



UOHSP000M41F

62 Af 56/2011-647



ČESKÁ REPUBLIKA

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno	
Došlo:	19 -01- 2012
Číslo:	Vyřizuje:
Přílohy:	

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Petra Polácha v právní věci žalobce: **RWE Transgas, a.s.**, se sídlem Praha 10 – Strašnice, Limuzská 12/3135, zastoupený JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M., Ph.D., advokátem se sídlem Praha 1, Jungmannova 24, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, o žalobě proti rozhodnutí žalovaného č.j. R 98/2006/01-05326/2007/300 ze dne 12.3.2007,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12.3.2007, č.j. R 98/2006/01-05326/2007/300, se ve výrokové části I. bodech 2., 3. a 4. **z r u š u j e** a v této části se věc **v r a c í** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Ve zbylé části se žaloba **z a m í t á**.
- III. Žalobci ani žalovanému se náhrada nákladů řízení o žalobě **n e p ř i z n á v á**.
- IV. Žalovanému se náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 22.10.2007, č.j. 62 Ca 8/2007-171, ani náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23.10.2009, č.j. 62 Ca 78/2008-452, **n e p ř i z n á v á**.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce napadá žalobou rozhodnutí žalovaného č.j. R 98/2006/01-05326/2007/300 ze dne 12.3.2007, kterým bylo zčásti změněno a zčásti zrušeno předchozí rozhodnutí žalovaného vydané v I. stupni správního řízení č.j. S 53/05-

14253/06/610 ze dne 10.8.2006, a navrhuje jeho zrušení ve výrokové části I. bodech 1., 2., 3. a 4.

I. Podstata věci

Žalovaný rozhodl, že žalobce tím, že v období od 5.11.2004 do 10.8.2006 neumožnil provozovatelům regionálních distribučních soustav nenáležícím do holdingu skupiny RWE uzavřít Rámcové smlouvy o podmínkách koupě a prodeje zemního plynu a Smlouvy kupní o koupi a prodeji zemního plynu – Dílčí kupní smlouvy za takových podmínek upravujících strukturu ceny, revize a následné revize jednotkové ceny a zvláštní podmínky ohledně povinnosti projednat množství odběru zemního plynu při přechodném podstatném snížení odběru, které by ve svém souhrnu těmto provozovatelům regionálních distribučních soustav nenáležícím do holdingu skupiny RWE umožnily účinně konkurovat provozovatelům regionálních distribučních soustav náležícím do holdingu skupiny RWE, zneužil svého dominantního postavení na velkoobchodním trhu dodávek zemního plynu určeného pro kategorii oprávněných zákazníků, a to na újmu jiných soutěžitelů a spotřebitelů, čímž porušil zákaz uvedený v § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOHS“), a zákaz uvedený v čl. 82 Smlouvy o založení Evropského společenství (dále jen „Smlouva ES“), neboť ke zneužití dominantního postavení došlo na podstatné části společného trhu a zneužití dominantního postavení mohlo ovlivnit obchod mezi členskými státy.

Dále žalovaný rozhodl, že žalobce tím, že v období od 26.1.2005 do 10.8.2006 bez objektivně ospravedlnitelných důvodů odmítal provozovatelům regionálních distribučních soustav nenáležícím do holdingu skupiny RWE dodávat na velkoobchodní úrovni zemní plyn určený pro kategorii oprávněných zákazníků do kterékoli bilanční zóny jednotlivých provozovatelů regionálních distribučních soustav, a vytvářel tak bariéry pro rozvoj konkurence, zneužil svého dominantního postavení na velkoobchodním trhu dodávek zemního plynu určeného pro kategorii oprávněných zákazníků, a to na újmu jiných soutěžitelů a spotřebitelů, čímž porušil zákaz uvedený v § 11 odst. 1 ZOHS a zákaz uvedený v čl. 82 Smlouvy ES, neboť ke zneužití dominantního postavení došlo na podstatné části společného trhu a zneužití dominantního postavení mohlo ovlivnit obchod mezi členskými státy.

Dále žalovaný shora uvedené žalobcovo jednání do budoucna zakázal a za porušení § 11 odst. 1 ZOHS a čl. 82 Smlouvy ES uložil žalobci pokutu ve výši 240 000 000,- Kč.

Výrokovou částí I. body 5. a 6. napadeného rozhodnutí, žalobou nenapadenými, bylo řízení vedené se žalobcem částečně zastaveno a výrokovou částí II. napadeného rozhodnutí bylo předchozí rozhodnutí vydané v I. stupni správního řízení v jeho výrokových částech IV. a V. zrušeno.

Žaloba tedy směřuje do výrokové části I. bodů 1., 2., 3., 4. napadeného rozhodnutí, kterými bylo deklarováno porušení ZOHS a Smlouvy ES, deklarované protiprávní jednání do budoucna zakázáno a uložena pokuta.

Z pohledu hmotněprávního posouzení žalobcova jednání je napadené rozhodnutí opřeno o následující skutečnosti:

Žalobce vytvořil návrhy smluv na prodej zemního plynu pro jednotlivé provozovatele regionálních distribučních soustav; provozovatelům tvořícím se žalobcem jednu ekonomickou jednotku („konsolidovaní“ distributoři) byly smlouvy navrhovány za jiných podmínek než ostatním („nekonsolidovaným“ distributorům); odlišnosti byly spatřovány v termínech účinnosti žádostí o revize jednotkové ceny za plyn, účinnosti smluv, rozdílných hodnotách základní úrovně jednotkové ceny a cen pro chráněné zákazníky, v rozdílu v uplatnění vlivu využití podzemních zásobníků a ceně za uskladnění. Dále měl žalobce odmítat dodávky plynu „nekonsolidovaným“ distributorům do kterékoli bilanční zóny.

Celé řízení před správním orgánem I. stupně i před žalovaným bylo vedeno pro porušení § 11 odst. 1 ZOHS a čl. 82 Smlouvy ES. Kumulativní porušení obou těchto ustanovení bylo deklarováno jak rozhodnutím vydaným v I. stupni správního řízení, tak napadeným rozhodnutím.

Z výrokové části I., bodu 4. napadeného rozhodnutí pak vyplývá, že pokuta ve výši 240 000 000,- Kč je ukládána za porušení § 11 odst. 1 ZOHS a čl. 82 Smlouvy ES, ve shodě s tímto závěrem je pak podáváno odůvodnění výše uložené pokuty.

II. Dosavadní řízení před soudy a vázanost právním názorem

Zdejší soud již ve věci rozhodl rozsudkem č.j. 62 Ca 8/2007-171 ze dne 22.10.2007 tak, že napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Důvodem tu podle zdejšího soudu byla nesrozumitelnost napadeného rozhodnutí, a tím i jeho nepřezkoumatelnost, neboť žalovaný vedl celé správní řízení a následně rozhodl o kumulativním porušení ZOHS i Smlouvy ES, ačkoli měl postavit najisto, zda je v jednání žalobce obsažen tzv. komunitární prvek či nikoli. Ke kasační stížnosti žalovaného byl uvedený rozsudek zdejšího soudu rozsudkem Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008 zrušen a věc vrácena zdejšímu soudu k dalšímu řízení. Toto řízení bylo následně u zdejšího soudu vedeno pod novou sp. zn. 62 Ca 78/2008.

Následně zdejší soud ve věci rozhodl rozsudkem č.j. 62 Ca 78/2008-452 ze dne 23.10.2009 tak, že napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Důvodem tu podle zdejšího soudu byla nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v otázce vymezení geografického relevantního trhu. Žalobce v doplnění rozkladu přednesl argumentaci, k níž se žalovaný podle zdejšího soudu nevyjádřil, a z odůvodnění obsaženého v napadeném rozhodnutí a jemu předcházejícím prvostupňovém rozhodnutí závěr o geografickém vymezení relevantního trhu podle

zdejšího soudu učinit nelze. Ke kasační stížnosti žalovaného byl ovšem i tento rozsudek zdejšího soudu rozsudkem Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 52/2010-548 ze dne 6.9.2011 zrušen a věc vrácena zdejšímu soudu k dalšímu řízení. Toto řízení je nyní u zdejšího soudu vedeno pod novou sp. zn. 62 Af 56/2011.

Za tohoto procesního stavu nyní zdejší soud ve věci rozhoduje tímto rozsudkem.

Podle § 110 odst. 3 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního (dále jen „s.ř.s.“), je zdejší soud vázán právními názory Nejvyššího správního soudu vyslovenými v jeho zrušovacích rozsudcích.

Tato vázanost je nyní dána ve třech otázkách:

- jednak je Nejvyšším správním soudem najisto postaveno, že lze vést jediné správní řízení pro kumulativní porušení zákazu zneužití dominantního postavení jak podle ZOHS, tak podle Smlouvy ES, a tedy v otázce porušení ZOHS a Smlouvy ES se zdejší soud musí zabývat jednotlivými žalobními body (tato vázanost plyne z rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008);

- nadto je zdejší soud vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu ohledně povinnosti k aplikaci absorpční zásady při ukládání sankce za toto kumulativní porušení a ohledně způsobu, jak žalovaný této své povinnosti v napadeném rozhodnutí dostal (tato vázanost plyne z rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008);

- konečně je zdejší soud vázán právním názorem, že relevantní trh byl po stránce geografické žalovaným vymezen přezkoumatelně a nadto i správně (tato vázanost plyne z rozsudku Nejvyššího správního soudu č.j. 5 Afs 52/2010-548 ze dne 6.9.2011).

V mezidobí (v období mezi oběma zrušovacími rozsudky Nejvyššího správního soudu) vydal Nejvyšší správní soud rozsudek ze dne 10.4.2009, č.j. 2 Afs 93/2008-920, kterým zrušil rozsudek zdejšího soudu v jiné věci, v němž zpochybnil svůj předchozí závěr učiněný ve shora uvedeném rozsudku ze dne 31.10.2008, č.j. 5 Afs 9/2008-328, když nově uvedl, že „...*právě myšlenku o dvojím chráněném zájmu by ... nebylo zřejmě plně převzít, neboť se k ní v mezidobí odlišně vyjádřil Evropský soud pro lidská práva a v rozhodnutí ze dne 10.2.2009 (věc C-14939/03, „Zolotukhin v. Rusko“)* tak, že pro pojem skutku a jeho potrestání se na odlišné právem chráněné zájmy nehledí...“, přitom závěr o tom, že lze vést jediné správní řízení pro kumulativní porušení zákazu zneužití dominantního postavení jak podle ZOHS, tak podle Smlouvy ES, předtím Nejvyšší správní soud opřel právě o skutečnost, že u deliktu podle čl. 82 Smlouvy ES a podle § 11 ZOHS je chráněný zájem rozdílný.

Žalobce v průběhu řízení před zdejším soudem (sp. zn. 62 Ca 78/2008) podal zdejšímu soudu vyjádření, kde argumentoval možností zdejšího soudu nerespektovat

právní názor Nejvyššího správního soudu, neboť ten je již překonaný rozhodnutím velkého senátu Evropského soudu pro lidská práva (věc C-14939/03, „*Zolotukhin v. Rusko*“). Nadto v dalším průběhu řízení (sp. zn. 62 Af 56/2011) argumentoval i názorovým posunem na řešení této otázky projevujícím se ve stanovisku generální advokátky ve věci Soudního dvora C-17/10. Argumentace ohledně míry nezbytnosti respektovat právní názor Nejvyššího správního soudu byla podána i na jednáních zdejšího soudu dne 23.10.2009 a dne 12.1.2011.

Zdejší soud však nedovodil, že by Nejvyšší správní soud jednoznačně změnil klíčový právní názor prezentovaný v rozsudku č.j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008. Tento právní názor sice vycházel z premisy dvojího chráněného zájmu (jednoho v případě komunitární právní úpravy a druhého v případě vnitrostátní právní úpravy) a přestože význam této premisy později sám Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 2 Afs 93/2008 – 920 ze dne 10.4.2009 s odkazem na názor Evropského soudu pro lidská práva ve věci „*Zolotukhin v. Rusko*“ popřel, samo o sobě to nemusí nic měnit na závěru prezentovaném v rozhodnutí č.j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008, podle něhož žalobce nebyl v právě projednávané věci dvakrát trestán za stejnou věc, o níž by bylo již dříve rozhodnuto, neboť tu chybí prvek dřívějšího rozhodnutí a následně ukládaného trestu.

Právě dřívější rozhodnutí a následné další trestání je podle Nejvyššího správního soudu (rozsudek č.j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008) podmínkou porušení zásady *ne bis in idem* a tento závěr zdejší soud musí považovat pro rozhodování v této právní věci za určující.

Byť je zdejšímu soudu známo i rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ze dne 20.7.2004 ve věci „*Nikitin v. Rusko*“ a ze dne 3.10.2002 ve věci „*Zigarella v. Itálie*“, která v této otázce zřejmě nechtějí akcentovat význam plurality procesu, nýbrž plurality samotného trestu (a ta se dle zdejšího soudu může projevit i v jediném procesu, jak zdejší soud vyhodnotil ve svém rozsudku č.j. 62 Ca 8/2007 – 71 ze dne 22.10.2007, a na existenci plurality trestu zřejmě ničeho nezmění ani povinnost jeho absorpce), stěžejí zdejší soud může vést s Nejvyšším správním soudem v této otázce polemiku.

Jestliže nelze dovodit, že by Nejvyšší správní soud v mezidobí při vydávání rozhodnutí v jiných věcech jednoznačně přehodnotil svůj právní názor, a jestliže komunitární judikatura odlišné pojetí může naznačovat pouze podle jednoho z možných výkladů komunitární rozhodovací praxe, pak s přihlédnutím k tomu, že zdejší soud v aktuální názorové situaci ani nenalezl prostor, který by mu umožňoval v této věci položit předběžnou otázku Soudnímu dvoru Evropské unie, nenalezl ani žádné natolik dostatečné zákonné opory, aby již vyjádřený právní názor Nejvyššího správního soudu v tomto řízení nemusel s vědomím § 110 odst. 3 s.ř.s. respektovat.

Nerespektování právního názoru Nejvyššího správního soudu nyní v řízení před zdejším soudem by nemohlo být odůvodněno ani výkladem některých pasáží stanoviska generální advokátky ve věci Soudního dvora C-17/10, jak jej zdejšímu

soudu přednesl žalobce ve svém písemném „Shrnujícím vyjádření žalobce“ ze dne 22.12.2011 a na jednání zdejšího soudu dne 12.1.2012.

III. Shrnutí žalobních bodů

Žalobce vůči napadenému rozhodnutí namítá, že žalovaný až v tomto napadeném rozhodnutí dle žalobce nesprávně vymezil relevantní trh coby trh velkoobchodní a přitom současně rozhodl o újmě spotřebitelů na tomto trhu, přestože na takto vymezeném trhu coby trhu velkoobchodním žádní spotřebitelé nepůsobí, a tedy je vyloučeno, aby jim na tomto trhu mohla být způsobena byť jen hypotetická újma; újmu způsobenou spotřebitelům však žalovaný v napadeném rozhodnutí deklaruje. Pokud jde o věcné vymezení relevantního trhu, tu žalobce namítá, že žalovaný relevantní trh nesprávně definoval coby trh dodávek zemního plynu, když odmítl tento trh definovat jako trh zajištění flexibility dodávek zemního plynu, což žalobce namítal v řízení o rozkladu a odkazoval na odborné studie, s nimi se však žalovaný řádně nevypořádal a ani žalobcův názor prostřednictvím důkazů nijak nevyvrátil. Pokud jde o geografické vymezení relevantního trhu, žalovaný tento trh omezil územím České republiky, ačkoli hranice České republiky dle žalobce nepředstavují pro obchod s plynem žádnou faktickou ani právní překážku, která by odůvodňovala omezení definice geografického relevantního trhu toliko na českou vnitrostátní úroveň. Pak tedy žalobce namítá, že stanovení dominantního postavení žalobce na relevantním trhu, jak byl vymezen v napadeném rozhodnutí, je nepřezkoumatelné. Pokud by totiž žalovaný přistoupil na žalobcovu argumentaci a relevantní trh po stránce geografické definoval coby území České republiky, Německa, Rakouska a Slovenska, pak by nutně musel dospět k závěru, že na takto vymezeném relevantním trhu žalobce není soutěžitelem v dominantním postavení.

Pokud jde o žalobcův delikt, jak jej žalovaný skutkově vymezil ve výrokové části I., bodu 1. napadeného rozhodnutí, tu žalobce namítá, že žalovaný rozhodl o zcela odlišném správním deliktu, než o jakém bylo vedeno celé správní řízení a o kterém bylo rozhodnuto v příslušné výrokové části rozhodnutí vydaném v I. stupni správního řízení.

Proti právnímu hodnocení pak žalobce namítá, že předložení návrhů smluv v rámci kontraktačního procesu ze strany žalobce soutěžitelům, kteří nejsou členy RWE, není způsobilé samo o sobě naplnit skutkovou podstatu zneužití dominantního postavení, neboť pouhým předložením návrhu smlouvy nemůže být způsobena újma, která je pojmovým znakem zneužití dominantního postavení podle § 11 odst. 1 ZOHS. Újma tedy dle žalobce nebyla způsobena nejen spotřebitelům, ale ani soutěžitelům.

Žalovaný dle žalobce rovněž nesprávně aplikoval tzv. *intra-enterprise doktrínu*, respektive se snaží její principy v rámci napadeného rozhodnutí obcházet, když na jedné straně v napadeném rozhodnutí výslovně deklaruje, že plně uznává nutnost důsledně rozlišovat vazby mezi podnikatelskými subjekty v rámci skupiny RWE od vazeb utvářejících se v podmínkách tržních, na straně druhé však v posuzovaném případě dovozuje znevýhodnění autonomních soutěžitelů (nečlenů skupiny RWE) ve

svobodné soutěži právě poukazem na údajnou výhodnost oněch vnitropodnikových vazeb, tedy činí tyto vazby předmětem srovnávání s vazbami tržními. Žalobce v této souvislosti popírá, že by svým jednáním zvýhodňoval distributory – členy skupiny RWE před distributory – nečleny skupiny RWE.

Rovněž ve vztahu k délce trvání deklarovaného žalobcova jednání nemá dle žalobce napadené rozhodnutí oporu ve skutkových zjištěních, jak jsou obsažena v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

Ve vztahu k jednání, jež je předmětem výrokové části I., bodu 2. napadeného rozhodnutí, žalobce namítá nepřezkoumatelnost, když žalovaný neuvádí žádná skutková zjištění, natož aby tato zjištění opíral o provedené důkazy. Ve vztahu k Jihočeské plynárenské, a.s. nedošlo dle žalobce k závadnému jednání, neboť tato společnost nežádala dodávky do bilančních zón jiných členů RWE, ale na hranice na určené hraniční body České republiky, čemuž nebylo možné ze strany žalobce ze zcela objektivních a ospravedlnitelných důvodů vyhovět. Stejně tak žalovaným uváděné trvání údajného správního deliktu je dle žalobce v rozporu se skutečným stavem věci a odůvodněním napadeného rozhodnutí, neboť jestliže žalovaný uznává současnou koncepci fungování trhu s plynem jako soutěžně konformní, pak nutně akceptuje, že žalobcem dříve navrhovaná opatření představovala nápravu, respektive ukončení onoho vytykaného bránění rozvoji hospodářské soutěže.

Ze shora uvedených důvodů je napadené rozhodnutí dle žalobce zčásti nepřezkoumatelné a zčásti nezákonné.

Samostatným žalobním bodem žalobce brojí proti deklaraci porušení čl. 82 Smlouvy ES. Žalobcovo jednání totiž dle žalobce nebylo způsobilé ovlivnit obchod mezi členskými státy, a proto napadené rozhodnutí v části deklarující porušení čl. 82 Smlouvy ES je nezákonné. Žalovaný neprokázal, že by žalovaným vymezený relevantní trh představoval podstatnou část společného trhu; neprovedl analýzu, kterou provést měl. Dále v napadeném rozhodnutí není řádně zdůvodněno, že by žalobcovo jednání bylo způsobilé ovlivnit obchod mezi členskými státy. Napadené rozhodnutí postrádá zdůvodnění závěru o dostatečné pravděpodobnosti ovlivnění intrakomunitárního obchodu včetně jeho vysvětlení a pojmenování objektivních právních a faktických faktorů, které k takovému závěru vedly. Rovněž dle žalobce nebyl zohledněn ani předvídatelný vývoj části společného trhu, kterého se žalobcovo jednání dotýká. Žalovaný rovněž neprovedl analýzu *de minimis*, zda potenciální ovlivnění obchodů mezi členskými státy žalobcovým jednáním dosahuje minimální tržové hodnoty 5% dotčených importů nebo exportů na daném trhu; tu žalobce poukazuje na oznámení Komise o konceptu ovlivnění obchodu mezi členskými státy, zveřejněné v Úředním věstníku č. C 101 dne 27.4.2004.

Několik žalobcových námitek směřuje proti výši uložené pokuty. Pokuta je dle žalobce nepřezkoumatelná, když žalovaný nepřevzal způsob přiřčení konkrétní části výše celkové pokuty ke každému z obou deklarovaných deliktů a rovněž ve vztahu k jednotlivým posuzovaným přitěžujícím či polehčujícím okolnostem; dále žalovaný

neuvádí, jakým konkrétním číselně vyjádřeným a přezkoumatelným způsobem se každá z těchto okolností do výše pokuty promítla. S ohledem na aplikaci tzv. *intra-enterprise doktríny* ze strany žalovaného, v důsledku které došlo ke snížení počtu údajně dotčených subjektů z osmi na dva, respektive na jednoho, se žalobci jeví snížení pokuty o pouhých 30 000 000,- Kč jako zcela nedostačující a nepřiměřené. Žalovaný rovněž dle žalobce neprokázal úmyslné jednání ze strany žalobce. Uložená pokuta je rovněž zjevně diskriminační ve srovnání s jinými pokutami, jež byly v minulosti žalovaným uloženy. Při stanovení výše uložené pokuty žalovaný rovněž dle žalobce nezohlednil skutečnost, že žalobce po celou dobu řízení aktivně spolupracoval a navrhoval opatření k odstranění neurčitě vytýkaného jednání žalobce v průběhu správního řízení v I. stupni.

Žalobce rovněž namítá vady řízení, jež měly vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Zahájení řízení bylo nezákonné pro zcela neurčité vymezení předmětu řízení, když žalovaný navíc rozhodl o odlišném skutku, než o jakém bylo vedeno správní řízení a o jakém bylo rozhodováno ve správním rozhodnutí vydaném v I. stupni správního řízení.

Žalovaný rovněž měl v průběhu správního řízení pochybit v souvislosti s podáváním návrhů opatření ze strany žalobce.

Nadto bylo napadené rozhodnutí vydáno bez toho, že by žalovaný dostal své zákonné povinnosti a umožnil žalobci seznámit se s podkladem napadeného rozhodnutí a navrhnout jeho doplnění, čímž jednal v rozporu s § 33 zákona č. 71/1967 Sb., správního řádu, ale i v rozporu se svojí vlastní zavedenou praxí.

S ohledem na shora uvedené skutečnosti, v žalobě podrobně argumentované, žalobce navrhuje, aby soud napadené rozhodnutí ve výrokové části I. bodech 1. až 4. zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení.

In eventum žalobce navrhuje, aby soud, nezruší-li napadené rozhodnutí, snížil výši uložené pokuty, neboť ta byla uložena ve zjevně nepřiměřené výši.

V replice podané k vyjádření žalovaného pak žalobce setrvává na svých žalobních tvrzeních, některá k protiargumentaci žalovaného doplňuje.

IV. Shrnutí vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření k žalobě její důvodnost v celém rozsahu popírá a setrvává na závěrech, které prezentoval již v napadeném rozhodnutí.

Zejména žalovaný poukazuje na skutečnost, že velkoobchodní trh dodávek zemního plynu určeného pro kategorii oprávněných zákazníků tvoří samostatný relevantní trh. Bylo dle žalovaného důvodné vymezit tři samostatné relevantní trhy, a to trh dodávek zemního plynu určeného pro kategorii oprávněných zákazníků, na kterém došlo k protisoutěžnímu jednání žalobce, a dva trhy související – trh přepravy

zemního plynu a trh uskladnění zemního plynu. Analýza situace na souvisejících relevantních trzích sloužila dle žalovaného k dokreslení pozice žalobce na hlavním relevantním trhu, tedy velkoobchodním trhu dodávek zemního plynu určeného pro kategorii oprávněných zákazníků. Jednání žalobce se týkalo podmínek, za jakých měl v rozhodném období žalobce zemní plyn dodávat distribučním společnostem na velkoobchodní úrovni trhu. Členění velkoobchodního trhu na trh dodávek určených pro oprávněné zákazníky a trh dodávek určených pro zákazníky chráněné má dle žalovaného své opodstatnění ve specifických regulace ze strany Energetického regulačního úřadu, v důsledku kterých není plyn určený pro oprávněné zákazníky z pohledu distribučních společností zastupitelným plynem určeným pro chráněné zákazníky a naopak. Pokud jde o formulační změnu napadeného rozhodnutí v této otázce, ta spočívala toliko ve zdůraznění velkoobchodní úrovně relevantního trhu; toto upřesnění se podle žalovaného nemohlo dotknout žalobcových práv, když již z odůvodnění rozhodnutí vydaného v I. stupni správního řízení skutečnost, že se jedná o trh velkoobchodní, nepochybně vyplývala. Dle žalovaného není vyloučeno, aby jednáním na jednom relevantním trhu byla způsobena újma spotřebitelům na trzích navazujících. Primárním trhem, na němž žalobce zemní plyn nabízel ostatním soutěžitelům, byl trh velkoobchodní, přitom poskytnutí velkoobchodních služeb je nezbytným předpokladem, aby byly poskytovány maloobchodní služby, tj. aby regionální distributoři mohli působit na druhém žalovaným vymezeném relevantním trhu (navazujícím). Dopad žalobcova jednání byl sledován jak na velkoobchodním, tak na maloobchodním trhu (u konečných zákazníků, respektive oprávněných zákazníků). Pokud jde o grafické vymezení relevantního trhu, tu žalovaný setrvává na závěru, že neexistuje faktická zastupitelnost dodávek zemního plynu z okolních zemí. I v případě, že se nečlenové skupiny RWE nebo oprávnění zákazníci obrátili na potenciální zahraniční dodavatele zemního plynu, k navázání spolupráce nedošlo, a to z důvodu problematického získání přepravních a skladovacích kapacit a cenové nekonkurence schopnosti dodávek. Žalovaný tedy má za to, že na velkoobchodní úrovni probíhal střet nabídky a poptávky pouze na území České republiky.

V otázkách právního hodnocení žalovaný plně setrvává na závěrech vyplývajících z napadeného rozhodnutí. Podmínky pro deklaraci protiprávního jednání podle § 11 odst. 1 ZOHS a čl. 82 Smlouvy ES tedy dle žalovaného byly v plné míře splněny.

Pokud jde o samostatnou otázku aplikovatelnosti čl. 82 Smlouvy ES, tu žalovaný poukazuje zejména na skutečnost, že zneužití dominantního postavení pokrývající jeden členský stát v případě, že jednání dominantního soutěžitele spočívá ve vylučovací praktice, obvykle ovlivňuje obchod mezi členskými státy. Takové zneužití dominantního postavení totiž zpravidla ztěžuje konkurentům z jiných členských států pronikání na trh, a průběh obchodu tedy může být ovlivněn. Zneužití dominantního postavení vylučovacího charakteru, jež ovlivňuje soutěžní strukturu trhu uvnitř členského státu, například vyloučením či hrozbou vyloučení konkurenta, může být rovněž způsobitelné ovlivnit obchod mezi členskými státy. Jestliže však soutěžitel, jemuž hrozí vyloučení, působí toliko v jediném členském státě, pak takové zneužití obvykle neovlivňuje obchod mezi členskými státy. Jednání žalobce mělo vylučovací

charakter, neboť jeho důsledkem bylo ztížení působení nečlenů skupiny RWE na maloobchodním trhu dodávek zemního plynu oprávněným zákazníkům, čímž jim bylo znemožněno účinně konkurovat členům skupiny RWE. Žalobcovo jednání přitom mělo potenciál odradit tuzemské nebo zahraniční soutěžitele od vstupu na trh. Byla tedy splněna existence tzv. komunitárního prvku; to bylo dle žalovaného umocněno i skutečností, že vylučovací jednání žalobce bylo namířeno přímo proti základnímu cíli liberalizace sektoru plynárenství, který má svůj původ v komunitárním právu a kterým je vytvoření jednotného společného trhu s plynem.

Není tedy podle žalovaného pravdou, že by žalovaný v napadeném rozhodnutí opomněl provést analýzu dopadu jednání na obchod mezi členskými státy (tu žalovaný odkazuje zejména na body 152. – 156. a 175. napadeného rozhodnutí). Pokud jde o aplikaci výjimky *de minimis*, na kterou žalobce upozorňuje, pak ta se uplatnit nemohla již s přihlédnutím k údajům o výši tržních podílů žalobce na relevantních trzích.

Žalovaný na svém závěru obsaženém v napadeném rozhodnutí setrvává i v otázce výše uložené pokuty.

Rovněž námitky procesních vad považuje žalovaný za nedůvodné; žalovaný má za to, že předmět správního řízení vymezil určitě a v rámci rozhodování se z jeho rámce nevychýlil. Pokud jde o namítané porušení § 33 odst. 2 správního řádu, tu žalovaný tvrdí, že v průběhu řízení o rozkladu nebylo dokazování doplňováno, a tedy žalovanému povinnost seznamovat žalobce s podklady rozhodnutí ve smyslu citovaného ustanovení nesvědčila.

Ze shora uvedených důvodů ve vyjádření k žalobě podrobně argumentovaných tedy žalovaný navrhuje, aby žaloba byla v celém rozsahu coby nedůvodná zamítnuta.

V. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 s.ř.s.), osobou oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), přitom jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).

Rozsah přezkumu soudu byl ve vztahu k napadenému rozhodnutí žalovaného podle § 75 odst. 2 věty první s.ř.s. zásadně vymezen v žalobě uplatněnými žalobními body; soud rozhodoval, jak je již shora uvedeno, vázán právním názorem vysloveným Nejvyšším správním soudem v jeho dvou předcházejících rozsudcích.

V.1. Procesní postup žalovaného

Nejprve se soud zabýval žalobními tvrzeními směřujícími do procesních pochybení žalovaného.

Pokud jde o otázku vymezení předmětu řízení na jeho počátku i v celém jeho průběhu, tu soud žádné pochybení žalovaného neshledal.

Podle oznámení o zahájení správního řízení ze dne 21.11.2005 šlo o správní řízení ve věci možného porušení § 11 odst. 1 ZOHS a článku 82 smlouvy ES. Možné porušení těchto ustanovení žalovaný v rozhodnutí vydaném v I. stupni správního řízení spatřoval ve stanovení rozdílných podmínek ve smlouvách upravujících bez objektivně ospravedlnitelných důvodů odlišně podmínky koupě a prodeje zemního plynu vůči provozovatelům regionálních distribučních soustav náležejících do holdingu skupiny RWE a provozovatelům regionálních distribučních soustav do holdingu skupiny RWE nenáležících, které žalobce od konce roku 2004 těmto provozovatelům regionálních distribučních soustav předkládal v rámci uzavírání uvedených smluvních vztahů.

Z oznámení o rozšíření předmětu správního řízení ze dne 7.3.2006 se pak podává, že možné porušení § 11 odst. 1 ZOHS a čl. 82 Smlouvy ES je spatřováno ve stanovení rozdílných podmínek ve smlouvách upravujících bez objektivně ospravedlnitelných důvodů odlišně podmínky koupě a prodeje zemního plynu vůči provozovatelům regionálních distribučních soustav náležejícím do holdingu skupiny RWE a provozovatelům regionálních distribučních soustav do tohoto holdingu nenáležícím, které těmto provozovatelům žalobce od konce roku 2004 předkládal v rámci uzavírání smluvních vztahů.

Předmět a rozsah správního řízení byl tedy dán oznámením o jeho zahájení ze dne 21.11.2005 a oznámením o jeho rozšíření ze dne 7.3.2006.

Z oznámení o zahájení správního řízení (str. 1 a 2 správního spisu) zřetelně vyplývá konkrétní správní orgán, který správní řízení vede (žalovaný), vyplývá z něj i jeho účastník (žalobce), vyplývá z něj popis skutku, jehož charakter je ve správním řízení posuzován (stanovení rozdílných podmínek ve smlouvách upravujících bez objektivně ospravedlnitelných důvodů odlišně podmínky koupě a prodeje zemního plynu vůči provozovatelům regionálních distribučních soustav náležejících do holdingu žalobce a těch, které do tohoto holdingu nenáleží), jasně je specifikováno období, v němž byly smlouvy v rámci kontraktace žalobcem navrhovány k uzavření („od konce roku 2004“), a konečně i právní kvalifikace, ve vztahu k níž má být skutek zkoumán (§ 11 odst. 1 ZOHS a čl. 82 Smlouvy ES).

Oznámením o rozšíření správního řízení je pak posuzované jednání rozšířeno (textem bodů 1/ a 2/; str. 2280 správního spisu) a navíc doplněno kvalifikovaně, jasně a zřetelně podanými „Výhradami k jednání“ ze dne 7.3.2006 (str. 2283 a násl. správního spisu). V obojím případě byl žalobci poskytnut prostor na to, aby se k vymezení a posuzovanému rozsahu deliktu vyjádřil a aby v tomto rozsahu uplatňoval svoji „účinnou obhajobu“. To žalobce také činil; soud tu nemůže přehlédnout, že žalobce činil množství odborně fundovaných procesních úkonů, jimiž reagoval na úkony žalovaného v průběhu správního řízení v I. stupni, z jejich věcného obsahu přitom nevyplývá, že by předmětu či rozsahu správního řízení neporozuměl, popř. že by přinášel argumenty nebo činil procesní návrhy k jinému předmětu řízení či k jinému jeho rozsahu, než jak byl žalovaným vymezen.

Stejně tak závěry, k nimž žalovaný v obou stupních správního řízení dospěl, shora uvedeným způsobem vymezený předmět i rozsah správního řízení respektují.

Bylo-li totiž správní řízení podle obou shora uvedených oznámení žalovaného zaměřeno na posouzení stanovování rozdílných podmínek ve smlouvách upravujících bez objektivně ospravedlnitelných důvodů odlišně podmínky koupě a prodeje zemního plynu vůči provozovatelům regionálních distribučních soustav náležejících do holdingu žalobce a těch, které do tohoto holdingu nenáležejí, a v konkrétním postupu při realizaci žalobcovy soutěžní politiky ve vztahu k provozovatelům regionálních distribučních soustav náležejících do holdingu žalobce na straně jedné a ke zbylým provozovatelům v témže vertikálním postavení vůči žalobci na straně druhé, pak konkrétní způsob dokazování, z něj vyvěrající skutková zjištění a nadto především právní hodnocení, tedy závěry, k nimž žalovaný v obou stupních správního řízení dospěl, uvedený rámeček v žádném směru nepřekračují.

Závěr žalovaného, že žalobce neumožnil provozovatelům regionálních distribučních soustav nenáležejícím do holdingu žalobce uzavřít Rámcové smlouvy o podmínkách koupi a prodeje zemního plynu a Smlouvy kupní o koupi a prodeji zemního plynu – Dílčí kupní smlouvy za takových podmínek upravujících strukturu ceny, revize a následné revize jednotkové ceny a zvláštní podmínky ohledně povinnosti projednat množství odběru zemního plynu při přechodném podstatném snížení odběru, které by ve svém souhrnu těmto provozovatelům regionálních distribučních soustav nenáležejícím do žalobcova holdingu umožnily účinně konkurovat provozovatelům regionálních distribučních soustav náležejícím do holdingu žalobce, i závěr, že žalobce odmítal provozovatelům regionálních distribučních soustav nenáležejícím do holdingu žalobce dodávat na velkoobchodní úrovni zemní plyn určený pro kategorii oprávněných zákazníků do kterékoli bilanční zóny jednotlivých provozovatelů regionálních distribučních soustav, jsou závěry (nalézající oporu ve skutkových větách napadeného rozhodnutí), k nimž žalovaný dospěl při posuzování rozdílného kontraktačního přístupu vůči dvěma skupinám odběratelů.

Na tuto otázku se žalovaný s ohledem na vymezení předmětu a rozsahu správního řízení zaměřil správně, neboť předmět správního řízení byl zřetelně žalovaným podán právě jako posuzování rozdílného kontraktačního přístupu vůči dvěma skupinám odběratelů, a tyto závěry za takto konkrétně vymezeného předmětu a rozsahu správního řízení učinit mohl.

Žalovaný tedy ve skutkových větách napadeného rozhodnutí nepodává jiný skutek, než který byl popsán ve skutkových větách obsažených v rozhodnutí vydaném v I. stupni správního řízení. Přestože se tyto skutkové věty odlišují, materiálně popisují totéž žalobcovo jednání. „Stanovení rozdílných podmínek ve smlouvách“ podle vymezení předmětu a rozsahu správního řízení se projevilo v „předkládání rozdílných návrhů smluv“ (což ani žalobce skutkově nepopíral, toliko je jinak - „nezávadně“ hodnotil), tj. v „neumožnění uzavírat smlouvy“ žalobcovým odběratelům (oběma skupinám provozovatelů regionálních distribučních soustav) za týchž podmínek.

Při posuzování důvodnosti tohoto žalobního tvrzení soud nutně musel vycházet ze skutečnosti, že nalézt nejpřílehavější způsob vyjádření skutku ve skutkové větě napadeného rozhodnutí bylo v daném případě věcí složitou, nicméně na základě shora uvedeného soud dospěl k závěru, že žalovaný v napadeném rozhodnutí nerozhodl o odlišném skutku, než o jakém bylo vedeno správní řízení a o jakém bylo rozhodováno ve správním rozhodnutí vydaném v I. stupni správního řízení.

Pokud jde tedy o žalobcův delikt, jak jej žalovaný skutkově vymezil ve výrokové části I., bodu 1. napadeného rozhodnutí, ohledně kterého žalobce namítá, že žalovaný rozhodl o zcela odlišném správním deliktu, než o jakém bylo vedeno celé správní řízení a o kterém bylo rozhodnuto v příslušné výrokové části rozhodnutí vydaném v I. stupni správního řízení, pak žaloba v těchto otázkách důvodná není.

Namítá-li dále žalobce, že napadené rozhodnutí bylo vydáno bez toho, že by žalovaný dostal své zákonné povinnosti a umožnil žalobci seznámit se s podkladem napadeného rozhodnutí a navrhnout jeho doplnění, ani takový postup není vadou řízení, jež by mohla atakovat zákonnost napadeného rozhodnutí.

Před vydáním rozhodnutí v I. stupni správního řízení byl žalobce s podkladem rozhodnutí seznámen (opak netvrdí ani žalobce). Z obsahu správního spisu (str. 2677 až 3008, listiny založené v období mezi správními rozhodnutími vydanými v obou stupních správního řízení) pak nevyplývá, že by žalovaný po vydání rozhodnutí v I. stupni správního řízení prováděl dokazování, přestože ze str. 2709 správního spisu vyplývá, že k doplnění dokazování byli někteří zaměstnanci žalovaného pověřeni.

V tomto období žalobce podal rozklad, nahlédl do spisu (stalo se tak poté, co došlo ke změně právního zástupce žalobce), podal doplnění rozkladu s návrhem na doplnění dokazování; žalovaný reagoval na dopis Jihočeské plynárenské, a.s. (kde odmítá vyjadřovat se do doby vydání rozhodnutí o rozkladu ke skutečnostem tvořícím předmět správního řízení – str. 2811 a 2812 správního spisu), jinak jsou v tomto období ve správním spisu zakládány toliko listiny pocházející od žalobce (přílohy jeho doplnění rozkladu), k nimž se pak žalovaný v napadeném rozhodnutí vyjadřoval (to vše řádně ve správním spisu), a listiny týkající se návrhů nových smluv s regionálními distribučními společnostmi (korespondence mezi žalobcem a žalovaným, popř. žalobcem a Energetickým regulačním úřadem, žalobcovy prezentace týkající se návrhů nových smluv, záznamy z jednání mezi žalobcem a žalovaným týkajících se návrhů nových smluv – to vše ve zvláštní složce „Doplňující podklady shromážděné po vydání prvoinstančního rozhodnutí“).

Posléze uváděné podklady, resp. jejich shromáždění, se na výsledku správního řízení nijak neprojeví, skutkový stav rozhodující pro závěr správního řízení tím nebyl nijak dále zjišťován.

Žalovaný tedy při svém rozhodování ve II. stupni správního řízení vycházel ze skutkového stavu, který zde byl v době rozhodování v I. stupni správního řízení, a má-

li § 33 odst. 2 správního řádu zajistit, aby účastník řízení věděl o stavu správního spisu před rozhodnutím správního orgánu, měl informaci o kompletním podkladu rozhodnutí, věděl, jaké dokazování bylo prováděno a že je dokazování již skončeno, pak toto ustanovení správního řádu žalovaný neporušil.

Pokud jde o otázku postupu žalovaného v souvislosti s jednáním o žalobcem navržených opatřeních k nápravě, žalobce (od str. 52 žaloby) rekapituluje a zdůrazňuje vybrané pasáže napadeného rozhodnutí, které pak dává do souvislosti s navazujícími reakcemi žalovaného, jež pak především zpochybňuje ve vztahu k celkovému odůvodnění pokuty za žalobcovo jednání. Otázky spojené s udělením pokuty jsou zdejší soudem vypořádávány samostatně (část V.6. odůvodnění tohoto rozsudku).

Ve vztahu k postupu žalovaného po podání návrhu opatření je tedy nyní namístě zabývat se pouze zbylou argumentací žalobce (str. 55 žaloby).

Argumentuje-li žalobce tak, že po podání třetího návrhu opatření měla být ze strany žalovaného tato opatření přijata a správní řízení mělo být ukončeno, pak žalovaný měl takto postupovat podle žalobce zejména proto, že žalobce (svým posledním návrhem opatření) navrhoval, aby žalovaný žalobci uložil předložit všem „konsolidovaným“ i „nekonsolidovaným“ distributorům návrh nové smluvní úpravy, kde mimo jiné délka trvání jednotlivých smluv bude do 5 let, kde bude upravena možnost volby sdružené dodávky nebo odděleného nákupu kapacity a samotné komodity a kdy bude umožněna dodávka do bilanční zóny kteréhokoli distributora.

Návrhy byly ze strany žalobce předkládány v období od března 2006 do května 2006. Podle tehdy účinné právní úpravy v řízení podle § 11 odst. 2 ZOHS (řízení o podezření ze zneužití dominantního postavení) může žalovaný uložit, aby účastníci splnili opatření, která společně navrhli, jsou-li dostatečná pro ochranu hospodářské soutěže a odstraní-li se jejich splněním závadný stav. Jestliže žalovaný neshledá taková opatření dostatečnými, důvody písemně sdělí soutěžitelům a pokračuje v řízení; jinak uloží splnění těchto opatření a řízení zastaví (§ 11 odst. 3 ZOHS ve znění před účinností zákona č. 71/2007 Sb.). Podle § 11 odst. 4 ZOHS v témže znění opatření podle § 11 odst. 3 ZOHS mohou účastníci řízení písemně navrhnout žalovanému nejpozději do 15 dnů ode dne, kdy jim žalovaný doručil výhrady k jejich jednání; k pozdějšímu podání nebo změnám navržených opatření přihlédne žalovaný jen v případech hodných zvláštního zřetele. Účastníci řízení jsou svým návrhem vázáni vůči žalovanému i mezi sebou navzájem, popřípadě vůči třetím osobám, a od podání návrhu do rozhodnutí žalovaného podle § 11 odst. 3 ZOHS nesmějí postupovat způsobem, který je předmětem výhrad žalovaného. Podle § 11 odst. 5 ZOHS v témže znění žalovaný nemůže vydat rozhodnutí podle § 11 odst. 3 ZOHS, jestliže zneužití dominantního postavení mělo za následek podstatné narušení hospodářské soutěže.

Žalobce (nejpozději třetím návrhem opatření) navrhoval, aby žalovaný žalobci uložil postupovat způsobem, kterým by žalobce reagoval na důvody, pro které s ním bylo řízení vedeno. Jednou z podmínek uložení splnění opatření a zastavení správního řízení je podle § 11 odst. 4 ZOHS, že účastník (tu žalobce) od podání návrhu do rozhodnutí žalovaného podle § 11 odst. 3 ZOHS nesmí postupovat způsobem, který je předmětem výhrad žalovaného. Jestliže bylo řízení se žalobcem vedeno mimo jiné pro jeho trvání na návrzích konkrétních smluv „nekonsolidovaným“ distributorům a pro

odmítání „nekonsolidovaným“ distributorům dodávat na velkoobchodní úrovni zemní plyn určený pro kategorii oprávněných zákazníků do kterékoli bilanční zóny jednotlivých provozovatelů regionálních distribučních soustav, pak žalobce nepřinesl žádný argument v tom směru, že by k okamžiku podání návrhu opatření (a před rozhodnutím žalovaného podle § 11 odst. 3 ZOHS) svůj postup vůči distributorům změnil, tj. že by již v době, kdy žalovaný o návrzích opatření rozhodoval (a podle žalobce měl jejich splnění uložit a řízení zastavit), postupoval jinak, než jak mu bylo vytýkáno (naposledy 7.3.2006 ve „Výhradách k jednání“), tedy tak, jak hodlal postupovat teprve v případě, že mu to bude žalovaným uloženo.

Podmínka podle § 11 odst. 4 ZOHS, tedy že žalobce od podání návrhu do rozhodnutí žalovaného podle § 11 odst. 3 ZOHS nesměl postupovat způsobem, který byl předmětem výhrad žalovaného, tedy nebyla splněna – a již tato skutečnost vylučovala uložení splnění opatření a zastavení správního řízení. Již z tohoto důvodu nemůže být žalobce se svojí argumentací, že žalovaný měl správní řízení zastavit, úspěšný.

Žádné ze žalobních tvrzení směřujících do uvedených procesních pochybení žalovaného tedy není důvodné.

V.2. Hmotněprávní posouzení – existence dominantního postavení

Za tohoto stavu se tedy soud zaměřil na posouzení žalobních tvrzení vztahujících se k samotnému hmotněprávnímu posouzení věci.

Nejprve se soud zabýval žalobní argumentací, jež souvisí s vymezením relevantního trhu a postavením žalobce na tomto trhu.

Pokud jde o otázku geografického vymezení relevantního trhu, ta již byla vyřešena Nejvyšším správním soudem, a sice tak, že závěr žalovaného je přezkoumatelný a nadto i správný. Na argumentaci Nejvyššího správního soudu obsaženou v rozsudku č.j. 5 Afs 52/2010-548 ze dne 6.9.2011 zdejší soud odkazuje s tím, že je zbytečné, aby tam uvedené závěry opisoval nebo parafrázoval.

Namítá-li žalobce, že žalovaný až v napadeném rozhodnutí vymezil relevantní trh coby trh velkoobchodní, pak toto tvrzení důvodným není; jak soud shora podal, celé správní řízení bylo již od jeho zahájení zaměřeno na posouzení žalobcova jednání souvisejícího s kontraktací podmínek dodávek zboží na jedné straně tzv. konsolidovaným provozovatelům regionálních distribučních soustav a na druhé straně nekonsolidovaným provozovatelům distribučních soustav – jednalo se tedy o dodávky dvěma skupinám odběratelů, v nichž (ani v jedné) nebyli zahrnuti koneční spotřebitelé, a tedy o dodávky na velkoobchodní úrovni trhu, na jehož nabídkové straně působí žalobce a na jehož poptávkové straně působí jednotliví provozovatelé regionálních distribučních soustav.

Jasně je to tedy soudu patrné již z odůvodnění prvostupňového rozhodnutí, jakož i ze samotné podstaty deliktu, který je popsán ve skutkových větech prvostupňového rozhodnutí. Nadto z obsahu správního spisu nevyplývá, že by se žalobce v průběhu správního řízení neorientoval v tom, že je žalovaným posuzováno jednání, k němuž dochází na velkoobchodní úrovni trhu. Přesnější slovní podání konkrétního trhu v napadeném rozhodnutí oproti rozhodnutí předchozímu nic nemění na skutečnosti, že tento trh byl coby trh velkoobchodní podáván v průběhu celého řízení; z takto vymezeného relevantního trhu vycházelo i prvostupňové rozhodnutí.

Samostatnou otázkou je pak věcné vymezení relevantního trhu. Pokud žalobce již v průběhu správního řízení s poukazem na studii, kterou přiložil, argumentoval potřebou vymezit trh coby trh zajištění flexibility dodávek zemního plynu, pak taková argumentace důvodnou být podle zdejšího soudu nemůže.

Na trhu se totiž, jak dovodil žalovaný, střetává poptávka s nabídkou zboží, kterým je v tomto případě zemní plyn; ona „flexibilita“ zahrnující přizpůsobení produkce podle sezónnosti, možnost strukturování dovozů a vývozů s možností akumulace zemního plynu představuje pouze způsob, s jehož využitím k vykrývání poptávky po zemním plynu dochází.

Správně žalovaný uvádí (byť v reakci formálně vzato na jinou rozkladovou námitku týkající se rozdělení trhu na velkoobchodní a maloobchodní úroveň), že spotřebitelé poptávají souhrnnou službu dodávek zemního plynu, včetně uskladnění a přepravy (bod 111. napadeného rozhodnutí), a tedy prvek „flexibility“ je již zahrnut v jejich poptávce. I studie dodaná žalobcem (str. 2898 a násl. správního spisu) považuje „flexibilitu“ (nebo „flexibilní plyn“) za možnost zvýšit či snížit dodávku plynu za účelem uspokojení proměnlivé poptávky (str. 2 studie, pozn. 3 pod čarou) a zkoumá, zda „...soutěžitelé mají přístup k dostatečné flexibilitě tak, aby mohli zásobovat ... zákazníky...“ (str. 4 studie, první odstavec bodu 1.3.).

Uvedená studie tedy zdůrazňuje prvek „flexibility“, pro soud nicméně zřetelně popisuje „fungování“ tohoto prvku při nabídce zemního plynu střetávající se s poptávkou – a směřuje k tomu, aby trh byl vymezen jako jediný (bez rozlišení na jeho velkoobchodní a maloobchodní úroveň), aniž by „flexibilita“ byla považována za samostatné zboží.

Není tedy podle zdejšího soudu poptávána „flexibilita“, jak uvádí žalobce (str. 7 žaloby), ale zemní plyn, přestože jistota „flexibility“ je podmínkou pro odběr plynu, tedy „...okolností při výběru dodavatele...“, jak žalobce uvádí tamtéž.

Vymezení relevantního trhu tedy sice musí zahrnovat i zohlednění potřeby této „flexibility“, nic to ale podle zdejšího soudu nemění na závěru o tom, že jde stále o trh dodávek zemního plynu.

Zdejší soud má za to, že napadenému rozhodnutí by jistě slušelo podrobnější vypořádání se s předloženou studií, zřejmě v soudem právě naznačeném smyslu,

nicméně argumentace, byť převzatá z prvostupňového rozhodnutí, podle které přeprava zemního plynu pro uskutečnění dodávek se provádí prostřednictvím (za využití) specifického technického zařízení, jímž je přepravní soustava, kdy tato činnost, jakož i specifické technické zařízení jsou nezastupitelné jinými činnostmi a zařízeními (bod 100. napadeného rozhodnutí), obstojí společně s dalšími úvahami ohledně věcného vymezení relevantního trhu implicitně zahrnujícími i způsob dodávek zemního plynu při sezónních výkyvech (zejm. bod 103., byť formálně vzato k jiné žalobcově argumentaci než týkající se studie) i ve vztahu k argumentaci žalobce za použití shora uvedené studie.

Zdejší soud tu tedy dospívá k závěru, že žalovaný se v obou svých rozhodnutích podrobně zabýval způsobem, jakým trh se zemním plynem „funguje“ a dospěl ke správnému závěru, že jednání žalobce se týkalo podmínek, za jakých žalobce v příslušném období kontrahoval dodávky zemního plynu ve vztahu ke dvěma skupinám odběratelů na velkoobchodní úrovni trhu. Jasně identifikoval střet nabídky a poptávky po tomto zboží, a sice na velkoobchodní úrovni trhu. I tento závěr žalovaného soud považuje za věcně správný a řádně odůvodněný.

Na velkoobchodní úrovni je zemní plyn dodáván především jednotlivým regionálním distribučním subjektům, na maloobchodní úrovni pak těm, kdo toto zboží spotřebovávají (konečným zákazníkům). Poptávka konečných zákazníků po zemním plynu se přitom s jeho nabídkou nestřetává ve stejném okamžiku (na stejném místě), jako poptávka regionálních distribučních subjektů. Samotné plnění pro konečné zákazníky pak není zastupitelným s plněním pro regionální distribuční subjekty.

Shora uvedené nic nemění na skutečnosti, že při rozdělení dodávek zemního plynu na dva na sebe navazující trhy (velkoobchodní a maloobchodní) se jednání na jednom z těchto trhů může projevit důsledky na trhu jiném.

Pokud žalobce namítá, že žalovaný současně rozhodl o újmě spotřebitelů na velkoobchodním trhu, přestože na takto vymezeném trhu coby trhu velkoobchodním žádní spotřebitelé nepůsobí, a tedy je vyloučeno, aby jim na tomto trhu mohla být způsobena byť jen hypotetická újma, pak důvodnosti této argumentace soud nepřisvědčuje.

Posuzováno bylo totiž jednání žalobce na trhu velkoobchodním (kde se s nabídkou střetává poptávka od regionálních distribučních subjektů), tedy na trhu, který předchází maloobchodním dodávkám konečným zákazníkům - tedy spotřebitelům. Na prvním z obou trhů k jednání došlo, na druhém z nich se pak podle závěrů žalovaného mělo projevit újmou. Tou se žalovaný zabýval podrobně ve vztahu k obojímu žalobcovu jednání (body 143. a násl. a 172. napadeného rozhodnutí).

Pokud jde o újmu spotřebitelům, ta je tedy představitelná coby důsledek jednání na předcházejícím trhu – a tedy konstrukce zneužití dominantního postavení k újmě spotřebitelů, kteří odebírají zboží na navazujícím trhu, není obecně nesprávná.

Samostatnou otázkou je, při správnosti žalovaným zvolené konstrukce, ovšem faktické prokázání takové újmy coby pojmového znaku zneužití dominantního postavení v této konkrétní právní věci. Tuto otázku je třeba posuzovat samostatně až ve fázi samotného hmotněprávního hodnocení žalobcova jednání.

Žalobní tvrzení směřující proti věcnému vymezení relevantního trhu tedy důvodnými nejsou.

Za situace, kdy žalovaný vymezil relevantní trhu přezkoumatelným způsobem a věcně správně, je namístě zabývat se žalobcovým postavením na relevantním trhu.

Žalobce měl podle žalovaného zneužít svého dominantního postavení na velkoobchodním trhu dodávek zemního plynu určeného pro kategorii oprávněných zákazníků. Proto je zapotřebí posoudit, zda na takto vymezeném relevantním trhu má žalobce dominantní postavení, vycházet je přitom třeba z toho, že geograficky byl trh vymezen správně územím České republiky. Žalobce je jediným dovozcem zemního plynu do České republiky, 1% objemu dodávek na velkoobchodní úrovni trhu je kryto domácími zdroji. Jestliže tedy žalovaný vyšel z toho, že žalobce disponuje tržním podílem ve výši 99%, pak toto zjištění je stěžejní indicií pro dovození jeho dominance.

Působil-li na území, kde odběratel mohl fakticky plnění od žalobce převzít, jiný soutěžitel pouze v zanedbatelné míře, pak nelze dovozovat žádné faktické působení jiného soutěžitele, které by na žalobce vyvíjelo jakýkoli konkurenční tlak. Žalobce tedy v posuzovaném období trvale disponoval tržním podílem významně převyšujícím 75%, což je hranice, která je doktrínou opírající se již o rozsudek Soudního dvora ve věci 85/76 (*Hoffman-La Roche*) považována za silnou indicii dominance, a pokud žalovaný rovněž uvážil dramatický odstup výše tržního podílu žalobcova nejbližšího konkurenta, celkovou hospodářskou a finanční sílu žalobce coby součást skupiny RWE a vysoký stupeň vertikální integrace (vše souhrnně v bodu 117. napadeného rozhodnutí), pak závěr o existenci dominantního postavení žalobce nemůže být zpochybněn.

Podstatné v této dílčí otázce je, že žalovaný neopřel svůj závěr „pouze“ o žalobcuv tržní podíl, přitom žalobce závěr ohledně své dominance napadá ve světle své argumentace proti věcnému a geografickému vymezení relevantního trhu (že se mělo jednat o „trh flexibility“ a nikoli jen na území České republiky), což je argumentací, jak již shora uvedeno, nedůvodnou.

Žalobce je tedy na velkoobchodním trhu dodávek zemního plynu určeného pro kategorii oprávněných zákazníků dominantním soutěžitelem.

V.3. Hmotněprávní posouzení – „delikt I. 1.“

Pokud jde o otázku samotného posouzení jednání žalobce, tu je třeba shrnout, co je podstatou závěru ohledně protiprávního jednání z pohledu zákazu zneužití dominantního postavení: žalobce své tržní síly využil k jednání, která směřovala ke

znevýhodnění „nekonsolidovaných“ provozovatelů regionálních distribučních soustav (distributorů) projevujícího se v omezení jejich možnosti účinně konkurovat distributorům „konsolidovaným“.

Toto jednání mělo být vedeno k újmě ostatních soutěžitelů, jimiž jsou „nekonsolidovaní“ distributoři, i spotřebitelů.

Jestliže k závěru podle výrokové části I. bodu 1. napadeného rozhodnutí žalobce namítá, že bylo rozhodnuto o jiném než zahájeném předmětu správního řízení, pak tuto námitku již shora zdejší soud shledal nedůvodnou. Žalobci je třeba dát zapravdu v tom, že slovní popis deliktu v jeho skutkové větě se v obou postupně vydaných rozhodnutích žalovaného liší, nicméně jde toliko o upřesnění slovního popisu jednání žalobce, aniž by bylo možno dovozovat, že jde o jednání odlišné.

Žalobce argumentuje tak, že smlouvy za určitých podmínek k uzavření „nekonsolidovaným“ distributorům „pouze navrhoval“. Má-li žalobce za to, že samotné navrhování smlouvy nemůže být zneužitím dominantního postavení, pak je třeba jednorázový pokus smlouvu k uzavření navrhnout odlišit od jednání, v němž lze spatřovat uplatnění kvalifikovaného nátlaku vůči potenciální druhé smluvní straně, projevujícího se v tom, že ten, kdo návrh smlouvy předkládá, na tomto svém návrhu po jeho předložení trvá.

Zatímco jednorázový pokus o uzavření smlouvy, a to i tehdy, pokud by byl takový návrh uplatněn dominantem a pokud by takový návrh obsahoval nepřiměřené nebo diskriminační obchodní podmínky, nemusí být vždy, bez přistoupení dalších okolností, považován za zneužití dominantního postavení, trvá-li dominant na svém návrhu, jde o jednání, které znaky zneužití dominantního postavení naplňuje. Samotný návrh a trvání na něm může stavět adresáta návrhu do situace, v níž se musí aktivizovat způsobem, jak by nemusel za situace, že by dominantní soutěžitel podávající návrh takový návrh v rámci kontraktace smluvních podmínek nepodal, resp. na něm netrval. Pak není relevantní argumentace žalobce v tom směru, že návrh smlouvy není závazný a nikdo podle návrhu smlouvy nemusí ještě postupovat, neakceptuje-li jej. Zdejší soud se tedy neztotožňuje se základním východiskem žalobní argumentace, podle něhož samotný návrh smluvních podmínek (návrh smlouvy) není způsobilý přivodit újmu – a nemůže být zneužitím dominantního postavení.

Právě uvedené pojetí, které vzal za základ svých úvah žalovaný, podle zdejšího soudu dobře vystihuje základní postulát posuzování dominantova jednání, podle něhož, zjednodušeně řečeno, v případě, že dominant nečelí konkurenci férovými prostředky, jde o zneužití dominantního postavení.

Zda je konkrétní jednání soutěžitele v dominantním postavení možné považovat za jednání, které je ještě dovolené, nebo za jednání zákonem již zakázané, to je třeba vždy posuzovat individuálně, klíčovým je přitom hledisko přiměřenosti jednání dominantního soutěžitele, tedy otázka, zda zvolený způsob a intenzita jednání je přiměřená oprávněným zájmům, které tento dominantní soutěžitel na trhu má a jejichž

ochrana by měla být tolerována. Jednání, kterým dominant hájí své postavení na trhu, nesmí být zjevně nepřiměřené. Naopak pokud jsou pro takový postup dominanty věcně ospravedlnitelné důvody, není jednání, které by za jiných okolností splňovalo znaky zneužití dominantního postavení, jednáním protisoutěžním. I soutěžitel v dominantním postavení je totiž nepochybně oprávněn hájit své postavení na trhu – a může volit vhodnou strategii ve vztahu ke svým potenciálním obchodním partnerům. Jednání, kterým tak činí, nesmí být zjevně nepřiměřené podmínkám panujícím na trhu, jež jsou vyvolány jeho tržní silou na tomto trhu.

Jde-li o jednání, které by soutěžitel v podstatné míře nemohl realizovat za situace, pokud by dominantním postavením nedisponoval, neboť by se musel důvodně obávat okamžitého vyplnění uvolněného místa konkurentem, jehož plnění by představovalo plnohodnotnou alternativu k dominantově plnění, pak jde o jednání, které skutečně znaky zneužití dominantního postavení má.

Z pohledu skutkových zjištění žalovaného je podstatné, že žalobce navrhoval svým odběratelům k uzavření „Rámcové smlouvy“ a „Dílní smlouvy“ (v prosinci 2004), ty byly „konsolidovanými“ distributory akceptovány také v prosinci 2004. „Nekonsolidovaní“ distributoři návrhy neakceptovali, důvodem byla nespokojenost s podmínkami obsaženými v návrzích. Z bodů 70. a násl. a 78. a násl. prvostupňového rozhodnutí jsou podávány jednotlivé konkrétní důvody a požadavky „nekonsolidovaných“ distributorů, které byly uplatňovány opakovaně; tam uváděné skutečnosti odpovídají obsahu správního spisu.

Pokud jde o obsahy návrhů smluv vůči „nekonsolidovaným“ distributorům a o dodatky ke stávajícím smlouvám při neuzavření nových smluv, v žádném nebyla obsažena možnost podání žádosti o řádnou revizi ceny a o následnou revizi jednotkové ceny a zvláštní ustanovení o struktuře ceny – tak jako v případě „konsolidovaných“ distributorů.

Samotné rozdíly v původních návrzích smluv „konsolidovaným“ a „nekonsolidovaným“ distributorům žalobce nevyvrací. Argumentuje tak, že se jednalo „pouze“ o návrhy smluv - v tom nelze v principu spatřovat zneužití dominantního postavení a navíc chybí prvek prokázané újmy, a že o návrzích smluv už dále jednáno nebylo, neboť distributoři sami jednat nechtěli o shodné struktuře smluv, jaké měli „konsolidovaní“ distributoři.

Nelze především ze strany žalobce důvodně argumentovat tak, že se jednalo „pouze“ o návrhy smluv, neboť bylo prokázáno, že požadavky „nekonsolidovaných“ distributorů po předložení návrhů ze strany žalobce nebyly ani v navazujícím období žalobcem akceptovány, tedy žalobce předložil návrhy a na jejich znění, bez shora uvedených ujednání odpovídajících ujednáním s „konsolidovanými“ distributory, po předložení návrhů trval. Jestliže tedy je třeba odlišovat jednorázový pokus smlouvu k uzavření navrhnout od jednání, v němž lze spatřovat uplatnění kvalifikovaného nátlaku vůči potenciální druhé smluvní straně, projevujícího se v tom, že je na návrhu smlouvy z pozice dominantovy síly trváno, pak jednání žalobce nese znaky

kvalifikovaného nátlaku, jímž je podmiňováno uzavření smluv, jenž se projevuje právě už tak, že na původně uplatněných návrzích je žalobcem (z pozice dominanta) trváno.

Podstatou žalobci vytýkaného jednání tak není „pouze“ uplatnění rozdílných podmínek poté, co byly uzavřeny smlouvy, nýbrž to, že žalobce z pozice své tržní síly, jež mu zakládá jeho dominantní postavení, na jednostranně navržených podmínkách trvá v procesu kontraktace, aniž by došlo k uzavření smlouvy.

Argumentuje-li žalobce tím, že jeho odběratelé („nekonsolidovaní“ distributoři) nechtěli o žalobcově návrhu smluvních podmínek jednat, neboť trvali na původních (dřívějších) návrzích smluv, pak tento postoj „nekonsolidovaných“ distributorů lze dávat do souvislosti s tím, že jim podmínky ve smlouvách navržených žalobcem nevyhovovaly. Za situace, kdy se smluvní podmínky navržené žalobcem lišily (podání žádosti o řádnou revizi ceny a o následnou revizi jednotkové ceny a zvláštní ustanovení o struktuře ceny), pak nezájem akceptovat žalobcem navržené podmínky či jednat o nich není tvrdohlavostí žalobcových odběratelů („nekonsolidovaných“ distributorů), nýbrž obranou proti nevýhodnosti podmínek, jak byly původně žalobcem nabídnuty. Nelze tedy skutkový stav interpretovat tak, že „nekonsolidovaní“ distributoři sami nechtěli smlouvy navrhované žalobcem (obdobné těm, které navrhoval „konsolidovaným“ distributorům) uzavřít a od počátku hodlali jednat o smluvním rámci zcela odlišném, nýbrž tak, že smlouvy nechtěli uzavřít poté, kdy jim byly navrženy za podmínek neodpovídajících podmínkám sjednaným s „konsolidovanými“ distributory. Že by „nekonsolidovaní“ distributoři *a priori* odmítali strukturu smlouvy, jakou nabízel žalobce „konsolidovaným“ distributorům, ze žádného ze skutkových zjištění neplyne.

I zdejší soud z právě uvedeného dovozuje též závěr jako žalovaný: uplatnění a vynucování jednostranně stanovených podmínek v procesu smluvní kontraktace, neboť bylo prokázáno, že žalobce trval na jím stanovených podmínkách v průběhu kontraktace od prosince 2004 a pouze v případě jejich přijetí byl ochoten uzavřít nový typ smluv s „nekonsolidovanými“ distributory a bez ohledu na protinávrhy „nekonsolidovaných“ distributorů odmítal žalobcem navržené smluvní podmínky přizpůsobit smluvním podmínkám obsaženým ve smlouvách s „konsolidovanými“ distributory.

Žalovaný tu skutečně limitoval kontraktační strategii žalobce a zasáhl do ní, v tom lze se žalobcem souhlasit, to je však postup odůvodněný přísnější reglementací ve vztahu k soutěžitelům, kteří disponují dominantním postavením.

Namítá-li žalobce, že žalovaný nesprávně aplikoval tzv. *intra-enterprise* doktrínu, ani tu není žaloba důvodná. Uvedená doktrína není zákonně upravena, nicméně její dlouhodobou doktrinální traktací (to není mezi žalobcem a žalovaným sporné) je soutěžní právo aplikováno následovně: nelze považovat dohody uzavřené mezi právně samostatnými subjekty náležejícími do jedné hospodářské skupiny (holdingu), v rámci níž je spolehlivě prokázán vztah kontroly, za dohody protisoutěžní, neboť jsou formou interní alokace úkolů či působnosti; nelze jednání jednoho subjektu

vůči jinému subjektu patřícímu do stejné ekonomické skupiny považovat za zneužití dominantního postavení, a to i kdyby toto jednání vykazovalo znaky některé skutkové podstaty, a sice z téhož důvodu: jednání dominantanta může být projevem interní alokace úkolů uvnitř ekonomické skupiny.

Tzv. *intra-enterprise* doktrína se tedy uplatní i v oblasti zneužití dominantního postavení. Podle ní subjekty, mezi nimiž existuje vztah kontroly, tvoří jeden hospodářský celek. V rámci jedné ekonomické skupiny (zpravidla holdingu), kde je prokázán vztah vzájemné kontroly, není možné klasifikovat jednání jedné byť právně samostatné jednotky skupiny vůči druhé jednotce za zneužití dominantního postavení, a to i kdyby vykazovalo znaky některé skutkové podstaty zneužití dominantního postavení. Rozhodující přitom je, zda určitá společnost je součástí jedné struktury kontroly. Má-li tedy mateřská společnost možnost fakticky kontrolovat soutěžní chování svých dceřiných společností, nemůže se dceřiná společnost dopustit zneužití svého dominantního postavení vůči jiné dceřiné společnosti v rámci jedné vlastnické struktury (tzn. sesterské společnosti). Jednání mateřské společnosti vůči dceřiné společnosti, popř. jedné dceřiné společnosti vůči druhé společnosti kontrolované stejnou mateřskou společností, nespadá pod zákaz zneužití dominantního postavení, pokud tyto společnosti jsou součástí jednoho hospodářského celku, v rámci něhož dceřiná společnost nemá skutečnou volnost, pokud jde o určování svého soutěžního chování na trhu, přičemž jednání se nemusí týkat pouze vnitřního rozdělení úkolů mezi jednotlivými soutěžiteli. Protože nelze předpokládat, že subjekty, které tvoří jednu hospodářskou skupinu, si budou účinně konkurovat, vztahy mezi takovými subjekty nemohou být klasifikovány jako „soutěžní“ a jednání jednoho subjektu vůči druhému nemůže být označeno za zneužití dominantního postavení.

Tento přístup však samozřejmě nevyklučuje, aby takové jednání bylo považováno za zneužití dominantního postavení, pokud bylo uskutečněno zároveň na újmu jiných soutěžitelů mimo holdingové seskupení, jehož je členem jednajícím dominant, nebo zároveň na újmu spotřebitelů.

Ve vztahu k napadeným závěrům žalovaného nelze porušení uvedené doktríny dovozovat. Nic z toho, co vzal žalovaný za základ svých úvah, není podle zdejšího soudu excesem z její dosavadní aplikace.

V právě posuzované věci by bylo možno argumentovat rozsáhlou komunitární judikaturou (i na komunitární úrovni je tato doktrína traktována judikatorně), avšak pokud jde o specifika posuzovaného jednání, pak žalovaný správně poukazuje na závěry prezentované Soudním dvorem ve věci C-73/95P (*Viho Europe proti Komisi*), podle něhož právě v případě, že jednání dominantanta, které směřovalo dovnitř ekonomického seskupení, bylo uskutečněno zároveň na újmu jiných soutěžitelů mimo toto ekonomické seskupení, popř. na újmu spotřebitelů, může se o zneužití dominantního postavení jednat.

Žalovaný dovedl újmu „nekonsolidovaným“ distributorům, kterým byly smlouvy navrhovány, jednoduše řečeno, za jiných podmínek než „konsolidovaným“

(kteří byli součástí téže ekonomické skupiny jako žalobce). Pak skutkový základ ve věci právě posuzované je skutečně obdobný jako ve věci Soudního dvora právě uvedené.

Podstata jednání žalobce, jež je mu vytýkáno, nespočívá v postupu žalobce uvnitř ekonomické skupiny (vůči „jeho“ distributorům), nýbrž v jednání ve vztahu k jiným distributorům, než kteří jsou součástí „jeho“ ekonomické skupiny, a posuzováno bylo jednání vůči „jeho“ a ostatním distributorům. Dovození „nižší výhodnosti“ podmínek ve vztazích s „nekonsolidovanými“ distributory oproti podmínkám ve vztazích s „konsolidovanými“ distributory není „*porovnáním neporovnatelného*“, jak žalobce namítá, neboť přestože jsou distributoři součástí dvou skupin, z nichž jednu tvoří distributoři z ekonomické skupiny žalobce a druhou „cizí“ distributoři, všichni distributoři se pohybují na téže úrovni distribuce, ve vztahu k oprávněným zákazníkům spolu soutěží.

Tedy fakt, že jedna část distributorů je součástí žalobcovy ekonomické skupiny a že lze ve vztahu k ní u žalobce dovozovat jednotící zájem, nemůže jiné podmínky spolupráce ospravedlňovat, resp. dovození zneužití dominantního postavení vylučovat. Jsou-li podmínky ve vztahu k jedné skupině distributorů odlišné než ve vztahu k jiné skupině a projevují-li se tyto odlišné podmínky na navazujícím trhu, přinejmenším v ceně, jež byla přenášena (viz níže ohledně újmy spotřebitelům), pak podmínky vztahů mezi žalobcem a členy obou skupin musí být z pohledu aplikace zákazu zneužívat dominantní postavení srovnávány.

I kdyby platil žalobcův postulát, že „nekonsolidovaní“ distributoři soutěží nikoli s jednotlivými „konsolidovanými“ distributory, nýbrž s celým ekonomickým celkem, jehož součástí je i žalobce, pak nic by to neměnilo na závěru, že výsledkem jednání žalobce nemohlo být zhoršení soutěžní pozice „nekonsolidovaných“ distributorů v soutěži s tím segmentem ekonomického celku, jehož součástí je i žalobce, jenž je ve vztahu k „nekonsolidovaným“ distributorům v konkurenčním postavení. Vztahy mezi žalobcem a „konsolidovanými“ distributory nebyly vztahy soutěžními (a pouze potud by se tzv. *intra-enterprise* doktrína mohla účinně aplikovat), avšak vztahy mezi ekonomickou skupinou, jejíž součástí je i žalobce, a „nekonsolidovanými“ distributory byly vztahy soutěžními.

Pokud se jednání žalobce neomezilo jen na jednání dovnitř „jeho“ skupiny, pokud byly srovnávány postupy žalobce vůči oběma skupinám distributorů a pokud podmínky ve vztahu k jedné skupině byly výhodnější než ve vztahu ke druhé skupině, pak jsou závěry žalovaného odůvodněné a tzv. *intra-enterprise* doktrína na závěrech žalovaného nemůže ničeho změnit.

S právě uvedeným souvisí otázka újmy jiným soutěžitelům. Jestliže žalobce namítá, že jeho jednáním nebyla způsobena újma „nekonsolidovaným“ distributorům, pak je zapotřebí předeslat, že újma zahrnuje veškeré škodlivé následky, které mají příčinnou souvislost s jednáním dominanta – žalobce, a je jí třeba vykládat široce.

Kromě přímé materiální škody lze za újmu považovat ztrátu zákazníků, ztrátu postavení na trhu, potřebu překonávat v důsledku dominantova jednání vniklé bariéry vstupu na trh, ale také vzniklou potřebu soutěžitele, u něhož je vznik újmy zkoumán, činit v bezprostřední reakci na dominantovo jednání i takové úkony, které by za jiných okolností činit nemusel, tj. potřebu aktivizovat se a odvracet pro něj nepříznivé dopady dominantova jednání. Újmu přitom není zapotřebí ve vztahu k jednotlivým účastníkům trhu přesně kvantifikovat, je však třeba konkretizovat, v čem taková újma spočívá.

Toto (extenzivní) pojetí „újmy“ potvrdil i tuzemský Ústavní soud (věc sp. zn. II. ÚS 192/05), když újmu vnímal takto široce jako veškeré škodlivé následky, které mají příčinnou souvislost s jednáním dominanta.

Žalovaný v bodech 143. a násl. napadeného rozhodnutí popsal charakter újmy vzniklé „nekonsolidovaným“ distributorům ve vztahu k jednotlivým ustanovením Rámcových smluv a Dílčích smluv, jež bylo znemožněno těmto soutěžitelům v postavení „nekonsolidovaných“ distributorů uzavřít. Souhrnně řečeno spočívala újma v nutnosti působit za podmínek vyplývajících z předchozích smluv, jež fakticky tyto soutěžitele znevýhodňovaly v soutěži o oprávněné zákazníky.

Přestože odůvodnění újmy je v napadeném rozhodnutí založeno na úvahách operujících s předpokládanými důsledky žalobcova jednání souvisejícího s předkládáním návrhů smluv distributorům, popis důsledků je podle zdejšího soudu založen nikoli na pouhých hypotetických spekulacích snažících se újmu „za každou cenu vyhledat“, popř. dovozovat pouze „možnou“, tj. stále ještě toliko hrozící újmu, nýbrž na úvahách majících racionální základ.

Újma vzniklá v příčinné souvislosti se žalobcovým jednáním je tedy popsána srozumitelně, úvahy žalovaného jsou logické a zdejší soud je se žalovaným zajedno v tom, že jde o újmu skutečnou a nikoli potenciální, jak žalobce namítá. Zdejší soud se s takto definovanou újmu ztotožňuje a újmu, resp. její vznik, považuje za prokázaný.

Újmu lze způsobit nejen aplikací rozdílných podmínek ve smlouvách, nýbrž i navržením takto odlišných podmínek a trváním na těchto návrzích, pokud znamenají, že ten, komu byly navrženy podmínky odlišné než jinému (a je na nich trváno), musí nadále v obchodním vztahu působit za podmínek dosavadních. Žalovaný dovodil, že dosavadní podmínky byly nevýhodné oproti novým, navrhovaným „konsolidovaným“ distributorům („nekonsolidované“ znevýhodňovaly) – a toto pojetí újmy bere za své i zdejší soud.

Jestliže žalobce tvrdí, že předmětná ujednání z návrhů nových smluv nebyla vůbec aplikována, a že tedy to vylučuje vznik újmy, nelze mu dát zapravdu, neboť není-li vyloučeno způsobit újmu již návrhem smluv (k tomu shora), není zapotřebí dovozovat újmu až pro případ aplikace ustanovení smluv (poté, co je návrh akceptován).

Podle návrhů smluv bylo možno první revizi jednotkové ceny za plyn uskutečnit na základě žádosti o revizi (čl. XI odst. 2 Rámcových smluv), sama žádost o revizi nevyvolává nárok na revizi (v tom dává soud žalobci zapravdu), avšak pro případ nedohody smluvních stran ohledně revize je upravován následný procesní postup – „rozhodčí řízení“ (čl. XI odst. 7 Rámcových smluv).

Aby tedy bylo možné vůbec dospět k závěru o nedohodě ohledně revize, bylo třeba o revizi požádat (dosud vše platí shodně pro „konsolidované“ i „nekonsolidované“ distributory), ale „účinnost žádosti o revizi“ je upravena odlišně pro „konsolidované“ a „nekonsolidované“ distributory: 1.10.2006 a 1.1.2008 (čl. XI odst. 3 Rámcových smluv).

Jestliže není protisoutěžní jednání dovozováno v aplikaci rozdílných podmínek („nekonsolidovaní“ na tyto podmínky nepřistoupili), pak nemůže být důvodným argumentem skutečnost, že ke dni zahájení správního řízení ani ke dni vydání prvostupňového rozhodnutí ještě účinnost žádné žádosti o revizi nenastala (resp. neměla nastat).

Je rovněž bezpředmětné, zda vůbec někdo o revizi požádal či nikoli. Smlouvy s oběma skupinami distributorů sice upravovaly vzájemné podmínky mezi žalobcem a jeho distributory, a tedy dřívější žádost o revizi mohla být podána nejen distributorem, ale též žalobcem, nicméně nevýhodnost ustanovení ve smlouvách s „nekonsolidovanými“ distributory tu je pro případ, že se podmínky pro revizi ceny objeví na straně distributora (k jeho prospěchu).

Za tohoto stavu podle zdejšího soudu žalovaný správně dovodil vznik újmy již ve stádiu předložení návrhů smluv dopadajících jinak na obě skupiny distributorů – jedni mohli o revizi žádat podle nových smluv, druzí museli postupovat podle dosavadních smluv, neboť nepřistoupili na návrhy smluv obsahujících jinou účinnost žádosti o revizi.

Pokud jde o následnou žádost o revizi jednotkové ceny za plyn, pak žádosti „konsolidovaných“ distributorů měly „nabývat účinnosti“ vždy ve dvouletých intervalech od předchozí účinnosti (čl. XI odst. 3 Rámcových smluv), v případě „nekonsolidovaných“ distributorů byl tento interval tříletý (čl. XI odst. 3 návrhů Rámcových smluv).

Tu se uplatní podobné úvahy jako v případech prvních žádostí o revize. Jestliže „nekonsolidovaní“ na návrhy smluv nepřistoupili, a tedy neuplatnil se pro ně dvouletý interval, ovšem nikoli proto, že by jej nechtěli, nýbrž proto, že nechtěli navržený interval tříletý, už v tomto okamžiku byli ve znevýhodněném postavení, neboť nutně museli při svém soutěžním chování vycházet z předpokladu, že ani v případě, kdy by revize byla v jejich prospěch, nemohli by žádost o revizi uplatnit, nemohla by tedy „nabýt účinnosti“, nebylo by jednáno – a nenastala by ani možnost „rozhodčího řízení“.

Přestože nejde o vynutitelný nárok na revizi, má se po „účinnosti žádosti“ postupovat podle pravidel, jež mají směřovat k dohodě, což v případě nemožnosti „účinnosti žádosti“ v intervalu odpovídajícím smlouvám s „konsolidovanými“ distributory srovnatelnou aplikaci pravidel, jež mají nakonec k dohodě směřovat, z pohledu „nekonsolidovaných“ distributorů vylučuje.

Ve vztahu k oběma rozdílům ve smlouvách s „konsolidovanými“ a „nekonsolidovanými“ distributory (tu návrhy smluv) z pohledu vzniku újmy zdejší soud dodává, že byl-li tento rozdíl důvodem neuzavření smluv podle návrhu předloženého „nekonsolidovaným“ distributorům, pak prvek újmy je za toho stavu splněn už v okamžiku předložení odlišných návrhů a trvání na nich. Bylo by nesmyslnou aplikací pravidla o zákazu zneužití dominantního postavení, k níž by nadto nebylo žádného zákonného ani judikatorního důvodu, aby „nekonsolidovaní“ distributoři byli „nuceni“ nejprve smlouvy takto uzavřít, pak vyčkat na jejich aplikaci – a aby až poté bylo možno postup žalobce považovat za protisoutěžní jednání ve formě zneužití dominantního postavení. Žalobce nemůže být liberován ze svého jednání úvahami o tom, že vlastně újma ještě nebyla způsobena, vyvěrajícími z faktu, že sami „nekonsolidovaní“ distributoři nehodlali do smluvního vztahu za podmínek pro ně nevýhodných a odlišných od podmínek pro „konsolidované“ distributory vstoupit.

Pokud jde o otázku úpravy množství odběru plynu, pak Rámcové smlouvy s „konsolidovanými“ distributory (tedy smlouvy uzavřené) obsahovaly v čl. XIX odst. 3 pravidlo o „povinnosti projednat umožnění dodatečného odběru množství plynu odpovídajícího poklesu odběru zákazníky“, a to nad rámec příslušné dílčí smlouvy, návrhy Rámcových smluv pro „nekonsolidované“ distributory nic takového neobsahovaly.

Přestože má žalobce pravdu v tom, že takto „opatrně“ konstruované pravidlo zřejmě nezakládá žádný vynutitelný nárok distributora na to, aby k úpravě množství odběru plynu při poklesu odběrů ze strany zákazníků došlo, nicméně je-li smluvně pro „konsolidované“ distributory upraveno právo iniciovat jednání, pak uvedené pravidlo nelze považovat za zcela bezvýznamné; pokud by z tohoto pravidla vlastně nemělo nic vyplývat, nebylo by důvodu, aby bylo do smluv začleňováno. To není úvaha, jež by byla spekulací o myšlenkových pochodech či o kontraktační politice žalobce a k níž by zde proto nebylo místa; jde o logickou úvahu založenou na myšlence, že je-li cokoli smluvně upravováno, pak se tak děje proto, že to má svůj význam. Vysvětlení zdejšího soudu, že tato obecná deklarace práva iniciovat jednání vyjadřovala přinejmenším připravenost žalobce jednat, což žalobce nevyjadřoval ve smlouvách s „nekonsolidovanými“ distributory (jejich návrzích), není ze strany žalobce žádnou jeho argumentací zpochybňováno.

Jestliže tedy jedna skupina distributorů měla právo iniciovat jednání a druhá je mít neměla (a bez uzavřených Rámcových smluv jednotlivým „nekonsolidovaným“ distributorům toto právo z ničeho neplynulo), pak již v potřebě přizpůsobit obchodní politiku „nekonsolidovaných“ distributorů této nemožnosti (oproti této možnosti

v případě „konsolidovaných“ distributorů) ve stádiu před uzavřením této smlouvy i za situace, že nebylo prokázáno, že by „konsolidovaní“ distributoři kdykoli tohoto práva využili, lze újmu spatřovat. Možnost recipročního práva žalobce ve vztahu k distributorům, která na druhou stranu může znamenat pro distributory nevýhodu, tu z pohledu nemožnosti iniciovat jednání ze strany „nekonsolidovaných“ distributorů není podstatná.

Tato konstrukce újmy je smysluplná a širokému konceptu újmy, jak byl shora vymezen, podle zdejšího soudu odpovídá.

Již ze shora uvedeného je podle zdejšího soudu újma prokázána a netřeba vyvracet další argumentaci žalobce směřující do zpochybňování dalších rozdílů ve smlouvách s „konsolidovanými“ distributory a smlouvách (jejich návrzích) s „nekonsolidovanými“ distributory. Na závěru, že již z právě uvedeného újma jiným soutěžitelům jednoznačně plyne, by to ničeho nezměnilo.

Pokud jde o vnik újmy konečným spotřebitelům, i tu má zdejší soud ve shodě se žalovaným za prokázanou. Závěr o zneužití dominantního postavení byl opřen o skutkovou konstrukci, podle níž žalobce neumožnil „nekonsolidovaným“ distributorům uzavřít Rámcové smlouvy a Dílčí smlouvy za takových podmínek, které by odpovídaly podmínkám sjednaným s „konsolidovanými“ distributory, což „nekonsolidovaným“ distributorům neumožnilo účinně konkurovat „konsolidovaným“ distributorům. Újma spotřebitelům je tedy skutečně odvozována od újmy „nekonsolidovaným“ distributorům.

Tato skutková konstrukce je pochopitelně výsledkem úvah žalovaného, ty však v případě posuzování zneužití dominantního postavení mají svého místa. Podklad rozhodnutí jasně prokazuje, že tyto odlišné podmínky ve vztahu k oběma skupinám distributorů v důsledky jednání žalobce nastaveny byly, klíčové rozdíly zdejší soud shora popsal, ve shodě se žalovaným dovedl, že jednání žalobce způsobilo jiným soutěžitelům újmu – a úvaha o zprostředkovaných (navazujících) dopadech na spotřebitele v podobě vzniku újmy jim je legitimní úvahou, k níž je žalovaný povolán.

Pokud tedy zdejší soud přistoupil na konstrukci žalovaného, jež je výsledkem uvedené navazující analýzy (že žalobce neumožnil „nekonsolidovaným“ distributorům uzavřít Rámcové smlouvy a Dílčí smlouvy za takových podmínek, které by odpovídaly podmínkám sjednaným s „konsolidovanými“ distributory, což „nekonsolidovaným“ distributorům neumožnilo účinně konkurovat „konsolidovaným“ distributorům), pak je jediné logickým závěr, že v důsledku tohoto jednání žalobce působili „nekonsolidovaní“ distributoři na trhu na základě předchozích smluv (k nimž byly uzavřeny dodatky), což žalobce nevyvrací. Jestliže výsledkem takto nastavených smluvních vztahů byly podmínky pro „nekonsolidované“ distributory méně výhodné a jestliže nárůst ceny zákazníkům „nekonsolidovaných“ distributorů dává žalovaný do souvislosti s neuzavřením smluv s „nekonsolidovanými“ distributory za podmínek, za nichž je mohli uzavřít „konsolidovaní“ distributoři, pak žalobce sice tvrdí, že žalovaný opomenul zkoumat objektivní důvody zvýšení ceny pro tyto zákazníky, v žalobě však

neuvádí žádnou skutečnost, která by takovým objektivním důvodem byla. Žádným jiným objektivním důvodem tedy žalobce konkrétně neargumentuje.

Jestliže žalobce zpochybňuje správnost (možnost) samotného srovnávání smluvních podmínek s „konsolidovanými“ distributory a s „nekonsolidovanými“ distributory, argumentací v tom směru, že pokud by „konsolidovaní“ distributoři byli součástí samotného žalobce a nikoli samostatnými subjekty, pak by uvnitř žalobce mohly být nastavovány jakékoli podmínky a nebylo by možno tyto podmínky srovnávat s podmínkami kontraktů s „cizími“ subjekty (žalobce argumentuje i tak, že pokud by bylo uvnitř žalobce mezi jeho jednotkami „přeprodáváno“ plnění zdarma, neznamenalo by to, že totéž plnění musí být poskytováno zdarma i „cizím“ subjektům), jde o konstrukci, která se snaží zamlžit podstatný fakt, který byl zmíněn již shora k žalobcově argumentaci o nesprávné aplikaci *intra enterprise* doktríny: žalobcovi odběratelé jsou součástí dvou skupin, z nichž jednu tvoří distributoři z ekonomické skupiny žalobce a druhou „cizí“ distributoři, ale všichni distributoři se pohybují na téže úrovni distribuce ve vztahu ke svým dalším odběratelům, a tedy spolu soutěží. Zvýhodňování „vlastních“ před „cizími“, jsou-li ve vzájemně soutěžním vztahu, je projevem zneužití tržní moci a právě na tyto případy pamatuje např. rozsáhlá doktrína stlačování marží, žalobci i žalovanému jistě známá. To bývá judikovaným případem zneužití dominantního postavení, a tedy samotné srovnávání smluvních podmínek a dovozování zvýhodňování „vlastních“ před „cizími“ není principiálně nesprávné a nemožné, jak se soud snaží přesvědčit žalobce.

Dále žalobce argumentuje proti časovému vymezení deliktu podle části I. 1. výroku napadeného rozhodnutí. Žalovaný skutek vymezil obdobím počínajícím dnem, kdy došlo ze strany žalobce k jednání o uzavření smluv dle nové právní úpravy (5.11.2004), a končícím vydáním prvostupňového rozhodnutí. To znamená, že skutek (a tedy delikt) trval po celou dobu, kdy žalobce předkládal „nekonsolidovaným“ distributorům nové, pro ně neakceptovatelné smlouvy. Po celou tuto dobu mělo být podle skutkové věty části I. 1. výroku napadeného rozhodnutí „nekonsolidovaným“ distributorům znemožněno uzavřít smlouvy za podmínek, za kterých by mohly konkurovat „konsolidovaným“ distributorům.

Žalobce zpochybňuje konec tohoto období; ohledně svého jednání ve vztahu k „nekonsolidovaným“ distributorům uvádí, že 31.3.2005 a 21.10.2005 změnil smluvní podmínky ve svých návrzích tak, že odpovídaly podmínkám smluv s „konsolidovanými“ distributory.

„Nekonsolidovanými“ distributory jsou Pražská plynárenská, a.s. a Jihočeská plynárenská, a.s. Ve vztahu k Jihočeské plynárenské, a.s. z ničeho neplyne, že by žalobce do 10.8.2006 (vydání prvostupňového rozhodnutí) původně navrhované podmínky upravil, ani žalobce to netvrdí. Ve vztahu k Pražské plynárenské, a.s. bylo prokázáno, že 31.3.2005 a 21.10.2005 předložil žalobce „nové“ varianty návrhů smluv. Navrhován byl termín první revize jednotkové ceny 1.10.2006, následně účinnost žádosti o revizi ve dvouletém intervalu a ustanovení o úpravě množství odebíraného plynu.

Jestliže delikt, jehož se žalobce dopustil, měl spočívat v tom, že žalobce (v období od 5.11.2004 do 10.8.2006 – vydání prvostupňového rozhodnutí) neumožnil právě uvedeným dvěma distributorům (tedy těm „nekonsolidovaným“) uzavřít smlouvy za takových podmínek upravujících strukturu ceny, revize a následné revize jednotkové ceny a zvláštní podmínky ohledně povinnosti projednat množství odběru zemního plynu při přechodném podstatném snížení odběru, které by ve svém souhrnu umožnily účinnou konkurenci s ostatními distributory (s těmi „konsolidovanými“), pak vůči Jihočeské plynárenské, a.s. návrhy smluv do 10.8.2006 neupravil nijak (aby byly podmínky srovnatelné s podmínkami ve smlouvách s „konsolidovanými“ distributory).

Ve vztahu k Pražské plynárenské, a.s. i žalovaný připustil změnu návrhů v oblasti „účinnosti“ žádostí o revize a v oblasti možnosti jednat o úpravě množství odebíraného plynu, jak na to poukazuje žalobce, avšak ani žalobce netvrdí, že by se „nové“ návrhy z průběhu roku 2005 ve vztahu k Pražské plynárenské, a.s. týkaly struktury ceny.

Jestliže všechny tyto podmínky dal žalovaný do souvislostí a z jejich souhrnu dovozoval naplnění deliktu, pak kombinací žádných relevantních změn v návrzích smluv Jihočeské plynárenské, a.s. a jen dílčích změn v návrzích smluv Pražské plynárenské, a.s. se na naplnění skutkových znaků deliktu, jak jsou ve skutkové větě napadeného rozhodnutí vymezeny, nic nemění. Stále zde ke dni 10.8.2006 zůstávají rozdíly v podmínkách u „konsolidovaných“ a „nekonsolidovaných“ distributorů, stále platí, že původní návrhy smluv vůči těmto skupinám distributorů zahrnovaly odlišné podmínky, které ke dni 10.8.2006 nebyly ve svém komplexu sladěny s podmínkami pro „konsolidované“ distributory, stále je zde pluralita na straně „nekonsolidovaných“ distributorů, s nimiž nejsou uzavřeny smlouvy za shodných podmínek jako s „konsolidovanými“ distributory, ani není prokázáno, že by takový návrh smluv zahrnujících podmínky, jaké měly „konsolidovaní“ distributoři, byl ze strany žalobce „nekonsolidovaným“ distributorům předložen. Pak nemůže obstát ani žalobcův argument, že nejpozději předložení variant smluv Pražské plynárenské, a.s. dne 31.3.2005 a dne 21.10.2005 (jejichž předložení žalovaný sám uznal v bodu 72. prvostupňového rozhodnutí) protiprávní jednání žalobce nutně muselo skončit. Prvek rozdílného přístupu v kontraktaci podmínek s „konsolidovanými“ a „nekonsolidovanými“ distributory přetrvává po celou dobu (až do 10.8.2006).

Časové vymezení deliktu tedy podle zdejšího soudu zjištěnému skutkovému stavu odpovídá.

Ve vztahu k nosným závěrům a úvahám žalovaného ohledně deliktu podle výrokové části I. 1. napadeného rozhodnutí tedy zdejší soud uzavírá, že se žalovaný ve všech podstatných směrech ztotožňuje a že spáchání deliktu způsobem, jak je popsáno v uvedené výrokové části napadeného rozhodnutí, považuje za prokázané, jeho odůvodnění za přezkoumatelné a celkový závěr žalovaného v této otázce z pohledu aplikace tuzemské právní úpravy (ZOHS) za zákonný.

V.4. Hmotněprávní posouzení – „delikt I. 2.“

Dále žalobce brojí proti závěru žalovaného uvedenému v části I. 2. výroku napadeného rozhodnutí.

Žalovaný nejprve prvostupňovým rozhodnutím rozhodl (zjednodušeně) tak, že žalobce se dopustil deliktu tím, že od 1.1.2005 stanovil určité podmínky ve smlouvách s „nekonsolidovanými“ distributory a neprovedl změnu ustanovení ve dvou smlouvách upravujících dodávky plynu pouze do bilanční zóny jednotlivých provozovatelů regionálních distribučních soustav. Smlouva č. 3003/0150/98 byla uzavřena s Pražskou plynárenskou, a.s., smlouva č. 3003/0338/96 s Jihočeskou plynárenskou, a.s.

Delikt tedy spočíval v jednání ve vztahu ke dvěma „nekonsolidovaným“ distributorům.

Napadené (druhostupňové) rozhodnutí pak skutek vymezuje (zjednodušeně) tak, že žalobce v období od 26.1.2005 do 10.8.2006 (vydání prvostupňového rozhodnutí) bez objektivně ospravedlnitelných důvodů odmítal „nekonsolidovaným“ distributorům dodávat plyn do kterékoli bilanční zóny.

Z obou postupně vydaných rozhodnutí (a z pohledu přezkumu je podstatné vymezení skutku ve druhostupňovém rozhodnutí) se tedy podává, že žalobce protisoutěžně postupoval vůči oběma „nekonsolidovaným“ distributorům (tedy vlastně vůči „všem“ distributorům, kteří nebyli součástí jeho podnikatelské skupiny – ekonomické jednotky). To je patrné i z rekapitulace závěru obsaženého v prvostupňovém rozhodnutí, jak je podána v bodu 160. napadeného rozhodnutí, napadeným rozhodnutím sice změněného, ale nikoli v závěru ohledně odmítnutí dodávek „nekonsolidovaným“ distributorům.

I ze souhrnného závěru k výrokové části I. 2. napadeného rozhodnutí (bod 178. napadeného rozhodnutí) se jasně podává, že protisoutěžní jednání spočívalo v tom, že žalobce bez objektivně ospravedlnitelných důvodů odmítal „nekonsolidovaným“ distributorům dodávat plyn do kterékoli bilanční zóny.

Zdejší soud se na základě žalobní argumentace zaměřil na posouzení splnění dvou znaků, o které se popis tohoto skutku v napadeném rozhodnutí opírá, tj. zda je pro období od 26.1.2005 do 10.8.2006 prokázáno, že „nekonsolidovaní distributoři“ požadovali dodávky do kterékoli bilanční zóny a že by tyto požadavky žalobce odmítal.

Ve vztahu k Pražské plynárenské, a.s. a k období, pro které je dovozeno spáchání deliktu, tedy od 26.1.2005, žalovaný vycházel z dokumentu „Zpráva – jednání s PP, a.s.“ ze dne 20.10.2005.

Odkud je podáván obchodní záměr žalobce nedodávat zákazníkům v České republice zemní plyn na vstupech do České republiky, ale pouze vždy jen v předacím místě – virtuálním vstupním bodě do bilanční zóny příslušného distributora (str. 103 správního spisu – „*RWE Transgas nemá jako svůj obchodní záměr dodávat zákazníkům v ČR zemní plyn na vstupních bodech do ČR. RWE Transgas nabízí všem svým zákazníkům dodávky zemního plynu pro potřeby jejich zákazníků vždy v předacím místě – virtuálním vstupním bodě do bilanční zóny.*“). Dne 22.12.2005 pak žalobce s Pražskou plynárenskou, a.s. uzavřel Dodatek č. 21 ke smlouvě 3003/0150/98, v němž je jako místo předání zemního plynu uvedena „bilanční zóna PP, a.s.“.

Jiný podklad, z něhož by žalovaný dovodil odmítání dodávek do kterékoli bilanční zóny podle požadavku Pražské plynárenské, a.s., správním spisem neprochází.

Z textu zprávy z jednání (str. 103 správního spisu) se tedy podává, že žalobce Pražské plynárenské, a.s. v rámci jednání dne 20.10.2005 sdělil obchodní záměr, podle něhož dodávky zemního plynu realizuje ve vstupním bodě do bilanční zóny (i po 1.1.2006 - účinnost Dodatku č. 21 - platilo pravidlo o dodávkách zemního plynu do bilanční zóny Pražské plynárenské, a.s.

Uvedený text lze interpretovat tak, že jestliže žalobce v situaci, kdy měl uzavřeny jednotné smlouvy s distributory (návrhy smluv předkládaných „nekonsolidovaným“ distributorům odpovídaly v otázkách místa dodávek návrhům pro „konsolidované“ distributory a dodávky zemního plynu na jiné místo, než na hranice bilanční zóny příslušného distributora), sděloval Pražské plynárenské, a.s. v rámci jednání dne 20.10.2005 obchodní záměr, podle něhož dodávky zemního plynu realizuje ve vstupním bodě do bilanční zóny, pak to musel sdělovat proto, že tuto otázku i Pražská plynárenská, a.s. požadovala řešit, tedy musela v období před 20.10.2005 uplatnit požadavek na změnu místa dodání.

Žádný takový požadavek ovšem zjištěn nebyl; žádná listina, z níž by takový požadavek plynul, správním spisem neprochází, žalovaný neopatřil žádný jiný důkaz o tom, že by takový požadavek Pražská plynárenská, a.s. u žalobce uplatnila.

Navíc nelze použít logicky se nabízející argument v rámci první (shora naznačené) interpretace, a sice „Proč by jinak o této otázce žalobce dne 22.10.2005 jednal?“, neboť sdělení žalobce, že dodávky zemního plynu realizuje ve vstupním bodě do bilanční zóny, neprovází žádná reakce Pražské plynárenské, a.s., a tedy z ničeho neplyne, že by skutečně bylo o této otázce mezi oběma účastníky uvedeného jednání skutečně „jednáno“.

Uvedený text lze však interpretovat i jinak, a sice v tom směru, jak k dotazu soudu přednesl žalobce na jednání, že tím žalobce při jednání s Pražskou plynárenskou, a.s. pouze vyjadřoval smluvní podmínku, kterou distributorům k akceptaci sám nabízí, aniž by tím reagoval na jakýkoli předchozí požadavek v tomto směru, neboť žádný takový požadavek z její strany uplatněn nebyl.

Obojí výklad textu uvedené zprávy z jednání je sice možný, ovšem možnost obojího výkladu za zjištěného skutkového stavu nemůže jít k tíži žalobce coby podezřelého ze spáchání správního deliktu. Jinými slovy hodlal-li žalovaný ve vztahu k žalobci deklarovat spáchání správního deliktu odmítáním požadavku uplatněného jeho distributorem, muselo by být najisto postaveno, že k takovému odmítání skutečně došlo, tj. bylo by zapotřebí mít především za prokazané, že takový požadavek byl vůbec uplatněn, aby mohl být odmítnut. Tak tomu však v tomto případě podle zdejšího soudu není.

Ve vztahu k období po 26.1.2005 může zdejší soud sice považovat za prokazané, že i dodávky vůči Pražské plynárenské, a.s. byly realizovány s místem dodání na hranice její bilanční zóny, z podkladu rozhodnutí žalovaného však nelze dovodit to, co vzal žalovaný za základ svých skutkových zjištění, a sice že by Pražská plynárenská, a.s. u žalobce uplatnila požadavek na dodávky do jiné bilanční zóny, dokonce z něj nelze dovodit ani to, že by Pražská plynárenská, a.s. hodlala o změně místa dodávek se žalobcem vůbec jednat.

To, že podle zprávy o jednání ze dne 20.10.2005 jí bylo sděleno, že žalobce nabízí všem svým zákazníkům dodávky zemního plynu pro potřeby jejich zákazníků vždy v předacím místě – virtuálním vstupním bodě do bilanční zóny, aniž by následovala jakákoli reakce Pražské plynárenské, a.s., jež by měla oporu v podkladu rozhodnutí, může logicky spíše nasvědčovat tomu, že Pražská plynárenská, a.s. takový požadavek ve vztahu k žalobci neuplatňovala – a tedy ve vztahu k takovému požadavku nebylo ze strany žalobce co odmítat. To by nebylo v rozporu s prohlášeními Dušana Jurečky (č.l. 137 soudního spisu) a ing. Milana Kajtmána (č.l. 438 soudního spisu), která žalobce zdejšímu soudu předložil na jednání zdejšího soudu dne 23.10.2009, z nichž rovněž plyne, že podle prohlašujících žádný takový požadavek ve vztahu k žalobci uplatněn nebyl.

Konečně to nepřímo potvrzuje sám žalovaný, který v bodu 74. svého vyjádření k žalobě ve vztahu k újmě způsobené Pražské plynárenské, a.s. uvádí, že pro dovození zneužití dominantního postavení postačí, je-li újma prokázána toliko jednomu jinému soutěžiteli, tu tedy rozuměno Jihočeské plynárenské, a.s., ale také dodal, že Pražská plynárenská, a.s. věděla, že Jihočeská plynárenská, a.s. se svojí žádostí o dodávky mimo její bilanční zónu neuspěla, což učinilo její případný pokus o zajištění takových dodávek bezpředmětným, neboť odsouzeným k nezdaru.

Žalobci je tedy třeba dát zapravdu v tom, že žalovaný v napadeném rozhodnutí žádný konkrétní krok Pražské plynárenské, a.s., z něhož by bylo lze dovodit uplatnění požadavku na dodávky do kterékoli bilanční zóny, nezmiňuje, pouze se soustředuje na postup Jihočeské plynárenské, a.s., která měla podle žalovaného svůj požadavek uplatnit a které to bylo odmítnuto. Ve vyjádření k žalobě to nepřímo potvrzuje, když podává konstrukci, již lze porozumět tak, že Pražská plynárenská, a.s. vlastně ani nežádala, neboť věděla, že by jí nebylo vyhověno.

Ve vztahu k Pražské plynárenské, a.s. tedy správní spis neobsahuje ani podklad, z něhož by vyplývalo, že tento „nekonsolidovaný“ distributor požadavek na dodávky do kterékoli bilanční zóny výslovně uplatnil, ani podklad, z něhož by vyplývalo, že žalobce takto formulovaný požadavek odmítl, a tedy z něhož by tak muselo logicky vyplynout i to, že tento „nekonsolidovaný“ distributor takto formulovaný požadavek uplatnil.

Z toho lze tedy uzavřít, že dovedl-li žalovaný, že žalobce v období od 26.1.2005 do 10.8.2006 odmítal provozovatelům regionálních distribučních soustav nenáležícím do holdingu skupiny RWE (tedy „nekonsolidovaným“ distributorům) dodávat na velkoobchodní úrovni zemní plyn určený pro kategorii oprávněných zákazníků do kterékoli bilanční zóny jednotlivých provozovatelů regionálních distribučních soustav, pak existují-li dva „nekonsolidovaní“ distributoři a ve vztahu k jednomu z nich nebylo prokázáno ani že by byl takový jeho požadavek žalobcem odmítnut, ani že by on sám takový požadavek uplatnil, pak už z toho důvodu nemůže výroková část I.2. napadeného rozhodnutí obstát pro vady řízení podle § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s. proto, že skutkový stav, který vzal žalovaný za základ svého rozhodnutí v tomto bodě výrokové části, nemá oporu v podkladu rozhodnutí – a musí být zrušena.

V kontextu shora uvedeného nemůže zároveň výroková část I.2. napadeného rozhodnutí obstát ani v otázce časového vymezení deliktu. Proč měl podle žalovaného žalobce odmítat shora uvedený požadavek ve vztahu k Pražské plynárenské, a.s. v období od 26.1.2005 do 10.8.2006, to logicky rovněž nemůže mít oporu v podkladu rozhodnutí.

Pokud jde o zbylého „nekonsolidovaného“ distributora, a sice Jihočeskou plynárenskou, a.s., pak ve vztahu k ní a k období, ve kterém je dovozeno spáchání deliktu, tedy od 26.1.2005, žalovaný vycházel z neakceptování požadavku Jihočeské plynárenské, a.s. na předání jinde než v bilanční zóně tohoto distributora, což bylo tomuto distributorovi sděleno dne 26.1.2005.

Z odpovědi žalobce na požadavek Jihočeské plynárenské, a.s. ze dne 26.1.2005, kterým žalovaný argumentuje (str. 385 správního spisu), plyne, že žalobce odmítá dodávky do odběrných míst v jiných distribučních oblastech než v distribuční oblasti Jihočeská plynárenská, a.s. Tato reakce žalobce se tedy týkala skutečně odmítnutí požadavku na dodávky do jiných odběrných míst, než bylo sjednáno v té době účinné smlouvě. Předchozí požadavek Jihočeské plynárenské, a.s. (ze dne 8.3.2004), kdy tento „nekonsolidovaný“ distributor sdělil svůj požadavek na nákup pouze proclené komodity na hranicích České republiky (str. 491 správního spisu) není zahrnut do období, kdy se měl delikt stát, tj. do období po 26.1.2005.

Pokud jde tedy o období po 26.1.2005, pak není sporné, že od počátku tohoto období byly účinné smlouvy obsahující pravidla pro dodávky do jednotlivých bilančních zón. To je fakt, který sám o sobě ještě jakékoli odmítání konkrétních požadavků v období od 26.1.2005 neprokazuje. Není však zřejmé, jaký požadavek vlastně Jihočeská plynárenská, a.s. průběžně měla v tomto období po žalobci

uplatňovat, když žalovaný v bodu 161. napadeného rozhodnutí shrnuje, že návrhy smluv z tohoto období neumožňovaly dodávky zemního plynu na jiné místo, např. na hranice bilanční zóny jiného distributora – a z toho má žalovaný za prokázané, že žalobce odmítal o jiném portfoliu smluv jednat, a to přesto, že Jihočeská plynárenská, a.s. už od 8.4.2004 usilovala o nákup na hraničních bodech České republiky.

Požadavek ze dne 8.4.2004 je však z období před 26.1.2005, a tedy tím nelze odůvodňovat závěr, že takto žalobce postupoval od 26.1.2005 do 10.8.2006, nicméně pro období po 26.1.2005 není žádný požadavek než ten, který byl odmítnut žalobcem dne 26.1.2005, z podkladu rozhodnutí patrný. To odpověď na otázku, co vlastně Jihočeská plynárenská, a.s. požadovala, nikterak neosvětluje.

Lze mít tedy za prokázané, že dne 26.1.2005 byl požadavek Jihočeské plynárenské, a.s. na dodávky jinak než na hranice její bilanční zóny odmítnut, nelze však dovozovat, že by tento požadavek měl být odmítán až do dne 10.8.2006, neboť z ničeho není podáváno, že by byl ze strany Jihočeské plynárenské, a.s. poté ještě vůbec uplatňován.

Jestliže má být odmítání požadavku na dodávky do jiných odběrných míst, než bylo sjednáno v té době účinné smlouvě, ze strany žalovaného prokazováno obsahem zápisu z jednání mezi žalobcem a Jihočeskou plynárenskou, a.s. ze dne 1.11.2005, pak z něj odmítnutí takového požadavku neplyne. Z textu zápisu (str. 284 správního spisu) totiž plyne následující: „*Požadavek nákupu na hranicích; Zástupci TG sdělili, že prodej na hranicích není v současné době obchodní strategií. TG nabízí prodej pouze na bilanční zóně. JČP trvá na požadavku nákupu na hranicích s odvoláním na důvody, které již byly řečeny na předešlém jednání.*“. Pak tento podklad může sloužit k prokázání odmítnutí požadavku Jihočeské plynárenské, a.s. na dodávky na hranicích České republiky, na kterém mohla opakovaně trvat, jak je z této zprávy z jednání podáváno, nikoli kamkoli jinam mimo hranice své bilanční zóny, jak dovozuje žalovaný v napadeném rozhodnutí.

Z tohoto textu tedy neplyne to, že by žalobce odmítal dodávky do odběrných míst v jiných distribučních oblastech než v distribuční oblasti Jihočeská plynárenská, a.s. Výslovné odmítnutí takového požadavku plyne z listiny dokumentující vyjednávání s Jihočeskou plynárenskou, a.s. – z dopisu ze dne 26.1.2005, podle zápisu z jednání ze dne 1.11.2005 však na tomto svém požadavku Jihočeská plynárenská, a.s. netrvala, ale požadovala dodávky na hranice České republiky. Jestliže se tedy takto žalobce vyjadřoval k místu předání, muselo se tak stát na základě již dříve uplatněných požadavků Jihočeské plynárenské, a.s. Tento požadavek na dodávku jinam než do příslušné bilanční zóny musel být uplatněn před 26.1.2005, neboť jinak by na něj žalobce dne 26.1.2005 nereagoval, ale z ničeho neplyne, že by toto „odmítání“ trvalo i po 26.1.2005; pro další období popisuje žalovaný pouze požadavek na dodávky na hranice České republiky.

Jestliže to bylo v rozkladu namítáno, pak v napadeném rozhodnutí je tento rozdíl bagatelizován (v bodu 170.) a poté shodně i ve vyjádření žalovaného k žalobě

(bod 76.) tak, že tato námitka je nepodstatná, protože to nemění nic na skutečnosti, že žalobce odmítal dodávat kamkoli mimo hranice bilanční zóny Jihočeské plynárenské, a.s., navíc hranice České republiky jsou zároveň hranicí bilanční zóny, pak jde o bagatelizaci nemístnou. Jestliže je totiž sporu o to, kam Jihočeská plynárenská, a.s. žádala dodávky, tj. zda na hranice České republiky nebo na hranice jiných bilančních zón, pak námitku, že dodávky nepožadovala do jiných bilančních zón, nýbrž na hranice České republiky, nelze odmítnout tak, že uplatňování požadavku dodávek na hranice České republiky a jeho odmítání nic nemění na skutečnosti, že žalobce odmítal dodávat kamkoli mimo hranice bilanční zóny Jihočeské plynárenské, a.s. – to není vypořádání námitky, to k podstatě rozkladové argumentace a k logice rozkladové námitky nijak nesměruje. Je-li pak argumentováno tím, že hranice České republiky jsou zároveň hranicí bilanční zóny, to je sice pravdou, ale hranice České republiky v případě Jihočeské plynárenské, a.s. nejsou jedinou hranicí její bilanční zóny. Proto i kdyby bylo prokázáno odmítání dodávek na hranice České republiky, které jsou zároveň bilanční zónou, neznamená to automaticky, že jsou odmítány dodávky na hranice kterékoli jiné bilanční zóny, než bilanční zóny Jihočeské plynárenské, a.s.

I z tohoto důvodu nemá výroková část I.2. oporu v podkladu rozhodnutí.

Ve vztahu k nosným závěrům a úvahám žalovaného ohledně deliktu podle výrokové části I. 2. napadeného rozhodnutí tedy zdejší soud v mezích uplatněných žalobních bodů uzavírá, že takto konstruovaný delikt již ze shora uvedených důvodů nemůže obstát, neboť závěr o tom, že by v tomto období žalobce odmítal „nekonsolidovaným“ distributorům dodávat na velkoobchodní úrovni zemní plyn určený pro kategorii oprávněných zákazníků do kterékoli bilanční zóny jednotlivých provozovatelů regionálních distribučních soustav, nemá oporu v podkladu rozhodnutí.

V.5. Aplikace čl. 82 Smlouvy ES

Žalovaný poté, co dovedil porušení § 11 odst. 1 ZOHS (podle zdejšího soudu správně), zabýval se otázkou aplikovatelnosti čl. 82 Smlouvy ES, resp. posouzení dopadu jednání žalobce na obchod mezi členskými státy.

S ohledem na shora uvedené závěry zdejšího soudu k výrokovým částem I.1. a I.2. napadeného rozhodnutí má smyslu se nyní touto otázkou zabývat pouze ve vztahu k deliktu, jak byl deklarován ve výrokové části I.1. napadeného rozhodnutí.

Podle bodů 93. a násl. oznámení Komise – Pravidel pro pojem dopad na obchod mezi členskými státy obsažený v čl. 81 a 82 Smlouvy ES (Úřední věstník 2004/C 101/07), jež je transparentním návodem pro dovozování tzv. komunitárního prvku, obvykle ovlivňuje obchod mezi členskými státy takové jednání (ve formě zneužití dominantního postavení), které, pokrývá-li jeden členský stát, spočívá ve vylučovací praxi. Takové jednání obvykle ztěžuje konkurentům z jiných členských států pronikání na trh, a tedy průběh obchodu může být ovlivněn. Jestliže však soutěžitel, jemuž hrozí vyloučení, působí toliko v jediném členském státě, pak takové zneužití obvykle neovlivňuje obchod mezi členskými státy. Obchod mezi členskými státy

naproti tomu může být ovlivněn v případě, kdy postižený soutěžitel vyváží do nebo dováží z jiných členských států a rovněž jestliže působí i v jiných členských státech. Dopad na obchod mezi členskými státy může plynout i z odrazujícího účinku zneužití na jiné konkurenty. Přítomnost dominantního soutěžitele pokrývajících celý jeden členský stát pravděpodobně ztíží pronikání na trh. Jakékoli jednání, které ztěžuje vstup na vnitrostátní trh, by proto mělo být považováno za znatelně ovlivňující obchod mezi členskými státy. Celkově má být znatelné ovlivnění dovozováno z kombinace tržní pozice soutěžitele a povahy jeho chování.

Z napadeného rozhodnutí (body 155. a 175.) je patrné, že tato pravidla žalovaný aplikoval a ve vztahu k žalobcovu jednání dovodil především tu klíčovou skutečnost, že toto jednání mělo vylučovací charakter, neboť jeho důsledkem bylo ztížení působení „nekonsolidovaných“ distributorů (čímž jim bylo znemožněno účinně konkurovat „konsolidovaným“ distributorům), resp. toto jednání mělo odrazovací potenciál.

Žalovaný dovodil, že žalobcův postup měl potenciál odradit tuzemské nebo zahraniční soutěžitele od vstupu na trh, a to i vzhledem k tomu, že povaha žalobcova jednání mířila proti základnímu cíli liberalizace sektoru plynárenství, který má svůj původ v komunitárním právu a kterým je vytvoření jednotného společného trhu s plynem.

Ve prospěch dovození komunitárního prvku v žalobcově jednání podle žalovaného svědčí i skutečnost, že se jej dopustil soutěžitel s téměř monopolním postavením na území jednoho členského státu (České republiky) a že plyn do České republiky je dovážen přes území jiných členských států, a tedy dochází k mezistátnímu obchodování, které mohlo být jednáním žalobce ovlivněno.

S těmito východisky a závěry se zdejší soud ztotožňuje; ty přítomnost komunitárního prvku, a tedy důvodnost aplikace čl. 82 Smlouvy ES, vyvolávají. Ani správnost vymezení relevantního trhu po stránce geografické není s těmito závěry v rozporu: to, že je třeba relevantní trhu vymezit územím České republiky, neznamená, že by nemělo být v zájmu soutěžitelů zahraničních na českém trhu působit; k tomu směřuje samotná liberalizace. Jestliže byl relevantní trh správně vymezen územím České republiky a jestliže z toho plyne i správný závěr žalovaného ohledně tržní pozice žalobce na takto vymezeném relevantním trhu, pak jednání žalobce skutečně pokrývalo území celého členského státu. Jestliže tato podmínka byla naplněna, pak nebylo třeba zkoumat, jakou část společného trhu žalobcovo jednání postihuje, a tedy nebylo zapotřebí dovozovat, že postihuje jeho podstatnou část.

Zdejší soud přijal i závěr žalovaného ohledně podstaty jednání žalobce coby praktiky vylučovací povahy. Byl-li naplněn potenciál vylučovat z efektivní soutěže obecně „nekonsolidované“ distributory, pak byl tento potenciál naplněn ve vztahu ke všem „nekonsolidovaným“ distributorům.

Při splnění právě uvedených dvou podmínek nebylo třeba jakékoli podrobnější analýzy podle obecných pravidel podávaných z uvedených Pokynů, které se žalobce dovolává.

Pokud jde o aplikaci výjimky *de minimis*, již se žalobce také dovolává, její aplikace je zřetelně vyloučena podílem žalobce na vymezeném relevantním trhu – jde téměř o monopolistu. Jestliže musel žalovaný „*vysvětlit pravděpodobnost nepřímého nebo potenciálního ovlivnění obchodu mezi členskými státy*“ (bod 43 uvedených Pokynů), pak této své povinnosti dostal odůvodněním potenciálu odrazení i zahraniční soutěžitelů od vstupu na trh, kteří by se pro případ vstupu na trh ocitali v postavení „nekonsolidovaných“ distributorů.

Ztotožnil-li se tedy zdejší soud s vymezením relevantního trhu a postavením žalobce na něm i s popisem jednání žalobce coby praktik vylučovacích, pak z těchto nosných důvodů považuje závěr ohledně aplikace čl. 82 Smlouvy ES za zákonný a správný.

V této otázce (ve vztahu k deliktu podle výrokové části I.1. napadeného rozhodnutí) tedy není žaloba důvodná.

V.6. Pokuta

Pokud jde o řadu dílčích žalobních námitek k uložené pokutě, pro veškeré úvahy zdejšího soudu v této otázce je podstatné, že pohled na rozhodování žalovaného o pokutě v této věci již prejedikoval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č.j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008. Tímto rozsudkem je zdejší soud a nakonec i žalovaný limitován, resp. závěr zdejšího soudu v této otázce je uvedeným rozsudkem již jasně předurčen a není smysluplné tu argumentaci Nejvyššího správního soudu kopírovat či parafrázovat.

Najisto je tedy nyní postaveno, že žalobce se dopustil protisoutěžního jednání, protiprávního podle § 11 ZOHS a podle čl. 82 Smlouvy ES, deklarovaného ve výrokových částech I. 1. a I.2. napadeného rozhodnutí. Za toto jednání žalovaný mohl žalobci uložit pokutu.

Měl-li by se zdejší soud zabývat jednotlivými dílčími body žalobcovy argumentace k rozhodnutí žalovaného o pokutě, a tedy měl-li by zdejší soud přezkoumat, nakolik a jak se žalovaný zabýval jednotlivými okolnostmi a jak se to nakonec projevilo ve výši uložené sankce, muselo by být předem zřejmé, jaký mechanismus sankcionování žalovaný zvolil.

Nejvyšší správní soud postavil shora uvedeným rozsudkem najisto, že v případě souběhu komunitárního a vnitrostátního deliktu je žalovaný povinen vést řízení o porušení obou deliktů (tu podle § 11 ZOHS a podle čl. 82 Smlouvy ES), a pokud se v řízení prokáže, že došlo k protisoutěžnímu jednání, je povinen takové jednání do budoucna zakázat, není však povinen uložit pokutu. Pokud se žalovaný rozhodne

pokutu uložit, musí v každém případě postupovat v souladu s již existující judikaturou správních soudů vztahující se k ukládání sankcí v případě souběhu více deliktů, tedy při souběhu deliktů komunitárních a vnitrostátních uložit sankci na základě absorpční zásady. Žalovaný tedy měl uložit sankci pouze za jeden z deliktů, na něž dopadá v daném případě shodná sankce, v rámci hodnocení závažnosti protiprávního jednání však měl zohlednit, že žalobce nespáchal pouze tento jeden delikt. Jen tak mohly být pro soud přezkoumatelně zohledněny negativní důsledky.

Žalovaný v napadeném rozhodnutí deklaroval, že žalobce porušil dvěma skutky vždy jak § 11 odst. 1 ZOHS, tak čl. 82 Smlouvy ES.

Zdejší soud shora dovedl, že žalobce se dopustil porušení jak § 11 odst. 1 ZOHS, tak čl. 82 Smlouvy ES pouze jedním z obou skutků (tím, jak byl deklarován ve výrokové části I.1. napadeného rozhodnutí).

Vychází-li zdejší soud ze závěrů vyřčených Nejvyšším správním soudem v rozsudku č.j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008 a zohledňuje-li právě uvedený závěr samotného hmotněprávního přezkumu v řízení před zdejším soudem, pak ve vztahu k tomuto skutku šlo o dva delikty. Z napadeného rozhodnutí je sice patrné, že se žalovaný věnoval hodnocení žalobcova jednání z hledisek uvedených v § 22 odst. 2 ZOHS (a konstatoval, že jednání, které je předmětem správního řízení, představuje porušení jak českého soutěžního práva, tak i právního předpisu komunitárního), nelze však z něj vůbec zjistit, za který z deliktů žalovaný primárně pokutu ukládal a jakým způsobem přihlédl ke zbylému jednání.

Takto postup žalovaného vyhodnotil již Nejvyšší správní soud, když uzavřel, že není možné přezkoumat, jakými úvahami se v tomto ohledu žalovaný řídil a zda postupoval v souladu se zásadou absorpční nebo zda naopak konečná výše sankce není výsledkem nepřipustné kumulace.

Napadené rozhodnutí žalovaného je tedy v tomto ohledu již podle samotného Nejvyššího správního soudu nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

Za tohoto stavu k otázce uložené pokuty zdejšímu soudu nezbývá než konstatovat, že k jednotlivým žalobním bodům lze přezkoumat toliko rozhodnutí přezkoumatelné, nicméně tu je přezkum napadeného rozhodnutí v otázce sankce vyloučen.

Tato skutečnost je důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí v jeho výrokové části I. 4. pro nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s.

V dalším řízení necht' žalovaný při ukládání sankce podle § 22 odst. 2 ZOHS za jednotlivé sbíhající se delikty postupuje v souladu s absorpční zásadou, jak mu je podána Nejvyšším správním soudem. Celkovou výši pokuty necht' pak žalovaný ve svém rozhodnutí náležitě odůvodní i z uvedeného hlediska.

Za tohoto procesního stavu se zdejší soud nemohl zabývat ani moderačním návrhem žalobce.

VI. Závěrečné shrnutí

Zdejší soud tedy shrnuje takto:

Ve vztahu k jednání podle výrokové části I.1. napadeného rozhodnutí zdejší soud nepřisvědčil žalobci ani pokud jde o namítané vady řízení, ani pokud jde o vady v samotném hmotněprávním hodnocení. Zdejší soud se ztotožňuje s nosnými důvody rozhodnutí žalovaného, s ohledem na zjištěné skutečnosti je považuje za zákonné a věcně správné. Ve vztahu k těmto závěrům zdejší soud nenalezl ani žádnou vadu, ke které by musel přihlídnout z úřední povinnosti.

Proto zdejší soud žalobu jako nedůvodnou ve vztahu k výrokové části I.1. napadeného rozhodnutí podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

Závěry obsažené ve výrokové části I.2. nemohou obstát pro vady řízení podle § 76 odst. 1 písm. b) s.ř.s. proto, že skutkový stav, který vzal žalovaný za základ svého rozhodnutí v tomto bodě výrokové části, nemá oporu v podkladu rozhodnutí. V této části je žaloba důvodná a výrokovou část I.2. napadeného rozhodnutí proto zdejší soud podle § 76 odst. 1 písm. b) a § 78 odst. 1 s.ř.s. zrušil.

Zrušení výrokové části I.2. se nutně promítá i do potřeby zrušit výrokovou část I.3. napadeného rozhodnutí, již je jednání podle výrokové části I.2. napadeného rozhodnutí zakazováno.

Ve výrokové části I.4. zdejší soud napadené rozhodnutí rovněž zrušil; důvodem pro zrušení výrokové části I. 4. napadeného rozhodnutí je jeho nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů podle § 76 odst. 1 písm. a) s.ř.s.

V rozsahu zrušení zdejší soud věc vrátil žalovanému podle § 78 odst. 4 s.ř.s. k dalšímu řízení.

VII. Náklady řízení

O nákladech řízení o žalobě soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s.

Žalobce byl procesně úspěšným ve vztahu k výrokové části I.2. a I.4. napadeného rozhodnutí, žalovaný byl procesně úspěšným ve vztahu k výrokové části I.1. napadeného rozhodnutí; procesní úspěch žalobce ve vztahu k výrokové části I.3. napadeného rozhodnutí je jen důsledkem jeho úspěchu ve vztahu k výrokové části I.2. napadeného rozhodnutí. Za toho stavu má zdejší soud za to, že oba účastníci byli částečně úspěšnými, přitom s ohledem na shora uvedené nelze jednoznačně stanovit,

kdo z nich byl úspěšnějším. Proto zdejší soud rozhodl, že žádnému z nich se náhrada nákladů řízení o žalobě nepřiznává.

Pokud jde o náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 22.10.2007, č.j. 62 Ca 8/2007-171, a o náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23.10.2009, č.j. 62 Ca 78/2008-452, tu zdejší soud rozhodoval na základě § 110 odst. 2 s.ř.s. podle § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Na základě výsledku, jenž je dán oběma rozhodnutími o kasačních stížnostech, lze jako na procesně úspěšnějšího nahlížet na žalovaného. Nebylo však zjištěno, že by žalovanému vznikly náklady, jež by převyšovaly náklady jeho administrativní činnosti, a proto nebyla žalovanému náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti přiznána.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

V Brně dne 19.1.2012

JUDr. David Raus, Ph.D.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová