Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
Joštova 8, Brno
Došlo: 19 -01- 2007
01287/2007/300
Číslo: 16050/2004 Vyřizuje:
Přílohy:

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Tesáka, Ph.D., a soudců Mgr. et Ing. et Bc. Radovana Havelce a JUDr. Davida Rause, Ph.D., v právní věci žalobce společnosti **SAZKA, a.s.**, se sídlem Praha 9, K Žižkovu 851, právně zastoupeného prof. JUDr. Zdeňkem Češkou, CSc., advokátem v Praze 1, Dlouhá 39, proti žalovanému **předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, Joštova 8, o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu,

takto:

I. Žaloba **se zamítá**.

II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

Žalobou podanou u Krajského soudu v Brně dne 30.8.2005 se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí žalovaného ze dne 8.7.2005, č.j. R 5/2004, jakož i jemu předcházejícího rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 23.1.2004, č.j. S 189/03-430/04-ORP.

Prvostupňové rozhodnutí

Shora zmiňovaným rozhodnutím prvostupňového orgánu bylo vysloveno, že žalobce k újmě jiných soutěžitelů – smluvních partnerů – zneužil svého dominantního postavení na trhu provozování okamžitých loterií (stíracích losů) ve smyslu § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, a o změně některých zákonů, ve znění

platném pro projednávanou věc (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže"). Dle výroku I. rozhodnutí se žalobce tohoto jednání dopustil tím, že od měsíce února roku 2002 uzavíral se svými smluvními partnery Smlouvu o obstarávání služeb (uzavíranou dle § 269 odst. 2 obchodního zákoníku), která v čl. V., písm. A, bod 9 obsahovala ustanovení, dle kterého
„V případě, kdy skončí splatnost jednoho balíčku losů stanovená akciovou společností SAZKA, je obstaravatel povinen neprodleně aktivovat další balíček stejného druhu losů okamžité loterie bez ohledu na to, zda již doprodal všechny losy z předchozího balíčku. Nesplnění těchto povinností může být důvodem k odstoupení od smlouvy ze strany akciové společnosti SAZKA" a dále ustanovení uvedené v čl. V. písm. B, bod 2, dle kterého „Obstaravatel může vrátit losy z aktivovaných balíčků pouze v případě ukončení platnosti okamžité nebo peněžité loterie nebo ukončení obstaravatelské činnosti obstaravatele, a to vždy jen losy, které nebyly dosud uvedeny ve vyúčtování." Výrokem II bylo žalobci jednání popsané pod bodem I., s odkazem na § 11 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže, do budoucna zakázáno. Výrokem III byla žalobci, za shora popsané jednání, uložena, ve smyslu ust. § 22 odst. 2 citovaného zákona, pokuta ve výši 12.000.000,- Kč, splatná ve lhůtě 15 dnů od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Konečně výrokem IV byl žalobce (na základě ust. § 23 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže) zavázán provést opatření k nápravě, a to informováním dotčených podnikatelských subjektů o vydání tohoto rozhodnutí (zejména jeho výrokové části) a dále k provedení změn předmětných smluvních ustanovení tak, aby již neobsahovaly ustanovení obsahující povinnost obstaravatelů aktivovat v případě, kdy skončí splatnost jednoho balíčku losů, další balíček losů stejného druhu okamžité loterie bez ohledu na to, zda již doprodal všechny losy z předchozího balíčku.

Jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, správní řízení v dané věci bylo zahájeno na základě podnětů a stížností, a to zejména ze strany obstaravatelů žalobce, které obsahovaly indicie o možném porušení ust. § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Poté, co podal charakteristiku žalobce, konstatoval prvostupňový orgán jednotlivá ustanovení Smlouvy o obstarávání služeb (dále též „Smlouvy"), uzavírané mezi žalobcem a jeho obstaravateli (v rozhodné době jich bylo přibližně 7.051), obsahující kromě neloterijní a jiné loterijní činnosti, i prodej okamžitých loterií. Smlouva v čl. V.A stanovuje povinnosti obstaravatele, zejména způsob provedení objednávky losů, převzetí dodávky losů, vysvětlení, jaký los se považuje za vadný, a podobně. V bodě 9 tohoto článku je obsažena povinnost obstaravatele „před vlastním zahájením prodeje losů vždy aktivovat každý balíček losů, právě určený k prodeji (...) obstaravatel se zavazuje mít po celou provozní dobu aktivován minimálně jeden balíček losů z každé okamžité loterie, jíž má akciová společnost SAZKA v dané době k dispozici. V případě, kdy skončí splatnost jednoho balíčků losů (...) je obstaravatel povinen neprodleně aktivovat další balíček stejného druhu losů okamžité loterie bez ohledu na to, zda již doprodal všechny losy z předchozího balíčku. Nesplnění této povinnosti může být důvodem k odstoupení od smlouvy ze strany akciové společnosti SAZKA". Z článku V.B dále vyplývá, že obstaravatel může vrátit neaktivované balíčky losů v celém období platnosti jednotlivé okamžité nebo peněžité loterie, a to po dohodě se společností SAZKA. V bodě 2 uvedeného článku je upraveno vrácení losů z aktivovaných balíčků tak, že „Obstaravatel může vrátit losy z aktivovaných balíčků pouze v případě ukončení platnosti okamžité nebo peněžité loterie nebo ukončení obstaravatelské činnosti obstaravatele, a to vždy jen losy, které nebyly dosud uvedeny ve vyúčtování. Ze Smlouvy dále vyplývá povinnost obstaravatelů prodávat losy jen z aktivovaných balíčků. Dále prvostupňový orgán shrnul výsledky provedeného šetření, kdy vycházel především z informací poskytnutých žalobcem (viz dále), dále z informací získaných od celkem 22 obstaravatelů žalobce a též ze sdělení a svědeckých

výpovědí konkrétních obstaravatelů. Pokud jde o důkazy posledně zmiňované, správní orgán z nich především dovodil, že obstaravatelé vykonávají pro žalobce veškerou obstaravatelskou činnost, přičemž nemají vliv na množství, sortiment a splatnost dodávaných losů. Losy z aktivovaných balíčků, které se do doby ukončení loterie nepodařilo prodat a u nichž uplynula doba jejich splatnosti pak žalobce v praxi odmítal vzít zpět.

Pokud jde o právní posouzení věci, prvostupňový orgán především vymezil relevantní trh po stránce věcné jako „trh provozování okamžitých loterií (stírací losy)"; po stránce časové a geografické jako „trh trvalý" a „celostátní". Dle jeho názoru nejsou též pochybnosti v tom směru, že žalobce na takto vymezeném relevantním trhu zastává dominantní postavení, což v odůvodnění rozhodnutí podrobněji zdůvodnil. Pokud jde o popis důsledků aplikace předmětných smluvních ustanovení, prvostupňový orgán především uvedl, že první zásilka losů musela být ze strany obstaravatelů povinně odebrána, a to v rozsahu a množství určeném žalobcem. Následně bylo povinností obstaravatelů jednotlivé druhy losů aktivovat, a to aktivací balíčku; každý balíček losů má žalobcem určenou dobu splatnosti. Po uplynutí této doby, popřípadě i dříve, je-li balíček vyprodán, bylo povinností obstaravatele aktivovat nový balíček. Současně s uplynutím doby splatnosti balíčku obstaravatel (po odečtení své provize) hodnotu balíčku žalobci zaplatil (bez ohledu na to, zda byly všechny losy z balíčku vyprodány či nikoli). V případě, kdy dojde k ukončení konkrétní loterie či ukončení obstaravatelské činnosti jednotlivých obstaravatelů, mohly být žalobci vráceny toliko balíčky dosud neaktivované a dále pak aktivované losy, u nichž však dosud neuplynula doba splatnosti. Losy z aktivovaných balíčků, u nichž uplynula již doba splatnosti a které se do této doby nepodařilo prodat tak zůstávaly obstaravatelům, a to bez možnosti prodat je konečným zákazníkům, či vrátit žalobci. K takto popsaným skutečnostem prvostupňový orgán uvedl, že samotná povinnost obstaravatelů mít neustále aktivován jeden balíček všech druhů stíracích losů lze, z hlediska požadavku na udržení nabízeného sortimentu žalobce konečným spotřebitelům, považovat za obhajitelný. Nic taktéž nevytkl požadavku na prodej losů jen z aktivovaných balíčků. Za nepřiměřené smluvní podmínky však již považuje povinnost obstaravatelů aktivovat nový balíček losů vždy při uplynutí doby splatnosti balíčku předcházejícího, bez ohledu na to, zda byl tento balíček již fakticky prodán (a to pod sankcí vypovězení všech obstaravatelských služeb), ve spojení s nemožností vrácení losů z aktivovaných a vyúčtovaných balíčků i v případě ukončení loterie či obstaravatelské činnosti. Této možnosti si přitom žalobce byl prokazatelně vědom, a to i přes existenci jím deklarovaných mechanismů, které jim měly čelit (jako přiměřenost lhůt splatnosti, informovanost obstaravatelů, či možnost aplikace mimořádných opatření ve smyslu čl. V.B bodu 5 Smlouvy. Tato skutečnost vyplývá i z upozornění uvedených v informačním bulletinu žalobce; v praxi se tak i prokazatelně stalo, jak vyplývá z některých provedených svědeckých výpovědí. Situaci obstaravatelů zhoršuje, dle názoru správního orgánu, též rozsah a obsah žalobcem distribuované dodávky losů, jakkoli žalobce tento způsob odůvodňuje logistickými důvody s tím, že tyto dodávky byly řešeny vždy individuálně a pro většinu obstaravatelů byla doba splatnosti určena výrazně delší, než je reálná doba prodeje losů.

S ohledem na uvedené skutečnosti tedy prvostupňový orgán konstatoval, že argumentaci žalobce o nutnosti povinnosti obstaravatele aktivovat další balíček losů po uplynutí doby splatnosti předchozího balíčku nelze přisvědčit. Zajištění stálého a kompletního sortimentu losů na provozovnách je totiž realizováno již prostřednictvím povinnosti mít aktivovaný minimálně jeden balíček losů z každé okamžité loterie, kterou má žalobce v dané

době k dispozici a závazek k dalším aktivacím po době splatnosti (bez ohledu na fakticky realizované prodeje losů) jen nepřiměřeně zatěžuje obstaravatele a v některých případech jim i prokazatelně působí újmu. Obstaravatelům jsou tímto způsobem potenciálně vázány jejich finanční prostředky, které by mohli jiným způsobem využít ve prospěch svého podnikání a nemají též záruku, že se jim povinně aktivované neprodané losy podaří vůbec do konce platnosti loterie prodat či následně vrátit. Tím obstaravatelé fakticky zastupují konečné spotřebitele a žalobce má tímto způsobem garantován příjem z prodeje losů, bez ohledu na jeho úspěšnost. Takto by si žalobce nemohl počínat, pokud by nebyl na daném relevantním trhu v dominantním postavení; tohoto postavení (a omezení z něj plynoucích) si přitom musel být prokazatelně vědom, neboť v minulosti byl již orgánem dohledu za obdobné jednání postižen. Pokud jde o zjištěnou újmu, tu prvostupňový orgán spatřuje ve výrazném přenášení obchodního rizika souvisejícího s provozováním okamžité loterie z žalobce na obstaravatele; pokusil se též o kvantifikaci přímých škod způsobených jednotlivým obstaravatelům a o odhad celkově takto vzniklé újmy. S ohledem na všechny tyto skutečnosti proto uzavřel, že zdůvodnění existence předmětných závazků, jako prostředků k zajištění stálého a kompletního sortimentu losů a snaze „vychovat" prodejce k tomu, aby si uvědomili specifičnost tohoto produktu, nutnost jeho prezentace a jeho aktivní nabídky, nelze přijmout. Obdobného účinku je totiž možné dosáhnout rovněž patřičnou motivací obstaravatelů, například přiznáváním bonusů k odměně, přiznávaných na nediskriminačním základě vůči všem obstaravatelům. Jednání žalobce, spočívající v uzavírání smluv obsahujících závazek obstaravatelů po skončení splatnosti balíčku losů neprodleně aktivovat další balíček stejného druhu losů okamžité loterie bez ohledu na to, zda již doprodal všechny losy z předchozího balíčku, to vše pod sankcí odstoupení od smlouvy ze strany žalobce při nerespektování tohoto závazku a neumožnění vrátit neprodané losy z aktivovaných balíčků, jež prošly vyúčtováním, lze považovat za zneužití dominantního postavení žalobce na trhu provozování okamžitých loterií, neboť předmětná ustanovení Smlouvy, týkající se okamžitých loterií, jsou nepřiměřené a nefér ve vztahu ke smluvním partnerům žalobce a mohou jim ve svém důsledku způsobit též újmu.

Pokud jde o výši uložené pokuty, prvostupňový orgán (z hlediska kriterií pro její uložení) především zohlednil dlouhodobé a velmi výrazné postavení žalobce na daném relevantním trhu. Konstatoval dále, že předmětné smluvní podmínky byly vypracovány žalobcem a obstaravatelům dány již jen k podpisu s tím, že nedodržení těchto ustanovení bylo sankcionováno možností odstoupení od smlouvy, což by pro obstaravatele představovalo též ztrátu možnosti provozování i dalších loterijních či neloterijních činností spojených se žalobcem. Jako další přitěžující okolnost žalobce vyhodnotil nikoli zanedbatelnou délku porušování zákona, i fakt, že žalobce si byl prokazatelně vědom svého dominantního postavení na trhu. K otázce zavinění prvostupňový orgán uvedl, že prokázána byla toliko nedbalost. Vypořádal se též s otázkou ekonomické situace žalobce z pohledu přiměřenosti ukládané sankce. Vycházel přitom z výše zjištěného čistého obratu za rok 2002, přičemž uzavřel, že výše ukládané sankce splní všechny zákonné funkce a nebude současně pro žalobce likvidační.

Druhostupňové rozhodnutí

Výrokem 1. bylo prvostupňové rozhodnutí ve výroku I. změněno ve smyslu vypuštění článku V.A, bodu 9 Smlouvy (tedy povinnosti aktivovat balíčky losů okamžité loterie při ukončení splatnosti balíčku předchozího, bez ohledu na to, zda byl tento balíček již beze zbytku vyprodán) jakožto jednání protisoutěžního charakteru. Výrokem 2. byl zákaz pokračování v protisoutěžním jednání, uložený výrokem II. prvostupňového rozhodnutí,

potvrzen. Pokuta uložená prvostupňovým rozhodnutím ve výši 12.000.000,- Kč (výrok III.) byla rozhodnutím žalovaného v bodu 3. změněna na částku 1.200.000,- Kč; výrokem 4. došlo též k upřesnění a modifikaci uloženého nápravného opatření (výrok IV. prvostupňového rozhodnutí) ve smyslu provedené změny výroku ad. I).

V odůvodnění tohoto rozhodnutí žalovaný především podrobně konstatoval obsah podaného rozkladu. K žalobcem namítané neexistenci soutěžních vztahů mezi ním a jeho obstaravateli konstatoval, že pojem „soutěžitel" (ve smyslu jeho zákonné definice, uvedené v § 2 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže) je nutno vykládat extensivně, nikoli jen ve smyslu přímých konkurentů. Ve vzájemném střetu se tak mohou nacházet i subjekty přímo si nekonkurující. Toto pojetí přitom odpovídá i praxi Evropské komise, jak vyplývá i z jejího sdělení 2000/C 291/01 (dále též „Sdělení"). Z obsahu tohoto Sdělení se podává, že rozhodujícím faktorem při hodnocení, zda lze článek 81 odst. 1 Smlouvy o založení Evropských společenství (dále též „SES") použít, je finanční či obchodní riziko, které obchodní zástupce nese ve vztahu k činnostem, pro které byl zmocnitelem zmocněn; otázka rizika musí být hodnocena případ od případu, v závislosti na skutečné hospodářské situaci. Pro závěr o neexistenci soutěžního vztahu mezi společností a jejími obchodními zásuptci by měla být splněna celá řada podmínek, mimo jiné i právo zástupce vrátit kdykoli neprodané zboží zmocniteli, a to bez jakýchkoli poplatků. O takový případ se však v posuzovaném případě nejedná.

K otázce prokázání existence nepřiměřených smluvních podmínek Smlouvy žalovaný především popsal, co je, ve smyslu § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, považováno za zneužití dominantního postavení na trhu, a to zejména pokud jde o jednu z jeho forem – uplatňování nepřiměřených podmínek vůči smluvním partnerům. Uvedl dále, že předpokladem pro zjištění, že došlo k porušení zákona, je rovněž prokázání újmy způsobené jiným soutěžitelům či spotřebitelům, respektive prokázání, že jednání dominantního soutěžitele mělo nepříznivé účinky pro bezprostředně dotčené soutěžitele, a tím za následek narušení soutěžního prostředí. Pokud jde o smluvní ustanovení, jejichž aplikace měla vést ke zneužití dominantního postavení žalobce, žalovaný, na rozdíl od orgánu prvého stupně, považoval za akceptovatelné nejen ustanovení zavazující obstaravatele mít neustále aktivovaný minimálně jeden balíček losů každé okamžité loterie, ale též ustanovení, dle kterého jsou obstaravatelé povinni aktivovat další balíček po uplynutí splatnosti balíčku předchozího, a to bez ohledu na to, zda byly losy z tohoto balíčku již beze zbytku vyprodány. Zde žalovaný přisvědčil argumentaci žalobce, dle které je takový postup nutný, neboť obstaravatelé smluvní ustanovení ohledně povinnosti mít aktivovaný vždy minimálně jeden balíček losů každé loterie nedodržují. Žalobce se totiž údajně v praxi často setkával s tím, že obstaravatelé prodávali losy z balíčku, který neaktivovali a k aktivaci tak došlo až v okamžiku, kdy některý z kupujících uplatňoval výhru. Se závěry prvostupňového orgánu se žalobce nicméně ztotožnil, pokud jde o ustanovení Smlouvy, které neumožňuje obstaravatelům vrátit neprodané losy z aktivovaných balíčků, u nichž již uplynula doba splatnosti. Ztotožnil se též s jeho názorem, že žalobce si musel být této eventuality vědom a že v důsledku aplikace tohoto ustanovení vznikla některým obstaravatelům též reálná újma. Uzavřel, že žalobce shora popsaným způsobem přenášel na obstaravatele své obchodní riziko; námitky ohledně neukázněnosti některých obstaravatelů lze akceptovat pouze v případě povinnosti aktivovat vždy nový balíček losů, nikoli však již v případě nemožnosti vyúčtované losy vrátit. Možnost nevratné losy setřít pak nelze považovat za adekvátní náhradu vložených investic s ohledem na nejistotu jejich návratnosti. Újma obstaravatelů tak byla prokázána

nejen ve formě nepeněžité, spočívající v přenosu obchodního rizika, ale rovněž peněžité, když u tří obstaravatelů situace ohledně nemožnosti vyúčtované losy vrátit skutečně nastala.

Pokud jde o namítanou procesní vadu řízení, žalovaný uvedl, že jednotliví podnikatelé mají právo, v souladu s § 17 obchodního zákoníku, označit skutečnosti související s jejich podnikem, za obchodní tajemství. Toto právo se nepodřizuje procesním právům ostatních účastníků řízení, uvedeným v § 23 odst. 1 a § 33 odst. 2 správního řádu; vždy je proto třeba individuálně zohlednit soukromoprávní zájem na ochraně obchodního tajemství na straně jedné a veřejnoprávní zájem účastníků řízení účinně se hájit. V dané věci tedy orgán prvého stupně nepochybil, pokud informace získané od třetích osob (subjektů odlišných od žalobce), označené těmito subjekty za obchodní tajemství nezpřístupnil, pokud svou podstatou splňovaly zákonné podmínky ochrany obchodního tajemství. Veškeré relevantní informace, jež měly či mohly mít opodstatnění z hlediska porušení zásady účinného hájení práv a povinností účastníka řízení, byly přitom žalobci zpřístupněny.

K žalobcem rozporované výši uložené pokuty žalovaný uvedl, že, s ohledem na změnu ve vymezení protisoutěžního jednání, muselo nutně dojít i k moderaci uložené pokuty. Žalovaný nadto přisvědčil argumentaci žalobce, pokud jde o adekvátnost pokuty uložené prvostupňovým orgánem. Zde konstatoval, že orgánem prvého stupně uložená pokuta byla ve zcela zjevném nepoměru ke zjištěné výši újmy, neboť ta byla zjištěna toliko v případě tří obstaravatelů, z celkového počtu cca 4.000. Při ukládání pokuty je třeba hodnotit závažnost protisoutěžního jednání, v dané věci tedy uplatňování nepřiměřených podmínek, a to nikoli odděleně od kontextu celého smluvního vztahu a kvantitativního poměru všech různých činností vykonávaných obstaravateli, jakož i ke skladbě obratu vyplývajícího z obstaravatelské činnosti. S ohledem na tyto důvody proto žalovaný přistoupil k moderaci pokuty na částku 1.200.000,- Kč, kterou shledal jako přiměřenou daným okolnostem věci.

Žalovaný se v odůvodnění svého rozhodnutí vyjádřil konečně též k důvodům, které ho vedly ke změně nápravného opatření uloženého výrokem IV prvostupňového rozhodnutí. Zde uvedl, že provedená změna reflektuje změnu výroku I prvostupňového rozhodnutí, přičemž prvostupňový orgán opomněl uložit nápravné opatření stran článku V. B, bodu 2 Smlouvy.

Žaloba

Dle názoru žalobce oba správní orgány v projednávané věci především nezohlednily fakt, že žalobce a jeho obstaravatelé nejsou navzájem v konkurenčním vztahu. V rámci distribuční sítě žalobce jde o vztah mandanta a mandantáře, kdy obě strany navenek vystupují jako jediný soutěžitel. Obstaravatelé se řídí pokyny a zájmy žalobce, jednají jeho jménem a na jeho účet; jde o vztah kontroly, kdy dominantní postavení nemůže být zneužito vůči jinému subjektu, náležejícímu do stejného ekonomického celku. Principy uvedené ve Sdělení, na které se žalovaný odkazoval, lze, dle názoru žalobce, skutečně v dané věci aplikovat, žalovaný však tyto principy nesprávně interpretoval. Dle bodu 12 Sdělení je pro rozhodnutí, zda je na vztah obchodních zástupců a zastoupeného použitelný čl. 81 odst. 1 SES (tedy jedná-li se o jediného soutěžitele), rozhodující skutečně finanční nebo obchodní riziko, které obchodní zástupce nese ve vztahu k činnostem, pro které byl zastoupeným zmocněn. Klíčový pro posouzení vztahu obchodního zástupce a zastoupeného je nicméně bod 15 Sdělení, dle kterého smlouva o obchodním zastoupení nespadá pod čl. 81 odst. 1 SES, pokud obchodní zástupce nenese žádné, popřípadě pouze zanedbatelné riziko ve vztahu ke smlouvám uzavřeným či negociovaným jménem zastoupeného a ve vztahu k investicím specifickým pro dané pole působnosti. V takových případech je totiž prodejní či nákupní funkce obchodního

zástupce pouze jednou z aktivit zastoupeného, byť je obchodní zástupce samostatným podnikatelem. Bod 16 Sdělení, na které se žalovaný odvolává, potom obsahuje rizikové závazky obchodního zástupce, jejichž převzetí obchodním zástupcem by mohlo vést k aplikaci čl. 81 odst. 1 SES. Jedním (a v dané věci jediným) závazkem tohoto druhu má být nemožnost obstaravatele bez dalšího vrátit žalobci neprodané zboží. Tento závěr je chybný, a to ze dvou důvodů. Nereflektuje především míru rozložení rizika mezi žalobce a jeho obstaravatele, kterým žalobce poskytuje veškerou servisní, materiálovou a obchodní podporu, spojenou pro něj s vysokými náklady a investicemi. Losy zůstávají navíc až do jejich prodeje konečnému zákazníkovi ve vlastnictví žalobce; je to tedy žalobce, kdo nese obchodní a finanční riziko s prodejem předmětných losů. Druhým důvodem je fakt, že existence rizikového smluvního ustanovení může pouze vést k aplikaci soutěženeprávních předpisů, což bez dalšího nutně neznamená jejich porušení. Takové závěry nelze dovodit jen z naplnění formálních znaků protisoutěžního jednání bez zhodnocení kontextu celé věci, jak byl popsán výše. Nelze též nevidět, že nemožnost vrácení losů se týká jen losů aktivovaných a vyúčtovaných, přičemž zde existuje systém pojistek (viz dále), aby k takové situaci v praxi vůbec nedošlo.

I za situace, kdy by bylo lze dovodit existenci konkurenčního vztahu mezi žalobcem a jeho obstaravateli, čl. V.B, bod 2 Smlouvy nelze považovat za nepřiměřenou smluvní podmínku, ve smyslu § 11 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže. Oba správní orgány především přehlíží fakt, že doba splatnosti balíčku je nastavena individuálně (dle předchozích prodejů na jednotlivých prodejních místech), přičemž je přidáván týden navíc; je zde tedy nízká pravděpodobnost, že by ke shora popsané situaci v praxi vůbec mělo dojít. Druhou pojistkou zabraňující nemožnosti obstaravatelů vrátit žalobci některé neprodané losy, je možnost doprodávat losy ze starších balíčků, i když byl již aktivován balíček nový. Dojde-li vůbec k této situaci, je nepravděpodobné, že se tak stane opakovaně a nelze tak důvodně předpokládat, že by se neprodané losy obstaravatelům hromadily a zbyly by mu tak po ukončení loterie losy nevratné. I kdyby se tak v praxi stalo, po dohodě s obstaravateli mohla být splatnost balíčku prodloužena. S ohledem na tyto pojistky by taková situace v praxi nastat prakticky neměla. Pokud se tak skutečně u několika obstaravatelů stalo (většina vyslýchaných svědků to však nepotvrdila), jde to spíše na vrub nesplnění jejich smluvních povinností, nikoli špatné prodejnosti losů, neboť jinak by se s takovým problémem nepochybně potýkali i jiní obstaravatelé. Žalovaným zmiňovaný přenos ekonomického rizika je v rámci distribuční sítě žalobce pojmově vyloučen. Mohlo by o něj jít pouze tehdy, pokud by náklady distributora byly stanoveny nezávisle na obchodní úspěšnosti distribuovaného výrobku. Tak tomu ovšem v daném případě není, neboť doba splatnosti se stanoví individuálně a náklady distributora (zde určené prostřednictvím doby splatnosti) jsou stanoveny právě na základě obchodní úspěšnosti daného výrobku. Navíc nelze přehlédnout, že splatnost balíčku byla zavedena v důsledku soustavného porušování smluvní povinnosti ze strany obstaravatelů, kteří (v rozporu se Smlouvou) neregistrovali prodej každého losu. Ekonomickým rizikem je přitom nejistota úspěšnosti obchodní transakce, nikoli však důsledek porušení smluvní povinnosti. Žalovaným nebyla taktéž vůbec zohledněna ospravedlnitelnost zařazení předmětného ustanovení do Smlouvy. Jeho smyslem totiž bylo zajistit, aby obstaravatelé nevraceli žalobci losy, které již v jeho účetnictví figurují jako prodané. Zavedení splatnosti a vyúčtování balíčku bylo jediným ekonomicky přijatelným způsobem, jak zabránit prodeji losů bez jejich evidence a odvádění tržeb za ně. Pokud by k tomuto řešení nebylo přistoupeno, nemotivovalo by to obstaravatele prodávat losy z již expirovaných balíčků, což by vedlo k nárůstu neprodaných losů a k růstu administrativních

nákladů žalobce spojených s jejich vracením. Obstaravatelé by vraceli losy pravděpodobně až po ukončení loterie a vracení peněz za neprodané losy by vedlo ke zkreslování již publikovaných účetních údajů.

Další důvod nezákonnosti rozhodnutí žalovaného spatřuje žalobce v nepřezkoumatelnosti jeho závěrů o naplnění všech znaků skutkové podstaty § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Dovodil-li orgán dohledu, že žalobce zneužil svého dominantního postavení uplatňováním nepřiměřených smluvních podmínek vůči svým obchodním partnerům, šlo by o jednání subsumovatelné pod § 11 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže. Součástí této skutkové podstaty je existence nápadného nepoměru vynucovaného plnění k poskytovanému protiplnění. Existencí tohoto nápadného nepoměru se však oba správní orgány vůbec nezabývaly; soustředily se naopak na prokázání vzniku újmy na straně obchodních partnerů. Existence újmy je však pro posouzení deliktní odpovědnosti, ve smyslu shora citovaného zákonného ustanovení, irelevantní. I kdyby snad měla tato skutečnost být zhodnocena, žalobce upozornil, že možná újma byla shledána u zcela zanedbatelného zlomku jeho obstaravatelů přičemž navíc její důvody byly bez dalšího hledány pouze na straně žalobce. Jelikož tedy nebyla prokázána existence nápadně nepřiměřených podmínek vnucovaných obstaravatelům, nebyla, dle názoru žalobce, naplněna skutková podstata § 11 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže. Pokud nejsou naplněny podmínky zvláštní skutkové podstaty správního deliktu, je vyloučeno, aby byla naplněna generální klausule.

Žalobce dále vyjádřil nesouhlas se závěry žalovaného, dle kterého se postihovaného jednání dopustil vědomě a úmyslně. Dle názoru žalobce by pro takový závěr muselo být prokázáno, že žalobce obstaravatelům nepřiměřené podmínky vnucoval a že tímto způsobem chtěl narušit hospodářskou soutěž. Nic z toho však v řízení před oběma správními orgány prokázáno nebylo.

Žalobou je dále namítána skutečnost, že výrokem IV. druhostupňového rozhodnutí je zavazován k něčemu, co z povahy věci nemůže sám splnit. Tímto výrokem je mu totiž, jakožto nápravné opatření, ukládáno upravit stávající znění Smluv ve smyslu zde uvedeném; tato změna je však odvislá i od vůle smluvních partnerů – obstaravatelů.

Dle názoru žalobce bylo řízení před prvostupňovým orgánem stiženo též těžkou procesní vadou, spočívající v odepření práva seznámit se s kompletním obsahem správního spisu, s odkazem na ochranu obchodního tajemství. Takový postup představuje omezení práva žalobce na účinnou obhajobu; konečné rozhodnutí přitom významně zasahuje do sféry subjektivních práv žalobce. O možnosti nahlížení do správního spisu, včetně částí obsahujících skutečnosti označené jako obchodní tajemství, pojednává rozsudek Vrchního soudu v Olomouci ze dne 30.8.1999, č.j. 2 A 4/99-46, z něhož plyne, že není důvod považovat soukromoprávní zájem na ochraně obchodního tajemství za nadřazený právům veřejným; zde zásadám, na nichž je založeno správní řízení. Pokud se účastník řízení nemůže k určitým podkladům vyjádřit, nemůže vyloučit tendenční a selektivní přístup správního orgánu při obstarávání a hodnocení skutkových podkladů.

Žalobou je konečně namítána zjevná nepřiměřenost uložené pokuty, a to zejména s poukazem na fakt, že případný dopad jednání žalobce na hospodářskou soutěž byl zcela zanedbatelný. V této souvislosti žalobce, pro případ, že by rozhodnutí žalovaného nebylo zrušeno, navrhl, aby soud využil svého moderačního práva a uloženou pokutu podstatně snížil, či od jejího uložení zcela upustil.

Procesní stanoviska účastníků před rozhodnutím soudu

Žalovaný ve svém vyjádření k věci především podrobně zopakoval, z jakého skutkového stavu věci při rozhodování vycházel. Z důvodů uvedených již v žalobě odmítl tvrzení o neexistenci soutěžního vztahu mezi žalobcem a jeho obstaravateli. Shodně s odůvodněním napadeného rozhodnutí se vyjádřil k otázce existence dominantního postavení žalobce na trhu provozování okamžitých loterií a formě jeho zneužití. Pokud jde o žalobcem tvrzený systém pojistek, zdůraznil, že doba splatnosti (tj. doba, jejímž uplynutím má obstaravatel povinnost celý balíček losů bez ohledu na to, zda již všechny losy prodal či nikoli, žalobci zaplatit), je stanovována, jak ostatně vyplývá z vyjádření samotného žalobce, jednostranně, a to právě žalobcem. K otázce (ne)neprokázání zavinění žalobce ve formě přímého úmyslu žalovaný uvedl, že tuto formu zavinění považuje za prokázanou, a to zejména s ohledem na obsah informačního bulletinu žalobce č. 11/03 a dále s přihlédnutím ke skutečnosti, že Smlouva byla vypracována jednostranně žalobcem a takto předložena k podpisu obstaravatelům. Žalobou rozporované znepřístupnění všech podkladů pro rozhodování žalovaný taktéž označil za nedůvodné. Odkázal přitom na ustanovení § 32 odst. 1 správního řádu, dle kterého je povinností správního orgánu úplně a přesně zjistit skutečný stav věci a za tím účelem si opatřit potřebné podklady pro rozhodnutí. V případě, kdy jsou tímto podkladem i skutečnosti chráněné obchodním tajemstvím, jde o nalezení souladu mezi právy garantovanými, právem soukromým a právem veřejným. Pokud jde o informace o distribučních systémech konkurentů žalobce, tyto žalovaný posuzoval v intencích zákonných znaků obchodního tajemství uvedených v ust. § 17 obchodního zákoníku, přičemž shledal, že splňují podmínky dle tohoto ustanovení zákona. Jejich znepřístupnění žalobci proto nelze považovat za porušení jeho procesních práv. Pokud jde o namítanou nepřiměřenost uložené pokuty, žalovaný poukázal na skutečnost, že ta byla uložena na velmi nízké úrovni a v této výši plní nejen represivní ale též preventivní funkci. Ze všech uvedených důvodů proto navrhl, aby žaloba byla soudem jako nedůvodná zamítnuta.

Dne 8.12.2005 obdržel soud od žalobce repliku k vyjádření žalovaného. Žalobce v ní v zásadě zopakoval a dále rozvedl svou argumentaci uplatněnou již v žalobě. Nad tento rámec (v bodě VIII. repliky) poukázal na skutečnost, že má-li být znění článku V.B, bodu 2 Smlouvy neplatné *ex tunc* (§ 39 Občanského zákoníku), není zřejmé, proč má být tento *de iure* neplatný právní úkon rušen. Žalobce dále zopakoval, že i nadále trvá na skutečnostech v žalobě uvedených a navrhuje, aby rozhodnutí žalovaného bylo zrušeno.

Soud si dále od žalovaného vyžádal předložení kompletního spisového materiálu k věci se vztahujícího. Po jeho prostudování zjistil, že obsahuje všechny podklady na které se účastníci řízení odvolávají; součástí správního spisu jsou též originály obou napadených správních rozhodnutí i rozklad žalobce (v něm žalobce uvedl v zásadě stejné důvody nezákonnosti, jako v nyní projednávané žalobě).

Právní posouzení věci soudem

Krajský soud v Brně přezkoumal napadená správní rozhodnutí, jakož i řízení předcházející jejich vydání, a to v rozsahu jejich napadení žalobou (§ 71 odst. 1 písm. d) soudního řádu správního – dále jen „s.ř.s.“, § 75 odst. 2 věta první s.ř.s.).

Žaloba není důvodná.

První skupinou žalobních námitek je tvrzena neexistence konkurenčního, respektive soutěžního vztahu mezi žalobcem a jeho obstaravateli. Zde považuje soud především za nutné předeslat, že souhlasí s názorem prvostupňového orgánu i žalovaného, dle kterého je pojem „soutěžitel", ve smyslu zákonné definice uvedené v § 2 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, nutno vykládat extensivněji. Podstatné přitom je, že nelze ztotožňovat pojmy „soutěžitel" a „konkurent", neboť zákon v citovaném ustanovení nehovoří o konkurenčním vztahu (respektive účasti v konkurenci), ale o vztahu soutěžním (lhostejno, zda horizontálním, vertikálním, či konglomerátním). Soutěžiteli jsou tedy i subjekty, které si přímo nekonkurují (tedy nesoupeří o obchodní příležitost); postačí zde i jen možnost existence jejich protichůdných zájmů při jejich vlastní hospodářské činnosti (při současné nebo alespoň potenciální možnosti ovlivnit hospodářskou soutěž na určitém relevantním trhu).

Rozhodovací praxe orgánů rozhodujících na komunitární úrovni dnes již zcela stabilně vymezuje případy, kdy je soutěžní vztah mezi dvěma či více subjekty pojmově vyloučen. Jedná se především o případy vzájemné závislosti. Může jít o závislost v právním významu, tedy o případy „mateřského subjektu" a jeho organizačních složek, odštěpných závodů apod. Dále může jít o případy, kdy určitý subjekt vykonává svou činnosti výlučně k uspokojování osobních potřeb a konečně o závislost v ekonomickém významu, tedy o vztahy mezi kontrolujícím a kontrolovaným subjektem („Intra Enterprise doktrína"). V případě posledně zmíněném jde o situaci, kdy kontrolující subjekt může, alespoň nepřímo (prostřednictvím svého vlivu v kontrolovaném subjektu), ovlivňovat konkrétní soutěžní počínání jiného subjektu na trhu (tedy jeho rozhodování ohledně soutěžního chování). Zde je nutno zdůraznit, že nejde o případy, kdy se jeden ze subjektů musí určitým způsobem na trhu chovat v důsledku smluvních závazků, které na sebe dobrovolně převzal. Takový výklad by, v hraničním případě, mohl vyloučit způsobilost jakéhokoli konsensuálního projevu vůle být kvalifikován jako zakázaná dohoda (§ 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže), právě s odkazem na neexistenci soutěžního vztahu, což jen ilustruje neudržitelnost takového pojetí.

V projednávané věci se o žádný ze shora uvedených případů, z pohledu vztahu žalobce a jeho obstaravatelů, nejedná. Jakkoli totiž mohou být konečnými spotřebiteli vnímáni jako non-konkurenční subjekty (což je ostatně zcela příznačné pro vertikální smluvní vztahy, z pohledu konečných spotřebitelů), nelze nevidět, že jde o právně i fakticky na sobě nezávislé subjekty (které nejsou kapitálově či personálně propojeny) a které mohou (při respektování svých závazků plynoucích ze smluvních vztahů) sledovat vlastní podnikatelské zájmy a vyvíjet samostatnou podnikatelskou činnost. Pokud je žalobou dále zpochybňována interpretace Sdělení provedená oběma správními orgány, soud se nejdříve zabýval jeho použitelností na danou věc. Zde je nutné zdůraznit, že sdělení Evropské komise nejsou pramenem komunitárního práva, nýbrž jen interpretačními vodítky, sloužícími k jeho správné aplikaci. Nelze též přehlédnout, že obsahem tohoto Sdělení jsou pokyny k vertikálním omezením; nevztahuje se tedy k otázce zneužívání dominantního postavení na trhu. I přes tyto výhrady lze, dle názoru soudu, obsah předmětného Sdělení jakožto interpretační pomůcku v projednávané věci připustit, neboť Smlouva uzavíraná mezi žalobcem a jeho obstaravateli (jejíž ustanovení byla posouzena jako zneužití dominantního postavení na trhu) je svou povahou dohodou vertikální a obecné principy týkající se posuzování těchto dohod v míře, jak učinil žalovaný, jsou použitelné nepochybně i zde.

Pokud jde o samotnou interpretaci článků uvedených v části II.2., Sdělení argumentaci žalobce lze nepochybně přisvědčit v tom, že dohoda o obchodním zastoupení by skutečně zásadně pod režim čl. 81 odst. 1 SES neměla spadat, tedy že vztahy mezi jejími kontrahenty by neměly být zásadně považovány za vztahy soutěžní. Dle čl. 13 Sdělení je *„rozhodujícím*

faktorem při hodnocení, zda lze čl. 81 odst. 1 použít, finanční či obchodní riziko, které obchodní zástupce nese ve vztahu k činnostem pro které nebyl zmocnitelem zmocněn." Dle čl. 14 se „*v první řadě jedná o rizika přímo se vztahující ke smlouvám sjednaným či uzavřeným obchodním zástupcem ve prospěch zmocnitele (...) Zadruhé existují rizika spojená s investicemi do určitého trhu.*" Jak se podává z čl. 15, „*dohoda o obchodním zastoupení (...) nespadá pod čl. 81 odst. 1, pokud obchodní zástupce v daném oboru činnosti ve vztahu ke smlouvám uzavřeným a nebo sjednaným ve prospěch zmocnitele a ve vztahu k investicím do určitého trhu nenese žádná rizika, nebo jsou tato rizika zanedbatelná.*" Otázka rizika, jak vyplývá z čl. 16, musí být hodnocena individuálně. Zde Komise „*vychází z toho, že obecně se čl. 81 odst. 1 nebude vztahovat na povinnosti uložené obchodnímu zástupci v souvislosti se smlouvami sjednanými a nebo uzavřenými ve prospěch zmocnitele, kdy smluvní zboží nakoupené či prodané není ve vlastnictví obchodního zástupce, nebo pokud obchodní zástupce sám neposkytuje služby sjednané ve smlouvě.*" Mezi další, v čl. 16 příkladmo uvedené (viz čl. 17) případy, kdy vztah obchodního zastoupení nebude posuzován jako vztah soutěžní, spadá (mimo jiné) i případ, kdy obchodní zástupce „*může neprodané zboží vrátit zmocniteli bez jakýchkoli poplatků vyjma případů, kdy je obchodní zástupce odpovědný za vadu.*"

Právě poslední zmiňovaná podmínka, tedy možnost vrátit neprodané zboží „zmocniteli" bez jakýchkoli poplatků, v projednávané věci evidentně splněna není. Formální naplnění této podmínky (navozující možnost aplikace soutěžního práva) připouští i sám žalobce, byť má za to, že není splněna po stránce materiální. Poukazuje přitom na skutečnost, že je to on, kdo nese riziko spojené s prodejem losů, a taktéž na systém pojistek, které mají zabránit možnosti vzniku situace, kdy obstaravatelům zbudou losy, které nemohou odprodat konečným spotřebitelům ani vrátit žalobci. Poukazuje konečně i na skutečnost, že obchodním rizikem se rozumí nejistota úspěšnosti obchodní transakce, nikoli však porušení smluvních vztahů ze strany obstaravatelů; takové riziko přitom nese opět pouze žalobce. S tímto názorem soud nesouhlasí. Ze shora opakovaně citovaných ustanovení Smlouvy je zcela zřejmé, že pokud se obstaravateli nepodaří všechny losy z povinně aktivovaných balíčků do doby ukončení loterie či ukončení obstaravatelské činnosti prodat, nemůže je prodat konečným spotřebitelům ani vrátit žalobci, v důsledku čehož mu tyto losy zůstanou. V tomto rozsahu na něj tedy plně dopadá riziko ve smyslu bodu 13 a bodu 14 Sdělení, a to právě z důvodu nemožnosti „neprodané zboží vrátit zmocniteli" (bod 16 Sdělení). Na tomto závěru nic nemění ani žalobcem zmiňovaný systém pojistek, které by měly této situaci předcházet. Odhlédne-li soud od skutečnosti, že některé pojistky reálně žádnými pojistkami nejsou (např. možnost prodloužení splatnosti balíčků, která není smluvně zakotvena jako nároková), nelze akceptovat tvrzení žalobce, že předmětná situace musí nutně nastat jako důsledek špatné obchodní strategie obstaravatele či snad dokonce porušení jeho smluvních povinností (viz dále). Dovolávají-li se oba účastníci jakožto interpretačního vodítka Sdělení, pak nelze přehlédnout výše již citovaný požadavek na individuální hodnocení případu (bod 16 věta první). Zde se onen individuální přístup projevuje v tom, že posuzovaný vztah je vztahem mezi dominantem a jeho smluvními obstaravateli, přičemž jde o posuzování jeho možného zneužití dominantního postavení, nikoli o posuzování rizikovosti vertikální dohody jako takové. Je přitom zcela nesporné, že na chování soutěžitele v dominantním postavením je soutěžním právem nahlíženo vždy přísněji, neboť jeho dominance je imanentně spojena s přísnější právní reglementací jeho chování. Jinými slovy, na chování soutěžitele v dominantním postavení na trhu jsou kladeny přísnější požadavky, a tedy jednání, které by u jiného soutěžitele bylo ještě shledáno jako soutěžně konformní, může být u soutěžitele

v postavení dominantním posuzováno již jako deliktní. Obě správní rozhodnutí ostatně na tuto charakteristiku žalobce opakovaně poukazují a soud se s těmito závěry plně ztotožňuje.

Pokud jde dále o tvrzení, že čl. V.B. bod 2 Smlouvy není nepřiměřenou smluvní podmínkou, zde soud především konstatuje, že způsob, jakým se s touto otázkou vypořádaly oba správní orgány považuje za zcela správný a v otázkách, o kterých nebude podrobněji pojednáno dále, odkazuje na odůvodnění obou rozhodnutí.

Jakkoli soud nehodlá bagatelizovat (výše již opakovaně zmiňovaný) soubor pojistek, nelze přijmout žalobcovo tvrzení, že tyto pojistky, při dodržování smluvních závazků ze strany obstaravatelů, zcela eliminují možnost vzniku situace, kdy obstaravatelům zbudou losy, které nebude možné prodat konečným spotřebitelům ani vrátit žalobci. Bez ohledu na skutečnosti výše již uvedené považuje soud za vhodné poukázat na tomto místě zejména na fakt, že žaloba zcela přehlíží jiné aspekty věci, na které poukazují napadená rozhodnutí, jakožto na aspekty protisoutěžního chování. Jde především o skutečnost, že předmětné smluvní ustanovení, stejně jako ostatní součásti Smlouvy, byly vypracovány žalobcem a jednotlivým obstaravatelům předkládány bez možnosti provádění individuálních korektur; šlo o situaci, kdy obstaravatel byl postaven před možnost přijmout smluvní podmínky tak, jak jsou mu předloženy, nebo rezignovat na možnost provádění obstaravatelských služeb pro žalobce. Dalším významným aspektem je oktrojovaný charakter první dodávky losů, kdy jednotliví obstaravatelé nemohli ovlivnit druhy a množství dodávaných losů. Nadto je třeba uvést, že žalobci nepřísluší posuzovat, co je prospěšné pro podnikání jiných podnikatelských subjektů; obstaravatelé, jak již bylo opakovaně výše konstatováno, jsou samostatnými podnikatelskými subjekty, se svými individuálními podnikatelskými preferencemi. Podstatné přitom je, že žalobce se nachází na daném trhu v dominantním postavení (blížícím se postavení monopolnímu), s čímž je spojena přísnější reglementace jeho chování, jak již bylo taktéž opakovaně výše konstatováno. Za ničím nepodložené a spekulativní považuje soud tvrzení žalobce, že došlo-li v praxi k situaci, kdy obstaravateli zbyly losy, které nemohl prodat konečným spotřebitelům ani žalobci vrátit, nejde o nedostatečnost či selhání nastavených pojistek, ale o výsledek nedodržení smluvních povinností těchto obstaravatelů. Tato situace může být v praxi vyvolána celou řadou příčin, které mají svůj původ mimo rozhodovací sféru obstaravatelů; může jít i o důvody stojící na straně žalobce, jako například nesprávné nastavení první dodávky balíčků losů jednotlivých loterií. Přisvědčit nelze též argumentaci, dle které je přenos ekonomického rizika z žalobce na obstaravatele pojmově vyloučen, neboť pod tímto pojmem je nutno chápat nejistotu úspěšnosti obchodní transakce. K tomu sluší pouze uvést, že jde o zcela zjednodušenou interpretaci ekonomické kategorie rozhodování firem na trhu; podrobnější rozbor této otázky je pak věcí ekonomické teorie (mikroekonomie), nikoli otázkou právní. S uvedeným úzce souvisí též poukaz žalobce na údajnou ospravedlnitelnost předmětného smluvního ujednání, z pohledu ochrany oprávněných ekonomických zájmů žalobce, ve vztahu k chování jeho smluvních partnerů (obstaravatelů). I přes jistou plausibilitu jeho tvrzení (jak byla popsána výše) není vyvrácen závěr obou správních orgánů, že žalobcem nastavený systém může v praxi vést k situaci, kdy jsou finanční prostředky obstaravatelů vázány v dosud neprodaných, žalobci však již zaplacených losech, stejně jako k situaci, kdy žalobci budou zaplaceny losy z aktivovaných balíčků, které obstaravatel do doby ukončení loterie či ukončení své obstaravatelské činnosti nestačil prodat konečným zákazníkům (zde orgán prvého stupně správně dovodil, že obstaravatel při nemožnosti tyto losy vrátit žalobci fakticky zastupuje konečné spotřebitele, a žalobce tak získá finanční prostředky i za losy, které se konečnému spotřebiteli nepodařilo prodat). Žaloba konečně zcela přehlíží závěr (dle názoru soudu velmi významný) prvostupňového orgánu, že motivace obstaravatelů k dodržování podmínek Smlouvy a k co největší aktivitě

při prodeji losů konečným spotřebitelům, bylo lze dosáhnout jinými, soutěžně konformními způsoby. Lze tedy uzavřít, že ani této skupině žalobních námitek soud nepřisvědčuje.

Žalobou je dále namítána nepřezkoumatelnost závěrů o naplnění všech znaků skutkové podstaty § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže s ohledem na skutečnost, že se orgán dohledu vůbec nezabýval otázkou nápadné nepřiměřenosti předmětného smluvního ustanovení (jakožto pojmového znaku skutkové podstaty uvedené v § 11 odst. 1 písm. a zákona), přičemž se zabýval pouze otázkou vzniklé újmy, která však pojmovým znakem skutkové podstaty deliktního jednání není. K této námitce soud uvádí, že jednotlivé případy uvedené pod písmeny a) – g) v § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže představují toliko příkladmý výčet chování soutěžitele v dominantním postavení, které lze považovat za jeho zneužití. Generální klausule uvedená ve větě první citovaného ustanovení tak může být naplněna i bez toho, že by byly splněny všechny pojmové znaky některého z případů uvedených pod písmeny a) – g). Pokud se tedy orgán dohledu rozhodl, že se nebude zabývat naplněním podmínek uvedených v § 11 odst. 1 písm. a) zákona, nebylo jeho povinností prokázat, že vnucování nepřiměřených smluvních podmínek bylo v nápadném nepoměru k poskytovanému protiplnění, jak se domnívá žalobce. Pokud totiž konstatoval existenci dominantního postavení žalobce, popsal podstatu je ho unfair jednání v hospodářské soutěži (determinovaného právě tímto postavením) a identifikoval i újmu, která tímto počínáním vznikla na straně jiných účastníků trhu, a dovodil-li tak naplnění podmínek generální klausule, nelze tomuto postupu, v rovině obecné, ničeho vytknout.

Jde tedy pouze o posouzení, zda soud může tento závěr správního orgánu aprobovat.

Dle názoru soudu to možné je. Soud se ztotožňuje se závěrem obou správních orgánů, že ve shora popsaném jednání žalobce lze spatřovat unfair prvek, překračující oprávněné zájmy žalobce při hájení jeho podnikatelských aktivit na trhu, tedy aktivit, které by jinak musely být tolerovány. Jde totiž o jednání, které by žalobce fakticky nemohl realizovat, pokud by si nebyl vědom svého dominantního postavení na trhu. Při posouzení věci z pohledu § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže tu není rozhodující toliko skutečnost, jaké podmínky žalobce vůči svým smluvním partnerům uplatňoval, ale především o způsob, jakým žalobce celkově postupoval, vědom si nepochybně své tržní síly. Žalovaným popsané jednání obsahuje již samo o sobě natolik intenzivní prvek jeho převahy ve smluvních vztazích s obstaravateli a vědomí její existence, že samotná otázka intenzity nepřiměřenosti smluvních podmínek by již na samotném výrazně protisoutěžním charakteru celého postupu nic nemohla změnit. Soud je tedy toho názoru, že nelze žalovanému (potažmo orgánu prvého stupně) vytýkat, že právní kvalifikaci žalobce nevystavěl na konstataci nápadného nepoměru práv a povinností vyplývajících pro něj a jeho obstaravatele ze Smlouvy a že za zneužití žalobcovy dominance na relevantním trhu považoval celkový charakter jeho jednání za použití generální klauzule podle § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Ani v tomto směru nelze tedy argumentaci žalobce přisvědčit.

Za zcela nedůvodnou považuje soud též námitku týkající se (ne)prokázání úmyslného zavinění v jednání žalobce. Je nesporné, že otázkou zavinění a jeho formou se orgán dohledu při rozhodování o uložení sankce musí obligatorně vypořádat, jak vyplývá z dikce ust. § 22 odst. 2 věty první zákona o ochraně hospodářské soutěže. Žalobci lze tedy přisvědčit v tom, že posouzení, zda k protisoutěžnímu jednání došlo úmyslně či z nedbalosti, je z hlediska rozhodování o výši ukládané pokuty nepochybně relevantní. Soud se však neztotožňuje

s názorem žalobce, že v projednávané věci jeho zavinění ve formě úmyslu prokázáno nebylo, a to plně v intencích právního názoru vysloveného žalovaným. Je nepochybné, že předmětné smluvní ustanovení vypracoval (jako ostatně celou Smlouvu) žalobce, přičemž tato byla následně, bez možnosti provedení korektur, předložena obstaravatelům; taktéž lze považovat za prokázané, že žalobce si byl vědom možnosti vzniku situace, kdy obstaravatelům zbudou losy bez možnosti jejich prodeje konečným zákazníkům či navrácení zpět žalobci (viz žalovaným zmiňovaný informační bulletin 11/03). Žalobce si tedy zcela evidentně musel být od samého počátku vědom skutečnosti, že předmětným smluvním ustanovením potenciálně přenáší na své obstaravatele část rizik spojených s prodejem losů okamžité loterie, a to bez možnosti obstaravatelů tento smluvní závazek jakkoli ovlivnit. Dovodil-li na základě toho žalovaný, že si žalobce musel být přinejmenším vědom skutečnosti, že takový postup není slučitelný s principy, na nichž je vystavěna ochrana hospodářské soutěže, považuje soud tento závěr za udržitelný.

Za zcela nedůvodnou a účelovou považuje soud dále argumentaci žalobce, kterou rozporuje proveditelnost nápravného opatření uloženého mu výrokem 4.b) druhostupňového rozhodnutí. Jak již bylo výše opakovaně konstatováno, žalobce Smlouvu předkládal svým obstaravatelům bez toho, že by jim umožnil jakkoli měnit její obsah; v žalobě nicméně tvrdí, že není schopen zajistit změnu ustanovení jejího jednoho článku s ohledem na možný nesouhlas smluvních partnerů. Jakkoli je toto tvrzení v obecné rovině akceptovatelné, v kontextu věci vyznívá zcela účelově, a to tím spíše, že změna předmětného smluvního ustanovení by pro smluvní partnery žalobce představovala odstranění nerovnosti ve smluvním vztahu se žalobcem, a nelze tedy rozumně předpokládat, že by se některý z obstaravatelů této změně bránil. Nelze si přitom představit, jakým jiným způsobem by nápravné opatření mělo být formulováno. Pokud by byl totiž žalobce pouze zavázán k iniciaci provedení změny Smlouvy s jednotlivými obstaravateli, nebylo by dost dobře možné určit, v čem konkrétně by tato iniciace měla spočívat. Nelze přitom přehlédnout, že nápravné opatření nemá sankční povahu, nýbrž sleduje odstranění nepříznivých důsledků protisoutěžního jednání (respektive jeho prevenci či opakování); uložení reciprocních povinností smluvním partnerům účastníka řízení (zde obstaravatelům žalobce) přitom není možné, neboť ze zákona nevyplývá oprávnění orgánu dohledu ukládat toto opatření osobám, které nebyly účastníkem správního řízení. Dle názoru soudu tedy formulace nápravného opatření použitá žalovaným zcela odpovídá smyslu institutu nápravného opatření a představuje v projednávané věci jediný způsob, jakým by měl být protiprávní stav odstraněn.

Soud nemůže dále přijmou ani argumentaci žalobce, kterou je namítáno porušení jeho procesních práv s ohledem na znepřístupnění některých částí správního spisu, s odkazem na ochranu obchodního tajemství. Žalobci lze přisvědčit pouze v tom, že při posouzení, zda lze účastníkům řízení zpřístupnit skutečnosti označené jiným podnikatelským subjektem za obchodní tajemství či nikoli, je svou podstatou střetem soukromoprávního institutu (práva na ochranu obchodního tajemství) a institutu veřejnoprávního (práva nahlížení do správního spisu, respektive práva účastníků účinně hájit svá práva ve správním řízení). Kompetence správního orgánu posuzovat, co je obchodním tajemstvím a co již nikoli, je přitom výrazně omezena a představuje pouze možnost zhodnocení toho, zda konkrétní podnikatelem uváděné skutečnosti jsou skutečně obchodní, výrobní či technické povahy související s podnikem, zda jsou v obchodních kruzích běžně dostupné a zda je podnikatel také odpovídajícím způsobem utajuje. Jsou-li tyto pojmové znaky splněny, je povinností správního orgánu ochranu skutečností podléhajících obchodnímu tajemství zajistit (§ 23 odst. 3 správního řádu). Fakt, že pod režim ust. § 23 odst. 3 správního řádu bylo možné podřadit i ochranu obchodního

tajemství (tedy institutu, který v době vzniku správního řádu nebyl součástí naší legislativy), je judikaturou obecně přijímán (viz např. též rozsudek Vrchního soudu v Olomouci, na který je poukazováno v žalobě – viz dále).

Dovolávají-li se žalobci při řešení dané otázky rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 30.8.1999, sp.zn. 2 A 4/1999, nelze této argumentaci odepřít relevanci. Vrchní soud zde totiž vyslovil názor, dle kterého by odepřením nahlédnutí do spisu účastníkům řízení s odůvodněním, že spis obsahuje obchodní tajemství, byla výrazným způsobem omezena možnost jejich obrany s tím, že neexistují zákonné důvody, které by soukromý zájem na absolutním utajení obchodního tajemství nadřazovaly nad zájem na dodržení zásad stanovených správním řádem. Tento právní názor byl nicméně již judikaturou (ať již soudů obecných či Ústavního soudu) překonán. V této souvislosti lze odkázat zejména na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28.1.2005, č.j. 2 A 13/2002 – 424, kdy byl zaujat názor opačný. Soud zde konstatoval, že *„pokud jde o možnost nahlížet do správního spisu, včetně těch částí, které obsahují obchodní tajemství, soud poukazuje na usnesení Ústavního soudu ČR II. ÚS 419/04, které zdůrazňuje rozdíly mezi správním řízením a řízením soudním, co se týče práv jejich účastníků. Rozdíly plynou jak z odlišné povahy a začlenění správního orgánu (orgán moci výkonné) a soudu (orgán moci soudní), tak i ze základních zásad řízení. Zatímco soudní řízení ovládá zásada bezprostřednosti, ústnosti a veřejnosti, správní řízení je ovládáno zásadou neveřejnosti a písemnosti. U obou těchto typů řízení se přitom jedná o zásady ústavně souladné. Ze zásady písemnosti a neveřejnosti přitom vyplývá povinnosti správního orgánu obsažená v § 23 odst. 3 zákona č. 71/1967 Sb., správního řádu (...). Není tedy na újmu práv účastníka řízení, když správní orgán uvedené zákonné ustanovení aplikuje. Na druhou stranu z jeho aplikace vyplývá pro správní orgán povinnost své rozhodnutí dostatečně odůvodnit a vyargumentovat i k těm částem spisového materiálu, ke kterým je účastníkům řízení zamezen přístup, aby tak mohl mít každý účastník alespoň rámcovou představu o obsahu a povaze utajených podkladů rozhodnutí“*. Lze tedy konstatovat, že postup prvostupňového orgánu byl zcela konformní s vysloveným právním názorem Nejvyššího správního soudu, neboť údaje podléhající obchodnímu tajemství uvedl v rámci možností v agregované či anonymizované podobě. Uvádění těchto derivativních informací nelze považovat za jakékoli porušení práva na spravedlivý proces. Žalovaný se pak v odůvodnění svého rozhodnutí zcela v souladu s principy obecné i právní logiky vypořádal s důvody, pro které považuje postup prvostupňového orgánu v této otázce za odpovídající.

Konečně pokud jde o žalobcem namítanou nepřiměřenost ukládané sankce, soud poukazuje na skutečnost, že dle ust. § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže byl žalobce ohrožen pokutou až do výše 10.000.000,- Kč, nebo do výše 10% z čistého obratu dosaženého za poslední ukončený kalendářní rok. Pokuta uložená žalobci v dané věci ve výši 1.200.000,- Kč je tak při samé spodní hranici zákonem stanovené sazby. Samotný Nejvyšší správní soud v těchto případech již opakovaně judikoval, že o zjevně nepřiměřenou výši sankce (tedy o důvod ke zrušení správního rozhodnutí pro nezákonnost či k využití moderačního oprávnění ve smyslu ust. § 78 odst. 2 s.ř.s.) nejde v případě, kdy byla pokuta uložena těsně při spodní hranici zákonné sazby (např. rozsudek ze dne 21.8.2003, sp.zn. 6 A 96/2000). V intencích tohoto právního názoru lze tedy bez dalšího konstatovat, že pokuta uložená žalobci v dané věci nebyla zjevně nepřiměřená a nezakládá proto důvod ke zrušení rozhodnutí žalovaného či k aplikaci moderačního ustanovení uvedeného v § 78 odst. 2 s.ř.s. Sluší přitom poznamenat, že s důvody, které oba správní orgány vedly k uložení pokuty

v konkrétní výši, se odůvodnění obou správních rozhodnutí přezkoumatelným způsobem vypořádávají.

S ohledem na skutečnost, že soud, po posouzení věci v mezích uplatněných žalobních bodů, neshledal žalobu důvodnou, nezbylo mu, než žalobu, ve smyslu ust. § 78 odst. 7 s.ř.s., zamítnout.

Výrok o nákladech řízení vychází z ust. § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Žalobce ve věci úspěšný nebyl, náhrada nákladů řízení mu proto nemohla být přiznána. Ta by příslušela pouze žalovanému, jakožto účastníku procesně zcela úspěšnému. Jelikož však soud neshledal, že by žalovanému v souvislosti s tímto řízením vznikly náklady, jež by převyšovaly náklady jeho jinak běžné administrativní činnosti, rozhodl soud tak, že žalovanému právo na náhradu nákladů řízení nepřiznal.

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí, které nabývá právní moci dnem doručení, lze podat kasační stížnost do dvou týdnů od jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu v Brně prostřednictvím Krajského soudu v Brně, a to ve dvou vyhotoveních. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 30.11.2006

Za správnost vyhotovení
Eva Vinklárková

KRAJSKÝ SOUD 72 V BRNĚ

JUDr. Jaroslav Tesák, Ph.D., v.r.
předseda senátu