Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno
Došlo: 14 -11- 2008
Číslo: 23254/2008/210
Přílohy:
Vyřizuje: ODR

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Ludmily Valentové a soudců JUDr. Lenky Matyášové, Ph.D. a JUDr. Jakuba Camrdy, Ph.D. v právní věci žalobců: **a) DELTA PEKÁRNY a. s.**, se sídlem Brno, Bohunická 519/24, zastoupené Mgr. Martinem Hájkem, advokátem se sídlem Praha, Jungmannova 24, **b) ODKOLEK a. s.**, se sídlem Praha, Ke Klíčovu 56/1, zastoupené JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M., Ph.D., advokátem, se sídlem Praha, Jungmannova 24, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti PENAM, a. s., se sídlem Brno, Cejl 38, zastoupené Danielem Čekalem, advokátem, se sídlem Praha, Jungmannova 750/34, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11. 5. 2005, č. j. R 20, 21, 22/2004, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 24. 8. 2006, č. j. 31 Ca 58/2005 - 105,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**

II. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci a) do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ve výši 2400 Kč k rukám jeho právního zástupce.

III. Žalovaný **je povinen** zaplatit žalobci b) do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti ve výši 2400 Kč k rukám jeho právního zástupce.

IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

Odůvodnění:

Žalovaný vydal dne 19. 3. 2004 rozhodnutí č. j. S 233/03-2050/04-ORP, kterým rozhodl, že:

(i) žalobci a) a b) a osoba zúčastněná na řízení (dále též „účastníci") jednali od 26. září přinejmenším do 12. 11. 2003 ve vzájemné shodě při určování prodejních cen pekárenských výrobků, a porušili tím § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, a narušili hospodářskou soutěž na trhu běžného pečiva, chleba a čerstvého cukrářského pečiva,

(ii) žalovaný b) a osoba zúčastněná na řízení jednali od 26. 9. 2003 přinejmenším do 12. 11. 2003 ve vzájemné shodě při určování cen pekárenských výrobků, porušili tím § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., a narušili hospodářskou soutěž na trhu trvanlivého sladkého pečiva,

(iii) řízení s žalobcem b) a osobou zúčastněnou na řízení ohledně možného porušení zákona č. 143/2001 Sb. dohodou o rozdělení trhu se zastavuje,

(iv) účastníkům řízení se zakazuje jednání ve vzájemné shodě a

(v) žalobci a) se ukládá pokuta ve výši 55 milionů Kč, žalobci b) se ukládá pokuta ve výši 35 milionů Kč a osobě na řízení zúčastněné se ukládá pokuta ve výši 30 milionů Kč.

V odůvodnění tohoto rozhodnutí žalovaný uvedl, že řízení s účastníky zahájil z vlastního podnětu, poté, co zjistil, že v tisku byly na podzim 2003 publikovány informace o očekávaném zvýšení cen pekárenských výrobků jakož i o tom, že takovému zvýšení cen chybí hospodářské opodstatnění. V řízení byly prokázány tyto skutečnosti: účastníci oznámili svým odběratelům (společnostem provozujícím maloobchodní řetězce: AHOLD Czech Republic, a. s., Globus ČR, k. s., SPAR Česká obchodní společnost s. r. o., Lidl ČR, v. o. s., Tesco Stores ČR, a. s., Julius Meinl a. s. a Kaufland Česká republika v. o. s.) shodně dne 26. 9. 2003 popř. krátce po tomto datu zvýšení cen pekárenských výrobků, a to obdobně formulovanými dopisy a ke shodnému datu 1. 11. 2003. Pro případ neakceptování nových cen pohrozili odběratelům zastavením dodávek. Dále bylo zjištěno, že již dne 18. 9. 2003 bylo osobě zúčastněné na řízení známo, že dne 25. 9. 2003 se uskuteční tisková konference, na které žalobce b) oznámí zdražení pekárenských výrobků a že 26. 9. 2003 budou žalobcem b) *„odeslány navýšené ceníky"*. Z této skutečnosti žalovaný dovodil, že mezi účastníky docházelo ke vzájemným kontaktům a ke koordinaci postupu směřujícího k navýšení cen. Žalovaný dále zjistil, že z interního dokumentu osoby zúčastněné na řízení datovaného 23. 9. 2003 rovněž vyplývá skutečnost, že osoba zúčastněná na řízení zjišťovala reakce konkurenčních podniků na chystané zvýšení cen. Žalovaný zjistil i v období po 26. 9. 2003 pokračování kontaktů mezi účastníky spočívající ve vzájemné výměně dokumentů (cenová analýza), korespondenci, společných poradách. Následné jednání účastníků s odběrateli vyústilo skutečně ve zvýšení cen pekárenských výrobků.

Proti tomuto rozhodnutí podali žalobci a) a b), jakož i osoba zúčastněná na řízení rozklad. Předseda žalovaného pak vydal dne 11. 5. 2005 rozhodnutí č. j. R 20, 21, 22/2004, kterým potvrdil rozhodnutí ze dne 19. 3. 2004 v bodech (i), (ii), (iii) a (iv), a zrušil bod (v) výroku rozhodnutí, tedy pokuty uložené účastníkům.

Žalobci a) a b) podali proti rozhodnutí o rozkladu samostatné žaloby u Krajského soudu v Brně.

Žalobce a) namítal zejména nesprávné zjištění žalovaného ohledně postavení účastníků na relevantních trzích (zejména pak nedostatečné zohlednění podílu malých pekáren a vlastní výroby obchodních řetězců), dále nezohlednění mimořádné tržní síly obchodních řetězců ve vztahu k výrobcům pekárenského zboží, nesprávný závěr žalovaného o kvalifikaci tržních kroků žalobců a osoby zúčastněné jakožto jednání ve vzájemné shodě [ve skutečnosti to dle žalobce a) bylo pouhé nezávadné paralelní jednání soutěžitelů způsobené objektivními ekonomickými důvody, zejména pak růstem cen obilovin a mouky; žalovaný ve skutečnosti neprokázal žádnou koordinaci tržního chování žalobců a osoby zúčastněné] a konečně i procesní pochybení žalovaného. V bodě III. žaloby žalobce a) vytýkal žalovanému neurčité časové vymezení deliktního jednání. Žalovaný se časovým vymezením jednání ve shodě zabýval v rozkladovém rozhodnutí, kde uvedl: *„Nelze se rovněž ztotožnit s námitkou účastníků řízení ohledně neurčitosti trvání protisoutěžního jednání, jak je uvedeno ve výroku napadeného rozhodnutí. Správní orgán prvního stupně se v souladu se shora uvedeným podrobně zabýval přesným vymezením délky protisoutěžního jednání účastníků řízení, přičemž dospěl k závěru, že počátkem protisoutěžního jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě je totožný první den rozeslání návrhů obchodním řetězcům na zvýšení realizačních cen pekárenských výrobků, tj. 26. 9. 2003. Konec protisoutěžního jednání byl Úřadem stanoven na 12. 11. 2003, kdy se všem účastníkům řízení podařilo vyjednat zvýšení realizačních cen se společností Ahold. Následné kontakty účastníků řízení po tomto datu nebyly prokázány.“* Tomu odpovídá i výrok rozhodnutí žalovaného, který jako začátek deliktního jednání účastníků označuje 26. 9. 2003. Toto vymezení je pak v rozporu s jinými částmi odůvodnění prvostupňového i rozkladového rozhodnutí žalovaného, kde žalovaný vymezil deliktní jednání účastníků tak, že *„účastníci si vzájemně zprostředkovali informace o svém úmyslu vyjednat se svými odběrateli zvýšení realizačních cen, ... pak shodně všichni účastníci řízení přistoupili k rozeslání návrhů na zvýšení cen svým odběratelům dne 26. 9. 2003“*. Vzájemná koordinace tržního chování účastníků tak musela předcházet rozeslání návrhů na zvýšení cen a tudíž i datu 26. 9. 2003, kterým však žalovaný začátek deliktního jednání vymezil. Tato nesrovnalost pak dle žalobce a) vede k logické rozpornosti výroku a odůvodnění rozhodnutí žalovaného.

Žalobce b) pak ve své žalobě podobně jako žalobce a) namítal především nesprávné skutkové zjištění žalovaným, když v řízení dle názoru žalobce b) nebylo prokázáno, že by účastníci jednali ve vzájemné shodě, naopak šlo o nezávadné paralelní jednání soutěžitelů, kteří shodným způsobem reagovali na objektivní ekonomický vývoj. Dále uvedl, že mělo být aplikováno pravidlo *de minimis* s ohledem na malý podíl účastníků na relevantních trzích, z čehož dle žalobce b) plyne i to, že i pokud by se deliktní jednání uskutečnilo, nemohlo by dojít k narušení hospodářské soutěže. Žalobce b) dále poukázal na nesprávný procesní postup žalovaného a na porušení procesních práv účastníků. Konečně i žalobce b) vznesl shodně jako žalobce a) námitku logické rozpornosti a nesrozumitelnosti časového vymezení deliktního jednání účastníků žalovaným.

Usnesením ze dne 7. 3. 2006, č. j. 31 Ca 58/2005 - 64 rozhodl předseda senátu krajského soudu, že věci vedené pod sp. zn. 31 Ca 58/2005 [věc žalobce a)] a pod sp. zn. 31 Ca 80/2005 [věc žalobce b)] se spojují ke společnému projednání a věc bude nadále vedena pod sp. zn. 31 Ca 58/2005.

Rozsudkem ze dne 24. 8. 2006, č. j. 31 Ca 58/2005 - 105 pak krajský soud rozkladové rozhodnutí žalovaného v napadené části (výroku I.) bez jednání zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení. Soud v odůvodnění konstatoval, že se zabýval pouze otázkou přezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí žalovaného [§ 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.], kterou vznesli ve svých žalobách oba žalobci. Zde soud shledal důvod nepřezkoumatelnosti rozkladového rozhodnutí žalovaného spočívající v jeho nesrozumitelnosti ve vztahu k časovému vymezení postihovaného protisoutěžního jednání účastníků. Žalovaný dle soudu vycházel ze zjištění, že již 18. 9. 2003 bylo

známo, že se uskuteční tisková konference žalobce b) a poté budou uskutečněny kroky účastníků směřující k vyjednání zvýšených cen s odběrateli. Tomu však neodpovídá výrok prvostupňového rozhodnutí žalovaného, který byl potvrzen napadeným rozhodnutím rozkladovým. Tento rozpor dle krajského soudu pramení ze samotného vymezení pojmu jednání ve vzájemné shodě vyplývajícího z zejména z judikatury Soudního dvora ES. (Zde krajský soud cituje řadu rozsudků Soudního dvora: rozsudek ze dne 14. 7. 1972 ve věci 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. Proti Komisi*, Recueil s. 619; rozsudek ze dne 16. 12. 1975 ve věci 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114/73, *Coöperatieve Vereniging „Suiker Unie" UA a další proti Komisi*, Recueil s. 1663; rozsudek z 31. 3. 1993 ve věci C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/85, C-127/85, C-128/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö a další proti Komisi*, Recueil s. I-1307.) Podle této konstantní judikatury je pro naplnění skutkové podstaty jednání ve vzájemné shodě (dle čl. 81 odst. 1 Smlouvy o ES, podle tohoto ustanovení bylo vytvořeno i aplikované ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb.) nezbytné, aby se soutěžitelé předem přímo či nepřímo vzájemně informovali o svém budoucím tržním chování. *„Je tedy třeba nejprve shody vůle (předchozí koordinace soutěžitelů) a následně jejího projevu na trhu (společně koordinovaného postupu). Souhrnně řečeno: jednání označované jako „jednání ve vzájemné shodě" v sobě vždy zahrnuje nejprve koordinaci stran odstraňující vzájemné pochybnosti o jejich budoucím soutěžním chování, dále faktický projev této koordinace na trhu a konečně kauzální nexus je spojující"* (zvýraznil krajský soud). V předmětné věci by vzájemná koordinace mezi účastníky, která vyústila v určité sladěné jednání na trhu, musela předcházet tomuto sladěnému jednání a tedy i datu 26. 9. 2003. Tuto koordinaci před 26. 9. 2003, jejíž existence by však byla pro konstatování protisoutěžního jednání účastníků nezbytná, tedy žalovaný vyloučil z rozhodování časovým vymezením skutku uvedeným ve výroku svého rozhodnutí.

K tomu krajský soud uvedl, že zjištění rozporu mezi výrokem a odůvodněním vedoucí ke zrušení napadeného rozhodnutí žalovaného pro nepřezkoumatelnost z důvodu nesrozumitelnosti nemůže být považováno za projev formalismu ze strany soudu. Posouzení existence určitého jednání účastníků před 26. 9. 2003 (vzájemných kontaktů a koordinace tržního chování) je totiž v této věci klíčové pro rozhodnutí o tom, zda účastníci jednali ve vzájemné shodě či nikoli.

Žalovaný (stěžovatel) podal proti rozsudku krajského soudu včasnou kasační stížnost. Stěžovatel krajskému soudu vytkl nesprávné posouzení právní otázky [§ 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.]. Krajský soud dle stěžovatele nesprávně posoudil tyto otázky:

(i) Krajský soud nesprávně časově vymezil delikt: dle stěžovatele *„jednání ve shodě lze totiž po právní stránce považovat za uskutečněné až v okamžiku, kdy dojde k naplnění obou jeho definičních znaků, tj. koordinace ... a chování na trhu, které je jejím projevem. Okamžik uskutečnění jednání ve shodě proto spadá v jedno s realizací předchozí koordinace mezi soutěžiteli v podobě (sladěného) tržního chování."* Proto byl stěžovatel povinen delikt vymezit jako období, v němž účastníci na trhu své vzájemně sladěné kroky realizovali, což ve svém rozhodnutí také učinil. Stěžovatel na podporu svého názoru cituje rozsudek Soudního dvora ze dne 8. 7. 1999 ve věci C-49/92 P, *Komise proti Anic Partecipazioni SpA*, Recueil s. I-4125 a stanovisko generálního advokáta Vesterdorfa ze dne 10. 7. 1991 ve věcech T-1 až 15/89, Recueil s. II-867.

(ii) Krajský soud nesprávně věcně vymezil pojem jednání ve shodě, když uvedl jako definiční znak dosažení shody vůle mezi účastníky jednat ve vzájemné shodě. Přijetí takové definice by ovšem znamenalo naprosté setření rozdílu mezi deliktem jednání ve vzájemné shodě a (kartelovou) dohodou (v užším smyslu). Z judikatury soudního dvora podle stěžovatele vyplývá, že ke zjištění jednání ve vzájemné shodě postačuje již i jen podstatné snížení vzájemné nejistoty účastníků ohledně jejich budoucího postupu na trhu (Rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 18. 12. 1992 ve věci T-10 až 12/92 a T-15/92, *Cimenteries CBR SA a další proti Komisi*, Recueil s. II-

2667, bod 19). Mimoto sám Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 29. 9. 2006, č. j. 31 Ca 84/2004 - 236 uvedl, že samotný koncept jednání ve shodě na rozdíl od dohod v užším smyslu vylučuje, aby správní orgán detailně popsal, co konkrétně bylo předmětem konsensu soutěžitelů. Dle stěžovatele tedy pro zjištění jednání ve vzájemné shodě postačí, je-li vyjádřen shodný záměr jednat určitým způsobem na trhu.

(iii) Krajský soud nezohlednil možnost prokázání jednání ve shodě pomocí kombinace nepřímých důkazů. Taková možnost dle stěžovatele vyplývá z konstantní judikatury Soudního dvora (např. výše uvedený rozsudek ve věci *Imperial Chemical Industries,* bod 66). V řešené věci dle stěžovatele existuje řetězec nepřímých důkazů prokazující jednání účastníků ve vzájemné shodě. Takovými důkazy jsou kontakty mezi účastníky prokázané ke dni 18. 9. 2003 a 23. 9. 2003, účastníci se při komunikaci s odběrateli odvolávali na jednání a požadavky konkurence, vzájemná výměna dokumentů (cenová analýza), jakož i povědomost účastníků o závadnosti jejich jednání – e-mail obchodního ředitele žalobce b) obchodnímu řediteli osoby zúčastněné na řízení ze dne 4. 11. 2003 byl zakončen větou: *„Mail po odeslání mažu, čert a ÚOHS nikdy nespí".*

Osoba zúčastněná na řízení ve vyjádření ke kasační stížnosti ze dne 23. 2. 2007 uvedla, že z rozsudku krajského soudu je zcela jasné, že soudu jde primárně o to, aby předmětné výroky rozhodnutí stěžovatele obsahovaly dostatečně určitý popis skutku, v němž stěžovatel spatřuje jednání účastníků ve vzájemné shodě, a aby tento popis byl logicky provázán s odůvodněním rozhodnutí. S tímto závěrem osoba zúčastnění souhlasí jakož i s tím, že uvedeným požadavkům napadené rozhodnutí žalovaného nedostálo a je tudíž nepřezkoumatelné. Úvahy stěžovatele o okamžiku dokonání jednání ve vzájemné shodě nemíří do merita věci, jímž je otázka samotné přezkoumatelnosti rozhodnutí správního orgánu. K námitce stěžovatele ohledně možnosti prokázání jednání ve shodě nepřímými důkazy osoba zúčastněná uvedla, že krajský soud se touto otázkou ve svém rozsudku nezabýval a ani zabývat nemohl, neboť výslovně uvedl, že teprve po odstranění vad rozhodnutí stěžovatele způsobujících jeho nepřezkoumatelnost se soud bude moci věcně zabývat otázkou, zda postihované jednání bylo v řízení před stěžovatelem řádným způsobem prokázáno.

Žalobce b) ve svém vyjádření ke kasační stížnosti ze dne 8. 6. 2007 uvedl, že pro posouzení určitého jednání jako jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě je rozhodný nikoli projev tohoto jednání na relevantním trhu , nýbrž právě vzájemné kontakty mezi soutěžiteli. Soutěžitel se může dopustit tohoto deliktu i jen tím, že se účastnil vzájemných schůzek soutěžitelů, jejichž předmětem bylo jednání o cenách, aniž by bylo prokázáno jeho následné faktické sladěné chování na trhu. Z toho je dle žalobce b) zřejmé, že i z hlediska časového vymezení deliktního jednání není podstatné, kdy došlo k účinkům protisoutěžního jednání na trhu, nýbrž to, kdy došlo k vzájemným kontaktům soutěžitelů. Pokud se tedy stěžovateli nepodařilo vzájemný kontakt účastníků prokázat a stěžovatel není ani schopen vymezit kdy a tedy ani zda k němu došlo, nemůže stěžovatel účastníky za toto nezjištěné a neprokázané jednání stíhat. Ke druhému stížnímu bodu žalobce b) uvedl, že stěžovatel dezinterpretuje rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci 31 Ca 84/2004. Z tohoto rozsudku ani z judikatury Soudního dvora nevyplývá, že by mohlo být postiženo i jednání, při kterém není dosaženo shody vůle soutěžitelů jednat určitým způsobem. Naopak z judikatury vyplývá pouze to, že tato shoda vůle nemusí dosáhnout stadia tzv. dohody v užším smyslu. U jednání ve shodě postačuje tedy zjištění konsensu, není však třeba dokazovat přesný obsah a formu tohoto konsensu. Stěžovatel sám mimoto dle žalobce b) došel ve svém rozhodnutí k závěru, že shody vůle účastníků dosaženo bylo, aniž by však tento závěr opřel o konkrétní provedené důkazy. K třetímu stížnímu bodu žalobce konstatoval, že krajský soud ve svém odůvodnění tuto možnost nikterak nevyloučil. Nepostačuje však pouhé zjištění obdobného (paralelního) chování soutěžitelů na trhu. Žalobce b) dále zopakoval své

předchozí tvrzení, že podobné chování účastníků na trhu vyplývalo z tehdejších tržních podmínek a bylo reakcí na růst klíčových vstupů rozhodných pro určování cen pečiva.

Žalobce a) ve svém vyjádření ke kasační stížnosti ze dne 3. 7. 2007 uvedl, že stěžovatel ve své kasační stížnosti podsouvá krajskému soudu právní závěry, které z napadeného rozsudku nevyplývají a dále zaměňování skutkové podstaty jednání ve shodě se způsobem prokazování tohoto deliktu. K prvnímu stížnímu bodu uvádí, že je to právě koordinace (kontakty, schůzky, výměna informací apod.), která činí z určitého chování soutěžitelů jednání ve vzájemné shodě. Proto krajský soud správně shledal, že tato koordinace, která musí z povahy věci předcházet faktickému sladěnému jednání na trhu, musí být zahrnuta do vymezení deliktu ve skutkové větě výroku, a to včetně vymezení časového. K druhé stížní námitce uvedl, že stěžovatel se mýlí, když vymezuje dohody v užším smyslu a jednání ve vzájemné shodě jako vzájemně se vylučující kategorie. Žalobce a) poukázal na to, že krajský soud v napadeném rozsudku uvedl, co zamýšlí onou shodou vůle, a to předpoklad shody ve vzájemném postupu a vysokou míru pravděpodobnosti ohledně postupu jiného soutěžitele. Takové vymezení je pak zcela správné a není v rozporu s názorem stěžovatele, že pro zjištění jednání ve vzájemné shodě postačuje předchozí podstatné snížení vzájemné nejistoty účastníků ohledně jejich dalšího postupu. K třetímu stížnímu bodu pak uvádí, že z odůvodnění rozsudku krajského soudu nijak nevyplývá, že by krajský soud vylučoval zjištění jednání ve vzájemné shodě výhradně na základě kombinace nepřímých důkazů. Žalobce a) se dále zaměřuje na zjištění paralelního chování soutěžitelů jakožto jeden z nepřímých důkazů umožňujících závěr o jednání ve vzájemné shodě a dospívá k závěru, že zjištění paralelního chování může představovat takový důkaz, jestliže paralelní chování neodpovídá reálným podmínkám na trhu a vybočuje z rozumného přizpůsobování se existujícím a předvídaným krokům konkurentů.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v mezích důvodů uvedených v kasační stížnosti, přičemž neshledal vady, ke kterým by byl povinen přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.).

V první ze tří stížních námitek uvedených v kasační stížnosti stěžovatel napadá závěr krajského soudu o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí správního orgánu pro jeho nesrozumitelnost, konkrétně pro logický rozpor mezi skutkovým (časovým) vymezením deliktního jednání účastníků ve výroku a v odůvodnění rozhodnutí.

Jak uvedl v odůvodnění napadeného rozsudku krajský soud a jak ostatně uvedli i stěžovatel a účastníci ve svých podáních, nejedná se pouze o otázku formální nýbrž o zásadní otázku, jaké jednání účastníků vlastně stěžovatel považoval za nezákonné jednání ve vzájemné shodě.

Nejvyšší správní soud si je vědom toho, že k jednání účastníků, které stěžovatel kvalifikoval jako jednání ve vzájemné shodě došlo ještě před vstupem České republiky do Evropské unie. Pro dobu před vstupem do EU lze právo Společenství použít jen jako výkladové vodítko při výkladu právních předpisů přijatých ke splnění závazku ČR harmonizovat své právo s právem Společenství dle čl. 69 a násl. Evropské dohody o přidružení (č. 7/1995 Sb.). Tato zásada našla svůj výraz opakovaně v judikatuře Nejvyššího správního soudu (např. rozsudek ze dne 29. 9. 2005, č. j. 2 Afs 92/2005 - 45, publikovaný pod č. 741/2006 Sb. NSS, rozsudek ze dne 30. 11. 2006, č. j. 5 As 59/2006 - 85, publikovaný pod č. 1097/2007 Sb. NSS). V případě zákona č. 143/2001 Sb. je zřejmé, že byl přijat za účelem harmonizace české právní úpravy soutěžního práva s právem Evropských společenství, a jmenovitě § 3 odst. 1 tohoto zákona je z hlediska obsahového identický s právní úpravou obsaženou v čl. 81 odst. 1 Smlouvy o ES. Proto Nejvyšší správní soud při rozhodování této věci přihlédl rovněž k právní

úpravě Evropského společenství a k judikatuře, správní praxi a odborné literatuře, která tuto právní úpravu vykládá.

Dle ustálené judikatury správních soudů je třeba i v případě tzv. jiných správních deliktů v rozhodnutí správního orgánu popsat, které konkrétní jednání je sankcionováno. Pokud dojde k rozporu mezi popisem skutku, za který je sankce ukládána, uvedeným ve výroku a v odůvodnění rozhodnutí správního orgánu, a nelze tedy jednoznačně dovodit, za který skutek je sankce ukládána, pak je takové rozhodnutí správního orgánu nepřezkoumatelné (srov. např. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 30. 8. 2006, č. j. 6 Ca 100/2004 - 41, publikovaný pod č. 1025/2007 Sb. NSS). Popis deliktního jednání v rozhodnutí jako celku musí být ve vymezení skutkových okolností úplný a konkrétní tak, že vylučuje záměnu trestaného jednání s jiným (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 2. 2007, č. j. 4 As 55/2005 - 66).

Nejprve je tedy třeba zjistit, co stěžovatel ve svém rozhodnutí označil za jednání účastníků v rozporu s § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb. ve formě jednání ve vzájemné shodě, a zda je tento popis v odůvodnění úplný, konkrétní a jednoznačný tak, že vylučuje záměnu trestaného jednání s jednáním jiným.

Odůvodnění prvostupňového rozhodnutí žalovaného je poměrně rozsáhlé (písemné vyhotovení rozhodnutí má celkem 41 stran), konkrétní vymezení jednání účastníků považované stěžovatelem za nezákonné jednání ve vzájemné shodě lze najít v oddílu *„posouzení jednání účastníků řízení z hlediska zákona"* (str. 34-38 prvostupňového rozhodnutí stěžovatele). V tomto oddíle stěžovatel nejprve na str. 35 vymezil objektivní stránku deliktu jednání ve vzájemné shodě jako *„chování soutěžitelů, které koordinovaně omezuje soutěž mezi nimi a rizika této soutěže nahrazuje praktickou vzájemnou kooperací (aniž by soutěžitelé mezi sebou uzavřeli závaznou dohodu či dohody) V důsledku takové praktické vzájemné kooperace pak mohou soutěžitelé určovat své chování na trhu s vědomím, že jejich konkurent/konkurenti se budou chovat stejným či obdobným způsobem. Toho dosáhnou např. prostřednictvím* ***vzájemné výměny informací o nejbližších obchodních záměrech*** *a pod. Účelem takového jednání soutěžitelů je odstranění nejistoty o budoucím chování jiných hráčů na trhu – jejich konkurentů – tím, že vlastní rozhodnutí každého soutěžitele (v rámci jednání ve vzájemné shodě)* ***jsou determinována předchozími kontakty s konkurencí a povědomím o jejím budoucím postupu v soutěži na trhu"*** (zvýraznil stěžovatel). Na následující straně (36) prvostupňového rozhodnutí pak stěžovatel přistoupil k použití takto vymezené objektivní stránky skutkové podstaty deliktu na konkrétní okolnosti skutkového stavu: *„účastníci si* ***vzájemně zprostředkovali informace*** *o svém úmyslu vyjednat se svými odběrateli ... zvýšení svých realizačních cen. Na základě těchto informací všichni účastníci řízení přistoupili k rozeslání návrhů na zvýšení svých cen odběratelům dne 26. 9. 2003"* (zvýraznil opět stěžovatel). Kdy k tomuto vzájemnému zprostředkování informací mělo dle stěžovatele dojít, je možné přesněji zjistit na str. 37 citovaného rozhodnutí: *„společnost Penam byla o skutečnosti, že Odkolek rozešle dne 26. 9. 2003 návrhy na zvýšení cen na své odběratele, informována prokazatelně již dne 18. 9. 2003."* Z tohoto popisu tedy jasně vyplývá, že stěžovatel klade deliktní jednání účastníků (ve formě vzájemných kontaktů a zprostředkování informací) z hlediska časového před 26. 9. 2003, respektive u osoby zúčastněné na řízení a žalobce b) dokonce před 18. 9. 2003.

Ve výrocích I. a II. prvostupňového rozhodnutí stěžovatele však lze nalézt jiné vymezení deliktního jednání účastníků *„od 26. září 2003 prokazatelně přinejmenším do 12. listopadu 2003 jednali ve vzájemné shodě při určování prodejních cen pekárenských výrobků"*... V takto vymezeném časovém období tedy mělo dojít k jednání účastníků, které dle stěžovatele tvoří objektivní stránku deliktu jednání ve vzájemné shodě dle § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb. Protože objektivní stránku tohoto deliktu tvoří (mj.) kontakty a vzájemné zprostředkování si informací, pak i toto jednání

by dle výroku I. a II. prvostupňového rozhodnutí mělo být uskutečněno *„od 26. září 2003"*. To je však v přímém rozporu s výše citovaným popisem deliktního jednání uvedeným v odůvodnění rozhodnutí.

V rozkladovém rozhodnutí pak stěžovatel tuto zmatečnost nejenže nezhojil, nýbrž ještě prohloubil tím, že na str. 10 (k rozkladovým námitkám účastníků týkajících se právě demonstrovaného rozporu) uvedl: *„Nelze se rovněž ztotožnit s námitkou účastníků řízení ohledně neurčitosti trvání protisoutěžního jednání, jak je uvedeno ve výroku napadeného rozhodnutí. Správní orgán prvního stupně se v souladu se shora uvedeným podrobně zabýval přesným vymezením délky protisoutěžního jednání účastníků řízení, přičemž dospěl k závěru, že počátkem protisoutěžního jednání účastníků řízení ve vzájemné shodě je totožný první den rozeslání návrhů obchodním řetězcům na zvýšení realizačních cen pekárenských výrobků, tj. 26. 9. 2003."* I v rozkladovém rozhodnutí však stěžovatel pokračuje i v druhé linii vymezení deliktního jednání jakožto kontaktů mezi účastníky časově předcházejících rozeslání dopisů odběratelům, tedy předcházejících dni 26. 9. 2003: *„Přezkoumáním spisu správního řízení se jeví nepochybné, že* ***účastníci si vzájemně zprostředkovali informace o svém úmyslu vyjednat se svými odběrateli, zejména z řad obchodních řetězců, zvýšení realizačních cen.*** *Na základě těchto informací pak shodně všichni účastníci přistoupili k* ***rozeslání návrhů na zvýšení cen svým odběratelům dne 26. 9. 2003."*** (str. 7 rozkladového rozhodnutí, zvýraznil stěžovatel).

Co se týče argumentace stěžovatele uvedené v kasační stížnosti, že okamžik uskutečnění jednání ve shodě spadá v jedno s realizací předchozí koordinace mezi soutěžiteli v podobě (sladěného) tržního chování, je třeba poznamenat, že takové pojetí odporuje názoru samotného stěžovatele na objektivní stránku skutkové podstaty deliktu, jak ji vymezil ve svém prvostupňovém rozhodnutí (srov. citaci výše). Je třeba si znovu uvědomit, o co zde běží: o úplný, konkrétní a jednoznačný popis trestaného jednání účastníků vylučující jeho záměnu s jednáním jiným. O tom, že právem zakázaným jednáním je v případě jednání ve vzájemné shodě právě spolupráce mezi soutěžiteli spočívající typicky ve výměně informací a ve vzájemných kontaktech mezi soutěžiteli, nemůže být pochyb. Tento názor je zastáván v odborné literatuře domácí (srov. např. Munková, J., Svoboda, P., Kindl, J.: *Soutěžní právo*. I. vydání, Praha, C. H. Beck, 2006, str. 89) i zahraniční [Stockenhuber: Art. 81 EGV, in: Grabitz, E., Hilf, M. (Hrsg.): *Das Recht des Europäischen Union*, Band II, Stand Juni 2005, München, C. H. Beck, str. 21, marginální č. 109 a násl.; Jones, A., Surfin, B.: *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*. Second Edition, Oxford University Press, 2004, str. 154 a násl.; Schröter, H, Thinam, J, Mederer, W.: *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Nomos, Baden-Baden 2003, str. 219), jakož i v judikatuře soudů tuzemských (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 2 .2005, č. j. 2 A 18/2002 - 58, publikovaný pod č. 580/2005 Sb. NSS) i komunitárních [srov. např. rozsudek Soudního dvora z 8.7.1999 ve věci C-199/92 P, *Hüls AG proti Komisi*, Recueil s. I-4287, bod 161 a 162].

Stěžovatel ve své argumentaci směřuje k tomu, že by konstitutivním prvkem jednání ve vzájemné shodě mělo být jednání soutěžitelů na trhu, zatímco prvek vzájemné koordinace - slaďování (v podobě výměny informací či schůzek soutěžitelů) by měl být prvkem vedlejším, fakultativním popř. pouze indikativním. Takové chápání skutkové podstaty jednání ve vzájemné shodě by však bylo zcela nesprávné. Tím nemá být řečeno, že samotné jednání soutěžitelů na trhu je bezvýznamné. Jak uvedl Soudní dvůr např. v citovaném rozsudku ve věci *Hüls AG proti Komisi*, bod 161 - 162, *„Koncept jednání ve vzájemné shodě, jak vyplývá ze samotného znění čl. [81] odst. 1 Smlouvy o ES, předpokládá jednak vzájemné slaďování („Abstimmung", „concerting", „concertation") mezi podniky, jednak následné jednání na trhu a příčinnou souvislost mezi těmito dvěma prvky. Nicméně existuje domněnka, kterou podniky mohou vyvrátit předložením příslušných důkazů o opaku, že podniky účastnící se slaďování a vyvíjející aktivitu na trhu využívali při určování svého tržního chování informace zprostředkované jinými soutěžiteli"*. Z toho vyplývá, že jakkoli jsou zásadně vyžadovány oba prvky, tedy (i) slaďování ve formě kontaktů či zprostředkování informací a (ii) jednání soutěžitelů na trhu determinované

předchozím slaďováním, tento druhý prvek je presumován. V centru pozornosti proto při zjišťování možného jednání ve vzájemné shodě proto musí být prvek vzájemného slaďování ve formě kontaktů či zprostředkování informací. Tomu ovšem musí rovněž odpovídat popis deliktního jednání soutěžitelů v rozhodnutí, který musí, a to na prvním místě, zahrnovat slaďování (koordinaci) soutěžitelů, které předcházelo jejich jednání na trhu. Časová souslednost (nejprve slaďování, poté jednání na trhu) pak vyplývá již ze samotného požadavku příčinné souvislosti mezi těmito dvěma prvky. Není totiž možné, aby následek nastal dříve než jeho příčina.

Tomuto závěru odpovídá i správní praxe Evropské komise, která ve svých rozhodnutích, kterými postihuje jednání ve vzájemné shodě, pravidelně již ve výroku rozhodnutí vymezuje deliktní jednání soutěžitelů mj. jako vzájemné kontakty těchto soutěžitelů [srov. např. rozhodnutí Komise 86/398/EHS ze dne 23. 4. 1986 (IV/31.149 – Polypropylen), Úř. věst. L 230, 18. 8. 1986, s. 1, zejména čl. 1 písm. a) výroku nebo rozhodnutí Komise 94/599/ES ze dne 27. 6. 1994 (IV/31.865, PVC), Úř. věst. L 239, 14. 9. 1994, s. 14, čl. 1 výroku nebo rozhodnutí Komise 2003/569/ES ze dne 5. 12. 2001 (IV/37.614/F3 PO/Interbrew a Alken-Maes) Úř. věst. L 200, 7. 8. 2003, s. 1, zejména čl. 1 výroku a bod 281 odůvodnění].

Z uvedené argumentace pak zcela nepochybně plyne závěr, že krajský soud v napadeném rozsudku zcela správně shledal, že popis deliktního jednání v rozhodnutí žalovaného trpí vnitřním logickým rozporem, z rozhodnutí pak nelze jednoznačně zjistit, které konkrétní jednání účastníků stěžovatel posoudil jako nezákonné jednání ve vzájemné shodě. Závěr krajského soudu o nepřezkoumatelnosti rozhodnutí stěžovatele je proto správný.

Druhá námitka stěžovatele se týká věcného vymezení jednání ve shodě, konkrétně otázky, zda definičním znakem tohoto deliktu je dosažení shody vůle mezi účastníky jednat ve vzájemné shodě. Přijetí takové definice by dle stěžovatele znamenalo setření rozdílu mezi deliktem jednání ve vzájemné shodě a (kartelovou) dohodou (v užším smyslu). Stěžovatel se ohrazuje proti formulaci obsažené v odůvodnění rozsudku krajského soudu: *„Je tedy třeba nejprve shody vůle (předchozí koordinace soutěžitelů) a následně jejího projevu na trhu (společně koordinovaného postupu).*

Nejvyšší správní soud nejprve musí zdůraznit, že striktní rozlišování mezi dohodami v užším smyslu a jednáním ve vzájemné shodě není zcela na místě. Koncept jednání ve vzájemné shodě představuje jakousi záchranou síť, která má bránit soutěžitelům v obcházení zákazu uvedeného v čl. 81 odst. 1 Smlouvy ES (resp. § 3 odst. 1 zákona č 143/2001 Sb.) spoluprací, která by nenaplňovala všechny znaky dohod v užším smyslu nebo rozhodnutí sdružení soutěžitelů (srov. Jones a Sufrin, cit. dílo, str. 150). Zejména u komplexnějšího a déletrvajícího jednání nemůže být od správního orgánu vyžadováno, aby jednoznačně kvalifikoval jednání soutěžitelů v jednotlivých fázích buď jako dohodu v užším smyslu nebo jako jednání ve vzájemné shodě (srov. Rozsudek soudu prvního stupně ze dne 20. 4. 1999 ve věcech T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 až T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 a T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV a další proti Komisi*, Recueil s. II-931, bod 696). Určitý kartel tedy může zahrnovat jak dohodu v užším smyslu tak i jednání ve vzájemné shodě (srov. rozsudek Soudu prvního stupně ze 17. 12. 1991 ve věci T-7-89, *SA Hercules Chemicals NV proti Komisi*, Recueil s. II-1711, bod 264). Rovněž je třeba upozornit na skutečnost, že na právní postavení soutěžitelů nemá skutečnost, zda správní orgán jejich jednání kvalifikoval jako dohodu v užším smyslu nebo jako jednání ve vzájemné shodě, žádný praktický vliv. Obě kategorie soutěžního jednání jsou stejným způsobem zakázány a obě podléhají stejné sankci.

Prvkem odlišujícím dohodu v užším smyslu od jednání ve vzájemné shodě je právě existence dohody v užším smyslu, jednání ve vzájemné shodě je pak jakási zbytková skutková

podstata zakázaných dohod v širším smyslu. Dohoda v užším smyslu předpokládá shodný projev vůle soutěžitelů, jednat na trhu určitým způsobem. Tato forma zakázaných kartelových dohod vyžaduje konsens mezi zúčastněnými soutěžiteli, který musí být náležitým (prokazatelným) způsobem projeven: ať již formou písemné smlouvy či pouze ústně apod.

Naproti tomu jednání ve vzájemné shodě nevyžaduje takovýto projev shodné vůle, tento znak je nahrazen „slaďováním" (koordinací), které může mít rozmanitou formu: od zpracování společného plánu [jako tomu bylo v případě řešeném Nejvyšším správním soudem v rozsudku ze dne 9. 2. 2005, č. j. 2 A 18/2002-OL-58, publikovaném pod č. 580/2005 Sb. NSS (případ inseminačního kartelu)], až po pouhou výměnu informací.

K tomu je třeba uvést, že dle ustálené judikatury Soudního dvora není pro kvalifikaci určitého jednání jako jednání ve vzájemné shodě nezbytné zjištění, že byl vypracován „plán" společného postupu (srov. citovaný rozsudek Soudního dvora ve věci *Suiker Unie*, bod 173; rozsudek Soudu prvního stupně ze dne 12. 7. 2001 ve věci T-202/98, T-204/98 a T-207/98, *Tate & Lyle plc a další proti Komisi*, Recueil s. II-2035, bod 55). Proto může být určité chování jako jednání ve vzájemné shodě kvalifikováno i tehdy, pokud se zúčastnění soutěžitelé nedohodnou předem na společném plánu tržního jednání, nýbrž pouze komunikují nebo se účastní jednání, které usnadňuje koordinaci jejich obchodní politiky (citovaný rozsudek Soudu prvního stupně ve věci *Hercules*, bod 255).

Lze tedy uzavřít, že stěžovatel se nemýlí, pokud dovozuje, že pro kvalifikaci určitého jednání jako jednání ve shodě není nutné zjištění projevu shodné vůle soutěžitelů ohledně jejich společného postupu na trhu.

Třetí námitka stěžovatele spočívá v tvrzení, že krajský soud nezohlednil možnost prokázání jednání ve shodě pomocí kombinace nepřímých důkazů. Ani z kasační stížnosti, ani z rozsudku krajského soudu však nelze zjistit, že by krajský soud takový závěr vyslovil. Na tuto skutečnost ostatně poukázali ve svých vyjádřeních ke kasační stížnosti i oba žalobci a osoba zúčastněná na řízení. Krajský soud se otázkou, zda stěžovatel prokázal jednání účastníků ve shodě, a to ať již důkazy přímými nebo nepřímými, vůbec nezabýval, neboť rozhodnutí stěžovatele zrušil pro nepřezkoumatelnost. Proto se ani nemohl věcně zabývat otázkou dokazování. Krajský soud v odůvodnění svého rozsudku naopak výslovně uvedl, že *„[s]hledal-li soud napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným, nemohl se již dále zabývat ostatními žalobními body předneseními v žalobě."* Nejvyšší správní soud k tomu dodává, že důvod nepřezkoumatelnosti byl, jak bylo podrobně vyloženo výše, shledán v logické rozpornosti a nejasnosti vymezení deliktního jednání účastníků v rozhodnutí žalovaného. Otázka dokazování či dostatečnosti nepřímých důkazů s tímto důvodem nepřezkoumatelnosti rozhodnutí stěžovatele nesouvisí ani vzdáleně. Uplatněná námitka se tedy míjí s důvody, pro které krajský soud rozhodnutí stěžovatele zrušil.

Nelze kasační stížností namítat nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky krajským soudem [§103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.], pokud se krajský soud v kasační stížností napadeném rozhodnutí takovou otázkou vůbec nezabýval a nemohl ji tedy ani nesprávně posoudit. Taková námitka by mohla být podřaditelná pod ustanovení § 103 odst. 1 písm. d) jakožto vada řízení, avšak pouze za předpokladu, že by se krajský soud s takovou právní otázkou v odůvodnění svého rozhodnutí zabývat měl (např. proto, že takovou právní otázku nastolil žalobce jakožto řádně uplatněný žalobní bod), avšak bez bližšího vysvětlení tak opomenul učinit. Ani tento předpoklad však v rozhodované věci splněn nebyl.

Protože tedy třetí námitka uplatněná stěžovatelem v kasační stížnosti není podřaditelná pod žádný z důvodů kasační stížnosti uvedený v § 103 odst. 1 s. ř. s., jedná se o námitku nepřípustnou (§ 104 odst. 4 s. ř. s.) a Nejvyšší správní soud se jí nezabýval.

Lze tedy shrnout, že ačkoli stěžovateli bylo částečně dáno zapravdu ohledně druhé stížní námitky, celkově byla kasační stížnost shledána nedůvodnou. Nejvyšší správní soud částečně opravil závazný právní názor krajského soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 5. 2008, č. j. 6 As 3/2007 - 72). Krajský soud však postupoval zcela správně, když rozhodnutí stěžovatele zrušil jako nepřezkoumatelné. Proto Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl.

Procesně úspěšným žalobcům byla přiznána náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 60 odst. 1 s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s.). Náklady žalobce a) sestávají z nákladů právního zastoupení advokátem za 1 úkon právní služby, tj. vyjádření ke kasační stížnosti, o tarifní hodnotě 25 000 Kč [§ 9 odst. 3 písm. f) vyhlášky č. 177/1996 Sb. ve znění od 1. 9. 2006], což činí 2100 Kč (§ 7 citovaného předpisu), a dále náhrady hotových výdajů ve výši 300 Kč (§ 13 odst. 3 citovaného předpisu). Žalobce b) pak má nárok na náhradu nákladů právního zastoupení advokátem za 1 úkon právní služby, tj. vyjádření ke kasační stížnosti, o tarifní hodnotě 25 000 Kč [§ 9 odst. 3 písm. f) vyhlášky č. 177/1996 Sb. ve znění od 1. 9. 2006], což činí 2100 Kč (§ 7 citovaného předpisu), a dále náhrady hotových výdajů ve výši 300 Kč (§ 13 odst. 3 citovaného předpisu).

Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť jí nebyla v řízení o kasační stížnosti uložena žádná povinnost a soud ani neshledal důvody hodné zvláštního zřetele (§ 60 odst. 5).

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 30. září 2008

JUDr. Ludmila Valentová, v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení:
Zlata Buchtová

Nejvyšší správní soud v Brně
- 12 -