Č.j. R 54/2002 V Brně dne 10. května 2004

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 7. 2002 č.j. S 105/02-1617/02-VOI ve věci možného porušení ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, podal účastník řízení - společnost **Český Mobil a.s.,** se sídlem Praha 10, Vinohradská 167, PSČ 100 00, IČ 25 78 80 01, zastoupená na základě pověření ze dne 13. 9. 2000 Mgr. Michaelou Jandovou, bytem Hodkovská 1189, Praha, jsem podle ustanovení § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, na návrh zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona

r o z h o d l

takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 7. 2002 č.j. S 105/02-1617/02-VOI

I. ve výrokové části 1. **m ě n í m** takto:

Společnost Český Mobil a.s., se sídlem Praha 10, Vinohradská 167, PSČ 100 00, IČ 25 78 80 01, tím, že:

- v distributorských smlouvách o dodávce dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta uzavřených dne **27. 5. 2001** se společností BENZINA Trade a.s., Praha 8, Trojská 13a, PSČ 182 21, IČ 26 13 57 10, a dne **6. 4. 2000** se společností PEAL a.s., Praha 10, U Plynárny 412/101, PSČ 101 00, IČ 25 77 56 34, uzavřela v článku 4., bod 4.2 a článku 4., bod 4.5 zakázanou dohodu, kterou zavázala distributory dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta při prodeji těchto dobíjecích kupónů k dodržování prodejní ceny těchto dobíjecích kupónů stanovené ceníkem vydaným společností Český Mobil a.s., přičemž podmínila dobu trvání těchto smluv tím, že distributor bude prodávat a nabízet dobíjecí kupóny pro předplacenou službu Oskarta pouze za ceny uvedené v ceníku společnosti Český Mobil a.s., a v článku 4., bod 4.10

uzavřela zakázanou dohodu, kterou zavázala distributora k zavázání jakékoli třetí osoby, kterou by distributor využil k redistribuci dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta, k dodržování prodejních cen podle ceníku společnosti Český Mobil a.s.,

- ve smlouvách o dodávce dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta uzavřených dne **20. 12. 2000** se společností LEVI International a.s., Seifertova 33, Přerov, IČ 60 79 29 22, dne **25. 7. 2001** se společností HP TRONIC s.r.o., Prštné – Kútiky 637, Zlín PSČ 760 01, IČ 49 97 30 53, a dne **19. 12. 2000** se společností Tabák Plus spol. s r.o., Nové Sady 40, Brno, PSČ 602 00, IČ 63 48 98 21, uzavřela v článku V., bod 5.1 zakázanou dohodu, kterou stanovila distributorům dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta při prodeji těchto kupónů pevnou cenu danou ceníkem společnosti Český Mobil a.s., v článku IX, bod 9.6 uzavřela zakázanou dohodu, kterou zavázala distributora k zavázání jakékoli třetí strany, kterou by distributor využil k redistribuci dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta, k dodržování prodejních cen podle ceníku společnosti Český Mobil a.s., a v článku XIII, bod 13.3 písm. c) podmínila trvání smlouvy tím, že distributor bude prodávat a nabízet dobíjecí kupóny pro předplacenou službu Oskarta pouze za ceny uvedené v ceníku společnosti Český Mobil a.s.,

- v Rámcové kupní smlouvě č. 025/2000 uzavřené dne **10. 4. 2000** s Českou poštou, s.p., Olšanská 9, Praha 3, PSČ 225 99, IČ 47 11 49 83, uzavřela v článku 7, bod 7.1 zakázanou dohodu, kterou zavázala distributora dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta dodržovat při prodeji těchto dobíjecích kupónů ceny stanovené ceníkem společnosti Český Mobil a.s., a v článku 8, bod 8.3 písm. b) podmínila trvání smlouvy tím, že distributor bude prodávat a nabízet dobíjecí kupóny pro předplacenou službu Oskarta pouze za ceny uvedené v ceníku společnosti Český Mobil a.s.,

- v distributorské smlouvě uzavřené dne **23. 4. 2001** se společností FotoStar Südcolor spol. s r.o., Masarykova 30/95, Teplice, PSČ 416 80, IČ 14 86 69 27, uzavřela v článku V. cena, bod 5.1 zakázanou dohodu, kterou stanovila distributorovi dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta při prodeji těchto kupónů pevnou prodejní cenu danou ceníkem společnosti Český Mobil a.s., a v článku IX, bod 9.6 uzavřela zakázanou dohodu, kterou zavázala distributora k zavázání jakékoli třetí strany, kterou by distributor využil k redistribuci dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta, k dodržování prodejních cen podle ceníku společnosti Český Mobil a.s.,

- v kupních smlouvách uzavřených dne **26. 7. 2000** se společností CZECH TOBACCO CORPORATION a.s., Pardubice – Ohrazenice, Semtínská 226, PSČ 533 53, IČ 25 28 31 03, a dne **11. 8. 2000** se společností LEKKERLAND O.K. FOODS, spol. s r.o., Lysá nad Labem – Litol, Mírová 489, PSČ 289 22, IČ 16 57 74 69, uzavřela v článku V. cena, bod 5.1 zakázanou dohodu, kterou stanovila distributorům dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta při prodeji těchto kupónů pevnou cenu stanovenou ceníkem společnosti Český Mobil a.s., a v článku IX, bod 9.5 uzavřela zakázanou dohodu, kterou zavázala distributora k zavázání jakékoli třetí strany, kterou by distributor využil k redistribuci dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta, k dodržování prodejních cen podle ceníku společnosti Český Mobil a.s.,

porušila v době od uzavření těchto smluv do 30. 6. 2001 ustanovení **§ 3 odst. 1 zákona č. 63/1991 Sb.**, o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, a od 1. 7. 2001 ustanovení **§ 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb.**, o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, uzavřením **zakázaných a neplatných dohod o přímém určení cen narušujících hospodářskou soutěž na trhu dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta**.

II. ve výrokové části 2. a 3. **potvrzuji.**

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) vydal dne 9. 7. 2002 rozhodnutí čj. S 105/02-1617/02-VOI, v jehož první výrokové části deklaroval, že společnost Český Mobil a.s., se sídlem Praha 10, Vinohradská 167, IČ 25 78 80 01 (dále jen „ Český Mobil“ nebo „účastník řízení“) porušila ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a změně některých zákonů (dále jen „zákon“ nebo „zákon o ochraně hospodářské soutěže“) tím, že v „distributorských smlouvách o dodávce dobíjecích kupónů pro předplacenou službu uzavřených dne 26. 5. 2000, 27. 5. 2001, 6. 4. 2000 a 22. 3. 2000“, v „distributorské smlouvě uzavřené dne 23. 4. 2001“, v „kupních smlouvách uzavřených ve dnech 26. 7. 2000 a 11. 8. 2000“, ve „smlouvách o dodávce dobíjecích kupónů pro předplacenou službu uzavřených ve dnech 20. 12. 2000, 25. 7. 20001 a 19. 12. 2000“ a v „Rámcové kupní smlouvě č. 025/2000“ uzavřela zakázanou dohodu o cenách, která vedla k narušení hospodářské soutěže na trhu dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta. Za porušení ustanovení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže byla účastníku řízení uložena podle ustanovení § 22 odst. 2 zákona pokuta ve výši 6 500 000 Kč a v souladu s ustanovením § 23 odst. 1 téhož zákona opatření k nápravě spočívající v úpravě ve výroku specifikovaných smluv a v povinnosti informovat Úřad o provedených změnách.

Proti tomuto rozhodnutí podal účastník řízení – společnost Český Mobil rozklad, ve kterém namítá nesprávné a neúplné zjištění skutkové podstaty případu, dále, že Úřad nezajistil podklady nezbytné pro vydání prvostupňového rozhodnutí a neumožnil, aby účastník řízení skutkovou podstatu doplnil. Základní skutková zjištění, na kterých byly založeny závěry Úřadu, nejsou podle názoru účastníka řízení podpořena obsahem spisu, který je s nimi naopak v rozporu. Dále se podle názoru společnosti Český Mobil Úřad v napadeném rozhodnutí fakticky i právně zmýlil v určení relevantního trhu výrobku, jakož i v závěrech, že chování účastníka řízení není ospravedlněno nařízeními, jež jsou pro daný sektor specifická. V případě, že rozhodnutí bude věcně potvrzeno a nikoli zrušeno, namítá účastník řízení alternativně nepřiměřenou pokutu.

Po úvodním konstatování obecných námitek se účastník řízení dále věnuje konkrétním Úřadu vytýkaným skutečnostem. Nejprve poukazuje na porušení procesních pravidel stanovených správním řádem, přičemž jako první uvádí porušení zásady vzájemné součinnosti. Veškerá oznámení Úřadu, případně informace o procesních úkonech byla podle účastníka řízení nejednoznačná a neumožnila tak dostatečnou přípravu a možnost účelně bránit jeho práva jako účastníka správního řízení.

Účastník řízení rovněž namítá porušení zásady objektivní (materiální) pravdy. Mnohá zjištění Úřadu údajně nemají oporu v provedeném dokazování, někdy jsou s ním naopak

v rozporu. Úřad nezjistil skutečný stav věci a tento nedostatek zcela bezprecedentně doplnil svými úvahami. Podle účastníka řízení musí právní regulace správního řízení brát v úvahu také jiné společenské hodnoty, např. svobodu lidského jednání, samostatnost a aktivitu vůle společenského subjektu, a to zejména ve vysoce tržním a právně nejistém prostředí, kdy se jednotlivé subjekty, včetně účastníka, musí často rozhodovat mezi aplikací několika vzájemně si odporujících právních norem (zákon o ochraně hospodářské soutěže a zákon č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích a o změně některých zákonů [dále jen „telekomunikační zákon“]). Účastník je toho názoru, že pokud Úřad považoval některé argumenty za odporující důkazům, byl povinen získat dodatečné důkazy, které by jednoznačně objasňovaly celý případ. Úřad podle společnosti Český Mobil bezpochyby nesplnil tuto svoji povinnost, neboť mnohé výroky v napadeném rozhodnutí nemají oporu ve faktech, svědeckých výpovědích anebo důkazech předložených zejména ze strany Českého telekomunikačních úřadu (dále jen „ČTÚ“).

Dále účastník řízení vytýká Úřadu, že mu nebyla poskytnuta možnost vyjádřit se k podkladu pro rozhodnutí a ke způsobu jeho zjištění ve smyslu ustanovení § 33 správního řádu. Účastník řízení totiž neobdržel žádné oznámení Úřadu, že podklady byly shromážděny a rovněž mu nebyla stanovena lhůta pro poskytnutí vyjádření ke shromážděným podkladům pro rozhodnutí. Účastník řízení dále poukazuje na to, že mu v průběhu celého správního řízení Úřad neposkytl možnost vyjádřit se k tak zásadním podkladům pro rozhodnutí, jakými jsou definice relevantního trhu či existence a způsob užívání průmyslových standardů v daném odvětví, což mohlo mít vliv na věcnou správnost rozhodnutí.

Porušení procesních pravidel shledává účastník řízení také v porušení zásady volného hodnocení důkazů, která podle účastníka řízení nezbavuje Úřad povinnosti uvést v odůvodnění nálezu ony skutečnosti, které za prokázané uznal, a důvody, z nichž ke svému přesvědčení dospěl. Dle názoru účastníka řízení došlo zejména k pochybením ohledně posouzení objektivní a subjektivní stránky utváření podkladu pro rozhodnutí, což ve svém důsledku vedlo k užití právního předpisu, který na zjištěný skutkový stav nedopadá, nebo předpisu jinak nepoužitelného. Závěry učiněné na základě provedeného dokazování nelze podle účastníka řízení posuzovat jako výsledek volného hodnocení důkazů, k čemuž je Úřad povinen, nýbrž výhradně jako prostředek pro docílení účelu naplnění subjektivního pohledu na danou záležitost.

Na závěr procesních pochybení poukazuje účastník řízení na skutečnost, že napadené rozhodnutí nesplňuje náležitosti rozhodnutí ve smyslu § 47 správního řádu. Podle názoru společnosti Český Mobil uvádí Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí tvrzení, která nebyla nepochybně zjištěna a která jsou pouze Úřadem deklarována bez návaznosti na provedené dokazování. Ze svědeckých výpovědí přitom podle účastníka řízení jednoznačně vyplývá, že byly-li konečné ceny ve smlouvách stanoveny, distributoři buď o těchto ustanoveních neměli povědomí, tedy se jimi nemohli cítit ohroženi či jinak omezeni, anebo pokud si byli těchto ustanovení vědomi, vykládali si je zcela jiným způsobem než navozuje odůvodnění napadeného rozhodnutí.

Pokud jde o dobu, ve které bylo napadené rozhodnutí vydáno, nejednalo se dle názoru účastníka řízení o „zvlášť složitý případ“, jehož řešení by vyžadovalo šetření v délce 60 dnů. Dle názoru účastníka řízení také nedošlo k požadavku a následnému schválení prodloužení lhůty. I přes respektování dosavadního průběhu řízení má účastník pochyby, že napadené rozhodnutí bylo vydáno 9. 7. 2002, neboť účastníkovi bylo odesláno až o měsíc později. Dovozuje, že rozhodnutí prvního stupně bylo vydáno po lhůtě stanovené, avšak na jeho

písemném vyhotovení bylo protiprávně užito jiné datum, aby mohl být tento nedostatek napraven.

Účastník řízení se dále domnívá, že se Úřad zmýlil v určení relevantního trhu, který definoval jako „trh dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta“. Podle účastníka je nutné odlišit dva oddělené trhy, a to trh veřejných telekomunikačních služeb poskytovaných prostřednictvím veřejné mobilní telekomunikační sítě, a nikoli dobíjecích kupónů, a trh velkoobchodního poskytování „dobíjecích kupónů“ distributorům za účelem jejich dalšího prodeje, který představuje trh druhotný, do značné míry určený regulovaným trhem poskytování veřejných telekomunikačních služeb. Poskytování „dobíjecích kupónů“ maloobchodním zákazníkům je podle účastníka řízení nutné považovat za součást poskytování veřejných telekomunikačních služeb prostřednictvím veřejné mobilní telekomunikační sítě. Poskytovatel služby může „dobíjecí kupóny“ poskytovat přímo uživatelům telekomunikačních služeb nebo prostřednictvím třetích stran – distributorů a pod-distributorů, což je nutné považovat za součást platebního procesu za služby, a tedy nikoli za oddělený trh. Vzhledem k tomu je účastník řízení přesvědčen, že relevantní trh musí být definován jako trh poskytování veřejných telekomunikačních služeb maloobchodním zákazníkům prostřednictvím veřejné mobilní telekomunikační sítě.

V souvislosti s vymezením relevantního trhu konstatuje účastník řízení, že podle jeho názoru neexistují oddělené maloobchodní trhy pro předplacené a paušálně placené služby. Poukazuje na aplikační praxi evropských a amerických úřadů pro ochranu hospodářské soutěže, konkrétně pak na studii o konkurenci mobilního sektoru Oftel a jeho rozhodnutí ve věci Vodafone Ltd., ve kterém byl relevantní trh vymezen jako trh časů pro mobilní volání a sms ve Spojeném království. V případě, kdy ustanovení smluv o zachování prodejní ceny mají za cíl omezit flexibilitu cen na maloobchodním trhu, není podle účastníka řízení relevantní trh správně definovaný.

V další části rozkladu účastník řízení obhajuje regulované chování, přičemž uvádí, že ustanovení distribučních smluv byla vyžadována pro to, aby účastník řízení splnil své povinnosti v souladu s telekomunikačním zákonem a podmínkami vyplývajícími z „Pověření pro společnost Český Mobil a.s. ke zřizování a provozování veřejné mobilní telekomunikační sítě dle normy GSM a k poskytování mobilních služeb, které přísluší k této síti“ uděleného Ministerstvem dopravy a spojů České republiky ze dne 7. 10. 1999 (dále jen „Pověření“), a tak pro vyhovění požadavkům předpisů telekomunikačního sektoru. Účastník je toho názoru, že Úřad špatně porozuměl specifikům případu a chybně interpretoval povinnosti účastníka vyplývající z předpisů telekomunikačního sektoru. Účastník řízení fakticky souhlasí s tím, že ceny dobíjecích kupónů nepatří mezi regulované ceny, jak vyplynulo z prohlášení ČTÚ, jako chybný však považuje závěr Úřadu, že není-li vlastní cena kupónů regulována, nemá účastník řízení povinnost podniknout přiměřené kroky k tomu, aby zajistil, že jsou kupóny prodávány za správnou cenu. Český Mobil sice souhlasí s tím, že není žádná ze sazeb nabízených účastníkem řízení regulována *per se*, až na výjimku, trvá však na tom, že je omezován sektorovými předpisy, zejména ustanoveními telekomunikačního zákona a vlastního Pověření, které mu ukládají nabízet telekomunikační služby pouze a výlučně za publikované ceny, které musí být oznámeny před nabízením této služby. Podle účastníka řízení se ustanovení o prodejních cenách obsažená v dohodách, která byla posouzena jako zakázaná, kvalifikují jako výjimky podle ustanovení § 1 odst. 2 a § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, neboť zakázané jednání bylo důsledkem účastníkovy povinnosti plnit závazky vyplývající z předpisů pro telekomunikační oblast, jimž je podřízen.

Ze všech shora uvedených důvodů konstatuje účastník řízení, že došlo-li vůbec k porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže, bylo to v důsledku povinností vyplývajících z předpisů platných pro danou oblast. Účastník řízení tedy nemůže být zodpovědným za porušení ustanovení o prodejní ceně. Nebude-li jeho návrhu na zrušení napadeného rozhodnutí vyhověno, prohlašuje společnost Český Mobil, že výše uložené pokuty je neúměrná objektivním okolnostem případu, když z pokutou postihnutého jednání nevznikla žádná újma hospodářské soutěži. Účastník řízení se domnívá, že výše uložené pokuty není přiměřená zejména s ohledem na závažnost porušení zákona a na dopad jeho jednání na soutěžní prostředí a narušení soutěže, když ze strany Úřadu došlo k výraznému přecenění potenciálního narušení soutěže v důsledku údajného porušení zákona a naopak k podstatnému podcenění polehčujících okolností na straně účastníka. Na podporu svých tvrzení poukazuje účastník řízení na předchozí rozhodnutí Úřadu, např. Likérka STOCK Plzeň – Božkov a.s., č.j. R 20/95. Jednání podle účastníka řízení nemělo za následek nadměrné porušení hospodářské soutěže způsobující překážky pro distributory ani pro zákazníky. Pokud by zakázaná ustanovení smluv měla jakýkoliv vliv na spotřebitele, o čemž účastník vážně pochybuje, je podle účastníka řízení více než pravděpodobné, že tento vliv spotřebitelům prospíval, nikoli škodil, neboť specifikovaná ustanovení zabraňují distributorům ve zvýšení maloobchodní ceny kupónů nad nominální hodnotu.

Společnost Český Mobil dále poukazuje na odlišnou výši pokuty uložené podle § 22 odst. 2 zákona v napadeném rozhodnutí od podobných předchozích případů rozhodnutých Úřadem, např. Gillette Czech, s.r.o., Eurotel Praha, spol. s r.o. a RadioMobil a.s. Dále účastník prohlašuje, že ustanovení distribučních smluv nikdy neměla za cíl sloužit jakémukoliv prospěchu účastníka. Závěrem účastník zdůraznil, že během řízení plně spolupracoval s Úřadem. S ohledem na tento fakt odkazuje na program o podmínkách aplikace mírnějšího režimu při ukládání pokut u zakázaných dohod narušujících soutěž, podle kterého lze členům takových zakázaných dohod pokutu neuložit. Je toho názoru, že vyhovuje v podstatě všem kritériím, neboť poskytl všechny patřičné dokumenty, nabídl úpravu svých praktik tak, aby v budoucích smlouvách nebyla obsažena žádná ustanovení o stanovení maloobchodních cen, a tato ustanovení byla rovněž odstraněna ze stávajících smluv. Ze všech shora uvedených důvodů účastník řízení žádá úplné zproštění uložené pokuty.

Účastník řízení závěrem navrhl, aby prvoinstanční rozhodnutí Úřadu č.j. S 105/02-1617/02-VOI bylo zrušeno, anebo změněno, neboť byly splněny veškeré požadavky pro to, aby byla pokuta uložená účastníkovi řízení snížena, případně neuložena.

Na základě námitek obsažených v rozkladu proti vymezení relevantního trhu doplnil prvostupňový orgán ve smyslu ustanovení § 57 odst. 2 správního řádu spis správního řízení o výtah z rozhodnutí Oftel o distribučních smlouvách společnosti Vodafone (Office of Fair Trading: „Vodafone´s distributin agreements for pre-pay mobile phone vouchers“, strany 293 – 294 správního spisu), dále o žalobu Federace velkoobchodních distributorů proti společnosti Vodafone ze dne 5. dubna 2002 („Complaint submitted under the Competition act 1998 by the Federation of wholesale distributors alleging an infringement of the prohibition imposed by section 2(1) of the Act by Vodafone Ltd., strany 295 – 303 správního spisu) a ve světle v rozkladu vznesených námitek nově analyzoval vymezení relevantního trhu ve správním řízení č.j. S 105/02 (strany 304 –305 správního spisu).

V souladu s ustanovením § 33 odst. 2 správního řádu bylo poté účastníkovi řízení umožněno seznámit se s nově doplněnými podklady pro rozhodnutí a vyjádřit se k těmto podkladům i ke způsobu jejich zjištění, ve vyjádření ze dne 23. 9. 2002 (strany 315 – 322

správního spisu) účastník řízení namítá nesprávné vymezení relevantního trhu ze strany Úřadu, přičemž odkazuje na shora uvedené rozhodnutí Oftel, národního regulačního úřadu pro oblast telekomunikací Spojeného království, ve věci žaloby Federace velkoobchodních distributorů proti společnosti Vodafone z dubna roku 2002. Dále se společnost Český Mobil vyjadřuje k otázce dotovaných telefonů a uzavírání písemných smluv s tím, že v rámci některých akcí na podporu trhu nabízí mobilní přístroje za zvýhodněné ceny. Tvrzení, že požadavek písemných smluv by mohl být využit pro argumentaci ve prospěch oddělených trhů výrobků a služeb, však považuje za chybný.

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

Podle ustanovení § 59 odst. 1 správního řádu jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu, a to i nad rámec námitek uplatněných společností Český Mobil v rozkladu. Nejprve jsem se zabýval námitkami účastníka řízení, kterými obhajoval své chování ve vztahu k předmětné skutkové podstatě. Zásadní otázkou pro posouzení věci přitom je, v jakém rozsahu podléhá podnikatelská činnost účastníka řízení regulaci ČTÚ. Za účelem objasnění této otázky byl dopisem ze dne 28. 5. 2002 (strany 169 – 170 správního spisu) ČTÚ dotázán, zda s ohledem na telekomunikační zákon a Pověření udělené společnosti Český Mobil vyplývá pro účastníka řízení povinnost informovat ČTÚ o prodejní ceně kupónů, zda se jedná o cenu regulovanou nebo zda je účastník řízení povinen informovat o cenách účtovaných zákazníkům v jednotlivých cenových tarifech. Z vyjádření ČTÚ ze dne 29. 5. 2002 (strana 179 správního spisu) vyplynulo, že ceny dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta nejsou cenami regulovanými, nýbrž jsou stanovovány přímo mobilním operátorem. Dále bylo zjištěno, že podle dosud platného Pověření je Český Mobil povinen zasílat povolujícímu a cenovému orgánu, tj. ČTÚ, nabídkové ceníky a jejich změny včetně cenových podmínek, nikoli však informace o prodejních cenách dobíjecích kupónů. Tato skutečnost je zásadně rozdílná oproti účastníkem řízení namítaným skutečnostem. ČTÚ totiž nezkoumá cenu, za jakou prodává Český Mobil dobíjecí kupóny, posuzuje pouze cenu za impuls, tj. cenu jednotky hovoru, kterou jsou poskytovatelé telekomunikačních služeb povinni účtovat podle ceníku hovoru, a to bez ohledu na skutečnost, kolik za impuls konečný spotřebitel fakticky zaplatil. Z telekomunikačního zákona vyplývá, že ČTÚ je orgánem, v jehož kompetenci je sledování a posuzování problematiky poskytování telekomunikačních služeb, tedy zabezpečení hovoru, nikoli však samotný „prodej hovoru“.

I přestože účastník řízení namítal, že tím, že má povinnost informovat ČTÚ o cenách dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta, není jeho cenová politika postižitelná podle zákona o ochraně hospodářské soutěže, dospěl jsem na základě shora uvedených skutečností k závěru, že stanovování koncové prodejní ceny distributorům dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta není telekomunikačním zákonem, ani Pověřením uděleným účastníku řízení vyžadováno. Nemůže se tudíž jednat o činnost z pohledu zákona o ochraně hospodářské soutěže povolenou, respektive vyňatou z aplikace ustanovení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže či dokonce na základě ustanovení § 1 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže z aplikace celého zákona.

Dále jsem se zabýval posouzením soutěžního prostředí na relevantním trhu distribuce dobíjecích kupónů předplacené služby Oskarta, existující možnosti distributorů konkurovat si při prodeji kupónů konečným zákazníkům cenou, a dospěl jsem k závěru, že konkurenční prostředí při prodeji dobíjecích kupónů v ceně, za jakou může konečný spotřebitel nakoupit

impulsy odpovídající hodnotě dobíjecího kupónu, může existovat, neboť dobíjecí kupóny je možné prodávat levněji než za hodnotu na nich uvedenou, což vyplývá jak z provedeného dokazování, tak z faktického stavu na trhu. Jednáním účastníka řízení, jenž dobíjecí kupóny prodává rovněž vlastním distribučním kanálem, však byla fakticky nastavena i pro ostatní distributory koncová prodejní cena. Tím pak vlastní prodejní místa účastníka řízení nemusela čelit konkurenci, neboť cena, jež je v daném případě jediným konkurenčním kritériem, byla pro všechny konečné zákazníky stanovena v jednotné výši.

Na základě všech shora uvedených skutečností jsem tedy dospěl k závěru, že ustanovení jednotlivých smluv o dodávce dobíjecích kupónů, jak byla specifikována ve výrokové části I. tohoto rozhodnutí, jsou zakázanými a neplatnými dohodami o ceně, které narušují hospodářskou soutěž na relevantním trhu dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta. Narušení hospodářské soutěže spočívající v uzavření zakázaných dohod o cenách a jejich následné plnění omezilo nejen svobodnou vůli distributorů stanovit si pro prodej dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta cenu dle vlastního uvážení tam, kde jsou dobíjecí kupóny prodávány konečným spotřebitelům, ale rovněž konkurenční prostředí ve prospěch účastníka řízení tím, že vlastním distribučním kanálem nemusel čelit cenové konkurenci ostatních distributorů, jež by z odlišných, tj. nižších cen při prodeji konečným zákazníkům vyplynula.

K námitkám účastníka řízení proti vymezení relevantního trhu jako trhu dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta jsem při přezkumu postupu Úřadu při vymezení relevantního trhu vycházel z obchodního vztahu mezi účastníkem řízení a distributory dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta. V této souvislosti konstatuji, že předmětem posuzování je oblast distribuce dobíjecích kupónů a nikoli poskytování telekomunikačních služeb. Smlouvy, které byly předmětem správního řízení, slouží totiž výhradně k zabezpečení distribuce zboží. Z povahy věci pak dále plyne, že Úřad se v daném případě nezabýval vztahem poskytovatele veřejných telekomunikačních služeb poskytovaných prostřednictvím veřejné mobilní telekomunikační sítě a uživateli těchto služeb. Pokud jde o námitku Českého Mobilu, že neexistují oddělené maloobchodní trhy pro předplacené a paušálně placené služby, jsem toho názoru, že tvrzení účastníka řízení by bylo možno přisvědčit toliko v případě posuzování již shora uvedeného vztahu účastníka řízení s konečným spotřebitelem při poskytování veřejných telekomunikačních služeb prostřednictvím veřejné mobilní telekomunikační sítě, který však není předmětem tohoto správního řízení. Ve správním řízení č.j. S 105/02 byl totiž posuzován vztah účastníka řízení a distributora dobíjecích kupónů, který u paušálně placených služeb neexistuje. K argumentaci účastníka řízení týkající se rozhodnutí ve věci *Vodafone*, které v dubnu 2002 vydal britský národní regulační úřad pro oblast telekomunikací (Oftel) v obdobném případě, uvádím ve shodě se závěry prvostupňového orgánu, že toto rozhodnutí bylo vydáno za zcela odlišných regulačních podmínek, než jaké byly ve správním řízení č.j. S 105/02. Mobilní operátor, společnost Vodafone měl totiž povinnost prodávat dobíjecí kupóny za cenu na nich uvedenou, která byla obsažena přímo v licenci na provozování telekomunikační služby. Nad rámec již shora uvedeného poukazuji dále na skutečnost, že vymezení relevantního trhu ve věci *Vodafone* provedl Oftel, tj. národní regulační úřad pro oblast telekomunikací Spojeného království Velké Británie, tedy nikoli orgán Evropského společenství, jako např. Evropská komise. I v případě, že by skutkový stav ve věci *Vodafone* byl zcela totožný se skutkovým stavem ve správním řízení č.j. S 105/02, by tedy Úřad nebyl povinen přihlížet k této aplikační normotvorbě. Námitkám účastníka řízení obsaženým v rozkladu a ve vyjádření k podkladu pro rozhodnutí, které se týkají vymezení relevantního trhu, proto na základě shora uvedeného nepřisvědčuji.

Pokud jde o účastníkem řízení namítaná jednotlivá procesní pochybení, konstatuji k námitce nejednoznačných oznámení o procesních úkonech, že z oznámení o zahájení správního řízení (strany 35 – 36 správního spisu) jednoznačně vyplývá, pro jaké jednání je s účastníkem správní řízení vedeno a z pohledu jakého ustanovení právního předpisu je zkoumáno. Podrobnější informace získala společnost Český Mobil rovněž v rámci prvního ústního jednání konaného dne 16. 5. 2002 (strany 36 – 37 správního spisu). Jestliže v průběhu dokazování byly konány také výslechy svědků, jež byly účastníkovi řízení oznámeny v dostatečném časovém předstihu (např. oznámení Úřadu ze dne 21. 5. 2002 o konání výslechu svědků, strana 150 správního spisu), musela si společnost Český Mobil být nepochybně vědoma toho, z jakých důvodů se tyto konají a co bude předmětem jejich projednávání. Považuji proto jednotlivé písemné úkony orgánu prvního stupně ve vztahu k účastníkovi řízení za dostatečně konkrétní a námitce účastníka v tomto smyslu nevyhovuji. Jedná-li se o námitku porušení zásady objektivní (materiální) pravdy, odkazuji na shora uvedený rozbor skutkové podstaty posuzovaného protisoutěžního jednání, přičemž dodávám, že stěžejním důkazem o existenci zakázaných dohod ve správním řízení č.j. S 105/02 jsou samotná ustanovení obsažená ve smlouvách specifikovaných ve výrokové části 1. tohoto rozhodnutí. Co se týče další námitky, podle které nebylo společnosti Česky Mobil umožněno seznámit se s podklady pro rozhodnutí č.j. S 105/02-1617/02-VOI a vyjádřit se k nim, zjistil jsem po přezkoumání spisového materiálu, že před vydáním prvostupňového rozhodnutí se dle telefonického vyjádření účastníka, o kterém je ve spise pořízen záznam (strana 218 správního spisu), tento vzdal práva na seznámení s podklady před vydáním napadeného rozhodnutí ve smyslu ustanovení § 33 odst. 2 správního řádu z důvodu, že od posledního nahlížení nebyl spis doplněn o žádné nové skutečnosti, příp. nově doplněné informace nemohou být účastníkovi řízení z důvodu ochrany obchodního tajemství zpřístupněny. Přesto účastník řízení své vyjádření k podkladu pro rozhodnutí zaslal Úřadu faxem a následně poštou; jeho námitky tak byly vzaty v úvahu při vydání napadeného rozhodnutí. Na základě námitek vznesených v rozkladu Úřad ve smyslu ustanovení § 56 správního řádu doplnil dokazování. Poté bylo účastníku řízení opětovně umožněno seznámit se s doplněnými podklady pro rozhodnutí, čehož účastník využil (protokol o vyjádření k pokladu pro rozhodnutí ze dne 16. 9. 2002: strana 314 správního spisu). Své písemné vyjádření Úřadu zaslala společnost Český Mobil písemně jak faxem, tak i poštou. Pokud tedy v prvním případě došlo k formálnímu pochybení při poskytnutí možnosti účastníkovi řízení seznámit se před vydáním rozhodnutí s podklady pro rozhodnutí a vyjádřit se k nim, když účastník řízení nebyl Úřadem vyzván písemně, nýbrž pouze telefonicky, pak vzhledem ke skutečnosti, že účastník své vyjádření zaslal, přičemž po doplnění dokazování v řízení o rozkladu byl následně seznámen s celým spisovým materiálem a vyjádřil se opětovně k podkladu pro rozhodnutí, shledávám toto pochybení bez jakéhokoli faktického dopadu na práva účastníka řízení a věcnou správnost rozhodnutí.

Účastník řízení dále namítá, že Úřad procesně pochybil, když při výslechu svědkům nejprve neumožnil svědkům souvisle vypovědět o skutečnostech, které jim byly známy. K tomu uvádím, že předmětem šetření byly okolnosti týkající se velmi rozsáhlé problematiky distribuce dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta, a proto s ohledem na danou problematiku tak, aby svědci vypovídali, co o šetřené věci skutečně vědí, jim byly Úřadem kladeny otázky, kterými byl předmět výslechu jednoznačně determinován. Po přezkoumání všech protokolů o výslechu svědků neshledávám ani další námitku Českého Mobilu týkající se kladení sugestivních otázek jako oprávněnou, přičemž poukazuji na to, že v průběhu celého správního řízení nebyla tato skutečnost namítána při žádném z provedených výslechů,

na kterých byl účastník řízení přítomen. Proto ani na základě protokolace průběhu jednotlivých úkonů nelze takové námitce přisvědčit.

Pokud jde o povinnost správního orgánu zjistit úplně a přesně skutkový stav věci řádným procesním postupem, konstatuji, že orgán prvního stupně v odůvodnění napadeného rozhodnutí zhodnotil všechny zjištěné skutečnosti jak jednotlivě, tak v jejich vzájemných souvislostech (strany 8 – 11 napadeného rozhodnutí). Stěžejním důkazem byla shledána samotná protisoutěžní ujednání obsažená ve smlouvách specifikovaných ve výrokové části I. tohoto rozhodnutí. Pro zjištění dopadu tohoto jednání na konkurenční prostředí, tedy i konečné spotřebitele, provedl Úřad rovněž průzkum na trhu, přičemž někteří z distributorů byli osloveni formou písemnou (strana 208 správního spisu), jiné Úřad předvolal k podání svědecké výpovědi (např. protokol o výslechu svědka Ing. Radka Janíčka ze dne 29. 5. 2002: strany 171 - 173 správního spisu). Ze získaných údajů pak v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů vyvodil ve správním řízení závěry tak, jak bylo v podrobnostech uvedeno v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. Přezkoumal jsem, zda rozkladem napadené rozhodnutí obsahovalo všechny náležitosti ve smyslu § 47 správního řádu, a konstatuji, že v odůvodnění obsahuje skutečnosti, jež se staly podkladem pro rozhodnutí, včetně úvah, jakými byl Úřad při hodnocení důkazů a právních předpisů veden a na základě kterých rozhodoval. Mám za to, že skutkový stav byl vylíčen v potřebném rozsahu a že na všechny návrhy účastníka řízení bylo reagováno. Pokud jde o pochybení spočívající v překročení zákonem stanovené lhůty pro vydání rozhodnutí, pak této námitce účastníka řízení přisvědčuji, současně však konstatuji, že lhůta stanovená správním řádem pro vydání rozhodnutí je lhůtou pořádkového charakteru a její překročení nemělo a ani nemohlo mít vliv na hmotněprávní posouzení věci.

Přezkumem výše uložené pokuty jsem zjistil, že prvostupňový orgán řádně vyhodnotil všechny polehčující i přitěžující okolnosti případu, a tyto při ukládání pokuty odpovídajícím způsobem zohlednil (strana 11 – 13 napadeného rozhodnutí). Pokud jde o odkaz účastníka řízení na „Program aplikace mírnějšího režimu při ukládání pokut podle § 22 zákona o ochraně hospodářské soutěže, u zakázaných dohod narušujících soutěž podle § 3 tohoto zákona“, pak tento nelze ve správním řízení č.j. S 105/02 aplikovat, neboť účastník řízení podmínky pro neuložení, případně snížení pokuty nesplnil. Poukazuji v této souvislosti zejména na to, že účastník řízení neposkytl relevantní důkazy o existenci dohody narušující soutěž sám z vlastní vůle, po celé správní řízení porušení zákona popírá a jednání podle zakázaných dohod nejpozději v okamžiku poskytnutí relevantních informací Úřadu neukončil. Nebyla tak splněna ani jediná z podmínek nezbytných pro aplikaci shora citovaného „Programu“. Vzhledem k pokutám uloženým Úřadem v jiných správních řízeních v poslední době nepovažuji pokutu ve výši 6 500 000,- Kč za neadekvátní.

Z hlediska věcného posouzení případu tedy uzavírám, že argumentuje-li účastník řízení tím, že protisoutěžní ustanovení obsažená v předmětných smlouvách byla a jsou potřebná k tomu, aby mohl plnit své zákonné povinnosti vyplývající ze závazků specifických pro daný obor, pak v souladu se shora uvedeným konstatuji, že takové povinnosti nejsou z hlediska namítaného telekomunikačního zákona a Pověření vyžadovány, a jednání účastníka řízení plně podléhá pravidlům dodržování férové soutěže na relevantním trhu. Neztotožňuji se s tvrzením účastníka řízení, že z omezení hospodářské soutěže neměl jakýkoli prospěch. Narušením hospodářské soutěže k prospěchu účastníka řízení došlo, a to tím, že prakticky plošným cenovým zavázáním všech odběratelů dobíjecích kupónů nemusel účastník při distribuci kupónů vlastním distribučním kanálem čelit cenové konkurenci, jež by z nižších cen při prodeji konečným zákazníkům jinými prodejci vyplynula. Posouzení skutkové podstaty

správního řízení č.j. S 105/02 uzavírám tedy tím, že považuji za prokázané, že ustanovení smluv specifikovaných ve výrokové části I. tohoto rozhodnutí jsou zakázanými a neplatnými dohodami o přímém určení ceny, které narušují hospodářskou soutěž na trhu dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta. Dohody o přímém určení cen představují jeden z nejzávažnějších protisoutěžních deliktů, a proto jsou zakázané *per se*. Samotná existence dohod, jež přímo určují cenu pro prodej konečným zákazníkům, způsobuje narušení hospodářské soutěže na vymezeném relevantním trhu s přímými dopady jak na distributory dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta, kteří se při jejich prodeji stávají konkurenty účastníka řízení, tak na konečné spotřebitele, kteří v důsledku těchto protisoutěžních ustanovení nemají možnost získat dobíjecí kupóny pro předplacenou službu Oskarta za cenu nižší než stanovenou účastníkem řízení.

Výrokovou část 1. napadeného rozhodnutí jsem změnil z hlediska užití právních předpisů, které se na dané protisoutěžní jednání aplikují či aplikovaly. Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, nabyl účinnosti dne 1. 7. 2001. Ochrana hospodářské soutěže v době před účinností tohoto zákona byla zajišťována na základě zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů. Obě tyto právní normy stanovují přitom shodně zákaz dohod mezi soutěžiteli, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže (§ 3 odst. 1 každé z těchto právních norem). V demonstrativním výčtu zakázaných a neplatných dohod pak oba zákony na prvním místě uvádějí dohody o přímém nebo nepřímém určení cen, popřípadě o jiných obchodních podmínkách. K protiprávnímu, respektive protisoutěžnímu jednání zjištěnému ve správním řízení č.j. S 105/02 došlo přitom jak za účinnosti zákona č. 63/1991 Sb., a to v době od uzavření ve výroku specifikovaných smluv do 30. 6. 2001, tak za účinnosti současného zákona č. 143/2001 Sb. Proto jsem v nově změněném výroku rovněž deklaroval porušení ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů. Jedná se totiž věcně o tentýž pokračující správní delikt. Zdůrazňuji však současně, že deklarace porušení dříve platného zákona sankcí postižena není. Distributorské smlouvy o dodávce dobíjecích kupónů pro předplacenou službu uzavřené dne 26. 5. 2002 se společností BENZINA Trade, a.s., Praha 8, Trojská 13a, PSČ 180 00, IČ 26 13 57 10, a dne 22. 3. 2000 se společností Petr Pešta – SPRO Praha, Praha 7, Bubenská 14, PSČ 170 00, IČ 13 80 83 62, obě s účinností pouze na jeden rok jsem z výroku napadeného rozhodnutí vypustil vzhledem ke skutečnosti, že nabyly, ale i pozbyly právních účinků za účinnosti zákona č. 63/1991 Sb. Změna výrokové části 1. napadeného rozhodnutí, kterou jsem provedl, dále spočívá ve formulačním upřesnění jejího znění pouze z důvodu gramatického, kdy z věcného hlediska se se závěry prvostupňového orgánu v souladu se shora uvedeným ztotožňuji.

Výrokovou část 2. napadeného rozhodnutí jsem pak potvrdil, když žádné z námitek směřujících proti pokutě jsem nepřisvědčil. Ani skutečnost, že z výrokové části 1. napadeného rozhodnutí jsem vypustil dvě smlouvy o dodávce dobíjecích kupónů, jak je uvedeno shora, jsem neshledal jako relevantní pro přehodnocení, respektive snížení výše pokuty. Ve správním řízení č.j. S 105/02 jsem posuzoval jednání na trhu, který sice vykazuje určitá specifika spočívající zejména v tom, že na kupónech, které jsou konečným zákazníkům distribuovány, je vždy uvedena hodnota kupónu a konečný zákazník legitimně očekává, že za tuto cenu si uvedený kupón koupí. To však nic nemění na skutečnosti, že si jej může koupit za cenu nižší. Fixace cen na trhu dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta je proto stejně závažným deliktem jako na jiných trzích, a to s přímým negativním dopadem právě na konečné zákazníky.

Výrokovou část 3. napadeného rozhodnutí jsem poté potvrdil, když uložená nápravná opatření jsem shledal jako relevantní pro zajištění konkurenčního prostředí na vymezeném relevantním trhu dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta.

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

P o u č e n í

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

Ing. Josef Bednář
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Rozhodnutí obdrží:

Český Mobil a.s.
k rukám Mgr. Michaely Jandové
Vinohradská 167
100 00 Praha 10

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 18. 5. 2004 a stalo se vykonatelným dle jednotlivých výrokových částí.