31 Ca 41/2003-265

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
Joštova 8, Brno
Došlo: 17 -07- 2006
12624/06/300
Číslo: 2503/06 Vyřizuje: JUDr. Demuth
Přílohy: –

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Tesáka, PhD. a soudců JUDr. Jaroslavy Skoumalové a Mgr. Bc. Radovana Havelce v právní věci žalobců a) společnosti **BILLA, spol. s.r.o.** se sídlem Modletice 67, Říčany u Prahy, právně zastoupené JUDr. Robertem Čepkem, LL.M.,Dr. advokátem v Praze 1, Politických vězňů 14/915, b) společnosti **Omega Retail, a.s.**, se sídlem Praha 8, u Libeňského pivovaru 63, jako právního nástupce společnosti JULIUS MEINL, a.s., právně zastoupené prof. JUDr. Irenou Pelikánovou, DrSc., advokátkou v Praze 1, Dlouhá 39, proti žalovanému **předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, Joštova 8, o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu,

takto:

I. **Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13.10.2003, č.j. R 70,71/2002, se, ve výroku III., zrušuje a věc se mu v tomto rozsahu vrací k dalšímu řízení.**

II. **Ve zbytku se žaloby zamítají.**

III. **Žádnému z účastníků se právo na náhradu nákladů řízení nepřiznává.**

Odůvodnění:

Žalobami podanými u Krajského soudu v Brně dne 11.12.2003 a 12.12.2003 se žalobce a) (dále též „BILLA“) a žalobce b) (dále též „MEINL“) domáhali zrušení rozhodnutí žalovaného uvedeného ve výroku I. tohoto rozsudku, jakož i zrušení jemu

předcházejícího rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21.10.2002, č.j. S 94/02-2136/02-OII, popřípadě vydání rozsudku, kterým by soud využil svého moderačního práva pokud jde o výši pokuty těmito správními rozhodnutími oběma žalobcům uložené.

Prvostupňové rozhodnutí

Rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21.10.2002, č.j. S 94/02-2136/02-VOII bylo vysloveno, že se oba žalobci, v rámci spolupráce při koordinovaném vyjednávání o nákupních podmínkách, uzavřené mezi nimi ústně v lednu 2001 a písemně vyjádřené ve společném dopisu ze dne 31.1.2001, zaslaném jejich dodavatelům zboží, dohodli, s účinností od 1.1.2001 až do doby vydání tohoto rozhodnutí, koordinovat a slaďovat své nákupní ceny zboží a kondice vůči dodavatelům. Tím porušili v období od 1.1.2001 do 30.6.2001 zákaz dohod o cenách uvedený v § 3 odst. 1 a § 3 odst. 2 písm. a) v té době účinného zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále též „ZOHS1"), a v období od 1.7.2001 zákaz dohod o cenách obsažený v § 3 odst. 1 a § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále též „ZOHS2"). Tato dohoda (dle výroku I. rozhodnutí) vedla k omezení hospodářské soutěže na trhu zboží denní spotřeby určeného k maloobchodnímu prodeji spotřebitelům, a to na poptávkové straně tohoto trhu, s dopadem na dodavatele. Výrokem II. bylo oběma žalobcům, s odkazem na ust. § 7 odst. 1 ZOHS2, zakázáno plnění této dohody do budoucna. Výrokem III. byla žalobcům, ve smyslu ust. § 22 odst. 2 ZOHS2, uložena za jednání popsané ve výroku I. pokuta ve výši 28 milionů Kč (žalobce a), respektive 23 milionů Kč (žalobce b), splatná ve lhůtě 15-ti dnů ode dne nabytí právní moci tohoto rozsudku. Konečně výrokem IV. byla žalobcům uložena opatření k nápravě, blíže popsaná pod písmeny a) a b), a to s odkazem na ust. § 23 odst. 1 ZOHS2.

V odůvodnění tohoto rozhodnutí prvostupňový orgán, poté co podal charakteristiku obou účastníků řízení, popsal zjištění, týkající se vzájemné spolupráce žalobců. Konstatoval, že spolupráce „při koordinovaném vyjednávání nákupních podmínek" byla (dle jejich sdělení) dojednána v lednu 2001, a to s účinností od 1.1.2001, což bylo vyjádřeno v jejich společném dopise ze dne 31.1.2001. Oba žalobci se svými dodavateli uzavírali individuální smlouvy (neexistují „všeobecné obchodní podmínky"), přičemž z hodnocení těchto smluv bylo zjištěno, že vůči dodavatelům uplatňují řadu slev, bonusů, a podobně (dále též „kondice"), poskytovaných automaticky dodavateli (přímo v jejich fakturách), nebo účtovaných žalobci (jakožto odběrateli), kde je skutečná nákupní cena nižší než cena ceníková, ve smyslu jejího ponížení o hodnotu kondic (tzv. „NETTO/NETTO" cena). Provedeným dokazováním bylo zjištěno, že jednou z těchto kondic byl i tzv. „alianční bonus", požadovaný po dodavatelích z titulu spolupráce žalobců při koordinovaném vyjednávání. Jednalo se o nový bonus (nenahrazoval růstové či jiné bonusy - ty zůstaly i nadále zachovány), založený na principu koordinovaného srovnávání nákupních cen a kondic vůči dodavatelům, směřující k posílení konkurenceschopnosti obou společností. Bylo

prokázáno, že žalobci si mezi sebou vyměňovali informace o svých nákupních cenách a kondicích, tyto vzájemně porovnávali a následně vyžadovali po dodavatelích vyrovnání těchto podmínek, byly-li u druhého žalobce výhodnější. Tyto závěry se opírají o konkrétní zjištění učiněná jak u obou žalobců, tak i u jejich dodavatelů, přičemž jednotlivé důkazy byly v odůvodnění podrobně rozvedeny. Pokud jde o žalobce a), žalovaný tyto závěry opřel především o obsah Obchodních podmínek (zajištěných při místním šetření), přílohu interního e-mailu (xls. souboru) ze dne 20.1.2002, korespondence žalobce (ať již interní či s dodavateli) a dále xls. přílohy souboru „Pět firem". Pokud jde o přílohu ze dne 20.1.2002, ta je představována tabulkami obsahujícími údaje o jednotlivých dodavatelích obou žalobců, porovnání obratů žalobců s nimi a výpočty požadovaných kompenzací tam, kde ceny dodavatelů nasmlouvané s žalobcem b) byly výhodnější. Obsahuje dále data jednání s jednotlivými dodavateli s poznámkami, zda jde o dodavatele „již dojednané", dodavatele „v jednání", či o dodavatele kteří návrhy odmítli. V těchto podkladech je též používán pojem „alianční bonus". K otázce zajištěné korespondence prvostupňový orgán konstatoval, že ta prokazuje existenci společného postupu obou společností při vyjednávání o nákupních cenách a kondicích; vesměs jde o reakce dodavatelů na jednotlivé návrhy. Konečně zmiňovaná příloha souborů „Pět firem" obsahuje data týkající se 5-ti konkrétních dodavatelů žalobce b) – přehled dodávaného sortimentu, cen a jednotlivých kondic, vše doplněno o odpovídající údaje žalobce a). Tento soubor byl poslán žalobcem b) jednateli žalobce a); po doplnění údajů nákupčími byl poslán zpět jednatelům žalobce a). V této části odůvodnění prvostupňový orgán zmínil též výsledky šetření provedených u dodavatelů. Ty, dle jeho názoru, potvrzují existenci „aliančního bonusu", jakožto výsledku společného postupu obou společností (v odůvodnění je o této otázce podrobně pojednáno). K rozsahu uplatňovaného aliančního bonusu bylo v případě žalobce b) zjištěno, že ten se týkal celkem 76 dodavatelů. U zákaznických karet předložených ve správním řízení se bonus takto označený objevil jenom v 9 případech; ve zbytku byl (při zachování identické výše bonusu) přejmenován na „finanční bonus", respektive „fixní bonus", což vyplynulo z porovnání s kartami zajištěnými při místním šetření. Do roku 2001 tento bonus u žalobce b) neexistoval. Pokud jde o žalobce a), zde byl tento bonus zjištěn u celkem 98 dodavatelů (jak vyplývá z xls. přílohy e-mailu ze dne 28.1.2002 a zajištěných Obchodních podmínek). Alianční bonus byl prokazatelně (na pokyn jednatelky žalobce) převeden na navýšení bonusu finančního (navýšení odpovídá jeho hodnotám) a alianční bonus tak zůstal zachován. Žalobce a) pojem „alianční bonus" znal a používal jej. Prvostupňový orgán uzavřel, že konstatované důkazy též prokazují, že jednotliví dodavatelé obsah svých obchodních podmínek oběma žalobcům dobrovolně nesdělovali a dále též, že alianční bonus byl v praxi uplatňován, přičemž jeho akceptací bylo podmiňováno zachování odběru zboží v původním rozsahu (viz např. případ společností H.J.Heinz, či WELLA cz).

V odůvodnění prvostupňového rozhodnutí je dále velmi podrobně konstatován obsah jednotlivých svědeckých výpovědí, včetně odpovědí na dotazy právních zástupců obou žalobců. Z těchto provedených důkazů vzal správní orgán za prokázané, že po vyrozumění dodavatelů o „koordinovaném vyjednávání" byli tito oběma žalobci

vyzváni ke společnému (tj. třístrannému) jednání, jehož předmětem bylo (mimo jiné) sladění obchodních podmínek, ve smyslu sjednocování nákupních cen a kondic. Jednotliví dodavatelé tento postup vnímali jako důsledek vytvoření aliance BILLA – MEINL a jako snahu o sladění nákupních podmínek. Toto vyjednávání se týkalo výše jednotlivých bonusů, zavedení „aliančního bonusu" (bez toho, že by dodavatelé věděli, důvod jeho zavedení) a částečně též vyrovnávání nákupních cen. Na základě těchto jednání došlo ke změně stávajících obchodních podmínek (ty byly dodavatelům zaslány v upravené podobě); v některých případech se vyskytly též požadavky na zpětné kompenzace dříve existujících rozdílů. Jednotliví dodavatelé informace o svých dodacích podmínkách oběma žalobcům nesdělovali, ti je ale navzájem evidentně znali. Orgán prvého stupně dále konstatoval, že někteří svědci též vypověděli, že s předmětnou změnou obchodních podmínek souhlasili pouze z toho důvodu, že se v případě jejich nepřijetí obávali ztráty svých odběratelů.

V prvostuňovém rozhodnutí se správní orgán podrobně zabýval též stanoviskem obou žalobců ke shora uvedeným skutkovým zjištěním. Pokud jde o společnost MEINL, ta uvedla, že předmětná spolupráce byla pouze opatřením proti konkurenci, zejména pak proti hypermarketům a diskontním prodejnám. Její podstatou bylo sdílení informací o situaci na trhu, spolupráce v oblasti marketingu a „působení na zákazníky"; nešlo o sjednocování nákupních podmínek, neboť ty zůstaly u obou společností nezměněny. Nabídka spolupráce se týkala potenciálně všech dodavatelů – pro výběr konkrétních subjektů, které budou pozvány k jednání, neexistovala předem stanovená kritéria. Spolupráce měla současně též umožnit dodavatelům porovnat podmínky, za nichž dodávají sortiment oběma společnostem, což by vedlo k optimalizaci prodejního sortimentu. Následné změny obchodních podmínek s některými dodavateli by bylo lze dosáhnout i samostatným vyjednáváním; došlo-li tímto způsobem ke změnám ve prospěch společnosti MEINL, stalo se tak vždy za konkrétní protiplnění (lepší umístění zboží, apod.). Žalobce b) dále uvedl, že pojem „alianční bonus" nevycházel ze spolupráce s druhým žalobcem; principiálně šlo vždy o kompenzaci protislužby poskytnuté dodavatelům. Po dodavatelích nebyly na jednáních požadovány žádné doklady a obě společnosti si jednotlivé dodavatelské podmínky (pokud jde o konkrétní čísla, procenta, apod.) taktéž nesdělovali. Pokud jim snad tyto údaje byly známy, šlo o výraz obchodní politiky těchto subjektů (že se jednalo vždy o údaje MEINL či BILLA plyne z podobnosti jejich postavení na trhu). Výpovědi některých dodavatelů, které se stanoviskem žalobce a) nekorespondovaly, označil za nesprávné, popř. nepravdivé.

Ke skutkovým zjištěním se obdobně vyjádřila i společnost BILLA. Nad rámec uvedených skutečností dále konstatovala, že změny obchodních podmínek (na základě proběhnuvších jednání) souvisely (někdy i jen s předpokládaným) zvýšením plnění dodavatelům. V praxi šlo zejména o zvýšení obratu v síti žalobce (ne však nutně vždy) – to se následně projevilo ve zvýšení fixního finančního bonusu. K vysvětlení pojmu „alianční bonus" žalobce uvedl, že jde o bonus za určitá plnění poskytnutá dodavateli v souvislosti s výše zmíněnými trojstrannými jednáními BILLA, MEINL, dodavatelé. „Alianční" se nazýval proto, že měl souvislost s předmětnými třístrannými jednáními. Rozdíl mezi bonusem aliančním a fixním popsal žalobce a) tak, že „alianční bonus je

bonus za optimalizaci sortimentu, za výkony, které byly poskytnuty dodatečně (...) fixní bonus je (např. – pozn. soudu) za rozšíření regálové plochy pro výrobek". Po dodavatelích byly požadovány jen ty doklady, které se týkaly jejich smluvních vztahů s žalobcem. Navzájem si se společností MEINL žádné detailní informace v tomto smyslu neposkytovali (musely vycházet od jednotlivých dodavatelů). Žalobce konečně zdůraznil, že pojem „dodavatelské podmínky" nelze zaměňovat za „obchodní podmínky" (dodavatelské podmínky jsou detailnějším rozpracováním podmínek obchodních).

Všechna shora uvedená skutková zjištění shrnul prvostupňový orgán tak, že počínaje dnem 1.1.2001 začala spolupráce společností BILLA a MEINL zaměřená na zlepšení jejich konkurenceschopnosti ve vztahu k hypermarketům a diskontním prodejnám, a to zejména pokud jde o společnost MEINL (kromě již konstatovaných důkazů tento závěr vyplývá i z výročních zpráv společnosti za roky 2000 a 2001 a dokumentu „Dopis akcionářům" z první poloviny r. 2001). Předmětem této spolupráce nebyla jen optimalizace sortimentu (jak tvrdí obě společnosti) ale též porovnávání jejich nákupních cen a kondic, spojené se snahou o jejich úpravu při zjištění existence rozdílů, včetně zavedení nového obratového bonusu (potvrzeno svědeckými výpověďmi a listinnými důkazy). Prvostupňový orgán vzal dále za prokázané, že obě společnosti si vzájemně vyměňovaly detailní informace o svých odběratelských podmínkách (svědci popřeli, že by jim tyto informace sami, ze své vůle, předali), při jednání s dodavateli o kompenzacích disponovaly obě společnosti detailními informacemi, překračujícími obecné znalosti o nákupních, respektive dodacích podmínkách; dodavatelé neměli přitom důvod sami cokoliv svým odběratelům sdělovat – v případě společnosti BILLA by se dokonce vystavovali riziku smluvních sankcí; důkazem zásadního významu je též dokument „Pět firem". Bylo dále prokázáno, že přijetí nových nákupních podmínek bylo podmínkou pro pokračování (obnovení) dodávek zboží do obou sítí (zde správní orgán zmínil 2 konkrétní případy). Dle názoru prvostupňového orgánu tedy všechna tato zjištění svědčí o tom, že obě společnosti usilovaly o sjednocení (sblížení) nákupních cen zboží od dodavatelů do svých sítí maloobchodních prodejen (včetně dohodnutého dalšího bonusu za spolupráci – alianci BILLA + MEINL). Tyto požadavky též koordinovaně uplatňovaly. Nebylo přitom prokázáno, že by platba požadovaná „za alianci" byla odůvodněna konkrétním protiplněním ze strany obou společností. Tento bonus měl být hrazen jako procento z dosaženého obratu, přestože dodavatelé již dle stávajících obchodních podmínek oběma společnostem procentní finanční bonus / prémii z dosaženého obratu za dodávky zboží hradili (zvýšení obratu z důvodu rozšíření sortimentu by přineslo i vyšší částku platby sjednaného stávajícího bonusu). Tento závěr byl podepřen též výsledkem sdělení, které si prvostupňový orgán vyžádal od vzorku dodavatelů. Z 29 obdržených odpovědí bylo v devíti případech potvrzeno sjednocení nákupních cen, respektive přiblížení nákupních cen a kondic v roce 2001 či 2002 (tato zjištění jsou v odůvodnění rozhodnutí popsána podrobněji).

Pokud jde o otázku vymezení relevantního trhu, prvostupňový orgán především konstatoval, že obě společnosti jsou soutěžiteli působícími na téže úrovni trhu, kteří

soutěží s ostatními prodejci v maloobchodním prodeji převážně potravinářského zboží konečným spotřebitelům, přičemž svým jednáním při nákupu zboží ovlivňují také soutěž na nabídkové straně trhu, tj. mezi dodavateli zboží. Při věcném vymezení relevantního trhu správní orgán vycházel z předpokladu, že společnosti BILLA i MEINL ve svých prodejnách nabízejí spotřebitelům zboží náležející do tzv. „koše denní spotřeby", kde rozhodující podíl tvoří potravinářské výrobky a doplňkové zboží pro domácí potřebu (např. drogistické zboží, apod.). Toto zboží je nabízeno v síti supermarketů, či hypermarketů (v případě společnosti MEINL i v menších prodejnách). Do účasti na tomto trhu nespadají specializované prodejny (např. maso, uzeniny), kiosky, shopy u čerpacích stanic, neboť tyto nepředstavují stejně široký sortiment nabídky a nejde tak o pravidelnou alternativní nabídku pro spotřebitele; vykazují též jiný způsob prodeje a míru dostupnosti. Soutěže na tomto trhu se nezúčastňují taktéž velkoobchody a obchody typu Cash and Carry, neboť ty primárně neslouží k prodeji zboží konečným spotřebitelům. Při vyloučení shora uvedených typů obchodů vycházel prvostupňový orgán podpůrně též z rozhodnutí Evropské Komise *IV/M.784-Kesko/Tuko* a *IV/M1221 Rewe/MEINL,* jejichž obsah je v odůvodnění rozhodnutí blíže rozveden. Správní orgán tedy uzavřel, že relevantní trh z hlediska věcného je v dané věci vymezen jako „trh zboží denní spotřeby určeného k maloobchodnímu prodeji spotřebitelům". Po stránce geografické byl relevantní trh vymezen jako trh celostátní, z hlediska časového, jako trh trvalý. Pokud jde o podíl obou společností na relevantním trhu, prvostupňový orgán konstatoval, že, z hlediska statistických údajů, se posuzovanému relevantnímu trhu nejvíce blíží oborová klasifikace ekonomických činností (dále též OKEČ) „Tržby maloobchodu se smíšeným zbožím, s převahou potravin". Na tomto trhu působí celkem 11 největších řetězců provozujících hypermarkety či supermarkety (představují 58 % z celkových tržeb za rok 2001), dále menší řetězce s menšími prodejnami (do 400 m² podlahové plochy), smluvní maloobchodní sítě (s centralizovaným nákupem a fakturacemi) a konečně též maloobchodní prodejci. Přepočtem tržeb vykázaných oběma společnostmi na tržby daného sektoru lze, pro rok 2001, dospět k tržnímu podílu 3,26 % u společnosti BILLA, a 2,42 % u společnosti MEINL, celkem tedy 5,68 %.

Shora popsané jednání mělo, dle názoru prvostupňového orgánu, <u>negativní dopad</u> na nabídkovou stranu relevantního trhu, tedy na hospodářskou soutěž mezi jednotlivými dodavateli. Obě společnosti si při nákupu zboží přestaly konkurovat, tj. omezily dodavatele v možnosti dodávat svým odběratelům za individuálně stanovených podmínek. Jakkoli dodávky zboží denní spotřeby nejsou směřovány výlučně na daný relevantní trh (dříve již zmiňovaná možnost dodávat i do obchodů Cash and Carry, apod.), jde o nejvýznamnější odbytový kanál. To – zejména pokud jde o obchodní řetězce (představující více jak 50% podíl na relevantním trhu) a odebírající zásadně větší množství zboží a širší sortiment ve srovnání s jinými odběrateli – nasvědčuje zhoršeným možnostem dodavatelů nalézt alternativní odběr pro odpovídající množství zboží. Snížení počtu odběratelů u nichž mohou za konkurenčních podmínek nabízet své zboží má v případě nejdůležitějšího distribučního kanálu také nejcitelnější dopady. Společnosti BILLA i MEINL zaměřily své koordinační úsilí především na dodavatele potravinářského zboží. Zhruba 50 % dodavatelů s nimiž bylo prokazatelně jednáno a kteří přistoupili na změnu dodacích

podmínek byli dodavateli tohoto zboží. Tomuto percentilu odpovídají zhruba též náklady obou společností na pořízení zboží. Prvostupňový orgán v této souvislosti též zmínil, že celkový počet těchto dodavatelů mohl být i výrazně vyšší, neboť obě společnosti uvedly, že se obrátily na zhruba 50 % všech svých dodavatelů. Z hlediska zákona správní orgán tyto skutečnosti posoudil tak, že obě společnosti uzavřely dohodu, jejímž předmětem byla (mimo jiné) koordinace a slaďování nákupních cen zboží dodávaného do jejích sítí maloobchodních prodejen, jakož i kondic s nákupem zboží spojených. Na základě této dohody slaďovaly zejména nákupní ceny, bonusy, netto/netto ceny, případně požadovali též finanční kompenzace z důvodu dorovnání zjištěného rozdílu mezi nákupními cenami a kondicemi. V řadě případů tak dosáhly shodné nákupní ceny zboží, popř. snížení vzájemného rozdílu nákupních cen téhož zboží dodávaného do sítí obou účastníků dohody. Dosáhly touto cestou též další platby od dodavatelů (bonus z obratu za zboží v síti), a to v souvislosti s dodávkami zboží, které v konečném důsledku snižují výslednou nákupní cenu zboží. Pokud by zmíněné výhodnější podmínky pro dodávky zboží do své sítě maloobchodních prodejen prosazoval každý z nich vůči svým dodavatelům individuálně, neměl by garanci jejich dosažení v takovém rozsahu. Právě v důsledku uzavření dohody s konkurentem získaly obě společnosti potřebný tlak na dodavatele k jejich dosažení. Tímto způsobem si přestaly prakticky konkurovat při nákupu zboží a zhoršily tak kvalitu soutěžního prostředí na poptávkové straně trhu. Tento typ dohod, tedy dohody o přímém či nepřímém určování cen, přitom patří mezi nejzávažnější případy protisoutěžního jednání. Mezi tento typ dohod se řadí i tzv. „rabatové kartely", upravující podmínky a výši cenových srážek, bonusů, apod., souvisejících s nákupem zboží. Jsou-li uzavírány mezi horizontálními konkurenty na poptávkové straně trhu, vedou ke sjednocení (přiblížení) jejich nákupních podmínek v oblasti ceny. Negativní dopad těchto dohod zesiluje i obecně známá ekonomická závislost části dodavatelů do nadnárodních obchodních řetězců; při vyjednávání o obchodních podmínkách nemají tito dodavatelé fakticky rovnoprávné postavení. Společnosti BILLA i MEINL předmětným jednáním tedy naplnily skutkovou podstatu zakázané dohody o cenách, ve smyslu ust. § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS1 (v období od 1.1.2001 do 30.6.2001) i § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS2 (od 1.7.2001), a to jak v případech přímého určování ceny (sjednocení nákupních cen), tak i v případech určení nepřímého (problematika bonusů a doplatků). Dohoda o koordinaci nákupních podmínek (tedy nákupních cen a kondic) vůči dodavatelům představuje porušení ust. § 3 odst. 1 ZOHS1 i § 3 odst. 1 ZOHS2, neboť vede k omezení hospodářské soutěže na relevantním trhu.V této souvislosti správní orgán zmínil též nemožnost aplikace pravidla *de minimis* (§ 6 odst. 1 písm. a) ZOHS2). I za situace, kdy by společný podíl obou subjektů nepřesáhl 5 % relevantního trhu (což se však prokazatelně stalo), nelze přehlédnout, že se jedná o horizontální dohody o určení cen, na něž se možnost aplikace tohoto pravidla nevztahuje (§ 6 odst. 2 písm. a) ZOHS2). Konečně k otázce zavinění správní orgán prvého stupně konstatoval, že šlo o jednání vědomé, a to s cílem získání konkurenční výhody oproti jiným soutěžitelům, za použití prostředků narušujících hospodářskou soutěž. Nešlo o pouhé srozumění se s následkem; lze tedy dovodit přímý úmysl.

V další části odůvodnění se prvostupňový orgán vypořádal s jednotlivými námitkami, vznesenými oběma účastníky v průběhu předcházejícího řízení. Pokud jde o způsob vedení výslechu svědků, odmítl především tvrzení o tom, že jim byly pokládány sugestivní či kapciózní otázky; o opaku, dle jeho názoru, svědčí obsah sepsaných protokolů. Zástupci obou společností přitom měli možnost klást svědkům doplňující otázky (což i činili), taktéž vyslýchaní byli vždy vyzváni k tomu, zda chtějí svou výpověď nějak doplnit. Zástupci obou společností měli dále možnost vznést ke způsobu provádění výslechů, či k prováděné protokolaci námitky, popř. odmítnout podpis protokolu; ani jedno se však v případě žádného výslechu nestalo. Obdobně si účastníci, respektive jejich zástupci, mohli na nesprávnost tvrzeného procesního postupu stěžovat, jak to učinili i v jiných případech. K otázce nedostatečně vymezeného předmětu řízení orgán prvého stupně uvedl, že z argumentace obou účastníků, jejich vyjádření, apod. je zřejmé, že jim bylo známo, dle kterého ustanovení zákona je věc posuzována; bylo jim známo, že prověřována je (ne)existence dohod o nákupních cenách a kondicích. Pokud jde dále o námitku společnosti BILLA, dle které nebyla jejím právním zástupcům v rozporu se zákonem zpřístupněna část správního spisu s odkazem na obchodní tajemství, zde správní orgán zdůraznil, že oběma účastníkům byly operativně zpřístupňovány všechny dokumenty, které byly v průběhu správního řízení účastníky uvolněny, stejně jako listiny, které ostatní subjekty prokazatelně uveřejnily. Bez významu přitom není ani skutečnost, že rozhodnutí se o žádný rozhodující důkaz, který by byl v režimu obchodního tajemství, neopírá. K další námitce společnosti BILLA, týkající se způsobu provádění místního šetření v jejím sídle, odmítl prvostupňový orgán tvrzení o svémocném vniknutí jeho pracovníků s tím, že při vstupu do sídla společnosti byli tomuto opatření přítomni zaměstnanci žalobce (zákon nevyžaduje přítomnost statutárního orgánu); byl též sepsán a bez námitek podepsán protokol o tomto procesním úkonu s jednatelkou. Postup kontrolních pracovníků byl tedy zcela konformní s ust. § 21 odst. 4 ZOHS2. K namítanému zadržení e-mailové korespondence jednatelky s právním zástupcem žalobce prvostupňový orgán uvedl, že i tyto dokumenty byly pořízeny řádným procesním postupem u žalobce, který je měl uchovány mezi jinými dokumenty souvisejícími s jeho obchodními aktivitami. Věcně se pak týkaly obchodních záležitostí žalobce a bezprostředně souvisely se skutkovými otázkami, které jsou předmětem tohoto správního řízení (nejde o soukromou korespondenci jednatelky). Ke skupině námitek týkajících se skutkových okolností spolupráce obou společností správní orgán především konstatoval, že není pravdou, že se spolupráce netýkala sjednocování nákupních cen a kondic – opak vyplývá především z provedených svědeckých výpovědí. Totéž platí i pro závěr, že dodavatelé své podmínky dodávek nezveřejňovali dobrovolně. Společnost Softy, jejíž objektivitu společnost BILLA zpochybnila, nebyla jediným dodavatelem, který s porovnáváním podmínek oběma společnostmi nesouhlasil. Pokud jde o tzv. „alianční bonus“, ten nebyl jen označením proti plnění dodavatelům za poskytnutí konkrétní výhody ze strany odběratelů; důkazně bylo podloženo, že šlo právě o bonus za alianci obou společností. K materiálu označovanému jako „Pět firem“ dále uvedl, že ten prokazuje skutečnost, že mezi účastníky docházelo k výměně informací o cenách dodavatelů. Pokud by mělo jít pouze o podklad, který měl pomoci společnosti BILLA vyvinit se z podezření ve věci uzavření zakázané cenové dohody, pak jde z její strany o protichůdná tvrzení, tvrdí-li

současně, že ji nebylo zřejmé, čeho se zahájené správní řízení týká. Výměna předmětných informací vyplývá i z dalších podkladů založených ve správním spise (v odůvodnění jsou podrobně popsány). Další skupina námitek se týkala způsobu vymezení relevantního trhu. Zde správní orgán uvedl, že znalecký posudek předložený společností BILLA zahrnuje i prodejce, kteří neprodávají sortiment potravin. Rozhodující jsou přitom potřeby spotřebitelů, které oba účastníci uspokojují – s tímto základním předpokladem však zmiňovaný posudek nekoresponduje. Nepoužitelnost tohoto důkazu vyplývá též ze skutečnosti, že jako prodejní místa zahrnuje též místa, která primárně neslouží k uspokojování poptávky spotřebitelů.

Ve zbytku odůvodnění se orgán prvého stupně vypořádal s otázkou výše uložené pokuty. Uvedl, že při rozhodování přihlédl ke všem kritériím uvedeným v § 22 odst. 2 ZOHS2. Pokud jde o závažnost zjištěného jednání, ta je dána skutečností, že cenové kartely jsou považovány za nejzávažnější porušení zákona, neboť zasahují samotnou podstatu hospodářské soutěže, kterou je vývoj cen zboží na základě tržních mechanismů. V dané věci je tato závažnost zesílena tím, že obě společnosti disponují větší tržní silou (patří mezi 11 největších obchodníků, disponujících zhruba 58 % všech tržeb daného trhu, kdy zbytek trhu připadá na desítky menších obchodníků), což jen zvyšuje jejich vyjednávací sílu vůči dodavatelům, kterým jsou schopni po určitou dobu diktovat podmínky. Právě dohoda tohoto typu umožňuje jejím kontrahentům takovou tržní sílu získat. Pokud jde o další zákonné kritérium – dobu trvání protiprávního stavu – tu správní orgán vyhodnotil jako dlouhodobé porušování zákona, neboť zjištěná doba přesáhla délku 19 měsíců. V otázce zavinění byl shledán přímý úmysl obou společností; negativní dopad tohoto jednání se projevil na nabídkové straně trhu (dotčeno bylo více jak 100 dodavatelů). Samotná výše pokuty byla uložena dle čistého obratu dosaženého oběma účastníky, kdy byl v případě společnosti BILLA zjištěn čistý obrat vyšší jak 7,5 miliard Kč, v případě společnosti MEINL 6,3 miliardy Kč. Obě společnosti přitom v průběhu správního řízení projevovaly snahu zmařit jeho výsledek, což lze považovat za okolnost přitěžující. Oběma společnostem naopak polehčuje jejich celkově nižší podíl na daném relevantním trhu. Právě poslední zmiňovaná skutečnost vedla správní orgán k uložení pokuty, která nedosahuje ani 1 % jejich čistého obratu. Současně s tím prvostupňový orgán poznamenal, že si je též vědom rozhodovací praxe Evropské komise, v níž se prosazuje trend, dle kterého je v případě deliktů tohoto typu na místě ukládat přísné sankce.

Druhostupňové rozhodnutí

Rozhodnutím žalovaného ze dne 13.10.2003, č.j. R 70,71/2002 bylo prvostupňové rozhodnutí, na základě ust. § 59 odst. 2 z.č. 71/1967 Sb., o správním řízení, ve znění pozdějších předpisů (správní řád), ve spojení s ust. § 61 odst. 2 tohoto zákona, změněno. Kromě formulačních úprav výroků II., III. a IV. a), které neměly vliv na významový obsah měněných výroků prvostupňového rozhodnutí, došlo ve výroku IV. b) ke konkretizaci uloženého nápravného opatření, ve vztahu k orgánu dohledu; podstatným způsobem byl změněn též výrok I. prvostupňového rozhodnutí.

Změna výroku I. prvostupňového rozhodnutí je představována omezením doby prokázaného protisoutěžního jednání z (minimálně) 21.10.2002 na 22.4.2002.

V odůvodnění tohoto rozhodnutí, poté co podrobně popsal genezi celé věci, se žalovaný vypořádal s jednotlivými námitkami uplatněnými v rozkladu.

Pokud jde o <u>námitky procesního rázu</u>, žalovaný se vyjádřil především ke způsobu protokolace svědeckých výpovědí před prvostupňovým orgánem. Uvedl, že od žádného z účastníků řízení neobdržel v tomto směru žádnou stížnost, zatímco jiné protokoly (např. protokol o seznámení se s podklady pro rozhodnutí) různé námitky obsahují a prvostupňový orgán se jimi prokazatelně zabýval (viz např. otázka zpřístupnění části dokumentace označované jako obchodní tajemství). Poukázal dále na skutečnost, že tato námitka se objevila až v rámci konečného vyjádření k podkladům pro rozhodnutí, přičemž účastníkům nic nebránilo uplatnit ji již dříve. Samotné protokoly o výslechu svědků jsou bez výhrad podepsány svědky i zástupci účastníků (byli-li přítomni) a jejich obsah pak nesvědčí o kladení sugestivních či kapciózních otázek, či o jiném ovlivňování vyslýchaných. Ti měli navíc vždy možnost svou výpověď doplnit. Dále žalovaný odmítl tvrzení o dodatečném upravování některých protokolů prvostupňovým orgánem, a to i pokud jde o odkaz společnosti BILLA na vyjádření zástupkyně společnosti FACKELMANN ČR ze dne 23.9.2002. Toto podání, dle názoru žalovaného, je pouze upřesněním jejího předchozího vyjádření, učiněného při místním šetření dne 27.5.2002. K otázce nahlížení do správního spisu, ve vztahu k interpretaci obsahu pojmu „obchodní tajemství" žalovaný uvedl, že podklady, které oběma společnostem nebyly zpřístupněny s odkazem na tuto překážku, byly převážně listiny vyžádané od jednotlivých dodavatelů. Podle ust. § 17 obchodního zákoníku je přitom právo na ochranu obchodního tajemství právem absolutním, které neprolamuje ani úprava soutěžního práva (viz povinnost vyplývající pro orgán dohledu z § 24 ZOHS2). Nakládání s těmito skutečnostmi tak přísluší výlučně jednotlivým subjektům; v případě, kdy by úřad tyto skutečnosti zpřístupnil jiným osobám, zbavil by obchodní tajemství neznámosti, která je jeho pojmovým znakem. Pokud nicméně došlo v průběhu řízení k výslovnému odtajnění těchto údajů (jak se to stalo vzájemně mezi společnostmi BILLA a MEINL), došlo pochopitelně k jejich zpřístupnění. K další procesní námitce, kterou bylo poukazováno na nedostatečně vymezený předmět řízení, žalovaný uvedl, že oběma společnostem bylo při zahájení správního řízení sděleno, že možné porušení § 3 odst. 1 zákona je spatřováno v postupu při stanovení obchodních podmínek pro dodávky zboží do jejich sítí maloobchodních prodejen. Skutková podstata porušení zákona, která byla následně zjištěna, odpovídá takto vymezenému předmětu správního řízení. Odpovídá tomu i obsah jednotlivých procesních úkonů prvostupňového orgánu, které byly zaměřeny na šetření koordinace v otázce nákupních cen a kondic. Této skutečnosti si byli oba účastníci prokazatelně vědomi, jak vyplývá z jejich (v odůvodnění blíže specifikovaných) vyjádření. Dále se žalovaný vyjádřil ke způsobu šetření provedeného v sídle společnosti BILLA dne 16.7.2002. Uvedl, že přítomní zaměstnanci společnosti byli protokolárně poučeni v souladu s ust. § 21 odst. 6 ZOHS2; pracovníkům orgánu dohledu byl následně do prostor společnosti umožněn přístup. O tomto procesním úkonu byl vyhotoven protokol popisující jeho průběh; ten byl jednatelkou společnosti

(která se dostavila až v průběhu šetření) podepsán bez námitek. Jednatelka byla taktéž v souladu se zákonem poučena. V souvislosti s prováděním tohoto úkonu byla vznesena dále námitka týkající se zadržení korespondence jednatelky společnosti BILLA a právního zástupce společnosti. K námitkám uplatněným v rozkladu žalovaný uvedl, že tato korespondence byla převzata řádným procesním postupem a současně s jinými dokumenty, týkajícími se bezprostředně skutkových otázek, jež byly předmětem tohoto správního řízení. Ve spise pak byly vedeny v režimu obchodního tajemství a nebylo jich následně ani použito jako důkazů. Konečně pokud jde o namítané pochybení prvostupňového orgánu, spočívající v nevyrozumění účastníků o provedení místního šetření u jednotlivých dodavatelů, zde žalovaný uvedl, že při realizaci těchto úkonů bylo postupováno zcela v souladu s ust. § 21 odst. 4 ZOHS2, který povinnost přizvat účastníky řízení k místnímu šetření nezakotvuje. Dle jeho názoru jde o *lex specialis,* ve vztahu ke správnímu řádu (§ 21 odst. 8 ZOHS2). Ust. § 38 odst. 3 správního řádu (na které se odkazuje rozklad) se tedy v tomto případě neuplatní.

Pokud jde o věcné námitky, žalovaný se především vypořádal s tvrzením společnosti BILLA, dle kterého nebyla koordinace v otázce kondic za dodávky zboží v řízení před prvostupňovým orgánem prokázána, neboť šlo jen o marketinkovou spolupráci, zaměřenou na zlepšení konkurenceschopnosti obou společností. V této souvislosti především odkázal na odůvodnění prvostupňového rozhodnutí, přičemž zdůraznil, že, v rámci koordinovaného postupu obou společností prokazatelně došlo též k zavedení tzv. „aliančního bonusu" (byť v některých přídech jinak označeného), který se odvíjel pouze od možnosti dodavatelů realizovat dodávky do sítí obou společností bez toho, že by byl jinak podložen jakoukoliv předem sjednanou a transparentní protislužbou odběratelů. Již samotné oznámení o spolupráci ze dne 31.1.2001 obsahovalo závazek vzájemně si nekonkurovat; šlo o odstranění vzájemné nejistoty ohledně tvorby nákupních cen a ostatních nákupních podmínek. Tuto skutečnost ostatně potvrdili i zástupci obou společností ve svých vyjádřeních s tím, že šlo o opatření pro zvýšení konkurenceschopnosti ve vztahu k hypermarketům a diskontním prodejnám. Dle názoru žalovaného docházelo prokazatelně též mezi společnostmi BILLA a MEINL ke vzájemné výměně informací o výši nákupních cen a kondic; bez této kooperace by obě společnosti nemohly dosáhnout změn svých obchodních podmínek v takovém rozsahu. Bylo dále prokázáno, že někteří dodavatelé se obávali ukončení či přerušení odběru svého zboží, pokud by nové podmínky neakceptovali. K této žalobní námitce žalovaný uzavřel, že k přímému či nepřímému určení cen nemusí nutně dojít cestou sjednání nákupních cen mezi dodavateli a odběrateli, jak argumentují obě společnosti, nýbrž se tak může stát i výše popsaným způsobem. K rozporovanému způsobu vymezení relevantního trhu žalovaný uvedl, že vyslovil-li prvostupňový orgán ve výroku svého rozhodnutí, že předmětná dohoda soutěžitelů vedla k omezení soutěže na poptávkové straně vymezeného relevantního trhu s dopadem na dodavatele, mínil tím, že narušení soutěže v důsledku dohody obou společností bylo prokázáno mezi maloobchodními prodejci zboží denní spotřeby, jež jsou stranou poptávající zboží od svých dodavatelů. Jiná interpretace těchto závěrů je zcela nepřípadná. Žalovaný odmítl též tvrzení o nepřípustně restriktivním vymezení

relevantního trhu s tím, že v zásadě zopakoval právní názor vyslovený již prvostupňovým orgánem. Zdůraznil, že vyloučení prodejci nepředstavují pro spotřebitele pravidelnou alternativní nabídku ve vztahu ke společnostem BILLA a MEINL; existují zde výrazné rozdíly v nabízeném sortimentu, cenách a způsobu prodeje. Pokud jde dále o poukaz společnosti BILLA na specifické postavení některých dodavatelů (společností Budějovický Budvar n.p., Setuza a.s.) na trhu, žalovaný konstatoval, že obě společnosti sdělily, že důvodem pro sjednocení cen (resp. obchodních podmínek) bylo právě vytvoření aliance BILLA – MEINL. Tuto skutečnost prvostupňový orgán ověřil vývojem nákupních cen a „netto-netto" cen u vybraného zboží dodávaného oběma společnostem v letech 2000-2002. K dalším námitkám, týkajícím se způsobu vymezení doby trvání protiprávního jednání, žalovaný uvedl, že pro určení výchozího okamžiku bylo vycházeno z dopisů obou společností, kterými bylo dodavatelům oznamováno zahájení spolupráce ke dni 1.1.2001. I pokud by faktická realizace této spolupráce nastala až v únoru 2001, nemění to nic na skutečnosti, že účinky spolupráce nastaly již dnem 1.1.2001. Společnosti BILLA nelze přisvědčit ani v tom, že předmětné jednání již po měsíci září 2001 neprobíhalo. Poukázal v této souvislosti na materiály, které prokazují opak (soubor xls. „Aliance-dodavatelé-sumy-procenta 18.9.01" ze dne 20.1.2001 a „Pět firem" ze dne 22.4.2002). Vzhledem k tomu, že v otázce ukončení předmětného deliktního jednání nebyl výrok prvostupňového rozhodnutí zcela přesný, přistoupil žalovaný k jeho zpřesnění ve smyslu formulace „nejdéle do 22.4.2002", neboť do tohoto dne je existence protiprávního stavu důkazně podložena. Za nedůvodné označil žalovaný dále tvrzení o zaměňování obsahově ne zcela shodných pojmů „obchodní podmínky" a „cena". Uvedl, že toto tvrzení společnosti BILLA vyvrací část odůvodnění prvostupňového rozhodnutí, nazvaná „charakteristika nákupních podmínek pro dodávky zboží od dodavatelů", kde bylo jednoznačně konstatováno, že nákupními podmínkami se rozumí cena + platební podmínky + slevy, + další podmínky (jakost dodávek, reklamační podmínky, apod.). Dále žalovaný odmítl tvrzení, že obchodní podmínky dodavatelů vůči konkurentům jsou (i přes jejich označení za obchodní tajemství) zjistitelné. K tomu uvedl, že z běžného obchodního styku lze nabýt o těchto podmínkách pouze povšechnou znalost, nikoli však znalost podrobností. Pro tento závěr svědčí taktéž výpovědi některých svědků, kteří vyjádřili obavy ze zveřejnění obchodních podmínek třetím stranám. Taktéž samotné obchodní podmínky společnosti BILLA zavazují smluvní partnery k mlčenlivosti o jejich obsahu, a to pod sankcí vysoké pokuty. Je-li tedy porušení povinnosti utajení považováno za zvlášť hrubé porušení obchodních podmínek, nelze se jistě důvodně domnívat, že by dodavatelé třetím stranám své obchodní podmínky sjednané s konkrétním odběratelem vědomě a dobrovolně sdělovali, navíc natolik přesně, aby bylo možné s určitostí dovodit, za jakou cenu konkurenční odběratelé od konkrétního dodavatele nakupují. Žalovaný dále podepřel názor prvostupňového orgánu, dle kterého jednatelka společnosti BILLA při místním šetření dne 16.4.2001 zaviněně uvedla nepravdivý údaj o neznalosti pojmu „alianční bonus". Odkázal přitom na blíže specifikované důkazy zajištěné na jejím pracovišti, v nichž je tento pojem užíván. Taktéž pracovní zařazení jednatelky ve firmě nutně implikuje závěr, že minimálně v rovině obecné byla s druhem smluv, které společnost uzavírala, obeznámena. Pokud jde dále o použitelnost a interpretaci důkazu označovaného jako „Pět firem", žalovaný

konstatoval, že tvrzení, dle kterého jde o podklad vypracovaný za účelem prokázání neexistence sjednocení nákupních cen obou společností, je nepravděpodobné. Kdyby tomu tak skutečně bylo, společnost BILLA by ho jako důkaz jistě předložila a nečekala by, až bude převzat při místním šetření v jejím sídle, zhruba tři měsíce po zahájení správního řízení. Dále žalovaný odmítl jako nedůvodnou námitku zpochybňující přesnost vyčíslení rozdílu v cenách obou společností s tím, že účelem prováděného šetření nebylo vyčíslení cenových změn v důsledku koordinace nákupních podmínek. Šlo pouze o to, prokázat, že k této koordinaci a slaďování nákupních podmínek skutečně docházelo. To je přitom patrno nejen ze vzájemné komunikace obou společností, ale i z dalších důkazů – viz např. tabulka č. 4a) na čl. 3387 správního spisu, z jejíhož obsahu je evidentní znalost společnosti BILLA o druzích a výši požadovaných kompenzací společnosti MEINL i o jejich skutečně dosažené výši. V této souvislosti žalovaný poukázal též na korespondenci obou společností, obsahující poznámky o posouzení výše finančních kompenzací aliančními partnery. K rozkladem zpochybněné relevanci osloveného vzorku dodavatelů žalovaný dále uvedl, že z analýzy celkem 29 sdělení dodavatelů bylo v devíti případech zjištěno sblížení nákupních cen, resp. kondic; z toho bylo ve třech případech zjištěno přímé sjednocení cen (společnosti Budějovický Budvar, n.p., SETUZA, a.s. a Natura, a.s.). Při posuzování negativních dopadů jednání obou společností vycházel nicméně i z dalších listinných důkazů, a to především z údajů obsažených v emailové zprávě označené jako „Aliance – dodav – sumy – procenta 18.9.2001. xls" ze dne 20.1.2002, z níž vyplynulo, že jednáním obou společností bylo (formou aliančního bonusu, kompenzací za rozdílné nákupní ceny a zlepšení přirážky pro srovnání „netto-netto" ceny) dotčeno ze 143 dodavatelů přinejmenším 134. Tabulka č. 4c označená jako srovnání „netto-netto" cen dále u každého jednotlivého dodavatele udává (mimo jiné) částku, jakou činilo zlepšení nákupních cen ke společnosti BILLA a jakou částku činilo zlepšení vůči společnosti MEINL; u některých dodavatelů je uvedena i výše dodatečného rabatu ve vyúčtování. Tabulka rovněž uvádí, že zlepšení přirážky v roce 2000 je vypočteno na základě snížení nákupních cen (po srovnání) a množství prodaných kusů v roce 2000. Uvedená zjištění tak, dle názoru žalovaného, vedou ke jednoznačnému závěru, že dohoda o koordinaci a slaďování nákupních cen zboží i bonusů byla skutečně plněna.

V další části odůvodnění rozhodnutí se žalovaný vypořádal s námitkami, které směřovaly do výpovědí jednotlivých svědků. Zde především odmítl tvrzení o nevěrohodnosti svědků Šedy a Musilové, přičemž poukázal na skutečnost, že jejich výpovědi bylo potvrzeny i obsahem listinných důkazů, v odůvodnění blíže specifikovaných. Není přitom podstatné, zda byli vyslechnuti jen zástupci některých méně významných dodavatelů obou společností; skutečnost, že stejné zakázané jednání bylo aplikováno i vůči významnějším dodavatelům vyplývá totiž z provedených listinných důkazů (jak byly popsány výše) a dále z důkazu na čl. 5958 správního spisu. Způsob výběru jednotlivých důkazních prostředků je přitom věcí volného hodnocení důkazů, v souladu s ust. § 34 odst. 5 správního řádu. Stejně tak je správní orgán oprávněn též zcela autonomně rozhodnout, jakou míru věrohodnosti a jakou důkazní sílu provedeným důkazům přizná. Prvostupňový orgán nevycházel

z jediného důkazu, ale z komplexu důkazů, přičemž takto zjištěné skutečnosti z pohledu zákona správně vyložil i kvalifikoval. Žalovaný dále poukázal na zřejmý rozpor v tvrzení společnosti BILLA v průběhu řízení, dle kterého nedocházelo k porovnávání obchodních podmínek mezi oběma společnostmi na trojstranných jednáních s dodavateli v průběhu roku 2001, s jeho vyjádřením v rozkladu, dle kterého k porovnávání obchodních podmínek docházelo přímo při jednání, poté, co byli dodavatelé seznámeni s jeho obsahem a cílem. Ze svědeckých výpovědí a následné korespondence s dodavateli vyplývá, že dodavatelé nebyli s tímto postupem a vznesenými požadavky srozuměni. Z výpovědí jednotlivých svědků je zřejmé, že požadavky obou společností nebyly podloženy žádným garantovaným a jasně definovaným protiplněním. Z výpovědí dále vyplynulo, že „alianční bonus" má u obou společností jednotný mechanismus výpočtů i jednotnou (obdobnou) procentní výši, jakkoliv se jej společnost MEINL posléze snažila přejmenovat (obdobně BILLA sdělovala svým dodavatelům, že jim bude fakturován např. za „marketinkovou podporu", apod.). Sami účastníci nedokázali úřadu objasnit odůvodněnost svého požadavku na poskytnutí tohoto bonusu – neuvedli, jaké konkrétní další služby pro dodavatele s ním byly spojeny. Žalovaný zdůraznil, že ani dodavatelé nedovedli specifikovat službu, která jim byla za tento bonus poskytnuta; chápali jej pouze jako další platbu za to, že mohou dodávat do sítí obou spolupracujících společností.

Konečně pokud jde o námitky společnosti BILLA týkající se výše uložené pokuty, žalovaný konstatoval jednotlivá zákonná kritéria, která vzal při přezkoumávání výše pokuty uložené prvostupňovým orgánem v potaz. Pokud jde konkrétně o její výši, ve vztahu k ekonomické situaci společnosti BILLA, ta představuje pouze 0,37% jejího čistého obratu, dosaženého v roce 2001. Výše této pokuty je taktéž plně srovnatelná i s výší pokut ukládaných v obdobných věcech.

Ve věci rozkladu podaného druhým účastníkem řízení – společností MEINL, se žalovaný, v intencích zde uplatněných námitek, obšírně vyjádřil ke skutkové stránce věci. I zde, v zásadě se shodnou argumentací, jako v případě společnosti BILLA, uzavřel, že za prokázaný lze považovat fakt, že postup obou společností byl veden s cílem koordinovat nákupní ceny a kondice ve vztahu ke společným dodavatelům.

K námitkám, které byly následně uplatněny i v žalobě, žalovaný především uvedl, že postup obou společností nelze vykládat jako vytvoření tzv. „nákupní aliance" (jak tvrdí společnost MEINL), tedy institutu, který vykazuje zásadně prosoutěžní dopady. Uvedl, že v případě těchto aliancí vystupují menší soutěžitele na trhu společně (často i prostřednictvím jedné právnické osoby), aby tímto způsobem získali vyšší objemové slevy a mohli tak lépe konkurovat velkým soutěžitelům. V projednávané věci nicméně obě společnosti nakupovaly zboží od svých dodavatelů i nadále samostatně, koordinovaly pouze obchodní podmínky vůči svým dodavatelům, což vedlo k narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu a v důsledku toho i k omezení dodavatelů v jejich možnosti sjednat individuální tržní podmínky odběrů zboží samostatně s oběma společnostmi. Dále se žalovaný vypořádal s námitkami vztahujícími se ke způsobu vymezení relevantního trhu. Odmítl názor společnosti MEINL, že vymezen měl být jako „trh prodeje smíšeného zboží s převahou potravin",

kam by byli zahrnuti i soutěžitelé pod blíže specifikovanými OKEČ, stejně jako prodejny typu Cash and Carry. Toto žalovaný odmítl především s poukazem na skutečnost, že prvně zmiňovaná skupina prodejců je představována specializovanými prodejnami, na něž se spotřebitelé poptávající široký sortiment potravinářského zboží a doplňkového nepotravinářského zboží primárně při uspokojování poptávky neobracejí. Tato prodejní místa tedy nepředstavují pravidelnou alternativní nabídku při rozhodování spotřebitelů o výběru dodavatele požadovaného zboží. Pokud jde dále o společnosti typu Cash and Carry, ty jsou určeny především odběratelům, kteří zde zboží odebírají za účelem jeho dalšího prodeje; v některých případech je zde i omezena možnost nákupu (prodej jen registrovaným zákazníkům apod.). Dále žalovaný konstatoval, že se zabýval nejen poptávkovou stranou trhu, ale též stranou nabídkovou, na níž se důsledky jednání obou společností projevily. K námitkám, že kromě maloobchodních prodejců jsou zde i jiní odběratelé (např. z oblasti gastronomie), uvedl, že tito pro dodavatele společností BILLA a MEINL nepředstavují rovnocenný typ odběratelů, a to pro specifické požadavky jejich poptávky. Žalovaný tedy uzavřel, že negativní dopad předmětného jednání se projevil právě v omezení možnosti dodavatelů dodávat svým stávajícím odběratelům zboží za individuálně sjednaných podmínek. Pokud jde dále o společností MEINL namítané neuplatnění pravidla *de minimis* žalovaný uvedl, že společný podíl obou společností na relevantním trhu je větší jak 5%. Bez ohledu na tuto skutečnost nelze nevidět, že u horizontální dohody o přímém či nepřímém určení ceny (jak je tomu v daném případě) je aplikace tohoto ustanovení pojmově vyloučena (§ 6 odst. 2 písm. a) ZOHS2). K další námitce společnosti MEINL žalovaný uvedl, že podmínkou konstatace protiprávnosti jednání účastníků řízení, jedná-li se o dohodu o cenách, ve smyslu § 3 odst. 1 a § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS2, není důkaz o tom, že dodavatelé požadované finanční rozdíly v obchodních podmínkách obou účastníků řízení skutečně kompenzovali, nýbrž postačuje již jen existence potenciálního ohrožení hospodářské soutěže v důsledku účastníky řízení uzavřené zakázané dohody a jejího koordinovaného uplatňování vůči dodavatelům. Stejně jako v případě druhého účastníka řízení – společnosti BILLA – se žalovaný zabýval též námitkami společnosti MEINL, kterými bylo poukazováno na nepřiměřenost ukládané sankce. V této souvislosti je nutné uvést, že otázkou zkrácení délky protiprávního chování, ve vztahu k výši uložené pokuty prvostupňovým rozhodnutím, se odůvodnění rozhodnutí žalovaného nikterak nezabývá.

Žalovaný konečně, k námitkám obou společností uplatněným v rozkladu, konstatoval, že v rámci rozkladového řízení doplnil dokazování oslovením celkem 34 společných dodavatelů potravinářského zboží, a to směrem ke zjištění, jak velký podíl svých dodávek realizují právě u obou společností. Z takto doplněného dokazování vyplývá, že tito dodavatelé dodávají téměř všem obchodním řetězcům i odběratelům do ostatních distribučních kanálů; nelze tedy předpokládat, že by objem zboží běžně dodávaný do sítí obou účastníků řízení mohl být bez obtíží uplatněn v jiném obchodním řetězci, popř. v jiném distribučním kanálu (např. navýšením stávajícího objemu dodávaného zboží), v případě neakceptování navrhovaných změn obchodních podmínek. Je proto vysoce pravděpodobné, že hrozbu ukončení dodávek by

dodavatelé pociťovali důvodně jako újmu citelnou. Tímto způsobem byla tedy potvrzena možnost citelného dopadu chování obou společností na straně dodavatelů.

Jak již bylo výše konstatováno, včas podanými žalobami se společnosti BILLA a MEINL domáhaly přezkoumání zákonnosti obou výše citovaných správních rozhodnutí v řízení vedeném dle části třetí hlavy druhé dílu prvního soudního řádu správního (dále jen s.ř.s.). S ohledem na obsáhlost obou žalob a množství uplatněných námitek budou jednotlivé stížní body rozčleněny do samostatných, abecedně řazených, odstavců; odpovídajícím způsobem bude následně provedeno i jejich právní hodnocení.

Žaloba společnosti BILLA

A. Procesní vady

Pokud jde o námitky týkající se procesního postupu v řízení před prvostupňovým orgánem, žalobce především uvedl, že svědkům byly při provádění jejich výslechů běžně kladeny sugestivní a kapciózní otázky. Pracovníci úřadu opakovali některé otázky do doby, než získali požadovanou odpověď; námitky proti takovému postupu odmítli zaprotokolovat. Jako důkaz podporující tato tvrzení navrhl žalobce vyslechnout svědky Koláčka a Mgr. Čáslavskou, jakož i zástupce obou společností.

Žalobou je dále namítána nesprávná protokolace. Výslechy svědků i vyjádření účastníků byly psány na počítači, přičemž protokolující se šeptem domlouvali na různých korekturách a mohli se též libovolně vracet k předcházejícím částem zápisu. Tato skutečnost, dle názoru žalobce, jistě není bezvýznamná, neboť i jen drobná formulační korektura mohla vést ke změně obsahu jednotlivých výpovědí. Protokoly nejsou taktéž obsahově autentické, objektivní, ani přesné. Svědčí o tom i písemné doplnění výpovědi svědkyně Brančíkové, která touto cestou upřesňovala některá svá vyjádření zaprotokolovaná před prvostupňovým orgánem. Jako důkaz navrhl žalobce provedení výslechu jmenované svědkyně, stejně jako svědků výše již zmiňovaných. S otázkou protokolace souvisí též postup pracovníků prvostupňového orgánu, kteří odmítali zaprotokolovat vznášené námitky. Protesty právních zástupců obou společností proti způsobu protokolace, vedené zejména Ing. Kubíčkem, byly úspěšné jen v některých případech; samotné námitky však zaprotokolovány nebyly nikdy (jako důkaz žalobce navrhl, mimo jiné, výslech svědka Koláčka). Poukaz žalovaného na fakt, že jinou námitkou, směřující proti postupu prvostupňového orgánu, se prvostupňový orgán zabýval, není případný, neboť šlo jen o výjimečný případ, kdy takto správní orgán postupoval a nejednalo se navíc o otázku protokolace. Žalobce dále uvedl, že na účastníky byl činěn (blíže popsaný) nátlak a namítl též porušení principu vyjádřeného v § 3 odst. 2 správního řádu, v souvislosti s předáváním opisu protokolu o výslechu svědků, který někteří svědci obdrželi, jiným byla tato možnost odepřena. I tento fakt svědčí, dle názoru žalobce, o nahodilosti a libovůli v postupu správního orgánu I. stupně.

Dále je žalobou rozporován postup prvostupňového orgánu, pokud jde o otázku nahlížení do spisového materiálu a možnost seznámení se s podklady pro rozhodnutí. Jak žalobce uvedl, nebyla mu, s odkazem na existenci obchodního tajemství, zpřístupněná více jak 1/3 správního spisu. S časovým odstupem (a na základě vznesených námitek) došlo posléze k částečnému sjednání nápravy, listiny týkající se jednotlivých dodavatelů a druhého účastníka správního řízení, označené jako obchodní tajemství, mu však zůstaly i nadále nepřístupné. Pouhý fakt, že určitá osoba označí svá data jako obchodní tajemství nicméně nezbavuje správní orgán povinnosti posoudit, zda jde skutečně o údaje, které mohou být tímto způsobem chráněny, neboť soukromý zájem na utajení obchodního tajemství nemůže převážit nad dodržováním základních práv účastníků řízení. Oba správní orgány při interpretaci tohoto pojmu vybočily z přístupných mezí. Nezohlednily totiž především skutečnost, že efektivní ochrana práv účastníka správního řízení v sobě zahrnuje právo seznámit se s podklady pro rozhodnutí, tedy se správním spisem (§ 23 správního řádu). Pokud není účastník vyrozumíván ani o provádění šetření a ohledání (v projednávané věci u jednotlivých dodavatelů) a nemůže se též seznámit se všemi zjištěnými skutečnostmi ve správním spisu, nemůže na jednotlivá zjištění reagovat a efektivně tak hájit svá práva. Takový postup ustanovení § 23 odst. 3 správního řádu (na které se oba správní orgány odkazují) nepředpokládá. Je-li důkaz proveden pouze tak, že se s jeho obsahem seznámí toliko rozhodující správní orgán s tím, že účastníkům je pouze tento procesní úkon oznamován, bez toho, že by jim byl jeho obsah zpřístupněn, jde nepochybně o porušení práva na spravedlivý proces. Pokud jde dále o úpravu reflektující existenci obchodního tajemství v ZOHS2, tento zákon obsahuje toliko jediné ustanovení (§ 24), které však na tuto problematiku nedopadá. Dovozují-li konečně oba správní orgány, že obě rozhodnutí se o znepřístupněné doklady téměř neopírají, zůstává otázkou, z čeho tedy tato rozhodnutí skutkově vycházejí.

Žalobcem je dále rozporován postup prvostupňového orgánu, kterým mu bylo odepřeno právo účastnit se na prováděných místních šetřeních. Dle názoru žalobce ust. § 21 odst. 4 ZOHS2, na který se oba správní orgány odkazovaly, neobsahuje komplexní úpravu postupu při tomto procesním úkonu. Je proto nutné aplikovat subsidiárně normu upravující obecné podmínky správního řízení – správní řád. Ten v § 21, resp. v § 38, výslovně zakotvuje právo účastníka řízení účastnit se ústních jednání, resp. ohledání a klást při těchto procesních úkonech otázky, vyjadřovat se ke způsobu provádění úkonů a požadovat vysvětlení od zúčastněných osob. Opačný postup by byl v rozporu s ústavním pořádkem České republiky. Zástupce žalobce k těmto procesním úkonům zván nebyl (oba správní orgány to ani nepopírají) a lze tedy hovořit o zásahu do procesních práv žalobce, v důsledku čehož je pak nezákonné i následně vydané správní rozhodnutí. Popsaným způsobem by mohlo dojít i k obcházení zákona, kdy například svědek, který se nedostavil ke svědecké výpovědi, mohl být vyslechnut následně, například právě v rámci provádění místního šetření.

Nezákonný postup namítá žaloba i pokud jde o průběh místního šetření v jeho sídle, konaného dne 16. 7. 2002. Dle jeho názoru se ze strany pracovníků prvostupňového orgánu fakticky jednalo o svémocné vniknutí. Zaměstnanci žalobce

byli bezprávně poučeni o své povinnosti vpustit pracovníky úřadu do budovy a zpřístupnit jim počítače o obchodní knihy. Pracovníci úřadu přitom odmítli vyčkat příchodu alespoň jednoho z jednatelů; argumentovali přitom možností uložení pokuty. Ani jeden ze správních orgánů neuvedl, kteří konkrétní pracovníci žalobce měli dát ke vstupu souhlas; neexistuje též doklad o tom, že by byli poučeni ve smyslu ust. § 21 odst. 6 ZOHS2. Ve smyslu zmiňovaného ustanovení má přitom kontrolovaný subjekt možnost volby, ve smyslu umožnění provedení šetření či jeho odmítnutí, byť s rizikem uložení pokuty. K takové volbě ovšem nejsou povoláni řadoví zaměstnanci kontrolovaného subjektu. Jednatelka žalobce, která se v průběhu kontroly dostavila, byla sice protokolárně poučena a nevznesla formálně žádné námitky; nemohla si však „ověřit pravdivost a rozsah oprávnění" prvostupňového orgánu. Tento její úkon však nemohl nikterak zhojit nezákonnost již realizovaných úkonů.

S otázkou výše zmiňovaného místního šetření souvisí i námitka týkající se neoprávněného převzetí korespondence žalobce s advokátem. Ta byla, dle názoru žalobce, získána nezákonně, neboť nezákonné bylo již samotné místní šetření. Jednatelka žalobce byla navíc nepravdivě poučena o právu správního orgánu zadržet i listiny tohoto druhu a její námitky nebyly nikterak zaprotokolovány. Věcně jde přitom též o porušení práva na obhajobu. Ve smyslu judikatury Evropského soudního dvora (dále též ESD) v řízení, které může vést k uložení sankcí, se ochrana korespondence s nezávislými advokáty počítá již od okamžiku zahájení správního řízení, a to včetně případné předchozí korespondence, má-li souvislost s předmětem řízení. Neobstojí ani argumentace žalovaného, že tato korespondence nebyla jako důkaz použita. Předmětná korespondence se totiž týkala přímo šetřené věci a mohla zásadním způsobem ovlivňovat šetření a rozhodování správního orgánu, neboť obsahovala vedle konkrétních právních analýz i základní teze obhajoby žalobce, včetně jejích možných alternativních strategií. Jejím převzetím tak byla účastníku řízení nutně oslabena možnost účinné obhajoby, neboť správní orgán byl předem seznámen s možnými cestami, kterými se tato bude ubírat. Proti popsanému postupu prvostupňového orgánu se žalobce opakovaně ohrazoval a vznášel námitky. Sám žalovaný ostatně pochybení prvostupňového orgánu připustil, konstatoval-li, že tato korespondence nemusí být součástí spisového materiálu a může být žalobci navrácena.

Žalobou je dále namítána skutečnost, že zástupci žalobce nebyla umožněna účast při výslechu obchodního ředitele společnosti MEINL dne 28.6.2002. O tomto důležitém úkonu nebyl žalobce vůbec vyrozuměn a neměl možnost se ho účastnit a využít tak svých práv plynoucích z ust. § 21 odst. 2 správního řádu.

Další procesní pochybení spatřuje žalobce v nedostatečně přesném vymezení předmětu správního řízení. Jak uvedl, prvostupňový orgán specifikoval účel šetření natolik vágně (podezření z porušení ust. § 3 odst. 1 ZOHS), že pod něj lze podřadit prakticky jakoukoliv kartelovou dohodu, tedy velmi široký okruh skutků. Skutkové vymezení přitom nespecifikoval ani poté, co žalobce podal vyjádření, z nějž jasně vyplývá, že svoji obranu či obhajobu směřuje proti jiné skutkové podstatě, než kterou vyvodil v rámci rozhodnutí správní orgán prvého stupně. Žalobce totiž vycházel z toho, že vytýkané jednání lze kvalifikovat pouze jako jednání ve smyslu ust. § 3

odst. 1 písm. d) ZOHS1/2, neboť alianční bonus se netýkal cen, nýbrž nákupních podmínek, a proto žalobce předpokládal, že takové jednání bude správní orgán kvalifikovat maximálně jako přijetí dalšího plnění věcně nesouvisejícího podle obchodních zvyklostí a zásad poctivého obchodního styku s předmětem smlouvy (§ 3 odst. 2 písm. d) ZOHS). Tímto směrem také žalobce směřoval svoji obranu a neuplatňoval důkazy a argumenty vyvracející možnost porušení ust. § 3 odst. 2 písm. a) zákona. Bylo přitom povinností správního orgánu poučit účastníka řízení o tom, jaké konkrétní porušení zákona je mu kladeno za vinu, zvláště pak, bylo-li z jeho obrany zřejmé, že tato směřuje k vyvrácení podezření stran jiného možného porušení zákona (viz například obsah zadržené korespondence s advokátem). Tento rozpor ostatně dokládá i existence jednoho z důkazů – tabulky „Pět firem", která měla sloužit ke zjištění, zda nemůže být řízení vedeno stran podezření o existenci zakázaných cenových dohod. Na základě zjištění jejího obsahu žalobce naznal, že o cenové nivelizaci nemůže být uvažováno a směřoval proto svou obranu jiným směrem.

V rámci této skupiny žalobních námitek namítl žalobce konečně též otázku složení rozkladové komise (její personální obsazení mu není známo a nemohl se tedy vyjádřit k otázce možné podjatosti jednotlivých osob), jakož i skutečnost, že prvostupňové rozhodnutí nebylo vydáno v zákonem stanovené lhůtě a že v průběhu řízení před prvostupňovým orgánem nebyl respektován princip procesní ekonomie (existence řady prostojů, zpoždění jednání apod.).

B. Alianční bonus.

Existence zmiňovaného bonusu nesměřovala, dle tvrzení žalobce, k určování cen. Koordinace postupu obou společností měla za cíl pouze výměnu marketingových informací, což mělo vést k vylepšení jejich konkurenceschopnosti. V případě aliančního bonusu šlo obsahově o bonus za výhody poskytnuté jednotlivým dodavatelům; šlo o jistou formu sdílení rizika za situace, kdy se nová strategie neosvědčí. Bylo přitom pouze na dodavatelích, zda na tento návrh přistoupí – žádný nátlak na dodavatele nebyl prokázán. V této souvislosti žalobce zdůraznil, že pouze dva vyslechnutí svědci vyjadřovali své obavy, spojené s neakceptací tohoto bonusu; dle názoru žalobce však jde pouze o subjektivní pocity těchto osob, jejichž výpovědi jsou navíc tendenční a rozporuplné. Dále žalobce uvedl, že premisa, dle které si společnosti BILLA a MEINL tímto způsobem prakticky přestaly konkurovat na daném relevantním trhu, nekoresponduje se způsobem, jakým byl relevantní trh vymezen (viz dále). Tvrzení, že došlo ke koordinovanému vyjednávání o nákupních podmínkách, včetně slaďování nákupních cen a kondic a ke zpětnému dorovnávání, stejně jako tvrzení, že individuálně (tedy bez tvrzeného způsobu koordinace) by zamýšleného cíle obě společnosti nedosáhly, nemají oporu v provedeném dokazování.

C. Vymezení relevantního trhu.

Dle názoru žalobce nebyl v dané věci především důvod vylučovat z relevantního trhu tzv. „národní řetězce", řetězce s majoritním zahraničním

vlastníkem a další specializované prodejny potravin (např. ovoce-zelenina, apod.), neboť jde o přímé konkurenty společností BILLA i MEINL. Vzorek oslovených dodavatelů nebyl dostatečně reprezentativní, neboť neobsahoval alternativní dodavatele; z podílu obou společností na dodávkách od těchto dodavatelů tak nelze dovozovat jejich podíl na dílčích relevantních trzích. Výroky obou rozhodnutí, v kontextu s jejich odůvodněním, vyvolávají dále nejasnost v tom, kdo měl být dohodou obou společností vůbec poškozen. Není jasné, zda poškozeni měli být dodavatelé obou společností, či jiní soutěžitelé na téže úrovni trhu, či snad spotřebitelé obou společností. Rozporuplně totiž působí konstatování, že trh byl zkoumán z pohledu spotřebitelů, přičemž soutěž byla narušena na straně trhu s dopadem na dodavatele. Stejně je tomu i v konstatování, že narušení hospodářské soutěže bylo prokázáno mezi maloobchodními prodejci zboží denní spotřeby, jež jsou stranou poptávající zboží od svých dodavatelů, a výrokem ad I. obou napadených rozhodnutí. Relevantní trh je v dané věci vymezen nesprávně i za situace, pokud by na místo roviny dodavatel – odběratel (kam směřovalo i šetření úřadu) byl vztažen ke spotřebitelům. Nebyl zde důvod vyloučit z něj prodejny typu Cash and Carry, specializované prodejny, či shopy u benzínových pump a kiosky. Na rozdíl od situace v Rakousku (jehož se týkalo rozhodnutí Evropské Komise – dále též „Komise", ze kterého oba správní orgány vycházely) jsou tito prodejci pro běžné spotřebitele běžnou alternativou jejich nákupů (toto tvrzení je v žalobě blíže odůvodněno). V rámci této skupiny žalobních námitek namítl žalobce konečně též nepřezkoumatelnost rozhodnutí žalovaného s tím, že ten se s jeho námitkami, jak byly v rámci tohoto žalobního bodu popsány, ve svém odůvodnění blíže nevypořádal.

D. Specifické postavení některých dodavatelů na trhu.

Žalobce dále namítl, že při porovnávání nákupních cen u společností SETUZA, a.s. a Budějovický Budvar, n.p., nebylo zohledněno jejich specifické postavení na trhu. Pokud jde o společnost prvně zmiňovanou, ta se nachází na relevantním trhu v dominantním postavení a musí proto dodávat všem odběratelům za stejných podmínek. V případě druhém se jedná o subjekt, který (až na výjimky) v praxi dodává všem tuzemským odběratelům za prakticky stejné ceny. Pokud se tedy ceny za dodávané zboží u těchto dodavatelů u obou společností přiblížily, nemůže jim to být v žádném případě kladeno k tíži.

E. Vymezení období, ve kterém došlo k vytýkanému jednání.

Dle názoru žalobce orgán dohledu především neprokázal, že by před datem 1.2.2001 došlo k jednání ve smyslu prohlášení společností BILLA a MEINL ze dne 31.1.2001. Samotné oznámení jistě nemůže být považováno za protizákonné a žalovaný proto měl, v souladu s požadavkem rozhodování na základě řádně zjištěného stavu věci (§ 32 správního řádu), prokázat, že se tak skutečně stalo. Uvedené platí obdobně i pro ukončení tohoto jednání. Žalobce již v průběhu správního řízení opakovaně upozorňoval, že předmětné jednání již po měsíci září 2001 nepokračovalo. Pokud snad správní orgán prvého stupně zajistil některé materiály pozdějšího data, neznamená to ještě, že tyto musely prokazovat protiprávní jednání žalobce. Pokud se

jedná o doklad „Pět firem" žalobce opakovaně vysvětloval, že šlo pouze o interní podklad, vyhotovený pro potřeby právního zástupce, a k jeho posouzení. Taktéž v případě e-mailové zprávy ze dne 20. 1. 2002 nelze hovořit o pokračování ve vytýkaném jednání. V této souvislosti žalobce uvedl, že to, že u něj ještě po září 2001 někdo poslal e-mailovou zprávu, jejímž obsahem je jednání do září 2001, v žádném případě neznamená, že takové jednání také ve skutečnosti pokračovalo. Pokud jde o postup žalovaného, ten, se změnou prvostupňového rozhodnutí ve smyslu omezení doby posuzovaného jednání o cca 1/3, měl nepochybně též přehodnotit otázku závažnosti tohoto jednání, což by se mělo následně odrazit i v úvaze o snížení ukládané pokuty. Žalovaný tak neučinil a tento postup nikterak blíže nezdůvodnil; rozhodnutí lze proto v tomto směru považovat ze nepřezkoumatelné.

F. Záměna pojmů „nákupní podmínky" a „obchodní podmínky".

Žalobce upozornil dále na skutečnost, že předmětem spolupráce obou společností byla oblast „nákupních podmínek", což je obsahově mnohem širší pojem než „obchodní podmínky". Prvostupňový správní orgán se nicméně zaměřil pouze na podmínky obchodní, jejichž obsahem jsou pak především cenová ujednání. Takto zúžený předmět řízení však vydával i nadále za „nákupní podmínky".

G. Obecná povědomost o obchodních podmínkách konkurence.

V rámci této žalobní námitky žalobce konstatoval, že jakkoli jsou obchodní podmínky považovány za obchodní tajemství, v praxi lze zejména nákupní ceny často se značnou přesností dovodit, a to např. přímo z obchodů konkurence, či od fluktuujících nákupčích, apod. Tyto skutečnosti lze ostatně svědecky doložit.

H. Neznalost pojmu „alianční bonus" jednatelkou žalobce.

Žalobce především zdůraznil, že u tohoto typu bonusu nebyla dodržována jednotná terminologie. Dokumenty, kde se tento výraz objevuje, nejsou jednatelkou žalobce podepsány; oblast nákupů nespadá do její gesce. Na vědomost o existenci tohoto bonusu byla kontrolními pracovníky dotázána za stresujících okolností při místním šetření a uvedla-li za této situace, že tento typ bonusu nezná, nelze z této skutečnosti dovozovat přitěžující okolnost v rámci úvah o výši ukládané pokuty, jak to učinil prvostupňový orgán.

I. Relevantnost důkazu „Pět firem".

Předmětný důkaz byl, dle tvrzení žalobce, pouze interním podkladem, zpracovaným pro potřebu právního zástupce. Vytvořen byl na základě žádosti zaslané společnosti MEINL; ta zaslala žalobci podklady týkající se jejích dodavatelů, žalobce do nich zapracoval své údaje a takto vzniklý soubor dat (tabulka) byl rozeslán (a následně přeposlán) dne 18. 6. 2002 (26. 6. 2002) zástupcům obou společností (právním zástupcům). Tento doklad byl u žalobce zajištěn dne 16. 7. 2002, tedy jen

necelý měsíc po jeho vyhotovení. S ohledem na povahu tohoto podkladu bylo přitom jen věcí žalobce, zda jej předloží správnímu orgánu jakožto důkaz či nikoli. Pokud jde o obsah tohoto důkazu, nelze z něj učinit závěr, že šlo o nástroj určený ke sjednocování cen obou společností; bez bližší interpretace nejsou informace v něm uvedené srozumitelné, není v ní uveden žádný alianční bonus, JM bonus, apod. Závěry, které z něj dovodily oba správní orgány jsou proto nepřípadné.

J. Přesnost vyčíslení rozdílů v cenách.

V rámci tohoto žalobního bodu žalobce uvedl, že konstatoval-li prvostupňový orgán, že pouhá obecná znalost obchodních podmínek by oběma společnostem neumožňovala tak přesné vyčíslení rozdílů v cenách, jaké se objevují v jejich požadavcích na kompenzace, měl se, z logiky věci, zabývat též tím, jak přesné toto vyčíslení ve skutečnosti je. Touto otázkou (na rozdíl od okolností, které žalobci přitěžují) se správní orgány vůbec nezabývaly.

K. Relevantnost a interpretace sdělení poskytnutých jednotlivými dodavateli.

Jak žalobce uvedl, prvostupňový orgán oslovil přibližně 30 % „dotčených dodavatelů" (34 subjektů), přičemž obdržel 29 odpovědí; pouze u 9 z nich (tedy opět u zhruba 30 %) mělo být konstatováno sjednocení (sblížení) nákupních cen (kondic). Ke sjednocení základní ceníkové ceny (tedy skutečné ceny, za kterou se, po zohlednění dalších obchodních podmínek, nakupuje) mělo dojít jen v případě tří dodavatelů. Z uvedeného je tedy zřejmé, že pouze přibližně 3 % dodavatelů potvrzují závěry obou správních orgánů uvedené v jejich rozhodnutích. Obsah vyjádření ostatních dodavatelů přitom správní orgány zcela pomíjejí. V této souvislosti upozornil žalobce na skutečnost, že dva z výše zmiňovaných tří dodavatelů jsou navíc ve specifickém postavení na trhu (viz žalobní bod D.). Ze strany správních orgánů nebyla taktéž vůbec zohledněna možnost, že, po porovnání obchodních podmínek, se iniciativy jednostranně chopila společnost MEINL, která tak učinila kroky ke zlepšení vlastních podmínek ve vztahu k dodavatelům.

L. Výpovědi svědků.

V rámci tohoto obsáhlého žalobního bodu žalobce především konstatoval, že jednotlivé vyslechnuté osoby zastupovaly jen okrajové dodavatele, přičemž není zřejmé, proč nebyli jako svědci slyšeni zástupci dodavatelů strategického významu. Konstatoval-li žalovaný, že u těchto dodavatelů byly rozhodné skutečnosti zjištěny jiným způsobem, není zřejmé, proč byly výslechy svědků vůbec prováděny. Není dále jasný systém, jakým byli svědci vybíráni; pokud se navíc předvolaní svědci nedostavili, nadále již nebylo na jejich výpovědích trváno. Výslechy a jimi zjištěné skutečnosti, které nezapadaly do předem připraveného konceptu prvostupňového orgánu, byly v rámci hodnocení věci zcela pominuty (viz např. svědecká výpověď Václava Čiháka).

Pokud jde o obsah jednotlivých svědeckých výpovědí, žalobce poukázal na následující skutečnosti: Svědek **Koláček** (mimo jiné) vypověděl, že ke sjednocení kondic obou společností nedošlo, za zavedení aliančního bonusu mu bylo poskytnuto protiplnění (faceenig), přičemž zavedení tohoto bonusu se nebránil. Svědek **Káninský** vypověděl, že obchodní podmínky společností BILLA a MEINL lze porovnávat jen obtížně. V rámci jednání nebyly ceníky detailně porovnávány; posuzován byl toliko sortiment dodávaný do obou společností, nikoli otázky jeho dodávek. Po třístranném jednání svědek obdržel návrh na zavedení bonusu jen od společnosti MEINL. Pokud jde o obsah pojmu „nákupní podmínky", ten lze, dle jeho názoru, zaměnit za pojem „obchodní podmínky". Pokud jde dále o výpověď svědka **Bartoše**, zde šlo o nového dodavatele, který byl mezi dodavatele zařazen z jiných (smluvních), než marketingových důvodů – jednání s ním mělo víceméně seznamovací charakter. Svědek sám ve své výpovědi uvedl, že na srovnávání nákupních podmínek na něj nátlak činěn nebyl. Jakkoli též vypověděl, že bonusy obou společností jsou v jeho případě stejně vysoké, neznamená to, že mají též stejný obsah. Výpověď svědka **Štětky** označil žalobce za nedůvěryhodnou, neboť tento byl žalobcem „vylistován" a jeho výpověď sama o sobě je založena jen na dohadech a nepodložených tvrzeních. I přesto ani tento svědek nepotvrdil, že by se jednání o obchodních podmínkách zúčastnil i zástupce žalobce; změna obchodních podmínek se týkala jen společnosti MEINL. Svědek **Starý** taktéž nepotvrdil, že by na základě aliance obou společností došlo ke změně skutečných cen za dodávky, či jiné změně obchodních podmínek. Obdobně jako svědek Koláček potvrdil, že o výši cen dodavatelů existuje na trhu poměrně jasná představa. Pokud jde dále o navýšení finančního bonusu o 1 %, svědek uvedl, že tuto skutečnost nedával do souvislosti s aliančním jednáním. K otázce aliančního bonusu se vyjádřil též svědek **Hučka**, který uvedl, že bonus měl být poskytnut odběratelům za blíže specifikované aktivity typu výměny zkušeností, pořádání letákových akcí, apod. V případě výpovědi svědka **Šedy** žalobce zpochybnil její relevanci, a to s ohledem na špatné vztahy mezi ním a žalobcem (žalobce se společností, kterou svědek zastupuje, již dříve ukončil spolupráci). Dle jeho názoru výpověď tohoto svědka byla tendenční až nepravdivá; nelogické je též jeho tvrzení, že na alianční bonus přistoupil toliko z obavy z „vylistování", když následně o své vůli sám ukončil spolupráci z důvodu jednorázového porušení smluvních vztahů žalobcem. Konečně pokud jde o výpověď svědkyně **Musilové**, zde, dle názoru žalobce, existují pochybnosti o její erudici a věrohodnosti, a to pro řadu věcných neznalostí a pouhých domněnek. I tato svědkyně nicméně potvrdila, že po třístranném jednání ke změně obchodních podmínek nedošlo a stalo se tak až po jednání její společnosti se společností MEINL.

S ohledem na všechny tyto skutečnosti tedy žalobce uzavřel, že i svědecké výpovědi potvrzují, že společná jednání nevedla ke sjednocení cen nebo obchodních podmínek, nýbrž směřovala pouze k výměně informací o sortimentu zboží a vylepšení facingu; bylo též potvrzeno, že dodavatelé se jednání účastnili dobrovolně, na úpravy, které vyplynuly z jednání, přistupovali taktéž dobrovolně a případné bonusy jim byly kompenzovány protislužbou. Společná jednání společností BILLA a MEINL nelze

tedy podřadit pod žádnou ze zákonem zakázaných dohod, a i kdyby snad ano, dopadala by na ně výjimka uvedená v § 6 odst. 1 ZOHS2

M. Výše pokuty.

Dle názoru žalobce výše uložené pokuty vybočuje z dosavadní rozhodovací praxe orgánu dohledu, neboť maximální uložená pokuta ve věcech horizontálních kartelových dohod byla uložena ve výši 2,3 milionů Kč (obvyklá výše pokut se pohybuje v řádech stovek tisíců). Výše pokuty neodpovídá taktéž podílu žalobce na daném relevantním trhu a ve svých důsledcích pro něj může mít i likvidační důsledky (za rok 2003 vykázal zisk ve výši zhruba 55 milionů Kč). Odůvodnění výše ukládané pokuty je taktéž nepřezkoumatelné, a to s ohledem na důvody uvedené již pod žalobním bodem E.

N. Ostatní námitky.

Žalobce konečně namítl též tendenční postup prvostupňového orgánu, který (dle jeho názoru) nezohledňoval v průběhu řízení okolnosti svědčící v prospěch žalobce. Poukázal též na skutečnost, že rozhodovací praxe v rámci EU je u soutěžitelů jeho velikosti benevolentnější, neboť reflektuje obtížné postavení těchto soutěžitelů na trhu.

Ze všech uvedených důvodů proto žalobce navrhl, aby soud obě napadená správní rozhodnutí zrušil; in eventum aby využil svého moderačního práva, v souladu s ust. § 78 odst. 2 s.ř.s.

Žaloba společnosti MEINL

Pokud jde dále o žalobní námitky žalobce b), zde je především nutno uvést, že tyto se částečně překrývají s námitkami žalobce a), které byly podrobně popsány již výše. Soud se proto v dalším omezí pouze na konstatování těch námitek, které žaloba žalobce a) neobsahuje.

O. Prosoutěžní charakter uzavřené dohody.

Dle názoru společnosti MEINL oba správní orgány především dostatečným způsobem nezohlednily specifika fungování soutěže v dané oblasti, a to zejména pokud jde o postavení obchodních řetězců. Tyto řetězce jsou schopny odebírat od dodavatelů objemy zboží výrazně převyšující odběrové možnosti běžných obchodníků. To jim následně umožňuje získat od dodavatelů rozličné výhody finančního rázu, jako je nižší prodejní cena, bonusy, odklady placení apod. Část takto realizované úspory je promítnuta posléze do nižší koncové prodejní ceny, z čehož v konečném důsledku profitují spotřebitelé. Menší řetězce, které nedisponují touto nákupní silou, mohou tomuto tlaku (chtějí-li se i nadále udržet na trhu) čelit v zásadě pouze dvěma způsoby, a to buď spojením s jiným méně silným řetězcem (což vede k posílení postavení na trhu), nebo uzavřením tzv. nákupní dohody s jiným řetězcem (které jim umožní

vyjednat s dodavateli podmínky srovnatelné s podmínkami nejsilnějších obchodních řetězců). Na rozdíl od první možnosti, uzavírání nákupních dohod není spjato s nárůstem prodejní síly a nedochází tedy ke koncentraci koncového, spotřebitelského trhu. Nákupní dohody, kdy smluvní strany disponují společně tržním podílem nižším než 15 % zásadně implikují neexistenci tržní síly ohrožující potenciálně hospodářskou soutěž. O takový případ se tedy jedná i v dané věci, kde byl tržní podíl obou společností na relevantním trhu (byť nesprávně - viz bod P. - určen pouze ve výši 5,7%).

Předmětná dohoda neobsahovala, dle názoru žalobce, též žádné „rizikové klauzule", ve smyslu výkladu tohoto pojmu Evropskou Komisí.

K uzavření dohody mezi oběma společnostmi došlo za situace zostřující se soutěže mezi obchodními řetězci, které nákupní síla jednotlivých kontrahentů neumožňovala efektivně čelit. Uzavřením dohody však došlo ke zvýšení nákupní síly z přibližně 2 % na 5 %, což smluvním stranám umožnilo vyjednat nákupní podmínky umožňující alespoň do určité míry čelit sílícímu tlaku konkurence a v této konkurenci přežít.

Žalobce tedy uzavřel, že předmětná nákupní dohoda měla prosoutěžní efekt, když zamezila koncentraci trhu a posílila soutěž mezi řetězci, čímž vytvořila na všechny soutěžitele tlak, nutící je přenášet co největší díl dojednané hospodářské výhody na spotřebitele. Tato dohoda proto nesplňuje podmínky § 3 odst. 1 ZOHS1(2), protože není dohodou, která by mohla vést k narušení hospodářské soutěže.

P. Neujasněnost v otázce, jaká soutěž měla být dohodou omezena.

Dle názoru žalobce se správní orgány spokojily při právním hodnocení věci pouze s konstatováním, že jednáním obou společností byly naplněny formální znaky zakázané dohody, ve smyslu § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS1/2, bez toho, že by se zabývaly též tím, zda byly vůbec splněny podmínky vyplývající z ustanovení § 3 odst. 1 zákona. Naplňuje-li totiž některá dohoda soutěžitelů znaky popsané pod některým z písmen § 3 odst. 2 ZOHS1(2), může jít o zakázanou dohodu pouze tehdy, je-li splněna též podmínka uvedená v odst. 1 tohoto ustanovení, tedy podmínka alespoň možného narušení hospodářské soutěže.

Tato podmínka v projednávané věci splněna být nemohla, neboť na poptávkové straně trhu se hospodářská soutěž vůbec neodehrává. Jsou to totiž naopak dodavatelé, kdo (pro převis nabídky nad poptávkou) soutěží o to, aby mohli do obchodních řetězců dodávat co největší možný objem svých výrobků. Tuto skutečnost ostatně prokazuje fakt, že dodavatelé odběratelům platí rozličné prémie a bonusy, spojené s možností těchto dodávek.

Dohoda samotná nesměřovala ke stanovení cen, ale pouze k zajištění stejného přístupu dodavatelů k oběma smluvním stranám; dodavatelé jí nebyli omezeni

v možnosti bojovat mezi sebou o shodné odběratele. Právě tato neujasněnost vede k tomu, že orgán dohledu zde fakticky směšuje dva rozdílné soutěžní pojmy, a sice dohody omezující hospodářskou soutěž a jednání zneužívající účast v hospodářské soutěži. Zatímco v prvním případě se jedná o případ, kdy dochází k omezení možnosti soutěžit, v druhém případě jde o poškozování jiných soutěžitelů, či získávání nedovolených výhod. Správní orgány posuzovaly jednání, které by snad mohlo naplnit hypotézu ust. § 11 odst. 1 ZOHS2; jelikož však obě společnosti nejsou na daném relevantním trhu v dominantním postavení, snažily se tuto skutečnost subsumovat pod ust. § 3 odst. 1, 2 písm. a) ZOHS1/2. Vycházejí přitom z hodnocení míry individuální závislosti jednotlivých dodavatelů na obou společnostech; to by však bylo právně relevantní jen z pohledu možného zneužití hospodářské závislosti. Posledně zmiňovaná praktika však nejenže není naším soutěžním právem zakázána, ale ani by se o ni (ve smyslu rozhodovací praxe Evropské Komise) nemohlo, pro nízký tržní podíl smluvních stran, jednat.

Ze strany obou správních orgánů jde tedy fakticky o neujasněnost otázky, jaká soutěž měla být předmětnou dohodou omezena. Zatímco v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí se hovoří o omezení soutěže na nabídkové straně trhu, v enunciátu je konstatováno omezení soutěže na poptávkové straně trhu; rozkladové rozhodnutí hovoří již jen o narušení hospodářské soutěže na trhu denní spotřeby, aniž by bylo specifikováno na jaké straně tohoto trhu se tak mělo stát. Na poptávkové straně trhu ve skutečnosti žádná soutěž neexistuje; na nabídkové straně nebyla soutěž v oblasti cen nikterak omezena.

Q. Aplikace zásady *de minimis*.

I za situace, kdy by snad bylo lze dovodit, že uzavřená dohoda splňuje podmínky ust. § 3 odst. 1 ZOHS1/2, bylo by na místě, dle názoru žalobce, aplikovat na jednání obou společností pravidlo *de minimis*. Aplikace tohoto pravidla by byla možná za situace, pokud by správní orgány vymezily odpovídajícím způsobem relevantní trh. Ten byl prvostupňovým rozhodnutím definován jako „trh zboží denní spotřeby určeného k maloobchodnímu prodeji spotřebitelům"; při hodnocení chování však byl uvažován dopad dohody na hospodářskou soutěž mezi dodavateli – ti však na tomto relevantním trhu nepůsobí (jedná se o tzv. předřazený trh). Podíly obou společností na předřazených trzích jsou přitom menší (je nutno uvažovat též o dalších odbytových možnostech dodavatelů, jako jsou např. restaurace apod.) a 5% hranice uvedená v § 6 odst. 1 ZOHS1/2 by tak nebyla překročena.

Ani za situace, kdy by 5% limit byl skutečně překročen, nelze, dle názoru žalobce, přehlédnout skutečnost, že by se tak stalo o 0,6 %. Za této situace by bylo namístě zohlednit nový přístup Komise, která (v blíže specifikovaném Sdělení), zvýšila práh pro bagatelní horizontální kartely z 5 % na 10 %, stejně jako fakt, že za bagatelní jsou považovány dohody mezi soutěžiteli, jejichž podíl na relevantním trhu v posledních dvou účetních obdobích nepřesáhl uvedenou hranici o více než 2 procentní body. Stejnou tendenci lze pak pozorovat i v rámci legislativních záměrů samotného orgánu dohledu.

Žalobce dále poukázal na skutečnost, že v zemích EU jsou nákupní dohody (včetně vytváření nákupních centrál) zcela běžné a nejsou považovány za narušení hospodářské soutěže. Dle Oznámení Komise č. 368/07 (OJ2001/C) se na tento typ dohod nenahlíží jako na hard core dohody o cenách, pokud umožňují kontrahentům vyrovnat výhody jiných soutěžitelů (majících větší tržní podíly), nezaloží-li se jimi stav kolektivní dominance na trhu. V této souvislosti žalobce zmínil též rozhodnutí francouzského regulátora, který rozhodoval za obdobného skutkového stavu, jaký je i v této věci. Orgán dohledu přitom k této rozhodovací praxi nikterak nepřihlédl.

R. Nedostatek subjektivního prvku v chování.

V rámci tohoto žalobního bodu poukázal žalobce na skutečnost, že podmínkou pro uložení sankce, ve smyslu ust. § 22 odst. 2 ZOHS2, je i subjektivní prvek v chování soutěžitelů. V případě obou společností přitom nelze přehlédnout, že jde o nadnárodní řetězce, které bez problémů s orgány dohledu praktikují tento typ dohod běžně v cizině. Bez významu taktéž není skutečnost, že obdoba „nákupní centrály" existovala i v České republice (při přibližně 20% podílu na trhu), přičemž Úřad proti takové praxi nikterak nezakročil. Společnosti MEINL i BILLA proto nemohly tušit, že jejich dohoda bude orgánem dohledu posuzována jako nedovolená. Šlo přitom o dohodu neutajovanou; obě smluvní strany chtěly zamýšleného stavu dosáhnout, právně ho však interpretují jinak než oba správní orgány.

S. Vymezení doby vytýkaného jednání.

Bez ohledu na skutečnosti výše uvedené dále žalobce namítl, že napadené rozhodnutí nabylo právní moci déle než jeden rok po zahájení řízení a takřka jeden rok po vydání rozhodnutí v prvém stupni. Uplynula tedy prekluzivní lhůta vyplývající z ustanovení § 14 odst. 5 ZOHS1 a nelze proto za období od 1. 1. 2001 do 30. 6. 2001 jednání obou společností jakkoli sankcionovat. ZOHS2 stanovil sice lhůtu delší, jeho aplikace na období předcházející jeho účinnosti by však byla v rozporu se zásadou zákazu retroaktivity.

Ze všech uvedených důvodů proto společnost MEINL navrhla, aby soud obě napadená správní rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení, popřípadě, aby bylo využito jeho moderačního práva, ve smyslu ust. § 78 odst. 2 s.ř.s.

Procesní stanoviska účastníků řízení

Žalovaný ve svém obsáhlém vyjádření k věci k žalobě žalobce a) zopakoval v zásadě argumentaci uplatněnou již v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Nad tento rámec uvedl, že otázka složení rozkladové komise mohla být vyřešena v rámci správního řízení, a sice postupem dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. Kromě toho má rozkladová komise povahu orgánu poradního a žalovaný při svém rozhodování není jejími závěry nutně

vázán. Samotné organizační otázky spojené s fungováním této komise jsou pak ryze interní záležitostí správního orgánu. K tvrzení, že vzorek oslovených dodavatelů zcela opomíjí nejdůležitější z nich, žalovaný zdůraznil, že jednotliví dodavatelé byli osloveni na základě náhodně provedeného výběru. Právě takový výběr odpovídá zásadě volného hodnocení důkazů. S ohledem na vysoký počet dodavatelů obou společností je přitom nepochybné, že převážnou část z nich nebylo možno oslovit. Zpochybňuje-li žaloba dále postup prvostupňového orgánu, který netrval na výslechu těch svědků, kteří se k výpovědi nedostavili, nesvědčí to, dle názoru žalovaného, o ničem jiném, než že jejich výpovědi nebylo dále třeba, neboť správní orgán si požadované informace v potřebném rozsahu opatřil z jiných zdrojů. K návrhu žalobce na postup ve smyslu ust. § 78 odst. 2 s.ř.s., žalovaný procesní stanovisko nezaujal.

Podáním ze dne 3. 5. 2004 se žalovaný vyjádřil též k žalobě žalobce b). Nad rámec skutečností uvedených již v odůvodnění svého rozhodnutí (mimo jiné) konstatoval, že porušením zákona (§ 3 odst. 1 ZOHS) není jen výslovná dohoda soutěžitelů o cenách, ale též jednání ve shodě omezující cenovou soutěž (např. neformální jednání o datu a rozsahu zvýšení ceny nebo výměna informací o ceně). Zákon přitom nerozlišuje mezi dohodami uzavíranými na nabídkové nebo poptávkové straně trhu (horizontální dohody) nebo dohodami v dodavatelsko-odběratelském vztahu (vertikální dohody). Dohoda o přímém určení ceny je ze zákona zakázaná, neboť shoda na nákupních podmínkách mezi soutěžícími odběrateli už ze své podstaty hospodářskou soutěž potenciálně narušuje. V rámci správního řízení přitom bylo jednoznačně prokázáno, že obě společnosti uzavřely dohodu, jejímž předmětem byla koordinace nákupních cen zboží dodávaného do jejích sítí maloobchodních prodejen, jakož i bonusů s těmito dodávkami spojených. Na tomto základě pak byly slaďovány zejména nákupní ceny, bonusy, netto/netto ceny, příp. požadovány též finanční kompenzace z důvodu dorovnání rozdílu mezi nákupními podmínkami obou společností. Tato protizákonná dohoda vedla k narušení soutěžního prostředí na poptávkové straně trhu, kde ovlivnila soutěž mezi maloobchodními prodejci, zejména srovnatelně velkými konkurenty, v důsledku snížení počtu nezávisle působících soutěžitelů na této úrovni trhu. Dopady dohody byly shledány i na nabídkové straně relevantního trhu, kde ve vztahu ke společnostem BILLA a MEINL působí dodavatelé, dodávající zboží do maloobchodního prodeje – potraviny a nepotravinářské zboží, neboť se jim omezila možnost uplatnit své zboží na trhu za konkurenčních podmínek: Tím došlo ke zhoršení jejich podmínek v hospodářské soutěži ve srovnání s ostatními dodavateli. Dopady dohody se však projevily i vůči konečným spotřebitelům, uspokojujícím svou potřebu po předmětném zboží. Pokud by totiž, v důsledku dané dohody, byl dodavatel donucen odejít z trhu, znamenalo by to i zánik jeho výrobkové značky; pro spotřebitele by to znamenalo snížení počtu výrobků, které může volit při uspokojování vlastních potřeb. Pokud jde dále o žalobní námitku, kterou společnost MEINL namítala prekluzi práva postihnout jednání v období od 1. 1. 2001 do 30. 6. 2001, zde žalovaný uvedl, že pokuta byla ukládána výlučně dle ust. § 22 odst. 2 ZOHS2 (nikoli v režimu ZOHS1). K samotné výši pokuty uvedl, že ze všech zjištěných skutečností dospěl k závěru, že námitky žalobce, ani po doplnění dokazování v rozkladovém řízení, nenasvědčují pro snížení pokuty: Pokuta uložená prvostupňový rozhodnutí byla proto potvrzena. Stejně jako v případě žaloby

společnosti BILLA i v tomto případě žalovaný navrhl, aby soud žalobu jako nedůvodnou zamítl.

Společnost BILLA ve své replice k vyjádření žalovaného znovu zopakovala svá tvrzení, uvedená již dříve v žalobě. K otázce provádění svědeckých výpovědí dále uvedla, že v průběhu správního řízení byla předložena čestná prohlášení některých svědků, která nekorektnost provádění těchto procesních úkonů potvrzují. Žalovaný, který měl tato prohlášení k dispozici, se ani nepokusil ověřit skutkový stav věci výslechem svědků a existenci těchto prohlášení zcela ignoroval. V replice je dále (nad rámec již uvedených skutečností) namítána existence logických trhlin v argumentaci obou správních orgánů, které na straně jedné přizvaly žalobce ke svědeckým výpovědím jednotlivých dodavatelů (u nichž bylo možné předpokládat, že budou vypovídat i o skutečnostech tvořících jejich obchodní tajemství), na straně druhé však účastníci nebyli informováni o jednáních s druhým účastníkem. Společnost BILLA konečně namítla též porušení zásady legitimního očekávání, pokud jde o výši ukládané sankce, neboť uložená pokuta zcela vybočuje z výše pokut ukládaných orgánem dohledu v obdobných věcech.

Repliku k vyjádření žalovaného podala též společnost MEINL. Nad rámec již uvedených skutečností zdůraznila, že postup obou správních orgánů považuje za formalistický a skutečnosti v řízení zjištěné nepovažuje za jakkoli protisoutěžní. V této souvislosti poukázala na fakt, že neexistuje právně relevantní odlišnost mezi předmětnou dohodou a tzv. „nákupními aliancemi". Důsledky obou těchto závazkových vztahů jsou pro dodavatele stejné; vytvoření nové právnické osoby pro společné vyjednávání obchodních podmínek je fakticky jen pevnější formou dohody uzavřené v této věci. Navíc ani nákupní aliance, na které se orgán dohledu odkazuje, zcela bezezbytku tímto způsobem nefungují. Názor obou správních orgánů, dle kterého postup obou společností, na rozdíl od případu nákupních aliancí, působí protisoutěžně, je zcela neudržitelný. Závěrem své repliky vyjádřil žalobce obavy z diskriminačního přístupu žalovaného, který v odůvodnění svého rozhodnutí důsledně rozlišuje chování národních a nadnárodních obchodních řetězců. Dle názoru žalobce k takovému postupu neexistuje žádný důvod.

Ve věci proběhlo dne 31. 5. 2006 též soudní jednání. Z přednesu zástupců všech účastníků řízení na něm vyplynulo, že tito i nadále setrvávají na svých procesních stanoviscích.

Soud si dále od žalovaného vyžádal předložení kompletního spisového materiálu k věci se vztahujícího. Vzhledem k tomu, že jde o materiál velmi obsáhlý, nebudou (z hlediska soudního přezkumu) jeho relevantní části konstatovány samostatně, nýbrž na jednotlivé listiny bude odkázáno vždy v rámci vypořádání se s jednotlivými žalobními námitkami.

Soud dále přihlédl ke skutečnosti, že v průběhu soudního řízení (15. 11. 2005) došlo ke změně obchodního jména žalobce b) z „JULIUS MEINL, a.s." na „Omega Retail, a.s.".

Vzhledem k tomu, že předmětná správní rozhodnutí byla ze strany žalobců napadena samostatnými žalobami, rozhodl soud usnesením ze dne 1.9.2004, č.j. 31 Ca 42/2003-142 o spojení těchto věcí ke společnému projednání pod sp. zn. 31 Ca 41/2003. Toto usnesení nabylo právní moci dne 24.9.2004.

Krajský soud v Brně přezkoumal žalobou napadená správní rozhodnutí obou stupňů, a to v rozsahu jejich napadení žalobami (§ 71 odst. 1 písm. d) s.ř.s., § 75 odst. 2, věta první s.ř.s.), přičemž o věci uvážil následovně:

Žalobní námitky společnosti BILLA

AD A)

Pro posouzení námitek týkajících se způsobu provádění výslechů svědků a provádění protokolace, soud především prostudoval jednotlivé svědecké výpovědi. Z jejich obsahu především zjistil, že všichni svědci byli řádným procesním způsobem předvoláni (např. č.l. 1386, 1394) a účastníci byli vždy o konání výslechů s dostatečným časovým předstihem vyrozuměni. Svědkům se pak dostalo zákonného poučení o jejich právech a povinnostech. Pokud jde o samotné protokoly o provedení výslechu, ty jsou vždy podepsány svědky i právními zástupci účastníků (byli-li výslechu přítomni); žádné námitky stran provádění výslechů či protokolace zde nejsou uvedeny. Svědkům byly pracovníky prvostupňového orgánu kladeny víceméně standardizované otázky, přičemž jim bylo vždy závěrem umožněno svou výpověď doplnit. Taktéž právním zástupcům účastníků bylo vždy umožněno klást svědkům otázky, čehož také využívali.

Pokud jde dále o tvrzení žalobce, týkající se pokládání kapciózních či sugestivních otázek, zde soud ve výpovědi svědka Koláčka (č.l. 1788-1795), na který žaloba v této souvislosti výslovně odkazuje, žádnou otázku tohoto druhu neobjevil. Předmětný protokol taktéž nevykazuje žádné indicie o nekorektním či neobjektivním postupu správního orgánu I. stupně. Výpovědí Mgr. Čáslavské se soud nezabýval, neboť bylo zjištěno, že jmenovaná nevypovídala v postavení svědka. Jakkoli v případě kapciózních či sugestivních otázek žaloba výslovně neodkazuje na další konkrétní svědky, jímž měli být kladeny, soud se z tohoto pohledu zabýval též ostatními svědeckými výpověďmi. Po jejich prostudování lze připustit jisté výhrady ke vhodnosti některých kladených otázek. Konkrétně se jedná o otázku číslo 11 položenou svědku Káninskému (č.l. 2096) a otázku z výslechu svědka Šedy (nečíslovanou) „Podepsal jste alianční bonus z obavy, že nebude Vaše společnost moci do obou řetězců dále dodávat?" na č.l. 2579. Jakkoliv lze otázku posledně zmiňovanou hodnotit jako kapciózní, nelze přehlédnout, že nebyla položena pracovníkem prvostupňového orgánu, ale právním zástupcem společnosti BILLA. Pochybení prvostupňového orgánu tak lze spatřovat nanejvýš v tom, že takovou otázku vůbec připustil a následně zaprotokoloval (včetně odpovědi). Pokud jde o otázku položenou

svědku Káninskému, ta v sobě jistou míru kapciozity nepochybně obsahuje; z odpovědi vyslýchaného však zcela jednoznačně plyne, že svědek na ni sice odpověděl (zřejmě) očekávaným způsobem, avšak z jiných důvodů, než z povahy této otázky (viz otázka č. 10 a odpověď na ni). Lze tedy konstatovat, že namítaná existence kapciózních a sugestivních otázek nebyla (až na zmiňované výjimky) prokázána; jakkoliv lze mít výhrady k formulaci některých otázek, soud má zato, že jde spíše jen o určitou formulační neobratnost vyslýchajících.

Pokud jde dále o obsah podání Bohumily Bračíkové na č.l. 8426 (označovaného žalobou jako „doplnění svědecké výpovědi"), soud se shoduje s žalobou v tom, že jde skutečně o doplnění výpovědi jmenované, učiněné před prvostupňovým orgánem dne 27.5.2002. Z obsahu tohoto podání nicméně vyplývá, že svědkyně Bračíková hodlala toliko upřesnit některá svá tvrzení uvedená v dříve již podané výpovědi; žádným způsobem však nezpochybňuje způsob vedení výslechu, či objektivitu provedené protokolace.

Byla-li konečně některým svědkům po provedení jejich výslechu předána kopie protokolu, zatímco jiným nikoli (viz listiny označené jako „čestné prohlášení", podepsané svědky Koláčkem, Mgr. Starým a Hučkou), soud nemá důvod jakkoli zpochybňovat, že k tomuto postupu skutečně docházelo. Dle jeho názoru nicméně takové počínání pracovníků prvostupňového orgánu svědčí spíše jen o neujasněnosti, jak v případě požadavku na vydání opisu protokolu reagovat, než o snaze jakkoli poškozovat práva účastníků, či jiných osob. Taktéž z žaloby není jasné, v čem konkrétně by tento postup mohl zasáhnout do sféry veřejných subjektivních práv žalobce (§ 2 s.ř.s.).

Soud považuje dále za vhodné poznamenat, že tvrzení žalobce o tom, že proti způsobu vedení výslechů svědků vznášel námitky, na které však ze strany správního orgánu nebylo reagováno, zpochybňuje fakt, že v případě jiných námitek (např. neumožnění nahlížení do spisu) jsou tyto námitky ve správním spisu zaneseny. Je tomu tak například v případě námitky právního zástupce žalobce na č.l. 2924 až 2926, na kterou bylo ze strany Úřadu opakovně reagováno (viz odpovědi na č.l. 2927, 2961 až 2963 a 2964 až 2965). Z tohoto pohledu se tedy předmětné tvrzení žalobce jeví soudu jako značně problematické.

K této skupině procesních námitek lze tedy uzavřít, že soud po prostudování správního spisu neshledal žádná právně relevantní pochybení ve smyslu žalobních námitek, neboť naznal, že svědecké výpovědi i prováděná protokolace odpovídaly jak požadavkům zákona, tak i obecně uznávaným standardům. Neprovedl proto ani výslechy navrhovaných svědků, neboť ty by, dle jeho názoru, nemohly do věci vnést nic nového.

Pokud jde dále o námitky týkající se znepřístupnění některých částí správního spisu s odkazem na ochranu obchodního tajemství, soud o této otázce uvážil následujícím způsobem: především je nutno uvést, že správní orgán není povolán

k tomu, aby (vyjma případů, kdy je to pojmově vyloučeno pro nesplnění některého z pojmových znaků obchodního tajemství, uvedených v § 17 obchodního zákoníku) hodnotil, zda určité údaje, označené podnikatelským subjektem jako „obchodní tajemství" lze za obchodní tajemství považovat či nikoli. Správní orgán musí tedy ke skutečnostem takto označeným přistupovat odpovídajícím způsobem. Žalobci lze jistě přisvědčit v tom, že ust. § 24 ZOHS2 na procesní postup v těchto věcech nedopadá; plně aplikovatelné však bylo ust. § 23 odst. 3 správního řádu, dle kterého je povinností správního orgánu učinit opatření, aby nahlédnutím do spisu nebylo porušeno státní, hospodářské nebo služební tajemství, nebo zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti. Fakt, že pod režim ust. § 23 odst. 3 správního řádu bylo lze podřadit i ochranu obchodního tajemství (tedy institutu, který v době vzniku správního řádu v naší legislativě neexistoval) je judikaturou obecně přijímána (viz např. též rozsudek Vrchního soudu v Olomouci, na který je žalobou poukazováno – viz dále).

Dovolává-li se žalobce při řešení dané otázky rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 30. 8. 1999, sp. zn. 2A 4/1999, nelze této argumentaci odepřít relevanci. Vrchní soud zde totiž vyslovil názor, dle kterého by odepřením nahlédnutí do spisu účastníkům řízení s odůvodněním, že spis obsahuje obchodní tajemství, byla výrazným způsobem omezena možnost jejich obrany s tím, že neexistují zákonné důvody, které by soukromý zájem na absolutním utajení obchodního tajemství nadřazovaly nad zájem na dodržení zásad stanovených správním řádem. Tento právní názor byl nicméně již judikaturou (ať již soudů obecných či Ústavního soudu) překonán. Lze v této souvislosti poukázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2005, č.j. 2 A 13/2002 - 424, kde byl zaujat názor opačný. Soud zde konstatoval, že „pokud jde o možnost nahlížet do správního spisu, včetně těch částí, které obsahují obchodní tajemství, soud poukazuje na usnesení Ústavního soudu ČR II. ÚS 419/04, které zdůrazňuje rozdíly mezi správním řízením a řízením soudním, co se týče práv jejich účastníků. Rozdíly plynou jak z odlišné povahy a začlenění správního orgánu (orgán moci výkonné) a soudu (orgán moci soudní), tak i ze základních zásad řízení. Zatímco soudní řízení ovládá zásada bezprostřednosti, ústnosti a veřejnosti, správní řízení je ovládáno zásadou neveřejnosti a písemnosti. U obou těchto typů řízení se přitom jedná o zásady ústavně souladné. Ze zásady písemnosti a neveřejnosti přitom vyplývá povinnost správního orgánu obsažená v § 23 odst. 3 zák. č. 71/1967 Sb., správního řádu (...). Není tedy na újmu práv účastníka řízení, když správní orgán uvedené zákonné ustanovení aplikuje. Na druhou stranu z jeho aplikace vyplývá pro správní orgán povinnost své rozhodnutí dostatečně odůvodnit a vyargumentovat i k těm částem spisového materiálu, ke kterým je účastníkům řízení zamezen přístup, aby tak mohl mít každý účastník alespoň rámcovou představu o obsahu a povaze utajených podkladů rozhodnutí". Lze tedy konstatovat, že postup správního orgánu I. stupně byl zcela konformní s vysloveným právním názorem Nejvyššího správního soudu, a to i pokud jde o tu část odůvodnění jím vydaného rozhodnutí, která se vypořádává s důvody odmítnutí nahlížení do určitých částí správního spisu. Prvnostupňový orgán v odůvodnění o této otázce podrobně a v souladu s principy obecné i právní logiky pojednal a vysvětlil tak účastníkům řízení, důvody, které ho k tomuto postupu vedly, a to bez toho, že by uváděl konkrétní údaje, týkající se předmětu obchodního tajemství (informace jsou

uváděny v agregované a anonymizované podobě). Uvedené platí pochopitelně i pro odůvodnění rozhodnutí žalovaného.

Žalobě nelze přisvědčit ani v tvrzené subsidiaritě správního řádu (§ 21, § 38) při provádění místního šetření ve smyslu ust. § 21 odst. 4 ZOHS2.

Podle ust. § 38 odst. 1 správního řádu je vlastník nebo uživatel věci povinen předložit správnímu orgánu předmět ohledání nebo strpět ohledání na místě.

Podle ust. § 21 odst. 4 ZOHS2, ve znění platném do 1. 6. 2004, jsou soutěžitelé v řízeních vedených Úřadem podle tohoto zákona povinni podrobit se šetření. Pro účely těchto šetření je Úřad oprávněn vyžadovat od soutěžitelů, a pokud zvláštní předpis nestanoví jinak, od orgánů veřejné správy, podklady a informace potřebné pro svoji činnost a prověřovat jejich úplnost, pravdivost a správnost. K tomuto účelu jsou zaměstnanci Úřadu oprávněni vstupovat na pozemky, do všech objektů, místností a dopravních prostředků, které jsou místem prověřování, nahlížet do obchodních knih a jiných obchodních záznamů, pořizovat si z nich výpisy a na místě požadovat ústní vysvětlení.

Z vymezení obou institutů, jak jsou popsány výše, a s přihlédnutím ke kontextu norem, jichž jsou součástí, nelze, dle názoru soudu, dospět k jinému názoru, než že mezi úpravou správního řádu a úpravou ZOHS2 nejde o vztah *lex generalis/lex specialis*. Šetření prováděné dle § 21 odst. 4 ZOHS2 je zcela specifickým institutem, který sice vykazuje některé shodné znaky s ohledáním na místě samém (fyzická přítomnost pracovníků správního orgánu na místě, zjišťování skutečného stavu věci), jeho obsah je však jiný. Neomezuje se totiž pouze na prohlídku a zdokumentování ohledávané věci, ale zahrnuje též možnost pořizování si výpisů z obchodních záznamů a požadování ústních vysvětlení. Tato rozdílnost vyplývá z rozdílnosti jejich účelu. Zatímco v případě ohledání je předmětem tohoto procesního úkonu předem konkretizovaná movitá či nemovitá věc, u níž je pouze ověřován její faktický stav, v případě šetření dle § 21 odst. 4 ZOHS2 jde zásadně o získání nových – orgánu dohledu dosud neznámých – podkladů a informací, bez možnosti jejich konkretizace před vlastním provedením tohoto úkonu.

Konstatovaná rozdílnost těchto institutů se nutně musí projevit i v rozdílných podmínkách, za nichž budou realizovány. Pokud by při šetření ve smyslu § 21 odst. 4 ZOHS2 mělo být dbáno práv obdobných, jako v případě § 38 odst. 3 správního řádu (ve spojení s ust. § 21 odst. 2 správního řádu), nutně by to v řadě případů popřelo smysl tohoto šetření a fakticky vedlo k jeho zmaření. Prvostupňový orgán tedy nepochybil, pokud na šetření prováděná v režimu výše zmiňovaného ustanovení ZOHS2 subsidiárně neaplikoval úpravu ohledání vyplývající z obecné normy správního řízení – správního řádu.

S výše uvedeným souvisí i další námitka žalobce, kterou je rozporován postup pracovníků prvostupňového orgánu při šetření prováděném v sídle společnosti BILLA

dne 16. 7. 2002. Zde je především nutno uvést, že toto šetření probíhalo v procesním režimu již zmiňovaného ust. § 21 odst. 4 ZOHS2, v tehdy platném znění. Pokud jde o jednotlivé námitky žalobce, soud nesdílí názor, že dle tehdy platné legislativy bylo na rozhodnutí soutěžitelů, zda se tomuto procesnímu úkonu podrobí, či nikoli, byť s vědomím, že se v takovém případě vystavují nebezpečí uložení pokuty. Povinnost podrobit se šetření orgánu dohledu vyplývá z ust. § 21 odst. 4 ZOHS2 jako povinnost bezvýjimečná; na straně správního orgánu je naopak povinnost poučit šetřený subjekt o právním důvodu a účelu šetření, stejně jako o možnosti, že při neposkytnutí součinnosti mu může být uložena pokuta ve smyslu § 22 zákona (§ 21 odst. 6 ZOHS2). Pokuta ve smyslu § 22 odst. 1 písm. a) ZOHS2, v tehdy platném znění, má charakter pořádkového opatření, které směřuje jen k vynucení splnění povinností účastníka řízení vyplývajících z procesních předpisů. Mimo jiné lze tímto způsobem postihnout i odmítnutí podrobit se šetření ve smyslu § 21 odst. 4 ZOHS. Tento závěr potvrzuje i dikce ust. § 22 odst. 4 ZOHS2, dle kterého lze pokutu ukládat i opakovaně. Je tedy zřejmé, že případný nesouhlas statutárního zástupce šetřeného subjektu by (bez dalšího) neměl, z hlediska oprávnění Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže provést u něho šetření ve smyslu § 21 odst. 4 ZOHS2, žádnou relevanci a možnosti případně opakovaného postihu ve smyslu § 22 odst. 1 písm. a) tohoto zákona by se vystavoval do doby, než by se takovému šetření posléze podrobil.

Jakkoli lze dále považovat za pochybení prvostupňového orgánu, že protokolárně nezaznamenal, které osoby a jak byly poučeny o jeho oprávněních souvisejících s předmětným šetřením, za podstatné soud považuje fakt, že jednatelka společnosti BILLA zákonem předepsaným způsobem poučena byla a proti způsobu provádění tohoto procesního úkonu námitky nevznesla (viz protokol na č.l. 3376 – 3379). Otázka, zda se dostavila na místo až v průběhu prováděného šetření je právně bezpředmětná, neboť z ničeho nevyplývá, že by předmětnému úkonu musel být přítomen statutární orgán šetřeného subjektu.

S prováděním místního šetření dne 16.7.2002 souvisí konečně též tvrzení žalobce o neoprávněném převzetí jeho korespondence s advokátem. Zde považuje soud za nutné předeslat, že zcela souhlasí s názorem žalobce, dle kterého korespondence mezi advokátem a klientem, týkající se předmětu řízení, požívá ochrany, a to zcela ve smyslu argumentace v žalobě uvedené. Mezi účastníky taktéž není sporu (a obsah správního spisu to potvrzuje), že pracovníci prvostupňového orgánu v rámci prováděného šetření skutečně převzali (spolu s jinými podklady) též korespondenci tohoto druhu.

Samotné převzetí těchto dokladů nemusí však být nutně v rozporu se zákonem; tak je tomu i v projednávané věci. Sluší především poukázat na skutečnost, že pracovníci prvostupňového orgánu předmětné doklady převzali v rámci zajišťování e-mailové korespondence jednatelky žalobce, a to spolu s řadou dalších dokladů. Nic přitom nenasvědčuje závěru, že by šlo o cílené a takto zaměřené kroky, vedené snahou zajistit právě doklady tohoto druhu. Ostatně samotný obsah protokolu na č.l. 3376 – 3379 správního spisu nenaznačuje, že by pracovníkům při realizaci tohoto úkonu bylo vůbec známo, že, v rámci jiných podkladů, přebírají též korespondenci šetřeného

subjektu s advokátem. Nelze dále přehlédnout skutečnost, že jednatelka žalobce proti tomuto úkonu ničeho nenamítala, ač k tomu měla nepochybně příležitost. Předmětný protokol podepsala zcela bez výhrad; poukázala pouze na existenci obchodního tajemství obsaženého v přebíraných podkladech – nic jí nebránilo učinit tak obdobně i v případě korespondence s právním zástupcem.

Po skutkové stránce neexistuje dále podklad pro tvrzení, že se jednatelka žalobce předání těchto dokladů (právě z titulu jejich specifické povahy) bránila a že byla pracovníky prvostupňového orgánu nesprávně poučena o své ediční povinnosti. Její výslech, navrhovaný žalobcem jako důkaz v soudním řízení, by přitom nemohl vést ke spolehlivějšímu zjištění skutkového stavu věci, neboť tvrzení obou procesních stran se v této otázce zcela rozcházejí a navrhovaný výslech by nebyl výslechem svědka, nýbrž jen výslechem účastníka řízení, jehož vypovídací hodnota je obecně vždy problematická. Z tohoto důvodu proto soud žalobcem navrhovaný důkaz neprovedl.

Jako nedůvodný je konečně nutno odmítnout názor žalobce, dle kterého skutečnost, že předmětná korespondence mu byla po skončení správního řízení vrácena, svědčí o uznání chybného postupu prvostupňového orgánu. Toto tvrzení žalobce je, bez dalšího, pouze spekulativní; žalovaný ostatně takový závěr ve svém vyjádření k žalobě zcela odmítá. Soud si taktéž z odůvodnění obou rozhodnutí ověřil, že na předmětné korespondenci nejsou závěry obou správních orgánů skutkově vystavěny; výhrady žalobce, týkající se možného odkrytí úvah, týkajících se jeho obrany, přitom soud nemíní tímto závěrem nikterak bagatelizovat, nelze je však jakkoliv právně zhodnotit.

Ze všech uvedených skutečností lze tedy uzavřít, že pracovníci prvostupňového orgánu převzetím korespondence žalobce s advokátem zákon neporušili.

Pokud jde dále o námitku, kterou společnost BILLA poukazovala na porušení svého práva vyplývajícího z ust. § 21 odst. 2 správního řádu, při výslechu obchodního ředitele společnosti MEINL dne 28. 6. 2002, zde soud zjistil, že tato námitka není součástí rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí na č.l. 8808 až 8835 správního spisu. Z tohoto důvodu se danou žalobní námitkou meritorně nezabýval; pro podrobnější právní argumentaci tohoto postupu soudu lze odkázat na část odůvodnění tohoto rozsudku, kde je pojednáno o námitkách společnosti MEINL.

Ani dalším tvrzením společnosti BILLA, týkajícím se vymezení předmětu řízení ze strany prvostupňového orgánu, nemůže soud přisvědčit. Způsob, jakým byl předmět řízení vymezen v opatření ze dne 15. 4. 2002, zn. S 94/02-664/02-VO II (č.l. 530 až 531) lze považovat za dostatečný, a to jak po stránce věcné, tak i právní. Sluší v této souvislosti upozornit, že ZOHS2 ani správní řád (§ 18 odst. 3, věta před středníkem) v tomto směru bližší požadavky nestanoví. Tvrzení žalobce, že mu v průběhu řízení před prvostupňovým orgánem nebylo zřejmé, jaké konkrétní porušení zákona je mu kladeno za vinu, považuje soud za účelové a z důvodu procesní

ekonomie v bližším zcela odkazuje na argumentaci žalovaného v odůvodnění jím vydaného rozhodnutí, kterou považuje za zcela přiléhavou.

Pokud jde konečně o zbývající procesní námitky, ty soud považuje za zcela irelevantní. K otázce personálního složení rozkladové komise lze taktéž odkázat na argumentaci žalovaného, uvedenou v jeho vyjádření k věci; jde navíc o tvrzení, které se poprvé objevilo až v žalobě podané u soudu. Konečně otázky, týkající se dodržování principu procesní ekonomie v řízení před prvostupňovým orgánem, nemohou být předmětem posuzování v soudním řízení vedeném dle části třetí hlavy druhé, dílu prvního s.ř.s. Soud zde, v rámci přezkoumání zákonnosti žalobou napadeného správního rozhodnutí, může zohlednit pouze takové procesní vady v řízení předcházející jeho vydání, které mohly mít vliv na jeho zákonnost – o tento typ vad se v daném případě zcela evidentně nejedná.

AD B)

Podstatou této námitky je v zásadě rozdílná interpretace jednotlivých provedených důkazů. Aniž by soud na tomto místě chtěl rozebírat zejména obsah jednotlivých svědeckých výpovědí (podrobněji je o této otázce pojednáno v samostatném bodu), lze konstatovat, že závěry dovozované společností BILLA z většiny provedených výslechů svědků nevyplývají. Pro závěr pro existenci výměny informací o nákupních cenách a bonusech mezi oběma společnostmi, jakož i o jejich vzájemném porovnávání a snaze o nivelizaci finančních podmínek pro nákup zboží nicméně samotné svědecké výpovědi nejsou rozhodující. Tyto skutečnosti jsou dostatečně prokázány též listinnými důkazy založenými ve správním spisu. Kromě listin, na které se odkazují obě správní rozhodnutí (včetně, dle názoru soudu, klíčových důkazů na č.l. 3380 až 3392 a č.l. 3490 až 3508 spisu), jsou součástí spisového materiálu i další listiny, které prokazují existenci aliančního bonusu a jeho podstatu ve smyslu závěrů obou správních orgánů (např. listina na č.l. 1937 - obchodní tajemství), či prokazující sjednocení obchodních podmínek konkrétních dodavatelů, s ohledem na společný postup obou společností, při současné neexistenci protiplnění za nově zavedený bonus (č.l. 3045 – obchodní tajemství). Výpovědi svědků jsou nicméně významné pro posouzení otázky, jakým způsobem jednotliví dodavatelé vnímali postup obou žalobců, stejně jako pro popis charakteristiky aliančního bonusu. Zde pak nelze nevidět, že někteří svědci (např. svědek Šeda – č.l. 2579) skutečně vyjádřili obavy v tom směru, že pokud by na navrhované podmínky (včetně navrhovaného bonusu) nepřistoupili, mohlo by to pro ně znamenat ztrátu odběratelů (obou společností). Na tomto místě sluší poznamenat, že soud nepovažuje za důvodné bagatelizovat výpovědi těchto svědků tím, že jsou subjektivní. Vyjádření obavy je z podstaty věci vždy vyjádřením subjektivního postoje k okolnostem, tyto obavy vyvolávající; není proto namístě přisuzovat pojmu „subjektivní“ nežádoucí konotace, jak to činí žalobce. Obdobně soud nemůže přijmout argumentaci, dle které jsou výpovědi svědků, které nekorespondují s tvrzeními žalobce, tendenční, neboť pro takový závěr neexistují relevantní podklady.

Lze tedy konstatovat, že závěr obou správních orgánů, dle kterého mezi společnostmi BILLA a MEINL došlo ke koordinovanému vyjednávání o nákupních podmínkách, včetně slaďování nákupních cen a kondic (případně ke zpětnému dorovnávání) je z hlediska skutkového i z hlediska právního hodnocení věci udržitelný. Argumentace společnosti BILLA, jakkoli ji v mnoha ohledech nelze bez dalšího odmítnout jako zcela lichou, nemůže vést k závěru opačnému, než dovodily oba správní orgány. Rovněž konstatování, že popsaný postup vedl k odstranění vzájemné konkurence obou společností na daném relevantním trhu je pak jen logickým důsledkem těchto závěrů, kterému taktéž nelze ničeho vytknout.

AD C)

Pokud jde o námitky týkající se způsobu vymezení relevantního trhu, zde soud zdůrazňuje, že v této otázce je vždy rozhodující hledisko konečného spotřebitele. Je tomu tak tedy i za situace, kdy je trh zkoumán z hlediska dodavatelsko-odběratelských vztahů, bez bezprostřední účasti spotřebitelů. Zcela jednoznačným způsobem je tao myšlenka vyjádřena například v rozhodnutí ESD *TetraPak* (C-333/94P). Na konstatování, že trh byl zkoumán z hlediska spotřebitelů, přičemž hospodářská soutěž byla porušena na poptávkové straně trhu s dopadem na dodavatele, tedy nelze spatřovat nic nelogického. Je to nakonec vždy konečný spotřebitel, který důsledky tohoto narušení pocítí (zde například možným zúžením nabídky sortimentu v případě „vylistování" některého z dodavatelů). Uvedené lze vyjádřit i tak, že poptávka spotřebitelů indukovala v dané věci i poptávku obou společností po plnění od jejich dodavatelů (poptávali jistě pouze takové zboží, které si koneční zákazníci v jejich prodejnách nakoupí).

Pokud jde dále o nezařazení některých subjektů mezi soutěžitele působící na daném relevantním trhu (jde o námitky uplatněné v žalobách obou společností), soud, ve shodě s názorem obou správních orgánů, zastává názor, že v případě tzv. „národních řetězců" brání jejich zařazení skutečnost, že jde o subjekty, které své zboží nakupují od dodavatelů zcela odlišným způsobem, než obě společnosti. V jejich případě jde o formalizovanou koordinaci při vyjednávání obchodních podmínek s dodavateli – právě na tomto principu je jejich existence postavena. S těmito závěry správních orgánů společnost BILLA nepolemizuje; společnost MEINL pak svou argumentaci o neexistenci právně relevantních rozdílů mezi „nákupními aliancemi" a dohodou uzavřenou v projednávané věci fakticky uplatnila až v rámci své repliky k žalobě (body IX. a X.), tedy až po uplynutí zákonem stanovené lhůty k uplatnění (rozšíření) jednotlivých žalobních bodů (§ 72 odst. 1 s.ř.s.). Soud se jí proto meritorně nemohl zabývat (§ 72 odst. 4 s.ř.s.). I přes to lze nicméně konstatovat, že vzhledem k tomu, že relevantní trh byl zkoumán právě v segmentu dodavatelsko-odběratelských vztahů, je, z důvodů výše uvedených, nezařazení těchto subjektů do účasti na tomto trhu zcela logické.

Za zdůvodnitelné považuje soud taktéž nezařazení prodejců typu Cash and Carry, specializovaných prodejen, shopů na čerpacích stanicích a kiosků do účasti na

relevantním trhu. Při definici jakéhokoli relevantního trhu (§ 2 odst. 2 ZOHS2) je totiž nutno vždy vycházet z premisy, že jde o místo, kde dochází k pravidelnému střetu nabídky a poptávky po určitých výrobcích či službách. Jakkoli nelze popřít, že i shora uvedená prodejní místa mohou představovat pro konečného spotřebitele jistou alternativu, ve vztahu k prodejním místům provozovaným žalobci, nejde jistě o alternativu plnohodnotnou, sloužící k pravidelnému uspokojování jejich potřeb. Společnosti typu Cash and Carry mohou být sice využívány i konečnými spotřebiteli, primárně však slouží menším obchodníkům k nákupu zboží, které je následně prodáváno konečným spotřebitelům; v některých případech (např. v prodejnách sítě MAKRO) je možnost nákupu konečných spotřebitelů dokonce omezena či vyloučena. V případě ostatních zmiňovaných prodejních míst nelze přehlédnout, že ty nabízejí pouze užší (začasté jen doplňkový) sortiment; minimálně v kioscích a shopech na čerpacích stanicích existuje i rozdíl v cenách, které jsou zde vyšší než na prodejních místech typu provozovaných žalobci.

Otázka (ne)reprezentativnosti vzorku oslovených dodavatelů a s tím související otázka podílů společností BILLA a MEINL na dílčích relevantních trzích, je, z hlediska deliktní odpovědnosti obou společností, bezpředmětná – pravidlo *de minimis* se u tohoto druhu dohody neuplatní.

Konečně pokud jde o námitku společnosti BILLA, že žalovaný se s jejími námitkami, týkajícími se vymezení relevantního trhu nezabýval, ani tomuto tvrzení nelze přisvědčit, neboť na straně 16 druhostupňového rozhodnutí jsou tyto otázky žalovaným rozebrány.

AD D)

Za nedůvodné považuje soud dále námitky společnosti BILLA, dle kterých nelze porovnávat nákupní ceny placené oběma společnostmi za dodávky společností SETUZA, a.s. a Budějovický Budvar, n.p., neboť ty jsou determinovány jejich specifickým postavením na trhu. V tomto směru lze plně odkázat na odůvodnění obou správních rozhodnutí, které se odkazují na provedené důkazy, z nichž vyplývá, že v obou případech bylo důvodem pro sjednocení obchodních podmínek, resp. tzv. netto-netto cen vytvoření aliance obou společností. Tyto skutečnosti vyplývají nejen z provedené komparace cen, ale též z vyjádření zástupců obou společností; v případě společnosti SETUZA, a.s., sdělení ze dne 10. 7. 2002 (č.l. 3918 - obchodní tajemství), v případě společnosti Budějovický Budvar, n.p., sdělení ze dne 28. 6. 2002 (č.l. 3045). Z uvedených důvodů proto soud tvrzení žalobce nemůže přisvědčit.

AD E)

Společností BILLA je dále rozporován způsob, jakým žalovaný vymezil dobu posuzovaného jednání. Pokud jde o jeho počátek, soud nesdílí jeho názor, že před datem 1.2.2001 k žádnému společnému jednání se společností MEINL, ve smyslu popsaném ve výroku druhostupňového rozhodnutí, nedošlo. Jakékoli zakázané dohody (§ 3 odst. 1 ZOHS1/2), ať již jde o dohody v užším slova smyslu (jako je tomu i

v projednávané věci), či o tzv. „jednání ve vzájemné shodě", v sobě totiž zahrnují vždy nejdříve koordinaci stran, odstraňující vzájemné pochybnosti o jejich budoucím soutěžním chování, dále faktický projev této koordinace na trhu (podrobněji viz. bod AD P) a konečně kauzální nexus je spojující. Projevila-li se předmětná koordinace navenek dne 1.2.2001, kdy bylo vydáno oznámení o spolupráci obou společností, nelze tento okamžik považovat za počátek (zde) protisoutěžního jednání, neboť z logiky věci tomuto oznámení muselo nutně předcházet jednání obou stran, jehož bylo toto oznámení výsledkem. Vycházel-li přitom žalovaný z obsahu tohoto oznámení, ve kterém je deklarováno uzavření spolupráce počínaje dnem 1.1.2001, nelze než konstatovat, že jeho závěr, dle kterého se počátek protisoutěžního jednání prokazatelně odvíjí již od tohoto data, je zcela opodstatněný. Výhrady nemá soud ani ke způsobu, jakým žalovaný stanovil konec posuzovaného jednání. Odvolávají-li se obě správní rozhodnutí ve svých závěrech o pokračování koordinovaného jednání obou společností i po datu 30.9.2001, na důkazy označené „Aliance-dodav-sumy-procenta 18.9.01.xls" (č.l. 3380 an.) a „Pět firem" (č.l. 3490 an.), nelze takovému závěru ničeho vytknout. Z obsahu listin prvně zmiňovaných zcela jednoznačně vyplývá, že jde o sumarizaci aliančních vztahů obou společností s dodavateli, což ostatně vyplývá i z označení tohoto souboru. Je taktéž evidentní, že nejde o *ex post* provedené shrnutí, nýbrž o nástroj pro další realizaci aliančního jednání (např. označení některých dodavatelů, kteří jsou v rámci prováděné koordinace dosud v jednání, uvedení výše požadovaných kompenzací apod.). Tvrzení společnosti BILLA, že pokud „ještě po září 2001 někdo poslal e-mailovou zprávu, jejímž obsahem je jednání do září 2001, ještě to v žádném případě neznamená, že takové jednání také pokračovalo", považuje soud za zcela účelové a nelogické. Takto obsáhlý soubor, který byl vypracován pracovníkem žalobce a zaslán jednatelce, nebyl jistě vyhotoven bezdůvodně či samoúčelně. Obdobně se též soud shoduje s oběma správními orgány v otázce hodnocení souboru důkazů „Pět firem" podrobněji viz. bod AD I); i zde má za to, že jde o důkaz pokračující spolupráce obou společností (ve smyslu vytýkaném jim oběma rozhodnutími) po datu 30.9.2001.

V čem lze naopak oběma žalobcům zcela přisvědčit je jejich tvrzení, že zkrácení deliktně posuzovaného jednání žalovaným se žádným způsobem neprojevilo ve výši pokuty uložené prvostupňovým rozhodnutím.

Podle ustanovení § 22 odst. 2, věty druhé ZOHS2 při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování tohoto zákona.

Z citovaného ustanovení je zřejmé, že délka trvání deliktního jednání je obligatorní podmínkou, imanentně spojenou s úvahami správního orgánu, při rozhodování o výši ukládané sankce. Došlo-li tedy rozhodnutím žalovaného ke zkrácení deliktní doby původně vymezené délkou 659 dní o 182 dní (tj. o cca 28 %), lze důvodně očekávat, že se tato změna obdobným způsobem projeví i na výši ukládané sankce. Jakkoli se tak nutně stát nemusí (rozhodování o výši ukládané sankce je diskrečním oprávněním správního orgánu), nezbavuje to správní orgán povinnosti

vypořádat se v odůvodnění druhostupňového rozhodnutí s touto relevantní změnou jednoho z kritérií. V projednávané věci se tak nestalo, odůvodnění rozhodnutí žalovaného tuto změnu nikterak nereflektuje a lze je proto v tomto rozsahu (tedy pokud jde o výši uložené pokuty) pokládat za nepřezkoumatelné.

Sluší na tomto místě poznamenat, že soud tento závěr činí při plném vědomí skutečnosti, že užití diskrečního oprávnění správním orgánem leží mimo přezkumnou pravomoc soudu ve správním soudnictví. Tato skutečnost sama však nemůže být chápána jako rezignace na poskytnutí soudní ochrany adresátům správních rozhodnutí, vydaných při překročení či zneužití tohoto oprávnění (§ 78 odst. 1, věta druhá s.ř.s.), či v případě nepřezkoumatelnosti těchto závěrů ve správním rozhodnutí. V případě posledně zmiňovaném (o ten jde i v projednávané věci) lze totiž vždy oprávněněně trvat na tom, aby správní orgán v odůvodnění svého rozhodnutí jasně deklaroval, které skutečnosti vzal za podklad pro své úvahy a jak je po skutkové i právní stránce vyhodnotil; to vše při respektování pravidel obecné i právní logiky. Dospěl-li tedy soud v projednávané věci k závěru o nepřezkoumatelnosti této části rozhodnutí žalovaného, nemohl tuto skutečnost (byla-li současně namítána žalobami) přehlédnout, a to s důsledky z toho plynoucími.

AD F)

Pokud jde dále o tvrzení společnosti BILLA, že správní orgány zaměňovaly pojmy „nákupní podmínky" a „obchodní podmínky", tomuto tvrzení lze přisvědčit potud, že v odůvodnění obou rozhodnutí nejsou tyto pojmy vždy důsledně rozlišovány. Pro posouzení zákonnosti závěrů obou orgánů nicméně tato skutečnost nemá žádný vliv. Není totiž podstatné, zda jsou posuzovaná cenová ujednání součástí širšího kontextu (nákupní podmínky), či byly-li stran nich uzavírány zcela samostatné smlouvy. Na možný protisoutěžní aspekt těchto ujednání nemohou mít tyto skutečnosti žádný vliv. Platí tedy, že případné protisoutěžní rysy cenových ujednání neumenšuje fakt, že tyto byly zařazeny do kontextu jiných, byť i souvisejících či navazujících, smluvních ujednání. Z tohoto důvodu považuje tedy soud za zcela bezpředmětné zabývat se tím, zda se orgán dohledu při své činnosti zaměřil na širší smluvní vztahy mezi žalobcem a jeho dodavateli, či pouze na jejich určitou výseč (cenová ujednání). Uvedené platí zejména v případě dohod o přímém či nepřímém určení cen, které jsou zákonem bez dalšího zakázány (§ 3 odst. 2 písm. a) ZOHS1/2).

AD G)

Tvrzení společnosti BILLA, že znalost obchodních podmínek konkurence je v praxi běžná a vyplývá z možnosti zjišťovat ceny zboží v konkurečních obchodech, či z informací od fluktuujících nákupčích, apod. považuje soud za velmi nadnesené a zavádějící. Zcela se přitom ztotožňuje s názorem žalovaného, dle kterého by za této situace nebylo opodstatněné, aby jednotliví dodavatelé vyjadřovali obavy ze zveřejnění svých obchodních podmínek třetím stranám (což bylo v průběhu správního řízení prokázáno). Obdobně je tomu i v případě žalobce, který ve svých Obchodních podmínkách zavazuje své dodavatele mlčenlivostí v těchto otázkách. Žalovaný tak, dle

názoru soudu, zcela správně dovodil, že z důvodů uváděných v žalobě mohou jednotliví konkurenti disponovat pouze povšechnými informacemi o obchodních podmínkách jiných subjektů. Soud má dále za to, že s touto žalobní argumentací je v rozporu jiná část žaloby, konkrétně bod I. Nelze totiž nevidět, že žalobce v případě důkazu „Pět firem" vysvětluje důvod jeho vzniku právě potřebou zjistit u konkrétních dodavatelů obou společností výši jejich nákupních cen. Pokud by tedy nákupní ceny, potažmo obchodní podmínky, byly zjistitelné způsobem předkládaným žalobcem v tomto žalobním bodu, nebylo by jistě nutné provádět konparaci cen a bonusů cestou již zmiňovaného souboru „Pět firem".

AD H)

V otázce, zda jednatelka společnosti BILLA skutečně při místním šetření dne 16.4.2001 vědomě uvedla nepravdu, pokud jde o její znalost pojmu „alianční bonus", se přezkumná pravomoc soudu musí omezit toliko na posouzení oprávněnosti tohoto tvrzení.

Soud má z provedených důkazů za to, že jednatelce společnosti musel být tento pojem skutečně znám. Kromě důvodů uvedených v odůvodnění rozhodnutí lze poukázat i na výše již opakovaně zmiňovaný materiál „Aliance-dodav-sumy-procenta 18.9.01.xls" (č.l. 3380 - 3392), ve kterém je tento pojem běžně uváděn; jde o materiál, který byl adresován právě jednatelce společnosti BILLA a v její e-mailové korespondenci byl taktéž zajištěn. Dle názoru soudu je tedy závěr obou správních orgánů, dle kterého jednatelka společnosti neuvedla v této otázce pravdu, oprávněný.

Pokud jde však o právní zhodnocení této skutečnosti, zde jde již o sféru správního uvážení (jde o okolnost, která byla vzata v potaz v rámci rozhodování o výši uložené sankce); tato sféra je, jak již bylo uvedeno, soudnímu přezkumu zásadně uzavřena.

AD I)

Pokud jde dále o interpretaci jednoho z klíčových důkazů provedených ve správním řízení – důkazu „Pět firem", tvrzení žalobce, týkající se důvodů a okolností jeho vzniku, považuje soud za možná, nikoli však pravděpodobná či hodnověrná. Zcela ve shodě se závěry obou správních orgánů má soud za to, že tento soubor byl oběma společnostmi vyhotoven právě pro potřeby jejich koordinace v otázce cen a bonusů od jejich společných dodavatelů; z hlediska jeho obsahu je takový závěr plausibilní. Je skutečně nepravděpodobné, že by mělo jít o podklad vyhotovený pro potřeby správního řízení, který měl prokázat, že ceny dodavatelů jsou u obou společností rozdílné, a to bez toho, že by byl následně předložen prvostupňovému orgánu. Lze jistě souhlasit s názorem žalobce, že předkládání (označování) důkazů je právem, nikoli povinností účastníka správního řízení; v projednávané věci je však nepravděpodobné, že by takový důkaz předložen nebyl, a to tím spíše, že společnost

BILLA si ve vztahu k orgánu prvého stupně počínala po celou dobu velmi aktivně (předkládala důkazy, procesní návrhy, zúčastňovala se - prostřednictvím svých zástupců – výslechů svědků, apod.). Za logický lze konečně označit též závěr žalovaného, dle kterého argumentace žalobce, že předmětný soubor sloužil k porovnání cen, za které dovávají oběma společnostem jejich společní dodavatelé, nekoresponduje s tvrzením, že z jeho obsahu nelze učinit žádný konkrétní závěr. Nelze též přehlédnout, že žalobce (pod bodem A. žaloby) uvedl, že nevěděl o tom, že řízení ve věci je vedeno stran prověření existence kartelové dohody ve smyslu § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS1/2, tedy dohody o cenách. Tvrzení, že tento podklad byl vyhotoven právě za účelem vyloučení této možnosti, považuje tedy soud za zcela účelový a nehodnověrný.

Z uvedeného je zřejmé, že závěry obou správních orgánů, pokud jde o interpretaci důvodu vzniku a obsahu dokumentu nazvaného „Pět firem" lze považovat za udržitelné; tento závěr současně umožňuje přihlédnout k existenci protisoutěžního jednání i po datu 30.9.2001 (jak bylo již uvedeno výše – bod AD E).

AD J)

Za důvodnou nelze považovat ani argumentaci žalobce, kterou namítá, že se oba správní orgány nedostatečným způsobem zabývaly tím, jak přesné bylo vyčíslení rozdílů cen za dodávky zboží od dodavatelů obou společností. Vzhledem k tomu, že žalovaný se s touto otázkou vypořádal zcela odpovídajícím způsobem již v odůvodnění svého rozhodnutí, soud na tyto závěry z důvodů procesní ekonomie v dalším odkazuje. Za vhodné nicméně považuje zdůraznit, že pro závěr o existenci zakázané dohody ve smyslu ust. § 3 odst. 2 písm. a) ZOHS1/2 postačí i jen zjištění, že mezi konkrétními soutěžiteli ke koordinaci v tomto směru došlo, bez nutnosti kvantifikace jednotlivých cenových položek, apod. Existence zakázané cenové dohody je odvozena od zjištění, že si někteří soutěžitelé cestou vzájemné koordinace upravili svou dosud nezávislou cenovou politiku, čímž si v tomto směru přestávají konkurovat; samotná shodnost (blízkost) cen (bonusů) pojmovým znakem takové smlouvy není.

AD K)

Tvrdí-li žaloba dále, že pouze malá část z oslovených dodavatelů obou společností potvrdila prvostupňovému orgánu sjednocení či sblížení nákupních cen či kondic, jde o tvrzení důvodné. Tato skutečnost však sama o sobě nevyvrací závěry obou správních orgánů o existenci dohody mezi oběma společnostmi, jejímž obsahem byla koordinace a slaďování nákupních cen a bonusů vůči dodavatelům. Jak bylo již uvedeno pod bodem ad B), tento závěr je dostatečně důkazně podložen též jinými listinami a je proto i přes důvodnost předmětného tvrzení žalobce nadále udržitelný.

Pokud jde o samotný postup prvostupňového orgánu při opatřování si vyjádření dodavatelů, zde není důvod jakkoli zpochybňovat jeho tvrzení, že oslovení dodavatelé byli vybíráni náhodně; naznačuje-li žaloba, že vybíráni byli úmyslně pouze dodavatelé marginálního významu, jde o tvrzení ničím nepodložené. Bylo-li touto cestou zjištěno,

že v případě přibližně 1/3 oslovených dodavatelů došlo minimálně ke sblížení nákupních cen a kondic, nelze toto zjištění interpretovat tak jako nepotvrzení závěrů o existenci dohody o cenách, ve smyslu výroků obou správních rozhodnutí. Jen pro úplnost soud na tomto místě poznamenává, že tvrzení žalobce o tom, že sjednocení obchodních podmínek společností SETUZA, a.s. a Budějovický Budvar, n.p., ve vztahu k oběma společnostem, jsou podmíněny jejich specifickým postavením na trhu, soud nepřijal (blíže viz bod AD D). Na straně druhé nelze nicméně přehlédnout skutečnost, že odůvodnění obou správních rozhodnutí se vůbec nevypořádává s obsahem vyjádření oslovených dodavatelů, v nichž protisoutěžní jednání obou společností nebylo orgánem dohledu indikováno. Jakkoli byly oba správní orgány oprávněny provádět hodnocení důkazů dle své úvahy (zásada volného hodnocení důkazů – viz § 21 odst. 8 ZOHS2, ve znění platném pro projednávanou věc, ve spojení s § 34 odst. 5 správního řádu), neznamená to jistě libovůli, která by správní orgán opravňovala důkazy, které nepotvrzují skutkové závěry, jichž se jinak dobral, v odůvodnění rozhodnutí pominout. Jakkoli soud tuto žalobní výtku považuje za důvodnou, neshledává tento procesní nedostatek natolik závažným, aby mohl vést až ke zrušení napadených rozhodnutí. Jak již bylo výše opakovaně konstatováno, závěry obou správních orgánů, vyjádřené ve výroku rozhodnutí, jsou (i přes zmiňované výhrady) dostatečně důkazně podloženy; důvodem pro zrušení správního rozhodnutí pro vady řízení je pouze podstatné porušení ustanovení o řízení před správním orgánem, mohlo-li mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé (§ 76 odst. 1 písm. c) s.ř.s.). O takový případ však v této věci nejde.

Žaloba konečně v rámci tohoto stížního bodu namítá, že oba správní orgány zcela pominuly možnost jednostranné iniciativy společnosti MEINL, která se „po porovnání obchodních podmínek" samostatně chopila iniciativy a sama dohodla s dodavatelem zlepšení svých vlastních obchodních podmínek. Tuto argumentaci považuje soud nejen za účelovou, ale též vnitřně rozpornou, a to zejména s přihlédnutím k bodu G. žaloby, kde žalobce tvrdí, že pokud existovala určitá povědomost o obchodních podmínkách mezi oběma společnostmi ve vztahu k jejich dodavatelům, jde o důsledek běžné obchodní praxe. Žalobce tedy pod bodem G. žaloby popírá, že by k „porovnávání" obchodních podmínek mezi oběma společnostmi došlo.

AD L)

Samostatný a velmi obsáhlý bod žaloby je věnován způsobu provádění a hodnocení svědeckých výpovědí. Pokud jde o námitky v rovině obecné, zde soud v otázce způsobu výběru svědků odkazuje analogicky na to, co bylo již uvedeno pod bodem ad K), a to včetně výhrad, které na tomto místě k procesnímu postupu prvostupňového orgánu vyslovil. K tvrzení žalobce, že některé svědecké výpovědi existenci zakázaného jednání mezi oběma společnostmi nepotvrdily, odkazuje soud na to, co bylo uvedeno pod bodem ad B).

Pokud jde dále o jednotlivé svědecké výpovědi, z argumentace žalobce je především zřejmé, že výpovědi, které svým obsahem nekorespondují s žalobní argumentací, jsou zpochybňovány tvrzenou nehodnověrností vyslýchaných (Štětka, Šeda), resp. jejich nekompetentností (Musilová). V případě dalších svědků žalobce na straně jedné pomíjí určité, pro posouzení věci podstatné, skutečnosti (viz např. výpověď svědka Káninského – odpovědi na otázky č. 28 a 29 na čl. 2098, kde jmenovaný vypověděl, že nově zavedený bonus byl odůvodněn zvýhodněním dodavatelských podmínek, ve smyslu získání výhod pro společnost MEINL); jiné části výpovědi se žalobce pokouší interpretovat odlišným způsobem než oba správní orgány (u svědka Káninského např. tvrzení, že ceníky nebyly na jednání s oběma společnostmi porovnávány detailně – takto jednoznačný závěr však z odpovědí na otázky č. 18 až 20 na č.l. 2097 dovodit nelze). Jakkoli je tento postoj žalobce zcela pochopitelný a představuje zcela legitimní způsob hájení jeho práv v daném řízení, soud na tuto argumentaci nepřistupuje. Lze obecně konstatovat, že skutkové okolnosti věci zjištěné provedenými svědeckými výpověďmi, se vždy alespoň v podstatných rysech shodují s tím, jak jsou popsány v příslušných částech odůvodnění prvostupňového rozhodnutí, přičemž polemizovat s některými neúplnostmi či nepřesnostmi (ve smyslu tohoto žalobního bodu) by bylo nadbytečné. Soud proto i tuto žalobní námitku, jako celek, nemůže uznat za důvodnou.

AD M)

Žalobními námitkami obou žalobců, vztahujícími se k otázce přiměřenosti uložených sankcí, se soud meritorně zabývat nebude. Důvodem je skutečnost konstatovaná již pod bodem AD E) tohoto rozsudku, a sice zjištění, že úvahy žalovaného, týkající se doby trvání posuzovaného jednání (jakožto imanentní podmínky, ke které musí být při rozhodování o výši ukládané pokuty přihlédnuto), jsou nepřezkoumatelné. S ohledem na tuto skutečnost je tedy pro soud bez dalšího pojmově vyloučeno jakkoli se zabývat důvodností námitek obsažených v tomto žalobním bodu.

AD N)

Konečně v případě poslední skupiny žalobních námitek, obsahujících tvrzení o tendenčním přístupu obou správních orgánů a o benevolentnější rozhodovací praxi v těchto případech u komunitárních orgánů, lze jen ve stručnosti uvést, že tato tvrzení neobsahují konkrétní námitky nezákonnosti, ve vztahu k porušení konkrétního ustanovení obecně závazného předpisu, či jiného pramenu práva. Za této situace nelze než konstatovat, že tento žalobní bod nebyl formulován v souladu s požadavky ust. § 71 odst. 1 písm. d) s.ř.s., který obligatorně vyžaduje, aby součástí žaloby byly žalobní body, z nichž musí být patrno, z jakých skutkových a právních důvodů považuje žalobce napadené výroky rozhodnutí za nezákonné nebo nicotné. Z tohoto důvodu proto nemohla být žaloba společnosti BILLA v tomto rozsahu připuštěna k meritornímu projednání.

Žalobní námitky společnosti MEINL

Žalobní námitky uplatněné společností MEINL lze rozdělit do celkem tří skupin. První skupinu představují námitky, které byly uplatněny již v rámci předcházejícího správního řízení, a které se, alespoň v základních parametrech, kryjí s některými námitkami uplatněnými druhým žalobcem. Do této skupiny patří výtky vztahující se k vyřazení prodejců typu Cash and Carry z daného relevantního trhu, výtky poukazující na nesoulad mezi zkrácením doby deliktního jednání v rozkladovém řízení, bez toho, že by se tato skutečnost projevila ve výši ukládané sankce a konečně též nesouhlas s výší uložené pokuty. O těchto námitkách bylo v odůvodnění tohoto rozsudku již pojednáno pod body AD C), AD E) a AD M).

Další skupinu tvoří námitky, které byly taktéž uplatněny v rámci správního řízení, avšak nekryjí se s žalobními námitkami společnosti BILLA; o nich bude podrobněji pojednáno dále.

Poslední skupinu pak představují námitky, které se nekryjí s žalobními námitkami druhého žalobce, avšak společností MEINL v rámci správního řízení (v rozkladu) nebyly uplatněny.

Pokud jde o skupinu posledně zmiňovanou, tyto žalobní námitky nemohly být předmětem meritorního soudního přezkumu, a to z následujících důvodů:

Podle ustanovení § 5 s.ř.s. nestanoví-li tento nebo zvláštní zákon jinak, lze se ve správním soudnictví domáhat ochrany práv jen na návrh a po vyčerpání řádných opravných prostředků, připouští-li je zvláštní zákon.

Tento požadavek zákona je nutno vykládat tak, že řádné opravné prostředky musí být vyčerpány nejen po stránce formální, ale též materiální. Znamená to tedy, že pro přístup k soudní ochraně nepostačí pouze napadení prvostupňového správního rozhodnutí řádným opravným prostředkem (podmínka formální), ale v tomto řádném opravném prostředku musí být též uplatněny důvody uváděné později v žalobě; to pochopitelně za situace, že žalobce tak objektivně v rámci správního řízení učinit mohl. Pokud by totiž soud připustil k meritornímu projednání skutkové či právní novoty (skutečnosti, které mohly být uplatněny v rámci řádného opravného prostředku ve správním řízení, avšak uplatněny nebyly), odpíral by tím možnost druhostupňovému správnímu orgánu (žalovanému) vypořádat se s těmito námitkami pořadem práva na prvém místě. Fakticky by se tak jednalo o porušení principu dvojinstančnosti správního řízení, se všemi důsledky s tím spojenými.

V projednávané věci tedy soud námitky společnosti MEINL, o kterých nebude pojednáno dále, a které nebyly předmětem hodnocení v rámci posouzení žaloby společnosti BILLA (body O., Q., R. žaloby), nepřipustil k meritornímu projednání, neboť ověřil, že nebyly součástí podaného rozkladu (č.l. 8719 až 8750).

AD P)

V rámci tohoto žalobního bodu bylo, mimo jiné, namítáno, že závěr o protisoutěžním aspektu určité dohody soutěžitelů musí vycházet nejen ze splnění formálních znaků takové dohody (§ 3 odst. 1, odst. 2, písm. a) ZOHS1/2), ale musí se též opírat o zjištění, že tato dohoda je způsobilá alespoň potenciálního narušení hospodářské soutěže. Tato žalobní námitka tedy navozuje zásadní otázku, zda lze o zakázané dohodě ve smyslu ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS1/2 hovořit pouze za situace, kdy lze dovodit její reálný dopad na relevantní trh.. Žalobci lze přisvědčit v tom, že § 3 odst. 1 ZOHS1/2 (který je nutno aplikovat též na všechny případy dohod uvedených v odst. 2 tohoto ustanovení) hovoří o tom, že zakázané jsou dohody „které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže". Lze tedy souhlasit s názorem, že dohoda, která by vykazovala formální znaky zakázané dohody, ve smyslu ustanovení § 3 odst. 2 ZOHS1/2, avšak bylo by vyloučeno, aby se jakkoli negativně projevila na daném relevantním trhu, nemůže být považována za dohodu zakázanou. Z ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS1/2 nicméně nevyplývá, že by pojmovým znakem zakázané dohody bylo zjištění reálného dopadu této dohody na relevantní trh. Dohoda může být tedy považována za zakázanou i za situace, kdy se kvantifikovatelným způsobem neprojevily její negativní dopady na relevantním trhu. Pro závěr o existenci zakázané dohody tedy pouze postačí zjištění i vyjednání, jehož obsahem byla shoda na určité koordinaci či kooperaci na trhu (mohla-li by vést k narušení hospodářské soutěže) a dále zjištění následného chování těchto soutěžitelů na trhu, v intencích předcházejícího jednání.

I přes skutečnost, že § 3 odst. 1 ZOHS1/2 (stejně jako čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES) *expressis verbis* reálný dopad na trh jako pojmový znak zakázaných dohod nedefinují, soud si je vědom skutečnosti, že rozhodovací praxe komunitárních orgánů v těchto případech interpretuje již zmiňovaný čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES extenzivněji. Lze v této souvislosti odkázat např. na rozsudek Evropského soudního dvora *Société Technique Miniére v. Maschinenbau GmbH.* (ESR 235/1966), kde se uvádí, že „... následky dohody by měly být posuzovány, a aby určitá dohoda spadala pod zákaz, je nezbytné dojít ke zjištění, že jsou přítomny takové prvky, které ukazují, že soutěž byla skutečně omezena nebo narušena citelným způsobem. Soutěž musí být chápána v takovém kontextu, v němž by existovala při absenci dotčené dohody".

Soud tedy na předmětnou otázku nahlížel z pohledu tohoto (pro žalobce příznivějšího) výkladu. Zabýval se v prvé řadě tím, zda by případný dopad dohody na trh mohl být citelný. Dle názoru soudu tomu tak je, neboť účinky předmětné dohody směřovaly potenciálně prakticky proti všem společným dodavatelům obou společností, přičemž obě společnosti náležely k 11 největším řetězcům, působícím na daném relevantním trhu a v roce 2001 realizujícím celkem 58 % celkových tržeb v maloobchodu se smíšeným zbožím s převahou potravin v České republice (viz. strana 29 prvostupňového rozhodnutí). Jde tedy o soutěžitele, kteří mají v daném soutěžním prostředí vyšší tržní sílu než soutěžitelé mezi tyto největší obchodní řetězce nenáležející. Pokud jde dále o samotnou existenci možného dopadu předmětné dohody na relevantní trh, zde již bez dalšího postačí konstatování, že obě společnosti

posuzovaným jednáním omezily svým společným dodavatelům jejich odbytové alternativy, neboť vůči nim vystupovaly jako jeden subjekt, a to přes to, že v předcházející době se chovaly jako samostatné subjekty (a z hlediska právní subjektivity i jiných aspektů jejich činnosti jimi byly nadále). Lze tedy uzavřít, že oba správní orgány nepochybily, pokud dovodily, že předmětným jednáním obou společností (žalobců) došlo k naplnění všech znaků zakázané dohody, ve smyslu ustanovení § 3 odst. 1 ZOHS1/2.

Pokud jde dále o námitky vztahující se ke způsobu vymezení relevantního trhu, nad rámec skutečností uvedených již výše pod bodem AD C), soud pouze poznamenává, že závěr o narušení hospodářské soutěže na určitém relevantním trhu je dostatečně srozumitelný (přezkoumatelný) již vymezením tohoto trhu bez toho, že by muselo být uváděno, na které jeho straně se tak stalo. Podstata věci je v tom, že oba správní orgány dospěly k závěru, že posuzovaným jednáním obou společností došlo k odstranění konkurence v horizontálním vztahu obou společností; tento závěr je dostačující.

AD S)

Vzhledem k tomu, že námitka částečné prekluze práva uložit za posuzované jednání sankci je (mimo jiné) spojena s okamžikem pravomocného skončení předcházejícího správního řízení (tedy doručením rozhodnutí žalovaného), připustil soud i tuto námitku k meritornímu projednání, neboť naznal, že (alespoň částečně) nemohla být z logiky věci uplatněna v rámci rozkladu (o nedostatek podmínky řízení ve smyslu § 5 s.ř.s. se tedy nejedná). Podstatou argumentace žalobce v rámci tohoto stížního bodu je namítané nedodržení subjektivní lhůty jednoho roku pro uložení pokuty (§ 14 odst. 5, věta první ZOHS1), při současné nemožnosti aplikovat na období do 30.6.2001 úpravu ZOHS2, která stanovuje lhůtu delší.

Podle ustanovení § 14 odst. 5, věty první ZOHS1, pokuty podle předchozích odstavců může ministerstvo uložit do jednoho roku od zjištění porušení povinnosti, nejpozději však do tří let následujících po roce, ve kterém byla tato povinnost porušena.

Z obsahu správního spisu bylo zjištěno, že správní řízení s oběma žalobci bylo zahájeno opatřením prvostupňového orgánu ze dne 16.4.2002 (čl. 1 - 2 a 530 – 531), poznatky o možném nedovoleném jednání pak byly získány již dne 15.2.2002 z anonymního podání podaného u prvostupňového orgánu (čl. 1 – 2 spisu P 54/02). Prvostupňové rozhodnutí bylo vydáno dne 21.10.2002; právní moci (spolu s rozhodnutím žalovaného) nabylo dne 14.10.2003.

S ohledem na popsaný skutkový stav je zřejmé, že pro posouzení důvodnosti dané žalobní námitky bude rozhodující, zda se „uložením pokuty" míní až okamžik, kdy byla pokuta uložena pravomocně (zde by subjektivní lhůta ve smyslu žaloby zachována nebyla) či stane-li se tak již vydáním prvostupňového rozhodnutí. Touto

otázkou se již dříve zabýval Vrchní soud v Olomouci, a to, mimo jiné, v rozsudku ze dne 25.5.2002, č.j. 2A 11/2001-70. Z jeho odůvodnění se podává, že požaduje-li právní předpis, aby v určité lhůtě bylo rozhodnuto, nelze do tohoto požadavku zahrnovat i následné skutečnosti doručení či právní moci. Uložením pokuty je nutno rozumět v logice časové souslednosti vydání rozhodnutí v prvém stupni. Aby uložení pokuty muselo ve lhůtě jednoho roku nabýt právní moci, muselo by citované ustanovení zákona takovouto podmínku obsahovat nebo vyplývat z jiných ustanovení zákona. Přidrží-li se krajský soud tohoto právního názoru, je zřejmé, že jednoletá subjektivní lhůta byla (vydáním prvostupňového rozhodnutí) v projednávané věci zachována a námitku žalobce lze proto jako bezdůvodnou bez dalšího odmítnout.

S ohledem na všechny výše popsané skutečnosti lze konstatovat, že soud oběma žalobám přisvědčil v jejich námitce týkající se nepřezkoumatelnosti závěrů žalovaného, pokud jde o výši uložené pokuty. Zbývající žalobní námitky soud dílem nepřipustil k meritornímu projednání, dílem pak neshledal důvodnými.

Podle ustanovení § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s. zruší soud napadené rozhodnutí pro vady řízení bez jednání rozsudkem pro nepřezkoumatelnost spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí.

Podle ustanovení § 78 odst. 7 s.ř.s. soud zamítne žalobu, není-li důvodná.

Jelikož soud z důvodů výše uvedených naznal, že výrok III. rozhodnutí žalovaného je nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů, rozsudkem tuto část správního rozhodnutí zrušil (výrok I. rozsudku). V souladu s ustanovením § 78 odst. 4 s.ř.s. dále vyslovil, že věc se v tomto rozsahu vrací žalovanému k dalšímu řízení. Jelikož současně zbývající žalobní námitky nepovažuje za důvodné, nezbylo mu, než obě žaloby ve zbytku zamítnout (výrok II. rozsudku).

Výrok, kterým bylo rozhodnuto o nákladech tohoto řízení se opírá o ustanovení § 60 odst. 7 s.ř.s., dle kterého jsou-li pro to důvody zvláštního zřetele hodné, může soud výjimečně rozhodnout, že se náhrada nákladů účastníkům nebo státu zcela nebo zčásti nepřiznává. Soud tedy v projednávané věci neaplikoval obecnou zásadu, dle které se právo na náhradu nákladů řízení přiznává procesně úspěšnému účastníku (§ 60 odst. 1 s.ř.s.), neboť dospěl k závěru, že v dané věci nelze jednoznačným způsobem určit míru úspěšnosti jednotlivých procesních stran. Fakticky vzato, oběma žalobám bylo vyhověno toliko částečně, nelze však úspěch žalobců ve věci však nelze precentuálně či jinak kvantifikovat. Tuto skutečnost pak soud považuje za důvod zvláštního zřetele hodný, který odůvodňuje postup ve smyslu ustanovení § 60 odst. 7 s.ř.s. Soud proto rozhodl tak, že právo na náhradu nákladů řízení žádnému z účastníků nepřiznal.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí, které nabývá právní moci dnem doručení, je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu

v Brně prostřednictvím Krajského soudu v Brně, a to ve dvou vyhotoveních. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 31.5.2006

Za správnost vyhotovení:
Eva Drlová

KRAJSKÝ SOUD 33 V BRNĚ 33

JUDr. Jaroslav Tesák, PhD., v.r.
předseda senátu