



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. v právní věci

žalobce: **FORTUNA GAME a.s.**
sídlem Na Florenci 2116/15, Praha
zastoupený JUDr. Jiřím Kindlem, M.Jur. Ph.D., advokátem
Skils s.r.o. advokátní kancelář, sídlem Křižovnické náměstí 193/2, Praha 1

proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno

o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem žalovaného

takto:

I. Určuje se, že provedení místního šetření dne 12.3.2019 v obchodních prostorách žalobce Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže na základě pověření předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 11.3.2019, č.j. ÚOHS-P0400/2017/KD-01699/2019/852/DSv, bylo nezákonným zásahem.

II. V části, v níž se žalobce domáhá uložení povinnosti žalovanému ukončit nezákonný zásah spočívající v zadržování veškerých kopií dokumentů označených A1 – A4, B1 – B17 a C1 – C12, které zajistil při místním šetření dne 12.3.2019 v obchodních prostorách žalobce, a to tak, že veškeré tyto kopie dokumentů žalovaný žalobci protokolárně předá do tří dnů od právní moci rozsudku, se žaloba zamítá.

III. Žalovaný je povinen nahradit žalobci náklady řízení ve výši 22 701 Kč do třiceti dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Jiřího Kindla, M.Jur. Ph.D., advokáta, Skils s.r.o. advokátní kancelář, sídlem Křižovnické náměstí 193/2, Praha 1.

IV. Žalovaný nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

1. Žalobce podal žalobu na ochranu před nezákonným zásahem správního orgánu – žalovaného (§ 82 a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, dále jen „s.ř.s.“). Nezákonný zásah má podle žalobce spočívat v nezákonně provedeném místním šetření v obchodních prostorách žalobce dne 12.3.2019. Žalobce se podanou žalobou domáhá určení nezákonnosti místního šetření a stanovení povinnosti navrácení obchodních dokumentů zajištěných v průběhu místního šetření.

I. Shrnutí procesního postoje žalobce

2. Podle žalobce nebylo uskutečnění místního šetření dne 12.3.2019 v obchodních prostorách žalobce podle § 21f zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále „ZOHS“), nezbytné, neboť žalovaný nedisponoval dostatečnými indiciemi, které by mohly zavdat důvodné podezření o protiprávním jednání žalobce. Pořízením a následným uchováváním dokumentů žalobce dochází k trvajícimu nezákonnému zásahu; žalovaný nebyl oprávněn kopie těchto dokumentů pořídit ani uchovávat. Informace obsažené v podnětu SAZKA a.s. ze dne 29.6.2017 o protisoutěžní dohodě a koordinaci aktivit žalobce, TIPSPORT a.s., CHANCE a.s. a Asociace provozovatelů kurzových sázek z.s. v oblasti kurzového sázení a záměrnému snižování úrovně vzájemné konkurence byly pouze nepodloženými tvrzeními. Žalobce spatřuje souvislost mezi podáním podnětu ze strany SAZKA a.s. a aktivitou Asociace provozovatelů kurzových sázek z.s. (dále jen „Asociace“). Asociace upozorňovala společnost SAZKA a.s. na nezákonný postup v souvislosti s povinnostmi vyplývajících ze zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestní činnosti a financování terorismu (dále jen „AML zákon“). Žalobce hodnotí podnět společnosti SAZKA a.s. ze dne 29.6.2017 jako „odplatu“ za aktivity Asociace a žalobce vůči společnosti SAZKA a.s., v rámci kterých byla SAZKA a.s. upozorňována na nedůsledné dodržování AML zákona. Žalobci navíc byla – s odkazem na ochranu obchodního tajemství – znepřístupněna podstatná část textu podnětu ze dne 29.6.2017, a žalobce tak byl dotčen na právu na řádnou obhajobu a na právu na spravedlivý proces. Ta část podnětu, která je žalobci přístupná, obsahuje pouze veřejně známé skutečnosti. Schůzky, o kterých informuje SAZKA a.s., svědčí pouze o prodiskutování porušování legislativy samotnou společností SAZKA a.s. Taktéž z anonymního podnětu M.G. ze dne 20.12.2018, podle kterého se TIPSPORT a.s., CHANCE a.s. a žalobce mají dopouštět bojkotu konkurentů a rozdělení trhu s kurzovými sázkami, nevyplynávají konkrétní skutkové okolnosti či důkazy o údajném nezákonném postupu žalobce. Žalovaný pochybil tím, že se tvrzení uvedená v podnětech nepokusil ověřit; takový postup je v rozporu s rozhodovací praxí Nejvyššího správního soudu a Evropského soudu pro lidská práva. Žalovaný před provedením místního šetření nedisponoval důvodným podezřením, správním spisem neprochází procesní stopa, která by indikovala snahu žalobce o ověření tvrzení obsažených v podnětech. Další doplnění podání od společnosti SAZKA a.s. nejsou schopna prokázat správnost tvrzení obsažených v původním podání.

3. Pověření k provedení místního šetření podle § 21f odst. 5 ZOHS vyhotovené předsedou žalovaného č.j. ÚOHS-P0400/2017/KD-01699/2019/852/DSv ze dne 11.3.2019 je zmatečné. Není z něj zřejmé, z jakých podkladů žalovaný vycházel. Shodná pověření vydal žalovaný také k provedení místních šetření u dalších soutěžitelů včetně Asociace. Přístup k mobilnímu telefonu

D.V. si žalovaný vynutil, přestože D.V. se původně nenacházel v prostorách, které byly v pověření ze dne 11.3.2019 uvedeny. Mezi rozsahem podezření, které je zachyceno ve správním spisu, rozsahem pověření k provedení místního šetření a rozsahem realizovaného místního šetření měl existovat proporcionální vztah. Rozsah pověření k provedení místního šetření byl podle žalobce nepřiměřeně široký vzhledem k nedostatku indicií před provedením místního šetření i k časovému rámci („minimálně od roku 2013“). Při provedení místního šetření žalovaný nedostatečně zaprotokoloval způsob prověřování listinných a elektronických dokumentů v prostorách žalobce. Z důvodu nedostatečné protokolace místního šetření není zřejmé, zda žalovaný prověřování jednotlivých dokumentů žalobce limitoval povahou dokumentů. Místní šetření bylo tedy podle žalobce nezákonné a kopie interních dokumentů žalobce, které žalovaný zajistil, jsou ve správním spisu uchovávány neoprávněně.

4. Žalobce tedy požaduje určit, že provedení místního šetření dne 12.3.2019 v obchodních prostorách žalobce bylo nezákonným zásahem, a domáhá se uložení povinnosti žalovanému, aby kopie dokumentů zajištěných v rámci místního šetření předal zpět žalobci. Na svém procesním postoji žalobce setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem, a to i na jednání soudu.

II. Shrnutí procesního postoje žalovaného

5. Žalovaný se žalobcem nesouhlasí; místní šetření bylo provedeno v souladu se ZOHS a byl sledován legitimní cíl. Podnět společnosti SAZKA a.s. byl žalovaným dostatečně prověřován. To má být zřejmé také z toho, že podnět obdržel žalovaný již v roce 2017, zatímco místní šetření proběhlo až v březnu roku 2019. Časový rámec předmětu místního šetření byl podle žalovaného vymezen v souladu s rozhodovací praxí soudů. Neuvedení klíčových slov užitých při vyhledávání při místním šetření není nezákonným zásahem, neboť žalovaný nepořídil kopie dokumentů, které by se vymykaly rozsahu pověření. Neuvedl-li předseda žalovaného v pověření také obchodní prostory „Danube House“, bylo tomu tak proto, že nelze po žalovaném žádat, aby předvídal, kde se budou jednotliví pracovníci žalobce v okamžiku místního šetření nacházet. Byl to samotný žalobce, kdo navrhl přesun D.V. s počítačem a mobilním telefonem do „Florentina“.

6. Žalovaný tedy navrhuje zamítnutí žaloby jako nedůvodné. I žalovaný na svém procesním postoji setrval po celou dobu řízení před zdejší soudem, včetně jednání soudu.

III. Posouzení věci

7. Zdejší soud posuzoval nejprve to, zda je v této věci dán dostatek legitimace aktivní i pasivní podle § 82 a § 83 s.ř.s. a zda byla dodržena lhůta pro podání žaloby podle § 84 s.ř.s.

8. Aktivní legitimace (§ 82 s.ř.s.) svědčí každému, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech zásahem správního orgánu. Určující skutečností pro vyslovení závěru o existenci aktivní legitimace na straně žalobce je tedy fakt tvrzení přímého zkrácení na právech zásahem správního orgánu, nikoli skutečnost, že k přímému zásahu do práv žalobce skutečně došlo (to již je otázkou pro posouzení žaloby ve věci samé), ani jiné otázky související s okolnostmi, za nichž je zkrácení na právech žalobou dovozováno. V nyní posuzované věci je přímé zkrácení na právech ze strany žalobce jasně tvrzeno a argumentováno – spočívá v tom, že žalovaný uskutečnil neohlášené místní šetření v obchodních prostorách žalobce, v rámci kterého získal dokumenty týkající se činnosti žalobce, přitom místní šetření proběhlo podle žalobce nezákonně. To pro žalobcovu aktivní legitimaci postačuje. Pokud jde o legitimaci pasivní, pak § 83 s.ř.s. stanoví, že žalovaným je správní orgán, který podle žalobního tvrzení provedl zásah. Tu je žalovaným Úřad pro ochranu

hospodářské soutěže; jeho identifikace není spornou, spornou není ani skutečnost, že jde o správní orgán. I tato podmínka řízení je tedy splněna.

9. Pokud jde o podmínku včasnosti žaloby podávanou z § 84 odst. 1 s.ř.s., i ta je podle zdejšího soudu splněna. Podle § 84 odst. 1 s.ř.s. musí být žaloba na ochranu před nezákonným zásahem podána do dvou měsíců ode dne, kdy se žalobce dozvěděl o nezákonném zásahu. Nejpozději lze žalobu podat do dvou let od okamžiku, kdy k němu došlo. Podle § 84 odst. 2 s.ř.s. zmeškání lhůty nelze prominout. Žalobce podal žalobu dne 10.5.2019. Držení dokumentů převzatých při místním šetření uskutečněném dne 12.3.2019 (zadržování a nevracení zpět žalobci a jejich využití pro účely správního řízení) představuje zásah trvající, u něhož lhůty uplynout nemohly (nález Ústavního soudu ze dne 15.5.2018, sp. zn. II. ÚS 635/18), ve vztahu k samotnému uskutečnění místního šetření pak byla žaloba podána ve lhůtě dvou měsíců. Žaloba je tudíž jistě včasná.

10. Pokud jde o posouzení věci samé, pak zdejší soud vyšel z toho, že přezkum místních šetření uskutečněných podle § 21f ZOHS cestou žaloby podle § 82 s.ř.s. má směřovat k ochraně před svého druhu svévolí správního orgánu (žalovaného), jež by se projevovala coby uskutečňování tzv. rybářských výprav, tj. šetření fakticky naslepo bez dostatečně konkrétních a věrohodných indicií o protisoutěžním jednání, aniž by se však již muselo jednat o konkrétní důkazní prostředky či z nich už plynoucí důkazy, neboť k tomu právě místní šetření teprve směřuje (má směřovat). Přezkum místních šetření uskutečněných podle § 21f ZOHS cestou žaloby podle § 82 s.ř.s. by měl zajišťovat korektní a rozumnou míru ochrany před takovou svévolí, podle zdejšího soudu by se však neměl stát každodenním univerzálním nástrojem ke zpochybňování podkladů, které k místnímu šetření vedly, či důkazů, které v rámci místního šetření byly získány, a to ještě v době, kdy správní řízení o podezření z protisoutěžního jednání, které jako celek teprve vede ke shromáždění skutkového podkladu a jeho hodnocení, stále běží. Tento přezkum by neměl být ani cestou k otevírání podrobné polemiky ohledně míry, v jaké již před uskutečněním místního šetření mohl (měl) žalovaný protisoutěžní jednání pokládat za prokázané, ani cestou ke zpochybňování důvodnosti nejružnějších podnětů, které proti soutěžitelům míří a na jejichž základě žalovaný pojmá podezření z protisoutěžního jednání, ani cestou, jak přimět soud k vyslovení závěru, že žalovaný by fakticky již před zahájením místního šetření musel mít najisto postaveno, jaké přesné důkazy hledá (tj. co přesně v nich má být obsaženo), neboť v takovém případě by již žádné místní šetření probíhat nemuselo (pokud by žalovaný přesně věděl, co má být v důkazech obsaženo, pak by je již musel mít k dispozici). Tento přezkum by rovněž neměl být pokládán ze strany soutěžitelů za efektivní a přitom lehce zneužitelný nástroj, kterak dosáhnout průběžného hodnocení skutkového stavu ze strany soudu či kterak alespoň žalovanému průběh správního řízení komplikovat faktickou ingerencí soudu do procesu dokazování či dovoláváním se ze strany soutěžitelů hodnotících úsudků soudu ohledně průběžného skutkového podkladu a z něj v aktuální fázi správního řízení plynoucích skutkových zjištění a očekáváním, že žalovaný bude v rámci procesní obrany vyjevovat své úsudky, které mají své místo až v jeho rozhodnutí ve věci samé, popř. v tzv. sdělení výhrad (§ 21b ZOHS, § 7 odst. 3 ZOHS). Místní šetření musí sloužit nikoli k nalezení podkladu, o jehož existenci a konkrétním obsahu žalovaný předem jistě ví, nýbrž k eventuálnímu získání podkladu, o jehož existenci žalovaný předem neví, avšak který žalovanému umožní osvětlit či rozkrýt povahu jednání, které je předmětem již existujícího (z předcházejících indicií reálně dovoditelného) podezření z protisoutěžních aktivit; musí být žalovanému umožněno, aby teprve v rámci místního šetření opatřoval poznatky, které mu ještě nejsou známy co do jejich existence či obsahu, a to tím spíše v situacích, kdy žalovanému vznikne reálné podezření z dlouhodobější protisoutěžní koordinace.

11. Právě uvedené vedlo zdejší soud mj. k tomu, aby se blíže nezabýval žalobcem nastolenou otázkou z(ne)přístupňování dokumentů žurnalizovaných ve správním spisu s odkazem na

obchodní tajemství (to je otázkou dodržení procesních práv v rámci běžícího správního řízení) ani jakýmkoli náznaky úvah nad „aktuální“ důkazní situací či nad skutkovými zjištěními, jež mají z dosud shromážděného podkladu (pořízeného před uskutečněním místního šetření, při jeho uskutečnění i po jeho uskutečnění) vyplývat (to je otázkou posouzení věci samé v rámci běžícího správního řízení).

12. Místní šetření proběhlo v režimu § 21f ZOHS. Sama skutečnost, že místní šetření bylo *stricto sensu* zákonné (to znamená, že § 21f ZOHS takové šetření umožňuje) a z obecného pohledu v souladu s legitimními cíli (to – jednoduše řečeno – znamená s cílem chránit hospodářskou soutěž), ještě neznamená, že obstálo coby zákonné. Aby tento závěr bylo možno učinit, muselo by místní šetření být též nezbytné, tj. především přiměřené uvedenému legitimnímu cíli. Aby pak bylo takto přiměřené, muselo by vyhovět v testu vhodnosti, délky a rozsahu. Toto východisko zdejší soud považuje za východisko již ustálené (zdejší soud z něj vycházel např. v rozsudcích ze dne 23.3.2017 ve věci sp. zn. 62 A 236/2016, ze dne 31.3.2017 ve věci sp. zn. 29 A 165/2016, ze dne 29.5.2017 ve věci sp. zn. 30 Af 29/2016, ze dne 6.3.2018 ve věci sp. zn. 62 Af 92/2016 atd.) a ani v nyní posuzované věci se od něj nehodlá odchylovat. I žalobce vychází v žalobě z téhož a nic nenavádí tomu, že by žalovaný vycházel v rámci obhajoby svého postupu při místním šetření v obchodních prostorách žalobce z východisek jiných.

13. Dovozuje-li žalobce, že žalovaný neměl k dispozici podklady umožňující identifikovat nosné skutkové a právní důvody vedoucí jej k uskutečnění místního šetření a že samotný rozsah šetření vymezený v pověření k uskutečnění místního šetření překračoval rozsah podezření, pak svojí žalobou zpochybňuje vhodnost a rozsah místního šetření. Oprávněnost držení dokumentů, které byly místním šetřením získány, je pak otázkou teprve navazující.

14. Pokud jde o posouzení vhodnosti místního šetření (ve smyslu adekvátnosti využití tohoto procesního institutu vzhledem ke konkrétním skutkovým okolnostem, jaké byly dány na počátku místního šetření) a rozsahu místního šetření (ve smyslu dodržení rámce, který by byl předem jasně vymezen) v rámci testu nezbytnosti (přiměřenosti shora uvedenému legitimnímu cíli), zdejší soud posuzoval, jaká konkrétní skutková zjištění měl žalovaný k dispozici před zahájením příslušného místního šetření.

15. Pověřením k provedení místního šetření č.j. ÚOHS-P0400/2017/KD-01699/2019/852/DSv ze dne 11.3.2019 pověřil předseda žalovaného vybrané zaměstnance žalovaného k provedení šetření na místě dle § 21f ZOHS v obchodních prostorách žalobce na adrese Na Florenci 2116/15, Nové Město, 110 00 Praha 1, a to za účelem „...prověření obchodních záznamů a zajištění kopií obchodních záznamů týkajících se shora vymezeného podezření z možného porušení § 3 odst. 1 zákona a článku 101 Smlouvy o fungování Evropské unie...“. Z pověření zdejšímu soudu vyplývá, že žalovaný pojal podezření o protiprávním jednání žalobce v tomto rozsahu: „...výměna obchodně citlivých informací, koordinace soutěžního chování v oblasti marketingu a sponzoringu sportovních soutěží a klubů, koordinaci při vytváření a nastavení sázkových kursů, koordinaci týkající se uplatňování manipulačních poplatků za podání sázky (na pobočkách i na internetu/on-line) a dalších podmínek, vytváření překážek pro vstup a působení dalších soutěžitelů a rozdělování trhu a zákazníků, ke kterému mohlo docházet jak formou přímé bilaterální nebo multilaterální spolupráce mezi soutěžiteli, tak nepřímou prostřednictvím/v rámci Asociace provozovatelů kurzových sázek z.s.... v oblasti kurzového sázení v České republice minimálně od roku 2013...“. Shodně bylo vymezeno prověřované jednání v protokolu z místního šetření č.j. ÚOHS-P0400/2017/KD-02471/2019/852/DSv ze dne 12.3.2019 a obdobně lze shrnout protiprávní jednání, které bylo popsáno v podnětech SAZKA a.s. (dále jen „SAZKA“) a Mgr. G.. Podle pověření k provedení místního šetření bylo důvodnou indicií pro provedení šetření „...podání doručené Úřadu upozorňující na dlouhodobou koordinaci aktivit uvedených soutěžitelů... Další informace byly zjištěny Úřadem z vlastní

činnosti a týkají se rovněž aktivit dotčených soutěžitelů a stavu konkurenčního prostředí v oblasti kurzového sázení v České republice...“.

16. Žalovaný v pověření k provedení šetření na místě v obchodních prostorách žalobce identifikoval možné porušení § 3 odst. 1 ZOHS a čl. 101 Smlouvy o fungování Evropské unie takto: 1) výměna obchodně citlivých informací, 2) koordinace soutěžního chování v oblasti marketingu a sponzoringu sportovních soutěží a klubů, 3) koordinace při vytváření a nastavení sázkových kurzů, 4) koordinace týkající se uplatňování manipulačních poplatků za podání sázky (na pobočkách i na internetu/on-line) a dalších obchodních podmínek, 5) vytváření překážek pro vstup a působení dalších soutěžitelů a 6) rozdělování trhu a zákazníků. Důvodné indicie měly pramenit z podání, jednoho (později doplněného) od žalobcova konkurenta (SAZKA) a druhého anonymního (Mgr. G.), a dále z informací z médií (to by mohlo odpovídat údajům údajně zjištěným „z vlastní činnosti“, jež se měly týkat „rovněž aktivit dotčených soutěžitelů a stavu konkurenčního prostředí v oblasti kurzového sázení v České republice“.

17. Ve vztahu k výměně obchodně citlivých informací je z podnětu SAZKY ze dne 29.6.2017 zřejmé, že k výměně informací mělo docházet zejména v rámci Asociace, jak mělo být patrné z jejích stanov. Podle podnětu SAZKY byl žalobce i skupina TIPSPORT zakládajícími členy Asociace. Je pravdou, že podle stanov Asociace, které procházejí správním spisem, členové spolku společně usilují (odst. 2.2 stanov) o to, aby se stali uznávanou platformou společných zájmů subjektů podnikání v oblasti kurzových sázek v České republice (odst. 2.2.1), aby společně vytvářeli odborný pohled na klíčové otázky rozvoje podnikání v oblasti kurzových sázek a aktivit s tímto podnikáním spojených (odst. 2.2.2), aby prezentovali a prosazovali společné zájmy na příslušných fórech, vůči státní správě a v mezinárodním kontextu, pokud to ovlivňuje podnikání v oblasti kurzových sázek v České republice (odst. 2.2.3); za účelem splnění těchto cílů má Asociace zabezpečovat výměny informací o současném stavu, trendech vývoje v oblasti kurzových sázek v České republice a v ostatních zemích (odst. 2.3.2).

18. Takto vymezená část cílů a činnosti Asociace podle stanov může indikovat, že Asociace mohla sloužit jako platforma pro výměnu obchodně citlivých informací, aniž by to ještě bylo důkazem takového jednání, to je však podle zdejšího soudu třeba navíc zasadit do kontextu dalších částí stanov, zejména odst. 2.2.4, podle kterého členové spolku usilují o to, aby se spolek stal společným fórem prosazujícím otevřené a rovnoprávné podmínky ve volné a svobodné hospodářské soutěži podle transparentních pravidel. Samotná shoda adresy sídla Asociace a jejích členů sice může operativní výměnu informací usnadňovat, žádným reálným indikátorem protisoutěžního jednání ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS ještě není, natož důkazem, a to ani v kontextu stanovami zmiňovaného záměru vyměňovat si informace a „spolupracovat“; jestliže podle stanov mělo v rámci Asociace docházet k „přiznané“ výměně informací a ke spolupráci mezi jejími členy, nevyplyvá z této skutečnosti, že mělo jít o činnost nezákonnou ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS. Ve vztahu k výměně obchodně citlivých informací měl tedy žalovaný k dispozici pouze tvrzení obsažené v podnětu SAZKY ze dne 29.6.2017, podle něhož Asociace „zjevně“ slouží jako platforma k tomu, aby její členové (včetně žalobce) mohli diskutovat citlivé obchodní záležitosti. Jde pouze o tvrzení, žádnou reálnou konkrétní indicii žalovaný před uskutečněním místního šetření podle obsahu správního spisu k této otázce k dispozici neměl.

19. Pokud jde o podezření z koordinace soutěžního chování v oblasti marketingu a sponzoringu sportovních soutěží a klubů, pak tvrzení v tomto směru SAZKA v podnětu ze dne 29.6.2017 opírala zejména o marketingové rozdělení trhu mezi skupinou TIPSPORT a žalobcem podle v České republice nejpopulárnějších sportů (fotbal a hokej). Zatímco žalobce se měl zaměřovat na tuzemský fotbal, skupina TIPSPORT se měla zaměřovat na lední hokej. Soutěžitelé tak měli

získávat reklamní prostor za nižší cenu. Ačkoli v podnětu ze dne 29.6.2017 a v navazujících doplněních je u části skutkových tvrzení odkazováno na zdroje informací, v případě tvrzeného rozdělení aktivit jednotlivých soutěžitelů dle jednotlivých sportů nebyl v podnětu zdroj těchto údajů uveden. Správním spisem neprochází žádná listina, a to ani pocházející od SAZKY, ani z eventuálního navazujícího prověřování žalovaného, ze které by byla patrna reálná indicie ohledně rozdělení trhu, jež by mohlo například (podle tvrzení SAZKY) vyústit v získávání výhodnějších cenových podmínek ohledně reklamního prostoru. Podstatné podle zdejšího soudu je, že prostor pro prověření tvrzeného marketingového rozdělení žalovaný měl, a to i cestou veřejně přístupných zdrojů, aniž by však tento prostor využil.

20. Zjišťoval-li zdejší soud namátkou, jak se tvrzené marketingové rozdělení promítá v otázce sponzoringu jednotlivých klubů nejvyšší tuzemské hokejové a fotbalové soutěže, pak údaje v tomto směru dostupné jsou a tyto údaje navíc samy o sobě tvrzení SAZKY, na nichž zřejmě bylo založeno podezření, které vyústilo v místní šetření zaměřující se na koordinaci soutěžních aktivit v oblasti marketingu a sponzoringu sportovních soutěží a klubů, nepotvrzují. Jak vyplynulo z dokazování u jednání soudu, kupř. u fotbalových klubů AS Sparta a SK Slavia je v případě SK Slavia FORTUNA sponzorem, v případě AC Sparta je TIPSPORT generálním partnerem a FORTUNA tzv. platinovým partnerem. Konkrétní pochybnosti v tom směru, že by tomu mělo být jinak nebo že by tato skutečnost byla výsledkem koordinace, o podklady žurnalizované ve správním spisu opřeny nejsou. Jak také vyplynulo z dokazování u jednání soudu, v případě hokejových klubů nejsou mezi oficiálními sponzory Komety (vítěz nejvyšší hokejové soutěže 2017/2018) uváděni ani TIPSPORT/CHANCE, ani FORTUNA, v případě HC Trinec (vítěz nejvyšší hokejové soutěže 2018/2019) rovněž ne. Ani v tomto případě konkrétní pochybnosti v tom směru, že by tomu mělo být jinak nebo že by tato skutečnost byla výsledkem koordinace, o podklady žurnalizované ve správním spisu opřeny nejsou. Jestliže žalovaný v důsledku vstupních informací poskytnutých SAZKOU neprovedl ani zběžné ověření informací o koordinaci soutěžního chování v oblasti marketingu a sponzoringu sportovních soutěží a klubů, přestože tyto údaje byly dostupné na oficiálních www stránkách jednotlivých sportovních klubů, a z kopií seznamu sponzorů náhodně vybraných hokejových a fotbalových klubů nejvyšších tuzemských lig je zřejmé, že tvrzení SAZKY o rozdělení marketingových aktivit neplatí absolutně, pak podle zdejšího soudu žalovaný nedisponoval žádnými reálnými konkrétními indiciemi o koordinaci soutěžního chování v oblasti marketingu a sponzoringu sportovních soutěží a klubů. To, že skupina TIPSPORT/CHANCE je generálním partnerem hokejové nejvyšší soutěže, zatímco žalobce je generálním partnerem nejvyšší fotbalové soutěže, za dostatečnou indicii o koordinaci soutěžního chování v oblasti marketingu a sponzoringu, samo o sobě bez dalšího, považovat nelze. Nadto z výroční zprávy CHANCE za rok 2015, která prochází správním spisem, je patrné, že CHANCE byla „titulárním partnerem“ CHANCE futsal ligy a z novinového článku založeného ve správním spisu „Sázkovky bojují o ulici“ ze dne 11.2.2019 je zřejmé, že TIPSPORT byl sponzorem AC Sparta. Tvrzení o tom, že soutěžitelé FORTUNA a skupina TIPSPORT/CHANCE skokově navýšili výdaje na marketing, aby zamezili vstupu na trh zahraniční konkurence a tím si vynutili exkluzivitu sponzorských vztahů, ze spisu – vyjma obecných tvrzení SAZKY a anonymního soutěžitele zastoupeného Mgr. G. (podání ze dne 20.12.2018) – nevyplyvá vůbec. Obdobně tvrzení SAZKY obsažené v doplnění podnětu, které bylo doručeno žalovanému dne 27.2.2019, že skupina TIPSPORT nově disponuje vysílacími právy k hokejovým zápasům a společně se žalobcem koordinovala reklamní aktivity na www stránkách sport.cz a společně měli zajištěn exkluzivní reklamní prostor v sezóně 2018/2019 na O2 TV Sport, nebyla žalovaným jakkoli ověřována. Podklady žurnalizované ve správním spisu tedy podle zdejšího soudu neindikují žádnou koordinaci aktivit v oblasti marketingu a sponzoringu, jež by zavdávala podezření z protisoutěžního postupu v rozporu s § 3 odst. 1 ZOHS.

21. Dalším z prověřovaných okruhů protisoutěžního jednání měla být údajná koordinace soutěžitelů při vytváření a nastavení sázkových kurzů. SAZKA v doplnění podnětu ze dne 9.1.2018 uvedla, že „...si společnosti FORTUNA a TIPSPORT/CHANCE vzájemně rozdělily trh zřejmě i v tom smyslu, že FORTUNA bude mít výsostné postavení včetně lepších kurzových nabídek...“. Podle doplnění podnětu ze dne 9.1.2018 měly být lepší kurzy nabízeny skupinou TIPSPORT/CHANCE, neboť k jejich stanovení byl využíván sofistikovaný automatizovaný systém. Přesto měl výhodnější kurzy ve fotbale nabízet žalobce, zatímco v hokeji tomu bylo naopak, což měl být výsledek dohody na hladinách sázkových kurzů. To, že skupina TIPSPORT/CHANCE vyvíjela informační systém sloužící k „významnému zlepšení systému rizik“, bylo uvedeno ve výroční zprávě TIPSPORTU za rok 2015, která byla založena do správního spisu. Samotnou snahu soutěžitele o minimalizaci nákladů a rizik nepochybně nelze považovat za protisoutěžní jednání. Podnět SAZKY ze dne 29.6.2017 a jeho navazující doplnění konkrétní podklady, v rámci kterých by bylo možné identifikovat indicie o možné koordinaci při vytváření a nastavení sázkových kurzů, neobsahoval. Takové prověření se přitom – i tu na základě pouhého přístupu k veřejně dostupným zdrojům – žalovanému nabízelo.

22. Zdejší soud zkoumá porovnání sázkových kurzů na www stránkách žalobce a TIPSPORT na zápasy v nejvyšší fotbalové i hokejové lize – v rámci fotbalové soutěže všechny zápasy 8. kola nejvyšší soutěže ve dnech 31.8.2019 a 1.9.2019, v rámci hokejové soutěže zápasy 1. kola pořádané ve dnech 12.9.2019 a 13.9.2019. Jak vyplynulo z dokazování u jednání soudu, v případě fotbalových kurzů je patrné, že žalobce vsutku nabízel výhodnější kurz na výhru favorita (u sedmi z osmi zápasů), u ostatních variant výsledku (remíza či výhra soupeře) nabízel lepší kurz TIPSPORT. Tato zjištění, týkala-li by se delšího časového období (nikoli soudem namátkou zvoleného jediného ligového kola) a především časového období, na které se místní šetření zaměřovalo, tedy za určitých okolností mohla vést k podezření o případné koordinaci výše kurzů na vítěze fotbalové soutěže, žalovaný však žádné šetření v tomto smyslu nevedl (správní spis o tom žádný poklad neobsahuje). Nadto v případě hokejových zápasů žalobce nabízel na favorita zápasu vyšší kurz (oproti TIPSPORT) u 3 ze 7 zápasů; u zbylých zápasů na favorita stanovil žalobce shodný kurz jako TIPSPORT ve 2 případech, dvakrát pak nabízel výhodnější kurz na vítěze TIPSPORT. U ostatních variant výsledku výhodnější či shodné kurzy jako žalobce nabízel také TIPSPORT. V případě hokejových zápasů tedy výhodnější kurzy (na favorita) byly nabízeny žalobcem a nikoli TIPSPORT a je tak patrné, že tvrzení o výhodnějších kurzech na lední hokej – alespoň ve vztahu k 1. kolu nejvyšší tuzemské hokejové soutěže – nelze pokládat za dostatečnou indicii ohledně protisoutěžní koordinace.

23. Přestože veřejně přístupné zdroje mohly nabízet podklady, z nichž by se mohla jevit případná korelace mezi „výhodností“ sázkových kurzů a jednotlivými sporty (fotbalem a hokejem) ve vztahu k soutěžitelům, správní spis žádný podklad z doby předcházející místnímu šetření v tomto směru neobsahuje. Místní šetření tedy podle zdejšího soudu proběhlo v situaci, kdy žalovaný měl k dispozici pouze obecné tvrzení SAZKY, nikoli reálný konkrétní podklad zakládající důvodné podezření o koordinaci při vytváření a nastavení sázkových kurzů.

24. Ve vztahu ke koordinaci týkající se uplatňování manipulačních poplatků za podání sázky/na pobočkách i na internetu či on-line je z novinových článků procházejících správním spisem patrné, že žalobce a TIPSPORT zrušili manipulační poplatek u sázení přes internet dva dny po sobě v únoru roku 2013; byť v novinovém článku „Tichá revoluce: TipSport a Fortuna daly sázkařům stamiliony. A srovnaly handicap“ je uvedeno, že manipulační poplatek pro sázky podávané přes internet byl zrušen až v roce 2019, v kontextu zbylých novinových příspěvků je zjevné, že jde o omyl a manipulační poplatek byl zrušen u TIPSPORT a žalobce v únoru roku

2013. Manipulační poplatky za podání sázky na kamenné pobočce byly žalobcem i skupinou TIPSPORT zrušeny ve stejný den v únoru roku 2019. O tom, že manipulační poplatky za podání sázky prostřednictvím internetu či na kamenné pobočce zrušil ve stejný den či den následující žalobce a TIPSPORT, není v nyní posuzované věci sporu a zrušení manipulačního poplatku včetně časových souvislostí má oporu v podkladech založených ve správním spisu. Totožné kroky (tu zrušení manipulačního poplatku) učiněné různými soutěžiteli na shodném relevantním trhu uskutečněné v jednom dni či v den následující mohou vést k určitému podezření o koordinaci týkající se uplatňování manipulačních poplatků, to však ještě nic nevypovídá o údajné kontinuální koordinaci, jež se měla stát základem místního šetření v rozsahu všech bodů údajného podezření, a nelze je ani vztahovat na celé období, jež bylo předmětem místního šetření (jeho časového vymezení).

25. Žalovaný v rámci místního šetření prověřoval také podezření spočívající ve vytváření překážek pro vstup a působení dalších soutěžitelů a rozdělování trhu a zákazníků. SAZKA v podnětu ze dne 29.6.2017 a v jeho navazujících doplněních poukazovala na oligopolní až duopolní charakter tuzemského trhu kurzových sázek. Z výroční zprávy TIPSPORT za rok 2015 je patrné, že TIPSPORT provozoval bezmála 900 kamenných poboček. CHANCE, která se stala součástí skupiny TIPSPORT, provozovala přes 200 kamenných poboček (výroční zpráva CHANCE za rok 2015). Žalobce provozoval přibližně 600 poboček (článek „Sázkovky bojují o ulici“). Z výroční zprávy SAZKY je zřejmé, že SAZKA namísto kamenných provozoven umožňuje – vyjma internetového prostředí – podávat sázky prostřednictvím terminálů. Z výročních zpráv SAZKA, žalobce a skupiny TIPSPORT pro rok 2015 je zjevné, že dochází k nárůstu obliby sázení přes internet a jednotliví soutěžitelé jsou nuceni zaměřit svoji pozornost také k technologickým inovacím v souvislosti s rozvojem moderních technologií. Kupříkladu TIPSPORT dle výroční zprávy přistoupil k uzavření nerentabilních poboček. Tyto údaje potvrzuje také článek „Sázkovky bojují o ulici“, podle kterého – i přes zastavení propadu množství podaných sázek na pobočkách soutěžitelů – podíl internetových sázek dosáhl 91 %. Podle článku hlavní podíl na trhu sázek má žalobce a skupina TIPSPORT, zbývající soutěžitelé (SAZKA, Maxi-tip, SynotTip) obsluhují pouze „zlomek trhu“. Je pravdou, že dle článku „Sázkovky bojují o ulici“ mělo být překvapivé, že v České republice na trhu internetových sázek nepůsobí zahraniční soutěžitelé. Redaktor v příspěvku vyslovil domněnku o příliš vysokých nákladech pro vstup na tuzemský trh. Zároveň podle příspěvku k zastavení propadu sázení na pobočkách u žalobce a skupiny TIPSPORT přispělo také to, že menší soutěžitelé „...boj na této frontě vzdal[i]...“. SAZKA k doplnění č. 1 přiložila také „výzkumnou zprávu“ zpracovanou NMS Market Research s.r.o., ze které má vyplývat vázanost sázkařů na „kamennou pobočku“ sázkových kanceláří (odst. 33 doplnění č. 1). Právě zjednodušená identifikace nových sázkařů, v rámci které by nebylo nutné navštívit „kamennou pobočku“, by podle SAZKY mohla přispět k nárůstu jejího podílu na trhu kurzových sázek. Podle výzkumné zprávy SAZKA držela přibližně 3% podíl na trhu kurzových sázek. Podle zprávy téměř polovina hráčů, kteří sází přes internet, chodí také na pobočky sázkových kanceláří. Jako jedna z bariér přechodu ke konkurentovi byla ve zprávě identifikována nutnost fyzické registrace na pobočce sázkové kanceláře.

26. Ze shora uvedené rekapitulace je zřejmé, že podnět SAZKY včetně navazujících doplnění a další podklady procházející správním spisem poskytovaly relativně plastický obraz tuzemského trhu kurzových sázek a aktivit soutěžitelů na něm. Žalobce a skupina TIPSPORT dominovali na poli sázek podávaných v kamenných pobočkách, taktéž dominovali na poli internetových sázek, kde se střetávali pouze domácí soutěžitelé. Internetové sázky v souvislosti s rozvojem moderních technologií nabývají na stále větším významu (oproti kamenným pobočkám), avšak nutnost fyzické registrace na pobočce snižuje ochotu sázejících ke změně sázkové kanceláře.

Zjednodušená identifikace sázejících bez nutnosti dostavit se na pobočku sázkové kanceláře tak mohla představovat podstatnou konkurenční výhodu.

27. SAZKA v podnětu ze dne 29.6.2017 a v navazujících doplnění uvedla, že poté, co v rámci snah o navýšení podílu na trhu kurzových sázek přistoupila k využití zjednodušené identifikace nových sázkařů a stala se generálním partnerem několika fotbalových klubů, byla Asociací upozorněním ze dne 24.3.2017 vyzvána, aby upustila od údajně protiprávního jednání v rozporu s AML zákonem. V dopise Asociace upozornila, že využije „...*veškerých dostupných prostředků a možností tak, aby společnost SAZKA bylo v co nejkratším časovém horizontu zamezeno provozovat brhu internetovou kurzovou sázku v rozporu s platnými právními předpisy...*“. Z listiny ze dne 24.3.2017 „Upozornění na nezákonné jednání a výzva k bezodkladnému sjednání nápravy“ zdejšímu soudu vyplývá, že SAZKA byla Asociací vyzvána, aby v rámci hry „internetová kurzová sázka“ upustila od zjednodušené identifikace sázejících (bez fyzické přítomnosti sázejícího). V případě, že by SAZKA od zjednodušené identifikace sázejícího neustoupila, pohrozila Asociace využitím „veškerých dostupných prostředků“. SAZKA k podnětu ze dne 29.6.2017 přiložila mimo jiné čestná prohlášení svých konkrétních pracovníků v manažerských pozicích, podle nichž konkrétní den Asociace zorganizovala schůzku za účasti konkrétně uvedených subjektů s uvedením konkrétního obsahu; SAZKA (její zástupci na jednání) měla být „důrazně vyzvána“ k tomu, aby zanechala své snahy o zvýšení tržního podílu, což mělo být doprovázeno sdělením ohledně konkrétních kroků pro případ neuposlechnutí této „důrazné výzvy“ (mělo jít o stížnost k Ministerstvu financí a vyvinutí „tlaku“, aby „zakročili finanční detektivové z Finančně analytického úřadu tohoto ministerstva“). Následně měla podle obsahu podnětu Asociace zorganizovat jiný konkrétní den další schůzku za účasti konkrétních soutěžitelů s konkrétním obsahem; na schůzce mělo dojít k „důraznějšímu vyhrožování“, podáván je rovněž konkrétní obsah výzvy, tj. aby nebylo spuštěno připravované prostředí pro konkrétní způsob internetového sázení, aby byla okamžitě utlumena marketingová kampaň v konkrétní oblasti kurzových sázek, aby bylo upuštěno od zjednodušené identifikace nových sázkařů.

28. Podezření na vytváření překážek pro vstup a působení dalších soutěžitelů a rozdělování trhu a zákazníků tedy mělo patrně (aniž by správním spisem procházel jakýkoli záznam ohledně aktuálně shromážděných indicií a dílčích hodnocení ze strany žalovaného) vycházet z aktivit Asociace, jejíž členové měli vyvíjet nadstandardní tlak směřující k upuštění od zjednodušené identifikace sázejících u internetových sázek. Dále podezření žalovaného pramenilo patrně z údajné změny právního výkladu AML zákona ve vztahu ke zjednodušené identifikaci sázejících. SAZKA doložila žalovanému historii e-mailové komunikace s Ministerstvem financí. E-mailem ze dne 13.10.2016 SAZKA vznesla dotaz na Ministerstvo financí, odbor 24 – Finanční analytický útvar, zda je přípustná zjednodušená identifikace a kontrola klienta. Na tento dotaz reagovalo Ministerstvo financí kladnou odpovědí, která obsahovala poměrně podrobný právní rozbor. Kladný postoj ke zjednodušené identifikaci Ministerstvo financí (jeho Finančně analytický útvar) potvrdilo e-mailem ze dne 22.2.2017 v souvislosti s dotazem SAZKY po vydání nového metodického pokynu a e-mailem ze dne 9.3.2017 Ministerstvo financí uvedlo, že systém vnitřních zásad ve smyslu AML měl všechny zákonem požadované náležitosti. Součástí systému vnitřních zásad měla být také možnost zjednodušeného ztotožnění sázejících. V dubnu roku 2017 byla SAZKA upozorněna Ministerstvem financí prostřednictvím e-mailu, že v rámci připravované zprávy Evropské komise lze předpokládat, že „...*v souladu s § 13 odst. 3 písm. c) AML zákona nemůže být nadále provozování kurzových sázek považováno za produkt s nízkým rizikem a tudíž na něj není možné uplatňovat postup zjednodušené identifikace a kontroly klienta podle § 13 odst. 2 písm. c) AML zákona...*“. Z uvedeného zdejšímu soudu plyne, že Ministerstvo financí vskutku změnilo právní výklad ustanovení AML zákona a nově neumožňovalo aplikovat zjednodušenou identifikaci sázejících v rámci internetového sázení. Je pravdou, že Ministerstvo financí sdělovalo SAZCE

svůj postoj ke zjednodušené identifikaci sázejících pouze neformálně a zároveň změnu postoje vysvětlilo způsobem, který *prima vista* nebudí pochybnosti (nová zpráva Evropské komise). SAZKA žalovanému v rámci doplnění podnětu doručeného dne 27.2.2019 poskytla novinové články, dle kterých skupina TIPSPORT a žalobce zahájili „...tvrdý konkurenční boj proti SAZCE...“, a to z důvodu údajného porušování AML zákona. Podle příspěvku „...konkurentům vadí, že díky jednoduché registraci může Sazka snáze získávat zákazníky. „My jsme se Sazkou opakovaně jednali a upozorňovali jsme je na to, že porušují zákon a že to ostatní firmy na trhu poškozuje. Oni svůj postoj ale nezměnili. Upozornili jsme je, že pošleme na ministerstvo financí podnět, což jsme také udělali,“ potvrdil M.H., který se na úřady jménem sázkových kanceláří obrátil... Sazka tvrdí, že svůj postup měla povolený od finančních detektivů. ti ale udělení výjimky údajně popřeli minulý týden na schůzce na ministerstvu financí...“ (Na Sazku se chystají finanční detektivové, konkurence ji viní z porušování zákona. Je to začátek konkurenční války, říká firma. www.ihned.cz; příloha doplnění podnětu ze dne 27.2.2019). M.H. je ředitelem Asociace, jak je patrné z výpisu ze spolkového rejstříku, členy představenstva Asociace jsou ředitelé žalobce a skupiny TIPSPORT. Z novinových příspěvků doložených SAZKOU dne 27.2.2019 tedy plyne, že Asociace a její členové vyvíjeli aktivitu směřující mimo jiné také k Ministerstvu financí (k Finančnímu analytickému útvaru a odboru zajišťujícího dozor nad hazardními hrami), aby proti SAZKOU prováděné zjednodušené identifikaci on-line sázejících zakročilo (podle doplnění podnětu ze dne 27.2.2019 Ministerstvo financí uložilo SAZCE napomenutí, ale SAZKA podala rozklad, další vývoj správního řízení není znám, a to ani žalovanému, jak bylo potvrzeno u jednání soudu), neboť hrozil vstup nelegálních provozovatelů on-line kurzových sázek ze zahraničí na trh a nárůstu počtu zákazníků SAZKY. To, že probíhala jednání mezi Ministerstvem financí (Finančním analytickým útvaru a odborem dozoru nad hazardními hrami) a blíže neurčitými subjekty, které poukazovaly na nezákonnost postupu SAZKY, je zjevné ze zápisu z jednání ze dne 6.6.2017, který přiložil žalobce k replice. Pracovníci Finančního analytického útvaru uvedli, že byla diskutována možnost zjednodušené identifikace před schválením národního hodnocení rizik a nikdy nebyla vydána výjimka opravňující subjekt provozující hazardní hry využívat institut zjednodušené evidence.

29. V nyní posuzované věci tak není sporu o to, že Asociace a její členové vyvíjeli tlak na Ministerstvo financí, aby zasáhlo proti SAZCE a jejímu výkladu AML zákona, dle kterého bylo možné aplikovat zjednodušenou identifikaci na sázející prostřednictvím internetu. Zároveň je patrné, že se žalobce a skupina TIPSPORT včetně Asociace obávali nárůstu počtu sázejících prostřednictvím internetových stránek SAZKY (SazkaBet) a možnosti účasti zahraničních soutěžitelů. Jestliže se žalobce, skupina TIPSPORT a Asociace vymezovali proti nárůstu sázejících prostřednictvím SazkaBet a z novinových příspěvků je zjevné, že ve věci vyvíjeli tlak na SAZKU (formou „opakovaných jednání“) a Ministerstvo financí, aby SAZKA ukončila zjednodušenou identifikaci sázejících, pohlíží zdejší soud v tomto kontextu na čestná prohlášení konkrétních pracovníků SAZKY v manažerských pozicích tak, že alespoň částečně mohla obsahovat pravdivé údaje.

30. Přestože nelze zcela vyloučit, že podnět SAZKY byl jen běžnou účelovou součástí konkurenčního boje, v kontextu s dalšími indiciemi (zejména s novinovými články doloženými SAZKOU dne 27.2.2019 a změnou výkladového stanoviska Ministerstva financí), jež už nejsou pouhým popisem podaným ze strany SAZKY, se podnět a na něj navazující doplnění mohla jevit jako věrohodná informace o možném protiprávním jednání konkrétních soutěžitelů a o jejich věcném základu spočívající ve vytváření překážek pro vstup a působení dalších soutěžitelů. V tomto kontextu podnět Mgr. G. ze dne 20.12.2018, který jménem blíže neurčené „online sázkového společnosti“ upozornil žalovaného na protisoutěžní jednání, které se týkalo „...kartelu mezi společnostmi TIPSPORT a společností FORTUNA dle § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „ZOHŠ“), které spočívá ve skupinovém bojkotu konkurentů a v celkovém

rozdělení trhu s kurzovými sázkami na území Česka...“, vyjma obecných tvrzení neobsahuje konkrétní indicie o jednání žalobce v rozporu s ZOHS. Z podnětu Mgr. G. plyne, že trh kurzových sázek byl v České republice oligopolizovaný a že soutěžitelé organizovaní v Asociaci si měli marketingové aktivity rozdělit dle typu sportu a vyvíjeli nátlak na konkurenta uvažujícího o on-line registraci nových sázkařů. K těmto tvrzením však správní spis neobsahuje žádný další podklad. Tvrzení obsažená v podnětu tedy mohou naznačovat, že mohl existovat zahraniční konkurent, který zvažoval účast na tuzemském trhu kurzových sázek podávaných prostřednictvím internetu, samotné tvrzení obsažené v podnětu však nebylo součástí jakéhokoli bližšího prověření ze strany žalovaného, navíc toto tvrzení obsažené v podnětu SAZKY nic nevypovídá o údajné kontinuální koordinaci, která se stala základem místního šetření.

31. Tím spíše je třeba se ke tvrzením obsaženým v podnětu SAZKY stavět zdrženlivě a tato tvrzení pověřovat, je-li z časové souslednosti kroků SAZKY zřejmé, že podnět mohl být učiněn jako „odplata“ za aktivity žalobce. Podnět žalovanému byl podán po jednání ze zástupci žalovaného dne 29.6.2017. Sporným bodem mezi žalobcem a SAZKOU byl výklad AML zákona ve vztahu ke zjednodušené identifikaci sázejících ze strany SAZKY, která zkraye roku 2017 začala využívat zjednodušenou identifikaci při podávání on-line sázek. Dne 22.2.2017 v rámci neformální e-mailové komunikace Ministerstvo financí potvrdilo dřívější výklad AML zákona, dle kterého bylo možné provádět zjednodušenou identifikaci sázejících. Asociace SAZKU vyzvala k zastavení provádění zjednodušené identifikace výzvou ze dne 24.3.2017, v tomto období (březen a duben roku 2017) patrně proběhla minimálně dvě setkání mezi členy Asociace a SAZKOU, jak je zřejmé z novinových příspěvků doložených SAZKOU k doplnění podnětu ze dne 27.2.2019 a zejména z čestných prohlášení pracovníků SAZKA v manažerských pozicích. Dne 11.4.2017 obdržela SAZKA e-mail od Ministerstva financí, ve kterém byla neformálně upozorněna na změnu výkladu příslušných ustanovení AML zákona. Novinový článek „Na Sazku se chystají finanční detektivové, konkurence ji viní z porušování zákona. Je to začátek konkurenční války, říká firma“ byl na webu ihned.cz publikován dne 12.6.2017; z tohoto média byla informace následně převzata také dalšími publicisty (kupříkladu MF Dnes).

32. Podnět SAZKY byl žalovanému doručen ve zjevné časové návaznosti na aktivity Asociace a jejích členů (tedy i žalobce) a lze předpokládat, že k tomuto kroku přistoupila z důvodu konfliktního vývoje v souvislosti s výkladem AML zákona a SAZKOU prováděné zjednodušené identifikace sázejících. Přestože zdejší soud nesdílí silné přesvědčení žalobce o tom, že vždy a ve všech případech je třeba detailnějšího prověření skutečností uváděných v podnětech před uskutečněním místního šetření (byť takového prověření bude zásadně třeba), je toho názoru, že detailnější prověření musí být vyžadováno v situacích, kdy okolnosti podání podnětu mohou naznačovat, že je podáván v rámci konkurenčního boje jako „odplata“ za jiné kroky jiného konkurenta vůči podavateli podnětu, a kdy nelze vyloučit, že se orgán veřejné moci (tu žalovaný) má stát nástrojem (či pomocníkem) jednoho ze soutěžitelů při „vyřizování účtů“ v rámci konkurenčního boje; v takové pozici by orgán veřejné moci neměl být.

33. Nadto doplňování podnětu SAZKY je v posuzované věci zahaleno tajemstvím, které pramení z toho, že doplnění byla podle jejich obsahu zjevně činěna v návaznosti na jednání SAZKY a žalovaného, o nichž správním spisem neprochází žádná procesní stopa. Není zcela patrné, v jaké pozici se SAZKA v relativně dlouhé době mezi podáním původního podnětu (červen 2017) a uskutečněním místního šetření (březen 2019) nacházela, jak byly v té době reálně rozděleny role mezi SAZKU a žalovaného v opatrování eventuálních indicií protisoutěžních aktivit konkurentů SAZKY, na základě čeho konkrétně se tak dělo, a není tedy zcela vyloučeno, že se tu žalovaný stal právě nástrojem konkurenčního boje SAZKY. I to oslabuje důkazní sílu skutečností, na nichž se postupně informování žalovaného ze strany SAZKY formou doplňování původního podnětu

bez jasné aktivity žalovaného, jež by spočívala v prověřování skutečností plynoucích z podání SAZKY, zakládá. Sama skutečnost, že mezi podáním podnětu (červen 2017) a uskutečněním místního šetření (březen 2019) uplynula relativně dlouhá doba, přitom samozřejmě žádným důkazem o tom, že sám žalovaný podnět SAZKY prověřoval, nemůže být.

34. Ze shora uvedeného zdejší soud dovozuje, že v době, kdy místní šetření proběhlo, žalovaný nedisponoval žádnými reálnými indiciemi o koordinaci (dokonce dlouhodobě) žalobce a skupiny 'TIPSPORT' v oblasti kurzového sázení a že místní šetření uskutečněné v obchodních prostorách žalobce, relativně široce vymezené, vykazuje znaky snahy „něco najít“. Vychází-li zdejší soud z imperativu, podle něhož místní šetření musí být založeno na vstupních informacích v podobě konkrétních závažných indicií, které žalovaný již má, a takovým vstupním informacím v podobě konkrétních závažných indicií musí odpovídat (obdobně Soudní dvůr ve věci C-583/13 P, rozsudek ze dne 18.6.2015, především bod 66., a Tribunál ve věci T-325/16, rozsudek ze dne 20.6.2018, bod 98.), takže místní šetření musí spočívat na konkrétních a závažných důvodech (obdobně Evropský soud pro lidská práva ve věci č. 29408/08, rozsudek ze dne 21.12.2010, bod 54.), pak dospívá k závěru, že žádné vstupní informace v podobě konkrétních závažných indicií, jež by bylo lze pokládat za přiměřeně objektivizované, které by umožňovaly dovodit, že místní šetření spočívalo ve vskutku konkrétních a závažných důvodech, žalovaný před uskutečněním místního šetření neměl. Nosným podkladem se stal podnět SAZKY a jeho doplnění, poté také jeden anonymní podnět, tato podání však obsahují obecný popis veřejně dostupných informací o oblasti kurzového sázení v České republice, o sdružení v Asociaci, o marketingu a sponzoringu divácky atraktivních soutěží, což je doplněno subjektivním hodnocením SAZKY v podobě tvrzení o koordinačních aktivitách, nic z toho však nevypovídá o konkrétních prvcích možných koordinačních aktivit, a to ani ve vztahu k údajným dílčím podezřením jednotlivě, především však ne v jejich souhrnu, a to ani ve vztahu k aktivitám od roku 2013, ani dřívějším, na které se místní šetření mělo podle vymezení rovněž vztahovat. To, co prochází správním spisem z doby před uskutečněním místního šetření, se nejvíce jako soubor relativně ucelených vstupních skutečností a předběžných poznatků reálně nasvědčujících podezření z porušení pravidel hospodářské soutěže horizontální koordinací členy Asociace, a to dlouhodobějšího a komplexnějšího charakteru, a tyto skutečnosti a poznatky ve skutečnosti neumožňovaly ani obecně identifikovat právní důvody vedoucí žalovaného k uskutečnění místního šetření, a tím i omezit jeho rozsah. Obsah správního spisu u zdejšího soudu vzbuzuje podezření, že se uskutečněním místního šetření žalovaný mohl snažit jednoduše „vyhovět“ SAZCE v její snaze o odhalení a potrestání aktivit, které se jí subjektivně mohou jevit jako protisoutěžní (v tom lepším případě), případně „pomoci“ SAZCE ve snaze o „vyřizování účtů“ v rámci konkurenčního boje (v tom horším případě), aniž by cokoli z toho žalovaný nutně musel činit ve zlém úmyslu. Takové místní šetření podle zdejšího soudu vybočuje z mantinelů zákonnosti. Pokud by místní šetření v nyní posuzované věci obstálo, pak by muselo obstát prakticky každé místní šetření.

35. Nedostatky v prověřování vstupních informací pramenících z podnětu SAZKY a jeho doplnění před uskutečněním místního šetření v nyní posuzované věci kontrastují kupř. s postupem téhož žalovaného před jiným místním šetřením, jež bylo předmětem přezkumu zdejšího soudu ve věci sp. zn. 62 A 63/2019 (tamní místní šetření bylo vedeno ve věci sp. zn. ÚOHS-P0425/2018/KD); tam žalovaný vyhodnotil podnět jako věrohodný popis situace na trhu ohledně uzavírání smluv na dvě veřejné zakázky, v návaznosti na podnět začal žalovaný zkoumat jak okolnosti týkající se zadávacích řízení na veřejné zakázky zmiňované v podnětu, tak obecněji věcně obdobné veřejné zakázky, a teprve na základě relativně podrobného prověřování vysledoval konkrétní jevy, jež uskutečnění místního šetření odůvodňovaly (a jež také před uskutečněním místního šetření ve spisu korektně sumarizoval). V nyní posuzované věci žalovaný nic takového neučinil.

36. Už právě uvedené vede zdejší soud k závěru, že uskutečnění místního šetření dne 12.3.2019 v obchodních prostorách žalobce bylo nezákonným zásahem. Žalobci tedy zdejší soud dává za pravdu už v první části žalobní argumentace, podle níž bylo místní šetření (z pohledu tzv. vhodnosti a rozsahu) nezákonné jako celek. Zbylou částí žalobní argumentace se za tohoto stavu již zdejší soud nezabýval a žalobci vyhověl v části I. petitu žaloby. Podle § 87 odst. 2 s.ř.s. tedy zdejší soud v souladu s částí I. petitu žaloby určil, že provedení místního šetření dne 12.3.2019 v obchodních prostorách žalobce žalovaným na základě pověření předsedy žalovaného ze dne 11.3.2019, č.j. ÚOHS-P0400/2017/KD-01699/2019/852/DSv, bylo nezákonným zásahem.

37. Pokud jde o navazující požadavek žalobce (část II. petitu žaloby), aby zdejší soud uložil žalovanému povinnost ukončit nezákonný zásah spočívající v zadržování veškerých kopií dokumentů označených A1 – A4, B1 – B17 a C1 – C12, které zajistil při místním šetření dne 12.3.2019 v obchodních prostorách žalobce, a to tak, že veškeré tyto kopie dokumentů žalovaný žalobci protokolárně předá do tří dnů od právní moci rozsudku, v tomto ohledu zdejší soud žalobu podle § 87 odst. 3 s.ř.s. zamítl.

38. Důsledkem nezákonnosti místního šetření, jak bylo shora dovozeno, je procesní nepoužitelnost důkazů získaných právě při těchto místních šetřeních. Za situace, kdy správní řízení ve věci sp. zn. ÚOHS-S0145/2019/KD před žalovaným pokračuje (ke dni rozhodování zdejšího soudu v nyní posuzované věci stále probíhá) a dokumenty získané na místním šetření u žalobce dne 12.3.2019 jsou součástí správního spisu (ke dni rozhodování zdejšího soudu v nyní posuzované věci nebyly žalobci vráceny), přestože jde o dokumenty coby důkazy nepoužitelné z důvodu nezákonnosti místního šetření, z něhož vzešly, dobře hájitelnými mohou být dva následující pohledy: 1. nezákonné je jejich další ponechávání ve správním spisu, neboť se jeho součástí nestaly zákonem předvídaným způsobem, nebo 2. jelikož se součástí správního spisu nestaly zákonem předvídaným způsobem, nelze je použít, avšak ve správním spisu mají být nadále ponechány. Zdejší soud zastává druhý z obou uvedených pohledů.

39. Jednak zdejší soud vychází z toho, že jde o dokumenty týkající se obchodní (soutěžní) činnosti žalobce, které by, nebýt vady při jejich získávání, mohly být legitimním podkladem rozhodnutí žalovaného; nejde o dokumenty soukromé či jiné s obchodní (soutěžní) činností žalobce nesouvisející povahy, jejichž získání a držení v dispozici žalovaného by samo o sobě mohlo být považováno za excés ze strany žalovaného. Ani nejde o dokumenty, které by v odpovídající podobě (v originálu) nutně musel mít žalobce k dispozici „u sebe“, a neměl-li by je, už z toho samotného by mu plynula újma. Kromě toho jde o dokumenty, které se od počátku váží k řízení vedenému žalovaným pro podezření z uzavření kartelové dohody a musí být tedy trvalou a nezměnitelnou součástí správního spisu, který žalovaný v souvislosti se správním řízením vede (§ 17 odst. 1 správního řádu), a to bez ohledu na to, zda se tyto informace stanou základem skutkových zjištění v uvedeném řízení či nikoli, eventuálně bez ohledu na to, zda se základem takových skutkových zjištění nakonec nestanou proto, že z nich pro posouzení věci materiálně nic neplyne, anebo proto, že je nelze použít z důvodu vady procesního postupu v souvislosti s jejich získáním. Podle § 17 odst. 1 správního řádu tvoří spis zejména podání, protokoly, záznamy, písemná vyhotovení rozhodnutí a další písemnosti, které se vztahují k dané věci, přitom podle zdejšího soudu dokumenty získané na místním šetření u žalobce dne 12.3.2019 se k věci podezření z uzavření kartelové dohody vztahují. Otázka jejich použitelnosti pro posouzení věci je otázkou odlišnou, nikoli otázkou vedení správního spisu. Ve správním spisu musí (trvale a nezměnitelně) zůstat vše, co svědčí o úkonech správního orgánu a účastníků řízení, neboť jde o materiální „stopu“ postupu řízení (shodně Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 1 Afs 58/2009-541 ze dne 31.3.2010), byť by se mělo jednat o „stopu“, jež dokládá nezákonnost

postupu správního orgánu. Součástí správního spisu jsou jak dokumenty, z nichž správní orgán přímo vycházel, tak i ty, které správnímu orgánu „příliš nepomohly“, případně byly získány v rozporu se zákonem (shodně Potěšil, L., Hejč, D., Rigel, F., Marek, D.: Správní řád. Komentář. 1. Vydání. Praha. C.H.Beck, str. 103-106).

40. Ponechání uvedených dokumentů ve správním spisu ostatně podle zdejšího soudu nelze vnímat ani jednoznačně v neprospěch žalobce; ponechání (byť nezákonně získaných) dokumentů ve správním spisu do budoucna navždy poskytuje jasnou odpověď na otázku, jaké konkrétní dokumenty konkrétního obsahu ve vztahu k podezření z uzavření kartelové dohody v neprospěch žalobce použitelnými nejsou. K této otázce tedy právě v důsledku ponechání uvedených dokumentů ve správním spisu nemohou být ve vztahu ke správnímu řízení vedenému žalovaným založeny žádné spory. Nadto i důvodnost eventuálně v budoucnu uplatňovaných nároků žalobce proti žalovanému z důvodu nezákonného získání dokumentů (popř. z důvodu dalšího zpřístupnění nezákonně získaných dokumentů) může být posuzována právě s ohledem na obsah těchto dokumentů, a tedy samotný obsah správního spisu vedeného žalovaným včetně trvalé a nezměnitelné žurnalizace takových dokumentů může sloužit coby důkaz, jímž by žalobce jinak nemusel disponovat (protokol z místního šetření neposkytuje obraz přinejmenším o konkrétním obsahu uvedených dokumentů).

41. Přestože je podklad rozhodnutí získán (opatřen) nezákonně, a pro rozhodnutí ve věci samé jde o podklad nepoužitelný (v něm obsažený důkaz je důkazem nepřipustným), neznamená to, že by nadále neměl procházet správním spisem k věci se vztahujícím. „Vrácení“ takového podkladu, jehož se žalobce domáhá v části II. petitu žaloby, by odpovídalo jeho „zničení“, přitom ze zásady „neničení“ již získaných podkladů, byť získaných nezákonně, vycházel i Nejvyšší správní soud v rozsudku č.j. 1 Afs 58/2009-541 ze dne 31.3.2010, když z této zásady dovedl výjimku pouze na základě výslovného zákonného podkladu; ve vztahu k prolomení této zásady argumentoval § 88 a § 158d trestního řádu, zatímco ve vztahu k ponechání protokolů o nezákonných výsleších svědků žádnou takovou výjimku prolamující zásadu nedovedl a dospěl k závěru, že postup správního orgánu, který takové protokoly ve spisu ponechal, byl v souladu se zákonem. Stejný závěr ve vztahu k dokumentům získaným na místním šetření u žalobce dne 12.3.2019 dovozuje zdejší soud v nyní posuzované věci.

42. Nezákonnost získání podkladu rozhodnutí tedy ještě sama o sobě neznamená, že takový podklad nemá zůstat součástí správního spisu. Jestliže se tedy žalobce domáhá toho, aby zdejší soud žalovanému uložil povinnost „nezadržovat“ uvedené dokumenty a „vrátit je“ žalobci, neboť jde o postup nezákonný, pak zdejší soud je toho názoru, že jejich „zadržování“ a „nevrácení“ je důsledkem povinnosti trvalé a nezměnitelné žurnalizace správního spisu a jeho vedení v souladu s § 17 odst. 1 správního řádu, a tedy nejde o nezákonný postup. Navíc stěží by se mohla přezkumná činnost správních soudů v rámci řízení o žalobách podaných podle § 82 s.r.s. projevovat ve vztahu k běžícím správním řízením tak, že by byly správní orgány nuceny vyjímat dokumenty ze správního spisu, když v jiných soudních řízeních správních jsou správní orgány naopak instruovány k tomu, aby v každé věci vedly jeden správní spis a vkládaly do něj vše, co se věci týká, aby tím zajistily trvalou a nezměnitelnou procesní stopu o jimi vedených správních řízeních. Vyhovění žalobě by v tomto kontextu nedávalo žádnou logiku. Ostatně i v již zmiňovaném rozsudku č.j. 1 Afs 58/2009-541 ze dne 31.3.2010 Nejvyšší správní soud svůj závěr o tom, že ve správním spisu má skutečně zůstat žurnalizováno „vše“, odůvodňoval i tak, že výklad tamních žalobců (jenž je ve své podstatě výkladem, který zastává i žalobce v nyní posuzované věci) by vedl k absurdnímu závěru, který by ve svém důsledku znamenal kupříkladu zničení „důkazů“ možné libovůle a šikany správního orgánu vůči účastníkovi řízení, tedy „důkazů“ o případném nezákonném postupu správních orgánů; to je argument, který si ve vztahu k nyní

posuzované věci osvojuje i zdejší soud. Proto zdejší soud nepokládá zadržování převzatých dokumentů za nezákonný zásah a proto žalovanému povinnost jejich předání zpět žalobci neuložil a žalobu v této části zamítl.

IV. Náklady řízení

43. Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 s.ř.s. V meritu věci za procesně úspěšného zdejší soud považuje žalobce (žaloba byla zamítnuta pouze v akcesorickém požadavku žalobce na nápravu), tomu tedy náleží náhrada nákladů řízení proti žalovanému. Za důvodně a účelně vynaložené náklady žalobce považuje zdejší soud náklady na zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 2 000 Kč (nikoli za neúspěšný návrh na vydání předběžného opatření ve výši 1 000 Kč) a za právní zastoupení (převzetí věci a příprava zastoupení, podání žaloby – nikoli samostatného návrhu na vydání předběžného opatření, podání repliky, účast u jednání soudu, tj. čtyři úkony po 3 100 Kč společně se čtyřmi režijními paušály po 300 Kč) společně s cestovním zástupce žalobce k jednání soudu a zpět na trase Praha – Brno – Praha vozidlem RZ 2AI 4798 (kopie velkého TP doložena) ve výši 2 508,52 Kč a náhradou za čas na cestě ve výši 1 000 Kč, to vše podle § 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. a), d) a g), § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytnutí právních služeb (advokátní tarif), a § 4 c) vyhlášky č. 333/2018 Sb., o změně sazby základní náhrady za používání silničních motorových vozidel a stravného a o stanovení průměrné ceny pohonných hmot pro účely poskytování cestovních náhrad, kromě zaplaceného soudního poplatku s částkou odpovídající DPH. Celkem tedy na náhradě nákladů řízení náleží žalobci 2 000 Kč + 16 456 Kč + 4 245 Kč = 22 701 Kč. K zaplacení byla žalovanému stanovena přiměřená lhůta.

Poučení:

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). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže 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.

Brno 3. října 2019

David Raus v.r.
předseda senátu