Č.j. R 16/2003 V Brně dne 26. října 2004

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 25. 2. 2003 č.j. S 252/02-891/03-ORP ve věci porušení ustanovení § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, podal účastník řízení - společnost **ČESKÝ TELECOM, a.s.,** se sídlem Praha 3, Olšanská 55/5, PSČ 130 34, IČ 60 19 33 36, zastoupená na základě plné moci ze dne 11. 3. 2003 JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem v advokátní kanceláři WEIL, GOTSHAL & MANGES v.o.s., Křižovnické nám. 1, Praha 1, PSČ 110 00, 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 25. 2. 2003 č.j. S 252/02-891/03-ORP

I. v bodě 1. výroku **m ě n í m** takto:

Společnost ČESKÝ TELECOM, a.s., se sídlem Praha 3, Olšanská 55/5, PSČ 130 34, IČ 60 19 33 36, tím, že v období od 25. 2. 2002 do 27. 1. 2003 znemožnila jiným oprávněným provozovatelům veřejných telekomunikační sítí vstup na trh zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití širokopásmových technologií xDSL (ADSL) veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi, zneužila svého dominantního postavení na tomto trhu na újmu jiných oprávněných provozovatelů veřejných telekomunikačních sítí a konečných spotřebitelů, čímž porušila ustanovení § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů.

III. v bodech 2. a 3. výroku **p o t v r z u j i .**

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) vydal dne 25. 2. 2003 rozhodnutí č.j. S 252/02-891/03-ORP, v jehož první výrokové části deklaroval, že společnost ČESKÝ TELECOM, a.s., se sídlem Praha 3, Olšanská 55/5, PSČ 130 34, IČ 60 19 33 36, (dále jen „ ČESKÝ TELECOM“ nebo „účastník řízení“) zneužila své dominantní postavení na trhu zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití širokopásmových technologií xDSL (ADSL) veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi ve smyslu § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (dále jen „zákon“ nebo „zákon o ochraně hospodářské soutěže“). Zneužití dominantního postavení shledal Úřad v tom, že v době před zahájením provozu služby IOL Platinum, tj. v době před 29. 5. 2002, a dále v době provozu služby IOL Platinum, tj. v době od 29. 5. 2002 do vydání rozhodnutí Českého telekomunikačního úřadu (dále jen „ČTÚ“) o předběžném opatření ze dne 27. 6. 2002, kterým byla uložena společnosti ČESKÝ TELECOM povinnost ukončit dnem doručení rozhodnutí o předběžném opatření nabízení a poskytování telekomunikační služby IOL Platinum, neučinil účastník řízení jiným oprávněným provozovatelům veřejných telekomunikačních sítí tzv. velkoobchodní nabídku na poskytování služeb založených na technologii xDSL (ADSL) umožňující poskytovat službu obsahu i přenosu dat. Tato nečinnost způsobila újmu koncových zákazníků.

Za porušení § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže byla účastníkovi řízení uložena pokuta 23 000 000 Kč a jednání popsané ve výrokové části 1. napadeného rozhodnutí bylo společnosti ČESKÝ TELECOM do budoucna zakázáno.

Proti tomuto rozhodnutí podala společnost ČESKÝ TELECOM rozklad, ve kterém předně namítá, že v důsledku nedostatečného a právně vadného porozumění problematice poskytování příslušných služeb datového přenosu se Úřad dopustil pochybení při vymezení věcně relevantního trhu. Účastník řízení spatřuje pochybení Úřadu v tom, že Úřadem vymezený relevantní trh zahrnuje pouze datový přenos s využitím širokopásmových technologií xDSL (ADSL). Společnost ČESKÝ TELECOM má za to, že pro vymezení relevantního trhu není rozhodné, jakou technologií jsou konkrétní služby poskytovány, ale výhradně to, jakými vlastnostmi a charakteristikami se daná služba vyznačuje a jaká je vzájemná zastupitelnost služeb. Účastník řízení je přesvědčen, že ve vztahu ke službě datového přenosu s využitím širokopásmových technologií xDSL (ADSL) splňuje zákonem stanovené předpoklady, tj. zastupitelnost z hlediska charakteristiky, ceny a zamýšleného použití např. služba vysokorychlostního přístupu ke službám sítě Internet poskytovaná s využitím rozvodů kabelové televize. Podle účastníka řízení nerozlišil dále Úřad při vymezení relevantního trhu mezi trhem velkoobchodním, jenž se realizuje mezi jednotlivými provozovateli v rámci propojení, a trhem maloobchodním, který se realizuje mezi jednotlivými provozovateli, respektive poskytovateli telekomunikačních služeb a koncovými zákazníky. Shora popsaná pochybení měla podle společnosti ČESKÝ TELECOM závažné důsledky pro správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí, neboť znemožnila Úřadu správně pochopit právní vztahy vznikající mezi jednotlivými subjekty na trhu. Na základě těchto pochybení Úřadu pak dle názoru účastníka řízení došlo rovněž k porušení zásady materiální pravdy, neboť skutečný stav věci nebyl přesně a úplně zjištěn.

Dle skutkových zjištění Úřadu se alternativní operátoři domáhali po společnosti ČESKÝ TELECOM vydání tzv. velkoobchodní nabídky na poskytování přenosových služeb založených na technologii ADSL tak, aby mohli příslušné velkoobchodní služby využít k poskytování vlastních maloobchodních přenosových služeb koncovým zákazníkům. Podle účastníka řízení se tedy alternativní operátoři domáhali, aby jim byla nabídnuta velkoobchodní služba zahrnující věcná plnění, která však nejsou alternativní operátoři ani potenciálně schopni zajistit vlastními prostředky, neboť nejsou s ohledem na stávající právní řád oprávněni požadovat přístup k metalickým místním vedením společnosti ČESKÝ TELECOM.

Společnost ČESKÝ TELECOM je dále toho názoru, že Úřad pochybil, když se pro účely napadeného rozhodnutí spokojil s obecným právním závěrem dle zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích a o změně dalších zákonů (dále jen „telekomunikační zákon“), že společnost ČESKÝ TELEKOM je, cit.: „… *jako provozovatel veřejné telekomunikační sítě povinna požádá-li ji o to jiný provozovatel nebo poskytovatel vykonávající odpovídající telekomunikační činnost, umožnit tomuto žadateli přímé nebo nepřímé propojení jimi provozovaných telekomunikačních sítí*“, aniž by Úřad blíže zkoumal v telekomunikačním zákoně obsažené podmínky, jakož i další tímto zákonem stanovené náležitosti. Postup Úřadu shledal účastník řízení v rozporu s ustálenou evropskou praxí, podle které je nutné aplikovat soutěžněprávní předpisy koherentně v souladu s ostatními relevantními právními normami, a to výslovně i v oblasti telekomunikací. Účastník řízení konstatuje, že pro vznik povinnosti propojit jeho síť se sítí jiného provozovatele nebo poskytovatele telekomunikačních služeb musí provozovatel domáhající se propojení požádat provozovatele, jenž má umožnit propojení. Toto „požádání“ pak musí podle účastníka řízení mít formu návrhu na uzavření smlouvy o propojení ve smyslu § 38 telekomunikačního zákona a dále musí splňovat náležitosti podle vyhlášky č. 198/2000 Sb., o náležitostech návrhu na uzavření smlouvy o propojení a přístupu k síti a připojení neveřejných telekomunikačních sítí k veřejným telekomunikačním sítím. Podle společnosti ČESKÝ TELECOM však alternativní operátoři nevyužili zákonem přesně stanoveného postupu, tj. nepodali „návrh na uzavření smlouvy o propojení“ splňující zákonné předpoklady.

Účastník řízení dále ve svém rozkladu poukazuje na teorii inovace. Zavedení služeb na bázi xDSL (ADSL) považuje nesporně za inovační krok, do nějž z vlastní iniciativy investoval značné prostředky. Podle jeho názoru není bezpodmínečně nutné okamžité zpřístupnění nově zavedené technologie konkurenci, což odpovídá celosvětovým trendům ochrany hospodářské soutěže i deklarovanému účelu zákona o ochraně hospodářské soutěže. Za nesprávné pak považuje tvrzení Úřadu, že alternativní operátoři navrhli společnosti ČESKÝ TELECOM úhradu nákladů spojených s investicí do technologie xDSL (ADSL), neboť účastník řízení žádnou formální nabídku v tomto směru neobdržel.

Podle účastníka řízení selhal Úřad rovněž při zjišťování subjektivní stránky deliktu. Úřad dle názoru účastníka řízení dovodil nedbalostní znaky jednání pouze z dlouhodobého působení společnosti ČESKÝ TELECOM na trhu a jejího obeznámení s právním řádem České republiky. Neprokazoval však již, jak mělo k nedbalostnímu porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže dojít. Při posuzování zavinění právnické osoby je podle účastníka řízení nutné zjistit příslušnou formu a stupeň zavinění u jednotlivých fyzických osob jednajících jménem právnické osoby a na základě tohoto komplexního zkoumání dovodit příslušný závěr ve vztahu k zavinění právnické osoby.

Závěrem svého rozkladu uvádí společnost ČESKÝ TELECOM námitky proti výši uložené pokuty, konkrétně pak proti tvrzení dlouhodobého působení účastníka řízení na trhu, subjektivní stránce deliktu, kvalifikaci dopadů jednání účastníka řízení na trh, kvalifikaci újmy způsobené zákazníkům a neexistenci objektivně ospravedlnitelných důvodů.

Na základě shora uvedených skutečností a vzhledem k tomu, že rozhodnutí č.j. S 252/02-891/03-ORP ze dne 25. 2. 2003 je podle účastníka řízení nezákonné a věcně nesprávné, navrhuje společnost ČESKÝ TELECOM, aby předseda Úřadu toto rozhodnutí zrušil a správní řízení č.j. S 252/02 zastavil.

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

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

Podle ustanovení § 59 odst. 1 správního řádu jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu, a o námitkách účastníka řízení obsažených v rozkladu jsem uvážil následovně.

Prvotním předpokladem pro zjištění Úřadu, že určitý soutěžitel zneužil dominantní postavení je ***vymezení relevantního trhu a stanovení jeho tržního podílu na něm*** (§ 2 odst. 1 ve spojení s § 10 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže).

Úřad vymezil relevantní trh z hlediska věcného jako trh zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití širokopásmových technologií xDSL (ADSL) veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi. Vycházel přitom z podrobného posouzení možností zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat v České republice, a to prostřednictvím pevné linky, komutovaného připojení (tzv. vytáčené připojení, dial-up), jehož jednou z forem je i připojení přes ISDN, televizních kabelových rozvodů, ale také různých bezdrátových technologií či přes mobilní připojení.

Technologie ADSL patří mezi technologie xDSL, jejichž společným znakem je snaha využít na maximum přenosový potenciál existujících metalických rozvodů, především pak místních smyček. Ostatní technologie umožňující zprostředkování přístupu k síti Internet a přenosu dat však nelze s technologií ADSL považovat za zastupitelné. Přístup ke službám sítě Internet prostřednictvím technologie dial-up, ISDN nebo mobilního připojení je totiž na rozdíl od technologie ADSL tarifován podle skutečné délky propojení, mají dočasný charakter a vyznačují se relativně nízkou přenosovou rychlostí. Připojení přes pevnou linku dále vyžaduje značné počáteční investice.

Pokud jde o účastníkem řízení namítané nerozlišení mezi velkoobchodním a maloobchodním trhem, konstatuji, že ve správním řízení č.j. S 252/02 nebylo předmětem šetření, jakým způsobem je realizováno poskytování telekomunikačních služeb mezi poskytovatelem těchto služeb a koncovým zákazníkem, nýbrž chování účastníka řízení ve vztahu k jeho potenciálním konkurentům. Rozlišení mezi trhem velkoobchodním a maloobchodním není tedy ve správním řízení ani důvodné, ani nezbytné.

Správnost vymezení samostatného relevantního trhu potvrzuje rovněž evropská judikatura. Evropská komise totiž ve svém rozhodnutí ve věci Deutsche Telekom AG (case COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579) ze dne 21. 5. 2003 deklarovala, že trh zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití širokopásmových technologií xDSL (ADSL) veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi je samostatným relevantním trhem, zaměnitelnost s poskytováním služeb Internet prostřednictvím kabelových televizí není dána. Ke stejným závěrům pak Evropská komise dospěla také v rozhodnutí ve věci Wanadoo Interactive S.A. (case T-340/03)

V souladu se shora uvedeným konstatuji, že pro zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití širokopásmové technologie xDSL (ADSL) je zapotřebí mít přístup k veřejným pevným telekomunikačním sítím, z nichž 98 % ovládá právě společnost ČESKÝ TELECOM. Alternativní operátoři nemají tedy jinou možnost poskytovat služby spočívající na technologii xDSL (ADSL), než prostřednictvím přístupu k veřejné pevné telekomunikační síti ovládané účastníkem řízení. Není proto pochyb, že účastník řízení zaujímá na vymezeném relevantním trhu dominantní postavení.

S námitkami účastníka řízení proti způsobu vymezení relevantního trhu a stanovení podílu na něm jsem se v souladu se shora uvedeným neztotožnil. V podrobnostech odkazuji na odůvodnění vymezení relevantního trhu, jak vyplývá z napadeného rozhodnutí (strany 5 – 8).

Po prokázání, že účastník řízení na relevantním trhu skutečně zaujímá dominantní postavení, jsem se zabýval posouzením materiální stránky předmětu správního řízení č.j. S 252/02, tj. ***přezkumem podstaty jednání účastníka řízení*** s ohledem na možnou deklaraci porušení ustanovení § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Ustanovení § 10 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže stanoví, cit.: *„Dominantní postavení na trhu má soutěžitel nebo společně více soutěžitelů (společná dominance), kterým jejich tržní síla umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích.“* Tržní síla soutěžitele se tak posuzuje nejen na základě jeho tržního podílu, přihlíží se rovněž k hospodářské a finanční síle soutěžitelů, právním a jiným překážkám vstupu na trh pro další soutěžitele, stupni vertikální integrace soutěžitelů, struktuře trhu a velikosti podílů nejbližších konkurentů.

Pokud soutěžitel na relevantním trhu dominantní postavení skutečně zaujímá, nesmí tohoto postavení zneužívat na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů. Takové jednání je totiž podle ustanovení § 11 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže zakázané. Není přitom rozhodující, jakou formou je skutková postata zneužití dominantního postavení naplněna, přesto pod písm. a) až f) toto ustanovení zákona v demonstrativním výčtu uvádí některá typická jednání, která mohou zneužitím takového postavení být. Podstata zneužití vychází ze zákazu chování, které by bylo za normálních podmínek přípustné, avšak vzhledem k tomu, že subjekt s dominantním postavením má zvláštní odpovědnost vyplývající

z potenciální újmy, kterou by jeho chování mohlo způsobit soutěži obecně a zájmům konkurence, dodavatelům, zákazníkům a spotřebitelům zvláště, je v jeho případě takové chování považováno za nepřípustné. Předpokladem pro zjištění, že došlo k porušení zákona, je vedle prokázání existence dominantního postavení rovněž prokázání újmy způsobené jiným soutěžitelům či spotřebitelům, respektive prokázání, že jednání dominantního soutěžitele mělo nepříznivé účinky pro bezprostředně dotčené soutěžitele, a tím za následek narušení soutěžního prostředí.

Ve správním řízení č.j. S 252/02 bylo nepochybně zjištěno (strany 8 – 11 napadeného rozhodnutí), že účastník řízení již v průběhu roku 2001 zahájil zkušební provoz za účelem ověření technologie ADSL (tisková zpráva: strany 529 – 529 správního spisu; zápis z jednání se zástupci alternativních operátorů konaného dne 12. 6. 2002: strany 241 – 245 správního spisu). Vlastní službu IOL Platinum, která je založena právě na technologii ADSL, pak účastník řízení začal poskytovat dne 29. 5. 2002 – regionálně omezený testovací provoz (zápis z jednání s účastníkem řízení ze dne 6. 6. 2002: strany 236 – 240 správního spisu). Z rozhodnutí ČTÚ č.j. 21 908/2002-610 ze dne 12. 8. 2002 a z rozhodnutí předsedy ČTÚ č.j. 24182/2002-603/II ze dne 11. 11. 2002 vyplynulo, cit.: *„s ohledem na segment spotřebitelského trhu, kterému je služba určena, tj. malé a střední podniky, se lze důvodně domnívat, že lokality vytypované pro realizace testovacího provozu, jsou z pohledu poskytovatele této služby nejvíce ekonomicky zajímavé, a jejich „získání“ již v rámci pilotního projektu může zásadně ovlivnit otevřenost tohoto trhu pro AO a jimi nabízenou analogickou službu a potencionálně tak ohrozit konkurenci na telekomunikačním trhu technologie ADSL …“*. Přestože tedy účastník řízení započal dne 29. 5. 2002 s regionálně omezeným testovacím provozem, již jeho spuštění za součastného znemožnění vstupu alternativních operátorů na předmětný relevantní trh, bylo dle ČTÚ potenciálně způsobilé narušit hospodářskou soutěž v telekomunikační oblasti.

Ze spisu správního řízení dále rovněž vyplývá, že alternativní operátoři se na účastníka řízení opakovaně obraceli se žádostmi o možnost aktivní účasti ověřovacího provozu služby založené na technologii ADSL, např. společnost Contactel s.r.o. zaslala účastníkovi řízení svoji žádost o možnost aktivně se zúčastnit ověřovacího provozu služby využívající technologie ADSL již dne 31. 1. 2002 (strany 80 – 81 správního spisu), nebo společnost Aliatel a.s. požádala o velkoobchodní nabídku dne 21. 3. 2002 (strany 77 – 79 správního spisu), dne 30. 5. 2002 pak alternativní operátoři předložili společnosti ČESKÝ TELECOM jimi vypracovanou velkoobchodní nabídku „Návrh velkoobchodního modelu DSL“.

Za účelem posouzení problematiky poskytování služeb založených na xDSL (ADSL) technologii a s tím související objasnění povinností společnosti ČESKÝ TELECOM, jež vyplývají z telekomunikačního zákona, požádal Úřad o stanovisko ČTÚ. Z vyjádření ČTÚ ze dne 22. 1. 2003 (strana 482 správního spisu), stejně jako ze shora specifikovaných rozhodnutí ČTÚ (strany 365 – 374, 384 - 395 správního spisu), se kterými jsem se podrobně seznámil, pak vyplynulo, že společnost ČESKÝ TELECOM jako provozovatel veřejné telekomunikační sítě je povinna, požádá-li o to jiný provozovatel nebo poskytovatel vykonávající odpovídající telekomunikační činnost, umožnit tomuto žadateli přímé nebo nepřímé propojení jimi provozovaných telekomunikačních sítí. Ustanovení § 38 odst. 2 telekomunikačního zákona pak stanoví, cit.: *„Provozovatelé veřejných telekomunikačních sítí a poskytovatelé veřejných telekomunikačních služeb uvedení v § 37 odst. 2 jsou povinni si vzájemně předávat nezbytné informace pro propojení. Informace musí poskytnout tak, aby bylo zajištěno propojení na základě stejných podmínek a ve stejné kvalitě, jaké je poskytováno pro služby vlastní nebo svých organizačních složek. Poskytnuté informace musí zahrnovat i plánované změny*

podmínek propojení v následujících šesti měsících od předání informace o propojení. Poskytnuté informace nesmí být použity k jiným účelům, než ke kterým byly poskytnuty.“ Při posouzení tohoto ustanovení zákona jsem přihlédl zejména ke stanovisku ČTÚ jako telekomunikačnímu regulátorovi, dle kterého je třeba shora citované ustanovení vykládat s ohledem na účel, který zákonodárce při formulaci tohoto ustanovení sledoval. Cílem je propojení sítí za stejných, tj. nediskriminačních podmínek, poskytování informací má pak tomuto účelu sloužit. Na základě tohoto ustanovení poskytnuté informace následně umožňují jednotlivým poskytovatelům telekomunikačních služeb požádat o propojení, a to formou, jež předvídá telekomunikační zákon a vyhláška ČTÚ č. 198/2000 Sb., o náležitostech návrhu na uzavření smlouvy o propojení a přístupu k sítí a připojení neveřejných telekomunikačních sítí k veřejným telekomunikačním sítím, tj. podat relevantní návrh smlouvy o propojení, respektive požádat daného provozovatele veřejné telekomunikační sítě o přístup do dané sítě.

Jak tedy vyplynulo z provedeného dokazování, účastník řízení, přestože byl některými společnostmi jako např. Contactel či Aliatel, osloven a požádán o poskytnutí informací nezbytných pro propojení jejich sítí, tyto informace neposkytl. Teprve na základě rozhodnutí předsedy ČTÚ č.j. 24182/2002-603/II ze dne 11. 11. 2002 zveřejnil účastník řízení dne 27. 1. 2003 v částce 01/2003 Telekomunikačního věstníku návrh Referenční nabídky přístupu k sítí využívající technologie ADSL, na základě které v průběhu ledna a února roku 2003 došlo k zahájení jednání mezi společností ČESKÝ TELECOM a alternativními operátory ohledně možnosti alternativních operátorů zprostředkovávat přístup ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití širokopásmové technologie ADSL veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi. Po zohlednění připomínek alternativních operátorů zveřejnil účastník řízení Referenční nabídku přístupu k sítí využívající technologie ADSL v částce 02/2003 Telekomunikačního věstníku ze dne 24. 2. 2003.

Na základě posouzení ve správním řízení zjištěných skutečností jsem dospěl k závěru, že společnost ČESKÝ TELECOM musela přinejmenším od 25. 2. 2002, kdy v Telekomunikačním věstníku, částka 02/2002 zveřejnila Všeobecné podmínky pro poskytování veřejné telekomunikační služby IOL Platinum včetně smluvního formuláře, být schopna informace nezbytné k propojení sítí za stejných podmínek a ve stejné kvalitě jako své služby poskytnout. Skutečnost, že pro neposkytnutí potřebných informací pro propojení sítí neexistovaly objektivně ospravedlnitelné důvody, uváděl opakovaně ve svých shora specifikovaných rozhodnutích ČTÚ, tj. orgán státní správy pověřený regulací telekomunikační oblasti.

Z provedeného dokazování dále vyplynulo, že účastník řízení neposkytl alternativním operátorům informace nezbytné pro propojení sítí ve smyslu ustanovení § 38 odst. 2 telekomunikačního zákona, přestože o to byl alternativními operátory opakovaně požádán, zabránil tak svým konkurentům v možnosti vstoupit na relevantní trh zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat ze užití širokopásmových technologií xDSL (ADSL) veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi. Na tomto trhu přitom, jak již bylo uvedeno shora, zaujímá 98% tržní podíl. Společnost ČESKÝ TELECOM zneužila svého dominantního postavení, a to nejen k újmě svých konkurentů, ostatních provozovatelům veřejných telekomunikačních sítí, neboť ke zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití širokopásmových technologií ADSL veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi je třeba přístup k místním smyčkám ve vlastnictví účastníka řízení, ale rovněž k újmě konečných zákazníků. U koncových zákazníků společnosti ČESKÝ TELECOM, kteří již začali po spuštění služby IOL Platinum v době od 29. 5. 2002 do vydání předběžného opatření ČTÚ č.j. 18640/2002-610, tj. do 27. 6. 2002 služby založené na

technologii ADSL používat, se újma způsobená jednáním účastníka řízení projevila ve skutečnosti, že tito byli opětovně odkázáni na jiné technologie umožňující přístup ke službám sítě Internet a přenosu dat anebo nemohli přístup ke službám sítě Internet a přenosu dat využívat vůbec. Újma se však projevila rovněž u koncových zákazníků, kteří měli o poskytování služeb vysokorychlostního přístupu k Internetu a přenosu dat prostřednictvím technologie ADSL zájem. V důsledku protisoutěžního jednání společnosti ČESKÝ TELECOM, jež spočívalo v neposkytnutí nezbytných informací pro propojení sítí a tedy ve znemožnění alternativním operátorům vstoupit na vymezený relevantní trh, totiž nemohli předmětné služby až do zveřejnění Referenční nabídky v částce 01/2003 Telekomunikačního věstníku dne 27. 1. 2003 na relevantním trhu konečným zákazníkům nabízet ani účastník řízení, ani alternativní operátoři.

Je sice pravdou, že účastník řízení předložil alternativním operátorům již dne 18. 6. 2002 určitou nabídku (ADSL Wholesale CTc Offer: strany 284 - 290 správního spisu) ohledně možnosti zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat prostřednictvím technologie ADSL, tento návrh však nebyl založen na stejných podmínkách a stejné kvalitě jako jím nabízená služba IOL Platinum, neboť alternativním operátorům neumožňovala poskytovat službu jak obsahu, tak i přenosu dat. Z šetření ČTÚ, které bylo ukončeno rozhodnutím ČTÚ č.j. 21 908/2002-610 ze dne 12. 8. 2002 (strany 365 – 374 správního spisu) a na něj navazujícím rozhodnutím předsedy ČTÚ č.j. 24182/2002-603/II ze dne 11. 11. 2002 (strany 384 – 395 správního spisu), přitom vyplynulo, že na straně společnosti ČESKÝ TELECOM neexistovaly žádné objektivně ospravedlnitelné důvody, jež by možnost alternativních operátorů zprostředkovávat přístup ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití širokopásmových technologií xDSL (ADSL) veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi umožňujícími poskytovat službu obsahu i přenosu dat vylučovaly.

Uvážil jsem rovněž o námitkách účastníka řízení ohledně právního posouzení Úřadu a dospěl jsem k závěru, že nejsou oprávněné. Orgán prvního stupně se totiž v průběhu správního řízení podrobně zabýval, právě s ohledem na námitky účastníka řízení, legislativou upravující problematiku telekomunikací v České republice, což ostatně vyplývá nejen ze správního spisu, ale i z napadeného rozhodnutí, zejména v části odůvodnění týkající se zjištěných skutečností a právního posouzení případu. Pochybení orgánu prvního stupně spočívající v nesprávném věcném posouzení protisoutěžního jednání, když za zneužití dominantního postavení považoval orgán prvního stupně skutečnost, že účastník řízení nevydal velkoobchodní nabídku, jsem s vzhledem k tomu, že skutkový stav byl ve správním řízení č.j. S 252/02 zjištěn přesně a úplně, napravil. Jelikož ustanovení § 38 odst. 2 telekomunikačního zákona, které ani soutěžiteli nacházejícímu se v dominantním postavení neukládá povinnost vydat velkoobchodní nabídku, nýbrž povinnost poskytnout informace nezbytné k propojení sítí, změnil jsem výrokovou část I. napadeného rozhodnutí. Změna, kterou jsem provedl, není však takového charakteru, aby odůvodňovala zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení k novému projednání a rozhodnutí, neboť veškeré skutečnosti nezbytné pro deklaraci porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže byly ve správním řízení prokazatelně zjištěny. Stejně tak předmět správního řízení nebyl změnou napadeného rozhodnutí překročen.

Pokud jde o námitku účastníka řízení ohledně prokázání subjektivní stránky deliktu, konstatuji, že z rozhodovací činnosti Evropské komise vyplývá, že k prokázání úmyslného jednání postačí, je-li si soutěžitel vědom, že svým jednáním může narušit soutěž. Za nedbalostní formu zavinění pak Komise považuje například „absenci nezbytného stupně opatrnosti“ při předběžném posouzení souladu uzavřené dohody se soutěžními pravidly.

V situaci, kdy se protiprávního jednání dopustil soutěžitel dobře etablovaný na národních či světových trzích, který byl obeznámen s právem hospodářské soutěže a byl si vědom závažnosti následků v případě jeho porušení, lze podle Komise (rozhodnutí ve věci č. 27/76 United Brands v. EC Commission, ECR 1978, s. 207) přímo presumovat existenci nedbalostní formy zavinění. Námitku účastníka řízení proti závěru Úřadu o prokázání subjektivní stránky deliktu nepovažuji za oprávněnou.

Pokud jde o účastníkem řízení namítanou ***teorii inovace***, dospěl jsem k závěru, že v případě zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití technologie ADSL nelze teorii inovace aplikovat. K účastníkem řízení v rozkladu uváděným případům konstatuji, že tyto se skutečně zabývají otázkou inovace a investic ve vztahu k soutěžiteli v dominantním postavení, ani v jednom případě se však nejedná o problematiku trhu, kde by posuzovaný soutěžitel byl síťovým monopolistou. Ve věci Oskar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitung und Zeitschriften verlag GmbH & Co. Etc. (case C-7/97) bylo předmětem posouzení, zda má vydavatel denního tisku Oskar Bronner právo požadovat vstup do distribučního systému, který si pro účely roznosu vlastních novin zákazníkům za značných investic vybudoval jeho konkurent – vydavatelství Mediaprint. Jednalo se tedy o vstup do distribučního systému, který si společnost Mediaprint vybudovala za účelem distribuce jí vydávaných novin. Evropský soudní dvůr dal v tomto konkrétním případě za pravdu společnosti Mediaprint. I soutěžitel v dominantním postavení má totiž právo zvolit si svého obchodního partnera, kterému umožní vstup do svého distribučního systému, zvláště pak jestliže si tento systém vybudoval z vlastních investic. Paralelní systém distribuce má v Rakousku možnost vybudovat si pro své noviny každý vydavatel tisku stejně jako společnost Mediaprint, tj. včetně společnosti Oskara Bronnera. Distribuční systém v Rakousku není, na rozdíl od pevných telekomunikačních sítí v České republice, síťovým monopolem. Předmětem správního řízení č.j. S 252/02 bylo posouzení jednání účastníka řízení právě jako síťového monopolisty ohledně přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat prostřednictvím technologií xDSL (ADSL) veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi. Vlastnictví těchto veřejných pevných telekomunikačních sítí staví společnost ČESKÝ TELECOM do pozice síťového monopolisty, přičemž vybudování paralelních pevných veřejných telekomunikačních sítí je pro ostatní operátory velkou bariérou pro vstup. Každá jiná společnost, která by chtěla využívat ke zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat pomocí technologií xDSL (ADSL) pevné metalické vedení, by tato vedení a s tím související místní smyčky musela vybudovat, což je spojeno se značnými investičními náklady, a dále např. s potřebou získat příslušná stavební povolení.

K obdobným závěrům dospěla rovněž rozhodovací praxe ve Spojených státech amerických, např. Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodac Co. Konkurenti společnosti Kodac namítali, že tato společnost porušila antitrustové zákony tím, že tajně vyvinula nový fotoaparát a nové příslušenství tvořící jeden celek, který představila na trhu ve stejnou dobu. Výsledkem tohoto jednání společnosti Kodac bylo, že ostatní soutěžitelé potřebovali mnoho měsíců k tomu, aby připravili produkt, který by s předmětnými výrobky společnosti Kodac mohl soutěžit. Konkurenti společnosti Kodac namítali, že soutěžitel v dominantním postavení na trhu by měl mít povinnost informovat ostatní soutěžitele v předstihu o tom, jaký produkt vyvíjí, a poskytnout jim dostatečné technické informace, aby i konkurující soutěžitelé dominanta měli možnost přijít na trh s vlastními obdobnými produkty. Soud tuto část stížnosti zamítl, když konstatoval, že i soutěžitel v dominantním postavení má právo udržet si své know-how spojené s výzkumem a vývojem a jeho obchodní tajemství. Tento případ však rovněž nelze na správní řízení č.j. S 252/02 aplikovat, neboť i zde se nejednalo o soutěžitele, který by měl na daném relevantním trhu síťový monopol.

Námitkám účastníka řízení ohledně teorie inovace proto na základě shora uvedeného nepřisvědčuji.

Přezkoumal jsem rovněž, a to i nad rámec námitek účastníka řízení, při zohlednění změny napadeného rozhodnutí, postup Úřadu (strany 15 – 17 napadeného rozhodnutí) při ukládání ***pokuty*** z hlediska všech zákonem o ochraně hospodářské soutěže stanovených kritérií (ustanovení § 22 odst. 2), a dospěl jsem k závěru uloženou pokutu ve výši 23 000 000 Kč potvrdit. Přihlédl jsem přitom zejména k závažnosti porušení zákona, k délce porušování zákona, k zásadě proporcionality stanovící, že pokuta je proporcionální k závažnosti porušení, k zásadě nediskriminace, dle které má být výše pokuty porovnatelná s pokutami uloženými v obdobných případech, a v neposlední řadě k důležitosti trhu a postavení účastníka řízení na něm.

Ve správním řízení bylo nepochybně prokázáno, že účastník řízení v době od 25. 2. 2002 do 27. 1. 2003 zneužil svého dominantního postavení na relevantním trhu zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití širokopásmových technologií xDSL (ADSL) prostřednictvím veřejných pevných telekomunikačních sítí k újmě ostatních soutěžitelů, ale i konečných spotřebitelů. Podmínky pro uložení pokuty tak jsou splněny.

Z hlediska závažnosti porušení zákona bylo přihlédnuto zejména ke skutečnosti, že společnost ČESKÝ TELECOM, tj. soutěžitel, jenž na vymezeném relevantním trhu zaujímá 98% tržní podíl, svým jednáním znemožnil ostatním alternativním operátorům vstup na relevantní trh, a tedy zabránil rozvoji zdravého konkurenčního prostředí ve prospěch konečných spotřebitelů. Zneužití dominantního postavení společností ČESKÝ TELECOM, tj. síťovým monopolistou mělo výrazný dopad na relevantní trh a považuji jej proto za velmi závažné porušení soutěžních pravidel (obdobně rozhodnutí ve věci Tetra Pak 92/163/EC, či Steel Beams 94/215/ECSC). Závažnost zneužití dominantního postavení účastníka řízení je dále prohloubena tím, že protisoutěžní jednání společnosti ČESKÝ TELECOM plně zapadá do její celkové strategie odpovídající snaze znemožnit vstup malých soutěžitelů, tj. alternativních operátorů v období postupné liberalizace telekomunikačních trhů (rozhodnutí Evropské komise ze dne 4. 11. 1988 ve věci 88/589/EEC London European – Sabena). Při ukládání pokuty společnosti ČESKÝ TELECOM ve správním řízení č.j. S 252/02 je pak rovněž nezbytné přihlédnout ke skutečnosti, že účastník řízení disponuje velkou ekonomickou silou, na základě které může způsobit ostatním alternativním operátorům a konečným spotřebitelům nemalou újmu.

Vedle újmy, jež byla jednáním účastníka řízení způsobena jeho konkurentům, tj. alternativním operátorům tím, že jim byl znemožněn samotný vstup na trh zprostředkování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat prostřednictvím širokopásmové technologie xDSL (ADSL) veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi, vznikla újma i na straně konečných spotřebitelů. Újmu vzniklou konečným zákazníkům společnosti ČESKÝ TELECOM, kteří již služby založené na technologii ADSL po spuštění služby IOL Platinum v období od 29. 5. 2002 do 27. 6. 2002, tj. do vydání předběžného opatření ČTÚ č.j. 18640/2002-610, začali používat, jsem shledal v tom, že tito zákazníci byli dnem vydání předběžného opatření ČTÚ odkázáni na jiné technologie umožňující přístup ke službám sítě Internet a přenosu dat anebo nemohli přístup ke službám sítě Internet a přenosu dat využívat vůbec. Koncovým zákazníkům, kteří měli o poskytování služeb vysokorychlostního přístupu k Internetu pomocí technologie ADSL zájem, pak v důsledku jednání společnosti ČESKÝ

TELECOM spočívajícím v neposkytnutí nezbytných informací ostatním alternativním operátorům pro propojení jejich sítí, vznikla újma tím, že ani účastník řízení, ani ostatní alternativní operátoři nemohli tyto služby od vydání předběžného opatření ČTÚ do 27. 1. 2003, tj. do uveřejnění návrhu Referenční nabídky o přístupu k síti využívající technologie ADSL, nabídnout.

Nově jsem pak vzhledem k výši pokuty zohlednil délku porušování zákona v období od 25. 2. 2002 do 27. 1. 2003, tj. 11 měsíců, kterou lze považovat v souladu se závěrem orgánu prvního stupně za nikoli zanedbatelnou.

Nelze rovněž nezohlednit, že protisoutěžního chování se dopustil subjekt, který již byl za porušení soutěžních pravidel v minulosti sankcionován. Úřad s účastníkem řízení vedl správní řízení č.j. S 104/99, ve kterém bylo pravomocně rozhodnuto, že společnost ČESKÝ TELECOM porušila ustanovení § 9 odst. 3 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

Oproti orgánu prvního stupně jsem však dospěl k závěru, že jednání účastníka řízení z počátku roku 2003, kdy započal s alternativními operátory spolupracovat, nelze posoudit jako polehčující okolnost. Naopak, jak již bylo uvedeno shora, jednání mezi účastníkem řízení a alternativními operátory byla zahájena až s minimálně jednoroční roční prodlevou, přičemž k zahájení jednání a uveřejnění Referenční nabídky o přístupu k síti využívající technologie ADSL došlo teprve na základě plnění povinnosti uložené společnosti ČESKÝ TELECOM shora specifikovanými rozhodnutími ČTÚ. Přehodnocení této skutečnosti nepovažuji však za dostačující argument pro změnu, respektive zvýšení účastníkovi řízení uložené pokuty.

Po posouzení všech relevantních skutečností, tj. při zohlednění všech polehčujících i přitěžujících okolností, jsem dospěl k závěru, že orgán prvního stupně při ukládání pokuty dostatečným způsobem zohlednil závažnost protisoutěžního jednání účastníka řízení a dopad tohoto jednání na relevantní trh, ostatní soutěžitele, tj. alternativní operátory, ale i na konečné spotřebitele, a proto jsem výrokovou část 3. ohledně pokuty ve výši 23 000 000,-Kč potvrdil.

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

P o u č e n í

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

Ing. Josef Bednář
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěž

Rozhodnutí obdrží:

Advokátní kancelář WEIL, GOTSHAL & MANGES v.o.s.
JUDr. Karel Muzikář, advokát
Křižovnické nám. 1/193
110 00 Praha 1

ČESKÝ TELECOM, a.s.
Olšanská 55/5
130 34 Praha 3

Aliatel a.s.
Sokolovská 131/86
186 00 Praha 8

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 4. 11. 2004 a stalo se vykonatelným dne 22. 11. 2004.