

UOHSX004P36E

UOHSX004P36E



PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTI

Č. j.: ÚOHS-R316/2012/HS-23946/2012/320/HBa

Brno 19. prosince 2012

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S 1/03-1263/2012/810/ŠVI ze dne 17. 10. 2012 vydaném v pokračujícím řízení S1/03, podal účastník řízení, společnost **Telefónica Czech Republic, a. s.**, IČ 601 93 336, se sídlem Praha 4 - Michle, Za Brumlovkou 266/2, PSČ 140 22, jsem podle § 25a zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném do 30. 11. 2012, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) a s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v účinném znění, na návrh rozkladové komise,

rozhodl takto:

- I. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S 1/03-1263/2012/810/ŠVI ze dne 17. 10. 2012 v jeho výrokové části č. I.1 **měním** takto:

Účastníkovi řízení -společnosti Telefónica Czech Republic, a. s. (dříve ČESKÝ TELECOM, a. s.), se sídlem Praha 4 - Michle, Za Brumlovkou 266/2, PSČ 140 22, IČ 601 93 336, se za porušení § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění účinném do 1. 6. 2004, popsané ve výroku č. I rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 1. 2004, č. j. R 20/2003, jímž byla změněna výroková část 1 rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 6. 2003, č. j. S 1/03-3250/03-ORP, ukládá dle § 22 odst. 2 téhož zákona pokuta ve výši **91 909 700 Kč** (slovy: devadesát jeden milion devět set devět tisíc sedm set korun českých).

Uložená pokuta je splatná do 90 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí.

II. Ve zbytku, tj. v části č. I.2 a č. II výroku, napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. S1/03-1263/2012/810/ŠVI ze dne 17. 10. 2012 potvrzují.

ODŮVODNĚNÍ

I. Průběh správního řízení

1. Řízení ve věci sp. zn. S 1/03 bylo zahájeno z vlastního podnětu dne 13. 1. 2003. První rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) bylo vydáno dne 30. 6. 2003 pod č. j. S 1/03-3250/03-ORP (dále též „první rozhodnutí Úřadu“), přičemž v jeho výrokové části 1 deklaroval Úřad, že účastník řízení zneužil své dominantní postavení na trhu poskytování veřejných telefonních služeb určených podnikatelským subjektům prostřednictvím veřejných pevných telekomunikačních sítí ve smyslu § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění účinném do 1. 6. 2004 (dále též „zákon“)¹ na újmu soutěžitelů i spotřebitelů. Současně v uvedené výrokové části Úřad popsal skutkovou stránku deliktu, tedy jednání, jímž se účastník dopustil zneužití dominantního postavení.
2. Ve výrokové části 2 Úřad uložil dle § 22 odst. 2 zákona za jednání specifikované ve výrokové části 1 účastníkovi řízení pokutu ve výši 81 700 000 Kč, ve výrokové části 3 Úřad dle § 11 odst. 2 zákona jednání do budoucna zakázal, ve výrokové části 4 uložil účastníkovi řízení opatření k nápravě a stanovil lhůtu k jejich splnění a ve výrokové části 5 uložil povinnost písemně informovat Úřad o splnění uložených nápravných opatření ve stanovené lhůtě.
3. Proti prvnímu rozhodnutí Úřadu podal účastník řízení rozklad, o němž předseda Úřadu rozhodl rozhodnutím ze dne 19. 1. 2004, č. j. R 20/2003 (dále též „první rozhodnutí o rozkladu“).
4. Tímto rozhodnutím předseda Úřadu ve výroku č. I změnil výrokovou část 1 přezkoumávaného prvního rozhodnutí Úřadu, přičemž změna spočívala ve formulačním upřesnění písmene e) a závěru uvedené výrokové části. Dále předseda Úřadu ve výroku č. II potvrdil výrokové části 2, 3, 4, a 5 prvního rozhodnutí Úřadu. Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 2. 2. 2004.

II. Řízení před správními soudy

5. Proti prvnímu rozhodnutí o rozkladu podal účastník dne 10. 2. 2004 žalobu ve správním soudnictví, tato byla zamítnuta rozsudkem Krajského soudu v Brně (dále též „krajský soud“) ze dne 31. 7. 2006, č. j. 31 Ca 30/2004-157, který nabylo právní moci 23. 3. 2007.
6. Na základě kasační stížnosti účastníka řízení byl uvedený rozsudek zrušen pro nepřezkoumatelnost rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 7. 2008, č. j. 8 Afs 57/2007-233.
7. Druhým rozsudkem krajského soudu ze dne 15. 12. 2009, č. j. 62 Ca 61/2008-299, bylo první rozhodnutí Úřadu i první rozhodnutí o rozkladu zrušeno pro nedostatek důvodů a vady řízení.

¹ Není-li v tomto rozhodnutí řečeno jinak, rozumí se pod „zákonem“ znění zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže) účinné do 1. 6. 2004.

8. Na základě kasační stížnosti Úřadu byl druhý rozsudek krajského soudu zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 7. 2010, č. j. 8 Afs 29/2010-354.
9. Poté krajský soud vydal ve věci třetí rozsudek, a to dne 24. 3. 2011, č. j. 62 Af 49/2010-449 (dále jen „třetí rozsudek krajského soudu“), v němž potvrdil výrok č. I prvního rozhodnutí o rozkladu (výrok o spáchání deliktu) a zrušil výrok č. II prvního rozhodnutí o rozkladu a v této části věc vrátil k dalšímu řízení Úřadu. Tento rozsudek nabyl právní moci dne 7. 4. 2011.
10. Kasační stížnost účastníka řízení proti třetímu rozsudku krajského soudu byla jako nepřijatelná odmítnuta usnesením Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 8. 2011, č. j. 8 Afs 35/2011-537.

III. Závěry krajského soudu ve třetím rozsudku

11. Krajský soud v rozsudku ze dne 24. 3. 2011, č. j. 62 Af 49/2010-449, ke skutku uzavřel, že k této otázce se již vyslovil Nejvyšší správní soud a krajský soud tak nemá, co by ve vztahu ke zneužití dominantního postavení účastníkem dále přezkoumával. Závazný pro krajský soud je fakt, že Nejvyšší správní soud vyslovil, že Úřad dostatečně a řádně zjistil stav věci a účastník se správního deliktu, který je mu kladen za vinu, dopustil.
12. Ve vztahu k pokutě krajský soud uvedl, že tato je výsledkem správního uvážení, jež však musí zohledňovat všechna hlediska, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná, a toto uvážení musí být přezkoumatelně a přesvědčivě odůvodněno včetně uvedení toho, ke které skutečnosti správní orgán přihlédl a jaký vliv měla tato skutečnost na konečnou výši pokuty.
13. Dle soudu se Úřad dostatečně zabýval kritériem závažnosti porušení zákona, když bylo na místě jako přitěžující okolnost zohlednit skutečnost, že ke spáchání zakázaného jednání došlo v době, kdy se měl trh v oblasti telekomunikací liberalizovat. Soud se ztotožnil v Úřadem i v tom, že jednání žalobce vytvořilo pro jeho konkurenty významnou bariéru pro rozvoj podnikání. Současně účastníku dle soudu přitěžuje i to, že se svými cenovými plány zaměřil na podnikatele, kteří realizují vysoký objem odběru služeb.
14. Soud se s Úřadem rovněž ztotožnil ohledně posouzení kritéria opakování porušování zákona, když za přitěžující je nutno považovat jak dřívější porušení téhož ustanovení zákona, tak i dřívější porušení jiného ustanovení zákona. Je však nutno uvést, o jaké porušení se jednalo a kdy se ho účastník dopustil.
15. Soud potvrdil i Úřadem deklarovanou nedbalostní formu zavinění. Oproti tomu však soud shledal, že se Úřad nezabýval délkou trvání porušování zákona a nezohlednil tedy všechny okolnosti, které dle zákona i judikatury Nejvyššího správního soudu zohlednit měl.
16. Dále krajský soud neshledal, že by účastníku přitěžovalo poskytnutí nepravdivých informací ohledně programu WINBACK, když nepravdivost poskytnutí neshledal prokázanou.
17. Jako obiter dictum k výši pokuty soud dodal, že tato reflektuje výši čistého obrátu účastníka řízení za rozhodné období, což účastník ani nepopřel, pokuta byla uložena na spodní hranici zákonného rozmezí a její výše není nikterak exemplární, když respektuje předchozí praxi Úřadu.

IV. Pokračující správní řízení

18. Po částečném zrušení prvního rozhodnutí o rozkladu vydal předseda Úřadu dne 6. 1. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-R 20/2003-16697/2011/320/KPo, kterým zrušil 2., 3., 4. a 5. výrokovou část prvního rozhodnutí Úřadu a věc vrátil správnímu orgánu prvního stupně k dalšímu řízení, přičemž postupoval v intencích třetího rozsudku krajského soudu. Toto druhé rozhodnutí o rozkladu nabylo právní moci dne 10. 1. 2012.

Napadené rozhodnutí

19. Dne 17. 10. 2012 vydal Úřad ve věci nové rozhodnutí, č. j. ÚOHS-S1/03-1263/2012/810/ŠVI, v jehož výrokové části č. I.1 uložil účastníkovi řízení za delikt popsany v rozhodnutí R 20/2003 ze dne 19. 1. 2004 pokutu ve výši 93 108 600 Kč splatnou do 90 dnů ode dne právní moci tohoto rozhodnutí, dále ve výrokové části č. I.2 Úřad účastníku popsané protisoutěžní jednání do budoucna zakázal a ve výrokové části č. II uložil účastníku povinnost uhradit náklady řízení 1 000 Kč do patnácti dnů ode dne právní moci rozhodnutí.

20. Ve svém rozhodnutí se Úřad v prvé řadě zabýval časovým zněním použitých procesněprávních předpisů, když uzavřel, že byl a je v tomto řízení povinen postupovat podle účinného znění jak zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, tak i podle znění zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, tj. ve znění k 7. 4. 2011, kdy bylo rozhodnutí R20/2003 ve II. výroku soudem pravomocně zrušeno, tj. ve znění zákona č. 155/2009Sb., přičemž následující novela soutěžního zákona provedená zákonem č. 188/2011 Sb. s účinností od 15. 7. 2011 se procesních ustanovení uvedeného zákona nijak nedotkla; z hlediska procesního tedy jde o znění zákona o ochraně hospodářské soutěže do 30. 11. 2012

21. Co se týká hmotněprávního posouzení, Úřad vycházel ze zákona č. 143/2001 Sb. o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), účinného do 1. 6. 2004, tedy z právní úpravy účinné v době spáchání deliktu, přičemž se zabýval i posouzením, zda pozdější právní úprava není příznivější, a konstatoval, že pozdější právní úprava nedoznala žádných změn v náležitostech skutkové podstaty správního deliktu a ani v jiných aspektech ji nelze považovat pro účastníka za příznivější.

22. V otázce uložení pokuty vycházel Úřad z celkového čistého obratu účastníka za rok 2002, přičemž jako korektiv maximální výše pokuty tuto vztáhl k obratu za rok 2011, což je poslední ukončený účetní rok před vydáním napadeného rozhodnutí.

23. Úřad v řízení předcházejícím vydání napadeného rozhodnutí doplnil podklady ohledně výše a struktury čistého obratu účastníka řízení za roky 2002 a 2011, o údaje rozvahy a vybrané údaje daňového přiznání za tytéž roky, jakož i výroční zprávu za rok 2002.

24. Při ukládání pokuty Úřad v souladu se závazným právním názorem vyjádřeným ve třetím rozsudku krajského soudu dovodil, že se účastník dopustil deliktního jednání ve vědomé nedbalosti, která se tak na výši pokuty nijak neprojevila.

25. Správní delikt kvalifikoval Úřad jako velmi závažné porušení zákona (v nejvyšší kategorii závažnosti), a to s ohledem na všechny okolnosti případu, zejména s ohledem na to, že opatření, která účastník

jako dominant na trhu implementoval, byla zavedena za situace, kdy byl legislativně dán zájem na podpoře rozvoje efektivní konkurence v odvětví a trh se teprve zvolna liberalizoval.

26. Ohledně délky trvání protisoutěžního jednání vzal Úřad za počátek dobu, kdy nejdříve nabyly účinnosti obchodní podmínky pro poskytování cenových plánů, tzn. 1. 7. 2001. Ukončení protisoutěžního deliktu pak Úřad vztahuje ke dni vydání prvního správního rozhodnutí ve věci, když k tomuto datu má Úřad protisoutěžní jednání za prokázané, ač z dalších vyjádření účastníka by bylo možné dovozovat, že delikt trval déle. Delikt tak trval 2 roky.
27. Při ukládání pokuty přitížil Úřad účastníku za opakované porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže, když účastník se již v minulosti dopustil porušení § 9 odst. 3 zákona č. 63/1991 Sb. o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, tj. typově téže skutkové podstaty porušení zákona. Za tuto okolnost Úřad účastníku na pokutě přitížil o 15 %.
28. Za přitěžující okolnost Úřad při ukládání pokuty vzal i skutečnost, že účastník v řízení k dotazu Úřadu v roce 2012 poskytl nepravdivý údaj o výši svého čistého obratu za rok 2002 a stanovil váhu přitížení ve výši 1,5 %.
29. Základní částku pokuty za závažnost Úřad stanovil v procentní výši [...obchodní tajemství...] % obratu, kdy uvážil, že tento podíl odpovídal cca částce za závažnost v původně stanovené výši pokuty vyměřené v prvním rozhodnutí Úřadu v této věci a výše pokuty byla obiter dictum aprobována ve třetím rozsudku krajského soudu. Základní částku pokuty tak stanovil z celkového čistého obratu za rok 2002, jehož nově zjištěná výše činila [...obchodní tajemství...] Kč. Při posouzení zákonného maxima výsledné výše pokuty Úřad zjistil, že pokuta činí [...obchodní tajemství...] % čistého obratu za poslední ukončený kalendářní rok 2011, tedy je vyměřena při samé spodní zákonné hranici a je zcela přiměřená jak majetkovým poměrům účastníka, tak i dosavadní rozhodovací praxi Úřadu.
30. Zákonná subjektivní tříletá lhůta k uložení pokuty dle § 22 odst. 5 zákona dle Úřadu dosud neuplynula.
31. Úřad neuložil opatření k nápravě, neboť nic nenasvědčuje tomu, že by účastník v posuzovaném deliktním jednání v současnosti pokračoval. Naopak zákaz jednání do budoucna byl v napadeném rozhodnutí vysloven, neboť jiný postup není Úřadu ze zákona umožněn.

Rozklad a řízení po něm následující

32. Napadené rozhodnutí bylo účastníku doručeno dne 18. 10. 2012 a účastník proti němu dne 2. 11. 2012 podal faxem rozklad, který byl dán téhož dne k poštovní přepravě v listinné podobě. Poštou byl rozklad doručen dne 5. 11. 2012. Rozklad tak byl podán v zákonné lhůtě.
33. Podáním ze dne 21. 11. 2012, doručeným téhož dne faxem, nazvaným vyjádření účastníka v rámci řízení o rozkladu účastník řízení dále potvrdil, že trvá na provedení důkazu „*znaleckým posudkem, v rámci něhož bude provedena ekonomická a ekonometrická analýza vývoje trhu v odvětví služeb pevného a mobilního volání se zaměřením na aktuální dopady jednání účastníka*“, přičemž posudek je účastník připraven předložit do dvou měsíců od podání rozkladu. Účastník současně požádal o sdělení, zda Úřad v rámci řízení o rozkladu umožní provedení důkazu uvedeným posudkem. Dále

účastník požádal o zpřístupnění správního spisu pro společnosti Deloitte Advisory s. r. o. Nadto účastník požádal o poskytnutí informací o probíhajícím řízení. Totéž vyjádření bylo dne 22. 11. 2012 doručeno i v písemné podobě.

34. Přípisem, č. j. ÚOHS-R316/2012/HS-22073/2012/320/HBa, ze dne 21. 11. 2012 bylo účastníku sděleno, že důkaz navrženým znaleckým posudkem nebude proveden.
35. Přípisem, č. j. ÚOHS-R316/2012/HS-22484/2012/320/HBa, ze dne 28. 11. 2012 bylo účastníku řízení poskytnuto jím požadované stanovisko Úřadu coby prvostupňového orgánu k rozkladu, dále informace o složení rozkladové komise a současně mu bylo sděleno, že návrh rozkladové komise není dosud vyhotoven, tedy nemůže být v daném okamžiku poskytnut ani v rámci nahlédnutí do spisu.
36. Dne 29. 11. 2012 byla Úřadu doručena žádost společnosti Deloitte Advisory, s. r. o. jakožto zmocněnce účastníka o nahlédnutí do správního spisu s termínem 3. 12. 2012, jejíž přílohou byl přípis účastníka ze dne 21. 11. 2012.
37. Na základě této žádosti a na základě „Potvrzení o pověření ke zpracování znaleckého posudku“ ze dne 28. 11. 2012 obsahujícího výslovný souhlas účastníka, aby se pověření pracovníci společnosti Deloitte Advisory seznámili s obsahem spisu ve stejném rozsahu, jako na to má právo sám účastník řízení, bylo pověřenému zaměstnanci společnosti Deloitte Advisory, s. r. o. umožněno nahlédnutí do spisu a pořízení kopie spisu, a to k žádosti tohoto zaměstnance ve dnech 3. - 7. 12. 2012.
38. Dne 4. 12. 2012 doručil účastník řízení Úřadu faxem podání datované téhož dne, doplněné v listinné podobě dne následujícího. V tomto podání nazvaném Doplnění rozkladu proti rozhodnutí Úřadu a vyjádření účastníka řízení k otázce doplnění dokazování, účastník doplnil podaný rozklad tak, že Úřad měl přihlídnout k době, která uplynula od spáchání deliktu, a to s ohledem na čerstvý rozsudek Soudu Evropského sdružení volného obchodu ve věci č. E-15/10 ze dne 18. 4. 2012, z něhož se podává, že v řízeních soutěžních se musí postupovat v rozumných a přiměřených lhůtách. Dále účastník cituje stanovisko generální advokátky ve věci C-109-10P ze dne 14. 4. 2011, která doporučuje za nadměrnou délku řízení snížit pokutu o 50 %. Úřad však délku řízení při ukládání pokuty nezohlednil vůbec. V bodu III svého podání účastník trvá na provedení důkazu znaleckým posudkem, když s odkazem na rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci C-209/10 ze dne 27. 3. 2012 namítá, že národní soud má povinnost v rámci hodnocení věci zohlednit skutkové okolnosti nastalé po vydání správních rozhodnutí, konkrétně reálný dopad zneužití dominantního postavení na konkurenta dominantního soutěžitele. Úřad však dle účastníka na svou povinnost zjistit skutkový stav v rozsahu požadovaném zákonem v řízení o rozkladu rezignuje, pokud požadovaný posudek jako důkaz neprovede. Účastník dále brojí proti tomu, že mu Úřad sdělil, že důkaz nebude proveden před tím, než se rozkladová komise sešla, čímž zasáhl do účastnických práv. Účastník dále trvá na provedení výslechu svědků, které navrhoval již v rozkladu, neboť dle jeho názoru Úřad účetním aspektům věci neporozuměl.
39. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v

rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k závěrům uvedeným níže v části V tohoto rozhodnutí.

40. Před vyjádřením se k jednotlivým námitkám považuji za nutné uvést, že toto rozhodnutí jakož i řízení jemu předcházející se procesně řídí zákonem č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže) ve znění zákonů č. 340/2004 Sb., č. 484/2004 Sb., č. 127/2005 Sb., č. 361/2005 Sb., č. 71/2007 Sb., 296/2007 Sb., 155/2009 Sb. a vzhledem k charakteru změny provedené zákonem č. 188/2011 Sb. (změna toliko ustanovení § 18 odst. 2 zákona), se tak de facto jedná o znění účinné do 30. 11. 2012. Zákon č. 360/2012 Sb., kterým je zákon č. 143/2001 Sb. novelizován s účinností od 1. 12. 2012, se v tomto řízení nepoužije, když dle čl. II tohoto zákona obsahujícího přechodná ustanovení *se řízení, která nebyla před účinností tohoto zákona pravomocně skončena, dokončí podle dosavadních právních předpisů.*
41. Co do použitého znění správního řádu, je situace obdobná, zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, je v procesních ustanoveních aplikován ve znění zákona č. 413/2005 Sb., 384/2008 Sb., č. 7/2009 Sb., č. 227/2009 Sb. a zákona č. 167/2012 Sb. s ohledem na absenci speciálních přechodných ustanovení v poslední uvedené novele. Jedná se tak o znění správního řádu účinné ke dni vydání rozhodnutí.
42. Tímto se tedy ztotožňuji se stejným postupem orgánu prvního stupně a s jeho odůvodněním uvedeným v bodech 39 -43 napadeného rozhodnutí.
43. Co do užitých hmotněprávních ustanovení mám za to, že je na místě posoudit věc podle zákona č. 143/2001 Sb. o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže) ve znění do 1. 6. 2004, když žádné později účinné znění tohoto zákona není pro účastníka příznivější. Mám za to, že Úřad se v bodech 44 - 57 odůvodnění napadeného rozhodnutí s touto otázkou komplexně vyrovnává a posuzuje ji správně. Nad rámec napadeného rozhodnutí je nutno uvést, že znění zákona o ochraně hospodářské soutěže provedené zákonem č. 360/2012 Sb. není pro účastníka příznivější. Ustanovení této novely rozšiřují působnost Úřadu o dohled nad orgány veřejné správy, dále zapracovávají do zákona dosud zákonem neupravenou možnost snížení a upuštění od uložení pokuty za stanovených podmínek pro soutěžitele, kteří se účastnili utajených horizontálních dohod. Účastníka řízení se tak může dotýkat pouze novela § 22b odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, provedená bodem 30 zákona č. 360/2012 Sb., kdy se do textu tohoto ustanovení vkládá věta: *„Dále se přihlédne k jednání právnícké osoby nebo orgánu veřejné správy v průběhu řízení před Úřadem a jejich snaze odstranit škodlivé následky správního deliktu.“* Ani toto ustanovení však nezpůsobuje vyšší příznivost pozdější právní úpravy, k čemuž se vyjadřuji níže při vypořádání páté rozkladové námítky v bodu 79 tohoto rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

Vady řízení

1. Neprovedení důkazů řádným způsobem

44. V podaném rozkladu účastník vznáší dva okruhy námitek, a sice stran vad řízení a dále stran vad napadeného rozhodnutí.

45. V bodech 3 a 4 účastník napadenému rozhodnutí vytýká, že *Úřad založil své rozhodnutí mimo jiné na daňovém přiznání společnosti Telefónica za roky 2002 a 2011, účetních výkazech společnosti Telefónica za roky 2002 a 2011, a na výroční zprávě společnosti Telefónica za rok 2002, které nebyly v rámci řízení před Úřadem řádně provedeny jako důkaz postupem dle § 51 odst. 2 a § 53 odst. 6 zákona č. 500/2004 Sb., správní řádu (dále jen „správní řád“). Tím bylo popřeno právo společnosti Telefónica účastnit se provádění dokazování, kterého tato ve smyslu citovaného ustanovení správního řádu nevzdala. Bez dodržení ustanovení o provádění dokazování není správní orgán z potenciálního důkazního prostředku oprávněn vyvozovat žádné skutkové závěry a pouhé zařazení listiny do správního spisu z ní nečiní způsobilý podklad pro rozhodnutí. Dle § 53 odst. 6 správního řádu, měl být důkaz zmíněnými listinami proveden za přítomnosti účastníka řízení přečtením listin nebo sdělením jejich podstatného obsahu, a učiněn o tom záznam do spisu. Porušení svého procesního práva účastnit se dokazování a vyjadřovat se k prováděným důkazům považuje účastník řízení za zvlášť závažné, neboť dle jeho názoru Úřad konkrétní dokument použil nesprávným způsobem k podstatnému zvýšení pokuty. Nejedná se pouze o formální pochybení Úřadu, neboť přítomnost a vyjádření účastníka řízení při provádění důkazů může mít významný dopad na tvorbu a formování názorů správního orgánu ohledně důkazů a jejich relevance pro správní řízení. Účastník to považuje za podstatnou vadu, která má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.*
46. Po přezkoumání napadeného rozhodnutí a obsahu správního spisu S 1/03 jsem shledal, že účastník skutečně nebyl ve smyslu § 51 odst. 3 správního řádu vyrozuměn o provádění důkazů mimo ústní jednání a Úřad tak před účastníkem řízení listiny nepřečetl ve smyslu ustanovení § 53 odst. 6 správního řádu.
47. V dalším však k této námitce uvádím, že právní teorie nezastává jednoznačný názor, jakých listin se ustanovení § 53 odst. 6 správního řádu týká. Komentáře² k tomuto ustanovení se spíše kloní k závěru, že se toto ustanovení vztahuje na listiny, které se nestanou součástí spisu, a originál je vrácen tomu, kdo jej předložil. Takovýto postup však postrádá význam v případě, kdy je určitá listina po celou dobu správního řízení a i po jeho skončení součástí správního spisu. S takovouto listinou se totiž účastníci seznamují při nahlížení do spisu a při seznámení se s podklady rozhodnutí. Tomuto výkladu nasvědčuje ostatně i požadavek procesní ekonomie a rychlosti řízení. Z uvedeného hlediska se tedy námitka účastníka o tom, že v řízení nebyl řádně proveden důkaz listinou, jeví jako nedůvodná.
48. I pokud by však byl zvolen takový výklad ustanovení § 53 odst. 6 správního řádu, že se toto ustanovení vztahuje na všechny listinné důkazy shromážděné ve správním spisu, je pro tento konkrétní případ nutno uvést, že
- a) listiny, jejichž neprovedení jako důkazu účastník namítá, jsou listinami, které v řízení předkládal na výzvu Úřadu sám účastník řízení,
 - b) tyto listiny byly do správního spisu řádně založeny,
 - c) účastník se o jejich založení do správního spisu dověděl nejpozději při nahlížení do spisu, které si vyžádal, a posléze i při seznámení se s podklady pro vydání rozhodnutí,

² Správní řád, nový zákon s důvodovou zprávou a poznámkami, JUDr. Radek Ondruš, LINDE PRAHA, a. s., 2005, Správní řád. Komentář. II. aktualizované a rozšířené vydání, JUDr. Josef Vedral, Ph.D., BOVA POLYGON, Praha 2006; 2012.

d) účastník v řízení nevznášel žádné námitky proti pravosti a obsahu těchto listin a ani nyní tak nečiní.

49. Za popsané situace je stěží představitelné, že by účastníku nebyl znám obsah listin či skutečnost, že se coby podklad rozhodnutí nachází ve správním spisu. Z námitky ani jinde z textu rozkladu není patrné, jakou další hodnotu by pro účastníka mělo, pokud by uvedené listiny byly před ním čteny či byl sdělován jejich obsah.
50. Z uvedených důvodů je tak nutno uzavřít, že i pokud by neprovedení důkazu listinami ve smyslu ustanovení § 51 odst. 2 a § 53 odst. 6 správního řádu mělo představovat vadu řízení, nejedná se v žádném případě o vadu, která by zasáhla do procesních práv účastníka natolik, že by způsobovala nezákonnost napadeného rozhodnutí.³ Postup, kterého se domáhá účastník řízení, aby listiny jím zaslané správnímu orgánu byly ještě v jeho přítomnosti čteny a o tom pořizován záznam, se tak jeví jako přepjatý formalismus, když je vyloučeno, že by účastníkovi nebyl obsah těchto konkrétních listin znám. Ústavní soud opakovaně judikoval, že aplikace příslušných právních předpisů, která je sice formálně souladná s jejich textem, avšak odhlíží od reálných společenských vztahů, je jakožto přepjatý formalismus ústavně nepřístupná⁴, když takový postup nemůže opodstatnit ani sofistikované zdůvodnění⁵. Námitka účastníka řízení proto není důvodná a lze ji bez pochyby považovat za toliko účelovou.

2. Nemožnost vyjádření k přitěžující okolnosti

51. K vadám řízení účastník dále namítá, že *Úřad přihlédl při stanovení výše sankce k údajnému poskytnutí nesprávných podkladů ze strany účastníka řízení jako k přitěžující okolnosti, aniž by mu tento svůj záměr jakkoliv signalizoval, či umožnil společnosti Telefónica se k tomuto záměru vyjádřit a popřípadě navrhnout doplnění dokazování. Dle účastníka řízení tak Úřad v průběhu řízení pojal podezření na porušení zcela jiného ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže (§ 21 odst. 5 zákona), než které bylo předmětem správního řízení sp. zn. 1/03 (§ 11 odst. 1 zákona), účastníka řízení s tím však vůbec neseznámil, nezahájil s ním standardní správní řízení ohledně takového porušení, nedal mu právo se vyjádřit, a podezření bez dalšího vyhodnotil jako novou přitěžující okolnost pro zvýšení pokuty. Toto pochybení tak dle účastníka představuje podstatnou vadu, která má za následek nezákonnost a nepřezkoumatelnost rozhodnutí.*
52. Ve vztahu k uvedené námitce je třeba rozlišit dvě otázky. První otázkou je, zda Úřad postupoval správně, pokud účastníku přitížil za uvedení nesprávných údajů, a na to navazující druhou otázkou potom je, zda bylo přitížení učiněno procesně správně. V uvedené námitce se účastník zabývá tím, že Úřad neměl právo účastníku přitížit, aniž by ho na tuto skutečnost předem upozornil, tedy účastník se zabývá druhou z otázek.
53. V napadeném rozhodnutí Úřad v bodech 73 - 81 popisuje, jakým způsobem byl od účastníka údaj o obratu vyžádán, s tím, že účastník v roce 2012 odkázal na údaj, který poskytl k žádosti Úřadu již v

³ Obdobně viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 17. 9. 2008, č. j. 62 Ca 42/2007 (Dopravní podnik Ústeckého kraje), rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 2. 2012, č. j. 62 Af 75/2010-318 (kartel výrobců barevných obrazovek), rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2012, č. j. 1 As 125/2011-163 (stěžovatel Kralice nad Oslavou)

⁴ Viz např. nález Ústavního soudu sp. zn. I.ÚS 563/11 ze dne 13. 11. 2012.

⁵ Viz nález Ústavního soudu sp. zn. III.ÚS 61/97 ze dne 4. 11. 1999.

roce 2003, jako na platný údaj o svém čistém obratu. Když při novém vyžádání v roce 2012 vyšlo najevo, že tento údaj neodpovídá údajům v účetních dokumentech, Úřad účastníka k vysvětlení rozporu vyzval, načež účastník rozpor vysvětlil tak, že „při určení výše čistého obratu za rok 2002 a 2011 vycházela společnost Telefónica v souladu se zavedenou správní praxí Úřadu z výkazu zisků a ztrát společnosti Telefónica pro dané roky“. Dále se ve svém vysvětlení už účastník zabýval jen údaji za rok 2011.

54. Obecně nutno říci, že správní orgán (a takovou situaci nelze dovodit ani z analogie s trestním řízením) není povinen upozorňovat účastníka na to, že bude určitá okolnost hodnocena jako přitěžující. Ohledně přitěžující okolnosti pak není třeba zahajovat a vést správní řízení, jako to navrhuje účastník řízení. Ani v případě, že by se z důvodu poskytnutí nepravdivé informace přikročilo k uložení pořádkové pokuty dle § 22c odst. 1 zákona ve znění do 30. 11. 2012, není povinností Úřadu zasílat účastníku řízení oznámení o zahájení takového řízení, neboť ve smyslu ustanovení § 62 odst. 5 správního řádu je prvním úkonem ve věci až vydání rozhodnutí; tedy ani postupem dle tohoto ustanovení by účastník řízení nebyl předem vyrozumíván o zahájení řízení o uložení pořádkové pokuty. Co se týká vyjádření se ke skutečnostem, které nasvědčují tomu, že byly poskytnuty nesprávné údaje, Úřad účastníkovi prostor k vyjádření výslovně dal, účastník svého práva vyjádřit se využil a v tomto ohledu nebylo do jeho práv zasazeno. Námitku, že Úřad neumožnil účastníku řízení vyjádřit se ke skutečnosti, kterou posléze posoudil jako přitěžující, tak shledávám nedůvodnou.

55. K první nastolené otázce, a sice k tomu, zda byl Úřad oprávněn účastníku za poskytnutí nepravdivých údajů přitížit, bude pojednáno níže ve vztahu k příslušné námitce rozkladu.

Vady rozhodnutí

3. Nesprávně stanovený obrat jako základ pokuty

56. V bodech 6 - 9 svého rozkladu účastník řízení namítá, že *Úřad založil výpočet výše pokuty a závěr o neposkytnutí pravdivé výše čistého obratu na údajích o čistém obratu za rok 2002 ve výši [...obchodní tajemství...] Kč, zjištěném z daňového přiznání účastníka řízení za rok 2002, a výkazu zisku a ztráty za rok 2002 (součtem všech částek označených v něm římskými číslicemi, tj. obecně výnosy). Účastník řízení považuje takový postup zjištění základu pro výpočet pokuty za nesprávný, neboť neposkytuje objektivní a přiléhavý obraz o jeho hospodaření v roce 2002. Namítá, že v čistém obratu jsou kromě tržeb z prodeje zboží a poskytování služeb rovněž zahrnuty mimořádné a neopakovatelné operace a aktivity nesouvisející s předmětem podnikatelské činnosti účastníka řízení (například bankovní obchody či nákup a prodej cenných papírů). Čistý obrat uvedený v daňovém přiznání tak není čistým obratem z hlediska ekonomického, neboť nepodává správný obraz o výnosech soutěžitele z trhů, na kterých daný soutěžitel vykonává svou ekonomickou činnost a vstupuje do soutěže s ostatními subjekty (jde o „mechanický“ součet všech částek označených jako výnosy ve výkazu zisku a ztráty za rok 2002 římskými číslicemi). Odkazuje na „Oznámení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o výpočtu obratu pro účely kontroly spojování soutěžitelů“ (dále též „Oznámení“), v němž Úřad definuje čistý obrat coby „obrat dosažený jednotlivými soutěžiteli pouze při činnosti, která je předmětem jejich podnikání. Dle účastníka se při stanovení obratu pro účely spojování soutěžitelů i pro výpočet pokuty jedná o výklad totožného zákonného pojmu „čistý obrat“; použití odlišného výkladu pro výpočet pokut jde zjevně k tíži účastníka řízení. Účastník považuje za*

absurdní, aby (mimořádné) výnosy pod položkami VIII. - XVII. výkazu zisku a ztráty byly zahrnuty do celkové výše obratu pro stanovení pokuty. Dle účastníka řízení je správným postupem při stanovení výše čistého obratu vycházet z provozní části výkazu zisku a ztráty 2002, a tedy z částky 40 828 708 000 Kč, kterou účastník řízení coby údaj o čistém obratu správně poskytl Úřadu v roce 2003. Postup Úřadu vycházejícího při uložení pokuty z čistého obratu účastníka řízení dle výkazu zisku a ztráty a daňového přiznání (za rok 2002) považuje za nezákonný a porušující legitimní očekávání účastníka řízení.

57. Pokud se jedná o to, z jakých údajů vycházel Úřad při zjišťování obratu za rozhodné období pro účely výměry pokuty, pak Úřad stanovil rozhodný obrat tak, že sečetl sumu výnosů z přehledu zisku a ztrát za období roku 2002 a dospěl tak k výši obratu dle ustanovení § 20 odst. 1 písm. a) bod 2 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví (do 31. 12. 2003 § 20 písm. a) bod 2 zákona o účetnictví). Za správný postup však účastník řízení považuje užití jen části položek tvořících čistý obrat.
58. Argumentuje-li účastník řízení tím, že v zákoně je nutné definovat obrat stejně pro účely spojování soutěžitelů dle § 14 odst. 1 zákona a pro účely ukládání pokuty dle § 22 odst. 2 zákona, pak poukazují na to, že účastník směšuje dvě různé problematiky. V ustanovení § 14 odst. 1 zákona je definován čistý obrat spojujících se soutěžitelů výhradně pro účely posouzení jejich spojení, jedná se o speciální zákonnou úpravu danou zvláštností řízení ve věci spojování soutěžitelů. V návaznosti na to i Oznámení, na které účastník odkazuje, je - jak i z jeho názvu vyplývá - koncipováno výhradně pro výpočet obratu pro účely kontroly spojování soutěžitelů. Účastník v této souvislosti navíc opomíjí fakt, že dle § 14 zákona se čistý obrat sestavuje ze všech účastníka řízení kontrolujících a účastníkem řízení kontrolovaných subjektů, což by pro společnost Telefónica byl postup značně nepříznivý.
59. Oproti tomu obrat dle § 22 odst. 2 zákona (stejně § 22a odst. 2 zákona účinného do 30. 11. 2012) žádnou speciální definici neobsahuje a jedná se o obrat dle § 20 odst. 1 písm. a) bod 2 zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví. Takto je pojem celkového čistého obratu dlouhodobě a naprosto jednotně vykládán v rozhodovací praxi Úřadu. V případě takto stanoveného obratu je zákonem sledován odlišný cíl, jde o to, aby obrat odrážel celkové výnosy soutěžitele pro posouzení, zda uložená pokuta bude dostatečně individualizovaná a zda bude plnit své funkce.
60. Pokud účastník namítá, že byl obrat zjišťován i z výnosů, které nejsou výnosy z jeho hlavní činnosti, pak takováto námitka nemá oporu v zákoně. Zákon v dřívějším ani stávajícím znění nedává Úřadu možnost zvolit z údajů, které jsou podkladem pro stanovení čistého obratu dle § 20 odst. 1 písm. a) bod 2 zákona o účetnictví, jen některé, které by lépe vyjadřovaly hospodářské výsledky účastníka. Mimoto i výnosy z jiných činností než z těch, jež jsou hlavním předmětem podnikání účastníka, jsou v rámci podnikání účastníka využívány k rozvoji jeho podnikatelské činnosti a tím i ke generování zisku. Nelze je tedy opomenout.
61. O skutečnosti, že je i účastníku řízení známo, co je čistým obratem dle § 22 odst. 2 zákona (i dle pozdějších znění zákona o ochraně hospodářské soutěže) užívaným pro účely ukládání pokut Úřadem, svědčí odkaz v dopisu účastníka ze dne 23. 8. 2012 na pět jmenovitě uvedených

rozhodnutí⁶ včetně jednacích čísel, jimiž účastník dokládal, že při poskytnutí čistého obratu Úřadu postupoval z výkazu zisků a ztrát v souladu se zavedenou správní praxí Úřadu. V odkazovaných rozhodnutích Úřad vycházel z celkového čistého obratu toho kterého účastníka řízení a i tam, kde Úřad již postupoval podle Zásad⁷ (dále jen „Zásady“), které vychází z obratu účastníka na dotčeném relevantním trhu, byla nakonec výsledná výše pokuty poměřena celkovým čistým obratem. Konečně i v bodu 27 rozkladu účastník při argumentaci směřující k povinnosti Úřadu posoudit daný případ dle Zásad uvádí, že dosavadní praxe Úřadu „vycházela z celkového čistého obratu, tj. obratu ze všech činností soutěžitele“, a také tato skutečnost nasvědčuje, že účastníku řízení je dobře známá správní praxe Úřadu vycházejícího při ukládání pokut z (celkového) čistého obratu účastníků řízení.

62. Ohledně posouzení toho, jaké účetní období má být pro stanovení pokuty rozhodné, tedy zda poslední kalendářní rok z doby spáchání deliktu, resp. poslední ukončený kalendářní rok před vydáním prvního rozhodnutí Úřadu ve věci, či poslední ukončené období těsně předcházející vydání posledního správního rozhodnutí ve věci jako bylo judikováno např. ve věci „Pekaři“⁸, ztotožňují se zcela se závěry, které učinil Úřad v bodech 62 - 71 napadeného rozhodnutí, a sice že vdaném případě je třeba vycházet při základním vyměření pokuty z čistého obratu dosaženého účastníkem řízení za rok 2002, tedy za poslední ukončený kalendářní rok před dokonáním deliktu.
63. Nad rámec toho, co uvádí Úřad ohledně odlišnosti tohoto případu od případu „Pekaři“ a ohledně nemožnosti aplikovat závěry rozhodnutí ve věci „Pekaři“ na právě posuzovanou věc, konstatuji, že mezi oběma případy jsou dány značné rozdíly v okolnostech majících vliv na uložení pokuty. Ve věci „Pekaři“ bylo třeba posledním druhostupňovým rozhodnutím stanovit nově pokutu pro soutěžitele, jimž před vydáním druhostupňového rozhodnutí významným způsobem klesl obrat. Tito soutěžitelé založili společný podnik, na nějž převedli většinu svých obchodních aktivit, v důsledku čehož jim obrat výrazně klesl, a v dané kauze bylo tedy třeba nově reagovat na tuto změnu hospodářské situace účastníků řízení. K tomu uvádím, že Úřad používá na základě zákona čistý obrat za poslední ukončený kalendářní rok (poslední ukončené účetní období) k posouzení výše stanovené pokuty k celkovému čistému obratu účastníka řízení (zda nedůvodně nevybočuje z dosavadní rozhodovací praxe), dále zda výše pokuty nepřesahuje zákonem stanovenou maximální výši pokuty, a zda je či není pro soutěžitele likvidační. Takto Úřad postupoval i v případě účastníka řízení, kdy vypočtenou výši pokuty hodnotil ve smyslu § 22 odst. 2 zákona dle čistého obratu za poslední ukončený kalendářní rok, tj. rok 2011.
64. Námitku účastníka o tom, že Úřad pro uložení pokuty vycházel k tíži účastníka z nesprávné definice obratu tak ze všech uvedených důvodů nepovažuji za důvodnou.

⁶ Rozhodnutí ze dne 13. 7. 2007 č. j. ÚOHS-S076/2008/KD-5304/2009/620 ve věci chovatelů kuřat, rozhodnutí ze dne 23. 5. 2011, č. j. ÚOHS-R138,147-152/2007/HS-3525/2011 ve věci chovatelů kuřat, rozhodnutí ze dne 11. 5. 2009, č. j. ÚOHS-S046/2008/KD-5266/2009/820 ve věci Pinguin, rozhodnutí ze dne 11. 5. 2009, č. j. ÚOHS-S076/2008/KD- 5304/2009/820 ve věci HUSKY CZ s. r. o., rozhodnutí ze dne 2. 2. 2009, č. j. ÚOHS-R20,21,22/2004-1249/2009/310/ADr ve věci Pekaři, rozhodnutí ze dne 19. 12. 2006, č. j. ÚOHS-S67/04-22120/06/620 ve věci stavebních spořitelů

⁷ Zásady postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění, uveřejněné v dubnu 2007

⁸ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2012, č. j. 5 Afs 7/2011-619, a na něj navazující rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 20. 9. 2012, č. j. 62Af 71/2012-831

65. Pokud účastník jak v rozkladu, tak i později v doplnění rozkladu ze dne 4. 12. 2012 (viz bod 38 tohoto rozhodnutí) požaduje provedení důkazu svědeckou výpovědí zaměstnanců účastníka řízení s odbornými znalostmi v oblasti účetnictví a ekonomie ke stanovení správné výše jeho obratu, pak k tomu důkaznímu návrhu uvádím, že čistý obrat zjišťovaný dle českých účetních předpisů byl v roce 2002 zákonodárcem jednotně upraven⁹. Úřad také zvýše obratu ve své praxi běžně vychází při ukládání pokut za správní delikty, disponuje tedy příslušnými odbornými znalostmi a je schopen (i povinen) výši obratu účastníka řízení spolehlivě zjistit. Nemám proto pochybnosti o správnosti výše obratu, z níž Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel. Navrhovaný důkaz výslechem svědků by tedy nepřinesl žádná nová zjištění, když jakékoli vysvětlení odborných pracovníků (zaměstnanců účastníka řízení) nemohou v tomto směru přivodit v závěrech o výši obratu účastníka, provedení důkazu proto považuji za nadbytečné. V souladu se zásadou hospodárnosti jsem se rozhodl navrhovaný důkaz neprovádět. Vzhledem k tomu, že mám skutkový stav za dostatečně zjištěný a prokázaný, jsem nenařídil ani jednání, které účastník rovněž ve svém podání v souvislosti se svými důkazními návrhy požadoval.

4. Nezákonné přitížení za poskytnutí nesprávných údajů

66. V bodech 11 - 14 rozkladu účastník řízení namítá *nezákonnost posouzení nové přitěžující okolnosti za poskytnutí „nesprávného“ údaje o jeho čistém obratu za rok 2002. Poukazuje, že Úřad přípisem ze dne 29. 4. 2003 vyžádal výši čistého obratu, aniž by požadavek jakkoliv specifikoval co do způsobu či metodiky zjištění tohoto údaje. Účastník řízení poskytl v dobré víře údaj části výkazu zisku a ztráty, vztahující se k výnosům dosaženým jeho běžnou podnikatelskou činností, který považoval za nejvíce vypovídající o jeho hospodaření. Nemohl ani při vynaložení veškerého úsilí vědět, že Úřad bude pro účely tohoto správního řízení vykládat pojem „čistého obratu“ jako položku z jeho daňového přiznání. Úřad mohl uvést, že požaduje údaj o čistém obratu dle daňového přiznání, resp. o veškerých výnosech účastníka řízení. Jestliže tak neučinil, nemůže být účastníku řízení kladeno k tíži, že vycházel z odlišné interpretace pojmu čistý obrat. Za daných okolností nelze údaje poskytnuté účastníkem v dobré víře považovat za nesprávné a za porušení jeho právní povinnosti.*

67. *I kdyby účastník řízení poskytl nesprávné obrátové informace, Úřad je nepřípustně posoudil jako přitěžující okolnost při stanovení pokuty. Poskytnutí nesprávné informace v roce 2003 představovalo porušení § 21 odst. 5 zákona, a zákon stanovil pravomoc Úřadu rozhodnout o uložení pořádkové pokuty dle § 22 odst. 1 zákona. Nelze v žádném případě dovozovat pro stejné porušení zákona i možnost jiného postupu, který zákon nestanoví (posoudit je jako přitěžující okolnost). Takový postup by byl v rozporu se zásadou materiálního právního státu ve smyslu čl. 2 odst. 2 Ústavy a též se zásadou nullum crimen sine lege. Namítá, že Úřad se tím pokusil obejít časové omezení pro uložení pořádkové pokuty (informace byla poskytnuta v květnu 2003), a poukazuje na uplynutí lhůty pro uložení pořádkové pokuty (dle účastníka řízení nyní 1 rok dle § 22c odst. 3 platného znění zákona). Účastník řízení považuje postup Úřadu, který v napadeném rozhodnutí vydaném v říjnu 2012 považoval za přitěžující okolnost poskytnutí nesprávných informací v roce 2003, za nezákonný a disproportionální.*

⁹ Např. zákon č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů a jeho prováděcí vyhlášky.

68. Tuto námitku účastníka řízení lze rozdělit do dvou částí. První část se týká jeho nevědomosti o definici obratu, ze které Úřad vycházel, a druhá část se týká bodu 110 a bodu 118 napadeného rozhodnutí, v němž Úřad jako přitěžující okolnost vyhodnotil skutečnost, že účastník řízení neposkytl Úřadu správný a pravdivý údaj o výši svého čistého obratu za rok 2002, a to při odkazu na údaj poskytnutí jím již v roce 2003, který se po vyžádání účetních podkladů v roce 2012 ukázal být nepravdivý.
69. Co se týče definice čistého obratu používané Úřadem, odkazují na svá vyjádření výše a zdůrazňují, že z okolností posuzovaného případu je jasné patrné, že účastník řízení byl obeznámen s tím, jaké údaje po něm Úřad požadoval. Sám účastník řízení v bodě 27 rozkladu odkazuje na praxi Úřadu před vydáním zásad, která, jak účastník řízení uvádí, „vycházela z celkového čistého obratu, tj. obratu ze všech činností soutěžitele“. Z jeho vyjádření tedy mimo jiné vyplývá, že si byl vědom toho, jak Úřad chápal a chápe definici obratu. Kromě toho byl v řízení od roku 2003 zastoupen advokátem a měl tak k dispozici i odbornou pomoc. Mám tedy za to, že účastník řízení bylo dostatečně známo, že Úřad vyžaduje celkový čistý obrat, jaký je dán ve výkazu zisku a ztráty (sestavovaném dle českých účetních předpisů) souhrnem všech výnosových položek z řádků výkazu označených římskými číslicemi. Účastník řízení v roce 2002 výkaz zisku a ztráty dle českých účetních předpisů sestavoval. Bylo jeho povinností jako účetní jednotky vědět, co je čistý obrat a že tento údaj je zároveň čistým obratem dle daňového přiznání za týž rok (rozdíl je pouze vtom, že ve výkazu zisku a ztráty se údaje uvádí v tisíci Kč, kdežto v daňovém přiznání v celých korunách). Není možné, aby účastník řízení nevěděl, jaký údaj po něm byl požadován. V této části je námitka účastníka řízení nedůvodná.
70. Při přezkoumání napadeného rozhodnutí ve vztahu ke druhé části této námitky účastníka řízení jsem dospěl k následujícím závěrům. V bodě 110 napadeného rozhodnutí Úřad hovoří o tom, že považuje za přitěžující okolnost neposkytnutí správného a pravdivého údaje o výši obratu za rok 2002. Tohoto jednání se pak dle Úřadu účastník řízení dopustil nejprve v roce 2003 a posléze i v roce 2012. Z napadeného rozhodnutí však není jasné, zda správní orgán prvního stupně přitěžoval za obě jednání, či pouze za jedno z nich, popřípadě za které.
71. Dále pak správní orgán prvního stupně zohlednil skutečnost, že účastník řízení poskytl Úřadu nepravdivé informace o výši obratu, jako přitěžující okolnost při ukládání pokuty za správní delikt, aniž by se vypořádal se skutečností, že podle ustanovení § 22c zákona o ochraně hospodářské soutěže účinného do 30. 11. 2012 má Úřad pravomoc udělit soutěžiteli za takové jednání pořádkovou pokutu. Nic však nenasvědčuje tomu, že jednání v posuzovaném případě mělo být kvalifikováno jako přitěžující okolnost, a ne jako porušení procesních povinností účastníka řízení, přičemž podle podmínek vyplývajících z ustanovení § 22c zákona o ochraně hospodářské soutěže účinného do 30. 11. 2012 bylo možné pořádkovou pokutu uložit již jen za poskytnutí nepravdivých údajů v roce 2012. Byť bylo dle dikce § 22 odst. 2 zákona možné zohlednit v pokutě i další okolnosti, které Úřad považoval pro uložení pokuty za rozhodné a dle právního názoru krajského soudu vysloveného v jeho třetím rozsudku (cit.) „nepravdivé nebo skutečnosti neodpovídající sdělení účastníka řízení lze jistě v obecné rovině považovat za okolnosti při stanovení výše pokuty přitěžující“, jsem toho názoru, že v posuzovaném případě není možné popsané poskytnutí nesprávných a nepravdivých informací posuzovat jako přitěžující okolnost v rámci uložení pokuty za spáchaný delikt zneužití dominantního postavení. Zákon o ochraně hospodářské soutěže považuje poskytnutí nepravdivých informací účastníkem řízení za pořádkový delikt, který svým charakterem ztěžuje, příp. maří průběh řízení, a takové jednání je Úřad oprávněn postihnout pořádkovou

pokutou, což je postup nepochybně transparentnější. Zároveň se však jedná o pochybení, které nemá vliv na ostatní závěry Úřadu v napadeném rozhodnutí, a je proto účelné napravit napadené rozhodnutí tak, že poskytnutí nesprávných a nepravdivých informací nebude přičítáno k tíži účastníka řízení.

72. Vzhledem k popsanému procesnímu pochybení Úřadu jsem uloženou pokutu snížil o částku odpovídající přitížení za poskytnutí nesprávných a nepravdivých informací - tj. celkem o 1,5 % základní částky pokuty vynásobené koeficientem času, tedy z částky uvedené v bodu 117 napadeného rozhodnutí ve výši 79 921 563 Kč. Na pokutě tak zůstává nadále přitíženo o 15 % za opakované porušení zákona, viz níže posouzení přitížení za opakované spáchání deliktu.
73. Ve světle výše uvedeného je pak nadbytečné věnovat se podrobně tvrzení účastníka, že Úřad promítnul skutečnost, že účastník řízení poskytnul Úřadu nesprávné a nepravdivé informace, jako přitěžující okolnost, aby se vyhnul časovému omezení pro uložení pořádkové pokuty, neboť odpovídající část napadeného rozhodnutí byla změněna a účastník řízení dosáhl tomu adekvátního snížení uložené pokuty.

5. Neposouzení následků deliktu

74. *V bodu 15 - 18 účastník řízení namítá, že Úřad ve svém rozhodnutí vyšel ohledně závažnosti porušení z původního rozhodnutí, potvrzeného co do základu rozhodnutími správních soudů. Dle správního řádu je však Úřad povinen rozhodovat dle skutkového stavu v době vydání rozhodnutí. Při tom je zjevné, že na rozdíl od prvního rozhodnutí ve věci Úřad měl a mohl posoudit reálnou závažnost následků jednání, a to s ohledem na účinné znění § 22b odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže, dle něhož se v rámci posuzování závažnosti deliktu přihlíží i k jeho následkům. Úřad tak byl povinen provést ke zjištění následků deliktu dokazování, aby zjistil, zda by aplikace pozdějšího zákona nebyla příznivější. Kvalifikace deliktu jako velmi závažného bez zjištění reálného skutkového stavu vede k věcně nesprávnému a nezákonnému rozhodnutí. Nadto účastník namítá, že na trhu došlo k podstatné změně situace, kdy pevné telefonní služby jsou již zcela okrajové, tedy argument ohledně důležitosti liberalizace trhu pevných linek se nenaplnil, přičemž Úřad je povinen rozhodovat na základě všech známých informací existujících k datu vydání rozhodnutí.*
75. *Účastník dále navrhl, aby byl proveden důkaz znaleckým posudkem, v rámci něhož bude provedena ekonomická a ekonometrická analýza vývoje trhu v odvětví služeb pevného a mobilního volání se zaměřením na aktuální dopady jednání účastníka na zmíněný trh a úroveň hospodářské soutěže na daném trhu.*
76. *Podáním ze dne 4. 12. 2012 nazvaným Doplnění rozkladu a vyjádření účastníka řízení k otázce doplnění dokazování (popsaným v bodě 38 tohoto rozhodnutí) účastník opakovaně sdělil, že na provedení důkazu znaleckým posudkem trvá, odkázal na rozhodnutí velkého senátu Soudního dvora EU ve věci C-209/10 ze dne 27. 3. 2012, z něhož dovozuje, že by se národní soud (v dané věci) měl v rámci hodnocení skutkových okolností zabývat i okolnostmi nastalými po vydání předmětných správního rozhodnutí a konkrétně hodnotit reálný dopad zneužití dominantního postavení na konkurenta soutěžitele.*

77. Ve vztahu k této rozkladové námitce je nejprve nutno posoudit otázku, kterou nastoluje i účastník, a sice zda je pozdější právní úprava pro účastníka příznivější. Zákon o ochraně hospodářské soutěže ohledně okolností, které je při ukládání pokuty nutno brát v úvahu ve znění, které Úřad aplikoval, tedy ve znění do 1. 6. 2004 v ustanovení § 22 odst. 2 stanovil, že *při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování tohoto zákona*. Oproti tomu zákon ve znění účinném do 30. 11. 2012, jehož vyšší příznivosti se dovolává účastník, v § 22b odst. 2 stanovuje, že *při určení výměry pokuty právnické osobě se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán*. Dále pak zákon ve znění účinném od 1. 12. 2012 stanovuje, že *při určení výměry pokuty právnické osobě nebo orgánu veřejné správy se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Dále se přihlédne k jednání právnické osoby nebo orgánu veřejné správy v průběhu řízení před Úřadem a jejich snaze odstranit škodlivé následky správního deliktu*.
78. *Po posouzení této námitky a posouzení změn citovaného ustanovení jsem dospěl k závěru, že žádná pozdější právní úprava není při uložení pokuty pro účastníka příznivější. Ustanovení § 22 odst. 2 ve znění do 1. 6. 2004 obsahuje příkladný výčet okolností, k nimž je při ukládání pokuty nutné přihlížet. Příkladný výčet umožňoval Úřadu přihlédnout k následkům deliktního jednání a Úřad při ukládání pokuty dle kteréhokoliv ze znění zákonů k těmto následkům deliktního jednání na soutěž ve své rozhodovací praxi přihlížel, neboť to je nepochybně součástí posuzování závažnosti jednání. Tak tomu ostatně bylo i při vydání prvního správního rozhodnutí v této věci. Vzhledem k tomu, že znění zákona o ochraně hospodářské soutěže jsou v tomto ohledu materiálně totožné, nelze úpravu pozdější považovat za úpravu pro účastníka příznivější.*
79. *Pro úplnost konstatuji, že za úpravu pro účastníka příznivější nepovažuji ani znění ustanovení § 22b odst. 2 zákona ve znění účinném od 1. 12. 2012. Nad rámec znění předchozího byla do tohoto ustanovení vložena věta o přihlédnutí k jednání účastníka v průběhu řízení a snaze odstranit škodlivé následky správního deliktu. Toto ustanovení dává Úřadu možnost přihlédnout k tomu, že účastník započal se změnami nepřipustných smluvních ujednání, nicméně k tomu je nutno dodat, že účastník projevil snahu odstranit škodlivé následky deliktu až v okamžiku, kdy již bylo vydáno první rozhodnutí Úřadu ve věci, tedy jednání účastníka nebylo vedeno dobrovolnou snahou o zmírnění negativních následků deliktu, nýbrž až výsledkem správního řízení a za takovýchto okolností nelze k jeho snaze přihlédnout.*
80. Pokud se jedná o posouzení následků deliktního jednání, které dle tvrzení účastníka Úřad nezohlednil, pak Úřad se s touto otázkou znovu a dostatečně vypořádal v bodech 93 - 97 napadeného rozhodnutí a správně dospěl k tomu, že deliktní jednání účastníka mělo závažné následky na posuzovaný trh a že delikt je tak nutno posoudit jako zvláště závažný.
81. K tomu dodávám, že posoudil-li Úřad podstatné okolnosti případu a spatřoval-li je v tom, že k deliktnímu jednání docházelo v období snah o liberalizaci trhu v odvětví telekomunikací, dále v tom, že účastník se zaměřil na zákazníky z řad podnikatelů, od kterých očekával vyšší odběr služeb, a užíval vůči nim takové smluvní podmínky, které tyto zákazníky zavazovaly na určitou dobu, či k určitému objemu hovorů, či k užívání svých linek pouze k odběru služeb účastníka, či jim poskytovaly odlišné cenové podmínky, a dovodil-li z toho Úřad, že jednání účastníka vedlo k následkům v podobě omezení rozvoje trhu, omezení možnosti jiných podnikatelů vstoupit na trh a k

poškození zákazníků, je závěr o tom, že jednáním účastníka došlo ke zbrzdění procesu liberalizace trhu a šlo proti jejímu smyslu, správný.

82. Ve vztahu k uvedenému tedy uzavírám, že Úřad se s otázkou škodlivých následků pro účely uložení pokuty za delikt vypořádal dostatečně, tato byla i předmětem soudního přezkumu, viz např. druhý rozsudek Nejvyššího správního soudu, č. j. 8 Afs 29/2010-354 ze dne 30. 7. 2010, a závěry Úřadu se od závěrů rozsudků ve věci vydaných neodlišují.
83. Jako nepřipadnou hodnotím tu námitku účastníka, že by Úřad měl přihlédnout k tomu, že se trh pevných telefonních linek časem marginalizoval. Účastník opomíjí, že v době, kdy došlo ke spáchání deliktu, byl tento trh stále významný, o jeho důležitosti svědčí ostatně i potřeba jej liberalizovat. Navíc na trh pevných telefonních linek se pak úzce navázal i trh dalších služeb prostřednictvím pevných linek poskytovaných, přenosy dat, připojení k Internetu. Ostatně i účastník v předložené výroční zprávě za rok 2002¹⁰ uvádí důležitost zaměření na pevné sítě s cílem rozvíjet služby poskytované jejich prostřednictvím.
84. Účastník ve svém požadavku na posouzení současné situace na trhu opomíjí, že závěry správního orgánu o tom, že jednání účastníka naplnilo skutkovou podstatu deliktu dle § 11 odst. 1 zákona, byly potvrzeny jak druhým rozhodnutím Nejvyššího správního soudu, tak i následně třetím rozsudkem krajského soudu. V žádném z těchto rozhodnutí pak není náznak povinnosti Úřadu zkoumat současnou situaci na relevantním trhu a není toho ani třeba k posouzení závažnosti devět let starého deliktu, u něhož účastník řízení navíc již v minulosti překročil k odstranění překážek, jež vytvářely bariéru přístupu konkurentů k zavázaným zákazníkům.
85. Pokud účastník v bodu 18 rozkladu požaduje provedení důkazu znaleckým posudkem a tento svůj požadavek opakuje v doplnění rozkladu ze dne 4. 12. 2012 specifikovaném v bodu 38 tohoto rozhodnutí, pak k tomuto důkaznímu návrhu uvádím následující.
86. Posudek by měl dle bodu 18 rozkladu *analyzovat vývoj trhu v odvětví služeb pevného a mobilního volání se zaměřením na **aktuální** dopady jednání účastníka na zmíněný trh a úroveň hospodářské soutěže na daném trhu*. Dopady jednání účastníka řízení jsou součástí posouzení závažnosti deliktu v rámci hodnocení zákonných kritérií pro uložení pokuty. K tomu poukazuji, že krajský soud ve svém třetím rozsudku konstatoval, že (cit.) „*Pokud jde o kritérium závažnosti porušování ZOHS, tak tím se žalovaný zabýval dostatečně.*“ Dle účastníka řízení má důkaz znaleckým posudkem vést rovněž k prokázání jeho tvrzení, že *liberalizace na trhu pevných telefonních linek byla podružná a nedůležitá*. K tomu uvádím, že otázka, kterou znalecký posudek míní zodpovědět, není otázkou podstatnou pro toto řízení, neboť jak již bylo uvedeno, aktuální stav relevantního trhu není pro posouzení závažnosti deliktu spáchaného před cca 9 lety (v roce 2003) rozhodný. Dopady jednání účastníka řízení a tedy závažnost deliktu jsem shledal za dostatečně posouzené v souladu s požadavky § 3 správního řádu.
87. Argumentuje-li účastník řízení v části III doplnění rozkladu ze dne 4. 12. 2012, že Úřad dle § 22b odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže neprovedl žádné dokazování ohledně následků deliktu, pak pro přesnost uvádím, že pokuta nebyla uložena dle § 22b odst. 2 pozdějšího znění

¹⁰ Č. I. 427 a násl. pořadače č. 5 správního spisu

zákonu, nýbrž byla uložena dle § 22 odst. 2 zákona (tj. zákona ve znění do 1. 6. 2004); také podle tohoto znění je Úřad povinen v rámci závažnosti deliktu zohlednit dopady (následky) protisoutěžního jednání účastníka řízení, a této povinnosti Úřad v napadeném rozhodnutí dostál. Nezůstal ve svém hodnocení dopadů jednání účastníka řízení jen u hodnocení typové závažnosti deliktu, jak uvádí účastník řízení.

88. Odkazuje-li v námitce účastník na rozsudek velkého senátu Soudního dvora EU ze dne 27. 3. 2012 ve věci C-209/10, v níž dánský soud položil Soudnímu dvoru EU předběžnou otázku k výkladu čl. 82 SES¹¹, a z tohoto rozsudku dovozuje povinnost národních soudů při hodnocení věci zohlednit skutkové okolnosti, které nastaly po vydání správních rozhodnutí, konkrétně povinnost soudů zohlednit reálný dopad zneužití dominantního postavení na konkurenta dominantního soutěžitele, a toto rozhodnutí považuje za oporu pro své tvrzení, že Úřad (cit.) „*je v rámci opakovaného rozhodnutí o uložení pokuty povinen přihlédnout k následkům deliktu na základě skutkového stavu existujícího v době nového rozhodnutí*“, není dle mého názoru citované rozhodnutí Soudního dvora EU pro takový požadavek účastníka řízení oporou žádnou.
89. V tamní posuzované věci se jednalo o praktiku uplatňování nižších cen za služby ze strany poštovního soutěžitele s dominantním postavením, který má povinnost doručovat adresné zásilky a balíky a který uplatňuje u části zákazníků jeho konkurenta selektivní snížení cen za doručování neadresných zásilek na úrovni nižší, než kolik činí průměrné celkové náklady, avšak současně vyšší, než kolik činí průměrné přírůstkové náklady (average incremental costs pertaining to that activity) dominantního soutěžitele. Soud k předběžné otázce uvedl, že (cit.) „*Čl. 82 SES musí být vyložen tak, že politika nízkých cen uplatňovaná vůči některým bývalým významným zákazníkům konkurenta ze strany podniku s dominantním postavením nemůže být považována za zneužití spočívající ve vyloučení konkurenta pouze z důvodu, že cena uplatňovaná tímto podnikem vůči jednomu z těchto zákazníků je nižší, než kolik činí průměrné celkové náklady připadající na předmětnou činnost, avšak vyšší, než kolik činí průměrné přírůstkové náklady na tuto činnost, jak jsou vyhodnoceny v řízení, z něhož vychází věc v původním řízení. Za účelem posouzení existence protisoutěžních účinků za takových okolností, jako jsou okolnosti uvedené věci, je třeba přezkoumat, zda tato cenová politika - bez objektivního odůvodnění - vede ke skutečnému nebo pravděpodobnému vyloučení tohoto konkurenta na úkor hospodářské soutěže a v důsledku toho na úkor zájmu spotřebitelů*“.¹²
90. K námitce účastníka řízení konstatuji, že ze skutkových okolností případu C-209/10 nevyplývá žádná podobnost s posuzovanou věcí týkající se účastníka řízení¹³, který na věrnostním principu vázal část svých významných zákazníků z řad podnikatelů, a toto jeho jednání vytvořilo zcela nepochybně pro jeho konkurenty významnou bariéru pro rozvoj podnikání.
91. K námitce účastníka řízení uzavírám, že ji nepovažuji za důvodnou.

¹¹V současné době čl. č. 102 Smlouvy o fungování Evropské unie

¹²Úřední věstník Evropské unie C 151/4 z 26. 5. 2012 (srov.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:151:FULL:CS:PDF>).

¹³ Nad rámec uvedeného pak pro informaci doplňuji, že v případě zneužití dominantního postavení dánským poštovním soutěžitelem vedly zvláštní skutkové okolnosti věci dánský soutěžní orgán k vytvoření speciální kategorie nákladů konstruované jako „average incremental costs“, jež se nekryje se zaužívaným pojmem nákladové kategorie označované jako „průměrné variabilní náklady“, což rovněž přispělo k potřebě položení předběžné otázky.

92. Účastník řízení rovněž v doplnění rozkladu nesouhlasí s tím, že byl před jednáním rozkladové komise vyrozuměn o tom, že nebude prováděn jím navrhovaný důkaz. Podle účastníka řízení byla takovým postupem porušena jeho procesní práva, neboť o neprovedení důkazu nebylo rozhodnuto na návrh rozkladové komise a bylo naznačeno, že podrobné odůvodnění neprovedení důkazu bude obsahem rozhodnutí o rozkladu. K tomu je třeba osvětlit, že předseda Úřadu rozhoduje o rozkladu na návrh rozkladové komise, tzn. jedná se o meritorní rozhodnutí. Rozhodnutí o tom, zda bude, nebo nebude proveden účastníkem řízení navrhovaný důkaz, není rozhodnutím o rozkladu, a proto nebylo na místě postupovat podle ustanovení § 152 odst. 3 věta první správního řádu¹⁴. Dokazování a veškeré materiály pro návrh rozkladové komise pak musí být zpracovány již před vlastním jednáním rozkladové komise tak, aby tato byla schopna navrhnout předsedovi Úřadu, jak má o rozkladu rozhodnout. Mimoto rozkladová komise se rozkladem zabývala podrobně, a pokud by s ohledem na skutkový stav věci dospěla k závěru, že je navrhované doplnění dokazování znaleckým posudkem nezbytné, měla by tato skutečnost vliv na její návrh na rozhodnutí předsedy Úřadu.
93. Účastník řízení byl předem v souladu se zásadou dobré správy vyrozuměn, že důkaz nebude prováděn, aby mu nevznikaly zbytečné náklady, a pokud vyrozumění učinil ředitel odboru, není zřejmé, jak by tím mohl být účastník poškozen na procesních právech. Stejně tak poznámka obsažená ve vyrozumění o tom, že podrobné odůvodnění neprovedení navrhovaného důkazu bude obsaženo v meritorním rozhodnutí, nikterak nepředjímá rozhodnutí v meritu věci, ani návrh rozkladové komise. K námitce dále uvádím, že účastník řízení je oprávněn navrhopvat důkazy, avšak správní orgán není těmito návrhy vázán. Je povinen zjistit v souladu s ustanovením § 3 správního řádu stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a zjistit všechny okolnosti důležité pro ochranu veřejného zájmu dle § 50 odst. 3 správního řádu. V odůvodnění rozhodnutí se pak musí s návrhem účastníka řízení na doplnění dokazování vypořádat. Navrhl-li účastník řízení již v rozkladu vyhotovení znaleckého posudku s tím, že je „připraven předložit jej ve lhůtě přibližně dvou měsíců od podání tohoto rozkladu“, namísto např. do dvou měsíců ode dne vyrozumění Úřadu o jeho předložení, musel Úřad vyhodnotit potřebu takového důkazu - jehož pořizovací náklady mohly být značné - velmi rychle, aby zabránil jejich zbytečnému vynaložení. Žádná procesní práva účastníka řízení nebyla tímto postupem porušena.
94. Ke stížnosti účastníka řízení na to, že mu bylo vyrozumění o tom, že nebude prováděn navrhovaný důkaz znaleckým posudkem, doručeno až dvanáct dnů od jeho vyhotovení, uvádím následující. Rozkladem se v první řadě zabývá Úřad, který ve věci rozhodoval v prvním stupni. Ten mohl sám, dle ustanovení § 86 odst. 2 správního řádu doplnit dokazování ve věci. Pokud tuto potřebu neshledal, předal spis se stanoviskem ze dne 16. 11. 2012 k projednání orgánu rozhodujícímu o rozkladu. Od tohoto data pak byl spis veden na druhém stupni, který účastníkovi k jeho důkaznímu návrhu poslal vyrozumění ze dne 21. 11. 2012, jež bylo podle doručky z datové schránky založené ve spise odesláno účastníku řízení prostřednictvím datové schránky dne 22. 11. 2012 a doručeno 23.11.2012. Od vyhotovení do doručení v souladu správními předpisy¹⁵ uběhly 2 dny. Tuto stížnost účastníka řízení proto považuji za irelevantní.

¹⁴ Toto ustanovení se pro postup Úřadu použije jen v rozsahu, v němž se netýká složení rozkladové komise dle § 25a zákona o ochraně hospodářské soutěže.

¹⁵ Srov. ust. § 17 odst. 3 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů.

95. Ze všech uvedených důvodů pak námitku nezohlednění následků jednání účastníka na soutěž na relevantním trhu považuji za nedůvodnou. Návrh na provedení důkazu znaleckým posudkem pak rovněž z důvodů uvedených výše zamítám, neboť posudek by na provedeném hodnocení kritérií pro uložení pokuty dle § 22 odst. 2 zákona nemohl nic změnit.

6. Zvýšení pokuty pro délku deliktu

96. V bodech 19 - 24 rozkladu účastník řízení napadá způsob promítnutí délky trvání porušení zákona Úřadem do pokuty a uvádí, že Úřad se nedostatečně zabýval otázkou, zda by platné znění zákona nebylo pro účastníka řízení příznivější. Poukazuje na § 22b odst. 2 platného znění zákona (cit.)- „při určení výměry pokuty právnické osobě nebo orgánu veřejné správy se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Dále se přihlédne k jednání právnické osoby nebo orgánu veřejné správy v průběhu řízení před Úřadem a jejich snaze odstranit škodlivé následky správního deliktu". Argumentuje, že dle § 22b odst. 2 platného znění zákona není délka trvání porušení zákona samostatnou okolností, již má Úřad při stanovení výše pokuty posuzovat, nýbrž součástí celkové závažnosti správního deliktu. Dovojuje, že jestliže Úřad vyhodnotil v napadeném rozhodnutí závažnost deliktu jako typově nejvyšší možnou, představuje další navýšení pokuty za délku trvání deliktu materiálně dvojnásobení stejné okolnosti v neprospěch účastníka.

97. Hodnotil-li Úřad délku trvání porušení zákona koeficientem 1,2, evidentně postupoval dle Zásad, což je v rozporu s tvrzením v bodě 58 napadeného rozhodnutí, že postup dle Zásad se nepoužije. Současně tím porušil princip správního trestání, že pozdější hmotněprávní úpravy lze použít jen, je-li to pro účastníka příznivější.

98. Účastník odmítá tvrzení Úřadu, že v pokutě uložené v původním rozhodnutí nebyla zohledněna délka trvání deliktu. Poukazuje, že je-li na str. 37 (zrušeného) původního rozhodnutí uvedeno, cit. „Při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování zákona", je absurdní dovozovat, že Úřad by uvedenou větu uvedl, aniž by délku trvání zohlednil. Ze všech těchto důvodů Úřad nebyl oprávněn vynásobit faktorem délky trvání deliktu částku původní pokuty a použít jej jako přitěžující okolnost v neprospěch účastníka, měl naopak přezkoumatelně popsat, jakým způsobem je v závažnosti deliktu zohledněna délka jeho trvání. Postup Úřadu podporuje závěr, že délka trvání deliktu je v pokutě zohledněna dvakrát.

99. V bodě 24 rozkladu pak účastník namítá, že Úřad při stanovení koeficientu za délku trvání porušení zákona „uvážil, že tato délka protisoutěžního jednání se již projevila na soutěžním prostředí" a toto tvrzení považuje za nepodložené, neboť Úřad neprovedl dokazování, jakým způsobem a v jakém rozsahu se skutečně na soutěžním prostředí projevila, tj. kterým konkrétním soutěžitelům či spotřebitelům vznikla újma a v jakém rozsahu. Úřad Svou úvahu založil na skutkovém závěru, který nemá oporu v provedeném dokazování.

100. Uvedená námitka ohledně nepřípustného přitížení za délku se rozpadá do několika podotázek. V první řadě je to otázka, zda byla délka řízení zohledněna už v rámci posuzování závažnosti deliktu v prvním správním rozhodnutí. V případě, že tomu tak bylo, jednalo by se o nepřípustné dvojnásobení téže okolnosti, neboť by již byla součástí procentní sazby základní částky původní (zrušené) pokuty. Další otázkou je, zda se Úřad dostatečně zabýval otázkou, zda by

pozdější právní úprava § 22b odst. 2 pozdějšího znění zákona o ochraně hospodářské soutěže, nebyla z hlediska hodnocení časového faktoru pro účastníka řízení příznivější. Dále je to otázka, zda Úřad postupoval při hodnocení časového faktoru dle Zásad, přestože v bodě 58 napadeného rozhodnutí deklaroval, že Zásady se nepoužijí. V neposlední řadě je to otázka potřeby dokazování v souvislosti s uvedením věty v bodě 117 napadeného rozhodnutí - (Úřad).. „*uvážil přitom, že tato délka protisoutěžního jednání se již projevila na soutěžním prostředí*“.

101. K první otázce jsem nucen konstatovat, že ani v prvním rozhodnutí Úřadu ani v navazujícím prvním rozhodnutí o rozkladu není o délce deliktního jednání pojednáno. Deklarace textu § 22 odst. 2 zákona uvedená v prvním (zrušeném) rozhodnutí Úřadu, podle něhož je Úřad při rozhodování o pokutě povinen přihlédnout i k délce trvání porušování zákona, nijak neprokazuje, že by se Úřad délkou trvání porušení zákona zabýval¹⁶, a Úřad tak činí až v napadeném rozhodnutí. Ostatně i krajský soud ve svém třetím rozsudku na str. 16 konstatuje, že „*žalovaný při uložení pokuty sice správně posoudil subjektivní stránku žalobcova chování, závažnost a případné opakování porušování ZOHS, vůbec se však nezabýval délkou trvání porušování zákona a nezohlednil tedy všechny okolnosti, které podle ZOHS i judikatury Nejvyššího správního soudu měl*“. Z uvedené citace je pak najisto postaveno, že délka deliktu nebyla ani posouzena ani zohledněna. Námitka účastníka v tom smyslu, že je k časovému faktoru přihlédnuto dvakrát, je tak nedůvodná.
102. Pokud se jedná o příznivost předchozí či současné úpravy z hlediska posouzení faktoru délky protisoutěžního jednání, uvádím, že platí obdobně, co bylo řečeno již v bodě 77 a 78 tohoto rozhodnutí. Skutečnost, že v § 22 odst. 2 zákona je ve výčtu zákonných kritérií uvedena délka trvání porušení zákona, kdežto v ustanovení § 22b odst. 2 pozdějšího znění zákona tento faktor výslovně samostatně uveden není, neznamená, že jde o právní úpravu pro účastníka příznivější. I dle pozdějšího znění zákona, resp. i dle aktuálně účinného znění zákona Úřad délku trvání deliktu zohledňuje, a to v rámci posuzování závažnosti deliktu a časový faktor je v této souvislosti bezpochyby významný a jiný postup by ani nebyl přijatelný.
103. Dle současné judikatury je Úřad povinen při ukládání pokuty uvádět, které skutečnosti vzal pro jednotlivé zákonné kritérium v úvahu a jakou váhu jim přisoudil. I při postupu dle § 22b odst. 2 pozdějšího znění zákona o ochraně hospodářské soutěže by Úřad vyjádřil váhu, jakou přisuzuje časovému faktoru v rámci hodnocení závažnosti deliktu; chtěl-li Úřad transparentně vyjádřit, jakou váhu přisoudil kritériu času, je jasné deklarování délky trvání porušení zákona a jejího hodnocení pomocí váhového koeficientu postupem transparentním a přezkoumatelným.
104. Jeví-li se účastníkovi řízení, že postup Úřadu při uvážení výše koeficientu za časový faktor je obdobný postupu dle Zásad, je to dáno tím, že Zásady vycházejí z dosavadní správní praxe Úřadu a tuto podrobněji rozvádějí. I před přijetím Zásad Úřad hodnotil jednotlivá zákonná kritéria, příp. kritéria další, která považoval pro uložení pokuty za podstatná, popsal, jak je hodnotil (včetně hodnocení délky trvání porušení zákona) a k čemu zejména přihlédl; pouze v rozhodnutí neuváděl, jakou váhu jednotlivým kritériím přisoudil. Jednotlivá kritéria pro pokutu po jejich posouzení

¹⁶ Doslova je v prvním správním rozhodnutí uveden tento text: „*Podle ustanovení § 22 odst. 2 zákona může Úřad soutěžitelům, kteří úmyslně nebo z nedbalosti porušili zákaz zneužívání dominantního postavení stanovený v § 11 zákona, uložit pokutu do výše 10 000 000,-Kč nebo do výše 10 % z čistého obrátu dosaženého za poslední ukončený kalendářní rok. Při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédně zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování zákona. Výše pokuty v mezích stanovených zákonem závisí na správním uvážení Úřadu.*“

následně shrnul, a uvedl, že „za výše popsanou závažnost, délku trvání, ...“ ukládá pokutu v souhrnné výši ... Kč. Uvedený postup Úřadu lze ověřit dle předchozí rozhodovací praxe (kdy i ve zrušeném prvním rozhodnutí Úřadu tomu nebylo jinak) a soudy tento postup aprobovaly. Úřad konstatuje, že obdobně postupoval při rozhodování o výši pokuty i v napadeném rozhodnutí, kde však už byl dle novější judikatury povinen rovněž vyjádřit, jakou váhu jednotlivým kritériím přisoudil. Z toho všeho pak vyplývá, že postup Úřadu i v řízeních zahájených před dubnem 2007 se postupu dle Zásad nutně podobá. Podobnost postupu má svůj původ vtom, že se bez ohledu na Zásady judikatorně zvýšily požadavky na odůvodnění rozhodnutí o uložení pokuty a Úřad se tyto požadavky snaží co nejtransparentněji aplikovat. Zásady se v řízení nepoužily z důvodů vysvětlených níže v tomto rozhodnutí.

105. Je-li posuzován delikt v délce trvání dvou let, jedná se o delikt střednědobý, Úřadem aplikovaný koeficient času o velikosti 1,2 tak zvyšuje základní částku pokuty o jednu pětinu, což považuji za naprosto přiměřené vyjádření délky trvání deliktu a zcela v mezích správního uvážení a praxi Úřadu, a námitku účastníka shledávám nedůvodnou.

106. Pokud jde o námitku účastníka, že Úřad neprovedl žádné dokazování ohledně svého uvážení uvedeného při stanovení váhového koeficientu, vyjádřeného větou (cit.) „*tato délka protisoutěžního jednání se již projevila na soutěžním prostředí*“, uvádím následující. V bodě 117 napadeného rozhodnutí je uvedeno - (cit.) „*Délka trvání porušení zákona méně než jeden rok (krátkodobé porušení zákona) se nijak výrazněji ve výši pokuty neprojeví, dobu delší než jeden rok je třeba v pokutě již zohlednit; uvážil přitom (rozuměj Úřad), že tato délka protisoutěžního jednání se již projevila na soutěžním prostředí.*“ Z uvedeného kontextu plyne, že dobu trvání (delší než jeden rok) je třeba již v pokutě zohlednit, zatímco doba kratší jednoho roku se zpravidla nijak výrazněji v pokutě neprojeví. Z kontextu bodu 117 je zřejmé, že Úřad zde hodnotil délku trvání porušování zákona, a nikoli závažnost jednání v podobě dopadů na soutěž. Uvedenou námitku považuji za účelovou.

7. Použití Zásad jen v neprospěch účastníka, nepolehčení za nedbalost

107. V bodech 25 - 30 svého rozkladu Účastník řízení zpochybňuje argumenty Úřadu, že postup dle Zásad by nemohl být pro účastníka řízení příznivějším. Dle něj Zásady nejsou právním předpisem, a není tedy nutné je na případ aplikovat či neaplikovat jako celek. Úřad byl povinen posoudit, zda by aplikace jednotlivých ustanovení nemohla být pro účastníka příznivější. Takové příznivější ustanovení Zásad shledává účastník řízení v bodu 34 písm. d) Zásad, dle kterého je nedbalostní forma zavinění (jež byla shledána i u účastníka řízení) jednou z polehčujících okolností, k níž měl Úřad přihlídnout. Úřad k ní jako k polehčující okolnosti nepřihlédl, a ani tento svůj postup nijak neodůvodnil, což činí rozhodnutí nezákonným.

108. Účastník dále rozporuje závěr Úřadu, že postup dle Zásad by nemohl být pro účastníka řízení příznivější. Poukazuje, že Zásady pracují s kategorií obratu pocházejícího z trhů dotčených protisoutěžním jednáním, kdežto předchozí praxe Úřadu vycházela z celkového čistého obratu, což jsou vzájemně nesouměřitelné kategorie. Bez zjištění obratu jen z relevantního trhu dotčeném protisoutěžním jednáním nelze nepříznivost použití Zásad dovodit. Úřad tak zatížil své rozhodnutí závažnou procesní vadou.

109. V bodě 29 rozkladu účastník řízení dovozuje z jednotlivých kroků Úřadu při uložení pokuty, že Úřad ve skutečnosti dle Zásad materiálně postupoval, avšak selektivně, kde to bylo v neprospěch účastníka řízení. Naopak tam, kde by jejich aplikace mohla být účastníku řízení ku prospěchu, Úřad podle Zásad nepostupoval. Dovojuje postup dle Zásad z jednotlivých kroků, a to stanovení základní částky pokuty, kterou pak Úřad navyšoval za přitěžující okolnosti, dále z toho, že Úřad paušálně hodnotil jednání účastníka jako velmi závažné ve smyslu bodu 22 Zásad, aniž by provedl jakékoliv skutkové posouzení reálných dopadů jednání na ostatní soutěžitele a spotřebitele, nebo ze stanovení váhy za časový faktor. Naopak dle účastníka řízení Úřad ze Zásad nevycházel tam, kde by to bylo ve prospěch účastníka řízení, a to a/ při zvážení, zda by nebylo příznivější vycházet nikoliv z celkového čistého obratu, ale z obratu jen z dotčeného trhu ve smyslu bodu 18 Zásad, b/ při zohlednění nedbalostní formy zavinění jako polehčující okolnosti ve smyslu bodu 34 písm. d) Zásad, či c/ při zohlednění, že obdobné jednání nebylo do vydání původního (zrušeného) rozhodnutí ve věci předmětem rozhodovací praxe Úřadu - ve smyslu bodu 38 Zásad. Napadené rozhodnutí je v důsledku uvedeného postupu Úřadu nepřezkoumatelné a nezákonné.
110. V bodě 30 rozkladu pak účastník řízení namítá, že Úřad při posouzení závažnosti deliktu zohlednil též údajnou diskriminaci zákazníků účastníka řízení. Diskriminace jako samostatný delikt (sekundární diskriminace) nebyla předmětem řízení a dokazování a účastník řízení neměl možnost se k takovému deliktu vyjádřit. Nelze jej proto zohledňovat při stanovení výše pokuty v napadeném rozhodnutí.
111. V napadeném rozhodnutí se Úřad v bodech 44 - 58 obsáhle vypořádává s tím, která z právních úprav je při ukládání pokuty pro účastníka nejpříznivější. S těmito úvahami se ztotožňují a odkazují na ně s tím, že v rámci vypořádání jednotlivých námitek rozkladu tam, kde to účastník namítá, se účastníkem řízení tvrzenou vyšší příznivostí některých dílčích ustanovení zabývám. Současně však zdůrazňují, že k posouzení příznivosti pozdější právní úpravy je nutno k ní přistupovat jako k celku, nelze selektivně vybírat určitá ustanovení, jako to vyznívá z charakteru námitek rozkladu. Za zcela nepřipustné pak považují tu část rozkladové námítky, v níž účastník požaduje, aby ze Zásad byla aplikována jen ustanovení, jejichž použití bude v účastníkův prospěch, a to z důvodu, že Zásady nejsou právním předpisem, nýbrž jen „soft law“, a není je proto nutné na případ aplikovat či neaplikovat jako celek.
112. Pokud však v bodu 58 napadeného rozhodnutí Úřad odůvodňuje, proč se na daný případ nepoužijí Zásady pro ukládání pokut, dodávám k důvodům uváděným Úřadem, že Zásady coby „soft law“ nejsou součástí zákonné úpravy a nejsou tak ani součástí posouzení možné příznivosti pozdější právní úpravy pro účastníka řízení. Úřad dle Zásad nepostupoval a ani nebyl povinen dle nich postupovat, neboť nejde o právní úpravu jako takovou. Jsou to pravidla pro postup, o němž Úřad deklaruje, že jej bude užívat při výpočtu pokuty; zakládají pouze legitimní očekávání, že Úřad bude postupovat dle Zásad v řízeních zahájených po dni jejich publikace, jak v bodě 2 Zásad veřejně deklaruje. Navíc, i pokud by bylo na místě ukládat pokutu podle právní úpravy pozdější, která by se pro účastníka ukázala být jako příznivější, Zásady by na věc aplikovány nebyly (nejsou právní úpravou). K tomu uvádím, že k publikaci Zásad přistoupil Úřad v dubnu 2007 a dle bodu 2 tohoto dokumentu se jimi bude Úřad řídit ve všech správních řízeních zahájených po dni jejich publikace. V daném případě pak vzhledem k tomu, že správní řízení bylo zahájeno v roce 2003, tedy čtyři roky před publikací Zásad, nemůže být u účastníka dáno legitimní očekávání v tom smyslu, že by byly Zásady při ukládání pokuty v tomto řízení aplikovány.

113. *V této souvislosti odkazují na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 21. 4. 2011 62 Ca 37/2009 ve věci „České dráhy, a. s.“, kde soud k použití Zásad v řízení zahájeném před jejich publikací vyslovuje, že „Důvodnými nejsou ani žalobní argumenty směřující proti porušení zásady legitimního očekávání - a sice neaplikací Zásad postupu při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 ZOHS. Při posuzování argumentace o porušení této zásady je podstatným momentem ustálenost, jednotnost, dlouhodobost a určitost správní praxe; přehodnocení předchozího postupu žalovaného (i obecně správního orgánu) za nezměněného právního stavu není vyloučeno, ale je zásahem do právní jistoty, jehož legitimita závisí na otázce, do jaké míry mohl adresát právní normy rozumně počítat s tím, že se správní praxe změní. Jestliže žalobce konkrétně argumentuje svým očekáváním, že budou aplikovány Zásady postupu při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 ZOHS vydané žalovaným, (tyto) mají být podle bodu 2 aplikovány ve správních řízeních zahájených po dni publikování. Jak žalobce, tak žalovaný shodně uvádějí, že tyto Zásady byly publikovány v dubnu 2007, ale správní řízení, v němž bylo vydáno napadené rozhodnutí, bylo zahájeno již v srpnu roku 2006. Pak tedy žalobce legitimního očekávání v tom směru, že se na něj budou uvedené Zásady vztahovat, nabýt nemohl, a tedy veškerá argumentace uvedenými Zásadami postrádá relevanci.“*
114. Pokud se účastník dovolává toho, že mu mělo být polehčeno na pokutě z důvodu nedbalostní formy zavinění, pak odkazují na body 90 a 91 napadeného rozhodnutí, kde Úřad kvalifikoval formu zavinění jako nedbalost vědomou. Nepřisvědčují požadavku účastníka řízení na zohlednění nedbalostní formy jeho zaviněného porušení zákona „polehčením“ na pokutě z následujících důvodů. Především jsou to okolnosti posuzovaného případu, kdy účastník řízení nepochybně věděl, že může způsobit protisoutěžní následek, avšak bez přiměřeného důvodu předpokládal, že k němu nedojde (vědomá nedbalost), přičemž u dominantního soutěžitele je vyžadována zvláštní opatrnost související s jeho kroky na trhu, aby jimi nenarušil soutěž, a tuto zvláštní opatrnost účastník řízení nevynaložil, jestliže neprovedl z hlediska zákona posouzení svých kroků či nezadal případně odborné posouzení dopadů své nově nastavené strategie na soutěžní prostředí. Za takových okolností není důvodné dožadovat se zohlednění skutečnosti, že subjektivní stránka deliktu byla posouzena jako nedbalost, jako polehčující okolnosti. Nedbalostní charakter jednání může být onou další skutečností, kterou lze vedle zákonných kritérií § 22 odst. 2 zákona zohlednit, nicméně Úřad není povinen provést z tohoto důvodu snížení pokuty automaticky. Vhodnost případného snížení pokuty z důvodu polehčujících okolností musí být vždy posouzena se zřetelem na celkové okolnosti případu s přihlédnutím ke všem rozhodným skutečnostem. V případě neexistence výslovného kritéria v zákoně ohledně polehčujících okolnosti za nedbalostní charakter jednání, je tak Úřadu ponechán určitý prostor pro uvážení, aby posoudil celkové okolnosti případu pro důvodnost takového polehčení na pokutě.
115. Z tohoto důvodu jsem přesvědčen, že nedbalost účastníku řízení v tomto konkrétním případě nepolehčuje a Úřad není povinen provést z tohoto důvodu snížení pokuty jen proto, že se toho účastník řízení domáhá. Ani účastník sám v rozkladu či jinde kromě citace Zásad neuvádí, z jakého legitimního důvodu nedbalostní forma zavinění závažnost jeho deliktu umenšuje, a ani krajský soud, který se ve třetím rozsudku kritérii pro uložení pokuty podrobně zabýval, vadu rozhodnutí ohledně nepolehčení za nedbalost neshledal.
116. Namítá-li účastník, že Úřad používá Zásady selektivně v jen jeho neprospěch, tato námitka není důvodná. Zásady na daný případ aplikovány vůbec nebyly, a v napadeném rozhodnutí byly

jednotlivé okolnosti ovlivňující konkrétní výši pokuty srozumitelně a transparentně rozebrány a odůvodněny.

117. V bodu 30 svého rozkladu účastník namítá, že Úřad v napadeném rozhodnutí nezákonně zohlednil údajný delikt spočívající v diskriminaci vybraných zákazníků účastníka řízení. Na tento závěr usuzuje účastník z toho, že Úřad v bodě 96 napadeného rozhodnutí uvádí, že *„na vyšší závažnost zohlednil Úřad též skutečnost, že jednání účastníka řízení vedlo k cenové diskriminaci těch zákazníků, kteří se vůči účastníkovi řízení nezavázali.“*
118. V této souvislosti se domnívám, že uvedená citace je ze strany účastníka řízení po vytržení z kontextu desinterpretována. V kontextu rozhodnutí Úřad neusuzuje na samostatný delikt zneužití dominance podle jiného ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže, nýbrž posuzuje závažnost deliktního jednání účastníka, a to i z toho hlediska, že jím byla způsobena újma i ostatním spotřebitelům. Úřad v tomto posouzení vychází z druhého rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 7. 2010, č. j. 8 Afs 29/2010-354, kde tento soud cituje část vyjádření druhostupňového orgánu prvního rozhodnutí o rozkladu¹⁷ a následně k tomu na č. I. 367 rozsudku dodává, že *„stěžovatel (roz. Úřad) zahrnul své závěry o újmě vzniklé v důsledku jednání žalobce do odůvodnění obou správních rozhodnutí. Učinil tak ve vztahu k újmě vzniklé jiným soutěžitelům na relevantním trhu i ve vztahu ke spotřebitelům. V tomto hledu újmu identifikoval v případě zákazníků, kteří nabízených služeb žalobce využili, i v případě zákazníků, kteří tak neučinili.“*
119. Úřad tak při posuzování závažnosti jednání nezohledňuje další delikt účastníka řízení, toliko při posuzování závažnosti deliktu konstatuje, že deliktní jednání mělo důsledky i na ostatní spotřebitele, což je postup legitimní a přezkoumaný i Nejvyšším správním soudem, jak bylo uvedeno v předchozím bodu tohoto rozhodnutí. Ani tuto námitku účastníka řízení tedy neshledávám důvodnou.

8. Přitížení za porušení předchozího ZOHS

120. V bodech 31 a 32 rozkladu účastník řízení nesouhlasí se zvýšením pokuty (přitěžující okolností) za opakované porušení § 9 odst. 3 zákona č. 63/1991 Sb. (zneužití dominantního postavení), kterého se dopustil v minulosti. Namítá, že znění § 22 odst. 2 zákona (z něhož Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel), umožňuje Úřadu při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédnout zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování *tohoto* zákona. Dle účastníka řízení je tak možné přihlédnout pouze k opakovanému porušení účinného zákona, a nikoliv k předchozímu porušení zákona jiného. Právní názor Úřadu je nepřipustně extenzivním výkladem v neprospěch účastníka řízení.
121. Vypořádáváje uvedenou námitku účastníka řízení, musím vyjít z pojmu opakované porušení „tohoto zákona“ ve smyslu § 22 odst. 2 zákona. Mám za to, že ani z gramatického výkladu daného ustanovení nelze dojít k závěru předestřenému účastníkem řízení, který pojem tohoto zákona vztahuje toliko k recidivě v podobě opakovaného porušení jen zákona č. 143/2001 Sb. Zákon č. 143/2001 Sb. v § 1 odst. 1 se vymezuje předmětem, jímž je ochrana hospodářské soutěže na trhu

¹⁷ Str. 13 rozhodnutí R20/2003 ze dne 19. 1. 2004: „Újma je však způsobena i ostatním spotřebitelům – zákazníkům, jež se vůči společnosti ČESKÝ TELECOM nezavázali, neboť jednání účastníka řízení vede k jejich cenové diskriminaci.“

výrobní a služeb proti jejímu vyloučení, omezení, jinému narušení nebo ohrožení. Za prokázané porušení zákazů stanovených zákonem je pak možné dle § 22 odst. 2 zákona ukládat sankce. Docházím tak k závěru, že v poslední větě § 22 odst. 2 zákona (cit.) „*Při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování tohoto zákona*“ je nutné výraz „*porušování tohoto zákona*“ chápat ve vztahu k zákonu na ochranu hospodářské soutěže, na rozdíl od předpisů chránících jiné zájmy, tedy jde o opakované porušení zákona, jehož předmětem je ochrana hospodářské soutěže proti jejímu narušení. Z ustanovení § 1 odst. 1 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, se pak podává, že účelem tohoto zákona je ochrana hospodářské soutěže na trhu výrobní a výkonů proti jejímu omezení, zkrusování nebo vylučování. Účelem (co do chráněného veřejného zájmu) jde o zákon naprosto shodný jako zákon č. 143/2001 Sb., což potvrzuje i fakt, že uvedený zákon byl s účinností od 1. 7. 2001 nahrazen právě zákonem. Rovněž zákaz zneužití dominantního postavení byl v předchozím právním předpise pojat (viz § 9 zákona č. 63/1991 Sb.). Zákaz zneužití dominantního postavení je tak součástí českého právního řádu nepřetržitě od účinnosti zákona č. 63/1991 Sb., ač byla v průběhu času pojata do dvou právních předpisů.

122. *Ohledně toho, že zákon, zde pojem „tohoto zákona“ v ustanovení § 22 odst. 2 zákona, nemůže být vykládán ryze formalisticky, odkazují i na relevantní judikaturu Ústavního soudu, konkrétně na náleží II. ÚS 2221/07 ze dne 19. 3. 2008, kde Ústavní soud dovodil, že „soud musí respektovat právo, ale jeho výklad a aplikace musí směřovat k výsledku spravedlivému. Jinými slovy, právo musí být především nástrojem spravedlnosti, nikoliv souborem právních předpisů, které jsou mechanicky a formalisticky aplikovány bez ohledu na smysl a účel toho kterého zájmu chráněného příslušnou normou. V materiálním právním státě nejde pouze o dodržování práva bez dalšího, ale především o dodržování takových pravidel chování, která jsou v souladu s hodnotami, na nichž je právní řád vybudován. Právo je společenský normativní systém, jehož účelem je rozumné uspořádání vztahů mezi členy společnosti. Již z této základní funkce práva vyplývá, že řešení, která se požadavku rozumného uspořádání vztahů přičítají, jsou nepřijatelná. Soudu tedy jednoznačně přísluší, aby se zabýval otázkou, zda mechanická aplikace zákona nemůže přinést absurdní důsledky, a v případě, že tomu tak je, aby takovou interpretaci pomocí redukce ad absurdum odmítl, a aby zvolil výklad, jenž bude v souladu se smyslem a účelem zákona a jenž bude racionální a spravedlivý (rozhodnutí sp. zn. I. ÚS 1126/07, dostupné na www.judikatura.cz).“*

123. Nepochybuji o tom, že vedle soudů mají obdobně při aplikaci právních norem postupovat i správní orgány. V návaznosti na uvedený náleží Ústavního soudu tak lze jen zopakovat, že smyslem a účelem zákona je podle jeho § 1 odst. 1 a rovněž podle konstantní soudní judikatury¹⁸ ochrana hospodářské soutěže před jejím narušením. Předmětem ochrany je tak hospodářská soutěž jakožto významný ekonomický fenomén, když Úřad je zákonem povolán k výkonu dozoru nad tím, zda a jakým způsobem soutěžitelé plní povinnosti vyplývající pro ně ze zákona. K tomuto úkolu musí Úřad disponovat účinnými nástroji, mezi něž lze bezpochyby řadit i možnost ukládat soutěžitelům citelnější pokuty v případě recidivy porušení zákona, když v tomto světle se jeví přiměřené a účelu zákona i daného ustanovení odpovídající chápání pojmu „tohoto zákona“ tak, že jde o přihlížení k recidivě v porušení zákona na ochranu hospodářské soutěže, ať již ve formálním smyslu jde o zákon č. 63/1991 Sb. nebo o zákon č. 143/2001 Sb. Docházím proto k závěru, že způsob, kterým

¹⁸ Viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008 ve věci *RWE Transgas, a.s.*

prvostupňový orgán přihlédl k opakovanému porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže, plně odpovídá smyslu a účelu ustanovení § 22 odst. 2 zákona.

124. Tu se sluší také dodat, že takovýto postup je zavedenou správní praxí Úřadu, která byla opakovaně potvrzena správními soudy (viz judikatura citovaná v bodě 107 napadeného rozhodnutí, na kterou odkazují). Výklad zastávaný účastníkem řízení by v některých případech mohl vést k absurdním závěrům, kdy některému porušiteli soutěžních předpisů by bylo k tíži, že jeho porušení byla stíhána v řízeních vedených dle předchozího zákona a jiný by naopak z této změny předpisu profitoval, jak se toho dovolává účastník. Prostá změna právního předpisu, při zachování pravidla chování, nemůže měnit náhled na to, zda se někdo dopustil opakovaného porušení zákonem stanovených pravidel či nikoliv.
125. Nad rámec výše uvedeného, resp. nemělo-li by platit výše uvedené, lze ještě dodat, že v § 22 odst. 2 zákona jsou uvedena pouze demonstrativní kritéria, ke kterým je Úřad při ukládání pokuty povinen přihlížet, což nevylučuje, že může přihlídnout i k dalším pro věc relevantním hlediskům. To ostatně vyplývá i z třetího rozsudku krajského soudu. Nepochybuji o tom, že oním dalším hlediskem může být právě opakované porušení předpisů na ochranu hospodářské soutěže jako takových, neboť jde o okolnost vypovídající o osobě pachatele.
126. Uzavírám tedy, že postup Úřadu, kdy přihlédl při ukládání pokuty k porušení zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, není nepřipustně extenzivním výkladem v neprospěch účastníka řízení či postupem nezákonným, a proto námitka účastníka řízení nemůže obstát a ztotožňuji se s postupem Úřadu, který za typově shodné opakované porušení zákona přitížil o 15 %.

9. Porušení zásady zákazu reformace in peius

127. V bodech 33 - 37 rozkladu účastník řízení nesouhlasí se zvýšením pokuty a namítá porušení zásady zákazu reformace in peius vyjádřené v ustanovení § 90 odst. 3 správního řádu. Odmítá vysvětlení Úřadu provedené v napadeném rozhodnutí, že citované ustanovení se na daný případ neuplatní. Dle účastníka řízení Úřad tento svůj závěr odůvodňuje tím, že (cit.) „ve věci jde o nové prvoinstanční řízení vedené ve věci pokuty“, jež má patrně odůvodňovat aplikaci nyní účinného znění zákona o ochraně hospodářské soutěže i přesto, že předchozí znění (účinné do 31. 12. 2005) bylo pro účastníka řízení příznivější. Argumentuje, že nebylo zahájeno „nové“ prvoinstanční řízení, nýbrž stále jde o totéž správní řízení. Uplatní se tedy zásada, dle které se při pozdějších změnách zákonů po spáchání deliktu použije to znění, které je pro podezřelého z deliktu nejpříznivější - tj. znění § 25a účinné do dne 31. 12. 2005, které aplikaci zásady zákazu reformace in peius nevylučovalo. Uzavírám, že zásadu zákazu reformace in peius je namísto použít coby obecnou právní zásadu správního řízení. Bylo by neslučitelné s právem na spravedlivý proces, aby důsledkem chyb Úřadu, jež měly za následek zrušení jeho rozhodnutí, bylo pro účastníka řízení zvýšení pokuty.
128. Námitku o nemožnosti uložit vyšší pokutu vznesl účastník řízení již v řízení před prvostupňovým orgánem, který se jí ve svém odůvodnění napadeného rozhodnutí patřičně zabýval a tuto věcně správně vypořádal. Vzhledem k opakování námítky v rozkladu uvádím nad rámec toho, co uvedl prvostupňový orgán v bodech 142 až 145 napadeného rozhodnutí, následující.

129. Předně je třeba zdůraznit, že z procesních právních předpisů, podle kterých se vdaném správním řízení postupuje (viz zdůvodnění provedené prvostupňovým orgánem v bodech 39 - 43 napadeného rozhodnutí), tedy správní řád ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 25a zákona o ochraně hospodářské soutěže ve znění účinném do 30. 11. 2012, vyplývá, že ustanovení § 90 odst. 3 správního řádu (obsahující zákaz reformace in peius) se v tomto správním řízení neuplatní. Řečeno jinými slovy, v daném správním řízení neexistuje pozitivním právem stanovená povinnost správního orgánu nezměnit napadené rozhodnutí v neprospěch účastníka řízení.
130. Tu je na místě rovněž poznamenat, že z ustálené judikatury správních soudů plyne (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2008 č. j. 1 As 26/2008-69, rozsudek ze dne 21. 11. 2007 č. j. 3 As 56/2006-101, ze dne 20. 12. 2007 č. j. 6 As 63/2006-101 a ze dne 6. 3. 2006 č. j. 6 As 18/2005-55), že ve správním trestání nelze platnost zákazu *reformatio in peius* bez výslovného ustanovení pozitivního práva dovodit. Tam, kde tento zákaz zákonodárce zavést chtěl, výslovně tak učinil (viz § 28 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích ve znění pozdějších předpisů, nebo § 90 odst. 3 správního řádu). Dle Nejvyššího správního soudu (rozsudek ze dne 18. 6. 2008 č. j. 1 As 26/2008-69 str. 5) neplatí, že by (rozumí se při absenci výslovné právní úpravy) „*zákaz změny k horšímu byl v rozporu s principem právní jistoty a ve svém důsledku i v rozporu s principem spravedlivého procesu ve smyslu čl. 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Z tohoto článku ani z jiného článku Evropské úmluvy nelze dovodit, že by členské státy úmluvy měly aplikovat zákaz změny k horšímu v řízení o správních deliktech. Ani dosavadní rozhodovací činnost Evropského soudu pro lidská práva nesvědčí takovému výkladu.*“
131. Ustálenou judikaturu Nejvyššího správního soudu ve vztahu reformaci in peius v oblasti správního trestání potvrdil i Ústavní soud, když ve svém usnesení ze dne 28. 1. 2009 sp. zn. III. ÚS 880/08¹⁹ konstatoval, cit.: „*Pro oblast správního trestání nelze z ústavněprávních předpisů dovodit všeobecný zákaz změny rozhodnutí v neprospěch odvolatele (zákaz reformationis in peius). Takový zákaz nelze odvodit ani z práva na spravedlivý proces, zakotveného v článku 6 odst. 1 Úmluvy, ani z článku 36 odst. 1 Listiny, ani z článku 2 odst. 1 Dodatkového protokolu č. 7 k Úmluvě. ... Ani na úrovni obyčejného práva takový všeobecný a bezvýjimečný zákaz neplatí.*“. Citované usnesení vyjadřuje konstantní pohled Ústavního soudu na tuto problematiku, neboť se na jeho závěry odkazuje i v jeho pozdější rozhodovací praxi²⁰. Z uvedeného se tak ukazuje, že argumentace účastníka řízení nálezem Ústavního soudu sp. zn. I ÚS 670/05 ze dne 24. 4. 2006, týkajícího se však trestního řízení, ze kterého se snaží extrapolovat závěry do správního trestání, je zcela nepříhodná a samotným Ústavním soudem nepřijata. Je nepochybné, že soudní řízení trestní a správní řízení vykazují významné odlišnosti, když v soudním řízení trestním „*péče o dokonalost popisu skutku náleží aktivitě obžaloby, nikoli aktivitě soudu, který se odstraňováním takové vady podílí na prokazování viny obviněného, což rozhodně nelze chápat jako nestranné rozhodování o vině či nevině*“²¹, kdežto ve správním řízení je právě úkolem správního orgánu odhalovat a potrestat protiprávní jednání. Argumentace účastníka řízení odkazem na jím citovaný nálezu Ústavního soudu je tak zcela nepříhodná.

¹⁹ Usnesení Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 880/08 ze dne 28. 1. 2009 bylo publikováno ve Sbírce nálezů a usnesení Ústavního soudu pod č. U 1/52 SbNU 743

²⁰ Viz usnesení ze dne 23. 2. 2011 sp. zn. I. ÚS 2252/10.

²¹ Jak je dále uvedeno v nálezem Ústavního soudu ze dne 24. 4. 2005, sp. zn. I ÚS 670/05, kterého se účastník řízení již před prvostupňovým orgánem dovolával.

132. Z výše podané judikatury Ústavního soudu i Nejvyššího správního soudu lze také najisto postavit, že pravidlo týkající se zákazu reformace in peius ve správním řízení je procesního charakteru, upravující postup správního orgánu v řízení, což vyplývá již z marginální rubriky správního řádu, pod kterou je § 90 zahrnut („Postup odvolacího správního orgánu“). Ke správnosti aplikace procesněprávních předpisů prvostupňovým orgánem jsem se vyjádřil již výše.
133. Co se týká příznivosti právní úpravy z hlediska zákazu reformace in peius s ohledem na znění ustanovení § 25a účinné do 31. 12. 2005, které aplikaci zásady zákazu reformace in peius na rozdíl od později účinného znění nevyklučovalo, k tomu výslovně shrnuji, že toto ustanovení nelze coby procesní použít, když z hlediska procesního musí být aplikováno znění zákona účinné ke dni 7. 4. 2011, kdy bylo třetím rozsudkem krajského soudu správní rozhodnutí částečně zrušeno a věc vrácena správnímu orgánu k dalšímu řízení. Navíc v zákoně č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže ve znění účinném do 31. 12. 2005, jehož se účastník coby příznivějšího dovolává, neboť aplikaci zákazu reformace in peius nevyklučoval, nebyl zákaz reformace in peius obsažen a tento se z něj nedal ani vyvozovat, neboť jak rozebírám výše v tomto rozhodnutí, není-li tak výslovně stanoveno, zásada reformace in peius se obecně ve správním trestání nepoužije. Znění § 25a účinné od 1. 1. 2006 jen potvrzuje tento právní stav ve vztahu k řízením v soutěžních věcech, a to v reakci na zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, který právě dne 1. 1. 2006 nabyl účinnosti a který užití zásady zákazu reformace in peius v § 90 odst. 3 zakotvuje, byť neabsolutně. Dřívější právní úprava tak pro účastníka není příznivější, neboť zákaz vůbec neobsahovala. Ani v předchozím správním řádu, tedy v zákoně č. 71/1967 Sb. nebyl tento zákaz zakotven.
134. Pro úplnost dodávám, že v posuzované věci jsou argumenty stran porušení zákazu reformace in peius zjevně nemístné, neboť prvostupňový orgán věc projednával znovu a vydával nové rozhodnutí, proto nelze vůbec uvažovat o jakékoliv „reformaci“. Předchozí rozhodnutí o uložení pokuty byla zrušena, tudíž se na ně nahlíží, jakoby nikdy nebyla vydána, o pokutě tak do vydání napadeného prvostupňového rozhodnutí nebylo rozhodnuto. O reformaci má smyslu hovořit tehdy, když vedle sebe stojí dvě rozhodnutí, jejichž účinky pro účastníka řízení lze srovnávat, je-li tu však jediné správní rozhodnutí o pokutě (rozhodnutí jedné instance), není s čím jej komparovat a dovozovat jeho „nepříznivost“ vůči účastníku řízení. Z logiky věci je tak pravidlo zakotvené v § 90 odst. 3 správního řádu, odhlížeje nyní od faktu, že vdané věci se neaplikuje, nutné vztahovat na rozhodování (postup) odvolacího orgánu, kdy je možno porovnat závěry druhostupňového rozhodnutí se závěry prvostupňového orgánu a zvažovat jejich příznivost či nepříznivost pro účastníka řízení. V daném řízení však k takové situaci nedošlo.
135. Účastník řízení rovněž opomíjí skutečnost, že samo pravidlo zakotvené v § 90 odst. 3 správního řádu vymezuje situace, kdy se neuplatní, když jednou z nich je situace, kdy napadené správní rozhodnutí bylo v rozporu se zákonem, což se právě stalo v posuzovaném případě, neboť krajský soud ve svém třetím rozsudku vytkl Úřadu, že se v přechodném rozhodnutí nezabýval při ukládání pokuty s jedním zákonem předepsaným kritériem. Tedy i v případě, že by bylo v posuzované věci nutné postupovat dle § 90 odst. 3 správního řádu, jak se to snaží účastník řízení různými cestami (nesprávně) dovozovat, pak znění tohoto ustanovení by samo stanovovalo, že v posuzované věci se neuplatní kvůli popsánému rozporu předchozího rozhodnutí o pokutě zrušeného správními soudy s právními předpisy. Opět tak docházím k závěru o nedůvodnosti námitky účastníka řízení a souladnosti postupu Úřadu při vydávání napadeného rozhodnutí se zákonem.

136. Zcela na okraj podotýkám, že napadené rozhodnutí vychází co do základní částky pokuty ze stejného procentního základu jako první správní rozhodnutí ve věci, přičemž výše pokuty nebyla mj. ve třetím rozsudku krajského soudu shledána nepřiměřenou. Úřad v napadeném rozhodnutí při modifikaci základní částky pokuty přistupuje k menšímu přitížení, než v prvním správním rozhodnutí (dříve 27 %, nyní 16,5 %). Pokud je nyní ukládána pokuta vyšší než v prvním správním rozhodnutí, je to pouze z toho důvodu, že nyní vycházel Úřad ze správného údaje, tedy vyššího, údaje o výši rozhodného obratu účastníka řízení.
137. Námitku účastníka řízení vznesenou v bodech 34 a 35 rozkladu ve vztahu k pojmu „nové prvoinstanční řízení“ užitému Úřadem v bodě 145 odůvodnění napadeného rozhodnutí, nepovažuji za případnou, neboť z obsahu rozhodnutí je naprosto zřejmé, že prvostupňový orgán nevedl nové řízení, nýbrž nově projednával věc po jejím vrácení druhostupňovým orgánem a v rámci toho vydal nové rozhodnutí (srov. § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu). Že jde o pokračování správního řízení vedeného pod sp. zn. S 1/03 vyplývá z návěti výroku napadeného rozhodnutí, kde je uvedeno (cit.) „*ve správním řízení ... pokračujícím poté, co ...*“, či z popisu vývoje rozhodování - viz např. bod 43 napadeného rozhodnutí, v němž Úřad uvádí (cit.) - „*...Úřad uzavírá, že v pokračujícím prvostupňovém řízení se z hlediska procesního ...*“, dále též z bodu 19 napadeného rozhodnutí, kde je uvedeno (cit.) „*Na základě druhého rozhodnutí o rozkladu tak Úřad pokračoval v řízení sp. zn. S 1/03 v rozsahu zrušené výrokové části 2. až 5. prvního rozhodnutí Úřadu*“.

10. Nezhlednění doby uplynulé od spáchání deliktu

138. V bodech 38 - 41 rozkladu účastník řízení namítá, že Úřad nepřihlédl ke skutečnosti, že jednání sankcionuje po více než 9 letech od okamžiku, kdy toto jednání bylo pravomocně shledáno nezákonným. Při ukládání sankce by měl být zohledněn fakt, že pro výrazný časový odstup uložení sankce již nemůže plnit své funkce, zejm. funkci preventivní. Účastník zdůrazňuje, že v mezidobí došlo k podstatné změně situace na trhu, kdy pevné telefonní služby jsou již zcela okrajové, přičemž v minulosti došlo a nadále dochází k prudkému rozvoji mobilních komunikací. Relevantní trh, který měl být dle Úřadu jednáním účastníka řízení dotčen, dlouhodobě ztrácel (a ztrácel již v době zahájení řízení) svůj význam. Je v rozporu s principy správního trestání, že Úřad nezhlednil, že sankce ze shora uvedených důvodů nemůže působit preventivně, jedná se tedy o sankci, jejímž jediným účelem je represe. Účastník odmítá tvrzení Úřadu, že důvodem pro časové prodlení s uložením pokuty je procesní postup účastníka řízení, který napadl rozhodnutí předsedy Úřadu, potvrzující výrok o pokutě původního rozhodnutí Úřadu, správní žalobou (srov. bod 138 napadeného rozhodnutí). Dle účastníka řízení tento postup by nikterak nemohl způsobit prodlevu s uložením sankce v případě, že by původní rozhodnutí bylo zákonné. Účastník se na nezákonnosti nijak nepodílel ani k ní nepřispěl. Z uvedených skutečností odporuje smyslu a účelu ukládání správních sankcí, aby byla účastníkovi řízení uložena sankce, případně sankce jiná než symbolická. Výše uložené pokuty se mu jeví jako „drakonická“ a zjevně excesivní.
139. V bodu II podání ze dne 4. 12. 2012 (popsáno v bodu 38 tohoto rozhodnutí) účastník dále doplňuje rozklad a odkazuje na rozsudek Soudu ESVO ve věci č. E-15/10 ze dne 18.4.2012, kde v bodě 276 rozsudku soud dospěl k závěru, že v řízeních v soutěžních věcech, které mohou vést k uložení pokuty, musí být postupováno v rozumných a přiměřených lhůtách. V konkrétním případě za dobu trvání řízení v délce sedmi let snížil soud základní částku pokuty o 20 %. Účastník opakovaně uzavírá, že jiná, než symbolická pokuta nemá v jeho případě smysl. Dále účastník

odkazuje na stanovisko generální advokátky ve věci C-109-10P ze dne 14. 4. 2011 (případ Solvay SA proti Evropské komisi), jež uvedla, že je nutno sankcionovat porušení práva na to, aby řízení trvalo přiměřenou dobu, přičemž v onom případě pak považovala za přiměřené snížit pokutu o 50 %. Účastník řízení v této souvislosti podotýká, že Úřad při ukládání pokuty v tomto řízení délku řízení nezohlednil vůbec a jedná se tak o zjevnou svévoli či opomenutí způsobující nezákonnost napadeného rozhodnutí.

140. Pokud se jedná o účastníkem namítanou délku řízení, která by měla být Úřadem při ukládání pokuty zohledněna, a to v účastníkův prospěch, považuji za vhodné v první řadě rekapitulovat délku jednotlivých fází ve věci proběhlých řízení. Správní řízení S1/03 bylo zahájeno dne 13. 1. 2003 a rozhodnutí ve věci bylo vydáno dne 30. 6. 2003. Pravomocně potvrzeno bylo předsedou Úřadu dne 2. 2. 2004, správní řízení před oběma stupni tedy trvalo jeden rok a devět dnů. Dne 10. 2. 2004 podal účastník ke Krajskému soudu v Brně žalobu, o níž bylo pravomocně rozhodnuto dne 23. 3. 2007, toto řízení tedy trvalo tři roky a 42 dnů. Následující řízení před Nejvyšším správním soudem (8 Afs 57/2007) zahájené kasační stížností účastníka řízení trvalo rok a pět měsíců. Na něj navazující řízení před Krajským soudem v Brně (62 Ca 61/2008) trvalo rok a tři měsíce. Řízení před Nejvyšším správním soudem zahájené kasační stížností Úřadu (8 Afs 29/2010) trvalo osm měsíců. Navazující třetí řízení před Krajským soudem v Brně (62 Af 49/2010) trvalo osm měsíců. Na základě kasační stížnosti účastníka bylo zahájeno další řízení u Nejvyššího správního soudu, které skončilo odmítnutím kasační stížnosti (8 Afs 35/2011), které bylo Úřadu doručeno 23. 9. 2011, a trvalo tedy pět měsíců. Správní řízení poté pokračovalo od 7. 4. 2011, kdy nabyl třetí rozsudek krajského soudu právní moci, přičemž dne 6. 1. 2012 nabylo právní moci rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R20/2003-16697/2011/320/KPo, kterým bylo první rozhodnutí Úřadu ve znění prvního rozhodnutí o rozkladu zrušeno ve výrokové části 2 o pokutě (a ve výrokové části 3, 4 a 5). Napadené rozhodnutí bylo vydáno 17. 10. 2012 a k dnešnímu dni tak pokračující správní řízení trvá cca rok a osm měsíců, když však podotýkám, že z hlediska právní jistoty bylo nutno vyčkat i na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci 8 Afs 35/2011 ze dne 30. 8. 2011, jímž skončilo soudní řízení správní o přezkumu prvního rozhodnutí o rozkladu.
141. Z uvedeného přehledu je zřejmé, že celková délka správního řízení nepřesáhla tři roky, celková délka řízení před soudy činila zhruba sedm let a dva měsíce. Dle § 22 odst. 5 zákona 143/2001 Sb., ve znění účinném do 1. 6. 2004, platí, že *pokuty lze uložit nejpozději do tří let ode dne, kdy se Úřad o porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti stanovených tímto zákonem dozvěděl, nejpozději však do deseti let, kdy k porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti došlo*. Již z dikce zákona je tak patrné, že zákonodárce sám za objektivní lhůtu pro uložení pokuty, tedy v důsledku za maximální dobu, po kterou je možné účastníku uložit pokutu za delikt, považuje dobu deseti let a ochrana účastníka před nepřiměřenou délkou řízení je tak do tohoto ustanovení inkorporována.
142. Ustanovení § 22 odst. 5 zákona je, jak je zřejmé, koncipováno odlišně od pozdějšího znění § 22b odst. 3 zákona č. 143/2001 Sb. ve znění od 1. 9. 2009, podle něhož *odpovědnost za správní delikt zaniká, jestliže správní orgán o něm nezahájil řízení do pěti let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do deseti let ode dne, kdy byl spáchán*. Pozdější znění zákona je vůči účastníkům značně přísnější, neboť ve stejné - desetileté - objektivní lhůtě postačuje, aby bylo řízení o deliktu zahájeno, a délka řízení samotná pak v podstatě není omezena, což samozřejmě nemění nic na tom, že správní orgán je povinen v rámci šetření práv účastníka postupovat v řízení bez průtahů a v přiměřeném čase.

143. Vdaném případě je tedy aplikováno ustanovení § 22 odst. 5 zákona, které je z hlediska nároků na správní orgán a i soudy přísnější a účastníkovi poskytuje de facto větší míru právní jistoty v tom, že po deseti letech od spáchání deliktu mu již nemůže být pokuta uložena. Nicméně v rámci oné desetileté doby, s níž zákon výslovně počítá, nelze v tomto řízení, kde v žádném ze stupňů jak správním tak soudním netrvalo řízení nepřiměřeně dlouho, jak je z výše uvedené rekapitulace postupu řízení patrné, požadavku na snížení pokuty v důsledku časového odstupu od deliktu vyhovět.
144. Nad rámec toho zdůrazňuji, že správní řízení ve věci trvá v souhrnu necelé tři roky, tedy na straně správního orgánu nedošlo co do délky řízení k naprosto žádnému excesu.
145. Ohledně námitky, že by účastníkovi řízení neměla být uložena žádná pokuta, či nanejvýš sankce symbolická, neboť sankce jakékoliv výše již nesplní svou preventivní funkci, se ztotožňuji s vyjádřením Úřadu uvedeným v bodech 138 a 139 napadeného rozhodnutí. Uložení pokuty je v tomto v tomto případě nejen namístě z důvodu charakteru protisoutěžního jednání, ale tato musí mít též znatelný dopad v majetkové sféře účastníka řízení; na uložení pokuty nelze rezignovat, neboť je nutné vyjadřovat i skrze ukládání sankcí zájem na ochraně trhu před jednáními, která jeho fungování omezují, a vtom podstata obecně preventivní funkce pokuty spočívá. Tuto funkci by rovněž nesplnila pokuta stanovená jen v symbolické výši.
146. Stran toho, že v mezidobí do nového rozhodnutí o pokutě došlo ke snížení významu relevantního trhu, poznamenávám, že argumentovat pozdějším vývojem relevantního trhu pro posouzení závažnosti deliktu a snížení pokuty není v posuzovaném případě případné. V době, kdy se účastník deliktu dopouštěl, se jednalo o trh významný, na kterém v době páchaní deliktu byly legislativně nastaveny podmínkami pro jeho liberalizaci, již se účastník svým deliktním jednáním snažil čelit. Pro účastníka i jeho konkurenty to byl o trh vysoce zajímavý, o čemž svědčí ostatně snaha účastníka udržet se aplikací nové strategie na tomto trhu v co nejširším rozsahu. Mimoto i na trzích služeb poskytovaných prostřednictvím pevných telefonních linek došlo následně k rozvoji v podobě služeb datových přenosů, přístupu k internetu od původního komutovaného připojení na vyšší úroveň za užití širokopásmových technologií xDSL (ADSL).
147. V této souvislosti podotýkám, že Úřad i v řadě jiných případů rozhodoval o uložení pokuty s časovým odstupem od spáchání deliktu (po vrácení věci soudem) a tuto znovu uložil a v několika případech (viz rozhodnutí „kuřata“ a „pekaři“ v poznámce pod čarou č. 6 tohoto rozhodnutí) byla tato rozhodnutí znovu soudně přezkoumána, aniž by jim bylo nezohlednění celkové délky trvání řízení (soudního i správního) pro účely uložení nižší případně jen symbolické pokuty soudem vytčeno. Postup Úřadu, který by z důvodu délky trvání řízení (na kterém se z podstatné části podílela doba trvání přezkumného soudního řízení), či pro skutečnost, že za 9 let od spáchání deliktu poklesl význam protisoutěžním jednáním dotčeného trhu, neuložil žádnou sankci, případně jen sankci symbolickou, požadovaný účastníkem řízení, by tak představoval nepřipustné a nedůvodné vybočení Úřadu z dosavadní rozhodovací praxe. Na okraj lze rovněž dodat, že třetí rozsudek krajského soudu byl vydán loňského roku, tedy cca osm let po spáchání deliktu, avšak ani tento rozsudek žádný závazný právní názor o nutnosti snížit z uvedených důvodů účastníkovi řízení pokutu, případně pokutu uložit jen symbolickou nevyslovil a tuto možnost v odůvodnění svého rozhodnutí ani teoreticky neuvažoval.

148. Pokud účastník řízení odkazuje na rozsudek Soudu ESVO²² ve věci č. E-15/10 ze dne 18. 4. 2012, toto rozhodnutí v bodě 279 sice zmiňuje skutečnost, že délka řízení přesahující sedm let je nepřiměřená, nicméně jednalo se zde o délku jediného správního řízení před Kontrolním úřadem ESVO. Konečně samotný Soud ESVO v bodě 277 vychází z toho, že nestačí pouze přezkoumávat celkovou dobu souvisejících řízení, ale je nutné přezkoumávat jednotlivé fáze řízení odděleně. Závěry, které učinil Soud ESVO v citovaném případě ohledně nepřiměřenosti délky řízení, se tedy vztahují výhradně k délce správního řízení²³, do které není započítána délka řízení před soudy (resp. délka řízení před Soudem ESVO). Poměřovat tedy řízení S1/03 a řízení na něj navazující optikou účastníkem odkazovaného rozhodnutí a vyvozovat z tohoto srovnání povinnost Úřadu snížit účastníku řízení sankci, je tedy nepřipadné.

149. Stejně tak generální advokátka Juliane Kokott ve svém stanovisku ve věci C-109/10 ze dne 14.4.2011, na které rovněž odkazuje účastník řízení, rozlišuje jednotlivé fáze správního řízení a řízení před soudy. Ve věci C-109/10 došlo k nečinnosti správního orgánu v délce čtyř let a sedmi měsíců, řízení před soudem v prvním stupni trvalo osm let a celková délka řízení dosáhla dvaadvaceti let²⁴. Délka jednotlivých fází advokátkou popsaného řízení, včetně délky nečinnosti správního orgánu, i délka řízení celkově výrazně převyšuje délku řízení v právě posuzovaném případě. Závěry generální advokátky citované účastníkem řízení tak není možné vztáhnout na právě posuzovaný případ. Celková délka řízení (tj. řízení před Úřadem i před soudy) nepřesáhla zákonodárcem stanovenou objektivní desetiletou lhůtu ohraničující možnost uložení pokuty z hlediska celkové délky řízení, ani v rámci jednotlivých fází řízení nedošlo k žádným excesům, jako tomu bylo ve věci C-109/10. Námitka účastníka řízení je nedůvodná. Podobně jsem neshledal za důvodnou ani námitku nepřiměřeně vysoké sankce či sankce excesivní. Dle platné judikatury nelze považovat za nepřiměřenou sankci, jestliže je uložena na samé dolní hranici její zákonné výše. Ztotožňuji se rovněž se závěry Úřadu, že pokuta nevybočovala z úrovně sankcí ukládaných za zneužití dominantního postavení Úřadem. Sluší se pak v této souvislosti připomenout, že zvýšení pokuty je z podstatné části odůvodněno správným údajem o čistém obratu účastníka řízení za rok 2002, který se ukázal být vyšším.

11. Absence předchozí rozhodovací praxe

150. V bodu 42 rozkladu Účastník řízení namítá, že Úřad měl při stanovení výše pokuty zohlednit neexistující rozhodovací praxi ve skutkově srovnatelném případě v době rozhodování o deliktu. To platí tím spíše, že Úřad shledal delikt zneužití dominantního postavení podle generální klauzule §11 odst. 1 zákona, a nikoliv podle některé z vymezených (typových) skutkových podstat. Dle účastníka řízení by soutěžitel neměl být vůbec sankcionován do té doby, než se k takovému deliktu vytvoří dostatečná rozhodovací či alespoň výkladová praxe soutěžních orgánů či soudů. Nelze důvodně dovozovat jakoukoli znalost účastníka řízení ohledně komunitární judikatury, neboť v předmětném období ČR nebyla členským státem EU/ES. Na tom nic nemění skutečnost, že rozhodnutí evropských soutěžních orgánů byla uváděna účastníkem řízení v průběhu řízení. Taková

²² Pravomoc Soudu ESVO je omezena na vybrané státy ESVO, a to pouze na Island, Lichtenštejnsko a Norsko. Na Českou republiku se pravomoc tohoto mezinárodního soudu nikterak nevztahuje a jeho závěry je proto třeba vnímat jako orientační.

²³ Soud ESVO v bodě 281 hovoří výlučně o délce správního řízení a o tom, že samotný Kontrolní úřad ESVO ve svém rozhodnutí uznal, že správní řízení trvalo nepřiměřeně dlouhou dobu.

²⁴ Viz bod 353 Stanoviska Generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-109/10 ze dne 14. 4. 2011.

argumentace by zaměňovala příčinu s následkem, neboť je zcela přirozené, že soutěžitel, jenž je Úřadem vyšetřován, se pro účely takového vyšetřování seznámí s rozhodovací praxí týkající se dané věci. Úřad tedy měl dle účastníka řízení uložit pokutu nanejvýš pouze symbolickou, což nachází oporu též v bodu 38 Zásad.

151. K této námitce v první řadě uvádím, že Zásady se na posuzovanou věc neaplikují, jak bylo vyloženo výše. I podle znění § 22 odst. 2 zákona je Úřad oprávněn při ukládání pokuty přihlídnout k dalším kritériím, která považuje pro uložení pokuty za rozhodná, a to dle konkrétních okolností případu. V tomto směru prakticky není rozdíl mezi postupem dle Zásad a postupem dle zákona.

152. Navíc pokud se jedná o formulaci odst. 38 Zásad, pak nelze přehlédnout, že tato počítá s uložením symbolické pokuty v případě deliktů „s nižší typovou nebezpečností, spáchaných z nedbalosti, které neměly negativní dopad na trh, které nemají za cíl narušení soutěže“, přičemž některé z těchto kritérií musí být splněno vždy, a až je-li splněno, přihlíží se k tomu, zda se jedná o skutkovou podstatu, která doposud nebyla předmětem rozhodovací praxe. Posuzovaný delikt však žádné z uvedených kritérií nesplňuje.

153. V daném případě musím nicméně konstatovat, že Úřad postupoval správně, když posoudil skutkovou situaci a závažnost deliktu a s ohledem na ně k uložení symbolické pokuty pro absenci předchozí rozhodovací praxe nepřistoupil. Samotná absence předchozí rozhodovací praxe totiž není automaticky liberačním důvodem pro uložení pokuty, ani polehčující okolností. Podstatné je, že účastník v daném případě již nebyl se soutěžní úpravou konfrontován poprvé (viz bod 89 napadeného rozhodnutí) a při páchání skutku vystupoval jako dominant na relevantním trhu, od něhož je požadována zvláštní opatrnost související s jeho kroky na trhu, aby jimi nenarušil hospodářskou soutěž, resp. nezpůsobil újmu soutěžitelům a spotřebitelům. Vázání zákazníků na věrnostním principu pak bylo dostatečně známou protisoutěžní praktikou z evropské judikatury; bylo tedy oprávněným požadavkem, aby dominant vynaložil potřebnou opatrnost a posoudil své chystané kroky i dle evropské soutěžní judikatury, jestliže nebyla dostupná judikatura tuzemská. Nadto uvádím, že dle mého názoru nemohla být s ohledem na charakter jednání na straně účastníka řízení nejistota ohledně protisoutěžního charakteru tohoto jednání. Není tak důvodné, dovolávat se zvláštního přístupu při uložení sankce s poukazem na skutečnost, že delikt byl deklarován na základě generální klauzule § 11 odst. 1 zákona a nikoli podle některé z tam vymezených skutkových podstat, a že nebyla vytvořena předchozí rozhodovací praxe Úřadu. Uvedenou námitku tak nepovažuji za důvodnou.

12. Nepřezkoumatelnost základní částky pokuty

154. V bodech 41 - 43 rozkladu účastník namítá, že Úřad spekulativním a nepřezkoumatelným způsobem stanovil z původní výše pokuty tzv. základní částku, odečtením celkem 27 % odpovídajícím údajně přitěžujícím okolnostem zohledněným v původním rozhodnutí Úřadu. Dle účastníka řízení však zmíněné přitěžující okolnosti dávají dohromady maximálně 20 % a nikoliv 27 % (max. 15% za recidivu a max. 5% za nesprávné informace). Z uvedeného je dle účastníka zřejmé, že Úřad ve stanovení původní pokuty postupoval nesprávně, v důsledku čehož byla částka původní pokuty stanovena ve vyšší výši, než by byla, pokud by Úřad výpočet nezatížil zmíněnou početní chybou. V napadeném rozhodnutí přitom Úřad zmíněnou chybu replikoval, poněvadž částku

původní pokuty, z níž vycházel při stanovení nové pokuty, nesnížil, čímž své rozhodnutí zatížil neodstranitelnou vadou.

155. Vzhledem k tomu, že krajský soud ve svém třetím rozsudku zrušil správní rozhodnutí v části o pokutě proto, že nebyla zohledněna délka trvání deliktu a jako přitěžující byla posouzena skutečnost, kterou krajský soud neshledal prokázanou, když však jinak ohledně posouzení kritérií pro výši pokuty soud v rozsudku nevznesl výhrady, vyšel Úřad v napadeném rozhodnutí z logické úvahy, že po odečtení všech přitěžujících okolností (kdy žádné polehčující shledány nebyly a časový faktor posouzen nebyl) dospěje k základní částce pokuty za závažnost.
156. Pokud se týká výše pokuty, krajský soud ve svém třetím rozsudku výslovně uvedl, že výše uložené pokuty reflektuje výši čistého obratu žalobce za rozhodné období a pokuta byla uložena na spodní hranici zákonného rozmezí, ve výši cca 0,2 % čistého obratu. Nejedná se o pokutu likvidační ani exemplární, naopak soud cituje judikaturu, která výslovně připouští zvyšování pokut oproti minulé praxi, pokud to bude odůvodněno a v mezích zákonných mantinelů. Soud navíc zdůraznil, že i jemu je z úřední činnosti známo, že výše pokut ukládaných Úřadem ve věcech zneužití dominantního postavení zpravidla nepřesahuje 0,33 % čistého obratu a pokuta ve výši 0,2 % čistého obratu tedy není nikterak excesivní.
157. Výši základní částky pokuty za závažnost pak Úřad zjistil tak, že od celkové výše pokuty uložené zrušeným prvním rozhodnutím Úřadu odečetl 27 %, které účastníkovi přitížil; dospěl tak k tomu, že původní základní částka pokuty činila [...obchodní tajemství...] % původně zjištěného čistého obratu za rok 2002. Následně Úřad uvedený procentním podílem zjistil výši základní částky pokuty ze správné výše čistého obratu za rok 2002.
158. Co se týká odečtu 27 %, bylo odečteno přitížení za recidivu za jeden delikt zneužití dominantního postavení dle správního řízení sp. zn. S 252/02 (typově stejný delikt, 15% přitížení) a za jeden delikt uzavření zakázané dohody dle správního řízení sp. zn. S 168/02 (typově odlišný delikt, 10% přitížení), neboť z hlediska nabytí právní moci těchto rozhodnutí nebyly naplněny podmínky pro recidivu. Dále bylo odečteno 2% přitížení za poskytnutí nesprávných informací, které soud neshledal prokázané.
159. Uvedený postup Úřadu se takto popsán jeví jako racionální a přezkoumatelný, navíc co do základu je nutno souhlasit vtom, že krajský soud ve třetím rozsudku nepochybně vyšel a ratio ukládané pokuty absolutně, nýbrž vyvrátil jen způsob, jakým Úřad účastníku přitížil. Navíc je nutno uvést, že ukládání pokuty, i přes vzrůstající požadavky na její odůvodnění z hlediska transparentnosti a přezkoumatelnosti postupu Úřadu, není vytvářením matematických vzorců, ale spíše stále věcí správního uvážení. V daném případě pak jsem přesvědčen o tom, že Úřad v napadeném rozhodnutí z mezí tohoto uvážení nevybočil a základní částku pokuty stanovil zcela přiměřeně, a to s ohledem na okolnosti případu i praxi Úřadu, a rozhodnutí dostatečně odůvodnil.
160. Pokud účastník ve své námitce uvádí, že z uvedeného postupu je zřejmé, že při minulém ukládání pokuty Úřad postupoval nesprávně, uložil účastníku vyšší pokutu než by byla, pokud by Úřad nezatížil výpočet početní chybou, kterou Úřad v napadeném rozhodnutí dále replikuje, pak konstatuji, že není zřejmé, jakou chybu má účastník na mysli a jakým způsobem by mohla být v napadeném rozhodnutí replikována.

161. Vezmu-li v úvahu namítanou skutečnost, že Úřad měl při vyměření pokuty odečíst za přitěžující okolnosti jen 20 % (jak požaduje účastník řízení), pak jde o požadavek v neprospěch účastníka řízení. Základní částka pokuty by vyšla vyšší a vyšší by byl i její procentní podíl k původnímu (nepravdivému) čistému obratu za rok 2002. Je zřejmé, že požadovaný postup by byl v neprospěch účastníka řízení.²⁵
162. Ze všech uvedených skutečností proto neshledávám ani tuto rozkladovou námitku účastníka důvodnou.

13. Uplynutí lhůty k uložení pokuty

163. V bodech 44 - 46 rozkladu účastník řízení namítá, že marně uplynula prekluzivní lhůta stanovená § 22 odst. 5 zákona pro uložení pokuty za delikt, což způsobuje nezákonnost napadeného rozhodnutí. Argumentuje, že řízení bylo zahájeno v lednu 2003; Úřad byl oprávněn uložit pokutu do tří let od chvíle, kdy se o porušení zákona dozvěděl, nejpozději do deseti let po spáchání deliktu. Úřad se o jednání dozvěděl v okamžiku zahájení řízení, tedy tříletá subjektivní prekluzivní lhůta již uplynula; stejný výsledek by platil, pokud by počátek běhu lhůty byl situován ke dni vydání prvního rozhodnutí dne 30. 6. 2003 či prvního rozkladového rozhodnutí dne 19. 1. 2004, kdy jak dále rozvádí, dle něj se běh lhůty nestaví po dobu soudního řízení. Nesouhlasí s argumentem Úřadu, že zmíněná lhůta se dle § 41 s.ř.s. staví po dobu soudního řízení, neboť citované ustanovení se týká zániku odpovědnosti za delikt. Zákon žádnou takovou lhůtu neobsahoval; ta byla upravena až s účinností od 1. 9. 2009 zákonem č. 155/2009 Sb. Lhůta pro uložení sankce a lhůta pro zánik odpovědnosti představují odlišné právní instituty; samotná nemožnost uložení sankce bez dalšího neznamena, že odpovědnost za protiprávní jednání zanikla a Úřad může v takovém případě deklarovat odpovědnost za delikt, aniž by uložil pokutu. Poukázal na skutečnost, že zmíněným způsobem Úřad postupuje např. v řízení sp. zn. S 18/01, kde není sporu o tom, že lhůta pro uložení pokuty již uplynula. Dle účastníka řízení Úřad není oprávněn v jednotlivých řízeních postupovat odlišně v jeho neprospěch, a je povinen ke dni vydání rozhodnutí o sankci zkoumat, zda jsou splněny zákonné předpoklady pro její uložení.
164. Namítá-li účastník řízení uplynutí subjektivní lhůty pro uložení pokuty dle § 22 odst. 5 zákona, pak tuto námitku neshledávám z následujících důvodů za oprávněnou. Porušení zákona, kterého se účastník řízení dopustil a pro které mu byla napadeným rozhodnutím uložena pokuta, mělo charakter trvajících správních deliktů. Šlo totiž o jednání, jehož podstata spočívala v tom, že účastník řízení zahájením uplatňování cenových plánů uvedených ve výroku rozhodnutí R20/03 ze dne 19. 1. 2004 vyvolal protiprávní stav, který pak udržoval, a to (nejméně) do dne vydání prvostupňového rozhodnutí o deliktu, tj. do dne 30. 6. 2003, resp. k uvedenému datu správní delikt prokazatelně trval.

²⁵ Odečtením jen 20 % z původní výše pokuty, která činila 81,7 mil. Kč, by zůstala základní částka původní pokuty za závažnost vyšší, činila by 65,36 mil. Kč, a tím by byl vyšší i procentní podíl této základní částky k původnímu (nesprávnému) údaji o výši čistého obratu za rok 2002, neboť by činil [...obchodní tajemství...] %. Ze správné výše čistého obratu za rok 2002 ve výši [...obchodní tajemství...] Kč by podíl [...obchodní tajemství...] % představoval základní částku nové pokuty za závažnost ve výši 72,99 mil. Kč, zatímco Úřad dle postupu v napadeném rozhodnutí dospěl k částce 66,6 mil. Kč ([...obchodní tajemství...] % celkového čistého obratu za rok 2002).

165. Dle judikatury správních soudů začne lhůta pro uložení pokuty v případě trvajících správního deliktu běžet teprve od okamžiku ukončení takového deliktu, když principy, které se uplatní v trestním právu při počátku běhu promlčecích lhůt u trvajících trestných činů, je možné aplikovat i na správní trestání.²⁶ K charakteru trvajících správních deliktů odkazují na příslušný rozsudek NSS ze dne 22. 5. 2005 sp. zn. 5 A 164/2002, kde je judikováno, cit.: „*Jednání, jímž pachatel udržuje protiprávní stav, závadný z hlediska správního práva, tvoří jeden skutek a jeden správní delikt až do okamžiku ukončení deliktního jednání, tj. až do okamžiku odstranění protiprávního stavu. Lhůta pro uložení pokuty, případně pro zahájení řízení o uložení pokuty, může začít běžet teprve od okamžiku ukončení trvajících správního deliktu. Pokaždé, kdy se správní orgán dozví, že protiprávní stav je delikventem pořád udržován, tj. že stále nedošlo k ukončení trvajících jiného správního deliktu, počne vždy běžet nová subjektivní lhůta k uložení pokuty, resp. k zahájení řízení o uložení pokuty*“. Subjektivní lhůta pro uložení pokuty tak nemůže začít plynout dříve, než se správní orgán dozví o spáchání (dokonání) trvajících správního deliktu, z logiky věci je tak vyloučeno, aby se správní orgán mohl dozvědět o jednání, jež je jím kvalifikováno jako protisoutěžní, dříve, než bylo uskutečněno.²⁷
166. S ohledem na výše uvedené mi nezbývá než potvrdit postup správního orgánu prvního stupně při určení počátku běhu prekluzivních lhůt pro uložení pokuty.
167. S otázkou plynutí lhůty souvisí námitka účastníka řízení, že prekluzivní lhůta pro uložení pokuty dle § 22 odst. 5 zákona se po dobu soudního řízení správního nestaví. Ani tato námitka však není důvodná. Dle § 41 soudního řádu správního neběží po dobu řízení před soudy podle soudního řádu správního lhůty pro zánik odpovědnosti za správní delikty. S takovouto námitkou se již judikatorně vypořádal Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne ve věci sp. zn. 5 Afs 7/2011 ve věci „Pekaři“ ze dne 29. 3. 2012, a to tak, že cit.: „*Dle názoru zdejšího soudu je § 41 s. ř. s. aplikovatelný i v případech ukládání pokut dle § 22 odst. 5 zákona. Shodně s žalovaným je třeba zdůraznit, že pokud by do běhu prekluzivní lhůty bylo započítáváno řízení před soudem, stačilo by účastníkům správního řízení iniciovat soudní řízení, dosáhnout prekluze a vyhnout se tak následkům za spáchaný delikt*“. Z toho tedy vyplývá, že lhůta pro uložení pokuty uvedená v § 22 odst. 5 zákona se po celou dobu soudního řízení správního v posuzované věci skutečně stavěla.
168. Co se týká odkazu účastníka řízení na postup Úřadu při počítání prekluzivní lhůty v řízení vedeném pod sp. zn. S18/01, tu je třeba ozřejmit několik skutečností. Předně je třeba uvést, že správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. S 18/01 je probíhající neskončené řízení, když předchodí prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S18/01-10192/2009/830/JNo ze dne 14. 8. 2009 jsem v rozkladovém řízení rozhodnutím ÚOHS-R130/2009/HS- 4329/2012/320/ADr ze dne 9. 7. 2012 zrušil a vrátil orgánu první správní stolice k novému projednání. Nelze tak vyvozovat závěry z rozhodnutí, které bylo nadřízeným orgánem zrušeno. Za druhé považuji za podstatné poukázat na skutečnost, že v daném řízení se postupovalo podle dnes již zrušeného zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, který v § 14 odst. 5 stanovoval mnohem striktnější lhůty pro zánik možnosti

²⁶ Viz rozsudek NSS ze dne 29. 3. 2012 sp. zn. 5 Afs 7/2011 ve věci *Pekaři*.

²⁷ Viz rozsudek KS ze dne 26. 9. 2006 sp. zn. 62 Ca 5/2006 ve věci *Telefonica O2*, potvrzený rozsudkem NSS ze dne 30. 7. 2009 sp. zn. 8 Afs 16/2007, když ústavní stížnost podaná proti daným rozsudkům byla Ústavním soudem usnesením z 5. 1. 2012 sp. zn. ÚS. III 2770/09 zamítnuta.

uložit pokutu²⁸. V případě vedeném pod sp. zn. S 18/01, kdy bylo nové prvostupňové rozhodnutí po vrácení věci Ústavním soudem zpět Úřadu vydáno cca po dvou letech, tak není pochyb o marném uplynutí lhůt. V posuzovaném případě jsou lhůty stanovené § 22 odst. 5 zákona delší. Námitka odlišného přístupu tudíž postrádá na důvodnosti.

169. V návaznosti na předcházející odstavce pak konstatuji, že lhůta pro uložení pokuty neuplynula. Lhůta pro uložení pokuty totiž začala plynout nejdříve od 30. 6. 2003 do podání žaloby účastníkem řízení, tedy do 10. 2. 2004, kdy tento úkon coby úkon zahajující soudní řízení běh lhůty stavěl (ze lhůty uplynulo 7 měsíců a 10 dnů), lhůta dále běžela vždy jen od doby právní moci rozsudku krajského soudu do podání kasační stížnosti, tedy maximálně 3 x 14 dnů a znovu začala běžet až od právní moci usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 8. 2011, č. j. 8 Afs 35/2011-537, které bylo Úřadu doručeno 23. 9. 2011. Ze lhůty uplynulo maximálně 1,5 měsíce vždy v období od právní moci rozsudku krajského soudu do podání kasační stížnosti. V pokračujícím správním řízení plynula lhůta od 24. 9. 2011 dosud, tedy v délce necelých šestnácti měsíců. Subjektivní lhůta tak ke dni vydání tohoto rozhodnutí uplynula nejvýše v délce nejvýše necelých dvaceti pěti měsíců. Námitka účastníka ohledně uplynutí subjektivní lhůty pro uložení pokuty tak není důvodná.

VI. Ke snížení pokuty uložené napadeným rozhodnutím

170. Dříve než se budu zabývat odůvodněním snížení pokuty uložené napadeným rozhodnutím, považuji za vhodné k novému uložení pokuty zdůraznit, že k tomuto přistoupil Úřad poté, kdy již věc několikrát prošla jak krajským, tak Nejvyšším správním soudem. Ve třetím - posledním rozsudku krajského soudu se tento soud způsobem, jakým byla v dřívějších rozhodnutích v této věci uložena pokuta, zabývá detailně, tedy jak co do základní částky, tak i co do obratu, z něhož Úřad vycházel, jakož i co do posouzení závažnosti deliktu. Ohledně všech těchto faktorů pak krajský soud uvedl, že „*Úřad zákonná kritéria zohlednil a správně posoudil, jakož i zohlednil okolnosti další*“. Jak vyplývá z textu tohoto rozsudku, a zejm. z jeho závěru, Úřad pochybil pouze při nezohlednění délky trvání deliktu a také vtom, že jako přitěžující posoudil okolnost, která nebyla prokázána. Soud rovněž připomenul potřebu specifikovat porušení soutěžního zákona pro zohlednění recidivy.
171. S těmito problematickými body se však Úřad nyní v napadeném rozhodnutí dostatečně vypořádal. Pokud se jedná o jednotlivé aspekty uložené pokuty, v rámci vypořádání námitek jsem se již jednotlivě vyjádřil k základní částce pokuty a posouzení závažnosti deliktu, zohlednění délky jeho trvání i přitížení za porušení předchozího zákona o ochraně hospodářské soutěže a nepolehčení za nedbalostní formu spáchání deliktu, když tyto skutečnosti rozhodné pro uložení pokuty jsem shledal správně posouzenými i odůvodněnými.
172. Přistoupil-li jsem ke snížení pokuty, jsou důvody pro tento krok objasněny ve vypořádání 4. námítky rozkladu v bodech 68 - 73 tohoto rozhodnutí. Vzhledem k tomu, že jsem přitížení za porušení procesních povinností účastníka neshledal jednoznačně odůvodněným a tento postup nepovažuji za zcela souladný se zákonem, rozhodl jsem o snížení pokuty právě o tolik, o kolik bylo

²⁸ § 14 odst. 5 zákona 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže stanoví, že *pokuty podle předchozích odstavců může Úřad uložit do jednoho roku od zjištění porušení povinnosti, nejpozději však do tří let následujících po roce, ve kterém byla tato povinnost porušena.*

účastníku za porušení povinnosti přitíženo, tedy o 1,5 % základní částky pokuty (která činila 66 601 303 Kč) vynásobené koeficientem času ve výši 1,2 (což činí 79 921 563). Snižuji tedy pokutu o 1 198 823 Kč. Při zachování zvýšení pokuty za recidivu tak konečná výše pokuty po zaokrouhlení na celá sta korun dolů činí částku uvedenou ve výroku tohoto rozhodnutí, tedy částku 91 909 700 Kč.

173. Nová výše pokuty činí [...obchodní tajemství...] % celkového čistého obratu účastníka řízení za rok 2002 a [...obchodní tajemství...] % celkového čistého obratu účastníka za rok 2011. Nová výše pokuty je tak uložena při nejspodnější hranici zákonné sazby a s ohledem na hospodářské výsledky účastníka je uložena ve výši, která není poměrům účastníka nepřiměřená či dokonce likvidační.

174. Uloženou pokutu je účastník řízení povinen uhradit ve lhůtě uvedené ve výrokové části č. I tohoto rozhodnutí, tj. ve lhůtě 90 dnů ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Úhrada se provede na účet Celního úřadu Brno, číslo účtu 375417721621/0710, variabilní symbol - identifikační číslo účastníka řízení.

VII. Závěr

175. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem zjistil, že Úřad postupoval v řízení souladu se zákonem a správním řádem, avšak z důvodů shora uvedených jsem neshledal zákonným přitížením za porušení procesních povinností účastníka.

176. Vzhledem k výše uvedenému jsem tak shledal důvody pro změnu napadeného rozhodnutí, spočívající v popsáném snížení výše uložené pokuty, když v ostatních částech výroku napadeného rozhodnutí jsem shledal, že je na místě tyto jako správné potvrdit a rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Telefónica Czech Republic, a. s., IČ 601 93 336, se sídlem Praha 4 - Michle, Za Brumlovkou 266/2, PSČ 140 22, k rukám Mgr. et Mgr. Kateřiny Pospíšilové, na základě pověření ze dne 4. 9. 2012

Vypraveno dne:

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