciální úpravu některých hmotněprávních institutů a též aplikaci řady ustanovení přestupkového zákona vylučuje.³⁰ Obecná část nejprve definuje pojmy, které byly před účinností tohoto zákona také používány. Na posuzovaný případ by se tak teoreticky mohla uplatnit definice trvalého přestupku, která se však materiálně od toho, jakým způsobem byl chápán trvalý správní delikt dříve, nijak neliší. Běh promlčecích lhůt je speciálně upraven v ZVTS.³¹ Totéž platí ve vztahu k obecným ustanovením o ukládání trestů.
100. Prvostupňový orgán se již v napadeném rozhodnutí posouzením příznivosti pozdějších zákonů zabýval (viz body 11 až 21 napadeného rozhodnutí), přičemž dospěl k názoru, že při vymezeném deliktním jednání nová právní úprava jako celek neskýtá pro účastníka řízení příznivější výsledek než dřívější právní úprava, proto ve správním řízení postupoval podle ZVTS ve znění zákona č. 50/2016 Sb., tedy ve znění účinném do 30. 6. 2017. I v navazujícím správním řízení se tak prakticky bude jednat o obdobné posouzení s důrazem na srovnání podmínek odpovědnosti za přestupek, resp. správní delikt a druhy správních trestů a principů pro jejich ukládání.
101. Co se týče námitek účastníka řízení ve vztahu k posouzení aplikovatelnosti hmotněprávních norem, účastník řízení považuje pozdější právní úpravu za příznivější, a to zejména kvůli novelizovanému § 8 odst. 6 ZVTS, který zakotvuje institut narovnání.³² Jak již bylo řečeno

²⁹ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 2. 2005, č. j. 5 A 164/2002–44.

³⁰ Srov. § 9 odst. 8 ZVTS, ve znění zákona č. 183/2017 Sb.

³¹ Srov. § 9a ZVTS, ve znění zákona č. 183/2017 Sb.

³² Ustanovení § 8 odst. 6 ZVTS, ve znění zákona č. 104/2017 Sb. zní: „Jestliže Úřad uzná odběratele vinným z přestupku podle § 8 odst. 1, tak sníží pokutu, o jejíž výši informoval účastníky řízení ve sdělení výhrad, o 20 %, pokud se odběratel ke spáchání přestupku přiznal a pokud má Úřad za to, že s ohledem na povahu a závažnost přestupku je takový postih dostatečný.“

výše, příznivost nové právní úpravy je vždy třeba hodnotit ve vztahu ke konkrétním skutkovým okolnostem daného případu, a nikoliv pouze v obecné a teoretické rovině, tak jak to činí účastník řízení. Namítá-li účastník řízení vnitřní rozpornost, kterou shledává v tom, že prvostupňový orgán na jedné straně konstatoval, že nová právní úprava příznivější není, na druhé straně však ustanovení o narovnání interpretoval a aplikoval, s touto námitkou se nemohu ztotožnit a argumentaci prvostupňového orgánu neshledávám za vnitřně rozpornou, a to z následujících důvodů.

102. K vyhodnocení možné příznivosti pozdějšího právního předpisu nelze dojít bez toho, aniž by Úřad posoudil jednotlivé konkrétní změny, které by mohly pro účastníka řízení představovat příznivější řešení, resp. provedl komparaci dřívější a pozdější právní úpravy. Prvostupňový orgán tak zcela správně vyhodnotil a odůvodnil, zdali by novela ZVTS provedená zákonem č. 104/2017 Sb. mohla pro účastníka řízení v celku představovat příznivější právní úpravu. Zabýval se přitom rovněž institutem narovnání, když zcela přiléhavě konstatoval, že by se tato změna ZVTS účastníka řízení mohla dotknout a ve finále by tak mohla svědčit v jeho prospěch. Rovněž však dále doplnil, že účastník řízení po dobu správního řízení popíral, že by se vytykaného jednání dopustil, a taktéž povaha samotného nekalého jednání byla vyhodnocena jako natolik závažná, že využití institutu narovnání by nepřipadalo v úvahu. K možnému použití institutu narovnání v předmětném správním řízení se dále vyjádřím v části rozhodnutí týkající se procesních vad, na tomto místě se však mohu ztotožnit s tvrzením prvostupňového orgánu, že by se daný institut narovnání, resp. novelizované ustanovení § 8 odst. 6 ZVTS, na účastníka řízení aplikovat nemohlo, neboť by nesplnil základní podmínku jeho aplikace, kterou je přiznání se ke spáchání deliktu. Účastník řízení totiž stále i v podaném rozkladu trvá na tom, že se protiprávního jednání nedopustil, když konkrétně uvádí (cit.): „*V té souvislosti však Účastník řízení opakuje, že s obviněním šetřeným v rámci vedeného správního řízení a s výroky uvedenými v Rozhodnutí nesouhlasí.*“³³ Pokud se jedná o nemožnost aplikace institutu narovnání z důvodu vyhodnocení vysoké závažnosti vytykaného jednání, názor prvostupňového orgánu již nesdílím (viz body 274 až 281 tohoto rozhodnutí). Pro využití institutu narovnání je však zapotřebí splnit obě podmínky kumulativně. Z těchto důvodů je tak třeba tuto námitku účastníka řízení odmítnout jako nedůvodnou.
103. V další části námitky podle účastníka řízení prvostupňový orgán pochybil při úvaze a odůvodnění, která právní úprava je pro něj příznivější, když nedostal své povinnosti řádným způsobem odůvodnit závěry o časové působnosti konkrétních zákonů. Vzhledem k novému vypořádání příznivosti pozdější právní úpravy, ke kterému jsem prvostupňový orgán v navazujícím správním řízení zavázal, je zbývající část námitky účastníka řízení momentálně irelevantní.

a) Vymezení trhu

104. Ještě před samotnými námitkami účastníka řízení je nutné se v rámci přezkumu zákonnosti vyjádřit k některým koncepčním otázkám, jež mají zásadní vliv na celé správní rozhodnutí.

³³ Srov. bod 389 doplnění rozkladu.

105. Prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí nejdříve vymezil relevantní trh, aby dospěl k závěru, zda má účastník řízení na základě hodnocených kritérií vycházejících ze zákona o významné tržní síle schopnost vynutit si na relevantním trhu bez spravedlivého důvodu výhodu vůči dodavatelům v souvislosti s nákupem potravin nebo přijímáním nebo poskytováním služeb s nákupem nebo prodejem potravin souvisejících.
106. Prvostupňový orgán při vymezování relevantního trhu užil *per analogiam iuris* definici § 2 odst. 2 ZOHS, dle něhož „relevantním trhem je trh zboží, které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné, a to na území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedících území.“ K tomu však uvedl, že citovanou definici relevantního trhu je třeba chápat v kontextu specifického účelu zákona o významné tržní síle, v němž relevantní trh ohraničuje prostor pro interakce mezi dodavatelem a odběratelem v jediném konkrétním ekonomickém odvětví.
107. Věcnou stránku relevantního trhu pak podle prvostupňového orgánu tvoří potraviny jako jeden celek, a to s ohledem na znění § 1 až 3 zákona o významné tržní síle. Toto vymezení podle prvostupňového orgánu ale ob stojí i s ohledem na definici obsaženou v ust. § 2 odst. 2 ZOHS a zaměnitelnost zboží, neboť v případě zákona o významné tržní síle stojí na poptávkové straně trhu odběratel potravin, jenž nakupuje zboží za účelem jeho dalšího prodeje. Na nabídkové straně tohoto trhu se ocitají dodavatelé potravin, na straně poptávkové pak odběratelé s malo i velkoformátovými provozovny odpovídajícími vymezení potravinového one-stop shopu. Do takto vymezeného trhu v rámci poptávkové strany Úřad nezařadil specializované prodejny a gastroprovozy, jelikož dle jeho názoru charakteristiku one-stop shopu nesplňují. Na druhou stranu zde jsou zahrnuty prodejny typu cash & carry, poněvadž tito odběratelé poptávají od svých dodavatelů velmi podobnou šíři sortimentu jako maloobchodní řetězce.
108. Geografický relevantní trh pak Úřad vymezil jako území České republiky, a to z důvodu, že platná legislativa je v případě zákona o významné tržní síle, ale i jiných právních předpisů týkajících se potravin, účinná jen v rámci hranic České republiky. Území České republiky je jinak zákonodárcem zmiňováno i při určení stěžejního kritéria existence významné tržní síly v ustanovení § 3 odst. 4 zákona o významné tržní síle. Nadto Úřad uvádí, že odběrateli poptávané zboží je standardizováno pro českého zákazníka. Dalším argumentem je rovněž to, že odběratelé, kteří disponují významnou tržní silou, pokrývají svou sítí prodejen území celé republiky (bez ohledu na rovnoměrné územní pokrytí).
109. Úřad tedy v napadeném rozhodnutí vymezil relevantní trh jako trh nákupu potravin za účelem dalšího prodeje v České republice. Dále byl nucen zjistit celkovou velikost daného relevantního trhu, přičemž odhadl, že velikost relevantního trhu hodnocená prostřednictvím tržeb činila v roce 2015 přibližně 315 mld. Kč a v roce 2016 pak šlo zhruba o 321 mld. Kč.
110. Jako první jsem se zabýval samotnou povinností Úřadu vymezit „relevantní trh“³⁴. V rovině soutěžního práva je určení relevantního trhu nezbytnou a základní složkou pro posouzení

³⁴ Zákon o významné tržní síle v účinném znění pojem „relevantní trh“ vůbec neobsahuje, v ust. § 3 odst. 2 a §5a odst. 1 ZVTS je uveden pojem „trh“.

možného protisoutěžního jednání.³⁵ Stejně tak je „definice relevantního trhu důležitá pro určení dopadu na hospodářskou soutěž (zvláště v případě dohod nebo jednání ve vzájemné shodě)“.³⁶ Zákonný text ust. § 2 odst. 2 ZOHS vychází zejména z textu Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely práva hospodářské soutěže Společenství (97/C 372/03) (dále též „**Sdělení Komise k relevantnímu trhu**“), jež uvádí, že (cit.): „Definice trhu je nástrojem pro stanovení a vymezení hranic hospodářské soutěže mezi podniky. Slouží ke stanovení rámce, v rámci něhož Komise uplatňuje politiku hospodářské soutěže. Hlavním záměrem definice trhu je systematicky zjišťovat konkurenční omezování, jimž zúčastněné podniky čelí. Cílem definice trhu, jak pokud jde o výrokový trh, tak o zeměpisný trh, je zjistit skutečné soutěžitele dotyčných podniků, kteří mohou omezovat chování uvedených podniků a bránit jim, aby se chovaly svobodně, aniž by byly podrobeny účinnému konkurenčnímu tlaku.“³⁷

111. Vymezení relevantního trhu má tak sloužit k „nalezení hranic, kdy dochází ke střetu s konkurencí, tj. kde se skutečně projevuje příslušné soutěžní jednání, kde dochází ke konkurenčním tlakům a kde tak existují hranice oddělující jednotlivé relevantní trhy od sebe navzájem.“³⁸ „Účelem vymezení relevantního trhu pak je zjistit, které produkty jsou navzájem tak blízkými substituty, že vyvíjejí konkurenční tlak na chování dodavatelů těchto výrobků.“³⁹ Při posouzení možného protisoutěžního jednání tedy musí Úřad provést analýzu, na jejímž základě je pak schopen rozhodnout o případném deliktním jednání soutěžitele.⁴⁰ K tomu je však ještě nutno dodat, že v případě některých protisoutěžních praktik, např. cenových protisoutěžních dohod a dohod rozdělujících trh zakázaných podle jejich cíle, může být protisoutěžní charakter spolehlivě určen i bez precizního vymezení relevantního trhu.⁴¹
112. „Relevantní trh však není pojmem samoučelným“, jak ve výše citovaném rozsudku dovodil Krajský soud v Brně (dále též „**Krajský soud**“), „a nevymezuje se proto, „aby byl vymezen“, nýbrž proto, aby bylo možno v případě posuzování dohod z pohledu jejich zákazu podle § 3 předchozího ZOHS a § 3 ZOHS především zjistit, jaké dopady na takový trh dohoda měla.“ Krajský soud vycházel především z rozsudků Tribunálu ze dne 8. 7. 2007 ve věci „Mannesmannröhren-Werke“ (T-44/00) a ze dne 15. 9. 1998 ve věci „European Night Services“ (T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94), „z nichž zřetelně plyne, že potřeba precizního vymezení relevantního trhu je dána tam, kde bez takového přesného vymezení nelze určit, zda je cíl nebo výsledek dohody protisoutěžní, popř. zda je tomu tak v míře, v níž

³⁵ Srov. např. rozsudek Tribunálu ze dne 10. 3. 1992 v případě T-68/89 Societa Italiano Vetro (SIV) v Commission (Italian Flat Glass): „The Court considers, on the contrary, that the appropriate definition of the market in question is a necessary precondition of any judgment concerning allegedly anti-competitive behaviour.“

³⁶ Převzato z Bellamy & Child. European community law od competition. 6. vydání. Oxford New York: Oxford university press, 2008, str. 244.

³⁷ Viz Sdělení Komise k relevantnímu trhu, bod 2.

³⁸ Viz Kindl, J., Munková J.: Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář. 3., přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, str. 63.

³⁹ Viz JONES, A. SUFRIN, B. EU Competition Law. 6. vydání. Oxford: Oxford university press, 2016, str. 56.

⁴⁰ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2013, č. j. 2 Afs 82/2012–134: „Posuzování relevantního trhu v soutěžním právu obvykle probíhá na základě zjištění podstatných dat a informací včetně užití kvantitativních technik (odhadů a analýz). Informace o spotřebitelských reakcích pak mohou plynout jak ze spotřebitelského průzkumu, tak i z analýz objektivně podchyceného chování a z kvalifikované úvahy o kritériích, která spotřebitelské chování ovlivňují.“

⁴¹ Viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 6. 2012, č. j. 62 Ca 22/2007-2067.

může být dotčen obchod mezi členskými státy.“⁴² Stejně tak odborná literatura konstatuje, že „definice trhu není cílem sama o sobě. Spíše je pomocným nástrojem pro posouzení hospodářské soutěže tím, že identifikuje zaměnitelné výrobky nebo služby s těmi, které nabízejí na trhu strany, které jsou předmětem šetření.“⁴³

113. V mezích zákona o významné tržní síle, a to zejména od účinnosti novely č. 50/2016 Sb., je však oblast kontroly významné tržní síly od prostředí hospodářské soutěže velmi odlišná. Úřad nemusí vymezovat relevantní trh proto, aby našel hranice, v nichž se projevuje konkurenční chování jednotlivých soutěžitelů, a v rámci nich zjišťovat omezování, jemuž soutěžitelé čelí, neboť tyto hranice jsou již predikovány zákonodárcem a stanoveny v zákoně o významné tržní síle.
114. Ust. § 1 odst. 1 ZVTS stanoví, že tento „zákon upravuje způsob posuzování a zamezení zneužití významné tržní síly v souvislosti s nákupem potravin za účelem jejich dalšího prodeje na území České republiky nebo službami s tímto nákupem nebo prodejem potravin souvisejícími.“ Pokud bychom se na předmětné ustanovení podívali stejně jako prvostupňový orgán optikou ust. § 2 odst. 2 ZOHS, zjistili bychom, že zákon o významné tržní síle sám vymezuje to, co bychom v oblasti hospodářské soutěže označili jako věcný relevantní trh, jako trh s potravinami (jako celkem) a geografický relevantní trh vymezuje jako území České republiky. Prvostupňový orgán tak došel ve svém odůvodnění ke stejným závěrům, jako samotné znění zákona, ačkoli za použití ust. § 2 odst. 2 ZOHS.
115. Druhostupňový orgán však považuje za nutné zdůraznit, že ačkoli je pro účely správního řízení v oblasti významné tržní síly nutné trh určit, není správné či dokonce možné odkazem na zákon o ochraně hospodářské soutěže vymezovat *trh relevantní*. Po novele č. 50/2016 Sb., účinné od 6. 3. 2016, se spojení „relevantní trh“ v zákoně o významné tržní síle již nevyskytuje, ačkoli zákon o významné tržní síle účinný před tímto datem s pojmem „relevantní trh“ operoval, a to v § 4 písm. f) cit. zákona. Ani v důvodové zprávě k novele č. 50/2016 Sb. se pojem „relevantní trh“ však nevyskytuje.
116. Zákon o významné tržní síle účinný před novelou č. 50/2016 Sb. výslovně v § 4 písm. f) stanovil, že „zneužitím významné tržní síly je zejména soustavné porušování jiných zvyklostí v dodavatelsko-odběratelských vztazích, kterými se rozumí zejména zvyklosti uvedené v příloze č. 6 tohoto zákona, jehož cílem nebo výsledkem je podstatné narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu.“ Rovněž § 6 odst. 2 ZVTS účinný před novelou č. 50/2016 Sb. zakotvil, že „[...] Úřad rozhodne o zastavení řízení za podmínky, že účastníci řízení Úřadu společně navrhli závazky ve prospěch obnovení účinné hospodářské soutěže, které jsou dostatečné pro ochranu hospodářské soutěže a jejichž splněním se odstraní závadný stav, a že zneužití tržní síly nemělo za následek podstatné narušení hospodářské soutěže.“ Na možné užití analogie se zákonem o ochraně hospodářské soutěže pak ZVTS účinný před novelou č. 50/2016 Sb. odkazoval i tím, že v ust. §§ 2, 8 a 10 označoval dodavatele i odběratele jako soutěžitele.
117. Zákonodárce pak v ZVTS po účinnosti novely č. 50/2016 Sb. zjevně záměrně vypustil jakékoli zmínky o hospodářské soutěži, její ochraně či obnově, soutěžiteli a relevantním trhu. Namísto obnovení hospodářské soutěže hovoří ZVTS v § 6 odst. 2 o odstranění závadného stavu. Rovněž v případě ukládání opatření k nápravě, nově zakotvených v § 6a ZVTS, zákon

⁴² Tamtéž.

⁴³ Viz JONES, A. SUFRIN, B. EU Competition Law. op. cit. str. 56.

stanoví, že lze rozhodnout o „uložení opatření k nápravě, jehož účelem je odstranění protiprávního stavu“. Na rozdíl od zákona o ochraně hospodářské soutěže, jehož § 20 odst. 4 zmocňuje Úřad „uložit opatření k nápravě, jejichž účelem je obnovení účinné hospodářské soutěže na trhu“, zákonodárce se opětovně vyhnul termínu „hospodářská soutěž“, resp. „její ochrana nebo obnovení“. Vše výše uvedené tak dle druhostupňového orgánu jasně značí úmysl zákonodárce opustit užívání analogie s právem ochrany hospodářské soutěže (včetně obvyklých soutěžních principů a institutů, jako je např. relevantní trh) pro celou oblast kontroly významné tržní síly.

118. Rovněž účel a cíle zákona o ochraně hospodářské soutěže a zákona o významné tržní síle se značně liší. Zatímco „*hlavním smyslem zákona o ochraně hospodářské soutěže je obrana proti nedovolenému narušení hospodářské soutěže a jejích hodnot, a současně postih dopadů takového jednání na společnost*“⁴⁴, účelem zákona o významné tržní síle je regulace určitých specifických aspektů dodavatelsko-odběratelských vztahů v oblasti prodeje zemědělských a potravinářských produktů. Konkrétně je jeho cílem systémová ochrana dodavatelů v takové situaci, kdy má jejich odběratel významnou tržní sílu, ale současně svým tržním podílem nepřekračuje hranici, za kterou by se stal na relevantním trhu dominantem dle zákona o ochraně hospodářské soutěže⁴⁵.
119. Je tedy nutné postupovat v souladu s úmyslem zákonodárce a nepřejímat cíle, instituty a principy, kterými se Úřad řídí a které využívá ve správních řízeních v rámci ochrany hospodářské soutěže, navzdory tomu, že zákon o ochraně hospodářské soutěže se přiměřeně užije dle § 7 odst. 1 ZVTS na řízení vedená Úřadem ve věcech zneužití významné tržní síly, jakož i na jeho vyšetřovací oprávnění, neboť to se týká pouze **procesních postupů** Úřadu při vykonávání dozoru nad dodržováním zákona ve smyslu § 5 ZVTS, nikoliv však řešení hmotněprávních otázek.
120. Ačkoli samotný fakt, že ten samý ústřední orgán státní správy dozoruje mimo oblasti ochrany hospodářské soutěže i v oblasti kontroly významné tržní síly, může svádět k přesvědčení, že principy a s nimi spojené postupy vyplývající ze zákona o ochraně hospodářské soutěže, stejně jako závěry svých předchozích rozhodnutí v téže oblasti, Úřad užije i v dalších oblastech, v nichž vykonává dozor (tedy zejména v oblasti kontroly významné tržní síly), je nutné tuto konstrukci jednoznačně odmítnout. Stejně jako není možné mechanicky aplikovat závěry rozhodnutí Úřadu vydané např. v oblasti zneužití dominantního postavení na správní řízení vedené s veřejným zadavatelem v oblasti zadávání veřejných zakázek, není možné slepě přenášet závěry rozhodnutí Úřadu v oblasti fúzí na správní řízení v oblasti kontroly významné tržní síly, neboť ve všech případech se jedná o zcela odlišné oblasti s vlastní právní úpravou.
121. Ve shodě se zásadou legality uvedenou v ust. § 2 odst. 1 správního řádu může Úřad postupovat pouze v mezích zákonných ustanovení, tedy dělat pouze to, co mu zákon ukládá. Není mu dovoleno konat to, co zákon neobsahuje. Tak je tomu i v nynějším případě, kdy Úřad není povinen, ba ani oprávněn vymezovat relevantní trh pro účely správního řízení ve věci možného zneužití významné tržní síly, jestliže zákon takový postup Úřadu neumožňuje.

⁴⁴ Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 12. 2009, č.j. 8 Afs 56/2007–479.

⁴⁵ Viz bod 1. obecné části návrhu zákona č. 395/2009 Sb., o významné tržní síle při prodeji zemědělských a potravinářských produktů a jejím zneužití.

Vymezením relevantního trhu by tak Úřad činil úkony nad rámec zákona a tedy by postupoval de facto nezákonně.

122. Tedy jen z důvodu, že pojem relevantní trh užívá zákon o ochraně hospodářské soutěže a Úřad je povinen relevantní trh vymezit při rozhodování ve věcech zakázaných dohod, zneužití dominantního postavení či spojování soutěžitelů, není tím nutně dáno, že takto musí Úřad postupovat i v řízení o zneužití významné tržní síly, zvláště za situace, kdy zákonodárce tento pojem ze zákona o významné tržní síle záměrně vypustil. Ostatně samostatný pojem „trh“ se vyskytuje v mnoha jiných zákonech⁴⁶ a orgány státní správy jistě ani nenapadne místo zjišťování trhu vymezovat relevantní trh, neboť k tomu nemají žádný důvod ani zákonné zmocnění. I správní soudy při rozhodování v rámci zákonů odlišných od zákona o ochraně hospodářské soutěže užívají pojem „trh“ a necítí nutnost v rámci řízení relevantní trh vymezovat.⁴⁷

Námítky rozkladu

123. Účastník řízení je přesvědčen, že Úřad vymezil relevantní trh nesprávně a nadhodnotil tak výši jeho tržního podílu a tržní síly. Účastník řízení zdůrazňuje, že Úřad vůbec nezkoumal relevantní skutečnosti a pouze tvrdí, jak má být trh vymezen, přičemž tato tvrzení nijak nedokládá. Podle účastníka musí vymezení relevantního trhu vycházet ze skutkových zjištění a nikoli z obecných teorií. Účastník řízení dále namítá, že ke konstatování selhání trhu je nezbytné prokázání konkurenčních tlaků a vztahů poptávky a nabídky, což Úřad neučinil. Účastník řízení dle svých slov soutěží o dodávky dodavatelů s ostatními řetězci, online prodejci, velkoobchody a gastroprovozy.
124. Dále je podle jeho názoru nutné rozdělit produktové nákupní trhy vůči jednotlivým dodavatelům s ohledem na věcnou zaměnitelnost následovně: 1. destiláty, 2. mražené zboží, 3. sladkosti, 4. víno a likéry, 5. maso, uzeniny a lahůdky, 6. výrobky z medu a 7. koření. Takové vymezení produktových trhů podle účastníka řízení odráží kritérium poptávkové zastupitelnosti nejen z pohledu účastníka řízení, ale i z pohledu ostatních odběratelů. Úřad se měl tedy zabývat zastupitelností výrobků předmětných dodavatelů a aplikovat SSNIP test. Úřad rovněž neprovedl žádnou ekonomickou analýzu, jak měl podle účastníka řízení učinit dle Sdělení Komise k relevantnímu trhu, neboť SSNIP test slouží ke stanovení alternativních distribučních kanálů nebo odbytišť pro dodavatelovy výrobky. Místo SSNIP testu a dalších ekonomických úvah tak dle účastníka řízení Úřad pouze účelově poukázal na soutěž nákupních tašek s potravinami a omezenou distribuční kapacitu na velkoobchodní úrovni.
125. K tomu uvádím, že účastník řízení ve svém rozkladu tedy poukazuje na to, že dle jeho názoru Úřad nedodržel všechny nutné postupy směřující ke správnému vymezení relevantního trhu ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže. Vymezení relevantního trhu „je nezbytné zejména v případech tvrzeného zneužití dominantního postavení, kdy se dle judikatury jedná

⁴⁶ Srov. např. z. č. 185/2001 Sb., o odpadech; z. č. 56/2001 Sb., o podmínkách provozu vozidel na pozemních komunikacích; z. č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví; z. č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění; z. č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele; z. č. 378/2007 Sb., o léčivech; z. č. 268/2014 Sb., o zdravotnických prostředcích; z. č. 166/1999 Sb., veterinární zákon; z. č. 64/1986 Sb., o České obchodní inspekci; aj.

⁴⁷ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 4. 2018, č. j. 2 As 426/2017-62; rozsudek téhož soudu ze dne 29. 8. 2017, č. j. 9 As 198/2016-39; rozsudek téhož soudu ze dne 21. 3. 2018, č. j. 9 As 332/2016-56; aj.

*o klíčový krok, bez nějž nelze vůbec posoudit existenci případného dominantního postavení náležitě posuzovat. Stejně tak se jedná o nezbytný krok při posuzování spojení soutěžitelů a svůj význam má i při posuzování dohod narušujících hospodářskou soutěž.*⁴⁸ Účastník řízení svými námitkami po Úřadu de facto požaduje, aby zkoumal tržní prostředí pro určení účastníkového možného dominantního postavení na podle účastníka správně vymezeném relevantním trhu tím, že trh potravin rozdělí na jednotlivé dílčí trhy, na nichž bude mít účastník řízení zcela jistě slabší postavení, než na zákonem stanoveném trhu s potravinami jako celkem, a zároveň vezme v úvahu skutečnost, že na daném trhu s účastníkem řízení soutěží ostatní řetězce, online prodejci, velkoobchody a gastroprovozy.

126. Jak bylo řečeno výše, s ohledem na povahu oblasti kontroly významné tržní síly a její odlišnost vzhledem k oblasti hospodářské soutěže (stejně jako na rozdílný cíl a účel zákona o významné tržní síle), není na místě při zjišťování trhu ve smyslu ZVTS užívat postupů pro vymezení relevantního trhu ve smyslu ZOHS, neboť se v daném případě o relevantní trh ve smyslu ZOHS nejedná. Sdělení Komise k relevantnímu trhu definuje relevantní výrobový trh jako trh, který „zahrnuje všechny výrobky a/nebo služby, které jsou spotřebitelem s ohledem na jejich vlastnosti, ceny a zamýšlené použití považovány za zaměnitelné nebo zastupitelné“.⁴⁹ Naproti tomu trh ve smyslu ZVTS zahrnuje potraviny jako jeden celek bez ohledu na jejich zastupitelnost z pohledu odběratele či koncového zákazníka.
127. Nelze bez dalšího souhlasit s argumentací prvostupňového orgánu, že z pohledu účastníka či jiného řetězce, který má povahu one-stop shopu jsou všechny druhy potravin mezi sebou vzájemně zaměnitelné, neboť jednotliví odběratelé soutěží o své zákazníky skrze nabídku nákupních tašek s potravinami, nikoliv skrze jednotlivé potravinářské produkty a motivací odběratelů při nákupu potravin za účelem jejich dalšího prodeje koncovým zákazníkům je tak nabídka co nejširší palety produktů. Z pohledu výrobového relevantního trhu je totiž nejdůležitějším ukazatelem spotřebitel a jeho pohled na zaměnitelnost výrobku, ať již nakupuje výrobek pro další užití nebo ke konečné spotřebě⁵⁰. Je tedy třeba dát částečně za pravdu účastníku řízení, neboť i one-stop shop musí rozeznávat mezi jednotlivými druhy výrobků, které jsou z pohledu koncového zákazníka zastupitelné, aby mohl naplnit nákupní tašku všemi zákazníkem požadovanými produkty, a nelze tedy bez dalšího konstatovat, že, jak uvádí prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí, probíhá v daném případě soutěž i mezi dodavateli masných výrobků a nápojů, neboť takové výrobky nejsou z hlediska koncového zákazníka zastupitelné a odběratel je nucen vzít takovou okolnost v úvahu. Pokud by totiž v nákupní tašce chyběla některá z položek pro koncového zákazníka nezbytná (například by odběratel přišel o veškeré dodavatele mléka a nahradil ho v regále rostlinným olejem), ztratil by pozici one-stop shopu a nebyl by nadále pro koncového zákazníka atraktivním.
128. Je tedy třeba zdůraznit, že ačkoli probíhá mezi dodavateli soutěž o omezenou distribuční kapacitu odběratele, probíhá soutěž i mezi dodavateli v jednotlivých odvětvích, a proto nelze jednoznačně konstatovat, že by všechny výrobky všech dodavatelů potravin byly pro odběratele zaměnitelné. To však nic nemění na faktu, že zákonné vymezení trhu pro účely

⁴⁸ Viz Kindl, J., Munková J.: Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Op. cit. str. 59.

⁴⁹ Viz Sdělení Komise k relevantnímu trhu, bod 7.

⁵⁰ V tomto smyslu srov. Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J. Soutěžní právo. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006. Str. 77.

ZVTS zahrnuje potraviny jako celek bez ohledu na nutnost vymezovat jednotlivé dílčí relevantní výrobové trhy.

129. Účastník řízení dále poukazuje na rozhodnutí Úřadu ze dne 12. 4. 2012, č. j. ÚOHS-S472/2011/KS-7043/2012/840/RPI, v němž Úřad rozlišoval existenci různých produktových relevantních (velkoobchodních) trhů pečiva a cukrářských výrobků a uzavřel, že na několika trzích obchodní řetězce nedisponují dostatečnou vyrovnávací kupní silou. Skutečnost, že společnost AGROFERT a.s. na jedné straně na základě interpretace ZOHS, dle Úřadu musela kvůli tržní síle spojením vzniklého subjektu přijímat vůči odběratelům rozsáhlé a tvrdé závazky, ale na druhé straně by na základě interpretace ZVTS ze strany Úřadu byla dodavatelem s „rozplynutým“ tržním podílem, který je na stejných odběratelích závislý a kterého je potřeba chránit, dále poukazuje na nesprávnost vymezení relevantního trhu v napadeném rozhodnutí. Dle účastníka řízení je relevantní trh pouze jeden a nelze jej účelově měnit, jako to měl učinit Úřad v napadeném rozhodnutí.
130. K tomu je třeba konstatovat, že jak v napadeném rozhodnutí zmiňuje prvostupňový orgán, nelze souhlasit s tvrzením účastníka řízení, tedy že relevantní trh je pouze jeden, neboť konkrétní relevantní trh se vždy vymezuje ad hoc pro každý konkrétní případ, tedy vždy pro účely určitého správního řízení. A i pokud by byl pro účely dvou na sobě nezávislých správních řízení vymezen věcný a geografický trh totožný, ani tak by nemusely být výsledné relevantní trhy shodné, neboť se takový relevantní trh mohl proměnit v čase.⁵¹
131. Mimo to, jak bylo uvedeno výše, v případě kontroly významné tržní síly není možné mluvit o relevantním trhu ve smyslu soutěžního práva. Účastník poukazuje na rozhodnutí Úřadu ve věcech spojování soutěžitelů, kde je Úřad skutečně povinen v rámci správního řízení příslušný relevantní trh vymezit pomocí všech relevantních ekonomických nástrojů. Zde je však na místě účastníka řízení upozornit, že jen z důvodu, že všechna správní řízení v různých oblastech vede též ústřední orgán státní správy, není možné po něm požadovat, aby ve všech oblastech postupoval stejným způsobem bez ohledu na to, že každou oblast reguluje speciální zákon se speciální úpravou, který sleduje svůj specifický cíl. Podobně jako by veřejný zadavatel nenamítal chybějící vymezení relevantního trhu v rámci správního řízení vedeného v oblasti dohledu nad zadáváním veřejných zakázek s odkazem na rozhodnutí Úřadu týkajícího se zneužití dominantního postavení, tak není možné, aby se účastník řízení v rámci správního řízení o možném zneužití významné tržní síly domáhal vymezení totožného relevantního trhu vymezeného pro účely správního řízení o spojování soutěžitelů, neboť ani v tomto případě (podobně jako při dohledu nad zadáváním veřejných zakázek) není Úřad povinen vymezit relevantní trh ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže.
132. Za účelový považuje účastník řízení rovněž argument Úřadu o tom, že vymezení souhrnného nákupního trhu předurčuje znění ZVTS. Při takovém výkladu znění zákona by dle účastníka řízení vyvrácení vyvratitelné domněnky o existenci významné tržní síly bylo prakticky nemožné, a ustanovení § 3 odst. 2 ZVTS by tak bylo zbytečné. Účastník řízení je přesvědčen,

⁵¹ „Pro časový aspekt relevantního trhu může být dále významné např. i zjištění, zda podmínky na trhu v určitém časovém období doznaly významných změn oproti minulosti, nebo k těmto změnám může v budoucnu dojít.“ In: Bednář, J. Aplikace soutěžního práva v rozhodovací praxi. Z rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, Komise a Evropského soudního dvora. Praha : C. H. Beck, 2005.

že toto nemohlo být záměrem zákonodárce. Naopak možnost vyvrácení domněnky je přílehlavá právě pro situaci, ve které se nachází účastník řízení.

133. Ani této argumentaci účastníka řízení nelze dát za pravdu, neboť zákonným vymezením trhu není nijak zasaženo do možnosti vyvrátit domněnku významné tržní síly založenou na obrátovém kritériu stanovenou v ust. § 3 odst. 4 ZVTS, ba naopak při nevyvrácení domněnky významné tržní síly založené na obrátovém kritériu je možné dokázat neexistenci významné tržní síly právě kritérii vymezenými v ust. § 3 odst. 2 ZVTS. Ustanovení § 3 odst. 2 ZVTS tak slouží právě v situaci, kdy je vymezen trh podle ust. § 1 odst. 1 ZVTS, odběratel splnil podmínku obrátového kritéria § 3 odst. 4 ZVTS na daném trhu zakládající významnou tržní sílu a odběratel má možnost v průběhu správního řízení právě pomocí § 3 odst. 2 ZVTS domněnku vyvrátit s poukazem na strukturu zákonem vymezeného trhu, neexistenci překážek vstupu na zákonem vymezený trh, či na nedostatečnou sílu odběratele.⁵²
134. Úřad rovněž podle účastníka řízení zcela opomněl geografický rozměr jednotlivých produktových trhů. Argument Úřadu, že trh dodávek části sortimentu potravin za účelem dalšího prodeje sice může přesahovat hranice České republiky, avšak trh nákupu potravin za účelem dalšího prodeje má výrazně národní charakter, považuje účastník řízení za zcela účelový a ekonomický nesmysl. Ostatní argumenty Úřadu ohledně národního vymezení trhu nejsou relevantní, neboť jsou ohledně geografického rozměru trhu neinformativní nebo se nevztahují k tomuto trhu, ale k navazujícímu trhu maloobchodního prodeje potravin. Geografický trh zúžený na ČR je tak z pohledu účastníka řízení ryze účelový.
135. Jak bylo zevrubně popsáno výše, v daném případě není možné vymezovat relevantní trh ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže, neboť trh, a tedy i jeho geografická stránka, je vymezen již zákonným ustanovením zákona o významné tržní síle. Zákon stanovuje geografické hranice trhu výslovně na území České republiky, pokyn zákonodárce je v tomto smyslu velmi jasný, ostatně jeho záměry dokládá i důvodová zpráva k novele č. 50/2016 Sb., když uvádí (cit.): *„Výslovně by však měla být vymezena místní působnost zákona, kterou stávající úprava jednoznačně neobsahuje. Postihovat by se měla jednání, která se uskutečnila a projevují se na území České republiky, ale současně též ta jednání, která byla uskutečněna v zahraničí (např. uzavření smlouvy) a jejichž účinky se projeví v České republice.“* Úřad tedy správně určil územní stránku trhu s ohledem na zaměření produktů na českého zákazníka, i s ohledem na (nerovnoměrné) rozmístění prodejen účastníka řízení po celém území České republiky.
136. Druhostupňový orgán tedy konstatuje, že není možné, aby Úřad vymezoval relevantní trh, pokud mu takový postup zákon neukládá, neboť ZVTS sám trh stanovuje v ust. § 1 odst. 1 písm. a) ZVTS. Druhostupňový orgán dále došel k závěru, že ačkoli prvostupňový orgán postupoval ve vymezení trhu ne zcela správným způsobem analogicky se zákonem o ochraně hospodářské soutěže a vymezil tak „relevantní“ trh, čímž zjevně v účastníkovi vytvořil mylný dojem, že je třeba vymezit trh dle stejných kritérií jako v případě působnosti zákona o ochraně hospodářské soutěže, dospěl materiálně svým vymezením ke shodnému závěru jako druhostupňový orgán, tedy k vymezení, jaké obsahuje ustanovení § 1 odst. 1 zákona o významné tržní síle, a tedy je nutné námítky rozkladu účastníka řízení v této části odmítnout.

⁵² Více k problematice v části b) tohoto rozhodnutí.

b) Vyhodnocení významné tržní síly

137. Na začátek je nutné nad rámec námitek rozkladu vymezit samotný postup a náhled na vymezení tržní síly a jejího konceptu. V tomto ohledu je nutné zdůraznit změnu, která nastala účinností novely č. 50/2016 Sb., kdy zákonodárce dal (s ohledem na důvodovou zprávu ke zmíněné novele) jasně najevo, jakým způsobem významnou tržní sílu uchopit.
138. Do 5. 3. 2016 byl v účinnosti zákon o významné tržní síle, jenž v ust. § 3 odst. 1 definoval významnou tržní sílu jako *„takové postavení odběratele vůči dodavateli, kdy se v důsledku situace na trhu stává dodavatel závislým na odběrateli ve vztahu k možnosti dodávat své zboží spotřebitelům a kdy si odběratel vůči dodavateli může vynutit jednostranně výhodné obchodní podmínky.“* Odst. 3 citovaného paragrafu stanovil vyvratitelnou domněnku obrátového kritéria a odst. 2 poté vymezil další kritéria pro posouzení významné tržní síly, a to *„strukturu trhu, překážky vstupu na trh, tržní podíl dodavatele a odběratele, jejich finanční sílu, velikost obchodní sítě odběratele, velikost a umístění jeho jednotlivých prodejen.“*
139. Za účinnosti tohoto zákona o významné tržní síle vydal Úřad rozhodnutí Kaufland 2013, které následně potvrdil předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 21. 10. 2013, č. j. ÚOHS-R146/2013/TS-20430/320/RJa. Společnost Kaufland Česká republika v.o.s. jako účastník řízení podala správní žalobu ke Krajskému soudu, jenž se zabýval jedinou žalobní námitkou, a to pojetím konceptu významné tržní síly.
140. Krajský soud v rozsudku ze dne 21. 4. 2016, č. j. 30 Af 125/2013-191 (dále též **„rozsudek KS“**), rozlišil absolutní a relativní koncept významné tržní síly, a to tak, že *„absolutní pojetí významnou tržní sílu pojímá jako obecné postavení odběratele na trhu, jež daný subjekt (odběratel) má ve vztahu ke všem dodavatelům jako celku. Naproti tomu relativní koncept významnou tržní sílu pojímá jako postavení odběratele vůči konkrétnímu dodavateli.“* Z definice Krajského soudu tedy vyplývá, že v případě absolutního pojetí disponuje-li odběratel významnou tržní silou na základě zákonem stanovených kritérií, disponuje jí bez dalšího vůči všem svým dodavatelům a Úřad tak nemusí zkoumat každé jednotlivé postavení vůči konkrétním dodavatelům. Oproti tomu konstrukce relativního pojetí nutí Úřad posoudit, zda odběratel disponuje významnou tržní silou vůči každému jednotlivému dodavateli, a zda je tento konkrétní odběratel na odběrateli ekonomicky závislým.
141. Krajský soud ve svém rozsudku došel k závěru, že v kontextu tehdejšího zákona o významné tržní síle jsou *„oba koncepty a tudíž i obě výkladové varianty možné a víceméně srovnatelné bez ohledu na to, jaká metoda se při výkladu ustanovení § 3 (tehdejšího) zákona o významné tržní síle použije. [...] Za dané situace, kdy se nabízí dvě rovnocenné výkladové varianty pojmu významné tržní síly jako základního předpokladu pro naplnění skutkové podstaty podle § 4 zákona o významné tržní síle a kdy panují tudíž pochybnosti = dubio, kterou z variant použít (absolutní či relativní koncept), je tedy na místě postupovat mírněji = in dubio mitius [...] a aplikovat výklad mírnější, méně zasahující, jímž je nepochybně výklad vycházející z relativního konceptu významné tržní síly.“*
142. Nejvyšší správní soud pak při rozhodování o kasační stížnosti Úřadu v rozsudku ze dne 31. 1. 2017, č. j. 3 As 88/2016-40 (dále též **„rozsudek NSS“**) dospěl ke konkrétnějšímu závěru, tedy že z dikce tehdejšího zákona o významné tržní síle vyplývá nutnost výkladu ve světle

relativního konceptu. Konstatoval, že (cit.): *„Správnosti závěru o upřednostnění relativního konceptu nasvědčuje též definování významné tržní síly skrze vztah závislosti dodavatele na odběrateli. Má-li významná tržní síla odpovídat postavení, v němž se dodavatel stává na odběrateli závislým (rozhodující senát v této souvislosti opětovně poukazuje na použitý singulár u slov odběratel a dodavatel), je nepochybné, že takové postavení musí být posuzováno individuálně.“*

143. Lze tedy konstatovat, že správní soudy v kontextu zákona o významné tržní síle účinného do 5. 3. 2016 dospěly k závěru, že se uplatní relativní koncept významné tržní síly, tedy že je potřeba zkoumat jednotlivě každý vztah odběratele s konkrétním dodavatelem, a to především z důvodu, že § 3 odst. 1 ZVTS před novelou č. 50/2016 Sb. podmiňoval významnou tržní sílu závislostí dodavatele na odběrateli, ve stejném ustanovení byl užit singulár u slov odběratel a dodavatel, a rovněž § 3 odst. 2 ZVTS před novelou č. 50/2016 Sb. obsahoval nutnost posouzení tržního podílu dodavatele i odběratele stejně jako posouzení jejich finanční síly.
144. Novelou č. 50/2016 Sb. však zákonodárce směřuje koncept významné tržní síly k absolutnímu pojetí. Druhostupňový orgán tak vyvozuje ze skutečnosti, že zákonodárce vypustil z § 3 ZVTS některé významné pojmy, které dříve vedly správní soudy k závěru, že se v daném případě jedná o relativní pojetí významné tržní síly. V účinném znění zákona o významné tržní síle tak v § 3 odst. 1 ZVTS již nenalezneme podmínku závislosti dodavatele na odběrateli a stejně tak se nyní významná tržní síla odběratele posuzuje dle § 3 odst. 2 ZVTS s ohledem na strukturu trhu, překážky vstupu na trh a finanční sílu již pouze odběratele.
145. Rovněž důvodová zpráva k předmětné novele v bodu 4.2 uvádí, že *„předmětem vybrané varianty - novely zákona o významné tržní síle by mělo být jednoznačné zakotvení absolutního pojetí významné tržní síly a jednoznačné vymezení okruhu vztahů, na které bude zákon dopadat. Stejně tak v bodu 1.6 zdůrazňuje, že dále je třeba odstranit nejasnosti ohledně pojetí významné tržní síly, tj. jednoznačně zakotvit tzv. absolutní koncept, neboť většina nezákonných jednání, kterými se dosud Úřad zabýval, je uplatňována ze strany odběratelů plošně, tj. vůči velkému počtu dodavatelů.“* Taktéž Krajský soud v rozsudku KS dovodil, že *„zákon o významné tržní síle ve znění zákona č. 50/2016 Sb. již jednoznačně směřuje k absolutnímu konceptu významné tržní síly s tím, že se zákonodárce snažil odstranit dosud přetrvávající pochyby [...]“*. A v neposlední řadě i Nejvyšší správní soud v rozsudku NSS konstatoval (cit): *„Zamýšlel-li zákonodárce přijmout úpravu, na základě které by byl bez dalšího upřednostněn výklad ve smyslu absolutního konceptu, nepochybně by bylo vhodnější zvolit konstrukci typu „postavení odběratele vůči (všem) svým dodavatelům“ (tzn. použití plurálu u slova dodavatel), jak tomu je i v nyní účinném znění zákona („[v]ýznamná tržní síla je takové postavení odběratele, v jehož důsledku si odběratel může vynutit bez spravedlivého důvodu výhodu vůči dodavatelům v souvislosti s nákupem potravin nebo přijímáním nebo poskytováním služeb s nákupem nebo prodejem potravin souvisejících“).“*
146. Ačkoli se tedy důvodová zpráva i správní soudy kloní k výkladu ZVTS po novele 50/2016 Sb. dle absolutního konceptu, dle názoru druhostupňového orgánu, není možné se přiklonit k absolutnímu konceptu v jeho ryzí formě, tedy tak, jak jej Úřad zastával v rozhodnutí Kaufland 2013. Druhostupňový orgán tak souhlasí s autory komentářové literatury k zákonu o významné tržní síle, kteří tvrdí, že Úřad by měl aplikovat tzv. *„absolutní (objektivní) pojetí*

*významné tržní síly s relativním korektivem, což dle autorů komentáře znamená, že zákon by měl být vykládán v tom smyslu, že významná tržní síla sice představuje objektivní charakteristiku příslušného odběratele potravin, avšak odběratel jí nedisponuje, resp. ji z podstaty věci každopádně nemůže zneužít ve vztahu k dodavatelům, u nichž se prokáže, že mají silnější či přinejmenším srovnatelné postavení než on. To přitom může vyplývat například z jejich dominantního postavení na příslušném relevantním trhu.*⁵³

147. V této souvislosti vyvstává ovšem otázka, v jaké fázi správního řízení by měl Úřad tento relativní korektiv zohlednit a zda má Úřad povinnost zabývat se každým jednotlivým postavením odběratele vůči dodavateli ex offo⁵⁴, či danou cestou postupovat až při vypořádávání námitek účastníka řízení.
148. Ustanovení § 3 odst. 4 ZVTS stanovuje vyvratitelnou domněnku obrátového kritéria, tedy slovy zákona: „*má se za to, že významnou tržní sílu má odběratel, jehož obrat za prodej potravin a služeb a s tím souvisejících na území České republiky přesáhne 5 mld. Kč za poslední ukončené účetní období v délce 12 měsíců.*“ Odpověď je tedy nutné hledat především v právní teorii a rozhodovací praxi obecných a správních soudů. Dle odborné literatury jsou zákonné domněnky „*takové, u nichž zákonodárce (tj. zákon) při existenci určitých skutečností (tzv. báze domněnky) považuje bez dalšího určitý znak (domněnku) za existující.*“⁵⁵ Vyvratitelné domněnky jsou pak takové, jež jsou pokládány za existující do doby, než je prokázán opak. Nejvyšší soud k vyvratitelným domněnkám konstatoval, že „*skutečnost, pro kterou je v zákoně stanovena domněnka, jež připouští důkaz opaku, má soud za prokázanou, pokud v řízení nevyšel najevo opak. Dokud není dokázán opak, platí za prokázanou skutečnost, pro kterou je v zákoně stanovena domněnka, pouhá, třeba i závažná pochybnost o tom, zda skutečnost v právní domněnce stanovena existuje, nestačí k tomu, aby nebyla považována za prokázanou. Skutečnost, které svědčí vyvratitelná právní domněnka, není předmětem procesního dokazování a nebyla-li v řízení domněnka existence uznaného závazku vyvrácena, soud musí mít podle ustanovení § 133 o. s. ř. skutečnost za prokázanou.*“⁵⁶
149. Nejvyšší správní soud pak ve vztahu k důkaznímu břemeni při vyvrácení právní domněnky dospěl k názoru, že „*zákon zakládá vyvratitelnou právní domněnku, že listina, která obsahuje formální znaky vyžadované příslušným právním předpisem (v případě rozhodnutí správního orgánu zejména § 68 a § 69 správního řádu), je listinou autentickou, tj. listinou skutečně vydanou správním orgánem, jenž je na ní uveden. Není-li uvedená skutečnost vyvrácena, platí rovněž vyvratitelná domněnka správnosti uvedené listiny, tj. domněnka pravdivosti jejího obsahu. Důkazní břemeno ve vztahu k vyvrácení skutečností presumovaných domněnkami nese zásadně subjekt, který presumovanou skutečnost popírá.*“⁵⁷
150. Podobně k problematice obrácení důkazního břemene přistupuje i zahraniční odborná literatura, která uvádí (cit.): „*Některá pravidla dokazování – jako domněnky – mohou přenést důkazní břemeno z jedné strany na druhou, či dokonce vyloučit dokazování v konkrétních*

⁵³ Viz Kindl, J., Koudelka, M. Zákon o významné tržní síle. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 27.

⁵⁴ Takový postup by de facto naplňoval relativní pojetí významné tržní síly.

⁵⁵ Viz Lavický, Petr. Fikce procesních úkonů účastníků v civilním řízení soudním. Brno, 2009. Rigorózní práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta.

⁵⁶ Viz rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 26. 8. 2004, sp. zn. 32 Odo 1160/2003.

⁵⁷ Viz Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 9. 2017, č. j. 9 As 10/2017-40.

situacích (v případě nevyvratitelných domněnek)⁵⁸. „Hlavním důvodem pro užití domněnky „X“ je existence vysoké pravděpodobnosti, že je „X“ pravdou ve všech nebo téměř všech případech. To znamená, že by bylo zbytečné dokazovat to, co se předpokládá, tedy že „X“ je za určitých okolností pravdou. Místo toho zákon šetří čas a prostředky tím, že proces zjednoduší: druhá strana musí prokázat, že „X“ pravda není.“⁵⁹ Jak obecné tak správní soudy tedy zastávají ideu, že v případě vyvratitelné domněnky se důkazní břemeno obrací a že je tedy povinností toho, kdo tvrdí opak domněnky, aby přinesl dostatečné množství důkazů k tomu, aby domněnku vyvrátil. Není tedy povinností Úřadu, aby prokazoval existenci skutečnosti, kterou domněnka presumuje, ale naopak je povinností účastníka řízení, aby prostřednictvím důkazního materiálu prokázal opak.

151. Na základě výše uvedeného dospěl tedy druhostupňový orgán k závěru, že s ohledem na dikci zákona je Úřad v rámci vyhodnocení významné tržní síly odběratele v první fázi povinen vyhodnotit pouze obrátové kritérium vůči odběrateli dle § 3 odst. 4 ZVTS. Až v případě, že odběratel namítá neexistenci své významné tržní síly vůči konkrétním dodavatelům, tedy až když zákonem presumovanou skutečnost vyvrací a předkládá důkazy relevantní z hlediska dikce § 3 odst. 2 ZVTS pro vyvrácení domněnky o existenci své významné tržní síly, je Úřad povinen zkoumat náležitosti významné tržní síly dle § 3 odst. 2 ZVTS. Dle názoru druhostupňového orgánu je tak třeba se odpoutat od do jisté míry zastaralých a zavádějících pojmů „absolutní“ a „relativní“ koncept významné tržní síly a přesunout se k nezátíženému přístupu, jaký by měl Úřad v budoucnu aplikovat.

Námítky rozkladu

152. Účastník uvádí, že sám prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že tržní podíl účastníka nepřesahuje (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) a mezi odběrateli tedy obsadil až sedmé místo. Z této skutečnosti pak účastník řízení dovozuje, že nemůže významnou tržní silou disponovat. Účastník řízení dále poznamenává, že Úřad argumentuje tržními podíly účastníka řízení za roky 2015 a 2016, avšak jeho jednání prošetřuje za období 2016 a 2017. Úřad pak dle účastníka řízení vůbec neuvádí a neanalyzuje tržní podíl účastníka řízení v roce 2017, přestože je součástí rozhodného období. Účastník řízení je přesvědčen, že Úřad opomíjí jeho tržní podíl na údajném souhrnném nákupním trhu v roce 2017 účelově, neboť tržní sílu je totiž nutné zkoumat k období, ve kterém došlo k údajnému jednání, což je základním předpokladem zákonnosti správního trestání. Účastník řízení je tedy přesvědčen, že kritérium struktury trhu domněnku existence významné tržní síly účastníka řízení spolehlivě vyvrací.
153. Účastníkovu námitku ohledně nízkého tržního podílu a umístění na sedmém místě ve srovnání s dalšími odběrateli na trhu je nutné jednoznačně odmítnout, neboť, jak bylo již shrnuto výše, zákon o významné tržní síle pro existenci významné tržní síly stanovuje vyvratitelnou domněnku obrátového kritéria, přičemž dle § 3 odst. 4 písm. a) ZVTS musí obrát odběratele za poslední ukončené účetní období v délce 12 měsíců přesáhnout 5 mld. Kč. V úmyslu zákonodárce tedy nebylo chránit dodavatele před odběrateli, kteří by byli na trhu dominantními, neboť tuto úlohu plní zákon o ochraně hospodářské soutěže. Zákon

⁵⁸ Viz Capobianco. A.: Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, s. 12.

⁵⁹ Viz Bailey. D.: Presumptions in EU Competition Law, s. 25.

o významné tržní síle chrání dodavatele před odběrateli, kteří by měli s ohledem na výši obratu vůči dodavatelům silnější pozici a mohli si vynutit bez spravedlivého důvodu výhodu vůči dodavatelům. Výchozím kritériem je tedy v tomto případě absolutní výše obratu a nikoli procentuální výše odběratelova podílu na trhu, přičemž pěti miliardovou hranici odběratel dle zjištění Úřadu stabilně překračuje více než dvojnásobně.

154. K argumentaci účastníka k nesprávně zvolenému období posouzení významné tržní síly účastníka (tedy roky 2015 a 2016), ačkoli jednání účastníka řízení mělo probíhat v letech 2016 a 2017, se druhostupňový orgán nemůže přiklonit, neboť dikce a smysl § 3 odst. 4 ZVTS dává za pravdu prvostupňovému orgánu. Z ustanovení § 3 odst. 4 písm. a) ZVTS vyplývá, že pro zjištění významné tržní síly odběratele je rozhodující obrat odběratele za poslední ukončené účetní období v délce 12 měsíců. Zákon tedy umožňuje Úřadu, aby v případě, že nezákonné jednání vůči dodavateli stále pokračuje, nemusel čekat na ukončení aktuálního dvanáctiměsíčního účetní období a mohl vycházet z předpokladu, že pokud přesáhla výše odběratelova obratu v minulém účetním období 5 mld., přesáhne ho i v období příštím. Rovněž lze přisvědčit názoru prvostupňového orgánu, že daný výklad je logický i z hlediska časové posloupnosti, neboť určitý odběratel nejdříve musí nabýt schopnost vynutit si bez spravedlivého důvodu výhodu, aby následně mohl významnou tržní sílu zneužít. Ani této námitce tak druhostupňový orgán nemůže přisvědčit.
155. Účastník řízení dále poukazuje na skutečnost, že je až (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) odběratelem potravin na souhrnném trhu nákupu potravin. Úřad uzavírá, že významná tržní síla účastníka řízení pramení z jeho příslušnosti k úzké skupině největších odběratelů na trhu, tzv. oligopsonu a naznačuje, že účastník řízení má schopnost tzv. gatekeepera, tj. subjektu, jenž rozhoduje o tom, které zboží od dodavatelů projde až k finálním zákazníkům a které již nikoliv. Tato svá tvrzení však Úřad podle účastníka řízení nijak neprokazuje. Pro účastníka není rovněž představitelné, aby subjekt s tržním podílem (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...), který není vůbec zastoupen ve 4 ze 13 krajů, není zastoupen v drtivé většině měst v České republice a disponuje pouze 15 prodejny, takové postavení vůbec mohl mít. Úřad dále dle účastníka řízení nebere v potaz, že dodavatelé, včetně předmětných dodavatelů, mají nepochybně k dispozici i jiné způsoby odbytu svého zboží než jen maloobchodní prodej, jako jsou vlastní prodejny, internetové obchody nebo rozvážkové služby.
156. V případě námitky účastníka řízení ohledně jeho setrvávání v oligopsonu tvořeném dalšími subjekty na poptávkové straně trhu, druhostupňový orgán uvádí, že s ohledem na zjištění Úřadu, kdy 10 největších subjektů v současnosti disponuje společným tržním podílem okolo 80 %⁶⁰, je nutné souhlasit s prvostupňovým orgánem, že v takové situaci dochází k „exploataci dodavatelů, kteří soupeří o distribuční kapacitu několika málo velkých odběratelů, přičemž odběratelé si v důsledku této, pro dodavatele velmi nevlídné tržní situace mohou takřka bez rizika zhoršení své tržní pozice dovolit nabízet jednostranně výhodné obchodní podmínky.“⁶¹ I bez kooperace v rámci oligopsonu poskytuje samotné setrvávání v daném uskupení převahu a silnější postavení členských odběratelů vůči jednotlivým dodavatelům. A ačkoli je účastník řízení slabším prvkem oligopsonu v ohledu počtu prodejen, je z hlediska svého obratu stále dostatečně významným, aby mohl jednat v podstatě

⁶⁰ Viz bod 78 napadeného rozhodnutí.

⁶¹ Tamtéž.

nezávisle na svých dodavatelích, a to v důsledku situace na trhu, kdy má rozsáhlou možnost zvolit si jiného dodavatele. Avšak jednotliví dodavatelé si povětšinou nemohou dovolit odbytiště ani u jednoho člena oligopsonu ztratit, což vyplývá již z jejich pozice jako slabší strany, což reflektoval i zákonodárce právě zákonem o významné tržní síle a nutností systémově dodavatele chránit.⁶²

157. Lze sice souhlasit s účastníkem řízení, že dodavatelé mají k dispozici více distribučních kanálů než jen prostřednictvím obchodních řetězců, tedy vlastní prodejny, internetové obchody nebo rozvážkové služby, avšak dodávání do obchodních řetězců je pro jejich existenci či alespoň udržení obratu při vysoké koncentraci poptávkové strany trhu zpravidla nezbytné. Další distribuční kanály samozřejmě mohou rovněž zabezpečit pro dodavatele určitý příjem, nicméně je nutné souhlasit s prvostupňovým orgánem, že obraty z těchto distribučních alternativ lze v porovnání s obraty, které může dodavatel dosáhnout při umístění zboží v cca 10 největších obchodních řetězcích pokrývajících 80 % trhu, označit za spíše zanedbatelné. To je také hlavním důvodem slabší vyjednávací pozice dodavatelů vůči obchodním řetězcům.
158. Účastník řízení konstatuje, že pokud jde o překážky vstupu na trh, má pouze 15 provozoven, není vůbec zastoupen ve 4 ze 13 krajů a v drtivé většině měst v České republice. Podle účastníka řízení je Úřadem zdůrazňovaná skutečnost, že je Česká republika zemí s velmi vysokým podílem velkoformátových prodejen na osobu, nejen projevem tvrdé konkurence, která na trhu mezi řetězci panuje, ale i důkazem o neexistenci bariér vstupu na trh. Kdyby tyto totiž byly značné, nemohla by být podle účastníka řízení Česká republika zemí s tak hustou sítí velkoformátových prodejen. V tomto kontextu tedy účastník řízení dovozuje, že se svými 15 provozovnami na území České republiky významnou tržní silou disponovat nemůže. Účastník řízení rovněž poukazuje na expanzi řetězce Lidl a jeho výstavbu desítek nových prodejen. Mimoto, Úřad podle účastníka řízení nijak nezkoumá možnosti expanze a vstupu on-line prodejců potravin, které přitom sám do relevantního trhu zahrnuje. Závěry Úřadu o bariérách vstupu na trh jsou tak dle účastníka řízení zcela nepodložené. Účastník řízení je naopak přesvědčen, že významné překážky vstupu na trh neexistují, což se projevuje i tvrdou soutěží na maloobchodním trhu prodeje potravin.
159. Při posuzování kritéria překážek vstupu na trh postupoval prvostupňový orgán správným způsobem, když jej vymezil ve vztahu k hypotetickému subjektu, který by nově vstoupil na poptávkovou stranu trhu a „jehož vstupem na trh by došlo k obnovení automatických tržních omezení, která na efektivně konkurenčním trhu zabezpečují, že žádný subjekt si nemůže dovolit jednat v podstatě nezávisle a riskantně vůči svým obchodním partnerům, poněvadž by takovým jednáním ztratil svou pozici na trhu.“⁶³ Jak uvedl i prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí, v současné době je trh již z velké míry nasycen, existuje omezený počet pozemků vhodných ke stavbě velkoformátových prodejen potravin a významně vzrostly náklady na stavbu nebo akvizici prodejen, nedochází dnes tedy ke vstupu nových

⁶² Jak uvádí důvodová zpráva k novele č. 50/2016 Sb.: „Trh maloobchodního prodeje je charakteristický velkým počtem subjektů, jejichž počet je cca 20 000. Pokud by pouze 10 000 z nich bylo ekonomicky aktivní, byl by průměrný podíl na trhu maloobchodního prodeje potravin 0,01 %. Podíl největších hráčů na trhu je tak 1000 x větší než průměrný podíl na trhu. Právě tento odstup tržních podílů od průměrného podílu, je zdrojem tržní síly největších obchodních řetězců, neboť jako distribuční kanál jsou pro výrobce potravin obtížně nahraditelné.“

⁶³ Viz bod 83 napadeného rozhodnutí.

obchodních řetězců na trh, naopak lze vysledovat trend, kdy obchodní řetězce trh spíše opouštějí.⁶⁴

160. Je však nutné dát za pravdu účastníku řízení, že se Úřad v napadeném rozhodnutí nijak nezaobíral expanzí online prodejců potravin, jejichž počet neustále roste a kteří ke své aktivitě nepotřebují velkoformátové prodejny, jsou rozmístěny po území ČR a stále území dosahu rozšiřují⁶⁵, stejně jako klientelu⁶⁶, a zcela jistě mnohé z nich fungují jako one-stop shop. Z toho důvody by bylo do budoucna třeba, aby se prvostupňový orgán ve svých dalších rozhodnutích vypořádal i s otázkou překážek vstupu na trh u online prodejců potravin.
161. Co se týče finanční síly odběratele, Úřad dle účastníka sice správně uvádí, že finanční sílu odběratele je potřeba posuzovat v kontextu té, kterou disponují dodavatelé, tj. v relativní formě, avšak následně prezentuje finanční sílu dotčených devíti dodavatelů, jen pokud se jedná o jejich aktivity v České republice. Tímto způsobem Úřad nezohledňuje globální sílu dodavatelů, jako jsou například společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) a přehlíží, že společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) je předním dovozcem a prodejcem značkových destilátů nebo společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) obdobně prodejcem koření. Úřad tak nezohledňuje finanční, tržní a tím i vyjednávací sílu dodavatelů, kterým se účastník řízení vzhledem ke svojí velikosti a obchodní strategii na trhu nemůže vyhnout a ani se vůči nim chovat nezávisle. Účastník řízení je přesvědčen, že správné posouzení finanční síly v relativní formě, což považuje za jediné správné posouzení i Úřad, závěr o existenci významné tržní síly účastníka řízení vůči předmětným dodavatelům vyvrací.
162. Komentářová literatura ke kritériu finanční síly říká, že finanční síla do značné míry souvisí se strukturou trhu.⁶⁷ Ta se rovněž odvíjí od toho, jak je předmětný trh vymezen. Jelikož, jak je uvedeno výše, je vymezen jako trh s nákupem potravin za účelem jejich dalšího prodeje na území České republiky, zabýval se Úřad správně porovnáním finanční síly odběratele vůči dodavatelům na základě jejich obrátů na území ČR. Z tabulky na straně 21 napadeného rozhodnutí zcela jasně vyplývá, že žádný z předmětných dodavatelů nemá větší a ani zdaleka srovnatelnou finanční sílu s odběratelem, tedy účastníkem řízení. Naopak, účastník řízení má desetinásobně i stonásobně větší finanční sílu na území ČR než dotčení dodavatelé. Lze tedy, jak konstatuje i Úřad v napadeném rozhodnutí, očekávat, že dotčení dodavatelé s možnou globální silou budou v globální finanční síle v obdobném poměru vůči dodavateli jako na národním trhu.
163. Druhostupňový orgán tedy došel k závěru, že Úřad posoudil kritéria dle § 3 odst. 2 ZVTS, tj. strukturu trhu a finanční sílu odběratele správně, stejně jako překážky vstupu na trh, avšak u nich by se měl Úřad do budoucna vypořádat i s otázkou překážek vstupu na trh u online prodejců potravin. Proto mi nezbylo než námítky rozkladu účastníka řízení v této části odmítnout.

⁶⁴ Např. odchod obchodního řetězce SPAR. Viz článek *SPAR mizí po 20 letech: Nahrazuje ho Albert*. Dostupný na: <https://ct24.ceskatelevize.cz/ekonomika/1495072-spar-mizi-po-20-letech-nahrazuje-ho-albert>.

⁶⁵ Viz např. článek *Rohlík.cz vyjíždí do dalších pěti měst. E-shopy s potravinami v Česku rostou*. Dostupný na: <https://zpravy.aktualne.cz/finance/nakupovani/e-shop-s-potravinami-rohlikcz-expanduje-do-dalsich-peti-mest/r~863b6628ede311e698c20025900fea04/>.

⁶⁶ Viz článek *Rohlík, Košík, Tesco. Seniori objevili kouzlo e-shopů s jídlem*. Dostupný na: <https://www.novinky.cz/ekonomika/483130-rohlik-kosik-tesco-seniori-objevili-kouzlo-e-shopu-s-jidlem.html>.

⁶⁷ Srov. Kindl, J., Koudelka, M. Zákon o významné tržní síle. op.cit., s. 36.

c) *Prokázání vytýkaného jednání*

164. Ještě než se budu zabývat námitkami účastníka řízení, je třeba se vyjádřit k některým postupům prvostupňového orgánu, které po bližším přezkoumání shledávám jako nedostatečné.

Vymezení rozhodného období

165. Prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí stanovil rozhodné období deliktního jednání účastníka řízení v rozmezí od 6. 3. 2016 do 30. 6. 2017, a to shodně pro deliktní jednání uvedené ve výroku I. a II. napadeného rozhodnutí.⁶⁸ Z odůvodnění však není zřejmé, z jakého důvodu vymezil prvostupňový orgán rozhodné období právě takto. V odůvodnění napadeného rozhodnutí tak není uspokojivě vysvětleno ani jedno z dat uvozujiících období, v němž mělo vytýkané jednání probíhat. Zvláště pokud, jak uvádí i účastník řízení v rozkladu, v případě správního deliktu podle výroku I. došlo k uzavření smluv mezi dotčenými dodavateli a společností Markant převážně v letech 2012 a 2013.⁶⁹ Úřad vztáhl v případě správního deliktu dle výroku I. napadeného rozhodnutí jednání účastníka řízení na rozhodné období z důvodu stále nezměněných účinných smluv uzavřených jednotlivými dotčenými dodavateli se společností Markant. To by ale znamenalo, že vytýkané jednání doposud neskončilo. I v případě výroku II. pak druhostupňový orgán usuzuje, že vytýkané jednání účastníka řízení stále probíhá, resp. ze správního spisu nevyplývá opak.

166. Druhostupňový orgán tak musí dát účastníku řízení částečně za pravdu, že bez bližšího osvětlení zakládá Úřad své závěry o vytýkaném jednání účastníka řízení na skutečnostech, které s ním časově nesouvisí. Přitom ve svém rozhodnutí v jiné věci ze dne 31. 6. 2018, č. j. ÚOHS-S0139/2017/TS-18931/2018/461/Dda (dále též „**rozhodnutí Kaufland 2018**“), jež se týkalo velmi obdobného deliktního jednání jako v případě účastníka řízení, Úřad zcela jasně rozhodné období odůvodnil bez ponechání sebemenších pochybností. Z napadeného rozhodnutí však nelze vyčíst jakoukoli indicii, dle níž Úřad rozhodné období vytýkaného jednání vymezil.

167. Stejně tak prvostupňový orgán např. v bodu 142 napadeného rozhodnutí konstatuje, že „*pokud jde o délku trvání deliktu, Úřad shora popsané jednání účastníka řízení ohraničil daty nejméně od 6. 3. 2016 do 30. 6. 2017.*“ Úřad tedy zjevně došel k závěru, že se u správního deliktu dle výroku I. i II. napadeného rozhodnutí jedná o trvalý správní delikt. Avšak tento závěr rovněž nemá oporu v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad na žádném místě tohoto odůvodnění neuzavřel, že by se o trvalý správní delikt jednalo, ani neuvedl, na základě jakých skutečností k takovému závěru dospěl. Avšak teprve v případě naplnění definičních znaků trvalého deliktu⁷⁰ lze konstatovat trvání vytýkaného jednání a zároveň

⁶⁸ Viz výrok I. a II. napadeného rozhodnutí, 142 aj. napadeného rozhodnutí.

⁶⁹ Viz např. č. I. 108 – 114, 118-129, 131, 171 – 177 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

⁷⁰ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 2. 2005, č. j. 5 A 164/2002-44: „*Trvajícím jiným správním deliktem takový správní delikt, jímž pachatel vyvolá protiprávní stav, který posléze udržuje, popřípadě jímž udržuje protiprávní stav, aniž jej vyvolal. Jednání, jímž pachatel udržuje protiprávní stav, závadný z hlediska správního práva, tvoří jeden skutek a jeden správní delikt až do okamžiku ukončení deliktního jednání, tj. až do okamžiku odstranění protiprávního stavu.*“

určit období, v němž účastník řízení protiprávní stav vyvolal a poté udržoval. Nic takového však prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí neučinil.

168. Z hlediska časového vymezení deliktního jednání a jeho případného trvání tak shledávám napadené rozhodnutí jako nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

Vady v dokazování

169. Shodně s účastníkem řízení jsem rovněž dospěl k závěru, že se Úřad v napadeném rozhodnutí dopustil několika vad v provedeném dokazování, čímž porušil zásadu materiální pravdy dle § 3 správního řádu, takže některé závěry vyvolávají spíše pochybnosti, místo aby jasně a srozumitelně dokumentovaly Úřadem zjištěný a tvrzený skutkový stav.
170. Jako první je třeba Úřadu vytknout jeho nakládání s odpověďmi oslovených dodavatelů. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí ani ze správního spisu není zřejmé, na základě jakého klíče vybral Úřad ze (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) dodavatelů účastníka řízení zapojených do systému Markant⁷¹ (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) dodavatelů⁷², kterým následně zaslal dne 20. 2. 2017 žádost o poskytnutí podkladů a informací⁷³. Ze správního spisu dále vyplývá, že odpověď Úřad přijal od 22 obesaných dodavatelů účastníka řízení, přičemž u devíti z nich vyhodnotil podezření na zneužití významné tržní síly ze strany účastníka řízení. Tyto odpovědi pak žurnalizoval ve správním spise a jimi se zabýval v odůvodnění napadeného rozhodnutí. V rozporu s § 3 správního řádu se však již dále nezabýval odpověďmi zbylých 13 dodavatelů, jejichž odpovědi zneužití významné tržní síly ze strany účastníka řízení nenasvědčovaly. Tyto odpovědi naopak naznačovaly, že někteří dodavatelé spatřují jejich zapojení do systému Markant jako výhodné (např. společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...)) , či alespoň bez kladů či záporů (např. společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...)) .
171. Tyto nezohledněné skutečnosti vnášejí do způsobu prokázání deliktního jednání účastníka řízení pochybnosti, a to zejména co do závažnosti daného jednání, které Úřad vyhodnotil jako velmi závažné.⁷⁴ Nabízí se proto otázka, zda je jednání účastníka řízení skutečně natolik závažné, pokud polovina dotázaných dodavatelů nespatriila v zapojení do systému Markant žádné nevýhody, ba ani tlak účastníka řízení na jejich vstup, resp. setrvání v tomto systému.
172. Přitom v rozhodnutí Kaufland 2018, v němž se Úřad zabýval obdobnou praktikou jako v případě účastníka řízení, vzal Úřad zcela do úvahy odpovědi všech dotázaných dodavatelů, v odůvodnění se s nimi dostatečně vypořádal a počet dotčených dodavatelů vzhledem k ostatním dodavatelům účastníka daného řízení vzal v potaz i při vyhodnocení závažnosti vytýkaného jednání, které vyhodnotil jako středně závažné.⁷⁵ Nutno podotknout, že v rámci rozhodnutí Kaufland 2018 se jednalo o (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) dotčených dodavatelů, přičemž ve věci účastníka řízení je dotčených dodavatelů (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) – v porovnání se (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) dodavateli zapojenými do systému Markant.

⁷¹ Viz č. l. 39 a 40 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

⁷² Viz č. l. 1111 a 1112 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

⁷³ Viz č. l. 85 a násl. správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

⁷⁴ Podrobněji k otázce závažnosti vytýkaného jednání viz body 274 až 281 tohoto rozhodnutí.

⁷⁵ Srov. body 274 až 281 rozhodnutí Kaufland 2018.

173. Způsob vypořádání se s důkazním materiálem v podobě odpovědí dotázaných dodavatelů ze strany Úřadu považuji proto za nedostatečný a je naprosto nezbytné, aby Úřad v tomto bodě své dokazování doplnil a zabýval se odpověďmi všech dotázaných dodavatelů, nikoli pouze dotčených dodavatelů, jejichž odpovědi potvrdily podezření plynoucí z podnětu Potravinářské komory České republiky ze dne 26. 8. 2014.⁷⁶
174. V rámci přezkumu jsem rovněž nemohl přehlédnout nesrovnalosti v nakládání s důkazním materiálem v případě dotčeného dodavatele společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...).
175. V odpovědi na žádost Úřadu o poskytnutí podkladů a informací ze dne 20. 2. 2017 dodavatel (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) v bodech napsal⁷⁷, že smlouva se společností Markant jim byla „vnucena“, dále že dodavateli z toho neplynou „žádné výhody, účtování napřímo je jistě levnější“, „Globus na jednání vše domluvil za Markant a ten pak jen poslal smlouvy“. Na závěr pak dodavatel (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) vyjádřil přání, aby „byla naše korespondence označená jako obchodní tajemství či jako tajné. Velmi neradi bychom se zpovídali Globusu či Markantu.“
176. Na dotaz Úřadu ze dne 12. 6. 2017 následovala od dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) odpověď, na jejímž konci v bodě 8) dodavatel zdůraznil, že „pokud z naší předchozí odpovědi vyplývá, že smlouva s Markantem je, resp. by měla být jakoukoliv podmínkou pokračování naší obchodní spolupráce s Globusem, pak se jedná o nedorozumění. Ano, uzavřeli jsme s Markantem smlouvu v souvislosti s obchodováním s Globusem a v rámci tohoto vztahu jsme si společně s Markantem a Globusem nastavili určitá pravidla, bez jejichž fungování bychom museli náš model obchodní spolupráce zase nastavit jinak. Za současného modelu tedy fakticky podmínkou fungování je. My jsme se k této spolupráci rozhodli po zejména ekonomickém posouzení, kdy jsme si tento model ekonomicky vyhodnotili jako přínosný z důvodu úspory času, pracovní síly a tím finančních nákladů. Spolupráce s Markantem nám nezpůsobila žádné zvýšení výdajů na výrobu ani distribuci našich výrobků. Společnost Globus nám nikdy nesdělila, že přestane naše výrobky odebírat, pokud neuzavřeme smlouvu s Markantem. Bylo to rozhodnutí naší společnosti, zda tento model přijmeme či nikoli. Pro nás smlouva s Markantem byla až druhořadá záležitost, prvořadě pro nás bylo množství a cena dodávaných výrobků Globusu, a zde jsme si vyjednali to, co jsme jako podnikatel potřebovali.“⁷⁸
177. V návaznosti na dvě protichůdné odpovědi dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) Úřad dovodil, že byl ze strany účastníka řízení vyvíjen nátlak na dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...), přičemž konkrétně v bodu 113 napadeného rozhodnutí uvedl: „Úřad tento krok dodavatele chápe tak, že u něj převážila obava z vylistování jeho sortimentu z provozoven účastníka řízení, o čemž svědčí nejen jeho deklarace v původním dopise „Velmi neradi bychom se zpovídali Globusu či Markantu“, ale také pohled na vzájemný obrát s účastníkem řízení. Ten tvoří zhruba čtvrtinu celkového obrátu společnosti. Jinými slovy, pokud by společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) přišla ze dne na den o účastníka řízení jakožto o svého obchodního partnera, dá se věrohodně očekávat, že by se ocitla v zásadních

⁷⁶ Viz č. I. 1 a násl. správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

⁷⁷ Viz č. I. 209-250 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

⁷⁸ Viz č. I. 565 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

existenčních problémech, protože by v krátkodobém horizontu neměla jak realizovat podstatnou část svého odbytu.“

178. Úřad tak bez jakýchkoli pochybností obrat v tvrzeních dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) interpretoval jako obavu dodavatele z možné ztráty odběratele, čímž jednak ilustroval „hmatatelné“ zneužití významné tržní síly a dále to užil i v argumentaci pro určení míry závažnosti deliktu při výpočtu pokuty, přičemž, jak již bylo uvedeno výše, klasifikoval jednání účastníka jako velmi závažné.
179. Úřad si pak byl tíhou důkazu spatřovaného v radikální změně tvrzení účastníka natolik jist, že odmítl doplnění dokazování navržené účastníkem řízení, neboť nemohlo přinést nic nového: *„Ohledně návrhu důkazu svědeckou výpovědí (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) , k vyjasnění rozporu mezi první a druhou odpovědí Úřad podotýká, že v kontextu výše uvedeného vypořádání této námítky není ani tento důkaz efektivní provádět. Společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) představuje jednu ze společností, která skrze účastníka řízení realizuje podstatnou část svého obratu (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...), a proto je zjevné, že by (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) , zjevně již ovlivněn obavou z vylistování, následoval linii druhé odpovědi o nedorozumění, která je již součástí spisu. Tím by jeho výslech nemohl přinést nic nad rámec toho, co již bylo Úřadem shromážděno.“⁷⁹*
180. S tím však nemůže druhostupňový orgán souhlasit. Ačkoli dikce závěrečné žádosti v první odpovědi dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) vyznívá jako obava z možné ztráty odběratele při prozrazení odpovědi, nelze dle druhostupňového orgánu bez dalšího tvrdit, že byl před druhou odpovědí na dodavatele ze strany účastníka řízení činěn nátlak a na základě této domněnky účastníku přitížil při výpočtu pokuty, jak to učinil prvostupňový orgán v napadeném rozhodnutí.
181. Pokud se Úřadu dostalo ze strany dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) dvou natolik odlišných odpovědí, mohl postupovat dvěma způsoby. V prvním případě se s provedeným dokazováním mohl spokojit, musel by ale hodnověrně vysvětlit závěr, který mu z jemu předložených důkazů vyplynul. V případě, že tento postup by nevedl k nalezení stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, pak měl uskutečnit kroky ke zjištění, z jakého důvodu byly tyto dvě odpovědi dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) diametrálně odlišné a která z odpovědí popisuje pravý stav věci. Z napadeného rozhodnutí je zřejmé, že se Úřad rozhodl postupovat prvním z naznačených způsobů, ovšem v odůvodnění nedokázal přesvědčivě zhodnotit, která z přijatých odpovědí reflektuje pravý stav věci, a z jakého důvodu se rozhodl přiklonit právě k ní a odmítnout na základě své dedukce provedení dalších navrhovaných důkazů.
182. Druhostupňový orgán si je vědom skutečnosti, že se mnozí dodavatelé obávají ztráty odběratele, zvláště pak ti, kteří značnou část své produkce dodávají jednomu odběrateli. Tuto skutečnost reflektoval již zákonodárce, když novelou č. 183/2017 Sb. zakotvil v § 9 odst. 4 ZVTS institut „zatajení identity“. Z textu důvodové zprávy ke zmíněné novele můžeme zjistit, že dle předchozí právní úpravy nebylo možné *„dodavatelům, kteří poskytli informace a podklady důvěrného a citlivého charakteru, pokud netvoří jejich obchodní tajemství, poskytnout ochranu před jejich zpřístupněním účastníkovi řízení nebo třetím osobám. V rámci*

⁷⁹ Viz bod 258 napadeného rozhodnutí.

nahlížení do spisu se tak účastník řízení může seznámit se všemi informacemi a podklady poskytnutými dodavateli, pokud netvoří jejich obchodní tajemství. Z tohoto důvodu mají dodavatelé obavy, že v případě podání podnětu, na jehož základě by Úřad zahájil šetření, bude ukončen jejich obchodní vztah s odběrateli. Úřad je rovněž oprávněn vyžadovat od všech subjektů úplné, správné a pravdivé informace a podklady, které mohou mít význam pro objasnění předmětu řízení. Tato povinnost dodavatelů poskytnout informace na žádost Úřadu v průběhu řízení však není vyváжена jejich právem na ochranu před jejich zpřístupněním, pokud jsou dány jejich důvodné obavy, že budou tímto ohroženy či porušeny jejich oprávněné zájmy.“ Druhostupňový orgán zde poznamenává, že ani ve světle poslední novely zákona o významné tržní síle nelze bez dalšího přijmout závěry prvního stupně o vyvíjení nátlaku na dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) ze strany účastníka řízení.

183. Druhostupňový orgán tak dospěl k závěru, že v případě nakládání a posuzování důkazů ve věci dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) porušil Úřad zásadu materiální pravdy. Je tedy povinností Úřadu v této části doplnit svou argumentaci hodnověrnějším vysvětlením, či doplnit dokazování a v souladu s § 3 správního řádu zjistit bez pochybností skutečný stav věci.
184. V neposlední řadě se pak musím vyjádřit k provádění dokazování ve věci dotčeného dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...). Ten ve své odpovědi na žádost Úřadu o poskytnutí podkladů a informací ze dne 20. 2. 2017 v bodě 7 sdělil, že „původně jedinou „výhodou“ bylo, že můžeme i nadále dodávat do Globusu, resp. ze spolupráce prostřednictvím Markant nám neplyne jakákoli výhoda, spíše naopak. Později jsme se dozvěděli, že spolupráce s Markantem není podmínkou dodávek do Globusu, ale při pokusu o zrušení smlouvy nám však toto bylo zamítnuto.“⁸⁰ V odpovědi na druhou žádost Úřadu ze dne 12. 6. 2017 pak zopakoval, že „jednou z podmínek uzavření obchodních podmínek se společností Globus pro rok 2013 bylo podepsání smlouvy se společností Markant. Když jsme pak v následujícím roce chtěli smlouvu s Markantem vypovědět, bylo nám řečeno, že tím zároveň skončí naše spolupráce s Globusem.“⁸¹
185. Ačkoli z výše popsaných odpovědí (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) nelze s jistotou vyvodit, na koho se dotčený dodavatel s vypovězením smlouvy obrátil, ani od koho (tedy zda od společnosti Markant či účastníka řízení) vzešlo odmítavé stanovisko, Úřad tyto odpovědi vyložil tak, že účastník řízení zakázal dodavateli (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) vypovězení smlouvy se společností Markant a z výše uvedeného tvrzení dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) dovodil přímý úmysl účastníka řízení: „Z tlaku účastníka řízení na účast dodavatelů v tomto systému pak vyplývá, že se jednání, které Úřad v tomto rozhodnutí označil za protiprávní, dopouštět chtěl, neboť mu přinášelo užitek bez toho, aniž by musel vynaložit větší úsilí nebo náklady na zajištění tohoto užitku. Při existenci tak sofistikovaného systému, jako je systém Markant, nelze ani při nejlepší snaze uvažovat nad možností jednání z nedbalosti. Ze spisu jinak vyplývá, že nátlak na účast v systému Markant trval i po vstupním nátlaku na zapojení dodavatelů, což jasně dokládá např. odpověď společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...).“⁸²

⁸⁰ Viz č. I. 130-167 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

⁸¹ Viz č. I. správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

⁸² Viz bod 224 napadeného rozhodnutí.

186. I zde se však Úřad prohřešil proti zásadě materiální pravdy, když bez toho, aby se doptal dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...), na koho se obrátil a kterým subjektem mu bylo vypovězení odmítnuto, popř. si vyžádal jakýkoli důkaz (např. dopis s žádostí o vypovězení smlouvy a následné odepření žádosti), přisoudil bez dalšího dané jednání účastníku řízení a o tuto skutečnost opřel svou argumentaci ohledně přímého úmyslu účastníka v případě správních deliktu dle výroku I. a II. napadeného rozhodnutí. I v tomto případě je tedy nutné, aby prvostupňový orgán skutkové okolnosti znovu prověřil a dokazování v tomto ohledu doplnil.

Námítky rozkladu

187. Rozkladovými námitkami účastníka řízení ohledně vad v dokazování se budu zabývat již jen velmi stručně, neboť některé z nich již byly vypořádány výše a s ohledem na skutečnost, že je napadené rozhodnutí rušeno, nebylo by obširné vypořádávání námitek účastníka účelné.

188. Účastník namítá rozpor výroků napadeného rozhodnutí s jeho odůvodněním a celkovou obecnou nesrozumitelnost napadeného rozhodnutí. Vlastní jednání účastníka řízení podle výroku I. mělo spočívat v podmiňování spolupráce s dotčenými dodavateli uzavřením úplatné smlouvy se společností Markant, kdy dále popsané skutečnosti jsou následky takového jednání. Z výroku dle názoru účastníka není vůbec zřejmé, jaký měl mít účastník řízení vztah k těmto následkům, chybí subjektivní složka. Podle účastníka řízení kondice BVG a MKV nesjednával, ani neuplatňoval, čímž popsaný skutkový děj dle účastníka nenaplní ani definici ustanovení, pod které je Úřad subsumoval. Stejně tak účastník odmítá, že by získával platby od nejméně devíti dodavatelů za kondici MVR, aniž by jim za tuto platbu poskytl jakékoli protiplnění. Účastníku není vůbec zřejmé, kdo měli být oni další dodavatelé, zahrnutí do jednání formulací nejméně, tedy vůči komu se měl tohoto jednání účastník řízení dopustit. Také výrok II. je tedy podle účastníka řízení nesrozumitelný.

189. Účastníku řízení se nezdá ani příliš jasné, zda šlo o podmiňování spolupráce s dotčenými dodavateli uzavřením úplatných smluv se společností Markant, nebo zda spíše šlo o to, že odvádění dalších plateb za zapojení systému Markant představovalo předpoklad pro to, aby účastník řízení přijal potraviny těchto dodavatelů do prodeje. To jsou přitom dle účastníka dvě rozdílné věci. Podobný rozpor lze pak údajně spatřovat ve výroku, dle kterého si účastník řízení v rámci výše popsané praktiky pod pohrůžkou ukončení spolupráce s konkrétním dodavatelem vynucuje zapojení dodavatele do systému Markant, a již zmíněného výroku, že jde o předpoklad pro to, aby účastník řízení přijal potraviny těchto dodavatelů do prodeje. Zatímco v prvním případě by mělo prokazování Úřadu směřovat k tomu, že účastník řízení dodavateli hrozil ukončením spolupráce, v druhém případě by se mělo zaměřovat na odmítání přijetí konkrétní dodávky či dodávek. V prvně uvedeném případě přitom dle účastníka současně nemůže jít o skutkovou podstatu dle § 4 odst. 2 písm. e) ZVTS, neboť nejde o „přijetí“ potravin do prodeje.

190. Ačkoli jsem účastníkem namítanou celkovou nesrozumitelnost napadeného rozhodnutí neshledal, našel jsem, jak je uvedeno výše, mnoho jiných vad, kterými by se měl prvostupňový orgán v navazujícím správním řízení zabývat. Námítky vznesené účastníkem nelze tak náležitě přezkoumat, protože skutkový stav, který vzal prvostupňový orgán za základ svého rozhodnutí, bude znovu zjišťován doplňováním dokazování a může tak doznat

změn, a v návaznosti na to mohou doznat změn i výroky a odůvodnění napadeného rozhodnutí. Nebylo by tedy účelné se těmito námitkami účastníka řízení nyní detailně zabývat, neboť by to v navazujícím správním řízení nepřineslo žádný užitek.

191. Účastník dále uvádí, že Úřad vymezil vytýkané jednání jako jednání v rozhodném období, tedy období nejméně od 6. 3. 2016 do 30. 6. 2017. Právě v tomto období měl účastník řízení, dle závěrů Úřadu, podmiňovat vzájemnou spolupráci s dodavatelem uzavřením úplatné smlouvy mezi společnostmi Markant a dodavateli, a právě v tomto období měl získávat od těchto dodavatelů část plnění ve formě kondice MVR. Veškerá dokládaná komunikace k uzavírání smluv na účast dodavatelů v systému Markant se však týká let 2012 a 2013. Jedná se jak o dopisy účastníka řízení, kterými oslovil dodavatele v souvislosti se svojí účastí na systému Markant a jejich případným zapojením, tak i dopisy, kterými je oslovuje společnost Markant s nabídkou uzavření smlouvy.
192. K těmto námitkám účastníka je nutné odkázat na argumentaci tohoto rozhodnutí v části k vymezení rozhodného období a vadám v dokazování. Dále je k tomu nutno dodat, že by měl Úřad zvážit možné překvalifikování vytýkaného jednání, neboť z odůvodnění napadeného rozhodnutí a ze správního spisu spíše vyplývá, že deliktní jednání v inkriminovaném období nespočívalo v podmiňování spolupráce s dotčenými dodavateli uzavřením smlouvy se společnostmi Markant, ale spíše v nuceném pokračování trvání této smlouvy bez možnosti odstoupení. Bylo by ovšem předčasné takový závěr tvrdit bez řádného vymezení předmětného období a doplnění dokazování.
193. Účastník pak dále odmítá závěry Úřadu, že jeho jednání mělo dle výroku II. napadeného rozhodnutí spočívat v získávání plnění formou platby od dotčených dodavatelů za kondici MVR. Hrazení služeb od společnosti Markant, dle výroku, popisuje už jen, co se s touto platbou následně dělo. Úřad přitom podle účastníka nijak neprokazuje, že by účastník řízení získával takové plnění, tedy plnění formou platby dodavatele za MVR. Není vůbec prokazována ani vědomost ani vůle účastníka řízení získávat kondici MVR, ať už formou úmyslného či nedbalostního jednání. Účastník v rozkladu uvádí, že by bylo zcela nelogické, aby ve vztahu ke službám Markant pro účastníka řízení docházelo k zakotvení placení a výše úhrady (tedy byly sjednány konkrétní závazky), pokud by za tyto služby měli platit dodavatelé. S ohledem na všechny účastníkem uvedené skutečnosti nelze proto ani dovozovat, že by účastník řízení získával od dodavatelů plnění bez odpovídajícího protiplnění. Úřad dále dle účastníka řízení pro své závěry o porušení ZVTS bez nejmenšího zaváhání zaměňuje jednání společnosti účastníka řízení a společnosti Markant, přestože toto správní řízení je vedeno pouze s účastníkem řízení a je v něm posuzováno pouze jeho jednání z pohledu deliktní odpovědnosti dle tohoto zákona. Jako samostatná entita si určuje své chování na trhu a sjednává obchodní podmínky nezávisle s jednotlivými obchodními partnery. Účastník v rozkladu tvrdí, že v době vytýkaného jednání, ani kdykoli předtím, neznal smluvní podmínky uplatňované ve vztahu mezi společnostmi Markant a jednotlivými dodavateli. Účastník řízení si dle jeho slov nemohl být vědom jednotlivých skutečností, které mu Úřad nyní vytýká, a už vůbec o nich nemohl sám rozhodovat či je ovlivňovat.
194. Tvrzení účastníka řízení, že o smlouvách mezi dotčenými dodavateli a společnostmi Markant nemohl nic vědět stejně jako na nich cokoli měnit, je nutné beze zbytku odmítnout. Je sice pravdou, že v těchto konkrétních smlouvách nebyl jednou ze smluvních stran, avšak ze samotné podstaty systému Markant je nade vše pochybnost jasná, že musel mít vědomost

o skutečnosti, co konkrétně bylo ve smlouvě sjednáno, a to včetně výše a účelu sjednaných dodavateli placených kondic. Jak jinak si totiž lze vysvětlit, že nenamítal nic proti tomu, že dotčeným dodavatelům nebyla vyplacena celá fakturovaná částka, ale částka, z níž byly strženy společností Markant kondice BVG, MKV a MVR. Účastník řízení jako řádný hospodář by si jistě pohlídal, aby nevznikaly okolnosti, které by se později mohly obrátit proti němu, tedy že by po něm dodavatelé zapojení do systému Markant mohli požadovat zbytek fakturované částky, tedy uplatňované kondice. Stejně tak není pravděpodobné, že by v případě kondic MVR neměl účastník řízení žádné tušení o tom, že mu společnost Markant poskytuje služby, za něž neodvádí žádné peněžité protiplnění a zároveň by nepátral po tom, jakým způsobem jsou tedy tyto jemu poskytované služby placeny. Tyto námitky účastníka řízení je tedy nutné jasně odmítnout.

195. Dle názoru účastníka řízení Úřad dále nijak neposuzuje materiální stránku deliktu. Pouze uvádí, že se jedná o vysoce závažné jednání, kterým došlo k neobyčejně významnému zásahu do veřejného zájmu na férovém obchodním partnerství odběratele a dodavatele. Tento „neobyčejně významný zásah“ přitom spatřuje v tom, že systém Markant u devíti dotčených dodavatelů sloužil jako exploatační nástroj pro snížení požadované částky na každé faktuře dodavatele, přičemž o tuto redukovanou částku se účastník řízení dělil se společností Markant. Toto však není dle účastníka řízení žádné hodnocení materiální stránky deliktu, ale prostá fabulace o povaze systému Markant, který však současně není předmětem tohoto správního řízení. Účastník řízení tak konstatuje, že se Úřad touto nezbytnou stránkou dokazování ve skutečnosti vůbec nezabýval. Ve světle výše uvedených skutečností proto účastník řízení poukazuje na to, že vytýkané jednání, omezené co do rozsahu na několik dodavatelů, nemůže dosahovat nezbytného stupně společenské škodlivosti, jež je nezbytná pro deklaraci deliktu.
196. K námitkám k posouzení materiální stránky správního deliktu musím konstatovat, že s ohledem na to, že bude Úřad v navazujícím správním řízení, jsa vázán právním názorem druhostupňového orgánu, zřejmě doplňovat dokazování, vymezovat rozhodné období případně přehodnocovat kvalifikaci správních deliktů, bylo by nadbytečné se k materiální stránce deliktu nyní vyjadřovat.

d) Vedení správního řízení a procesní vady

197. Než přistoupím k jednotlivým procesním námitkám účastníka řízení, nejprve bych se rád vyjádřil k vedení předmětného správního řízení pod sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS a předcházejícího předběžného šetření pod sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS, která po přezkumu vykazují řadu vad, které by se daly klasifikovat jako velmi závažné a méně závažné. Za nejzávažnější vady lze přitom považovat zejména odepření nahlédnutí do spisu předběžného šetření a nepřevedení některých dokumentů ze spisu předběžného šetření do spisu předmětného správního řízení, jež mají obě úzkou souvislost s možným dotčením, resp. narušením procesních práv účastníka řízení. Tyto vady ve spojení s dalšími méně závažnými vadami ohledně vedení správního spisu a zachování jasné procesní stopy o všech procesních úkonech tak ve svém důsledku rovněž měly vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, proto by je měl prvostupňový orgán v navazujícím správním řízení napravit, tak jak bude konkrétně popsáno dále.

Odepření nahlédnutí do spisu

198. Hned na úvod je třeba uvést zásadní procesní pochybení prvostupňového orgánu mající vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť tímto jednáním mohlo dojít k porušení jednoho ze základních procesních práv účastníka řízení, kterým je právo na účinnou obhajobu. Touto vadou bylo odepření nahlédnutí do celého spisu předběžného šetření účastníkem řízení ve smyslu § 38 odst. 1 správního řádu.
199. Konkrétně prvostupňový orgán ve správním řízení vydal dne 13. 11. 2017 usnesení č. j. ÚOHS-S0138/2017/TS-33294/2017/461/MNo (dále též „**napadené usnesení**“), kterým částečně nevyhověl žádosti účastníka řízení ze dne 8. 11. 2017 o nahlédnutí do spisu předběžného šetření, a to v rozsahu části spisu předběžného šetření, která nebyla převedena do spisu předmětného správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS. Proti napadenému usnesení podal účastník řízení včas rozklad, o kterém jsem rozhodoval paralelně s rozkladem ve věci meritorního správního řízení. Napadené usnesení jsem přitom zrušil a věc vrátil prvostupňovému orgánu k novému projednání. V podrobnostech na toto zrušující rozhodnutí proto plně odkazuji.⁸³
200. Na tomto místě tedy pouze stručně shrnu zásadní úvahy týkající se procesního pochybení v podobě neumožnění nahlédnutí do spisu předběžného šetření a jeho dopad na meritorní správní řízení, resp. zákonnost napadeného rozhodnutí.
201. Institut nahlížení do spisu a procesní práva s ním spojená⁸⁴ představuje jednu ze základních podmínek pro výkon práva účastníka řízení vyjádřit se k podkladům správního rozhodnutí a je rovněž inherentní součástí jeho ústavně zaručeného práva na obhajobu. Toto právo nahlížet do spisu přitom trvá po celou dobu správního řízení na prvním i druhém stupni (a rovněž poté, kdy už je pravomocné rozhodnutí ve věci) a účastník řízení, resp. jeho zástupce, nemusí prokazovat žádný důvod nahlížení, neboť právo nahlížet do spisu mu zde náleží bez dalšího. Umožnění nahlédnout do spisu je tak v tomto ohledu povinností správního orgánu, který nemůže zvažovat, zdali nahlížení účastníkovi řízení umožní či nikoli, ale přímo poskytuje oprávněné osobě součinnost.
202. Nahlížení do spisu je dále efektivním nástrojem ochrany práv a právem chráněných zájmů účastníka řízení a poskytuje mu tak podrobnou informaci o činnosti správního orgánu v průběhu správního řízení, jakož i možnost odhadnout směr, kterým se dále bude správní řízení ubírat. Realizace tohoto práva má úzkou souvislost s § 36 správního řádu, podle kterého musí být účastníkům řízení před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Ani toto právo nahlížet do spisu však není bezbřehé a neomezené, a ačkoliv je v obecné rovině pojímáno co nejšířeji, existují situace, kdy může správní orgán vyloučit určité části spisu z nahlížení. Jedná se především o některé situace, které definuje § 21c ZOHS, podle kterého jsou z nahlížení do spisu vyloučeny ty části spisu, které obsahují obchodní, bankovní nebo obdobné zákonem chráněné tajemství. Každý spis však musí na základě § 21c odst. 1 ZOHS obsahovat listiny, z nichž bylo takové tajemství

⁸³ Viz rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 26. 10. 2018, č. j. ÚOHS-R219/2017/TS-31279/2018/310/AŠi.

⁸⁴ Srov. § 38 odst. 4 správního řádu, podle kterého je s právem nahlížet do spisu spojeno právo činit si výpisy a právo na to, aby správní orgán pořídil kopie spisu nebo jeho části.

odstraněno, popřípadě jejich dostatečně podrobný popis (tzv. nedůvěrné verze dokumentů). Okamžikem vydání sdělení výhrad se však situace mění a účastník řízení může v souladu s § 21c odst. 3 ZOHS nahlížet i do těchto původně zakrytých částí, pokud jimi byl nebo bude prováděn důkaz.⁸⁵ Ačkoliv tak dikce zákona hovoří výslovně pouze o restriktivních praktikách v oblasti soutěžního práva, přiměřeně by se toto ustanovení mělo aplikovat i v případech zneužití významné tržní síly v režimu ZVTS, a to s ohledem na § 7 ZVTS. Z procesního hlediska je tak vždy klíčové nalézt rovnováhu mezi zákonem chráněným tajemstvím a právem na to seznámit se a vyjádřit se ke všem důkazům, které jsou ve správním řízení vůči účastníkovi řízení používány.

203. V daném případě nebylo sporu o nahlížení do spisu předmětného správního řízení⁸⁶ (ačkoliv účastník řízení již v jeho průběhu správního řízení vyslovil pochybnosti o úplnosti daného správního spisu⁸⁷), ale ohledně přístupu do spisu předběžného šetření. Stěžejními otázkami, kterými jsem se tedy předně zabýval, bylo, zdali by měl mít účastník řízení na základě § 38 odst. 1 správního řádu neomezený přístup i do spisu předběžného šetření, které předcházelo zahájení správního řízení a zdali lze spis předběžného šetření považovat za součást spisu správního řízení, resp. jestli se materiálně jedná o tutéž věc.
204. Účastník řízení přitom po celou dobu správního řízení zastával konzistentní postoj, když tvrdil, že spis předběžného šetření by měl být nedílnou součástí spisu správního řízení, tudíž by k němu měl mít neomezený přístup na základě § 38 odst. 1 správního řádu. Prvostupňový orgán však tento názor účastníka řízení nesdílel, když uváděl, že předběžné šetření vedené pod sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS mělo charakter souhrnného šetření, které se vztahovalo k většímu počtu potenciálních účastníků řízení a rovněž na širší okruh praktik uplatňovaných vůči dodavatelům. Ucelenou procesní stopu o předběžném šetření vztahující se k předmětnému správnímu řízení tak podle prvostupňového orgánu obsahovala pouze část podkladů ze spisu předběžného šetření, přičemž tyto dokumenty měly být učiněny součástí spisu správního řízení.
205. Po přezkumu jsem dospěl k závěru, na základě kterého se nelze ztotožnit s argumentací prvostupňového orgánu a naopak je třeba přisvědčit účastníku řízení.⁸⁸ Vycházejí z recentní judikatury správních soudů⁸⁹ za současného seznámení se s faktickým obsahem spisu předběžného šetření mi nezbývalo než dojít k závěru, že **spis předběžného šetření by měl být považován za materiální součást spisu správního řízení**, a to z následujících důvodů.

⁸⁵ Srov. blíže § 21c odst. 3 ZOHS: „V řízeních o porušení povinnosti nebo zákazu podle § 3 odst. 1, § 11 odst. 1, § 18 odst. 1 nebo § 19a odst. 1 může po sdělení výhrad účastník řízení nebo jeho zástupce nahlížet do těch částí spisu, které obsahují obchodní, bankovní nebo obdobným způsobem chráněné tajemství a kterými byl nebo bude prováděn důkaz, a to za předpokladu, že jsou předem seznámeni s následky porušení povinnosti mlčenlivosti o těchto skutečnostech a že o poučení je sepsán protokol, který podepíše. Ustanovení § 38 odst. 4 správního řádu se nepoužije.“

⁸⁶ Ze správního spisu přitom vyplývá, že účastník řízení do meritorního správního spisu opakovaně v průběhu správního řízení nahlížel, přičemž prvostupňový orgán mu v tomto ohledu poskytoval součinnost.

⁸⁷ Srov. zejm. přípis účastníka řízení ze dne 27. 9. 2017, č. l. 1079-1081 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

⁸⁸ Podrobněji k argumentaci týkající se spisu předběžného šetření jako součásti správního spisu srov. body 30-37 rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 26. 10. 2018, č. j. ÚOHS-R219/2017/TS-31279/2018/310/AŠi.

⁸⁹ Srov. zejména rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31.5.2018, č.j. 9 As 216/2017-46, rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 9. 2015, č. j. 62 Af 8/2014-144 a potvrzující rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 3. 2016, č. j. 2 As 241/2015-39.

206. Ačkoliv je spis předběžného šetření svou povahou skutečně do jisté míry souhrnným spisem, tak jak uvádí prvostupňový orgán, stěžejní je jeho obsahová, resp. materiální stránka. Celý spis předběžného šetření se týká jedné „věci“, která je prostoupena celým jeho obsahem. Touto věcí však není účastník řízení a jeho jednání, jak se sám mylně domnívá, nýbrž společnost Markant a obecně systém Markant a jeho fungování. Hlavní „věcí“ spisu předběžného šetření je tak společnost Markant, resp. celý systém Markant. Součástí tohoto spisu předběžného šetření jsou rovněž informace a podklady vztahující se přímo k účastníku řízení a jeho jednání. Nelze však tvrdit, že by se každý jediný dokument spisu předběžného šetření vztahoval přímo k němu. I přesto se však prvostupňový orgán neměl odchýlit od zavedené a zákonné praxe, na základě které měl být spis předběžného šetření pokládán za součást spisu správního řízení, ačkoliv se na první pohled týká jiné „věci“.
207. Účastník řízení má mít rovněž v duchu zachování ústavně garantovaného práva na obhajobu možnost seznámit se se všemi materiály a podklady, které správní orgán v rámci šetření nashromáždil, ať již se jedná o fázi před samotným zahájením správního řízení či v jeho průběhu. Platí přitom, že i informace a podklady získané v předběžném šetření mohou představovat indicie, které Úřad vedly k zahájení správního řízení s účastníkem řízení. Není přitom pochyb o tom, že správní řízení vedené s účastníkem řízení pod sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS vzešlo právě z předběžného šetření vedeného pod sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS. Obecně mohou dále dokumenty obsažené ve spisech předběžného šetření představovat důležité důkazní prostředky při dokazování deliktního jednání správním orgánem či naopak důkazy, které by mohl účastník řízení pro svou obhajobu použít. Nejinak tomu je i v daném správním řízení. Samotné vymezení správního řízení, které bylo na základě uvážení Úřadu vymezeno úžeji, by proto na materiální pojetí spisu předběžného šetření a jeho považování za součást spisu správního řízení, nemělo mít žádný relevantní vliv.
208. Ačkoliv se tak může zdát, že „věc“ předběžného šetření (tj. systém Markant), vedená pod sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS, je odlišná od věci správního řízení, vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS, kterou je prošetřování jednání účastníka řízení, opak je pravdou. Po přezkumu spisu správního řízení jsem dospěl k závěru, že právě fungování systému Markant tvoří základní kámen celého správního řízení vedeného s účastníkem řízení, neboť právě z něj dále prvostupňový orgán dovozuje spáchání správních deliktů podle ZVTS. Lze proto souhlasit s tvrzením prvostupňového orgánu, že předběžné šetření nebylo přímo cíleno na účastníka řízení, nicméně podklady a informace vztahující se k meritu věci a k fungování systému Markant jsou v rámci správního řízení vedeného s účastníkem řízení pod sp. zn. S0138/2017/TS natolik důležité a nezbytné, že i přes výše uvedené (a zcela v souladu se zákonem a judikaturou) by měl být v této konkrétní věci spis předběžného šetření považován za materiální součást spisu správního řízení. Ve spisu předběžného šetření tak účastník řízení rovněž nalezne úplnou procesní stopu celého správního řízení, resp. šetření jemu předcházejícího.
209. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že žádost účastníka řízení o nahlížení do spisu předběžného šetření nebylo možno vyhodnotit jinak než v souladu s § 38 odst. 1 správního řádu. Účastník řízení by tak měl mít přístup do spisu předběžného šetření bez dalšího, tedy bez potřeby prokazovat právní zájem nebo jiný vážný důvod, a to v celém rozsahu až na výjimky, které stanoví § 21c ZOHS. Vzhledem k povaze dokumentů, ke kterým neměl účastník řízení po celou dobu správního řízení přístup (viz dále) a ve světle výše uvedeného představuje

odepření nahlédnutí do spisu předběžného šetření zásadní procesní vadu, která by v souladu se zrušujícím rozhodnutím měla být v navazujícím správním řízení zhojena tím, že bude účastníkovi řízení umožněno seznámit se s celým obsahem spisu správního řízení, jehož součástí je i spis předběžného šetření.

Žurnalizace dokumentů ve spisu správního řízení

210. S výše uvedeným pochybením prvostupňového orgánu dále úzce souvisí jeho postup týkající se řádné žurnalizace dokumentů ve spisu správního řízení. Po přezkumu obou spisů totiž vyplynulo, že prvostupňový orgán se rovněž dopustil pochybení, když nejenže odepřel účastníkovi řízení přístup k celému obsahu spisu předběžného šetření, ale rovněž za této situace nepřevodil veškeré dokumenty týkající se věci, resp. účastníka řízení a jeho vytýkaného jednání ze spisu předběžného šetření do spisu správního řízení.
211. Jedná se tak zejména o následující dokumenty:
- a) Žádost společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) ze dne 22. 2. 2017 o prodloužení lhůty⁹⁰,
 - b) Odpověď Úřadu na žádost o prodloužení lhůty ze dne 22. 2. 2017⁹¹,
 - c) Odpověď společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) ze dne 9. 3. 2017⁹²,
 - d) Odpověď společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) ze dne 16. 3. 2017⁹³,
 - e) Dokumenty vztahující se k místnímu šetření ve společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...), provedeného dne 24. 5. 2017 (Pověření, Poučení a Protokol)⁹⁴.
212. V důsledku tohoto pochybení tak k těmto konkrétním dokumentům neměl účastník řízení po celou dobu správního řízení přístup, neboť se nacházely pouze v části spisu předběžného šetření, ke které mu byl přístup prvostupňovým orgánem odepřen. Nejvíce problematické jsou tak v tomto ohledu zejména odpovědi dvou oslovených dodavatelů (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) na žádost Úřadu o poskytnutí informací a podkladů ze dne 20. 2. 2017⁹⁵, neboť ostatní odpovědi dodavatelů, ať se již jedná o dotčené dodavatele či další oslovené dodavatele, se ve spisu správního řízení nacházejí. Lze se domnívat, že nezaložení odpovědí do správního spisu se stalo omylem. Toto vyplývá zejména ze skutečnosti, že se v předmětném správním spisu nachází odpověď společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) ze dne 23. 3. 2017, která se však týkala jiného správního řízení, které Úřad v dané době vedl⁹⁶ a v případě odpovědi společnosti (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) tuto prvostupňový orgán nejspíše nedopatřením přehlédl, neboť v Záznamu do spisu ze dne 16. 10. 2017 je uvedeno, že společnost (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) svoji odpověď Úřadu nezaslala.⁹⁷
213. Obdobně problematické je rovněž nepřevedení dokumentů a podkladů týkajících se místního šetření provedeného u dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...), neboť přímo v protokolu o místním šetření ze dne 24. 5. 2017 je jako právní důvod místního šetření uvedeno

⁹⁰ Viz č. l. 336-337 správního spisu sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS.

⁹¹ Viz č. l. 358.1 správního spisu sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS.

⁹² Viz č. l. 749-760 správního spisu sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS.

⁹³ Viz č. l. 892-901 správního spisu sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS.

⁹⁴ Viz č. l. 934-941 správního spisu sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS.

⁹⁵ Viz č. l. 1107-1138 správního spisu sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS.

⁹⁶ Viz č. l. 1507-1517 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

⁹⁷ Viz č. l. 1518 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

prošetřování jednání účastníka řízení.⁹⁸ Místní šetření rovněž proběhlo v květnu 2017, zatímco správní řízení bylo zahájeno již dne 12. 4. 2017. Je tedy otázkou, proč prvostupňový orgán protokol o tomto místním šetření a s tím související dokumenty do spisu správního řízení nezaložil.

214. Za velmi nestandardní lze taktéž považovat chronologii převádění dokumentů ze spisu předběžného šetření do spisu správního řízení, když nejprve prvostupňový orgán do spisu správního řízení ke dni zahájení správního řízení vložil kopie pouze některých dokumentů ze spisu předběžného šetření⁹⁹, konkrétně se jednalo o podnět Potravinářské komory ze dne 26. 8. 2014, žádost o poskytnutí informací a podkladů adresovaný účastníkovi řízení ze dne 5. 1. 2017, odpověď účastníka řízení na žádost ze dne 9. 2. 2017, žádost o poskytnutí informací a podkladů adresovanou dodavatelům účastníka řízení ze dne 20. 2. 2017¹⁰⁰ a konečně odpovědi pouze dotčených dodavatelů.
215. Posléze prvostupňový orgán úředním záznamem, který byl vložen do spisu správního řízení dne 16. 10. 2017¹⁰¹ deklaroval, že spis předběžného šetření se stává součástí správního spisu v té části předběžného šetření, které se týká zapojení do systému Markant účastníkem řízení. Zároveň uvedl, že příslušná část spisu předběžného šetření vztahující se k projednávané věci „je současně vykopírována a kopie jsou založeny do spisu správního šetření“.¹⁰² Nad rámec výše uvedených dokumentů tak prvostupňový orgán do spisu správního řízení dále vložil zejména kopie odpovědí ostatních dodavatelů doručených na žádost Úřadu o poskytnutí informací a podkladů ze dne 20. 2. 2017, a taktéž tuto úplnou žádost včetně rozdělovníku, resp. přehledu všech adresátů.
216. Pokud se tak podíváme na časovou chronologii vkládání dokumentů do spisu správního řízení, nelze si nevšimnout, že zařazení ostatních dokumentů se stalo až poté, co účastník řízení požádal Úřad o potvrzení úplnosti spisu.¹⁰³ V tomto ohledu tak lze dát částečně za pravdu účastníkovi řízení, který ve své námitce označil zařazování listin do správního spisu jako netransparentní. Otázkou však zůstává, zda tento nestandardní postup prvostupňového orgánu při žurnalizaci dokumentů ve správním spisu lze označit rovněž za nezákonný. Při hodnocení je tak třeba vycházet zejména z platné právní úpravy a relevantní judikatury.
217. Vedení spisu upravuje § 17 odst. 1 správního řádu, podle kterého má každý správní orgán povinnost řádně a zákonně vést spis. Každý spis přitom musí být označen spisovou značkou, přičemž ho mají tvořit zejména podání, protokoly, záznamy, písemná vyhotovení rozhodnutí a další písemnosti, které se vztahují k dané věci. Přílohou, která je součástí spisu, jsou pak především důkazní prostředky, obrazové a zvukové záznamy a záznamy na elektronických médiích. Spis také musí obsahovat soupis všech svých součástí, včetně příloh, s určením data, kdy byly do spisu vloženy. Toto ustanovení správního řádu upravující vedení spisu navazuje především na zákon č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále též „**zákon o spisové službě**“), který ve

⁹⁸ Viz č. l. 935-940 správního spisu sp. zn. ÚOHS-P0045/2016/TS.

⁹⁹ Viz č. l. 1-11, 35-256 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

¹⁰⁰ Tato kopie žádosti byla do správního spisu převedena neúplná, bez rozdělovníku a seznamu všech oslovených dodavatelů, pouze s doručenkami dotčených dodavatelů.

¹⁰¹ Viz č. l. 1106 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

¹⁰² Viz č. l. 1107-1506 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

¹⁰³ Viz č. l. 1079-1081 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

svém ust. § 65 odst. 1 ukládá povinnost při vyřizování dokumentů všechny dokumenty týkající se téže věci spojit ve spis.

218. K praxi vedení správních spisů se rovněž vyjádřily správní soudy. Nejvyšší správní soud přitom konstatoval, že se spis zakládá v každé věci, přičemž **správní spis nutně tvoří všechny dokumenty týkající se téže věci**.¹⁰⁴ Krajský soud pak dále uvedl, že správní spis tvoří všechny dokumenty týkající se téže věci, a to bez ohledu na to, zda a nakolik budou v rámci konečného hodnocení věci využity, a bez ohledu na to, zda je pro hodnocení věci účastník řízení či správní orgán bude pokládat za relevantní či nikoli.¹⁰⁵
219. V jiné věci¹⁰⁶, kde se Nejvyšší správní soud zabýval otázkou, zda mají být součástí správního spisu, který byl založen při zahájení správního řízení, také dokumenty obdržené či vytvořené ve fázi předcházející zahájení správního řízení, dospěl soud k následujícím závěrům (cit): *„Spis má obsahovat všechno, co se vztahuje k dané věci. Touto věcí je v souzeném případě podezření na možné spáchání správního deliktu stěžovatelem, jak správně uvedl krajský soud. Prvotní informaci o tom, že se stěžovatel mohl dopustit správního deliktu, získal žalovaný z podaného podnětu. Na jeho základě shromáždil podklady potřebné pro posouzení otázky, zda jsou dány důvody pro zahájení správního řízení z moci úřední či nikoliv. Takto shromážděné podklady lze označit jako písemnosti, které se vztahují k dané věci, protože byly významné pro zahájení správního řízení. Proto také měly být podle § 17 s. ř. vedeny ve správním spise. Postup žalovaného, který podklady opatřené před zahájením správního řízení vedl v samostatném tzv. podnětovém spise, byl správný pouze do okamžiku zahájení správního řízení. Poté, kdy žalovaný dospěl k závěru, že je nezbytné správní řízení zahájit, a také tak učinil, měl i nadále pokračovat ve vedení již založeného spisu, případně učinit podnětový spis součástí správního spisu, založeného při zahájení správního řízení. Uvedené platí ve vztahu ke všem podkladům, které žalovaný před i po zahájení správního řízení shromáždil. Při vedení spisu nelze rozlišovat mezi podklady rozhodnutí a podklady ostatními, ani dovozovat, že pouze podklady rozhodnutí musí být součástí správního spisu, jak argumentoval (chybně) žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti.“*¹⁰⁷
220. K selekci listin a způsobu žurnalizaci spisu se dále vyjádřil Krajský soud, když zdůraznil, že nemůže obstát postup, v rámci něhož budou shromážděné dokumenty týkající téže věci jakkoli selektovány na základě průběžných úvah ohledně jejich relevance pro konečné hodnocení a ve spisu žurnalizovány pouze ty, které se budou Úřadu jevit jako vyhovující k žurnalizaci.¹⁰⁸ Obdobný právní názor přitom vyslovil Krajský soud již v dřívějším rozsudku ze dne 30. 5. 2014, č.j. 62 Af 103/2012-133, když uvedl (cit.): *„Pokud jde o informace, které mají být podkladem rozhodnutí ve věci, a to bez ohledu na to, zda byly získány v samotném správním řízení nebo již ve fázi předběžného šetření, pak všechny tyto informace musí být jako podklad rozhodnutí řádně žurnalizovány ve správním spise (byť by pocházely z doby předběžného šetření a po zahájení správního řízení by byly do správního spisu založeny). Takto žurnalizovány ve správním spisu přitom musí být nejen ty podklady, jež svědčí v neprospěch žalobce coby osoby podezřelé ze spáchání správního deliktu, nýbrž i podklady,*

¹⁰⁴ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 3. 2010, sp. zn. 1 Afs 58/2009.

¹⁰⁵ Srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 9. 2015, č. j. 62 Af 8/2014-144.

¹⁰⁶ Žalovaným ve věci byl právě Úřad, zkoumala se tak zde konkrétně praxe vedení spisů Úřadem.

¹⁰⁷ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 6. 2017, č.j. 8 As 236/2016-51.

¹⁰⁸ Srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 9. 2015, č.j. 62 Af 8/2014-144.

jež případně svědčí v jeho prospěch, a to včetně podkladů zaznamenávajících „procesní stopu“ jejich opatřování.“¹⁰⁹

221. Na základě výše uvedeného lze tedy dojít k závěru, že postup prvostupňového orgánu nebyl zcela souladný se zákonem ani soudní praxí, neboť předmětný správní spis není kompletní a jeho součástí nejsou všechny dokumenty, které se věci týkají. V navazujícím správní řízení by proto měl prvostupňový orgán v duchu výše uvedených zásad tuto vadu napravit a do spisu správního řízení založit všechny dokumenty, které se věci skutečně týkají, tedy včetně těch, které byly příkladmo uvedeny výše, tak aby byl správní spis zcela kompletní a obsahoval o správním řízení ucelenou procesní stopu.

Námítky rozkladu

222. Výše uvedený procesní postup prvostupňového orgánu spočívající ve vedení správního spisu, resp. spisu předběžného šetření a přístupu účastníka řízení k listinám v těchto spisech obsažených považují za nejzávažnější procesní vady, které zasáhly do základního procesního práva účastníka řízení na obhajobu.

223. Pokud se jedná dále o námitku zachování řádné procesní stopy o všech úkonech v řízení, ačkoliv vedení správního řízení nebylo perfektní a vykazovalo jisté vady, a to i v ohledu zachování řádné procesní stopy, tyto drobné vady nemohly mít samy o sobě vliv na zákonnost rozhodnutí. Vypořádání dalších dílčích procesních vad týkajících se vedení správního spisu proto za situace, kdy se napadené rozhodnutí ruší a spis vrací zpět prvostupňovému orgánu, shledávám nyní za nadbytečné.

224. Níže se tedy budu dále věnovat dalším procesním vadám, které účastník řízení Úřadu vytkl. Prvostupňový orgán se přitom částečně s většinou námitek již vypořádal v napadeném rozhodnutí, neboť je účastník řízení uplatňoval již dříve.

Nepřiměřeně krátké lhůty

225. Účastník řízení vznesl dále námitku k postupu Úřadu při vydání Sdělení výhrad, resp. při stanovení lhůty k vyjádření ke Sdělení výhrad a doplnění dokazování, když stanovená lhůta v délce dvaceti dnů od doručení Sdělení výhrad měla být podle účastníka řízení naprosto nedostatečná pro zajištění řádné obhajoby.

226. Pro lepší ilustraci je tedy vhodné nejprve načrtnout časovou osu jednotlivých procesních úkonů jak prvostupňového orgánu, tak účastníka řízení, a to od vydání Sdělení výhrad a jeho doručení účastníku řízení **dne 31. 10. 2017** až po vydání napadeného rozhodnutí **dne 15. 12. 2017**. V mezidobí tedy proběhly tyto procesní úkony:

- Žádost účastníka řízení o stanovení termínu seznámení se s podklady, prodloužení lhůty a vyjádření se k možnosti navrhnout závazky ze dne 3. 11. 2017, ve kterém účastník řízení požádal Úřad o prodloužení lhůty na celkově dva měsíce;

¹⁰⁹ Tento rozsudek byl následně potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 4. 2015, sp. zn. 6 As 136/2014.

- Nedatovaný dopis místopředsedy Úřady JUDr. Petra Solského, doručený účastníkovi řízení dne 6. 11. 2017, kterým místopředseda reagoval na předchozí přípis účastníka řízení, přičemž jeho žádosti prodloužit lhůtu nebylo vyhověno;
- Žádost účastníka řízení o umožnění se seznámit s podklady rozhodnutí ze dne 7. 11. 2017;
- Protokol o nahlížení do spisu ze dne 8. 11. 2017;
- Návrh závazků účastníka řízení ze dne 14. 11. 2017;
- Vyjádření ke Sdělení výhrad účastníka řízení ze dne 20. 11. 2017, ve kterém si dále vyhradil právo na doplnění svého vyjádření ve lhůtě 30 dní od doručení;
- Žádost Úřadu o poskytnutí informací a podkladů ze dne 23. 11. 2017;
- Nedatovaný dopis místopředsedy Úřady JUDr. Petra Solského, doručený účastníkovi řízení dne 30. 11. 2017, ve kterém se vyjádřil k návrhu závazků účastníka řízení;
- Poskytnutí požadovaných podkladů účastníkem řízení dne 4. 12. 2017;
- Poskytnutí úředně ověřeného překladu listin účastníkem řízení dne 8. 12. 2017;
- Doplnění k obsahu podkladů účastníkem řízení ze dne 12. 12. 2017.

227. Z výše uvedeného je tedy patrné, že mezi vydáním Sdělení výhrad a napadeného rozhodnutí uběhlo **45 dní** a v mezidobí lze pozorovat značnou aktivitu, jak ze strany účastníka řízení, tak ze strany prvostupňového orgánu. Na uvedeném průběhu jsem přitom neshledal žádné pochybení, resp. zásah do práv účastníka řízení, tím spíše když Úřad řádně reagoval na všechny přípisy účastníka řízení.

228. Lhůta pro doplnění dokazování a vyjádření se ke Sdělení výhrad, byla přitom ve Sdělení výhrad stanovena následovně: „*V souladu s § 21b zákona o ochraně hospodářské soutěže je účastníkovi řízení umožněno seznámit se s podklady pro vydání rozhodnutí, a to primárně formou nahlížení do spisu (k podmínkám nahlížení viz dále § 21c zákona o ochraně hospodářské soutěže ve spojení s § 38 správního řádu). Dále se účastníkovi řízení podle § 21b zákona o ochraně hospodářské soutěže stanovuje lhůta pro návrhy na doplnění dokazování, popřípadě pro jiná vyjádření a stanoviska ke zde řešené věci, a to nejpozději do 20 dnů ode dne doručení tohoto sdělení výhrad.*“¹¹⁰

229. Úřad tedy účastníkovi řízení stanovil **lhůtu 20 dnů**, kterou dále na jeho žádost neprodloužil. Minimální zákonná lhůta stanovena v § 21b ZOHS činící 15 dní tedy byla zachována. Lze sice argumentovat, že lhůta Evropské komise pro vyjádření se ke sdělení výhrad činí minimálně 4 týdny¹¹¹ a lze ji dále na žádost účastníka řízení prodloužit¹¹², z daného však ještě nelze dovozovat, že by kratší lhůta znamenala automaticky porušení zákona či zásah do práv účastníka řízení. Ačkoliv je tedy Evropská komise v tomto ohledu k účastníkům řízení vstřícnější, nelze odhlédnout od skutečnosti, že nahlížení do spisu u Evropské komise podléhá přísnějšímu procesnímu režimu, kdy je účastníkům řízení povoleno nahlédnout do

¹¹⁰ Viz bod 158 Sdělení výhrad.

¹¹¹ Srov. čl. 17 odst. 2 Nařízení Komise (ES) č. 773/2004 ze dne 7. dubna 2004 o vedení řízení Komise podle článku 81 a 82 Smlouvy o ES.

¹¹² Srov. blíže Antitrust: Manual od Procedures, Statement of Obejctions. March 2012. Dostupné na: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_3_2012_en.pdf.

spisu až v okamžiku po vydání sdělení výhrad (Statement of Objections),¹¹³ zatímco v případech řešených před Úřadem má účastník řízení právo nahlížet do spisu po celou dobu správního řízení, takže tak má podrobnou informaci o veškerých Úřadem shromážděných důkazech. Případy řešené Evropskou komisí jsou také ve srovnání s případy, se kterými se potýká Úřad, zpravidla značně komplexnější. Zkoumat je tedy vždy třeba, zdali byla Úřadem stanovená lhůta přiměřená ve vztahu ke konkrétnímu správnímu řízení, tak jak rovněž požaduje zákon.

230. Předně je třeba uvést, že Úřad sám musí pečlivě zvažovat jednotlivé procesní kroky v duchu zásady procesní ekonomie a jednání bez zbytečných průtahů, máje přitom na vědomí zejména potřebu dostatečné doby pro zapracování často velmi obsáhlých námitek účastníka řízení. Tyto zájmy pak musí vyvážit právem účastníka řízení na seznámení se s tím, co je mu kladeno za vinu a možností přípravy jeho obhajoby. Důležité je v tomto ohledu vzít v potaz rovněž obsáhlost spisového materiálu a do jaké míry s ním byl účastník řízení seznámen v průběhu správního řízení, tedy před samotným seznámením se s podklady rozhodnutí.
231. Pomineme-li výše uvedená procesní pochybení prvostupňového orgánu související s vedením správního spisu a odepřením přístupu účastníka řízení k celému obsahu spisu předběžného šetření, ze spisového materiálu vyplývá, že do okamžiku Sdělení výhrad (i po něm) byl účastník řízení velmi aktivní a hojně realizoval své právo nahlížet do spisu ve smyslu § 38 odst. 1 správního řádu. Konkrétně pak účastník řízení nahlížel do správního spisu před vydáním Sdělení výhrad celkem 4x (ve dnech 4. 5. 2017, 12. 6. 2017, 27. 7. 2017 a 5. 9. 2017), přičemž si rovněž svým fotoaparátem pořizoval fotografie do té doby dostupných částí spisu. Co se týče obsáhlosti spisu, před Sdělením výhrad obsahoval správní spis celkem 2297 listů. Většinu z toho přitom tvořily podklady a informace, které Úřadu poskytl sám účastník řízení. Nové informace a podklady, se kterými se mohl účastník řízení seznámit až v okamžiku po vydání Sdělení výhrad, pak tvořily především odkrytá obchodní tajemství ve smyslu § 21c odst. 3 ZOHS, neboť zbytek tvořila především výše uvedená komunikace mezi Úřadem a účastníkem řízení.
232. Lze sice souhlasit s účastníkem řízení, že institut nahlížení do spisu má jinou povahu než seznámení se s podklady rozhodnutí a že v rámci nahlížení do spisu účastník řízení sleduje aktuální procesní kroky správního orgánu, zatímco teprve při seznámení se s podklady rozhodnutí má možnost seznámit se s celým obsahem spisu. I nahlížení do spisu však účastníku řízení umožňuje seznámit se podrobně s doposud zjištěnými skutečnostmi. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že v době vydání Sdělení výhrad tak byl účastník řízení již bezpochyby obeznámen s významnou částí spisu a měl taktéž dostatečný prostor uvažovat o své strategii obhajoby. K tomu je třeba dodat, že správní řízení bylo v dané době vedeno pouze několik měsíců a nejednalo se (na poměry Úřadu) o extrémně obsáhlou věc, o čemž svědčí i výše popsáná obsáhlost spisového materiálu.
233. Nelze se rovněž ztotožnit s argumentací účastníka řízení, podle které počátek běhu lhůty může být stanoven až ode dne, kdy mu bylo umožněno seznámit se s podklady pro rozhodnutí. Fakticky by tak podle něj stanovená lhůta činila pouhých 12 dnů od seznámení se

¹¹³ Srov. čl. 15 Nařízení Komise (ES) č. 773/2004 ze dne 7. dubna 2004 o vedení řízení Komise podle článku 81 a 82 Smlouvy o ES: „If so requested, the Commission shall grant access to the file to the parties to whom it has addressed a statement of objections. Access shall be granted after the notification of the statement of objections.“

s podklady pro rozhodnutí. Tento argument však nemá žádný zákonný podklad. V prvé řadě z dikce § 21b ZOHS¹¹⁴ vyplývá, že Úřad stanovuje pouze lhůtu pro návrhy na doplnění dokazování, nikoliv pro možnost seznámit se s podklady rozhodnutí. Své právo seznámit se s podklady rozhodnutí tedy účastník řízení mohl realizovat fakticky bezprostředně po vydání Sdělení výhrad a nelze proto dávat k tíži Úřadu, že tak neučinil a toto své právo prostřednictvím nahlížení do spisu ve smyslu § 21c ZOHS ve spojení s § 38 správního řádu realizoval až ke dni 8. 11. 2017, tedy týden po vydání Sdělení výhrad, přičemž ze spisového materiálu nevyplývá, že by požádal o dřívější termín. Úřad mu v tomto ohledu tak zcela vyhověl. Ze zákonného znění rovněž nevyplývá, že se lhůta pro návrhy na doplnění dokazování bude odvíjet právě od okamžiku, kdy došlo k seznámení s podklady rozhodnutí. Obdobně se přitom k začátku běhu lhůty pro vyjádření ke sdělení výhrad staví i judikatura Evropského soudního dvora.¹¹⁵

234. Odkazuje-li dále účastník řízení na zásadu koncentrace řízení a její negativní následky v podobě skutečnosti, že se k později uvedeným skutečnostem a důkazům nepřihlíží, nemohu se ani s tímto tvrzením ztotožnit. Na základě výše uvedené časové osy je patrné, že účastník řízení se ke Sdělení výhrad vyjádřil v Úřadem stanovené lhůtě. Prvostupňový orgán nepochybil, když nepřistoupil na lhůtu k doplnění dokazování, kterou si sám účastník řízení vyhradil ve svém vyjádření ke Sdělení výhrad, neboť takovouto lhůtou nebyl Úřad ze zákona v žádném případě vázán. Z napadeného rozhodnutí je naopak patrné, že prvostupňový orgán, i přes zásadu koncentrace řízení, přihlédl i k vyjádřením účastníka řízení a skutečnostem, které učinil až po svém oficiálním vyjádření ke Sdělení výhrad, a tedy po uplynutí stanovené lhůty (srov. bod 243 napadeného rozhodnutí). Procesním postupem prvostupňového orgánu tedy ani v tomto případě nebylo zasaženo do práv účastníka řízení.
235. Namítá-li konečně účastník řízení, že Úřad postupoval šikanózně, když zejména jeho schopnost věnovat se přípravě obrany opakovaně omezoval zasíláním rozsáhlých žádostí o informace, jimiž měl vyčerpávat kapacity účastníka řízení, je třeba tuto námitku taktéž odmítnout. První žádost o informace, kterou účastník řízení zmiňuje, je irelevantní, neboť se týkala zcela odlišné věci nesouvisející se správním řízením a rovněž šetřené jinou organizační složkou Úřadu. Ani v případě namítané žádosti Úřadu o poskytnutí informací a podkladů ze dne 23. 11. 2017, kterou označil za účelovou, nelze účastníkovi řízení přisvědčit, neboť uvedená žádost obsahovala opakovanou žádost o poskytnutí účetních podkladů, které byly účastníkem řízení přislíbeny na místním šetření, dále žádost o podklady a informace týkající se služeb poskytovaných pro společnost Markant a konečně žádost o předložení nedůvěrných verzí dříve předložených podkladů, což po účastníkovi řízení bylo požadováno ve smyslu § 21c odst. 2 ZOHS již v okamžiku vyžadování podkladů.

¹¹⁴ § 21b ZOHS stanoví: „Ve sdělení výhrad Úřad informuje účastníky řízení rovněž o výši pokuty, kterou hodlá účastníkům řízení uložit. Po sdělení výhrad Úřad umožní účastníkům řízení seznámit se s podklady rozhodnutí a stanoví přiměřenou lhůtu, ve které mohou účastníci řízení navrhnout doplnění dokazování; tato lhůta nesmí být kratší než 15 dní. K později uvedeným skutečnostem a důkazům se nepřihlíží; to neplatí, jde-li o skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve.“

¹¹⁵ Srov. zejména rozhodnutí Tribunálu ve věci T-44/00 ze dne 8. 7. 2004, *Mannesmannröhren-Werke AG v. Komise*, body 62-68.

236. Na základě výše uvedeného se tedy domnívám, že stanovená lhůta byla zákonná i přiměřená. Postup prvostupňového orgánu byl tak zcela legitimní a nezasáhl nijak do práv účastníka řízení na řádnou obhajobu. Námitku účastníka řízení proto nepovažuji za relevantní.

Neprovedení a nevypořádání se s důkazy navrženými účastníkem řízení

237. Účastník řízení dále prvostupňovému orgánu vytýká, že odmítl provést celou řadu důkazů, které účastník řízení navrhnul ve svém vyjádření ke Sdělení výhrad ze dne 20. 11. 2017, které by podle jeho názoru přispěly k objasnění objektivního stavu věci.
238. V první řadě, pokud jde o samotné dokazování a jeho průběh, je třeba mít na paměti, že se jedná o deliktní správní řízení zahájené z moci úřední, kdy je to právě správní orgán, který nese důkazní břemeno a musí prokázat, že se uvedený delikt stal, tedy jej náležitě podložit důkazy. V předmětném správním řízení se tak uplatňuje zásada vyšetřovací, kdy podklady pro rozhodnutí v souladu s § 50 odst. 2 a odst. 3 správního řádu opatřuje zásadně správní orgán. Z pohledu Úřadu mělo proto smysl provádět v první řadě ty důkazy, které svědčí o tom, že se účastník řízení deliktního jednání dopustil, s tím, že se však předpokládá, že účastník řízení nebude během správního řízení nečinný a bude na svou obranu vznášet důkazy, které svědčí o opaku a zpochybňují tak spáchání daného deliktu.
239. To však neznamená, že by Úřad podklady a důkazy, které svědčí ve prospěch účastníka řízení, neměl zjišťovat a brát v úvahu, neboť v duchu zásady materiální pravdy, která je vyjádřena v § 3 správního řádu ve spojení s § 50 odst. 3 téhož zákona, postupuje správní orgán tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti a zjišťuje všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i neprospěch účastníka řízení. Nadto je Úřad dále vázán zásadou volného hodnocení důkazů, kdy by měl ve smyslu § 50 odst. 4 správního řádu hodnotit podklady, zejména důkazy, podle své úvahy, přičemž by měl pečlivě přihlížet ke všemu, co vyšlo v řízení najevo, včetně toho, co uvedli účastníci řízení. Konečně podle § 52 správního řádu mají účastníci řízení označovat důkazy na podporu svých tvrzení, přičemž správní orgán není těmito návrhy vázán, vždy však provede důkazy, které jsou potřebné ke zjištění stavu věci. Jedná se rovněž o jedno ze základních procesních práv účastníků řízení vtělené do § 36 odst. 1 správního řádu, podle kterého jsou účastníci řízení oprávněni navrhnout důkazy a činit jiné návrhy po celou dobu řízení až do vydání rozhodnutí. Účastník řízení přitom toto právo po celou dobu předmětného správního řízení hojně využíval.
240. Prvostupňový orgán přitom na základě volné úvahy v souladu s § 52 správního řádu dospěl k závěru, že důkazy navržené účastníkem řízení jsou nadbytečné a irelevantní a nikterak by nezměnily jeho názor na deliktní odpovědnost účastníka řízení a spáchání deliktu včetně okolností, za kterých byl spáchán (tedy např. těch, kterých mohly být zohledněny při ukládání sankce jako polehčující či přitěžující). V napadeném rozhodnutí pak prvostupňový orgán zcela detailně osvětlil, proč se jednotlivými konkrétními důkazy, které účastník řízení navrhnul, nezabýval.¹¹⁶ Tento postup lze označit za zcela legitimní a souladný se zákonem. Nelze proto souhlasit s účastníkem řízení, který označuje odmítnutí důkazů za paušální a dokonce účelové, přičemž se podle něj jedná o situaci tzv. opomenutého důkazu.

¹¹⁶ Srov. body 253-264 napadeného rozhodnutí.

241. Opomenutý důkaz je podle konzistentní judikatury Ústavního soudu¹¹⁷ takový důkaz, o němž nebylo rozhodnuto, případně důkaz, jímž se soud, resp. správní orgán podle zásad volného hodnocení důkazů nezabýval. Ústavní soud rovněž opakovaně judikoval, že zásadám spravedlivého procesu odpovídá nejen možnost účastníka řízení vyjádřit se k provedeným důkazům, nýbrž i navrhnout důkazy vlastní. Soud (a tedy ani správní orgán) sice není povinen provést všechny navržené důkazy, avšak musí o vznesených návrzích rozhodnout a - pokud jim nevyhoví - ve svém rozhodnutí vyložit, z jakých důvodů (zpravidla ve vztahu k hmotněprávním předpisům, které aplikoval a k právním závěrům, k nimž na skutkovém základě věci dospěl) navržené důkazy neprovedl, resp. pro základ svých skutkových zjištění je nepřevzal.¹¹⁸ V předmětném správním řízení však o opomenutých důkazech nemůže být řeč, neboť prvostupňový orgán odmítnutí provedení důkazů odůvodnil zcela dostatečným a přezkoumatelným způsobem. Jeho postupu proto z tohoto ohledu nelze nic vytknout a námitku je tak v tomto ohledu třeba zamítnout.
242. Nad rámec výše uvedeného je však třeba zmínit, že ve světle výše uvedených zjištění, a to zejména ve vztahu k vadám v dokazování a prokázání spáchání deliktů popsaných v bodech 169 a násl. tohoto rozhodnutí, je žádoucí v navazujícím správním řízení navržené důkazy účastníka řízení opětovně zvážit, a to především z důvodu zachování zásad dokazování, tak jak byly popsány výše, za současného respektování zásady spravedlivého procesu a procesních práv účastníka řízení, a to zejména práva na řádnou obhajobu.

Odepření konání ústního jednání

243. Účastník řízení dále namítal, že Úřad zatížil své rozhodnutí další procesní vadou, když odmítl nařídit konání ústního jednání, o které účastník řízení požádal ve svém vyjádření ke Sdělení výhrad a v jehož rámci měly být provedeny důkazy.
244. Prvostupňový orgán se s danou námitkou vypořádal v bodech 246 až 249 napadeného rozhodnutí a s danou argumentací se zcela ztotožňuje. Správní řízení je ve smyslu § 15 správního řádu ovládáno zásadou písemnosti a neveřejnosti. Podle § 49 odst. 1 správního řádu ústní jednání správní orgán nařídí v případech, kdy to stanoví zákon, a dále tehdy, jestliže je to ke splnění účelu řízení a uplatnění práv účastníků nezbytné. Vzhledem k tomu, že ZVTS ani ZOHS neobsahují specifickou právní úpravu, aplikuje se výlučně toto ustanovení.
245. Podle výše uvedeného ustanovení je tedy výlučně na úvaze správního orgánu, jestli lze ústní jednání chápat jako nezbytné ke splnění účelu řízení nebo uplatnění práv účastníka řízení. Prvostupňový orgán přitom souladně s argumentací týkající se neprovedení důkazů, které účastník řízení navrhnul (viz výše), dospěl k závěru, že je skutkový stav ve všech podstatných rysech objasněn. Provedení ústního jednání proto nebylo nezbytné ani účelné.
246. S tímto závěrem zcela souhlasím. Za situace, kdy je skutkový stav podle prvostupňového orgánu dostatečně objasněn, je totiž vskutku nadbytečné ústní jednání konat. Nenařízením ústního jednání proto ani nemohlo dojít k porušení práv účastníka řízení na řádnou obhajobu, resp. spravedlivý proces a tuto námitku je tak třeba odmítnout.

¹¹⁷ Srov. zejm. náleží Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 61/94 ze dne 16. 2. 1995, náleží Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 182/02 ze dne 11. 11. 2003 a náleží Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 549/2000 ze dne 18. 4. 2001.

¹¹⁸ Srov. náleží Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 549/2000 ze dne 18. 4. 2001.

Neumožnění navržených závazků

247. Další závažné procesní pochybení spatřuje účastník řízení ve způsobu, jakým Úřad přistoupil k jeho návrhu závazků, kterým by odstranil údajný protiprávní stav, neboť již ve Sdělení výhrad Úřad předeslal, že nebude akceptovat případné závazky účastníka řízení z důvodu kvalifikování deliktu jako velmi závažného. Účastník řízení však analyzoval praxi Úřadu a dospěl k závěru, že argumentace ohledně závažnosti deliktu je rozporná s předchozí rozhodovací praxí Úřadu, přičemž odkázal zejména na případy Hruška a COOP. Řešení případu formou závazků tak bylo podle účastníka řízení na místě i v tomto správním řízení.
248. Lze souhlasit s účastníkem řízení, že k možnému návrhu závazků se prvostupňový orgán vyjádřil již ve Sdělení výhrad, když v úplném závěru avizoval, že vzhledem ke skutečnosti, že popsané jednání bylo kvalifikováno jako velmi závažné, nelze splnit zákonné podmínky pro postup Úřadu podle § 6 odst. 2 a 3 ZVTS (tedy akceptovat závazky za současného zastavení správního řízení).¹¹⁹ Účastník řízení se k tomuto vyjádřil ve svém přípisu ze dne 3. 11. 2017, ve kterém nesouhlasil s kvalifikací deliktu jako velmi závažného a vyzval Úřad, zda je ochoten s ním o případném návrhu závazků dále jednat.¹²⁰ Místopředseda Úřadu na tento přípis účastníka řízení následně neprodleně reagoval dopisem, který byl účastníkovi řízení doručen dne 6. 11. 2017,¹²¹ přičemž účastníka řízení ujistil, že z ustanovení § 6 odst. 2 a 3 ZVTS vyplývá, že právo navrhnout závazky účastník řízení má a Úřad se bude povinen doručeným podáním zabývat. S odkazem na kvalifikaci jednání ve Sdělení výhrad však označil návrh závazků pro obě strany za neefektivní.
249. Účastník řízení přesto využil svého práva a Úřadu zaslal návrh závazků ze dne 14. 11. 2017.¹²² Na navržené závazky pak místopředseda Úřadu opět reagoval přípisem, který byl účastníkovi řízení doručen dne 30. 11. 2017¹²³, když účastníka řízení informoval, že navržené závazky nepřijímá z důvodu nesplnění zákonné podmínky podle § 6 odst. 2 a 3 ZVTS, neboť jednání účastníka řízení bylo Úřadem kvalifikováno jako velmi závažné.
250. K problematice navržených závazků v oblasti zneužití významné tržní síly je třeba v první řadě vycházet z výše uvedeného zákonného ustanovení ZVTS a dále z rozhodovací praxe Úřadu, existuje-li taková. Judikatura správních soudů se dosud touto problematikou v oblasti významné tržní síly nezabývala.
251. Podle § 6 odst. 2 ZVTS¹²⁴ tak Úřad rozhodne o zastavení správního řízení za podmínky, navrhne-li účastník řízení závazky, které musí dále kumulativně splňovat následující podmínky: závazky jsou dostatečné, jejich splněním se odstraní závadný stav a zneužití

¹¹⁹ Srov. bod 159 Sdělení výhrad.

¹²⁰ Viz č. l. 2321-2324 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

¹²¹ Viz č. l. 2325-2326 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

¹²² Viz č. l. 2350-2354 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

¹²³ Viz č. l. 2744-2746 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S0138/2017/TS.

¹²⁴ Znění ustanovení je: „*Namísto rozhodnutí podle odstavce 1 Úřad rozhodne o zastavení řízení za podmínky, že účastník řízení Úřadu navrhl závazky, jejichž splněním se odstraní závadný stav, a že zneužití významné tržní síly nebylo Úřadem kvalifikováno jako závažné. V takovém rozhodnutí může Úřad rovněž stanovit podmínky a povinnosti nutné k zajištění splnění těchto závazků. Jestliže Úřad neshledá navržené závazky dostatečnými, důvody písemně sdělí účastníkovi řízení a pokračuje v řízení.*“

významné tržní síly nebylo Úřadem kvalifikováno jako závažné.¹²⁵ Lhůta pro navrzení závazků je pak v souladu s § 6 odst. 3 ZVTS stanovena na 15 dnů ode dne doručení Sdělení výhrad.

252. Z předmětného správního řízení je patrné, že účastník řízení závazky navrhnul v zákonné lhůtě. Dále je evidentní, že prvostupňový orgán se obsahově navrženými závazky nezabýval, neboť konzistentně zastával názor, který proklamoval již ve Sdělení výhrad, že jednání účastníka řízení z hlediska závažnosti považuje za velmi závažné, tudíž nelze naplnit zákonné podmínky pro akceptování navržených závazků. K postupu prvostupňového orgánu z procesního hlediska v tomto ohledu nemám žádné výhrady, a to z níže uvedených důvodů.
253. Ačkoliv se postup prvostupňového orgánu, kterým účastníka řízení již ve Sdělení výhrad informoval o tom, že návrh závazků není žádoucí, může jevit jako nestandardní, nedošlo jím k žádnému zásahu do procesních práv účastníka řízení, neboť závazky i přes toto konstatování Úřadu dále navrhnul. Tímto prohlášením naopak Úřad účastníkovi řízení odkryl část své strategie, když již v této fázi správního řízení uvedl, že jednání účastníka řízení považuje za velmi závažné. V souladu se zásadou předvídatelnosti postupu správního orgánu posléze na návrh závazků účastníka řízení nepřistoupil. Účastník řízení tak již v souvislosti s tímto tvrzením mohl dále zacílit případně adaptovat svou další obhajobu.
254. Namítá-li účastník dále, že prvostupňový orgán se závazky vůbec nezabýval věcně a odmítl je na základě tvrzení o údajně vysoké závažnosti, ani s touto námitkou nelze souhlasit. Bylo by totiž v rozporu se zásadou procesní ekonomie zkoumat naplnění dalších zákonných podmínek, tedy, zda jsou navržené závazky dostatečné pro odstranění závadného stavu, když Úřad jednoznačně dospěl k závěru, že podmínka závažnosti jednání pro akceptaci závazků naplněna nebyla.
255. V čem však naopak prvostupňový orgán zásadně pochybil, byla otázka vyhodnocení závažnosti vytýkaného jednání účastníka řízení (viz níže). Tento nesprávný předpoklad se posléze promítl jak do přístupu Úřadu k navrženým závazkům, tak do výsledné sankce, o čemž bude pojednáno dále.
256. Rozpor se současnou rozhodovací praxí Úřadu v případech Hruška a COOP, ve kterých Úřad akceptoval navržené závazky, přitom účastník řízení opakovaně namítal hned v několika částech svého vyjádření ke Sdělení výhrad a rovněž v rozkladu, a to zejména v části týkající se uložené pokuty. K namítané závažnosti deliktů a jejich vzájemném porovnání, kdy v případech Hruška a COOP byly delikty vyhodnoceny jako méně závažné, se však Úřad pouze krátce vyjádřil ve smyslu skutkové odlišnosti případů a rozdíly v rozhodování tak označil za důvodné (viz body 229-230 napadeného rozhodnutí).
257. S danou argumentací prvostupňového orgánu se však nemohu ztotožnit. Lze totiž v tomto ohledu souhlasit s účastníkem řízení, že se Úřad zcela nevypořádal se svou předešlou rozhodovací praxí v souvislosti s otázkou přijetí, resp. nepřijetí závazků. V důsledku postupu v rozporu s předchozí rozhodovací praxí tak Úřad porušil zásadu rovnosti a zákazu diskriminace, když dostatečným způsobem neodůvodnil, proč právě v případě účastníka řízení ve srovnání s předchozí rozhodovací praxí vyhodnotil jednání jako velmi závažné. Úřad tedy postupoval diskriminačně a toto pochybení je třeba v navazujícím správním řízení napravit.

¹²⁵ Srov. blíže Kindl, J., Koudelka, M. Zákon o významné tržní síle. 1. Vyd. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 119-120.

258. Dále je nutné vzít v potaz nedávnou rozhodovací praxi Úřadu, kdy Úřad v červenci 2018 vydal pro tuto věc zásadní rozhodnutí, a to rozhodnutí Kaufland 2018¹²⁶. V tomto rozhodnutí, které se týkalo téhož systému Markant a prakticky totožných skutkových podstat deliktů, vyhodnotil Úřad jednání společnosti Kaufland jako středně závažné, přičemž navržené závazky akceptoval.¹²⁷
259. V souladu s výše uvedenými zásadami je v navazujícím správním řízení prvostupňový orgán povinen znovu vyhodnotit závažnost daného jednání (blíže viz body 274 až 281 tohoto rozhodnutí), a to především v souvislosti s doplněním dokazování a možným překvalifikováním deliktů, tak jak je popsáno výše. V závislosti na novém dokazování je poté prvostupňový orgán povinen navržené závazky účastníka řízení řádně posoudit a svůj postup náležitě odůvodnit.

Neiniciování procedury narovnání

260. Účastník řízení dále Úřadu vytýká, že odmítl možnost narovnání jako řešení celého případu a porušil zásadu rovného zacházení a zásadu hospodárného postupu v řízení podle § 6 odst. 2 správního řádu. Rovněž měl Úřad zcela ignorovat pravidla pro postup narovnání, která si sám stanovil v dokumentu nazvaném Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 8. listopadu 2013 o proceduře směřující k urychlení průběhu správního řízení využitím institutu žádosti o snížení pokuty dle § 22ba odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže (dále též „**Oznámení o narovnání**“).
261. K této námitce jsem se již stručně vyjádřil v části aplikace právních předpisů (srov. bod 101 a 102 tohoto rozhodnutí), a to v souvislosti s vyhodnocením možné pozdější právní úpravy, konkrétně novely ZVTS provedené zákonem č. 104/2017 Sb.
262. V první řadě uvádím, že je pravdou, že Úřad institut narovnání ve své praxi aplikoval i před jeho výslovným zakotvením do ZOHS novelou č. 360/2012 Sb. Postupoval přitom (a v současné době stále postupuje) podle výše uvedeného Oznámení o narovnání. Zde je však potřeba argumentaci účastníka dále usměrnit v tom ohledu, že toto soft law Úřadu je primárně zaměřeno na oblast ochrany hospodářské soutěže a jeho aplikace na oblast významné tržní síly proto není zcela automatická, tak jak se účastník řízení mylně domnívá. Účastník řízení si rovněž tuto proceduru nemůže nárokovat, čehož se částečně domáhá, neboť její iniciování je zcela na uvážení Úřadu.
263. Prvostupňový orgán se k institutu narovnání stručně vyjádřil v bodě 245 napadeného rozhodnutí, kde popsal důvody, pro které nebylo možno narovnání využít. S danou argumentací souhlasím až na jednu výhradu týkající se aplikace právních předpisů, neboť v případě, že by účastník řízení naplnil podmínky stanovené zákonem (tedy zejména se ke spáchání deliktu přiznal), bylo by třeba postupovat v souladu se zásadou příznivější právní úpravy podle § 8 odst. 6 ZVTS, ve znění zákona č. 104/2017 Sb., ve kterém je procedura narovnání explicitně popsána (viz výše).

¹²⁶ Srov. rozhodnutí Úřadu č.j. ÚOHS-S0139/2017/TS-18931/2018/461/DDa ze dne 31. 7. 2018, ve věci *Kaufland*, Dostupné na: <http://www.uohs.cz/cs/vyznamna-trzni-sila/sbirky-rozhodnuti/detail-15612.html>.

¹²⁷ Srov. blíže část VI. Materiální stránka správních deliktů a část VII. Návrh závazků účastníka řízení a jejich posouzení rozhodnutí Kaufland 2018.

264. V dalším se s prvostupňovým orgánem zcela ztotožňuji. Účastník řízení po celou dobu správního řízení zcela konzistentně popíral, že by vytýkané jednání spáchal. Uvádí-li nyní, že je irelevantní, zda spáchání deliktu popíral před vydáním Sdělení výhrad, neboť v dané době neměl možnost seznámit se s jeho právním hodnocením, za situace, kdy i v podaném rozkladu účastník řízení vše popírá, se tato námitka jeví jako zcela absurdní a účelová.
265. Uplatnění této procedury proto nebylo na místě, neboť nebyla splněna základní podmínka, kterou je, že se účastník řízení k vytýkanému jednání musí přiznat. Napadá-li dále účastník řízení závěry o vysoké závažnosti deliktu, tato námitka je proto již dále irelevantní, neboť obě podmínky musí být splněny kumulativně. Nicméně v případě nového zhodnocení materiální stránky deliktu, resp. závažnosti vytýkaného jednání, bude v navazujícím správním řízení opět na prvostupňovém orgánu, aby zvážil, zdali je využití tohoto institutu, při kumulativním splnění zákonných podmínek a podle povahy a závažnosti deliktního jednání, na místě či nikoliv.

e) Uložená sankce

266. Vzhledem k tomu, že prvostupňový orgán bude muset doplnit dokazování, řádně zjistit skutkový stav a následně znovu posoudit, zda se účastník řízení skutečně dopustil vytýkaných deliktů či nikoli, je detailní vypořádání námitek účastníka řízení směřujících do výroku o uložení sankci nyní předčasné. I přesto jsem však provedl přezkum uložení pokuty v napadeném rozhodnutí a maje k ní jisté výhrady, považuji za vhodné na tomto místě uvést, zdali byla uložena pokuta zákonná a přiměřená a rovněž nastínit východiska, kterými by se měl prvostupňový orgán řídit v navazujícím správním řízení.
267. Pro shrnutí byla účastníkovi řízení výrokem III. napadeného rozhodnutí za správní delikty uložena pokuta ve výši 183.187.559 Kč, a to na základě § 8 odst. 3 ZVTS, podle kterého se za správní delikt podle odst. 1 téhož ustanovení¹²⁸ uloží pokuta do výše 10.000.000,- Kč nebo do 10 % z čistého obrátu dosaženého odběratelem za poslední ukončené účetní období. Při určení výše pokuty Úřad následně postupoval podle ustanovení § 9 odst. 2 ZVTS, uplatnil správní uvážení a rovněž se řídil pravidly obsaženými v tzv. Zásadách postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut (dále též „**Zásady pro stanovování pokut**“)¹²⁹. Prvostupňový orgán pak v napadeném rozhodnutí detailně popsal postup, jak k výsledné částce pokuty dospěl (srov. body 173-207 napadeného rozhodnutí).
268. V dané věci dále tak Úřad zohlednil skutečnost, že se jedná o jednočinný souběh dvou správních deliktů (podle § 8 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 4 odst. 2 písm. b) ZVTS a podle § 8 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 4 odst. 2 písm. e) ZVTS). Přihlédl rovněž k zásadě absorpce, podle níž se za více deliktů téhož účastníka řízení projednaných ve společném řízení uloží sankce podle ustanovení vztahující se na delikt nejpřísněji trestný. Oba správní delikty přitom vyhodnotil jako stejně závažné, přičemž po zvážení typové i individuální závažnosti dané jednání vyhodnotil jako velmi závažné. Neopomněl dále vzít v potaz délku trvání deliktního

¹²⁸ § 8 odst. 1 písm. a) ZVTS stanoví: „Odběratel, který má významnou tržní sílu, se dopustí správního deliktu tím, že v rozporu s § 4 zneužije svoji významnou tržní sílu.“

¹²⁹ Viz 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 publikované v dubnu 2007, dostupné na: http://www.uohs.cz/download/Legislativa/HS/SoftLaw/zasady_stanovovani_pokut.pdf.

jednání, které mělo činit 15 měsíců a taktéž přihlídnout k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.

269. Pokud jde o konkrétní výpočet pokuty, základní částka pokuty byla stanovena ve výši (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) hodnoty prodejů účastníka řízení na relevantním trhu za poslední ukončené účetní období. Úřad přitom vycházel zejména z bodu 18 a 29 Zásad pro stanovování pokut. S ohledem na existenci jedné přitěžující a jedné polehčující okolnosti Úřad základní částku pokuty již dále neupravoval. Výsledná pokuta byla tedy následně uložena ve výši 183 187 559 Kč.

Aplikace Zásad pro stanovování pokut

270. Z výše uvedeného vyplývá, že prvostupňový orgán při vyměření sankce přiměřeně vycházel i z pravidel obsažených v Zásadách pro stanovování pokut. Uvedl přitom, že tyto Zásady používá i v agendě významné tržní síly z důvodu jednotného postupu Úřadu a zachování základních zásad správního řízení obsažených v ust. § 2 odst. 4 a § 7 odst. 1 správního řádu, tedy obecně z důvodu zachování zásady legitimního očekávání a zásady rovnosti. Rovněž prvostupňový orgán konstatoval, že Úřad užívá tyto Zásady v agendě tržní síly od nabytí účinnosti ZVTS (tedy roku 2010) a lze tedy dovodit legitimní očekávání dotčených subjektů, že podle Zásad bude postupováno i nadále.
271. Ačkoliv musím dát prvostupňovému orgánu za pravdu v tom, že Úřad tyto Zásady v agendě zneužití významné tržní síly v minulosti skutečnosti aplikoval¹³⁰, není nutné na jejich použití v oblasti významné tržní síly striktně trvat, a to zvláště po novelizaci ZVTS provedené novelou č. 50/2016 Sb. Tyto Zásady byly totiž primárně vytvořeny a vydány za účelem kalkulace pokut v oblasti deliktů podle ZOHS, což je ostatně patrné i z jejich názvu, a to s ohledem na všechna specifika, kterými se ochrana hospodářské soutěže vyznačuje. ZVTS naopak obsahuje zvláštní úpravu (a to zcela oddělenou od ZOHS) týkající se správních deliktů v režimu ZVTS a jejich trestání¹³¹ a při určení pokuty ve věcech zneužití významné tržní síly by tak Úřad měl postupovat pouze podle ZVTS.
272. Dále však nelze souhlasit s prvostupňovým orgánem, že existovalo legitimní očekávání, že bude Úřad podle Zásad pro stanovování pokut postupovat i v předmětném správním řízení. V první řadě zásada legitimního očekávání vtělena do § 2 odst. 4 správního řádu vychází z předpokladu, že rozhodl-li správní orgán určitou věc za určitých podmínek určitým způsobem, měl by všechny další obdobné případy rozhodovat způsobem stejným nebo obdobným, tedy předvídatelně. Úřad však doposud, resp. v době vydání napadeného rozhodnutí, v oblasti významné tržní síly nerozhodoval o skutkově obdobném případě. Nebyla tak naplněna nezbytná podmínka pro aplikaci zásady legitimního očekávání, kterou je existence správní praxe. Podle Nejvyššího správního soudu je totiž správní praxe zakládající legitimní očekávání „ustálená, jednotná a dlouhodobá činnost (příp. i nečinnost) orgánů veřejné správy, která opakovaně potvrzuje určitý výklad a použití právních předpisů.“¹³² V době vydání napadeného rozhodnutí, stejně tak jako nyní, však žádná taková ustálená

¹³⁰ Srov. blíže prvostupňové rozhodnutí Kaufland 2013, body 277-278.

¹³¹ Srov. § 9 ZVTS. Ačkoli je toto ustanovení velmi podobné § 22b ZOHS, ve znění zákona 293/2016 Sb., to ještě neznamená, že by se v případech určení sankce pro správní delikty podle ZVTS postupovalo podle ZOHS.

¹³² Srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č.j. 6 Ads 88/2006-132.

správní praxe v oblasti významné tržní síly neexistovala. Lze tedy shrnout, že nepoužitím těchto Zásad by nedošlo ani v navazujícím správním řízení k zásahu do zásady legitimního očekávání.

273. Vzhledem k tomu, že tyto Zásady nejsou na oblast tržní síly přiléhavé, může jejich aplikace přinášet naopak další problémy. Jako problematický se např. může zdát bod 18 Zásad, ze kterého přitom Úřad vycházel při stanovení základní částky pokuty, který stanoví: *„Stanovení základní částky pokuty se uskutečňuje jednotlivě pro každého soutěžitele zúčastněného na protisoutěžním jednání, jemuž je pokuta ukládána. Základní částka pokuty reflektuje obrat dosažený konkrétním soutěžitelem z prodeje zboží či služeb, jichž se narušení soutěže přímo nebo nepřímo týká, a to na vymezeném relevantním trhu (dále též „hodnota prodeju“), typovou závažnost protisoutěžního jednání a délku protisoutěžního jednání.“* Odběratelé, kteří jsou regulováni podle ZVTS však mají specifické postavení, a právě z toho důvodu zákonodárce zvolil samostatnou úpravu oblasti významné tržní síly. Liší se rovněž trh, kdy v režimu ZOHS se soutěžitelé střetávají na relevantním trhu, který může být značně omezen, v případě ZVTS se však jedná o trh potravin na území celé České republiky, tak jak bylo popsáno výše. Vezmeme-li tak v potaz zejména relativně vysoké obraty těchto odběratelů na trhu celé České republiky, nabízí se nutně otázka, zda pokuta uložená na základě bodu 18 Zásad a kritérií zde uvedených odběratelů v režimu ZVTS může naplnit hledisko proporcionality a nemůže být dokonce excesivní. Z těchto důvodů se tedy domnívám, že prvostupňový orgán by se měl do budoucna aplikaci těchto Zásad spíše vyvarovat¹³³, případně by bylo vhodné pro oblast významné tržní síly vytvořit Zásady sui generis, které by zcela odpovídaly všem specifickým rysům této oblasti.

Závažnost vytýkaného jednání

274. Další zásadní výhradu mám k vyhodnocení závažnosti vytýkaného jednání prvostupňovým orgánem. Jak již bylo naznačeno na několika místech tohoto rozhodnutí, Úřad nejenže nedostatečně prokázal spáchání deliktů (srov. zejm. část Vady v dokazování), ale rovněž ignoroval předchozí rozhodovací praxi Úřadu.
275. Posouzením závažnosti deliktního jednání se prvostupňový orgán zabýval hned na několika místech napadeného rozhodnutí, přičemž nejvíce se otázce závažnosti věnoval právě v části týkající se stanovení sankce, neboť míra závažnosti jednání je jedním ze základních kritérií určení pokuty. K závažnosti jednání se však prvostupňový orgán vyjádřil již v části týkající se posouzení materiální stránky správního deliktu, když v bodě 170 napadeného rozhodnutí uvedl: *„Nadto, Úřad vyhodnotil jednání účastníka řízení jako vysoce závažné, neboť v případě nekalé obchodní praktiky účastníka řízení došlo k neobyčejně významnému zásahu do veřejného zájmu na férovém obchodním partnerství odběratele a dodavatele v rámci potravinového distribučního řetězce, kdy systém Markant u devíti dotčených dodavatelů sloužil jako exploatační nástroj pro snížení požadované částky na každé faktuře dodavatele, přičemž o tuto redukovanou částku se účastník řízení dělil se společností Markant.“*

¹³³ Obdobně rovněž platí pro novou metodiku pro ukládání pokut v rámci ZOHS, kterou Úřad vydal v dubnu roku 2018. Dostupná na: <http://www.uohs.cz/cs/legislativa/hospodarska-soutez/ceska-republika.html>.

276. V části týkající se stanovení základní částky pokuty (srov. body 179-192 napadeného rozhodnutí) pak Úřad hodnotil jak typovou, tak individuální závažnost deliktního jednání. Pokud jde o typovou závažnost obou správních deliktů, Úřad konstatoval, že zákon nerozlišuje, která z vymezených nekalých obchodních praktik je závažnější a ani správní praxe se v tomto ohledu nevyvinula. Dospěl přitom dále k závěru, že na pomyslném žebříčku závažnosti vytýkané jednání účastníka řízení považuje za závažnější než např. delikty spočívající v nesjednání povinné náležitosti smlouvy ve smyslu § 3a písm. a) až e) ZVTS či nesjednání smlouvy v písemné podobě.
277. Z dalšího již není zcela jasné, zda Úřad popisuje individuální či typovou závažnost, nicméně v bodě 184 napadeného rozhodnutí dále konstatuje, že *„účastník řízení vůči svým dodavatelům zcela zřejmě a vědomě zneužíval svou silnější vyjednávací pozici a dále ze své pozice významného distribučního kanálu nařizoval dodavatelům účast v systému Markant a hrazením smluvních podmínek v rámci tohoto systému podmiňoval jejich možnost dodávat do svých provozoven.“* Jako podstatný atribut hodnocení závažnosti dále Úřad uvádí skutečnost, že všichni dotčení dodavatele byli v důsledku silnější vyjednávací pozice účastníka řízení fakticky donuceni se systému Markant účastnit.
278. Pro stanovení závažnosti pak dále Úřad vzal v potaz skutečnost, že jednání účastníka řízení bylo skutečně realizováno a způsobilo konkrétní následek v podobě ochuzení dodavatelů, přičemž toto ochuzení následně prvostupňový orgán vyčíslil. Další rozhodnou skutečností pro vyhodnocení závažnosti byla posléze doba, po kterou byla daná praktika uplatňována, která činila 15 měsíců a konečně Úřad měl vzít v úvahu i rozsah jednání, tj. skutečnost, že se jednání týká pouze devíti dotčených dodavatelů. Tyto atributy tak považují za stěžejní okolnosti pro vyhodnocení individuální závažnosti vytýkaného jednání.
279. K hodnocení závažnosti je třeba nejprve uvést, že se jedná o jedno z hlavních kritérií, na základě kterých je určena pokuta, tak aby naplňovala svou represivní i preventivní funkci. Podle § 9 odst. 2 ZVTS se při určení výměry pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke **způsobu jeho spáchání a jeho následkům** a k **okolnostem, za nichž byl spáchán**. S prvostupňovým orgánem lze souhlasit v tom ohledu, že pokud jde o hodnocení typové závažnosti deliktů, zvláštní skutkové podstaty demonstrativně vymezené v § 4 odst. 2 ZTVS budou obecně vykazovat vyšší stupeň společenské škodlivosti (a to zejména díky jejich možnému následku) než porušení formálních náležitostí smlouvy ve smyslu § 3a ZVTS. Rovněž zákon v tomto ohledu nedává Úřadu žádná vodítka, na základě kterých by Úřad mohl vytvořit pomyslný žebříček závažnosti zde uvedených nekalých praktik od nejméně závažných až po ty nejvíce závažné. Tvrdí-li však prvostupňový orgán, že se doposud nevyvinula žádná správní praxe, je třeba provést lehkou korekci tohoto výroku. V případě COOP, na který poukazuje i účastník řízení, se totiž Úřad zabýval stejnou skutkovou podstatou jako v předmětném správním řízení, tedy porušení § 4 odst. 2 písm. b) ZVTS.¹³⁴ Pro hodnocení typové závažnosti má však mnohem zásadnější význam nedávné rozhodnutí Kaufland 2018, ve kterém se Úřad zabýval de facto totožnou praktikou jako v posuzovaném případě, přičemž dospěl k závěru, že by bylo možno dané jednání typově označit za nejzávažnější porušení ZVTS. Individuální okolnosti věci, které byly obdobné jako v nynějším případě, však výsledné hodnocení míry závažnosti snížily, přičemž po zvážení všech okolností

¹³⁴ Srov. zejména body 81 až 96 rozhodnutí ve věci COOP.

bylo jednání vyhodnoceno jako středně závažné.¹³⁵ V navazujícím správním řízení by proto prvostupňový orgán v duchu zásady zákazu diskriminace a rovnosti v rozhodování měl vzít v úvahu rozhodovací praxi v obdobných případech, v zásadě však k hodnocení typové záležitosti deliktů nemám větší výhrady.

280. Zásadně se však s prvostupňovým orgánem neshoduji v otázce vyhodnocení individuální závažnosti deliktů, kdy Úřad dostatečně neposoudil jednotlivé okolnosti věci, které míru závažnosti podle mého názoru do značné míry snižují. Především se tak jedná o **celkový počet poškozených dodavatelů**, resp. rozsah vytýkaného jednání. Dle zjištění Úřadu bylo totiž do systému Markant zapojeno (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ..) dodavatelů, přičemž konkrétních dotčených dodavatelů v předmětném správním řízení bylo pouze (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...). Těchto (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) dodavatelů tak tvoří méně než (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) veškerých dodavatelů zapojených do systému Markant. Rovněž **doba**, po kterou měla být daná praktika uplatňována, do jisté míry snižuje závažnost daného jednání, neboť se jednalo o dobu mírně přesahující 1 rok. Pokud se jedná o zjištěné následky v podobě faktického ochuzení dotčených dodavatelů, i k těmto je třeba v navazujícím správním řízení přihlídnout.
281. Na základě výše uvedeného lze tedy s účastníkem řízení souhlasit v tom ohledu, že celková vysoká závažnost deliktního jednání nebyla Úřadem vyhodnocena správně a v následujícím řízení by měl zejména v souladu s dodržáním zásady zákazu diskriminace a rovnosti při rozhodování respektovat předchozí rozhodovací praxi Úřadu, zejména pak rozhodnutí ve věci Kaufland 2018.

Přiměřenost uložené pokuty

282. Podle § 8 odst. 3 ZVTS se za správní delikty podle § 8 odst. 1 ZVTS (tj. hmotněprávní delikty, kam spadají i delikty účastníka řízení) uloží pokuta do 10 000 000 Kč nebo 10 % z čistého obratu dosaženého odběratelem za poslední ukončené účetní období. Zákon tedy stanoví pouze horní hranici pokuty, přičemž žádná další vodítka pro uložení sankce Úřadu nedává, tudíž dále záleží na jeho správním uvážení.
283. Z napadeného rozhodnutí je taktéž zřejmé, že se prvostupňový orgán vedle zákona při určení výše pokuty řídil Zásadami pro stanovování pokut, neboť tyto již obsahují konkrétnější pravidla a metodiku. Jak však bylo řečeno výše, Zásady pro stanovování pokut nejsou pro stanovení sankcí v oblasti významné tržní síly zcela vhodné, což lze ostatně dobře doložit i na výsledné výši pokuty, která vzbuzuje silné pochybnosti o její proporcionalitě. Pro ilustraci postačí, když porovnáme výši výsledné pokuty (183 187 559 Kč) a následku, resp. újmy, která měla být způsobena dotčeným dodavatelům (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...)¹³⁶. Výsledná pokuta tak představovala více než (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) násobek vzniklé újmy, resp. možného následku deliktního jednání.
284. Úřad je tak dále v navazujícím správním řízení povinen přihlídnout zejména k principu přiměřenosti, který společně s principem nezbytnosti patří mezi základní zásady činnosti

¹³⁵ Srov. zejména body 152 až 162 rozhodnutí Kaufland 2018.

¹³⁶ Tato částka byla odhadnuta jako souhrn plateb dotčených dodavatelů za kondice MVR, BVG, MKV v období trvání deliktu. Blíže srov. body 186-187 napadeného rozhodnutí.

správních orgánů.¹³⁷ Ačkoliv se tak ukládání pokut děje ve sféře volného správního uvážení (diskrečního práva správního orgánu), tedy zákonem dovolené volnosti správního orgánu rozhodnout ve vymezených hranicích, tato diskrece není bezbřehá a existují další limity, které je třeba respektovat. Uložená pokuta by tak v souladu se základními principy správního trestání neměla být excesivní, nepřiměřeně tvrdá a její výše by měla zcela odpovídat rozsahu a povaze vytýkaného jednání. Za situace, kdy by Úřad tyto principy porušil, dopustil by se zneužití diskreční pravomoci, což by ve výsledku znamenalo, že takto uložená pokuta nemůže v rámci dalšího přezkumu obstát.

285. Uložená pokuta by rovněž neměla představovat exemplární trest. Z judikatury vyplývá, že exemplárním trestem je takový trest, který je nepřiměřeně zostřený a prvoplánově odstrašující, přestože je uložený v mezích zákonné sazby. Uložení takového trestu tak může představovat porušení základních práv, neboť se jeho konkrétní přísnost neodůvodňuje hledisky individuální prevence, ale potřebou odstrašit veřejnost přehnaně přísným trestem.¹³⁸ Je tak třeba vždy mít na mysli, co je smyslem a účelem trestu. Ústavní soud v tomto ohledu judikoval (cit.): *„Trest ukládaný pachateli v sobě spojuje jak moment trestní represe a prevence ve vztahu k němu samotnému (individuální represe a individuální prevence), tak i moment výchovného působení na ostatní členy společnosti (generální prevence). Prevenci i represi je třeba chápat v každém individuálním případě vyváženě, neboť jenom potom individuální prevence působí jako prostředek prevence generální. Jde totiž o to, že generální prevence, která vychází z prevence individuální, má zajistit ochranný efekt ve vztahu k ostatním potenciálním pachatelům - platná právní úprava tak výslovně zdůrazňuje závislost generální prevence na prevenci individuální -, a dále že individuální prevence je chápána jako nástroj generální prevence. Uvedený poměr individuální a generální prevence nelze obracet. Pokud by se tak stalo, byla by narušena jednota, resp. vyváženost prevence a represe a generální prevence, opřená především o odstrašení přísnou represí, by se stala prostředkem prevence individuální.“*¹³⁹ Povýšení momentu trestní represe by tak v tomto ohledu představovalo právě exemplární trestání. Ukládání exemplárních trestů ve smyslu disproportionálního zostření trestní represe je proto vyloučeno, a to i v rámci zákonných sazeb pro uložení trestu.¹⁴⁰

286. Uložená pokuta by rovněž neměla být pro účastníka řízení likvidační. Tento princip přitom nevyplývá explicitně ze zákonné úpravy, nýbrž z ústavních principů, jak plyne z nálezu Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 3/02 ze dne 13. 8. 2002.¹⁴¹ Ústavní soud zde dospěl k závěru, že uložení pokuty v likvidační výši je „nejtvrdším“ zásahem do majetkových poměrů, které může vést k porušení článku 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, například tehdy,

¹³⁷ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 8. 2007, č. j. 4 As 71/2006-83.

¹³⁸ Srov. blíže rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 23. 4. 1998, sp. zn. IV. ÚS 463/97.

¹³⁹ Tamtéž.

¹⁴⁰ Srov. blíže nálezu Ústavního soudu ze dne 11. 6. 2014, sp. zn. I. ÚS 4503/12.

¹⁴¹ „Základným kritériem, ze kterého je třeba dle názoru Ústavního soudu vycházet, je tzv. kritérium podstaty, dle kterého platí, že ne každé odnětí majetku na základě pokut, příp. poplatků a daní, zakládá zásah do vlastnických práv, nýbrž jen takové, jež majetkové vztahy dotčeného subjektu zásadně mění, tj. tak, že mění jeho celkovou majetkovou pozici "zmařením" samé podstaty majetku. Konkrétně v případě pokut stanovených právními a fyzickými osobám podnikajícím podle zvláštních předpisů je třeba vycházet z toho, že je vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla "zničena" majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Jinými slovy řečeno, nepřipustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter.“

pokud pokuta natolik přesáhne možné výnosy, že podnikatelská činnost daného subjektu se stane „bezúčelnou“ – bude v delším období plně směřovat pouze k uhrazení uložené pokuty.

287. Výše uvedená východiska je tedy třeba v novém rozhodnutí reflektovat.

V. Závěr

288. Na základě výše uvedených skutečností shrnuji své závěry. V první řadě dospěl druhostupňový orgán k závěru, že není možné, aby Úřad vymezoval relevantní trh, pokud mu takový postup zákon neukládá, neboť ZVTS sám trh stanovuje v § 1 odst. 1 písm. a) ZVTS. Navíc ZVTS primárně nesleduje na rozdíl od ZOHS ochranu hospodářské soutěže, kde je vymezení relevantního trhu třeba mimo jiné i pro zjištění, mezi jakými potenciálními soutěžiteli a jejich výrobky nebo službami probíhá hospodářská soutěž. Druhostupňový orgán dále konstatuje, že ačkoli prvostupňový orgán postupoval ve vymezení trhu ne zcela správným způsobem analogicky se zákonem o ochraně hospodářské soutěže a vymezil tak „relevantní“ trh, čímž zjevně v účastníkovi vytvořil mylný dojem, že je třeba vymezit relevantní trh dle stejných kritérií jako v případě působnosti zákona o ochraně hospodářské soutěže, dospěl materiálně svým vymezením ke shodnému závěru jako druhostupňový orgán, tedy k vymezení, jaké obsahuje ustanovení § 1 odst. 1 zákona o významné tržní síle.

289. S ohledem na dikci zákona druhostupňový orgán shledává, že je Úřad v rámci vyhodnocení významné tržní síly odběratele v první fázi povinen vyhodnotit pouze obrátové kritérium odběratele dle § 3 odst. 4 ZVTS. Až v případě, že odběratel namítá neexistenci své významné tržní síly vůči konkrétním dodavatelům, tedy až když zákonem presumovanou skutečnost vyvrací a svá tvrzení dokládá relevantními důkazy, je Úřad povinen zkoumat náležitosti významné tržní síly dle § 3 odst. 2 ZVTS odběratele. Dle názoru druhostupňového orgánu je tak třeba se odpoutat od do jisté míry zastaralých a zavádějících pojmů „absolutní“ a „relativní“ koncept významné tržní síly a přesunout se k nezatíženému přístupu, jaký by měl Úřad v budoucnu aplikovat. Druhostupňový orgán dále zjistil, že Úřad posoudil kritéria dle § 3 odst. 2 ZVTS, tedy strukturu trhu a finanční sílu odběratele správně, stejně jako překážky vstupu na trh, avšak u nich by se měl Úřad do budoucna vypořádat i s otázkou překážek vstupu na trh u online prodejců potravin.

290. Při přezkumu prokázání vytýkaného jednání odhalil druhostupňový orgán několik pochybení, kterých se Úřad v napadeném rozhodnutí dopustil. V první řadě řádně nevymezil rozhodné období, když určil k ohraničení dvě data, která v odůvodnění napadeného rozhodnutí nijak nevysvětlil, stejně tak jakým způsobem došel k závěru, že se v případě účastníka řízení jedná o trvalý správní delikt.

291. Dále se druhostupňovému orgánu zdá nedostatečným způsob vypořádání se s důkazním materiálem v podobě odpovědí dotázaných dodavatelů ze strany Úřadu a považuje proto za nezbytné, aby Úřad v tomto bodě své dokazování doplnil a zabýval se odpověďmi všech dotázaných dodavatelů, nikoli pouze dotčených dodavatelů. Druhostupňový orgán dále dospěl k závěru, že v případě nakládání a posuzování důkazů ve věci dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...) porušil Úřad zásadu materiální pravdy, neboť ačkoli nemohl na základě dvou protichůdných odpovědí zjistit skutečný stav věcí nade vši pochybnost, prisoudil účastníkovi řízení za tento nesoulad odpovědnost a v konečném důsledku mu za tuto pochybnost přitížil při výpočtu pokuty a ilustroval tak nepochybný vliv účastníka řízení na své

dodavatele. Je tedy povinností Úřadu v této části doplnit svou argumentaci hodnověrnějším vysvětlením, či doplnit dokazování, tedy v souladu s § 3 správního řádu zjistit skutečný stav věci, o kterém nejsou důvodné pochybnosti. Podobně se Úřad prohřešil proti zásadě materiální pravdy ve věci dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...), když bez toho, aby se doptal dodavatele (...OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ...), jakým subjektem mu bylo vypovězení odmítnuto, přisoudil dané jednání účastníku řízení a o tuto skutečnost opřel svou argumentaci ohledně přímého úmyslu účastníka v případě správních deliktů dle výroku I a II napadeného rozhodnutí. I v tomto případě je tedy nutné, aby prvostupňový orgán skutkové okolnosti znovu prověřil a dokazování v tomto ohledu doplnil. Ke zbylým námitkám účastníka řízení v otázce prokázání vytýkaného jednání se druhostupňový orgán již vyjádřil jen velmi stručně, neboť s ohledem na to, že bude Úřad v navazujícím správním řízení, vázán právním názorem druhostupňového orgánu, zřejmě doplňovat dokazování, vymezovat rozhodné období případně přehodnocovat kvalifikaci správních deliktů, bylo by nadbytečné se k nim nyní vyjadřovat.

292. Pokud se jedná o procesní postup Úřadu, i zde druhostupňový orgán odhalil několik zásadních pochybení, která měla vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Zejména šlo o oblast vedení správního spisu, kdy prvostupňový orgán účastníkovi řízení nezákonně odepřel přístup do celého obsahu spisového materiálu, tedy včetně přístupu do spisu předběžného šetření, čímž došlo k narušení jeho základního procesního práva - práva na obhajobu. V navazujícím správním řízení je tak třeba, aby prvostupňový orgán toto pochybení napravil. Stejně tak bude muset Úřad z pohledu řádného procesního postupu a vzhledem k doplnění dokazování, opětovně zvážit navrhované důkazy účastníka řízení, a zda je potřebné provést ústní jednání. V souvislosti s novým vyhodnocením závažnosti deliktů a jejich možnou odlišnou kvalifikací bude dále prvostupňový orgán povinen opětovně zvážit navrhované závazky účastníka, a to zcela v souladu se zásadou legitimního očekávání a s ohledem na svou předešlou rozhodovací praxi. V případě, že se bude chtít od této praxe odchýlit, je třeba takovéto vybočení řádně odůvodnit.
293. I v případě uložené sankce druhostupňový orgán shledal několik pochybení Úřadu, které je potřeba v navazujícím správním řízení zhojit. Pokud bude účastníkovi řízení ukládat pokutu, bude třeba, aby prvostupňový orgán opět vyhodnotil závažnost deliktního jednání, a to v souladu se zásadou rovnosti a legitimního očekávání při respektování předchozí rozhodovací praxe Úřadu v oblasti významné tržní síly. V neposlední řadě musí prvostupňový orgán pamatovat na základní zásady správního trestání a uložit pokutu, která naplňuje princip proporcionality a není pro účastníka řízení likvidační.
294. Vzhledem k výše uvedenému mi tedy nezbylo než napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit prvostupňovému orgánu k dalšímu řízení.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 183/2017 Sb., ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Vážený pan
JUDr. Robert Neruda, Ph.D., advokát
Havel & Partners s.r.o.
Na Florenci 2116/15
110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy