č. j. 5 Afs 53/2010 - 420

DOŠLO DNE
22 -06- 2011
KRAJSKÝ SOUD V BRNĚ
PODATELNA
DOŠLO osobně - poštou v ..... hod.
- 9 -06- 2011
..... kříž ..... příloh
..... kolky

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Ludmily Valentové a soudců Mgr. Jiřího Gottwalda a JUDr. Lenky Matyášové v právní věci žalobce: **T-Mobile Czech Republic a. s.,** se sídlem Praha 4, Tomíčkova 2144/1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, tř. kpt. Jaroše 7, za účasti osoby zúčastněné na řízení: Vodafone Czech Republic a. s., se sídlem Praha 10, Vinohradská 167, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 15. 9. 2004, č. j. R 38,39/2003, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 11. 12. 2009, č. j. 62 Ca 50/2007 - 338,

takto:

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11. 12. 2009, č. j. 62 Ca 50/2007 - 338, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

Včas podanou kasační stížností brojí žalovaný proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 11. 12. 2009, č. j. 62 Ca 50/2007 - 338, kterým bylo zrušeno rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 15. 9. 2004, č. j. R 38,39/2003, kterým bylo změněno rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 10. 2003, č. j. S 165/03-6152/03-ORP, v bodě 1. výroku tak, že tento výrok zní:

„Účastníci řízení, společnosti Český Mobil a. s., se sídlem Praha 10, Vinohradská 167, IČ 25 78 80 01, a T-Mobile Czech Republic a. s., se sídlem Praha 4, Tomíčkova 2144/1, PSČ 149 00, IČ 64 94 96 81, tím, že ve Smlouvě o propojení telekomunikačních zařízení a sítí ze dne 20. 12. 2000 uzavřeli a následně plnili

- *v čl. 3.1 a na něj navazující Příloze A včetně jejich dílčích příloh dohodu, dle níž si dohodli realizaci propojení sítí výhradně v propojovacích bodech prostřednictvím propojovacích spojů, kdy propojovací body jsou popsány v Příloze A,*
- *v čl. 6.6 dohodu, dle níž si účastníci dohody budou po dobu neexistence přímého propojení mezi jejich sítěmi poskytovat služby tranzitem, prostřednictvím pevné sítě společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s., kdy tento provoz se bude řídit Smlouvou o propojení telekomunikačních zařízení a sítí a podmínkami sjednanými každou smluvní stranou se společností ČESKÝ TELECOM, a. s.,*
- *v čl. 7.1 a na něj navazující Příloze C včetně jejich dílčích příloh dohodu, dle níž bude každá smluvní strana účtovat za služby poskytnuté druhé smluvní straně ceny za propojení uvedené v Příloze C,*

porušili v době od 20. 12. 2000 do 30. 6. 2001 ustanovení § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, a od 1. 7. 2001 do 31. 7. 2003 ustanovení § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, uzavřením a následným plněním dohod o nepřímém určení obchodních podmínek, které vedou k narušení hospodářské soutěže na trhu provozování veřejných telekomunikačních sítí.“

a potvrzen bod 2. výroku uvedeného rozhodnutí žalovaného, jehož výrok zněl:

„1. Účastníci řízení, společnosti Český Mobil a.s., se sídlem Vinohradská 167, Praha 10, IČ 25788001 a T-Mobile Czech Republic a. s., se sídlem Londýnská 730, Praha 2, PSČ 120 00, IČ 64949681 tím, že ve Smlouvě o propojení telekomunikačních zařízení a sítí ze dne 20. prosince 2000 uzavřeli

- *v čl. 3.1 a na něj navazující Příloze A včetně jejich dílčích příloh dohodu, dle níž si dohodli realizaci propojení sítí výhradně v propojovacích bodech prostřednictvím propojovacích spojů, kdy propojovací body jsou popsány v Příloze A,*
- *v čl. 6.6 dohodu, dle níž si účastníci dohody budou po dobu neexistence přímého propojení mezi jejich sítěmi nebo v případě nedostatečné kapacity propojení poskytovat služby tranzitem prostřednictvím sítě společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s., kdy tento provoz se bude řídit Smlouvou o propojení telekomunikačních zařízení a sítí a podmínkami sjednanými každou smluvní stranou se společností ČESKÝ TELECOM, a. s.,*
- *v čl. 7.1 a na něj navazující Příloze C včetně jejích dílčích příloh dohodu, dle níž bude každá smluvní strana účtovat za služby poskytnuté druhé smluvní straně ceny za propojení uvedené v Příloze C,*

porušili v době od uzavření Smlouvy o propojení telekomunikačních zařízení a sítí do 30. června 2001 ustanovení § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění a od 1. července 2001 do 31. července 2003 ustanovení § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, uzavřením zakázaných dohod o nepřímém určení obchodních podmínek, které vedly k narušení hospodářské soutěže na trhu provozování veřejných telekomunikačních sítí.

2. Za uzavření zakázaných dohod specifikovaných ve výrokové části 1. tohoto rozhodnutí ukládá Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v souladu s § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, společnosti Český Mobil a.s., se sídlem Vinohradská 167, Praha 10, IČ 25788001, pokutu ve výši: 4 500 000,- Kč (slovy: čtyři miliony pět set tisíc korun českých) a společnosti T-Mobile Czech Republic a. s., se sídlem Londýnská 730, Praha 2, PSČ 120 00, IČ 64949681, pokutu ve výši 12 000 000,- Kč (slovy: dvanáct milionů korun českých). Uložené pokuty jsou splatné do 15 dnů od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet České národní banky v Brně, číslo účtu 3754-24825-621/0710, konstantní symbol 1148, jako variabilní symbol se uvede kmenová část daňového identifikačního čísla účastníka řízení.“;

krajský soud současně zrušil i rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 10. 2003, č. j. S 165/03-6152/03-ORP, a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

Krajský soud vycházel ze zjištění, že z obsahu oznámení o zahájení správního řízení ze dne 26. 8. 2003 se podává, že žalovaný spatřoval porušení zákona v tom, že žalobce a osoba zúčastněná na řízení uzavřeli dne 20. 12. 2000 Smlouvu o propojení telekomunikačních zařízení a sítí (dále jen „Smlouva“), která obsahovala v čl. 3.1, Příloze A, čl. 6.6, čl. 7.1 a Příloze C vytýkaná ujednání, v čemž žalovaný spatřoval porušení zák. č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákona o ochraně hospodářské soutěže) (dále jen „ZOHS 2001“). Tím žalovaný vymezil předmět správního řízení, který totožně vymezil při ústním jednání dne 5. 9. 2003 a 8. 9. 2003. Předmětem správního řízení se tak stalo toliko *uzavření* zakázaných dohod ve Smlouvě, kdy právě za *uzavření* těchto dohod uložil žalovaný žalobci a osobě zúčastněné na řízení pokuty, a to podle § 22 odst. 2 ZOHS 2001. Bylo-li předmětem správního řízení jen uzavření zakázaných dohod, došlo k dokonání šetřeného skutku již 20. 12. 2000. Z důvodu zákazu retroaktivity tak nemohlo dojít k porušení až následně účinného ZOHS 2001, přičemž pro porušení zák. č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOHS 1991“), nebylo předmětné správní řízení mající sankční charakter ani zahájeno ani vedeno. Byl-li tak posuzován jednorázový úkon *uzavření*, který byl realizován a dokonán dne 20. 12. 2000 (t.j. za účinnosti ZOHS 1991), nelze jej trestat

podle ZOHS 2001, který nabyl účinnosti až 1. 7. 2001. Uzavřením smlouvy dne 20. 12. 2000 nemohlo v žádném případě dojít k porušení ZOHS 2001, neboť by se jednalo o pravou retroaktivitu, která je v rozporu s ústavními principy českého právního pořádku. I kdyby však bylo předmětné správní řízení vedeno pro porušení ZOHS 1991, pak by dle jeho § 14 odst. 5 mohla být pokuta uložena jen do jednoho roku od zjištění porušení povinnosti, o kterém žalovaný věděl již na podzim 2001. Rozhodnutí žalovaného však bylo vydáno až 27. 10. 2003, kdy tato subjektivní prekluzivní lhůta již uplynula. Napadeným rozhodnutím předsedy žalovaného se staly výroky rozhodnutí logicky rozpornými, neboť po změně výroku 1. je žalobci a osobě zúčastněné na řízení vytýkáno i *následné plnění*, avšak potvrzeným výrokem 2. jsou pokuty uloženy jen za *uzavření* zakázaných dohod. Tímto postupem předseda žalovaného též rozšířil původně vymezený předmět řízení. Dalšími žalobními námitkami se krajský soud nezabýval.

Žalovaný v kasační stížnosti namítá, že obsahem generální klauzule § 3 ZOHS 1991 i § 3 ZOHS 2001 je zákaz takových dohod mezi soutěžiteli, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže. Mimo písemné dohody jsou zakázána i rozhodnutí sdružení soutěžitelů i prosté jednání soutěžitelů ve shodě, přičemž všechny tři uvedené způsoby jednání podřadil zákonodárce pod legislativní zkratku *„dohody"*. Pokud jsou všechny tři uvedené způsoby uvedeny pod jednou zkratkou, pak každý z nich obsahuje i konání či plnění dohody. Není to jen samotné uzavření zakázané dohody, ale právě její následné plnění; shodné soutěž narušující jednání soutěžitelů je totiž oním zakázaným jednáním, za které následuje sankce. Pojem zakázané dohody v sobě již z podstaty zahrnuje jak uzavření dohody, tak její plnění, a jedná se o delikt trvající (k tomu žalovaný odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 2 Afs 93/2008). Podniky nejprve vyvolají protiprávní stav (samotným uzavřením dohody) a poté protiprávní stav kratší či delší dobu udržují. K plnění zakázaných dohod pak docházelo i v rozsahu účinnosti ZOHS 2001, proto žalovaný ukládá sankci podle ZOHS 2001 po právu. Předmět řízení o správním deliktu není vymezen právní kvalifikací, ale skutkem, proto v řízení před předsedou žalovaného nedošlo k rozšíření předmětu řízení. Z důkazů shromážděných v průběhu řízení a z odůvodnění rozhodnutí žalovaného z 27. 10. 2003 totiž vyplývá, že posuzované jednání (skutek) trvalo od okamžiku uzavření Smlouvy až „do současnosti". Celé toto jednání je třeba považovat za jeden skutek. Pokud krajský soud vytýká žalovanému rozpornost výroků 1. a 2. rozhodnutí, odůvodnění prvostupňového i druhostupňového rozhodnutí jsou shodná a jasně z nich vyplývá, že pokuta byla uložena nejen za *„uzavření"* Smlouvy, ale za zakázanou dohodu sestávající z jejího uzavření i plnění.

Žalobce se ve vyjádření ke kasační stížnosti ztotožňuje se závěry krajského soudu, kdy zastává názor, že správní orgán musí primárně specifikovat, v jakém konkrétním jednání či opomenutí účastníků řízení je vlastně spatřováno porušení zákona, když teprve takto řádně specifikované jednání může správní orgán subsumovat pod určité zákonné ustanovení, které mělo být předmětným jednáním porušeno. ZOHS 2001 v § 3 odst. 1 rozlišuje celkem tři způsoby zakázaných ujednání, kdy se jedná o tři různé skutkové podstaty způsobilé naplnit termín „zakázaná ujednání". Poté, co odvolací správní orgán zjistí, že předmět řízení je neúplný, nesmí jej v odvolacím řízení doplňovat, neboť by tak rozhodoval jako správní orgán I. stupně a účastníka řízení by krátil o právo podat proti prvostupňovému rozhodnutí opravný prostředek. Zdůrazňuje, že setrvává též na krajským soudem přisvědčené námitce prekluze podle ZOHS 1991. Navrhuje proto kasační stížnost zamítnout.

V řízení o kasační stížnosti žalobce založil do spisu právní analýzu advokáta, která se zabývá vymezením relevantního trhu, soutěžně právním posouzením obsahu dohod obsažených ve Smlouvě a skutečností, že žalobcovo jednání mělo mít v období od 8. 11. 2001 povahu jednání nařízeného jiným správním orgánem - Českým telekomunikačním úřadem.

Na založené uvedené právní analýzy do spisu reagoval žalovaný vyjádřením ze dne 27. 1. 2011, v němž se vyjadřuje k otázkám vymezení relevantního trhu, k soutěžně právnímu

posouzení dohod a k otázce povahy jednání žalobce jako jednání nařízeného jiným správním orgánem.

Na uvedené vyjádření žalovaného reagoval žalobce dalším vyjádřením z 19. 4. 2011 (upřesněným dále 11. 5. 2011), kde se opět vyjadřuje k vymezení relevantního trhu a k samotnému soutěžně právnímu posouzení vytýkaného jednání. Opakuje též obsah prvního vyjádření ke kasační stížnosti. Nově navrhuje přerušit řízení o kasační stížnosti do skončení soudního přezkumu rozhodnutí předsedy žalovaného o určení vytýkaného jednání za dohody podléhající zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž podle § 3 až § 6 ZOHS 2001, které je po zrušovacím rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 4. 2010, č. j. 9 Afs 109/2009 - 180, i nadále vedeno Krajským soudem v Brně, nyní pod novou sp. zn. 62 Af 37/2010.

Osoba zúčastněná na řízení se ke kasační stížnosti nevyjádřila.

Nejvyšší správní soud nejprve konstatoval, že kasační stížnost byla podána včas, osobou oprávněnou, stěžovatel je zastoupen advokátem a jsou splněny i ostatní podmínky řízení; soud proto přistoupil k posouzení věci samé.

Nejvyšší správní soud předesílá, že rozsudek krajského soudu mohl přezkoumat jen v rozsahu existentních úvah a závěrů krajského soudu, jak jsou v jeho rozsudku obsaženy, a proti kterým směřuje i kasační stížnost. Tyto úvahy a závěry krajského soudu se nijak netýkají vymezení relevantního trhu, samotného soutěžně právního posouzení vytýkaného jednání ani otázky případné povahy jednání žalobce jako jednání nařízeného jiným správním orgánem. Za této situace Nejvyšší správní soud nepřihlížel při rozhodování o kasační stížnosti proti nyní přezkoumávanému rozsudku krajského soudu k předložené právní analýze ani k následnému vyjádření účastníků co do těchto otázek. Za této situace je pro nynější rozhodnutí Nejvyššího správního soudu současně bez významu, s jakým výsledkem bude skončeno řízení o přezkumu rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy o určení, zda vytýkané jednání představuje dohody podléhající zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž či nikoli. Z tohoto důvodu pak Nejvyšší správní soud řízení o kasační stížnosti nepřerušil a rozhodl o podané kasační stížnosti.

Rozsudek krajského soudu je vystavěn na důsledném odlišování

- *„uzavření“* zakázaných dohod ve Smlouvě, jak bylo žalobci a osobě zúčastněné na řízení vytýkáno již v oznámení a zahájení řízení a následně v prvostupňovém rozhodnutí žalovaného, na straně jedné, a
- *„plnění“* zakázaných dohod podle Smlouvy, jak bylo toto slovo doplněno do popisu skutku až předsedou žalovaného v napadeném druhostupňovém rozhodnutí.

Nejvyšší správní soud při svém rozhodování dlouhodobě a neměnně zdůrazňuje, že pro veškerá trestání v právním řádu České republiky, nejsou-li zákonodárcem výslovně stanoveny odlišnosti, musejí platit obdobné zásady a principy. Věcný rozdíl mezi trestnými činy a správními delikty bývá i velmi mlhavý, může být i výsledkem politického rozhodnutí („dekriminalizace“), a je běžné, že skutky trestané právním řádem v určité době jako trestné činy jsou podle právního řádu v jiné době „pouze“ správními delikty a naopak. V tomto směru lze odkázat i na Úmluvu o ochraně lidských práv a základních svobod (sdělení federálního Ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb.), která podle stabilní judikatury Evropského soudu pro lidská práva „trestním obviněním“ ve smyslu svého článku 6 odst. 1 rozumí i řízení o většině sankcí ukládaných správními úřady za přestupek nebo jiný správní delikt (srov. např. rozsudek ze dne 31. 5. 2007, č. j. 8 As 17/2007 - 135, Sb. NSS č. 1338/2007, www.nssoud.cz).

Trestněprávní teorie i praxe pak velice podrobně rozpracovala otázky týkající se vymezení vytýkaného jednání v počátcích řízení (v trestním řízení soudním v okamžiku sdělení obvinění),

v jeho dalším pokračování a v rozhodnutí o věci samé, příp. i v rozhodnutí o opravném prostředku (srov. např. Novotný, O. a kol.: Trestní právo hmotné, Obecná část, 6. vyd., Wolters Kluwer ČR, a.s., Praha 2010, str. 334 a násl.; Císařová, D. a kol.: Trestní právo procesní, 4. vyd., Linde Praha a.s. 2006, str. 480 a násl., rozsudek býv. Nejvyššího soudu SSR ze dne 19. 4. 1973, sp. zn. 4 Tz 44/73, Sb. NS č. 33/74, rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 16. 2. 1995, sp. zn. Tzn 12/94, Sb. NS č. 1/96, aj.).

Jednání, v němž je spatřováno porušení zákona, je trestněprávní teorií i praxí označováno pojmem *„skutek"*. Skutkem se rozumí určitá událost ve vnějším světě záležející v jednání subjektu práva. Skutek nemusí být protiprávním jednáním, ale každé protiprávní jednání musí být skutkem.

Od pojmu *„skutek"* je pak třeba odlišovat *„popis skutku"*, tzn. slovní vymezení události v příslušném aktu (zejm. v zahájení řízení a rozhodnutí o věci samé). Zásady trestního procesu aplikovatelné i na poli správního trestání pak vyžadují, aby skutek, o kterém je rozhodováno v rozhodnutí o uložení sankce, byl totožný se skutkem, pro který bylo zahájeno řízení. Momentem, který dělí pachatelovo jednání na různé skutky, je následek významný z hlediska sankčního práva, který pachatel způsobil nebo způsobit chtěl. Za jeden skutek lze považovat ty projevy vůle pachatele navenek, které jsou pro tento následek kauzální (srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 8. 1984, sp. zn. 3 Tz 6/84, Sb. NS č. 8/85). Tento konkrétní následek (ohrožení nebo porušení zájmu chráněného sankčními předpisy) spojuje jednotlivé dílčí akty pachatele do jediného celku - skutku - a zároveň je odděluje od jiných skutků téhož pachatele. Aby se jednalo o jeden skutek, je třeba, aby jednání pachatele bylo příčinou následku, který je znakem skutkové podstaty. Za jediný skutek se pak považuje i delikt trvající. Totožnost skutku je m. j. zachována i tehdy, jestliže se skutečnosti uvedené při zahájení sankčního řízení doplní o další nebo nahradí jinými, nebo některé odpadnou a jiné přibudou, jestliže ovšem podstata jednání zůstane nedotčena. U deliktů trvajících není totožnost skutku dotčena, dojde-li ke změně časového období, po které pachatel udržoval protiprávní stav (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. 3. 1975, sp. zn. 7 Tz 5/75, Sb. NS č. 5/76).

Trestněprávní judikatura (srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27. 3. 2009, sp. zn. 11 Tdo 1440/2008, www.nsoud.cz) pak v případě dílčích jednání skládajících se z na sebe navazujících jednání, byť naplňujících různé alternativy skutkové podstaty trestného činu (např. výroba, držení a distribuce drog), tato dílčí jednání posuzuje z hlediska skutku jako celek. Tato dílčí jednání nelze dělit podle toho, jakou objektivní stránku téhož deliktu naplňují, je-li celkové jednání kontinutální a jednotlivé akty mající alternativní znaky téhož deliktu jsou spolu kauzálně propojeny.

Uvedené závěry jsou podle Nejvyššího správního soudu plně aplikovatelné i na poli správního trestání, kdy k těmto závěrům se hlásí i judikatura Nejvyššího správního soudu (srov. např. rozsudek ze dne 14. 3. 2011, č. j. 2 Afs 91/2009 - 149, www.nssoud.cz).

Jakkoli v případech, kdy bylo shledáno pouze spáchání vnitrostátních deliktů proti hospodářské soutěži, není přímo aplikovatelná evropská legislativní úprava obsažená v čl. 101 a násl. Smlouvy o fungování Evropské unie (dříve čl. 81 a násl. Smlouvy o založení ES), nelze přehlížet, že vnitrostátní právní úprava (ZOHS 2001) v podstatě kopíruje právě tuto evropskou úpravu. Jakkoli tedy není pro výklad ZOHS 2001 v tomto ohledu závazná judikatura orgánů Evropské unie, jsou jejich rozhodnutí přinejmenším návodná pro řešení obdobných problémů, které již řešily orgány Evropské unie.

V tomto směru není bez významu, že Tribunál (soud orgán dříve označovaný jako Soud prvního stupně) vykládá podmínky pro posouzení několika dílčích protisoutěžních jednání jako celku podobně jako česká teorie i praxe trestního práva. Jeho ustálené závěry vycházejí z úvahy,

že porušení čl. 81 odst. 1 Smlouvy o založení ES (dnes čl. 101 Smlouvy o fungování EU) může vyplývat nejen z jediného úkonu, ale též z řady úkonů, anebo i z jednání pokračujícího (trvajícího). Tento výklad nelze zpochybnit z důvodu, že jeden nebo více prvků z této řady úkonů nebo tohoto pokračujícího (trvajícího) jednání může rovněž sám o sobě a nahlížen izolovaně představovat porušení uvedeného ustanovení. Pokud se jednotlivá dílčí jednání začleňují do jednotného záměru z důvodu svého totožného cíle narušujícího hospodářskou soutěž, je třeba přičítat odpovědnost za tato dílčí jednání v závislosti na účasti na protiprávním jednání nahlíženém jako celek, zejm. jsou-li součástí celkového plánu, který sám zapadá do řady snah dotčených subjektů sledující jediný hospodářský cíl. Není vyloučeno, aby se toto jediné jednání postupně realizovalo jak dohodami, tak jednáním ve vzájemné shodě. Jediným protiprávním jednáním je situace, kdy se několik subjektů účastní protiprávního jednání, které sestává z trvajícího chování sledujícího jediný hospodářský cíl směřující k narušení hospodářské soutěže, nebo i z individuálních protiprávních jednání spojených vzájemně stejným cílem a stejnými subjekty, které si jsou vědomy, že se podílejí na společném cíli (srov. např. rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 8. 7. 2008 ve věci sp. zn. T-53/03, BPB v. Komise, curia.europa.eu, body 252 a násl.). Pojem jediného cíle přitom nelze vymezit jen obecným odkazem na narušení hospodářské soutěže na trhu. Pro účely kvalifikace jednotlivých dílčích jednání jako jediného a trvajícího protiprávního jednání je třeba ověřit, zda se tato jednání doplňují v tom smyslu, že každé z nich má čelit jednomu nebo několika následkům běžné hospodářské soutěže, a zda tato jednání prostřednictvím interakce přispívají k uskutečnění souhrnu protisoutěžních účinků zamýšlených jejich původci v rámci celkového plánu směřujícího k jedinému cíli (srov. např. rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 12. 12. 2007 ve věci sp. zn. T-101/05 a T-111/05, BASF a UCB v. Komise, curia.europa.eu, body 179 a násl., z poslední doby rozsudek Tribunálu ze dne 24. 3. 2011 ve věci sp. zn. T-385/06, Aalbert Industries a další v. Komise, curia.europa.eu, body 86 a násl.).

Krajský soud při posuzování totožnosti skutku vymezeného v oznámení o zahájení řízení a skutku, jak je popsán v napadeném rozhodnutí předsedy žalovaného, zjevně zaměnil pojmy označované českou trestněprávní teorií a praxí jako *„skutek“*, t. j. to, co se ve vnějším světe událo, a *„popis skutku“*, t. j. slovní vylíčení této události v aktech žalovaného a jeho předsedy.

Na uvedenou typovou situaci již reagovala i rozhodovací praxe Nejvyššího správního soudu, pokud dospěla k závěru, že mezi skutkem, pro který je „sdělováno obvinění“, a skutkem, za který je pak adresát sankčního rozhodnutí trestán, nemusí existovat po stránce skutkové naprostý soulad, neboť v průběhu řízení mohou některé dílčí skutečnosti teprve vyplynout najevo, či může jinak dojít ke korektuře původních skutkových předpokladů. Pokud však je v průběhu řízení zjištěn určitý aspekt jednání, který „obviněnému“ dosud nebyl vytýkán a vede-li toto nové dílčí skutkové zjištění k rozšíření právní kvalifikace postihovaného jednání, je nutno přistoupit k „rozšíření obvinění“ a poskytnout tak stíhané osobě právo přizpůsobit této nové skutečnosti svou obhajobu (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 3. 2011, č. j. 2 Afs 91/2009 - 149, www.nssoud.cz).

V posuzovaném případě je evidentní, že *uzavření* vytýkaných dohod ve Smlouvě a následné *plnění* právě těchto uzavřených dohod představují dílčí jednání, která jsou součástí jediného řetězce sledujícího týž cíl. S ohledem na shora uvedenou argumentaci českých trestních soudů, evropských soudních orgánů i Nejvyššího správního soudu, se kterou se i nyní rozhodující pátý senát plně ztotožňuje, kasační soud uzavírá, že dílčí jednání spočívající v *uzavření* a v následném *plnění* týchž zakázaných dohod představuje jediné trvající jednání (jediný skutek) projevující se v závislosti na době v různých okamžicích různými způsoby. *Uzavření* vytýkaných dohod totiž zcela zjevně směřovalo k jejich *plnění* žalobcem a osobou účastněnou na řízení, opačně *plnění* dohod bylo jen důsledkem jejich *uzavření*.

Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že změnou popisu skutku v rozhodnutí předsedy žalovaného oproti popisu skutku, jak byl uveden v oznámení o zahájení řízení, k narušení totožnosti vytýkaného skutku nedošlo.

Nejvyšší správní soud se totiž neztotožňuje s žalobcovým názorem, že by ust. § 3 odst. 1 ZOHS 2001 formulovalo tři různé skutkové postaty narušení hospodářské soutěže. Podle odkazovaného ustanovení dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen „dohody"), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen "Úřad") nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.

Uvedená úprava je prakticky doslovným převzetím čl. 81 odst. 1 Smlouvy o založení ES (dnes čl. 101 odst. 1 Smlouvy o fungování Evropské unie), kdy teorie i praxe práva EU vykládá všechny tři možnosti protisoutěžního jednání vyjmenované v tomto ustanovení společně jako soubor jednání směřujících ke sblížení, písemných či nikoliv, která jsou důkazem určitého společného rozhodnutí. „Dohoda" může být odvozena i jen z projevu společné vůle chovat se určitým způsobem, může se jednat i jen o faktické přistoupení jednoho subjektu na chování navržené jiným, může se jednat i o dohody pouze „gentlemanské". „Jednání ve shodě" je určitou formou koordinace mezi podniky, která mezi nimi prakticky nahrazuje soutěž praktickou spoluprací, aniž by vyústila ve vytvoření dohody v pravém slova smyslu. Za rozhodující nepokládá teorie ani praxe detailní rozlišení mezi „dohodou" a „jednáním ve shodě", kdy pokládá za nepřirozené dělit na rozličné delikty chování, které sleduje pouze jediný účel. Rozhodující je, zda se subjekt účastní na celistvém souboru chování, které představuje jediný delikt, ať už se konkretizoval v podobě dohody či jednání ve shodě (srov. např. rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 24. 10. 1991 ve věci sp. zn. T-2/89, Petrofina SA v. Komise, eur-lex.europa.eu, či Poillot-Peruzzetto, S. - Luby, M. - Svoboda, P.: Evropské právo a podnik, Linde Praha a.s. 2003, str. 308 a násl.). K podobným závěrům dospěl konečně při výkladu ZOHS 2001 i Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 25. 2. 2009, č. j. 1 Afs 78/2008 - 721, Sb. NSS č. 1878/2009, www.nssoud.cz).

Nejvyšší správní soud proto na tomto místě zdůrazňuje, že „dohody mezi soutěžiteli", „rozhodnutí sdružení soutěžitelů" a „jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě" podle § 3 odst. 1 ZOHS 2001 nejsou samostatnými skutkovými podstatami jednání proti hospodářské soutěži, ale alternativními jednáními téže jediné skutkové podstaty postihující soubor jednání směřujících ke sblížení soutěžitelů.

V souladu se svou dosavadní judikaturou (srov. např. již odkazovaný rozsudek ze dne 14. 3. 2011, č. j. 2 Afs 91/2009 - 149, či dále rozsudek ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009 - 541, Sb. NSS č. 2119/2010, obojí www.nssoud.cz) se Nejvyšší správní soud dále zabýval otázkou, zda rozšíření popisu skutku i na *plnění* vytýkaných dohod až v napadeném rozhodnutí předsedy žalovaného nepředstavovalo porušení práva žalobce na obhajobu, když z obsahu správního spisu se nepodává, že by byl žalobce před rozhodnutím předsedy žalovaného na tuto změnu popisu skutku upozorněn.

Předně Nejvyšší správní soud konstatuje, že tato změna popisu skutku nevedla k rozšíření právní kvalifikace vytýkaného jednání, kdy (jak podrobně rozvedeno výše) *„uzavření"* a *„uzavření a plnění"* vytýkaných dohod je jediným deliktem proti hospodářské soutěži, kdy jako jediný a týž delikt posoudili tato jednání i žalovaný a jeho předseda. Z obsahu správního spisu se přitom podává, že již žalovaný řízení v I. stupni (srov. např. protokol o ústním jednání 5. 9. 2003, str. 2, třetí až pátá otázka, str. 3, šestá otázka, dále rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 10. 2003, str. 7) žalobci vytýkal i faktické jednání žalobce, nejen samotné *uzavření* dohod. Žalobce se k těmto

otázkám již od počátku správního řízení vyjadřoval, proto je zjevné, že si byl vědom, že žalovaným je prošetřováno nejen samotné *uzavření* dohod, ale i jejich následné *plnění*. Nelze proto konstatovat, že by změnou popisu skutku až v rozhodnutí předsedy žalovaného byl žalobce poškozen v realizaci svého práva na obhajobu.

Od shora uvedených závěrů se odvíjí i posouzení otázky, podle které právní úpravy (ZOHS 1991 či ZOHS 2001) měla být žalobci za vytýkané protisoutěžní jednání uložena sankce. I na tomto místě kasační soud zdůrazňuje obecné zásady trestání aplikovatelné na poli trestního práva i na poli správního trestání. V souladu s trestněprávní teorií i praxí již dříve uzavřel, že trvající delikt tvoří jeden skutek a jeden delikt až do okamžiku ukončení deliktního jednání, t. j. až do okamžiku odstranění protiprávního stavu (srov. např. rozsudek ze dne 22. 2. 2005, č. j. 5 A 164/2002 - 44, Sb. NSS č. 832/2006, www.nssoud.cz). Pokud byl pokračující nebo trvající delikt páchán za účinnosti starého i nového (tzn. pozdějšího) zákona, považuje se za spáchaný za účinnosti nového zákona, třebaže jeho část proběhla před nabytím účinnosti tohoto nového (pozdějšího) zákona. Podmínkou je, že toto jednání bylo deliktem i podle zákona předchozího (srov. Císařová, D. a kol.: Trestní právo procesní, 4. vyd., Linde Praha a.s. 2006, str. 94 a násl., rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 8. 12. 1993, sp. zn. Tzn 12/93, Sb. NS č. 7/94, www.nsoud.cz, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2009, č. j. 1 As 35/2009 - 69, www.nssoud.cz).

V nyní posuzované věci je zjevné, že trvající deliktní jednání žalobce započaté za účinnosti ZOHS 1991 trvalo i za účinnosti ZOHS 2001, proto je třeba toto jednání považovat za spáchané za účinnosti ZOHS 2001. Je přitom zjevné a žalobcem není ani zpochybňováno, že totéž jednání bylo deliktem i podle § 3 odst. 1 předchozího zákona, t. j. ZOHS 1991.

Žalovaný a jeho předseda proto nepochybili, pokud žalobci uložili pokutu podle § 22 odst. 2 ZOHS 2001, neboť ještě za jeho účinnosti trvající vytýkané jednání žalobce trvalo.

Otázku případné prekluze je pak třeba ze stejných důvodů (trvání vytýkaného jednání i za účinnosti ZOHS 2001) posuzovat nikoli podle ZOHS 1991, ale právě podle ZOHS 2001.

Podle § 22 odst. 5 ZOHS 2001 pokuty podle odstavců 1 až 3 lze uložit nejpozději do 3 let ode dne, kdy se o porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti stanovených tímto zákonem Úřad dozvěděl, nejpozději však do 10 let, kdy k porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti došlo.

Podle údajů podávajících se ze správního spisu se o vytýkaném jednání žalovaný dozvěděl až po předběžném šetření provedeném po dotazu obdrženém „na podzim 2001". Bylo-li pak celé správní řízení ukončeno rozhodnutím předsedy žalovaného z 15. 9. 2004, které nabylo právní moci 16. 9. 2004, nelze učinit jednoznačný pozitivní závěr o tom, že by ke dni právní moci rozhodnutí předsedy žalovaného již uplynula subjektivní 3-letá lhůta pro uložení pokuty. Dlužno konstatovat, že zjištěním okamžiku, kdy se žalovaný skutečně o vytýkaném jednání žalobce dozvěděl, se krajský soud - veden odlišnými úvahami - dosud nezabýval. Jeho závěr o prekluzi práva žalovaného uložit pokutu je proto předčasný.

Nejvyšší správní soud nepřisvědčuje krajskému soudu ani v závěru o rozpornosti výroku 1. rozhodnutí žalovaného ve znění, jak byl tento výrok změněn rozhodnutím předsedy žalovaného, s výrokem 2. rozhodnutí žalovaného. Jakkoli lze krajskému soudu přisvědčit, že výrokem 1. je žalobci vytýkáno *uzavření a následné plnění* zakázaných dohod, zatímco výrokem 2. je žalobci uložena sankce toliko za *uzavření* těchto dohod, je třeba mít na zřeteli, že sankce se zásadně ukládá za delikt jako takový, tedy za skutek. Dílčí vady popisu skutku, jsou-li z popisu skutku evidentní, pak nemohou mít na zákonnost uložené sankce žádný vliv. Jakkoli tedy lze přisvědčit krajskému soudu, že změnil-li předseda žalovaného výrok 1. rozhodnutí z 27. 10. 2003, bylo na místě této změně přizpůsobit i výrok 2., je ze spojení rozhodnutí

žalovaného a jeho předsedy nepochybné, za jaký delikt - skutek - je sankce žalobci uložena. Krajským soudem vytýkaná odlišnost výroků 1. a 2. rozhodnutí ze dne 27. 10. 2003, po změně výroku provedené napadeným rozhodnutím žalovaného, je tak pouze marginální a nedosahuje takové intenzity, že by bylo možno učinit závěr o rozpornosti předmětného rozhodnutí. Jakkoli se neodstraněním této odlišnosti dopustil předseda žalovaného vady řízení, nebyla tato vada způsobilá přivodit nezákonné rozhodnutí o věci samé a není proto důvodem pro jeho zrušení [§ 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s.].

Rozsudek krajského soudu je vystavěn na opačných právních závěrech. Nejvyšší správní soud proto podle § 110 odst. 1 věty prvé s. ř. s. rozsudek krajského soudu zrušil a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení.

Právním názorem vyjádřeným v tomto rozsudku je krajský soud vázán (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti rozhodne krajský soud v novém rozhodnutí ve věci (§ 110 odst. 2 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 27. května 2011

JUDr. Ludmila Valentová v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení:
Zdeňka Řezáčová

Nejvyšší správní soud v Brně
-2-