Č.j. R 12/2003 V Brně dne 4. října 2004

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 31. 1. 2003 č.j. S 199/02-438/03-ORP ve věci porušení ustanovení § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), podal účastník řízení **LINDE TECHNOPLYN a.s.**, IČ 00 01 17 54, se sídlem U Technoplynu 1324, 198 00 Praha 9, zastoupená na základě plné moci ze dne 19. 11. 2002 JUDr. Martinem Nedelkou, Ph.D., advokátem v AK GLEISS LUTZ v.o.s., se sídlem Jugoslávská 29, Praha 2, PSČ 120 00, jsem podle ustanovení § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), na návrh zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona

r o z h o d l

takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 31. 1. 2003 č.j. S 199/02-438/03-ORP,

v 1. výrokové části **m ě n í m** takto:

Společnost LINDE TECHNOPLYN a.s., IČ 00 01 17 54, se sídlem U Technoplynu 1324, 198 00 Praha 9, tím, že uzavřela se svými zákazníky smlouvy o dodávkách technických plynů v lahvích,

a) které obsahují závazek, že zákazník odebere celkovou spotřebu technických plynů uvedených ve smlouvě o dodávkách technických plynů v lahvích výlučně od společnosti LINDE TECHNOPLYN a.s., porušila prokazatelně od 1. 2. 1997 do 30. 6. 2001 ustanovení § 9 odst. 3 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění, a od 1. 7. 2001 do 31. 12. 2002 ustanovení § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže),

b) ve kterých uplatňuje individuální podmínky odlišné od interně vymezených pravidel vyplývajících z ceníku technických plynů, s cílem získat či udržet zákazníka na úkor konkurence tak, že přizpůsobuje podmínky pro uzavření smlouvy o dodávkách technických plynů v lahvích individuálním požadavků konkrétního zákazníka, porušila prokazatelně v roce 2002 ustanovení § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže),

čímž zneužila své dominantní postavení na újmu soutěžitelů i spotřebitelů, neboť vytvořila bariéru pro rozvoj konkurence na trhu dodávek technických plynů v lahvích.

ve 2. a 3. výrokové části **p o t v r z u j i ,**

ve 4. výrokové části **m ě n í m** takto:

V souladu s ustanovením § 23 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), se společnosti LINDE TECHNOPLYN a.s., IČ 00 01 17 54, se sídlem U Technoplynu 1324, 198 00 Praha 9, ukládají následující opatření k nápravě:

a) nezavazovat v nově uzavíraných smluvních vztazích o dodávkách technických plynů v lahvích zákazníky k odběru technických plynů výlučně od společnosti LINDE TECHNOPLYN a.s. a dále zajistit, aby smlouvy se stávajícími zákazníky, odběrateli technických plynů v lahvích, nadále neobsahovaly závazek zákazníka odebírat technické plyny uvedené ve smlouvě o dodávkách technických plynů v lahvích výlučně od společnosti LINDE TECHNOPLYN a.s.,

b) upravit stávající znění smluv o dodávkách technických plynů v lahvích tak, aby nebylo možné uplatňovat individuální podmínky odlišné od interně vymezených pravidel vyplývajících z ceníku technických plynů podle individuálních požadavků konkrétního zákazníka.

Lhůta ke splnění opatření k nápravě dle bodů a) a b) této výrokové části se stanoví do 90 dnů od právní moci tohoto rozhodnutí. O splnění nápravných opatření je společnost LINDE TECHNOPLYN a.s., povinna informovat písemně Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve lhůtě do 7 dnů po jejich realizaci.

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) vydal dne 31. 1. 2003 rozhodnutí č.j. S 199/02-438/03-ORP, v jehož první výrokové části deklaroval, že účastník řízení LINDE TECHNOPLYN a.s., IČ 00 01 17 54, se sídlem U Technoplynu 1324, 198 00 Praha 9 (dále též jen „LINDE“), zneužil svého dominantního postavení na trhu dodávek technických plynů v lahvích tím, že ve smlouvách o dodávkách technických plynů v lahvích zavazoval zákazníky odebírat celkovou spotřebu technických plynů uvedených ve smlouvě o dodávkách technických plynů v lahvích výlučně od společnosti LINDE, čímž porušil ustanovení § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), (dále též jen „zákon“

nebo „zákon o ochraně hospodářské soutěže“), k újmě svých zákazníků, které omezil v možnosti svobodného výběru dodavatele technických plynů a rovněž k újmě soutěžitelů – konkurentů, dodavatelů technických plynů, kterým omezil možnost účastnit se soutěže o tyto zákazníky. Dále Úřad deklaroval, že účastník řízení tím, že uplatňoval u zákazníků, kteří odebírali technické plyny v lahvích na základě písemné smlouvy o dodávkách technických plynů v lahvích, bez objektivně ospravedlnitelných důvodů výrazně rozdílné ceny za dodávky technických plynů v lahvích, při shodném či srovnatelném plnění, porušil ustanovení § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, a to k újmě těch zákazníků, kterým byly stanoveny ceny podstatně vyšší než jiným zákazníkům při obdobném nebo srovnatelném plnění.

Ve druhé výrokové části bylo účastníku řízení podle ustanovení § 11 odst. 2 zákona zneužívání dominantního postavení jednáním uvedeným v bodech a) a b) I. výrokové části napadeného rozhodnutí zakázáno. Za porušení zákona mu byla dle ustanovení § 22 odst. 2 zákona uložena pokuta ve výši 12 000 000 Kč a v souladu s § 23 odst. 1 zákona tato opatření k nápravě: a) neužívat v nově uzavíraných smluvních vztazích o dodávkách technických plynů v lahvích smluvní ustanovení, které by zavazovalo zákazníka odebírat technické plyny výlučně od LINDE a dále navrhnout stávajícím zákazníkům, odběratelům technických plynů v lahvích, úpravu smluv o dodávkách technických plynů v lahvích tak, aby nezavazovaly zákazníka odebírat technické plyny uvedené ve smlouvě o dodávkách technických plynů v lahvích výlučně od společnosti LINDE, a b) přijmout opatření, která odstraní a do budoucna zabrání u zákazníků odebírajících technické plyny v lahvích při shodném nebo srovnatelném plnění uplatňování výrazně rozdílných cen za dodávky technických plynů v lahvích, bez toho, aby k tomu byly dány objektivně ospravedlnitelné důvody.

Proti tomuto rozhodnutí podal účastník řízení včas rozklad, ve kterém předně poukazuje na zásadní procesní pochybení Úřadu, přičemž uvádí, že mu Úřad dostatečně neobjasnil předmět správního řízení, když podle čl. 36 Listiny základních práv a svobod má účastník řízení ústavní právo na spravedlivý proces, jakož i na obranu proti obvinění ze spáchání správního deliktu. Správní orgán je povinen objasnit, z jakého důvodu správní řízení zahajuje, resp. rozšiřuje, a v jakém konkrétním jednání správní delikt spatřuje, a to dostatečně jasně a určitě, aby subjekt obviněný ze spáchání správního deliktu měl možnost se tomuto obvinění účinně bránit při využití všech svých procesních práv. Úřad tak měl účastníkovi sdělit, které jeho konkrétní jednání považuje za porušení § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže, kdy k němu mělo dojít, na jakém relevantním trhu a na újmu kterých spotřebitelů či soutěžitelů, avšak neučinil tak. Tímto postupem byla porušena jeho ústavní práva shora uvedená, na což upozornil Úřad již při výslechu dne 3. 1. 2003. Vyjádření Úřadu o nemožnosti upřesnění předmětu správního řízení z toho důvodu, že by mohlo dojít k předjímání rozhodnutí ve věci, nejsou podle účastníka správné. Objasnění, jaké konkrétní jednání je považováno za správní delikt, by naopak umožnilo účastníku řízení reagovat na obvinění ze spáchání správního deliktu a poskytnout Úřadu všechny důkazy související s tímto obviněním tak, aby byl úplně a přesně zjištěn skutečný stav věci.

Dále účastník řízení namítá, že Úřad porušil zásadu součinnosti správního úřadu s účastníky řízení, danou ustanovením § 3 odst. 2 správního řádu a konkretizovanou mimo jiné v § 33 odst. 1 správního řádu. Přestože Úřad provedl v rámci předmětného správního řízení výslechy řady svědků, ani v jednom případě však účastník řízení nebyl přizván a nemohl klást svědkům otázky. Tímto byla omezena možnost účastníka hájit účinně svá práva.

V části 1.3. rozkladu namítá účastník řízení, že Úřad porušil zásadu objektivní pravdy a přesvědčivosti rozhodnutí dle § 3 odst. 4 správního řádu, když v odůvodnění rozhodnutí uvedl pouze ty z důkazů, které výrok rozhodnutí podporují, a nevyložil, z jakého důvodu nepřihlédl k důkazům opačným. Např. u společnosti AIR PRODUCTS spol. s r.o. uvádí Úřad pouze vyjádření obchodního zástupce pana Pavla Švehly, který Úřadu sdělil, že se setkal s obavou zákazníků přijmout nabídku jeho společnosti z důvodu existence stávající smlouvy s účastníkem řízení, avšak Úřad ignoroval vyjádření dalších obchodních zástupců této společnosti, z nichž devět odpovědělo, že se nesetkali s žádnými obavami zákazníků, dva konstatovali, že se s obavou setkali pouze jednou, přičemž jeden z obchodních zástupců dále uvedl, že zákazníka nakonec pro společnost získal. Účastníkovi řízení není dále z rozhodnutí zcela zřejmé, jaký význam Úřad přikládá vyjádřením soutěžitelů k dotazu, zda se při oslovování zákazníků účastníka řízení setkali s obavou těchto zákazníků, neboť Úřad tato vyjádření soutěžitelů nejmenuje mezi důkazy, které vzal v úvahu při posuzování smluv o odběru. Podle účastníka není skutečnost, že z šesti dotázaných se tři soutěžitelé nesetkali s žádnou obavou zákazníků, v rozhodnutí zohledněna. Rovněž v případě výslechu pana Josefa Hrošíka, zaměstnance společnosti Dolňácko, a.s. Úřad části výslechu, svědčící ve prospěch účastníka řízení ignoroval, a citoval pouze části v jeho neprospěch.

Dopisem ze dne 19. 11. 2002 informoval účastník řízení Úřad, že ačkoliv je přesvědčen, že z jeho strany k porušení § 11 zákona nedochází, začal s okamžitou platností při uzavírání nových smluv o odběru uvádět sjednané množství odběru technického plynu a rozhodl se postupně kontaktovat své zákazníky, s nimiž uzavřel smlouvy o odběru bez sjednaného množství s nabídkou, v případech, kdy to bude možné, doplnění množství odběru či úpravy předmětného ustanovení. Dne 4. 12. 2002 pak účastník informoval Úřad o realizaci přijatých opatření. Účastník má za to, že začal-li uvádět ve všech nových smlouvách dohodnuté množství odběru a snažil se doplnit množství odběru v již uzavřených smlouvách, odpadl důvod pro vedení správního řízení. Odkázal přitom na rozhodnutí předsedy Úřadu ve věci č.j. R 3/2001.

Bod 1. smlouvy o odběru lze v případě, že je ve smlouvě o odběru množství odběru skutečně uvedeno, vyložit podle účastníka řízení tak, že se zákazník zavazuje pouze k odběru tohoto sjednaného množství. V praxi však mnohdy ve smlouvě množství odběru uvedeno není, zejména na žádost zákazníků, kteří nejsou schopni dopředu odhadnout svou celkovou spotřebu technických plynů. Pokud ve smlouvě o odběru chybí množství odběru, chybí tak jedna z podstatných smluvních náležitostí, smlouva je neplatná a zákazník nemá žádnou povinnost k odběru, jak účastník řízení dovozuje. I kdyby smlouva platná byla, bylo by ji třeba dle § 266 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „obchodní zákoník“) vyložit k tíži společnosti LINDE, tedy že neobsahuje povinnost k výlučnému odběru. Dále by bylo možné dospět k názoru, že množství odběru bylo dohodnuto ústně, přičemž by platil závěr uvedený shora.

Účastník řízení je toho názoru, že důkazy uvedené Úřadem v napadeném rozhodnutí jsou nedostatečné a naprosto neprokazují praxi společnosti LINDE ohledně bodu 1. smlouvy o odběru. Podle účastníka řízení nelze z výpovědi zástupců účastníka řízení ze dne 21. 10. 2002 dovozovat, že by účastník řízení v praxi zákazníky k výlučnému odběru zavazoval. Závěr Úřadu o výlučném odběru neprokazují ani výpovědi obchodních zástupců účastníka řízení. Podle obchodních zástupců Jana Sukupa a Petra Melouna je zákazník zavázán k výlučnému odběru pouze technických plynů dohodnutých ve smlouvě za

předpokladu, že je ve smlouvě dohodnuta výše odběru. V případě odpovědí obchodních zástupců je třeba podle účastníka vzít v úvahu okolnosti, za nichž vypovídali, jakož i skutečnost, že nebyli dostatečně seznámeni s tím, co je předmětem výslechu.

Účastník řízení zdůrazňuje, že pokud jde o dopisy společnosti LINDE svým zákazníkům vyzývající k dodržování bodu 1. smlouvy o dodávkách, přes původní odhad 10 až 20 ročně byly v období od 1. 1. 2001 do 30. 9. 2002 zjištěny pouze tři, odeslané jedním obchodním zástupcem. Jednalo se o výjimečný exces obchodního zástupce nerespektujícího stanovenou obchodní strategii účastníka řízení. Dle názoru účastníka řízení je zasílání takovýchto dopisů v obchodní praxi běžné a z právního hlediska irelevantní. K uplatňování právních kroků v této souvislosti nikdy nepřikročil.

Podle společnosti LINDE Úřad v důsledku zásadních pochybení v dokazování nezjistil přesně a úplně skutečný stav věci ve smyslu § 32 odst. 1 správního řádu. Jelikož ani obchodní zástupci a zpravidla ani zákazníci nejsou osoby s právnickým vzděláním, nedokážou odhadnout případné důsledky dohody spočívající v neuvedení sjednaného množství odběru ve smlouvě o odběru. Úřad zohlednil z celkem 54 obchodních zástupců pouze výslech čtyř obchodních zástupců a čtyř zákazníků, z nichž pan Tocháček Úřadu sdělil, že výklad bodu 1. smlouvy o dodávkách chápe v tom smyslu, že závazek k výlučnému odběru nemá žádnou právní oporu. Pan Hrošík, zaměstnanec společnosti Dolňácko, se vyjádřil v tom smyslu, že bod 1. smlouvy chápe jako závazek k výlučnému odběru. Z dalšího výslechu však vyplynulo, že společnost Dolňácko bez dalšího zahájila odběry technických plynů od konkurence účastníka řízení, aniž by za to byla ze strany společnosti LINDE jakýmkoliv způsobem sankcionována. Zbylí dva zákazníci se vyjádřili v tom smyslu, že bod 1. smlouvy o odběru zavazuje k výlučnému odběru. I přesto, že výpovědi dvou zákazníků společnosti LINDE závěr Úřadu jednoznačně nepotvrzují, Úřad se s provedením těchto důkazů spokojil. Účastník řízení přitom poukazuje na vzorek zákazníků, kteří bez ukončení smlouvy začali odebírat technické plyny od konkurence, např. od společnosti SIAD Technické plyny spol. s r.o., aniž byli ze strany účastníka řízení v této souvislosti postihováni. Právním výkladem smluv o odběru nelze dle účastníka řízení dospět k názoru, že by zákazníky zavazovaly k odběru celkové spotřeby technických plynů výlučně od navrhovatele. Navíc Úřad nezohlednil skutečnost, že i v Evropské unii dosud chybí jednoznačné stanovisko Komise ES ke smlouvám o odběru týkajícím se dodávek technických plynů v lahvích.

V roce 1989 uzavřela Komise ES se sedmi největšími evropskými výrobci technických plynů dohodu o dodržování určitých pravidel při uzavírání smluv o dodávkách technických plynů pomocí cisteren, on-site zařízení a potrubí. Smlouvy o dodávkách technických plynů v lahvích prozatím nebyly předmětem vyjádření ani Komise ES, ani některého národního orgánu členského státu EU. V praxi jsou podle účastníka při dodávkách technických plynů v lahvích používány smlouvy, které zavazují zákazníky k výlučnému odběru, jejich platnost je však omezena na dobu jednoho roku. Dle názoru účastníka řízení by měl Úřad při posuzování smluv o odběru a při stanovení výše pokuty zohlednit, že ani v EU není v případě smluv na dodávky technických v lahvích zcela jasné, jakým způsobem mohou být tyto smlouvy koncipovány.

Dopisem ze dne 10. 1. 2003 si Úřad od účastníka řízení vyžádal údaje o objemu odběrů jednotlivých technických plynů u vybraných 80 zákazníků. Účastník řízení tyto údaje Úřadu poskytl dopisem ze dne 20. 1. 2003. Při přípravě rozkladu účastník řízení zjistil, že pokud jde o údaj o celkovém obratu zákazníků v letech 2001 a 2002, omylem neposkytl Úřadu celkový obrat za všechny technické plyny odebírané od účastníka řízení, nýbrž pouze celkový obrat za

technické plyny uvedené v tabulce (kyslík, acetylen, CO_2). Tento rozdíl ve velikosti celkového obratu má vliv pouze na počet zákazníků účastníka řízení spadajících do zákaznické kategorie K3, který se tím zmenšil na šest zákazníků. Účastník řízení se za své pochybení omlouvá a opravené údaje činí přílohou rozkladu.

Přestože se Úřad v napadeném rozhodnutí odvolává na právní úpravu rozdílných cen v právu ES, jakož i na rozhodnutí Komise ES a Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) k této problematice, účastník řízení k tomu v rozkladu upozorňuje, že rozdílné ceny jako takové nejsou v EU považovány za nepřípustné a nebyly nikdy předmětem rozhodnutí ze strany výše zmíněných orgánů. Na základě rozhodnutí ESD ve věci AKZO v. Komise ES, rozsudek ze dne 3. 7. 1991, C-62/86, ÚL 1991 I, jsou nepřípustné pouze takové cenové rozdíly, které jsou zaměřeny diskriminačně proti určitému konkrétnímu soutěžiteli, zejména s cílem vytlačit jej z příslušného trhu. Běžné cenové rozdíly, kterou jsou výsledkem cenové soutěže, jsou považovány za přípustné. Boj o zákazníka je akceptován jako objektivní důvod pro tyto cenové rozdíly, představují-li obrannou reakci proti jednání jiných soutěžitelů. Účastník řízení dále považuje za nesprávný závěr Úřadu, že společnost LINDE nemá stanovena jednoznačná kritéria ke sjednávání cen technických plynů v lahvích odchylných od cen ceníkových. Jak Úřad sám zjistil, jsou zákazníci účastníka řízení pro interní účely rozděleni do kategorií K1, K2 a K3 dle předpokládaného či dosaženého ročního obratu, pro něž platí jednotný ceník. Takovéto členění zákazníků je z hlediska hospodářské soutěže obecně považováno za přípustné a je výsledkem normální cenové soutěže (rozhodnutí Komise ES ve věci Eurofix – Bauco/Hilti ze dne 22. 12. 2002, IV./30.787 a 31.4888, ÚL 1988 č. L 65). Zároveň jsou pro tyto kategorie zákazníků stanoveny maximální možné odchylky od ceníkových cen, přičemž větší cenové odchylky jsou možné pouze se souhlasem vedoucích pracovníků účastníka řízení. Rovněž v rámci cenových odchylek nejsou ceny stanoveny nahodile, nýbrž na základě jasných kritérií. Zohledňuje se vzdálenost prodejního místa od místa výroby technického plynu, předpokládaný obrat zákazníka, požadované platební podmínky, platební morálka z předchozího období, zastřešovací smlouvy u mezinárodních zákazníků, místní konkurenční prostředí a ceny konkurence. Ceny společnosti LINDE se pohybují v „přijatelném rozpětí“ vyžadovaném Úřadem, smlouvy, u nichž jsou odchylky větší, představují přípustné výjimky, respektive přípustnou obrannou reakci, což je údajně dle rozsudku ESD ve věci AKZO v. Komise ES a rozhodnutí Komise ES ve věci Eurofix – Bauco/Hilti, přípustné. V zájmu zachování zákazníka může v takovém případě určitý soutěžitel přizpůsobit svoje ceny (snížit ceny) cenám ostatních soutěžitelů, aniž by snížil cenu i všem ostatním srovnatelným zákazníkům.

V návaznosti na přechod pracovníků účastníka řízení ke společnosti SIAD (období říjen 2001 až duben 2002) začala společnost SIAD oslovovat zákazníky účastníka řízení a nabízet jim podstatně nižší ceny než účastník řízení. Řada zákazníků účastníka řízení se rozhodla nabídky společnosti SIAD, respektive dalších konkurenčních společností využít a začala odebírat technické plyny od této společnosti, aniž by mnohdy zákazník účastníkovi řízení cokoliv sdělil či vypověděl smlouvu o odběru. Aby účastník řízení zabránil odlivu zákazníků, rozhodl se přizpůsobit své ceny cenové nabídce společnosti SIAD, respektive dalších konkurentů. V důsledku toho byla u oslovených zákazníků cena snížena na hranice výše uvedených cenových odchylek pro skupiny zákazníků K1 až K3, v obranné reakci proti odlivu určitých konkrétních zákazníků.

Úřad dle názoru účastníka řízení neuvádí konkrétní důkazy, že účastník řízení při stanovování cen porušil § 11 zákona. Úřad opírá svůj závěr o porovnání 53 smluv této společnosti při celkovém množství cca […*obchodní tajemství*...] zákazníků, což podle

účastníka netvoří objektivní vzorek, neboť jde o zákazníky oslovené konkurencí. Účastníkovi řízení není dále jasné, jakým způsobem může údajná neexistence jednoznačných kritérií pro sjednávání cen technických plynů v lahvích odchylných od cen ceníkových prokázat skutečnost, že navrhovatel uplatňuje ve svých smlouvách o odběru rozdílné podmínky při shodném nebo srovnatelném plnění. Úřad se dle názoru účastníka řízení v napadeném rozhodnutí také vůbec nezabýval důvody, které ho vedly k uplatňování větších cenových odchylek od ceníkových cen než těch, které jsou stanoveny v interních pravidlech společnosti LINDE. Úřad měl prokázat, že dodávky technických plynů na základě zkoumaných smluv o odběru představovaly „shodné či srovnatelné plnění“, měl přitom přihlédnout k odlišnostem jednotlivých dodávek technických plynů, jako jsou marketingové a dopravní náklady, objem dodávek, další služby poskytované s dodávkou apod. Podle účastníka řízení v případě, že by některý soutěžitel neměl možnost soutěžit o zákazníky, tedy možnost odchylovat se ve svých cenách od cen ceníkových, mohlo by to mít pro něj za stávajících podmínek na relevantním trhu technických plynů likvidační důsledky.

Podle názoru účastníka je výše pokuty nedůvodně vysoká. Úřad nespecifikoval, jaká část pokuty připadá na porušení § 11 zákona v důsledku uzavírání smluv o odběru a jaká část na uplatňování rozdílných cen, ani neprokázal, že by účastníkovi řízení z údajného porušení § 11 zákona vznikl užitek. Dále se účastník řízení domnívá, že výše pokuty je v nepoměru k pokutám uloženým Úřadem v jiných případech porušení zákona, např. rozhodnutí Úřadu ve věci č.j. R 8/2000, R 4/2000/A a R 4/2001. Ze spisu správního řízení je patrné, že pokud jde o smlouvy o odběru, učinil účastník řízení některá opatření, která měla odstranit obavy Úřadu týkající se těchto smluv. Tuto skutečnost měl Úřad při stanovení výše pokuty zohlednit.

Vzhledem ke všem shora uvedeným důvodům navrhuje účastník řízení, aby předseda Úřadu rozkladem napadené rozhodnutí ze dne 31. 1. 2003 č.j. S 199/02-438/03-ORP v plném rozsahu zrušil a správní řízení ve věci zastavil.

Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 57 odst. 1 správního řádu a v souladu s odst. 2 téhož ustanovení správního řádu postoupil věc k rozhodnutí orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Dne 2. 6. 2004 nabyl účinnosti zákon č. 340/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), a některé další zákony, a dne 7. 9. 2004 zákon č. 484/2004 Sb., kterým se mění zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 340/2004 Sb. Podle ustanovení článku III odst. 1 Přechodných ustanovení se řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních předpisů. Z tohoto důvodu je případ posuzován z hlediska zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění platném do 1. 6. 2004.

Podle ustanovení § 59 odst. 1 správního řádu jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu, a to i nad rámec námitek uplatněných účastníkem řízení v rozkladu.

V prvé řadě jsem se zabýval přezkumem námitek účastníka řízení proti zjištěnému skutkovému stavu, tj. skutkové podstatě správního řízení, kterou orgán prvního stupně shledal ve zneužití dominantního postavení ve smyslu ustanovení § 11 odst. 1 zákona ochraně hospodářské soutěže.

Ustanovení § 11 odst. 1 věta prvá zákona o ochraně hospodářské soutěže stanoví, cit.: *„Zneužívání dominantního postavení na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů je zakázáno.“* Uvedené ustanovení zákona tak zajišťuje ochranu hospodářské soutěže v případech, kdy soutěžitelem je subjekt v dominantním postavení. Soutěžitel s tímto výlučným postavením podléhá větší reglementaci z pohledu zákona a musí se podrobit přísnějším pravidlům chování na trhu, než soutěžitel, jenž tuto tržní moc nemá. Je tomu tak proto, že pokud je dominantní postavení jeho nositelem zneužíváno na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů, dochází ke změně žádoucích konkurenčních vazeb a vztahů, což hospodářskou soutěž přirozeně narušuje. Ustanovení § 11 odst. 1 zákona proto zakazuje soutěžitelům v dominantním postavení zneužívat své postavení na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů. Předpokladem naplnění zmíněné skutkové podstaty je tedy a) existence dominantního postavení soutěžitele, b) zneužití dominantního postavení, a c) újma, jež dotčeným soutěžitelům nebo spotřebitelům vznikla v příčinné souvislosti s tímto jednáním.

Dominantní postavení

Prvním předpokladem pro posouzení jednání soutěžitele jako zneužití dominantního postavení je, že předmětný soutěžitel na vymezeném relevantním trhu skutečně dominantní postavení ve smyslu ustanovení § 10 zákona o ochraně hospodářské soutěže zaujímá. Vymezení relevantního trhu, včetně tržního podílu účastníka řízení v roce 2001, bylo provedeno na základě šetření a v podrobnostech popsáno na stranách 4 až 8 napadeného rozhodnutí. Pokud jde o předchozí roky 1997 – 1999, bylo šetřením Úřadu v rámci řízení S 7/00 zjištěno, že společnost LINDE již před spojením se společností AGA GAS spol. s r.o. zaujímala na trhu dodávek technických plynů v lahvích více než […*obchodní tajemství*...] % podíl (rozhodnutí Úřadu č.j. S 7/00-1150/00-210 ze dne 21. 7. 2000 v části Postavení spojovaných subjektů na trhu). Po uskutečnění předmětného spojení pak v roce 2000 podíl společnosti LINDE na trhu dosáhl až […*obchodní tajemství*...] %. Pokud jde o postavení účastníka řízení na relevantním trhu, ztotožňuji se s důvody uvedenými zejména na str. 8 napadeného rozhodnutí, které správní orgán prvního stupně vedly k závěru, že účastník řízení jako soutěžitel s vysokým podílem na trhu, rozsáhlou distribuční sítí a značnou ekonomickou silou, zaujímá na trhu dodávek technických plynů v lahvích dominantní postavení.

Zneužití dominantního postavení

Pro konstataci porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže je nezbytné dále prokázat, že soutěžitel svého dominantního postavení na trhu zneužil na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů. Na samotnou existenci dominantního postavení bez prokázání jejího zneužívání nelze totiž pohlížet jako na porušování zákona.

<u>a) Výlučné vazby</u>

Typickým příkladem zneužití dominantního postavení na trhu jsou závazky tzv. výlučného odběru, jejichž podstata spočívá v závazku zákazníka, jenž dal soutěžiteli s dominantním postavením na trhu, že bude odebírat celé spektrum nabízeného sortimentu či bude využívat služeb výlučně od tohoto dominantního soutěžitele, anebo že bude odebírat určité minimální množství služeb. K námitce účastníka řízení v rozkladu, že smlouvy o dodávkách neobsahují závazek k výlučnému odběru, přezkoumal jsem předmětná ustanovení smluv. Zjistil jsem, že bod 1. smlouvy o dodávkách technických plynů obsahuje

závazek zákazníka převážně následujícího znění: *„…. Zákazník se zavazuje odebírat svou celkovou spotřebu technických plynů, sjednanou touto smlouvou, výlučně od LINDE Technoplyn a.s. ….“* (ve spisu l. č. 65-66). Byť po uvedeném ustanovení smlouvy o dodávkách technických plynů následuje tabulka, která předpokládá mj. uvedení množství odběru, takový údaj většina smluv o dodávkách (cca 73 %) neobsahuje (ve spisu l. č. 398-399, 423-425). **Přitom doba, na kterou je smlouva uzavřena, je 1 – 5 let**, přičemž se smlouva pravidelně prodlužuje o další rok, pokud nebyla minimálně šest měsíců před jejím skončením písemně vypovězena. Pro posouzení námitky účastníka, že Úřad neprokázal závazek k výlučnému odběru v praxi, bylo třeba uvedený závazek vyložit dle úmyslu smluvních stran a tedy objasnit, jak jej vnímají zákazníci. Na základě výpovědí svědků (ve spisu např. l. č. 254-256, 257-258, 271-274), výkladu poskytnutého účastníkem řízení při ústním jednání dne 11. 10. 2002, že *„……závazek zákazníka se týká odběrů výlučnou formou celkové spotřeby technických plynů sjednaných v příslušné smlouvě……..“*, a rovněž dopisů, které účastník zasílal svým zákazníkům, např. společnosti Benešovské strojírny, a.s. (ve spisu l. č. 351-352) nebo společnosti Sládek, a.s. (ve spisu l. č. 353-354), bylo možno dospět k závěru, že se jedná o celkovou spotřebu bez ohledu na to, je-li ve smlouvě uvedeno množství odběru či nikoli.

Argument účastníka o neplatnosti smluv o dodávkách obsahujících předmětné ustanovení je v této souvislosti zjevně účelový, když cca 73 % smluv uzavřených v letech 1997 až 2002 sjednané množství odběru technických plynů neobsahovalo.

K námitce účastníka řízení, že závazky výhradního odběru byly chápány pouze ve vztahu k množství odběru sjednanému ve smlouvě, konstatuji, že ustanovení zavazující k výlučnému odběru, aniž by bylo uvedeno sjednané množství, jsou ve smlouvách na poskytnutí cenových plánů obsažena, jako součást dvoustranného závazkového vztahu jsou pro obě smluvní strany závazná, přičemž jejich dodržování je zajištěno v převážné většině smluv o dodávkách technických plynů povinností k úhradě smluvní pokuty ve výši 200 000 Kč při porušení některého ustanovení smlouvy. Z výpovědí obchodních zástupců nikterak nevyplývá, že jimi podaný výklad ustanovení bodu 1 smlouvy jako závazku k výhradnímu odběru se vztahuje pouze k těm smlouvám, v nichž minimální roční spotřeba byla uvedena.

Přezkoumal jsem rovněž námitku účastníka řízení, že v období od 1. 1. 2001 do 30. 9. 2002 odeslal pouze tři dopisy s výzvou k dodržování bodu 1 smlouvy o dodávkách. Byť by se jednalo jen o tři (kdy nelze vyloučit i další) takové dopisy, jimiž bylo plnění smlouvy vymáháno, potvrzují, že smlouvy o dodávkách obsahovaly v bodu 1. závazek zákazníka odebírat celkovou spotřebu technických plynů uvedených ve smlouvě výlučně od společnosti LINDE a že v uvedeném smyslu byly smlouvy takto vnímány i účastníkem řízení. Nelze v této souvislosti opomenout, že u většiny zákazníků výše smluvní pokuty převyšuje platbu za celkové množství jejich ročního odběru technických plynů (ve spisu l. č. 425). Uplatňování jakýchkoli sankcí společností LINDE vůči zákazníkům za porušení bodu 1. smlouvy o dodávkách pak nebylo prokázáno a tato skutečnost byla při ukládání pokuty zohledněna (strana 20 napadeného rozhodnutí).

Posoudil jsem dále účastníkem namítané pochybení při dokazování. Ze svědeckých výpovědí jsem zjistil, že ustanovení bodu 1. smluv o dodávkách je v praxi jak samotným účastníkem řízení vykládáno, tak i jeho zákazníky chápáno jako závazek k výlučnému odběru. Uvedenému výkladu nasvědčují i zjištěné listinné důkazy, zejména dopisy obsahující výzvu účastníka k dodržování bodu 1 smlouvy o dodávkách zákazníkem. Údaj o celkové spotřebě, jak účastník řízení uvedl, neobsahuje více než 70 % smluv o dodávkách technických plynů v lahvích. Lze proto mít odůvodněně za to, že údaj o roční spotřebě technických plynů je

pouze informativního charakteru, ve smlouvě uvedený za účelem plánování výroby účastníka řízení.

Zabýval jsem rovněž účastníkem tvrzeným nezohledněním praxe v Evropské unii týkající se technických plynů a konstatuji, že účastníkem zmíněná dohoda Evropské komise s výrobci technických plynů se vztahuje na dodávky technických plynů pomocí cisteren do zásobníků, on-site zařízení a potrubí. V dohodě se výslovně uvádí, že **klausule, jimiž se zákazník zavazuje krýt celou svou potřebu nebo určitý procentuální podíl své spotřeby všech plynů u jednoho dodavatele, jsou zakázány.** S ohledem na argumentaci výrobců bezpečností dodávek bylo nicméně přiznáno, že dodavatel smí mít v případě dodávek technických plynů do zásobníků právo plnění a údržby skladovacího zásobníku u svého zákazníka po dobu trvání smlouvy. Znamená to tedy, že chce-li zákazník spolupracovat s nikoli pouze jediným dodavatelem, musí mít více než jeden zásobník. Dohoda Evropské komise s výrobci technických plynů neupravuje zvláště dodávky technických plynů v lahvích, proto je nezbytné posuzovat tuto oblast na základě zákona o ochraně hospodářské soutěže a dle obecných pravidel daných rozhodovací praxí orgánů Evropské unie. Závazky k výlučnému odběru celkové, případně částečné spotřeby určitého zboží, jsou vnímány jako protisoutěžní ustanovení. Není vyloučeno, že zákazník odebírá technické plyny v lahvích od různých dodavatelů, když každý z dodavatelů plní technické plyny do vlastních lahví. Obdobná praxe při posuzování závazků k výlučnému odběru vyplývá i z rozhodnutí Evropského soudního dvora, např. rozhodnutí ve věci *Hoffmann - La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*, case 85/76, či rozhodnutí Soudu prvé instance ve věci *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd. v Commission of the European Communities*, case T-65/89, jak již bylo uvedeno na stranách 17–20 rozkladem napadeného rozhodnutí.

Újma

Ze všech shora uvedených důvodů mám proto za prokázané, že společnost LINDE zneužila svého dominantního postavení na trhu dodávek technických plynů v lahvích. V řízení nebyl prokázán úmysl účastníka řízení narušit hospodářskou soutěž na vymezeném trhu, je však nutno konstatovat, že samotná existence závazku k výlučnému odběru za současného stanovení smluvní pokuty za nedodržení podmínek smlouvy vedla k jejímu narušení. Tím byla způsobena újma jak spotřebitelům – zákazníkům společnosti LINDE, kteří byli omezeni v možnosti svobodného výběru dodavatele technických plynů, tak konkurentům účastníka, jimž se podstatně omezila možnost ucházet se o zavázaného zákazníka nabídkou dodávek technických plynů v lahvích v rovném konkurenčním prostředí. Tento způsob zavazování zákazníků se jeví pokud jde o protisoutěžní účinky jako zvlášť závažný vzhledem k množství uzavřených smluv, kdy z celkového počtu [*…obchodní tajemství...*] zákazníků s uzavřenými písemnými smlouvami o dodávkách technických plynů cca [*…obchodní tajemství...*] % odebírá technické plyny v lahvích (ve spisu l. č. 423-425), přičemž v cca 73 % případů z celkového počtu smluv o dodávkách v lahvích obsahujících současně závazek výlučnosti není uvedena sjednaná spotřeba (ve spisu l. č. 398-399). Újmu je tak možno kvantifikovat počtem postižených zákazníků, neboť závazky k výlučnému odběru byly obsaženy ve více než [*…obchodní tajemství...*] smlouvách se zákazníky.

Závěr

Na základě všech ve správním řízení provedených důkazů, výpovědí účastníka řízení, svědeckých výpovědí zejména obchodních zástupců účastníka řízení a jeho dopisů

zákazníkům, vyzývajícím k dodržování bodu 1 smlouvy o dodávkách, bylo ve správním řízení jednoznačně prokázáno porušení § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, a to **zakotvením závazku zákazníka odebírat celkovou svou spotřebu technických plynů uvedených ve smlouvě o dodávkách výlučně od společnosti LINDE.** Ustanovení o výhradním odběru zcela zjevně brání rozvoji konkurenčního prostředí, neboť zavázaný zákazník, a to formou výhradního odběru, nemůže ani část objemu svých odběrů technických plynů realizovat prostřednictvím jiných dodavatelů. Aplikace těchto závazků vedla k omezení odběratele ve volbě zdroje svých dodávek technických plynů, když jejich cílem bylo faktické a dlouhodobé připoutání si druhé smluvní strany. Ve vztahu ke konkurentům účastníka řízení byla vytvořena překážka vstupu na trh, což vedlo k upevnění pozice dominantního soutěžitele na trhu a tím k narušení hospodářské soutěže. Protisoutěžní charakter závazků k výlučnému odběru byl navíc umocněn tím, že společnost LINDE mohla kdykoliv uplatnit smluvní pokutu za jeho porušení. V podrobnostech pak odkazuji na vyjádření prvostupňového orgánu k podstatě výlučných vazeb a jejich protisoutěžnímu charakteru včetně odkazů na relevantní komunitární judikaturu, jak byla obsažena na stranách 17 – 20 rozkladem napadeného rozhodnutí.

Podotýkám, že soutěžitel v dominantním postavení principiálně nemůže ve smluvních vztazích s obchodními partnery uplatňovat ujednání o výlučném odběru. Tento princip potvrdil Evropský soudní dvůr v již shora citovaném případu *Hoffmann-La Roche*, kde byli odběratelé zavázáni k tomu, že se budou výlučně nebo ve stanoveném procentním poměru zásobovat u jmenované společnosti. Evropský soudní dvůr deklaroval, že tato ujednání jsou zneužitím dominantního postavení ve smyslu článku 82 Smlouvy o ES, neboť omezují, popř. zcela vylučují možnost výběru zdroje zásobování a jsou bariérou v přístupu soutěžitelů na trh. Podle Soudu I. instance (v případě T-65/89 ze dne 1. 4. 1993 *BPB*, s. 389) je efekt uzavření trhu v takřka absolutní podobě ve vztahu k novým konkurentům zřetelný zejména tehdy, je-li dominant ve velmi silném postavení.

Závazky výlučného odběru technických plynů od společnosti LINDE byly ve smlouvách o dodávkách technických plynů v lahvích zjištěny od roku 1997, konkrétně od 1. 2. 1997 (l. č. 278 v příloze spisu č. 1) až do roku 2002. K protiprávnímu, resp. protisoutěžnímu jednání, tj. k uzavření a následnému plnění smluv o dodávkách technických plynů v lahvích došlo dle zjištěných skutečností jak za účinnosti zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, tj. v době od uzavření jednotlivých smluv do 30. 6. 2001, tak za účinnosti zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů. Z tohoto důvodu jsem v nově změněném výroku deklaroval rovněž porušení ustanovení § 9 odst. 3 zákona č. 63/1991 Sb., neboť se jednalo o tentýž pokračující správní delikt. Z uvedeného důvodu bylo vymezení doby porušování zákona jednáním popsaným v 1. výrokové části napadeného rozhodnutí pod písm. a) zpřesněno.

b) Rozdílné cenové podmínky

Dále jsem přezkoumal zjištění prvostupňového orgánu ohledně uplatňování rozdílných podmínek ve smlouvách se zákazníky o dodávkách technických plynů při shodném nebo srovnatelném plnění. Zabýval jsem se přitom zejména důvody rozdílnosti cen účtovaných jednotlivým zákazníkům. Z podkladů ve správním spisu vyplynulo, že i když účastník řízení při stanovování cen za dodávky technických plynů vychází z ceníku technických plynů, nemá stanovena jednoznačná kriteria pro sjednávání cen odlišných od cen ceníkových. Existují sice pomocná kriteria, jak vyplynulo z výpovědi účastníka řízení (ve spisu l. č. 601-604), tato však

jsou aplikována dle uvážení jednotlivých obchodních zástupců účastníka řízení. Analýzou vzorku 53 smluv bylo zjištěno, že ceny sjednané účastníkem řízení s jeho zákazníky neodpovídají vymezeným interním pravidlům pro možnost odchýlit se od ceníkové ceny jednotlivých kategorií technických plynů stanovených ceníkem, když rozdíly mezi cenami jednotlivých zákazníků činí od cca 40 % do 100 % ceníkových cen. Posoudil jsem vysvětlení účastníka řízení k jeho postupu a veškeré provedené důkazy jak jednotlivě, tak ve všech souvislostech a dospěl k závěru, že účastník řízení neměl k tomuto jednání objektivní důvod. Důvody jím uváděné, např. snaha vyhovět svému zákazníkovi za všech okolností či že sjednaná cena je výsledkem dohody, mají ryze subjektivní charakter a důkazy tohoto typu by ostatně v daném řízení ani nemohly být prováděny a hodnoceny. Z tohoto pohledu se rovněž jeví nepřesvědčivě námitka účastníka řízení poukazující na přípustnost rozdílných cen. V řízení bylo totiž zjištěno, že ceny sjednané se zákazníky s obdobným ročním odběrem technických plynů se u jednoho výrobku, tedy u shodného plnění, odlišují až o 100 %. Navíc pak i z dodatečně předloženého dokumentu v závěru řízení (ve spisu l. č. 695-698) zaslaného Úřadu dne 20. 1. 2003, který obsahuje údaje o objemech odběrů jednotlivých technických plynů u vybraných 80 zákazníků, jak bylo účastníkem v rozkladu upřesněno (str. 12-13 a příloha 2 rozkladu): údaje o celkovém obratu zákazníků v letech 2001 a 2002 pouze vzhledem k technickým plynům uvedeným v tabulce (kyslík, acetylen, CO_2), je patrné, že vůči některým ze svých zákazníkům účastník řízení uplatňoval ceny za odběry technických plynů výrazně vyšší než u jiných zákazníků odebírajících taktéž technické plyny.

Shora uvedené a rozkladem doplněné tabulkové přehledy cen u šetřeného souboru zákazníků jsem vzhledem k nově poskytnutým údajům přezkoumal, a to v kategoriích zákazníků, jak byly účastníkem uvedeny. Z přehledů, ve kterých byly ceny uplatňované vůči jednotlivým zákazníkům posouzeny dle dosahované celkové výše odběru zákazníka (kategorie K1 – K3), vyplynulo, že do kategorie K3 (zákazníci s objemem odběru do […*obchodní tajemství*...] Kč) náleží pouze […*obchodní tajemství*...], z nichž ceny jednoho z těchto zákazníků jsou na úrovni nižší než 50 % ceníkových cen, ačkoli tento zákazník dosáhl ze zkoumaného souboru nejmenšího obratu za rok 2001. V kategorii K2 (zákazníci s objemem odběru nad […*obchodní tajemství*...] do […*obchodní tajemství*...] Kč), se ceny zákazníků nacházejí v rozmezí 36 – 96 % z ceníkových cen, ač účastník řízení udává rozpětí ceníkových cen cca […*obchodní tajemství*...] %. Lze konstatovat, že rozdílnost cen při shodném plnění dosahuje až 100 %, a to bez ohledu na obrat zákazníka. I když v kategorii K1 (zákazníci s objemem odběru nad […*obchodní tajemství*...] Kč) nebyl zjištěn tak zásadní cenový rozptyl, je možno vysledovat, že **zákazníci s výrazně vyššími obraty mají dohodnuty ceny vyšší než zákazníci s obraty např. šestinásobně nižšími**. Nejvýraznější cenové rozdíly mezi jednotlivými zákazníky se tedy projevily v kategorii K2, kdy v mnoha případech byly sjednány ceny nižší než ceny zákazníků v kategorii K1, přestože tito zákazníci odebírají mnohem menší objem technických plynů. Lze uzavřít, že i na základě nově předložených údajů nebylo možno dospět k závěru odlišnému, než jak bylo shora uvedeno.

Pokud jde o poukaz na přípustnost cenových rozdílů jako výsledku cenové soutěže s odkazem na rozhodnutí ESD ve věci *AKZO v. Komise* ES C-62/86, ÚL 1991 I, ze dne 3. 7. 1991, konstatuji, že v případu *AKZO* se jednalo o přípustnost uplatňování cenových rozdílů mezi různými kategoriemi klientů, které objektivně reflektovaly rozdíly v produkčních a dopravních nákladech souvisejících s objemem objednávek za rok, velikostí objednávky a jinými komerčními faktory. Z uvedeného rozhodnutí však nevyplývá, že cenové rozdíly mezi srovnatelnými kategoriemi zákazníků jsou přípustné jako obranná reakce proti jednání jiných soutěžitelů, jak dovozuje účastník řízení. Ani z účastníkem zmiňovaného rozhodnutí Evropské komise 88/138/EEC ze dne 22. 12. 1987 ve věci *Eurofix-Bauco/Hilti*, které se

zabývalo uplatňováním jednostranné a skryté politiky rozdílných slev pro podporované a nepodporované výrobce a dealery ve Velké Británii, nevyplývá, že praktika uplatňování rozdílných ceno

vých podmínek je přípustná, pokud se dominantní firma brání nízkým cenovým nabídkám ostatních soutěžitelů. Naopak, Komise konstatovala, že selektivní diskriminační cenová politika uplatňovaná dominantním soutěžitelem má diskriminační charakter vůči některým zákazníkům a destruktivní účinky na soutěž.

S odkazem na platný ceník a rozdělení zákazníků do tří cenových kategorií s přípustnými cenovými odchylkami při zohlednění nikterak výslovně definovaných kritérií účastník tvrdí, že má jednotná cenová pravidla. Přezkoumal jsem proto platný ceník účastníka řízení a zjistil, že při vlastním sjednávání ceny u zákazníků daná kategorizace (K1 – K3 dle předpokládaného ročního obratu zákazníka) dodržována není, jak ostatně dostatečně konkrétně vyplynulo z analýzy nově v rozkladu doplněných údajů provedené shora. Nelze odhlédnout od skutečnosti, že účastníkem stanovená cenová pravidla jsou pouze interní pomůckou pro obchodní zástupce pro sjednávání cen se zákazníky, aniž by byla stanovena jednotná cenová pravidla v rámci jednotlivých kategorií zákazníků. Uzavírám tedy, že cenová kritéria pro zákazníky navenek definována nejsou. V této souvislosti lze poukázat na shodné závěry Evropské komise, která v rozhodnutí 88/138/EEC ze dne 22. 12. 1987 ve věci *Eurofix-Bauco/Hilti* deklarovala zneužití dominantního postavení v případě politiky nižších slev pro nepodporované dealery, pokud není založena na kritériích kvantity a není jednotně uplatňována a objektivně nastavena. Komise tuto skutečnost **zdůraznila zvláště v případě, když jsou selektivní kritéria držena v tajnosti a jsou uplatňována jednostranně bez vysvětlení.**

Účastník řízení v příloze 3 rozkladu předložil výpočet průměrné ceny dosahované u jednotlivých kategorií zákazníků dle obratu a relativní odchylky od této průměrné ceny pro rok 2001. Přestože účastník v řízení připustil, že v jednotlivých kategoriích zákazníků se vyskytují odchylky (např. u kategorie K2 uvádí odchylku v rozmezí do [*…obchodní tajemství...*] % od ceníkových cen), z předložených přehledů seznamů cen zkoumaného souboru zákazníků vyplývá, že odchylka ceny dosahuje např. právě v kategorii K2 až 38,9 %, a to od průměrných cen této kategorie. Uvedený přehled tedy jednoznačně nasvědčuje závěru Úřadu, že účastník řízení uplatňuje výrazné cenové rozdíly vůči svým zákazníkům.

K námitce účastníka, že v řízení bylo provedeno srovnání pouze 53 smluv z celkového množství cca [*…obchodní tajemství...*] zákazníků s tím, že se nejedná o reprezentativní vzorek, neboť jde o zákazníky oslovené konkurencí, uvádím, že prvostupňový orgán vycházel při porovnávání cen jednotlivých zákazníků ze souboru smluv zajištěných při místním šetření v prodejních místech účastníka řízení. Při tomto šetření bylo zajištěno přibližně 220 smluv, z nichž 198 se týkalo dodávek technických plynů v lahvích. Zkoumaný vzorek 53 smluv byl vybrán zcela náhodně, pouze se zohledněním zákazníků, kteří uzavřeli smlouvu nebo cenový dodatek ke smlouvě v roce 2001 nebo 2002. Vzhledem k tomu, že zákazníků s uzavřenými cenovými podmínkami v roce 2001 bylo relativně málo, za účelem zachování maximální objektivity při porovnávání jednotlivých cen (srovnání cen ve smlouvách uzavřených ve shodném časovém období platnosti ceníků pro rok 2002) byly do konečného souboru vyčleněni pouze zákazníci, kteří uzavřeli smlouvu nebo cenový dodatek ke smlouvě v roce 2002. Zjištěné rozdíly mezi cenami za identické výrobky srovnatelných zákazníků (dle objemu odebraných výrobků) dostatečně prokázaly uplatňování rozdílných cenových podmínek vůči jednotlivým zákazníkům, jak posléze prvostupňový orgán v rozkladem napadeném rozhodnutí deklaroval.

Třebaže účastník řízení v rozkladu namítá, že se Úřad důvody těchto větších cenových odchylek nezabýval, jinak by zjistil, že se jedná o obrannou reakci vůči konkurenci, konstatuji, že v řízení bylo prokazatelně zjištěno, že neodůvodněně nižší ceny byly sjednány i se zákazníky, kteří nebyli osloveni konkurenční firmou. Selektivní cenová politika byla uplatňována bez jakýchkoli zřetelných pravidel, kdy určujícím kritériem byla vyjednávací pozice zákazníka. Obranná reakce proti cenám konkurence nikoli ve všech případech vedla k nabídce rozdílných, resp. nižších cen.

K námitce účastníka, že nebylo prokázáno, že zkoumané dodávky představovaly „shodné či srovnatelné plnění“, uvádím, že v řízení byly srovnávány ceny konkrétních výrobků účastníka označené výrobním číslem, tj. láhev s přesně vymezeným objemem naplněná konkrétním technickým plynem. Jednalo se tedy zjevně o shodné výrobky. Jako další kritéria ovlivňující výslednou cenu zohlednil prvostupňový orgán místní konkurenční prostředí (zóna 1 – Plzeňsko a Pardubicko se silnějším konkurenčním prostředím a tedy o cca 5 % nižšími cenami, zóna 2), objem odběru zákazníka (kategorizace zákazníků do skupin K1 – K3 se zohledněním množstevních slev založených na objemu odběru zákazníka), platební podmínky (interní pravidla nebyla účastníkem řízení předložena) a dopravní náklady (vyměňuje-li si zákazník lahve v prodejních místech sám, náklady s dopravou k zákazníkovi nevznikají).

Újma

Na základě shora uvedeného posouzení, kdy ani jediné z námitek účastníka nebylo možno přisvědčit, uzavírám, že správní orgán prvého stupně dospěl ke správnému závěru, že v případě dodávek technických plynů se jedná o shodné plnění, které ve smyslu ustanovení § 11 odst. 1 zákona dominantní soutěžitel nesmí jiným účastníkům trhu poskytovat za rozdílných podmínek, nemá-li k tomuto postupu objektivně ospravedlnitelné důvody. Takové důvody se v řízení neprokázaly. Zaujímá-li soutěžitel na trhu dominantní postavení, obecně platí, že jeho jednání nemůže být založeno na poskytování takových podmínek, jež si v dané situaci a na daném trhu může dovolit uplatňovat právě a pouze s ohledem na své dominantní postavení. Jestliže společnost LINDE ve smlouvách o dodávkách technických plynů uplatňovala rozdílné podmínky nikterak ospravedlnitelně odůvodněné, jedná se o porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže, působí-li toto jednání dominantního soutěžitele újmu spotřebitelům – zákazníkům účastníka řízení, kteří hradili ceny vyšší než zákazníci s obdobnými smluvními podmínkami. V této souvislosti pak neobstojí ani argument o likvidačním charakteru nemožnosti připuštění odchylek od ceníkových cen. Připouštím, že i dominantní soutěžitel má možnost přizpůsobit ceny konkurenci, stanovením cenovým rozdílů však nesmí docházet k neodůvodněné diskriminaci některých zákazníků, když u některých dodávek byly zjištěny několikanásobně vyšší marže za identické dodávky technických plynů. Tím účastník řízení dosahuje zisků na úkor zákazníků, kterým bez objektivně ospravedlnitelných důvodů nízké ceny neposkytl. Dospěl jsem tak k závěru, že jednáním účastníka řízení těmto zákazníkům újma způsobena byla.

Jednáním účastníka řízení však byla nepřímo způsobena újma i jeho konkurentům, když by museli překonávat na trhu technických plynů v lahvích bariéru v celkové výši minimálně 380 milionů Kč ročně. Na základě výběrového souboru uvedeného v prvostupňovém rozhodnutí bylo totiž zjištěno, u jakých zákazníků byl realizován obrat nižší a o kolik, než by odpovídalo kritériím, které stanovila společnost LINDE (tzn. u zákazníků s celkovým obratem do […*obchodní tajemství*...] Kč je možné snížit smluvní cenu od ceníkové ceny o

[…*obchodní tajemství*...] %, u zákazníků s celkovým obratem od […*obchodní tajemství*...] Kč do […*obchodní tajemství*...] Kč o […*obchodní tajemství*...] %, u zákazníků s obratem nad […*obchodní tajemství*...] Kč se cena stanovuje […*obchodní tajemství*...]). Byl vypočten celkový součet „nerealizovaných obratů“ výběrového souboru a vypočten jeho procentní podíl vzhledem k celkovému obratu šetřených technických plynů všech respondentů. Takto vypočtený procentní podíl byl vztažen k celkovému obratu společnosti LINDE realizovanému u technických plynů v lahvích v roce 2001. Výsledná suma minimálně ve výši 380 mil. Kč představuje sumu obratu, který společnost LINDE nerealizovala, neboť sjednávala se zákazníky ceny nižší než si stanovila ve vlastních interních kritériích. Uzavírám tak, že toto jednání způsobilo jednak újmu zákazníkům, kteří měli sjednány ceny za technické plyny v lahvích vyšší než jiní objemem odběru srovnatelní zákazníci a jednak újmu konkurentům LINDE, kteří pokud by chtěli usilovat o jeho zákazníky, byli by nuceni nabídnout ceny nižší než společnost LINDE a překonat finanční bariéru v celkové výši minimálně 380 milionů Kč ročně.

Závěr

Výsledkem praktikovaných smluvních ujednání byl rozdílný přístup k jednotlivým odběratelům, a to v závislosti na předchozím průběhu jednání a zjištěných okolnostech, kdy si společnost LINDE dokumentovala nabídky od svých konkurentů. Po posouzení jednotlivých důkazů, tj. jednotlivých smluv, jež jsou součástí spisového materiálu, a výpovědí svědků, lze dovodit, že cílem účastníka řízení bylo udržet si svého zákazníka, a to za cenového zvýhodnění v míře, jež si může dovolit pouze soutěžitel s dominantním postavením na relevantním trhu. Uvedené chování účastníka nemůže přispět ke zvýšení efektivity soutěžního prostředí, naopak vede k omezení soutěžního prostředí na újmu nejen některých ze zákazníků, avšak i ostatních soutěžitelů tím, že vytváří významnou bariéru pro rozvoj konkurenčního prostředí na relevantním trhu.

V obecné rovině konstatuji, že cena musí být stanovena objektivně, měla by pokrývat výrobní náklady a umožnit soutěžiteli v dominantním postavení generovat přiměřený zisk, a to v závislosti na charakteru jeho podnikatelské činnosti. Diskriminační ceny mohou být všeobecně považovány za zneužití dominantního postavení (rozhodnutí ESD 24/67 ze dne 29. 2. 1968 *Parke Davis*, s. 81), přičemž nejčastějším způsobem uplatňování diskriminačních cen jsou cenové rozdíly při prodeji identického zboží na stejném místě jednotlivým odběratelům. Tato koncepce zahrnuje i uplatňování preferenčních cen vůči některým klientům, jejichž cílem je připoutání si zákazníků ve větším rozsahu nebo i jejich odlákání od tradičních dodavatelů. Uvedené faktory jednání byly zjištěny i v případě společnosti LINDE. Jistě dovoleným by byl systém poskytování slev dle kvantity odebraného zboží, neboť jejich bázi tvoří objektivní a nediskriminační kritérium. Systém slev, aplikovaný účastníkem řízení, za účelem „připoutání“ si klientely, čímž jsou ostatní odběratelé diskriminováni, je však neslučitelný se zákonem o ochraně hospodářské soutěže. Shodné platí i v případě podobných nabídek činěných klientele soutěžitele – konkurenta s cílem „přetažení“ těchto odběratelů a přerušení jejich dosavadních obchodních vztahů s konkurenční společností. Veškeré formy zvýhodnění (slevy z ceny technických plynů či dalších služeb poskytovaných s dodávkami apod.) pak představují pro odběratele finanční výhodu. Takové slevy a výhody však nelze přiznat jen některým klientům, jedná-li se o shodné plnění. Sleva vždy musí být stanovena na základě objektivního důvodu, popřípadě musí být jinak akceptovatelně opodstatněna (rozhodnutí EK ze dne 2. 6. 1971 *GEMA*, L 134). V opačném případě jsou takové ceny neodůvodněným rozlišováním mezi jednotlivými odběrateli, čímž mají nesporně diskriminační povahu.

Ve správním řízení bylo zjištěno, že snahou účastníka řízení bylo prostřednictvím poskytování individuálních slev získat pro sebe zejména zajímavé a perspektivní odběratele nebo i získat zpět ztracené zákazníky. Tito odběratelé se pak zavázali odebírat exkluzivně a dlouhodobě technické plyny pouze od účastníka řízení jako poskytovatele těchto rabatů. Jde o způsob vázání si odběratele, a to i v případech, kdy k uzavření smlouvy dochází na základě žádosti samotného odběratele.

Zneužití spočívající v uplatňování diskriminačních cenových podmínek vůči zákazníkům zahrnuje mimo jiné i věrnostní rabaty a jiné klauzule (rozhodnutí Komise ze dne 2. 6. 1971 *GEMA* IV/26760, L 134. Tímto ujednáním jsou přímo nebo nepřímo poškozováni konkurenti dominantního soutěžitele. Právě cenovou diskriminací je nepřímo způsobována újma konkurentům dominanta, který snižováním své ceny nebo zlepšováním svých obchodních podmínek vůči vybraným odběratelům posiluje svou pozici na úkor konkurence. Takové zneužívání dominantního postavení nemusí být nutně bezprostředně nevýhodné pro jeho zákazníky, z dlouhodobého hlediska však k tomu vede (*Commercial Solvents*, ECJ March 6, 1974, 1974 ECR 223, 251; 1974-1 CMLR 309, 340-341.).

Důsledky takového jednání soutěžitele v dominantním postavení, které není zdůvodněno žádným reálným protiplněním, spočívají obdobně jako u komunitárním právem postihovaných tzv. věrnostních rabatů (fidelity rebates, např. v případech *Hoffmann-LaRoche*, *British Plasterboard* nebo *Soda Ash*), v připoutání si druhé smluvní strany k jeho poskytovateli, čímž vytváří překážky pro vstup na trh pro jiné konkurenty. Je-li takový rabat poskytován jen někomu, jde o zneužití tržního postavení. Rovněž např. v případu *Michelin* (OJ L 353, 9. 12. 1981) Evropská komise deklarovala zneužití dominantního postavení, když zjistila, že bonusy byly uplatňovány jako množstevní slevy pouze striktně individuálně pro každého odběratele. Rozmezí, v němž se bonusy pohybovaly, nebylo založeno na objektivních kritériích aplikovatelných na všechny odběratele. Efekt takových věrnostních rabatů spočívá v aplikaci nestejných podmínek za ekvivalentní plnění vůči různým odběratelům, podmíněně za slib či závazek odebírat pouze od jednoho konkrétního dodavatele v dominantním postavení. Jsou-li aplikovány dodavatelem v dominantním postavení, posuzují se jako zneužití dominantního postavení ve smyslu § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže, resp. v evropském právu porušení článku 82 Smlouvy o ES (*Hoffmann-La Roche*, ECJ Feb. 13, 1979, 1979 ECR 461, 539-540; 1979-3 CMLR 211, 289-290), neboť nejsou založeny na ekonomické transakci, která by takovou výhodu ospravedlňovala, ale jsou navrženy tak, aby omezily odběratele ve volbě zdroje svých dodávek, a zamezily jiným dodavatelům v přístupu na trh.

I v komunitárním právu platí ve smluvní politice soutěžitele – dominanta podmínka přiměřenosti, která musí být chápána extenzivně. Nesmí proto docházet např. k neoprávněným slevám, diskriminacím, vázaným obchodům apod. Kupř. i délkou smluvního vztahu lze zásadně ovlivňovat soutěžní podmínky tím způsobem, že dochází k faktickému připoutání odběratelů, či obecněji smluvních partnerů k soutěžiteli v dominantním postavení, čímž se jeho dominance zpravidla ještě výrazněji prohlubuje (rozhodnutí ESD 247/86 ze dne 5. 10. 1988 *Alsatel*, s. 5987).

Uvedená zjištění, jak bylo shora popsáno, vyplývají z cenových údajů obsažených ve smlouvách platných pro období roku 2002, které byly zajištěny při místním šetření. Jednoznačný závěr o tom, jaké cenové podmínky účastník řízení ve smlouvách o odběru aplikoval v letech předchozích nebylo možno učinit, neboť při místním šetření nebyl zajištěn

dostatečně velký soubor smluv se srovnatelnými objemy odběru technických plynů; z uvedeného důvodu se ve výroku rozhodnutí deklaruje zneužití dominantního postavení společností LINDE uplatňováním individuálních podmínek odlišných od interně vymezených pravidel vyplývajících z ceníku technických plynů, s cílem získat či udržet zákazníka na úkor konkurence tím, že přizpůsobuje podmínky pro uzavření smlouvy o dodávkách technických plynů v lahvích individuálním požadavkům konkrétního zákazníka, prokazatelně v roce 2002.

Předmět správního řízení

V další části rozkladu namítá účastník řízení procesní pochybení Úřadu, kdy v prvé řadě poukazuje na nedostatečně objasnění předmětu správního řízení. Ze spisu správního řízení jsem zjistil, že účastníku řízení bylo zahájení správního řízení oznámeno dopisem č.j. S 199/02-2180/02-VOI ze dne 11. 10. 2002, s vymezením předmětu správního řízení, cit: *„……narušení ustanovení § 11 zákona účastníkem správního řízení společností LINDE uzavíráním smluv, které obsahují závazek zákazníka odebírat celkovou spotřebu technických plynů výlučně od společnosti LINDE.“* Dne 21. 10. 2002 konalo ústní jednání, při němž účastník řízení k dotazům Úřadu objasnil smysl a účel ustanovení bodu 1. ve smlouvách o dodávkách technických plynů. Shodně byli dotazováni i v průběhu řízení vyslýchaní svědci, s jejichž výpověďmi byl účastník řízení seznámen při nahlížení do spisu. Mám tedy za to, že účastník byl s předmětem řízení dostatečně obeznámen, zvláště když z vlastní iniciativy dopisem ze dne 4. 12. 2002 poskytl Úřadu návrhy nového znění smluv o dodávkách technických plynů (ve spisu l. č. 564-572) pokud jde o závazek výlučného odběru s cílem napravit závadný stav.

Rozšíření předmětu správního řízení bylo účastníku řízení oznámeno dopisem Úřadu ze dne 12. 12. 2002, jako cit: *„……narušení ustanovení § 11 zákona účastníkem správního řízení společností LINDE uplatňováním rozdílných podmínek ve smlouvách se zákazníky o dodávkách technických plynů, při shodném či srovnatelném plnění.“* (ve spisu l. č. 589-590). K námitce účastníka o přílišné obecnosti rozšířeného předmětu řízení Úřad při následném ústním jednání konaném dne 3. 1. 2003 zkoumané jednání specifikoval jako *„uplatňování rozdílných podmínek ve smlouvách, zejména cenových, při shodném nebo srovnatelném plnění“*. Neměl-li účastník žádných dalších námitek, což ani ze spisu správního řízení nevyplývá, považoval prvostupňový orgán oprávněně za prokázané, že předmět řízení je účastníku znám. Podotýkám, že postup prvostupňového orgánu aproboval i Vrchní soud v Olomouci, když byť v jiné věci (rozhodnutí č.j. 2A 10/97) deklaroval, že cit.: *„……Není chybou, jestliže žalovaný v průběhu správního řízení upřesňoval předmět řízení, neboť k tomu nepochybně správní řízení slouží. Stěží si lze představit, jak by mohl žalovaný bez provedení důkazů přesně definovat předmět řízení před jeho zahájením, jestliže teprve řádně provedené důkazy mu umožní učinit si závěr o porušení zákona, o němž získal vědomost do zahájení toliko z podnětů, které nemusí exaktně vyjadřovat objektivní skutečnost……“* Námitkám účastníka řízení z uvedených důvodů nevyhovuji.

Součinnost správního úřadu s účastníkem řízení

Přestože účastník řízení namítá porušení zásady součinnosti ve smyslu ustanovení § 3 odst. 2 správního řádu ve spojitosti s § 33 odst. 1 správního řádu tím, že nebyl přizván k výslechům svědků a tudíž jim nemohl klást otázky, ze správního spisu vyplývá, že opakovaně nahlížel do spisu a byl tak prokazatelně seznámen mj. s obsahem výpovědí svědků. Ani v jediném případě však účastník v průběhu správního řízení nenamítl, že nebyl přizván k výslechu svědka ani nepožádal o opakované předvolání svědka tak, aby mu mohl

klást otázky. Takové námitky nebyly ze strany účastníka vzneseny ani při závěrečném seznámení se s podklady pro rozhodnutí a se způsobem jejich zjištění, které se uskutečnilo dne 28. 1. 2003 ve smyslu ustanovení § 33 odst. 2 správního řádu (ve spisu l. č. 715-716). Neuplatňoval-li účastník v průběhu řízení tato svá práva, lze námitku účastníka v rozkladu považovat za účelovou.

Zásada objektivní pravdy a přesvědčivosti rozhodnutí

Přezkoumal jsem dále účastníkem namítané porušení zásady objektivní pravdy a přesvědčivosti rozhodnutí a konstatuji, že bylo-li účelem správního řízení zjistit skutečný obsah ustanovení bodu 1. smlouvy o dodávkách technických plynů, vycházel prvostupňový orgán při jeho analýze zejména ze svědeckých výpovědí obchodních zástupců společnosti LINDE a dopisů účastníka jeho obchodním zástupcům vyzývajícím je k dodržování závazku zákazníka odebírat celkovou spotřebu technických plynů uvedených ve smlouvách o dodávce technických plynů výlučně od společnosti LINDE. K výpovědím zákazníků pak bylo přihlédnuto pouze podpůrně za účelem zjištění, zda i zákazníci chápou ustanovení bodu 1. smlouvy o dodávkách technických plynů jako závazek k výlučnému odběru či nikoli. Rovněž podpůrného charakteru bylo zajištění výpovědí obchodních zástupců konkurenčních společností o tom, zda se setkali s obavou zákazníků přijmout jejich výhodnější nabídku vzhledem ke smluvním podmínkám se společností LINDE. Tyto informace přispěly k objasnění technické stránky přechodu k jinému dodavateli technických plynů v lahvích. Uvedení těchto důkazů v napadeném rozhodnutí v zájmu co nejúplnějšího výčtu provedených důkazních prostředků považuji za odůvodněné.

Účastníkem zdůrazňovaný výslech pana Hrošíka prokázal to, jak zákazník společnosti LINDE vnímá ustanovení bodu 1 smlouvy, tj. závazek k výlučnému odběru. Byť by byla uvedená ustanovení smlouvy porušována, z pohledu soutěžního práva to nic nemění na skutečnosti, že se jedná o ujednání zakázaná zákonem o ochraně hospodářské soutěže.

Odpadnutí důvodu správního řízení

K námitce účastníka, že důvod správního řízení odpadl, když již v průběhu správního řízení začal ve smlouvách sjednané množství odběru technických plynů uvádět, jsem ze spisu správního řízení zjistil, že dopisem ze dne 4. 12. 2002 bylo Úřadu doručena interní směrnice společnosti LINDE ze dne 2. 12. 2002, určená jeho prodejcům, s návrhy nového znění vzorových smluv, a to s doporučením pro prodejce *„vždy, když je to možné, formou číselné hodnoty, uvést roční spotřebu u každého druhu plynu, jehož odběr zákazník požaduje“* (ve spisu l. č. 564 – 572). Ze spisu správního řízení pak již dále nevyplývá jakákoli informace o tom, že by tyto změny účastník řízení začal v době do vydání napadeného rozhodnutí uskutečňovat, případně v jakém rozsahu. Je možno dovodit, že zřejmě nikoli ve všech případech bude změnou ustanovení bodu 1. smlouvy o odběru dosaženo nápravy závadného stavu, když ze znění směrnice vyplývá doporučení uvést roční spotřebu u každého druhu plynu *„vždy, kdy je to možné“*, navíc zůstane-li zachováno stávající znění předmětného ustanovení smlouvy, a to: *„Zákazník se zavazuje odebírat svou celkovou spotřebu technických plynů, sjednanou touto smlouvou, výlučně……“* Odkazuje-li účastník řízení v této souvislosti na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 9. 11. 2001 č.j. R 3/2001, konstatuji, že ani v uvedeném případě nebylo ukončení protiprávního jednání ze strany účastníka správního řízení sp.zn. S 73/00 důvodem pro zastavení správního řízení, avšak ke zpřesnění vymezení doby porušování zákona.

Konstatuji dále, že při hodnocení závažnosti jednání účastníka řízení ve vztahu k uložení pokuty bylo přihlédnuto ke snaze účastníka o nápravu závadného stavu jako k významné polehčující okolnosti.

Pokuta

K námitkám účastníka řízení přezkoumal jsem závěry Úřadu týkající se uložené pokuty. Podle ustanovení § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže Úřad může uložit soutěžitelům, kteří úmyslně nebo z nedbalosti porušili zákaz stanovený mj. v § 11 odst. 1 zákona, pokutu do výše 10 000 000,- Kč nebo do výše 10 % z čistého obratu dosaženého za poslední ukončený kalendářní rok. Při rozhodování o výši pokuty Úřad přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce porušování zákona. Výše pokuty pak závisí na správním uvážení Úřadu v mezích stanovených zákonem o ochraně hospodářské soutěže.

Konstatuji, že ve správním řízení bylo nepochybně prokázáno, že účastník řízení svým jednáním, shora popsaným, zneužil dominantního postavení na trhu dodávek technických plynů v lahvích. I když ve správním řízení nebyl prokázán úmysl účastníka řízení narušit hospodářskou soutěž, nepochybně jde přinejmenším o nedbalost při dodržování pravidel hospodářské soutěže. Podmínky pro uložení pokuty tak byly splněny.

Z hlediska závažnosti porušení zákona bylo nezbytné zohlednit, že jednáním účastníka řízení bylo přímo dotčeno více než 5500 jeho zákazníků odebírajících technické plyny v lahvích na základě písemně uzavřené smlouvy, což je s ohledem na celkový počet zákazníků odebírajících technické plyny v lahvích ([…*obchodní tajemství*...]), resp. celkový počet zákazníků účastníka řízení (cca […*obchodní tajemství*...]), a vzhledem k významnému postavení účastníka řízení na vymezeném relevantním trhu, závažným porušením zákona o ochraně hospodářské soutěže, neboť má negativní dopad nejen na hospodářskou soutěž, ale zejména na jeho zákazníky – spotřebitele. Negativní dopady na soutěž byly zjištěny i pokud jde o uplatňování rozdílných cenových podmínek pro srovnatelné kategorie zákazníků, a to bez objektivně ospravedlnitelných důvodů, čímž byla způsobena újma těm zákazníkům, s nimiž byly dohodnuty ceny vyšší. Současné sjednání smluvní pokuty pro případ porušení závazků obsažených ve smlouvě pak působilo jako odstrašující element proti přechodu ke konkurenci.

Úřad uložil sankci v úhrnné výši 12 000 000 Kč, v níž zohlednil obě formy zakázaného jednání v jejich individuálních odlišnostech. Úřadem stanovenou výši pokuty tak shledávám jako přiměřenou závažnosti porušení soutěžních pravidel se zohledněním významu trhu technických plynů uplatňujících se v mnoha odvětvích průmyslové výroby, na němž k porušení zákona došlo, citelnému dopadu porušení zákona na hospodářskou soutěž, neboť jím byla vytvořena překážka rozvoje hospodářské soutěže na části trhu vymezené počtem postižených zákazníků, i tržnímu podílu a čistému obratu účastníka řízení.

K námitce nevyčíslení vzniklého užitku účastníka uvádím, že zákon o ochraně hospodářské soutěže nepředpokládá pro možnost uložení pokuty nutnost vzniku užitku na straně sankciovaného účastníka řízení. Pokud jde o dopady zakázaného jednání účastníka řízení na soutěž, poukazuji na své vyjádření shora.

Co se týče délky porušování zákona, pokuta byla ukládána za porušení výlučně zákona č. 143/2001 Sb., který je účinný od 1. 7. 2001. Vzhledem k tomu, že bylo jednání popsané v prvé výrokové části písm. a) napadeného rozhodnutí účastníku řízení prokázáno od roku 1997 do roku 2002, bylo možno na základě skutkových zjištění deklarovat rovněž porušení

ustanovení § 9 odst. 3 zákona č. 63/1991 Sb., jak již bylo uvedeno shora, zdůrazňuji však v souvislosti s uložením pokuty, že porušení dříve platného zákona sankcí ve správním řízení č.j. S 199/02 stiženo není. V podrobnostech odkazuji dále na odůvodnění výše uložené pokuty, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí (strany 22 – 23).

Z rozhodovací činnosti Evropské komise je patrno, že k prokázání nedbalostní formy zavinění postačuje prokázat „absenci nezbytného stupně opatrnosti“ při předběžném posouzení souladu uzavřené dohody se soutěžními pravidly. V situaci, kdy se protiprávního jednání dopustil soutěžitel s významným, dominantním postavením na trhu, který byl obeznámen s právem hospodářské soutěže a byl si vědom závažnosti následků v případě jeho porušení, lze podle Komise (rozhodnutí ve věci č. 27/76 *United Brands v. EC Commission*, ECR 1978, s. 207) přímo presumovat existenci nedbalostní formy zavinění.

Uzavírám tedy, že prvostupňový orgán při ukládání pokuty podle § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže dostatečně přihlédl k závažnosti porušení povinností účastníka správního řízení č.j. S 199/02, míře jeho zavinění, jakož i k okolnostem, za nichž k porušení povinností došlo. Postup prvostupňového orgánu proto považuji za souladný s pravidly logického usuzování, když předpoklady takového úsudku byly zjištěny zákonným procesním postupem. Námitkám účastníků řízení v tomto směru proto nepřisvědčuji, neboť mám za to, že Úřad při stanovení výše pokuty nevybočil ze zákonem stanovených mezí správního uvážení.

Závěr

Po přezkoumání celého rozkladem napadeného rozhodnutí, kdy jsem všechny zjištěné skutečnosti hodnotil jak jednotlivě, tak v jejich vzájemných souvislostech, jsem neshledal v postupu orgánu prvního stupně žádných věcných či procesních pochybení, jež by odůvodňovala zrušení tohoto rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání a rozhodnutí, případně zastavení správního řízení ve věci. Ve správním řízení č.j. S 199/02 bylo zajištěno dostatečné množství relevantních důkazů, na základě nichž bylo deklarováno, že účastník řízení porušil ustanovení § 11 zákona o ochraně hospodářské soutěže tím, že zneužil svého dominantního postavení na relevantním trhu dodávek technických plynů v lahvích, jak bylo v podrobnostech popsáno shora. Napadené rozhodnutí č.j. S 199/02-438/03-ORP jsem proto ve 2. a 3. výrokové části věcně potvrdil, 1. výrokovou část změnil tak, jak je shora uvedeno, a dále pouze z jazykového hlediska zpřesnil 4. výrokovou část rozkladem napadeného rozhodnutí.

Uzavírám tedy, že po přezkoumání věci v celém rozsahu jsem ze všech shora uvedených důvodů a na základě návrhu rozkladové komise rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u č e n í

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle ustanovení § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěž

Rozhodnutí obdrží:

LINDE TECHNOPLYN a.s.
U Technoplynu 13241
198 00 Praha 9

JUDr. Martin Nedelka, Ph.D.
advokát
AK GLEISS LUTZ v.o.s.
Jugoslávská 29
120 00 Praha 2

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 12. 10. 2004 a stalo vykonatelným dle jednotlivých výrokových částí.