62 Af 37/2010-566

DOŠLO DNE
20 -06- 2011

ČESKÁ REPUBLIKA

# ROZSUDEK
# JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Jany Kubenové a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobce: **T-mobile Czech Republic a.s.,** se sídlem v Praze 4, Tomíčkova 2144/1, zastoupeného Dr. Pavlem Randlem, advokátem se sídlem v Praze 4, City Tower, Hvězdova 1716/2b, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem v Brně, třída Kpt. Jaroše 7, zastoupenému JUDr. Kristinou Škampovou, advokátkou se sídlem v Brně, Pellicova 8a, za účasti osoby zúčastněné na řízení: Vodafone Czech Republic a.s., se sídlem v Praze 10, Vinohradská 167, zastoupené Tomasem Schollaertem, advokátem, PIERSTONE s.r.o., advokátní kancelář, se sídlem v Praze 1, Na Příkopě 392/9, v řízení o žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 8. 2003, č.j. R 17/2002,

**takto:**

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 8. 2003, č.j. R 17/2002, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.

II. Žalovaný **je povinen** zaplatit na náhradě nákladů řízení žalobci částku 28 748,- Kč k rukám Dr. Pavla Randla, advokáta se sídlem v Praze 4, City Tower, Hvězdova 1716/2b, do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku.

III. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 7. 2005, č. j. 31 Ca 34/2003-147.

IV. Osoba zúčastněná na řízení **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

**Odůvodnění:**

Žalobce se včas podanou žalobou domáhá vydání rozsudku, kterým by bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7.8.2003, č.j. R 17/2002, a jemu předcházející rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (žalovaného) ze dne 29.3.2002, č.j. S 21/02-860/02-VO1, a věc byla žalovanému vrácena k dalšímu řízení.

I. Podstata věci

Předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 7.8.2003, č.j. R 17/2002, změnil rozhodnutí žalovaného ze dne 29.3.2002, č.j. S 21/02-860/02-VO1, tak, že určil, že dohody obsažené ve Smlouvě o propojení telekomunikačních zařízení a sítí, která byla uzavřena dne 20.12.2000 mezi osobou zúčastněnou na řízení a žalobcem, a to dohody obsažené:

v čl. 3.1 a na něj navazující Příloze A, včetně jejích dílčích příloh, podle níž si účastníci dohodli realizaci propojení sítí výhradně v propojovacích bodech prostřednictvím propojovacích spojů, kdy propojovací body jsou popsány v Příloze A,

v čl. 6.6, dle níž si účastníci dohody budou po dobu neexistence přímého propojení mezi jejich sítěmi poskytovat služby tranzitem prostřednictvím pevné sítě společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s., kdy tento provoz se bude řídit Smlouvou o propojení telekomunikačních zařízení a sítí a podmínkami sjednanými každou smluvní stranou se společností ČESKÝ TELECOM, a.s.,

v čl. 7.1 a na něj navazující Příloze C, včetně jejích dílčích příloh, dle níž bude každá smluvní strana účtovat za služby poskytnuté druhé smluvní straně ceny za propojení uvedené v Příloze C,

podléhají zákazu dohod narušujících soutěž podle § 3 až 6 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění účinném v rozhodném období (dále též „ZOHS").

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce v žalobě namítá, že žalovaný rozhodl v rozporu s § 3 až 6 ZOHS, neboť nebyly splněny zákonné předpoklady pro to, aby dohody mezi soutěžiteli byly považovány za zakázané a neplatné. Podle žalobce ze znění Smlouvy o propojení telekomunikačních zařízení a sítí ze dne 20.12.2000 (dále též „smlouva o propojení") je zřejmé, že tato smlouva neobsahuje žádné ustanovení, které by obsahovalo zákaz nepřímého propojení sítí žalobce a osoby zúčastněné na řízení. Smlouva byla uzavřena v souladu se zákonem č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích, který ukládá povinnost uzavřít na žádost každého zájemce, který splní zákonem stanovené požadavky, písemnou smlouvu o přímém nebo nepřímém propojení veřejných telekomunikačních sítí. Předmětem smlouvy o propojení byla pouze úprava přímého propojení mezi sítěmi smluvních stran, přičemž tato úprava odpovídala vůli smluvních stran; nepřímým propojením se smlouva nezabývá, tedy jej ani nevylučuje, tj. na základě žádosti jedné ze smluvních stran, byly-li by splněny požadavky zákona o telekomunikacích, by druhá smluvní strana byla povinna s touto smluvní stranou

uzavřít rovněž smlouvu o propojení nepřímém. Závěr žalovaného o faktické existenci výhradního závazku mezi žalobcem a osobou zúčastněnou na řízení poskytovat propojení pouze formou přímého propojení tedy neodpovídá skutečnosti.

I v případě, že by snad bylo možné ve smlouvě o propojení spatřovat dohodu narušující soutěž ve smyslu § 3 ZOHS, je nutné vzít v úvahu § 6 odst. 1 ZOHS, který ze zákazu dohod podle § 3 ZOHS vyjímá vertikální dohody, pokud společný podíl účastníků dohody na relevantním trhu nepřesahuje 10 %. Žalovaný při posouzení této otázky nepostupoval v souladu s § 5 ZOHS, neboť smlouvu o propojení posoudil jako dohodu horizontální, na níž se podle § 6 odst. 1 písm. a) ZOHS vztahuje 5% hranice vynětí těchto dohod ze zákazu podle § 3 odst. 1 ZOHS (společný podíl účastníků smlouvy o propojení přitom žalovaný shledal ve výši 7 % relevantního trhu). Žalovaný svým rozhodnutím prohlásil smlouvu o propojení za zakázanou dohodu, aniž by pro zákaz takové dohody byly dány podmínky stanovené § 3 až 6 ZOHS a zasáhl tak do práva žalobce dle čl. 2 odst. 3 Listiny základních práv a svobod. V důsledku napadeného rozhodnutí tak dochází k nepřípustnému omezení smluvní volnosti a tím i podnikatelských aktivit žalobce.

Žalobce dále namítal, že podle § 46 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), musí být rozhodnutí v souladu se zákony a ostatními právními předpisy a musí vycházet ze spolehlivě zjištěného stavu věci. Podle žalobce řízení a rozhodnutí žalovaného trpělo v prvním stupni takovými nedostatky, na základě kterých bylo nezbytné, aby v druhém stupni správního řízení bylo podle § 59 správního řádu doplněno a jeho vady odstraněny; k tomuto však nedošlo.

Žalobce poukazuje na to, že v rozkladu namítal, že mu při nahlížení do správního spisu dne 25.3.2002 nebylo zřejmé vymezení relevantního trhu ani podíl, kterého žalobce a osoba zúčastněná na řízení na vymezeném trhu dosahují. Žalobci není ze správního spisu ani z informací poskytnutých žalovaným dále zřejmý způsob výpočtu uvedeného podílu. Navíc pochybením žalovaného nebyly osloveny všechny společnosti provozující veřejné telekomunikační sítě v ČR; vůbec nebyla oslovena např. společnost PRAGONET a.s., toto by mohlo mít za následek nepřesné stanovení společného podílu žalobce a osoby zúčastněné na řízení na vymezeném relevantním trhu. Předseda žalovaného jeho námitku však odmítl pouze s tím, že PRAGONET a.s. zaujímá na relevantním trhu tak nepatrné postavení, že její neoslovení na správné vyhodnocení společného podílu účastníků nemůže mít žádný vliv. Nijak se však nezabýval tím, zda nebylo osloveno více společností (žalobce PRAGONET a.s. uvedl pouze jako příklad). V důsledku tohoto pochybení předsedy žalovaného nevychází napadené rozhodnutí ze spolehlivě zjištěného stavu věci a je tedy v rozporu s § 3 odst. 4 správního řádu.

Žalovaný dále nedostatečně zjistil skutkový stav, a to mimo jiné ve vztahu k výhodnosti ceny za propojení nabízené společností ČESKÝ TELECOM, a.s. Žalovaný tak nedostatečně zkoumal specifika hospodářské soutěže v oblasti telekomunikací, neboť tato je výrazně ovlivňována zvláštním režimem, který v tomto sektoru existuje. Vzhledem k tomu, že v cenových ujednáních smlouvy o propojení

spatřuje žalovaný prohloubení protisoutěžních dopadů této smlouvy, předseda žalovaného podle žalobce pochybil, pokud k této jeho rozkladové námitce nedoplnil řízení o zkoumání okolnosti výrazně nižších propojovacích cen v případě nepřímého propojení prostřednictvím společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s.

Žalovaný pochybil, pokud žalobci odepřel právo podle § 33 odst. 1 správního řádu navrhovat důkazy a poskytovat vyjádření a vysvětlení. Žalobce totiž žalovaného upozornil, že jeho odpovědi na dotazy žalovaného budou doplněny na ústním jednání. Nařízené ústní jednání však bylo zrušeno a žalovaný žalobce k doplnění odpovědí nevyzval. Toto pochybení vedlo k nedostatečnému zjištění stavu věci a v důsledku toho k nesprávnému rozhodnutí žalovaného. Předseda žalovaného se ve svém rozhodnutí nevypořádává s tím, že žalovaný nedal žalobci možnost doplnit svoje vyjádření písemně.

Postupem žalovaného bylo porušeno rovněž právo žalobce před vydáním rozhodnutí se vyjádřit k jeho podkladu i ke způsobu jeho zjištění, popř. navrhnout jeho doplnění (§ 33 odst. 2 správního řádu), tím, že ačkoli žalobce opakovaně upozornil žalovaného, že po dokončení dokazování žádá o opětovné nahlédnutí do spisu, a že poté, co se s obsahem spisu seznámí, poskytne žalovanému své závěrečné vyjádření ve věci, toto mu nebylo ze strany žalovaného umožněno a rozhodnutí žalovaného bylo dokonce vydáno před tím, než mu byly doručeny informace, jejichž poskytnutí si žalovaný od žalobce vyžádal. Žalovaný tak při svém rozhodování nepostupoval v souladu s příslušnými právními předpisy, čímž se dopustil zásahu do práv žalobce dle čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, jež stanoví, že státní moc lze uplatňovat jen v případech a mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví. Předseda žalovaného se touto, v rozkladu uplatněnou, námitkou nezabýval.

Na závěr žalobce poukázal na to, že v odůvodnění rozhodnutí předseda žalovaného v souladu s § 47 odst. 3 správního řádu neuvádí, na základě jakých skutečností dospěl k jednotlivým dílčím závěrům, na nichž je napadené rozhodnutí založeno. Žalobce zejména zdůraznil, že se předseda žalovaného ve svém rozhodnutí řádně nevypořádal s vyhodnocením společného podílu žalobce a osoby zúčastněné na řízení na relevantním trhu. Žalobce v rozkladu 7 % výši podílu zpochybňoval, avšak předseda žalovaného závěr žalovaného bez dalšího převzal. Odůvodnění napadeného rozhodnutí tedy trpí nedostatky takového charakteru, jež činí toto rozhodnutí nepřezkoumatelným. Žalobce proto navrhl, aby byla správní rozhodnutí obou stupňů zrušena a věc vrácena žalovanému k dalšímu řízení s tím, aby žalovaný byl současně zavázán k povinnosti zaplatit žalobci náhradu nákladů řízení.

Žalovaný ve svém písemném vyjádření k žalobě zejména zdůraznil, že na základě posouzení všech relevantních skutečností dospěl k závěru, že dohody obsažené ve smlouvě o propojení v čl. 3.1, 6.6 a 7.1 podléhají zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž podle § 3 až 6 ZOHS. Poukázal na to, že podstata protisoutěžních aspektů spočívá v tom, že se strany této smlouvy přímo zavázaly, že k propojení jejich sítí budou výhradně používat pouze jeden způsob propojení, tj.

pouze formu přímou, bez ohledu na další alternativní způsoby, které existují, či mohou v budoucnu na daném relevantním trhu vzniknout. Negativní důsledky uzavření zakázaných dohod se pak významným způsobem projevují u konečných spotřebitelů, neboť předmětné dohody ovlivňují cenu, kterou je zákazník, tj. spotřebitel povinen uhradit svému poskytovateli telekomunikačních služeb za službu ukončení hovoru ve volané síti. Jedná se o dohody, které fakticky představují výhradní závazek jak žalobce, tak osoby zúčastněné na řízení, poskytovat propojení jejich telekomunikačních zařízení a sítí pouze formou přímou, přičemž nepřímé propojení smlouva až na stanovené výjimky nedovoluje.

Dále žalovaný zdůraznil, že žalobce a osoba zúčastněná na řízení se nachází ve vztahu horizontálním, neboť smlouva o propojení nezajišťuje dodavatelsko-odběratelský vztah, nýbrž je pouze prostředkem, který umožňuje společné zprostředkování hovorů mezi zákazníky obou smluvních stran. Žalobce, jestliže hovor má být ukončen v jeho síti, tento hovor neodebírá a nenachází se tak v pozici odběratele, nýbrž pouze zabezpečuje, aby hovor, který započal v konkurenční síti, skončil u zákazníka jeho vlastní sítě. Společný podíl žalobce a osoby zúčastněné na řízení činí na vymezeném relevantním trhu provozování veřejných telekomunikačních sítí cca 7 % z celkového objemu tuzemského provozu za rok 2001 mezi jednotlivými telekomunikačními společnostmi působícími na trhu ČR. Výši podílu žalovaný zjistil na základě informací o celkovém objemu provozu za rok 2001 s jednotlivými telekomunikačními operátory v České republice, které mu společnosti provozující veřejné telekomunikační sítě v České republice sdělily. Vynětí ze zákazu dohod podle pravidla *de minimis* tak nelze aplikovat

Žalovaný poukázal též na to, že se v průběhu správního řízení podrobně zabýval jak otázkou posouzení věci, tak vymezením kompetenčních pravomocí žalovaného ve vztahu k Českému telekomunikačnímu úřadu či zkoumání specifik hospodářské soutěže v oblasti telekomunikací. Předmětem určovacího řízení podle § 7 odst. 2 ZOHS bylo posouzení dohod obsažených ve smlouvě o propojení uzavřené mezi žalobcem a osobou zúčastněnou na řízení z hlediska souladu s právní úpravou obsaženou v § 3 až § 6 ZOHS a nikoliv posouzení této smlouvy z hlediska právní úpravy, jež nespadá do žalovanému svěřených kompetencí, tj. včetně stanovení nejlevnějšího či nejdražšího způsobu propojení nebo zda je cena za propojení účtovaná mezi jednotlivými provozovateli telekomunikačních sítí nastavena na úrovni odpovídající skutečným nákladům. Žalovaný tedy považuje zjištěný skutkový stav za dostatečný a nevyžadující doplnění dokazování žádné z žalobcem navrhovaných skutečností.

K namítaným procesním pochybením žalovaný zdůraznil, že ve správním řízení neshledal žádné procesní vady, které by způsobovaly nepřezkoumatelnost či nezákonnost jím vydaných rozhodnutí. Uzavřel, že z odůvodnění žalobou napadených rozhodnutí je zřejmé, jakými úvahami byl v napadených rozhodnutích veden, detailně v nich rozvádí jednotlivé důkazy a skutečnosti, o které opřel své závěrečné konstatování; rovněž se věnoval odkazům a rozboru právních předpisů, jež ve

správním řízení aplikoval. Žalovaný proto uzavřel, že žalobní námitky žalobce považuje za nedůvodné a navrhl, aby soud žalobu jako nedůvodnou zamítl.

V reakci na druhé rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (ze dne 21. 4. 2010) žalobce podal své vyjádření ve věci. Vyslovil se zde k tomu, že žalovaný nesprávně vymezil relevantní trh. Pro správné vymezení měl podle žalobce vycházet z rozhodovací praxe Evropské unie a Českého telekomunikačního úřadu (dále též „ČTU") a měl zkoumat postavení žalobce a osoby na řízení zúčastněné na trhu „ukončení hlasového volání v jednotlivých mobilních sítí", neboť toto je trh, který je uzavřením zkoumané dohody dotčen. V opatření obecné povahy vydané ČTU dne 27. 6. 2005 se jedná o trh č. 16. Žalobce dále poukazuje na to, že na takto vymezeném trhu žádná soutěž neprobíhá a nemohlo tak dojít k jejímu narušení. Závěry o neexistenci soutěže vyplývají z analýz ČTU (např. z analýzy ze dne 19. 4. 2006, jejíž návrh odsouhlasil i předseda žalovaného). K těmto analýzám neměla žádné výhrady ani Evropská komise. Žalobce dále namítal, že smlouva o propojení byla uzavřena mezi subjekty, které nejsou v postavení konkurentů, neboť se nenachází na stejné úrovni trhu. Tento závěr dovozuje z toho, že na trhu „ukončení hlasového volání v jednotlivých mobilních sítí" konkurence neexistuje. Originující operátor (ten který hovor sestavuje) totiž pouze přeprodává služby terminace (ukončení hlasového volání) provozované druhým operátorem. Jinak řečeno originující operátor odebírá službu terminace od terminujícího operátora. Jedná se tedy o vztah dodavatelsko-distribuční a dohodu vertikální. Mezi stranami smlouvy neexistuje přímý soutěžní vztah.

Žalobce dále uvádí, že i kdyby zdejší soud nesouhlasil s vymezením relevantního trhu, jak namítá žalobce, nic to nemění na charakteru dohody jako dohody vertikální. I mezi dvěma konkurenty totiž může být vertikální dohoda uzavřena. Tento názor potvrzuje jak Nejvyšší správní soud ve zrušovací rozsudku, tak odborná literatura, praxe žalovaného nebo Nařízení Komise ES č. 2790/1999 (čl. 2 odst. 1). Účastníci smlouvy o propojení tak nejsou ve vztahu ke službě ukončení telefonních hovorů v konkurenčním postavení. Pokud činil podíl účastníků smlouvy o propojení 7 % , nedosahuje tento podíl limitů ZOHS ani limitů plynoucích z práva ES (Nařízení Komise ES č. 2790/1999 stanovuje limity podílu na trhu provozování veřejných telekomunikačních sítí ve výši 30 %). Žalobce poukazuje též na to, že i kdyby tento podíl byl překročen, nelze automaticky presumovat nezákonnost dohody. Tato dohoda přitom měla pozitivní dopad na trh, neboť podíl osoby na řízení zúčastněné na trhu po uzavření dohody rostl. Má tedy za to, že se jednalo též o dohodu, která spadala pod výjimku podle § 3 odst. 4 ZOHS.

Žalobce dále souhlasí s Nejvyšším správní soudem v tom, že má-li určitá dohoda protisoutěžní účel, není nutno zkoumat její konkrétní protisoutěžní účinek na relevantním trhu, nicméně zdůrazňuje, že existenci narušení hospodářské soutěže nelze presumovat a případnou zakázanost dohody je třeba konstatovat až za předpokladu, že nelze aplikovat pravidlo *de minimis* ani některou z blokových výjimek.

Ve vztahu k námitce *ne bis in idem* žalobce uvedl, že k této námitce je soud povinen přihlížet vždy, bez ohledu na to, zda-li její nedostatek některý z účastníků

namítne. Žalobce tak má za to, že v daném případě již obsah smlouvy před žalovaným posoudil ČTU, a to jako předběžnou otázku pro účely rozhodnutí sporu z plnění této smlouvy. ČTU porušení pravidel hospodářské soutěže ve smlouvě neshledal a jakékoli další posuzování smlouvy tedy bylo právně nepřípustné. Žalobce doložil opatření obecné povahy vydané ČTU.

Žalovaný k tomuto vyjádření žalobce podal svoje vyjádření dne 3. 8. 2010. Ve vztahu ke zrušovacímu rozsudku Nejvyššího správního soudu žalovaný poukázal na to, že protisoutěžní aspekty zakázaných dohod shledal v tom, že úprava obsažená ve smlouvě o propojení do budoucna omezuje svobodnou vůli účastníků dohody rozhodnout se pro nejvýhodnější způsob propojení, neboť pokud existovalo přímé propojení a mělo dostatečnou kapacitu, neměla žádná ze smluvních stran možnost využívat alternativní způsob propojení tranzitem, a to ani tehdy, bylo-li by výhodnější. Žalovaný vyšel ze všeobecně známé skutečnosti, že v době uzavření dohody bylo možné sítě účastníků propojit prostřednictvím tranzitu přes síť společnosti Telefónica za cca 3,- Kč za minutu (tedy za zhruba poloviční propojovací poplatek). Osoba na řízení zúčastněná hodlala v létě a na podzim roku 2001 tuto cenově výhodnější alternativu pro přenos signálu ze své sítě do sítě žalobce využít, avšak žalobce pohrozil zablokováním takového provozu. Žalobce rovněž nesouhlasil se změnou smlouvy o propojení. Propojovací poplatek platil vždy ten, z jehož sítě bylo voláno. Zejména zpočátku, kdy většina hovorů šla ze sítě osoby zúčastněné na řízení do sítě žalobce, tak platila za propojení osoba zúčastněná mnohem více než žalobce. Propojovací poplatky se pak nutně projevily v ceně hovoru a tím došlo k dopadu této dohody na konečné spotřebitele.

Žalovaný setrval na závěru, že posuzovaná dohoda byla dohodou horizontální. Předmětem smlouvy o propojení bylo určení podmínek, na základě kterých dochází k propojení sítí účastníků. Vzájemné propojení sítí účastníků je pouze prostředkem, který umožňuje společné zprostředkování hovorů mezi zákazníky obou účastníků smlouvy. Nejedná se o dodavatelsko odběratelský vztah, neboť žádný z účastníků hovor „neodebírá“, ale toliko umožňuje, aby hovor přicházející z konkurenční sítě skončil u zákazníka jeho sítě. K výpočtu podílu poukazuje na to, že jej zjistil z vyjádření ostatních soutěžitelů na relevantním trhu, kteří svá vyjádření označili za obchodní tajemství. Navíc velikost podílu žalobce nezpochybňoval a ani způsob výpočtu nenapadal. Žalovaný závěrem nesouhlasí s uplatněním zásady *ne bis in idem* v daném řízení. Poukázal mj. na to, že jeho rozhodnutí není ve vztahu k rozhodnutí ČTU rozhodnutím alternativním, komplementárním ani konkurujícím.

Následně (dne 4. 10. 2010) podal žalobce další repliku (tentokrát k právě popsanému vyjádření žalovaného). Předně nesouhlasí s tím, že žalovaný opřel svoje zjištění o tzv. všeobecně známé skutečnosti, aniž by si jejich pravdivost a relevanci blíže prověřil. Pokud by tak učinil, zjistil by, že ČTU opakovaně potvrdil cenu 6,50 Kč za minutu pro terminaci hovorů do mobilní veřejné telekomunikační sítě, použitou recipročně, jako cenu obvyklou ve smyslu zákona o cenách. Současně potvrdil, že žalobce nediskriminoval touto cenou žádnou ze smluvních stran ani ostatní provozovatele propojených veřejných telekomunikačních sítí. Nesouhlasí tedy s tím,

že by bylo možné předmětné propojení realizovat za nižší částku. Žalobce poukázal na to, že cenu 6,50 Kč za poskytnutí terminace účtoval žalobce též společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. I tato společnost by tak byla nucena hradit žalobci tuto částku. Osoba na řízení zúčastněná by tak platila společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. propojovací poplatek a dále tranzitní poplatek. ČTU opakovaně uložil společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. povinnost doplatit žalobci rozdíl mezi jím účtovanou částkou 6,50 Kč a částkou 3,- Kč, kterou společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. žalobci svévolně hradila. Neexistovala tak cenově výhodnější varianta, než bylo přímé propojení mezi žalobcem a osobou na řízení zúčastněnou. Žalobce opětovně zdůraznil, že uzavřením smlouvy plnil zákonem o telekomunikacích (§ 37 odst. 2) mu uloženou povinnost. Pokud měla osoba na řízení zúčastněná zájem o umožnění nepřímého propojení, mohla žalobce o umožnění nepřímého propojení požádat. Žalobce rovněž poukázal na to, že metoda přímého propojení je v praxi velkých operátorů převládající i podle vyjádření ČTU, a setrval na názoru, že se jedná o vertikální dohodu (žalobce je v postavení dodavatele služby ukončení volání ve své síti, osoba na řízení zúčastněná je v postavení subdodavatele ukončení volání v síti žalobce a zákazník osoby na řízení zúčastněné je v postavení konečného odběratele služby volání v síti žalobce).

Žalobce dále uvedl, že smlouva o propojení byla uzavřena dne 20. 12. 2000, tedy v době účinnosti zákona č. 63/1991 Sb., ochraně hospodářské soutěže, který platil do 30. 6. 2001. Žalovaný však v rozporu se zákazem retroaktivity nevycházel z tohoto zákona, nýbrž ze ZOHS s počátkem účinnosti ode dne 1. 7. 2001. Žalobce tedy uzavřením smlouvy nemohl porušit zákon, který v té době nebyl účinný. K tomu poukázala na rozsudek zdejšího soudu ze dne 11. 12. 2009, sp.zn. 62 Ca 50/2007. Podle žalobce přitom soud k nezákonnost napadených rozhodnutí pro podstatné porušení ustanovení o řízení před správním orgánem musí přihlédnout *ex offo*.

Žalobce rovněž poukázal na to, že dohody vyplývající ze smlouvy o propojení nelze považovat za zakázané kartelové dohody podle zákona č. 63/1991 Sb. Zároveň zdůraznil, že žalovaný měl při posuzování těchto dohod aplikovat ZOHS, konkrétně jeho § 3 odst. 4, jakožto zákon pro žalobce příznivější v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod. Zdůraznil též, že dohody o propojení sítí lze s ohledem na specifika telekomunikační oblasti za určitých okolností vyjmout na základě individuální výjimky udělené podle § 3 odst. 4 ZOHS a čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie. Podle jeho názoru tedy měl v daném případě žalovaný provést detailní analýzu, zda daná smlouva naplňuje předpoklady podle § 3 odst. 4 ZOHS. Žalobce následně popsal a uzavřel, že smlouva splňovala všechny podmínky citovaného ustanovení ZOHS. Současně žalobce na podporu svých argumentů stran nesprávně vymezeného relevantního trhu a otázky aplikace § 3 odst. 4 ZOHS na danou dohodu předložil stanovisko JUDr. Roberta Nerudy, Ph.D.

Ve věci se vyjádřila i osoba zúčastněná na řízení, která poukázala na to, že ČTU nebyl oprávněn posuzovat soutěžně právní aspekty dohody. K namítané retroaktivitě uvedla, že dané správní řízení bylo řízením určovacím a žalovaný tedy posuzoval, zda je smlouva nezákonná od účinnosti ZOHS. Dále upozornila, že dohoda zakazovala využití výhod soutěže mezi společnostmi, které mohly nabízet terminaci v sítích

mobilních operátorů za cenu nižší, než za kterou ji nabízeli samotní mobilní operátoři. Poukázala přitom na to, že službu terminace v mobilních sítích v České republice od mobilních operátorů velkoobchodně nakupovali a dále předprodávali vedle společnosti ČESKÝ TELECOM také někteří zahraniční operátoři. K žalobcově námitce, že cena 6,50 Kč za minutu byla cenou obvyklou, kterou byla povinna platit i společnost ČESKÝ TELECOM, uvedla, že se jedná o skutečnost nepodstatnou, neboť nic nemění na tom, že nabídka společnosti ČESKÝ TELECOM poskytovat terminaci za 3 Kč za minutu tady byla a osoba zúčastněná na řízení ji mohla využít. Výhodnější varianta tedy existovala. Uzavírá, že dohoda obsažená ve smlouvě o propojení (zejména její čl. 6.6) tak byla v rozporu se ZOHS.

Žalovaný ve svém dalším vyjádření (ze dne 31. 1. 2011) poukázal na to, že obě vyjádření žalobce jsou založena na nových argumentech uplatněných po lhůtě k podání žaloby. Námitka, že byl nesprávně vymezen relevantní trh, jakož i námitka postupu v rozporu se zákazem retroaktivity a námitka týkající se vynětí dohod ze zákazu jsou tak nepřípustné. Dále se pak vyslovil k těmto námitkám i věcně a důvodnými je neshledává.

Žalobce ve svém dalším vyjádření (ze dne 4. 4. 2011) nesouhlasí s tvrzeními uvedenými osobou zúčastněnou na řízení. S jednotlivými jejími sděleními polemizuje výslovně nebo prostřednictvím odkazů na předchozí podání v dané věci. Opět zdůraznil, že cena 3 Kč za minutu, kterou nabízela za terminaci společnost ČESKÝ TELECOM, a. s. nebyla cenou reálnou, což potvrdil ČTU. Pokud společnost ČESKÝ TELECOM, a. s. platila žalobci za propojení nižší cenu, jednalo se o protiprávní jednání a pouze díky tomu mohla nabídnout alternativní cenu 3 Kč za minutu. ČTU však opakovaně uložil povinnost společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s. doplatit žalobci rozdíl mezi původně sjednanou cenou za propojení a alternativní cenou. Podle žalobce tak žádná levnější alternativa k ceně sjednané v předmětné smlouvě neexistovala (alternativa totiž musí být reálná a zákonná). Správnost jeho závěru dokladuje skutečnost, že cena služby ukončení volání ve veřejných telekomunikačních sítích byla na úrovni 3 Kč za minutu nákladově regulována ČTU až v roce 2006. Žalobce poukázal na to, že tvrzení o výhodnosti propojení přímého před propojením nepřímým je připraven doložit svědeckým výslechem Ing. Richarda Přibyla, senior manažera technologického úseku žalobce. Poukázal též na to, že zajistí svědkovu účast na jednání. Rovněž uvedl, že propojení jeho veřejné mobilní telekomunikační sítě se sítí společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s. nebylo v rozhodné době dimenzováno na tranzitování provozu ze sítě osoby zúčastněné na řízení do sítě žalobce. Předmětná smlouva o propojení tedy byla formulována tak proto, že na nepřímé propojení v objemu rozumně předvídatelného provozu mezi zákazníky žalobce a osoby na řízení zúčastněné nebyly propojovací spoje žalobce a společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s. dimenzovány a hrozilo jejich přetížení. Tuto skutečnost podle žalobce potvrzují prognózy z let 2000 a 2001, které nepočítaly s navýšením objemu vzájemně propojovaného provozu v následujících třech letech. Žalobcem zaslané prognózy přitom ČESKÝ TELECOM, a. s. akceptovala bez dalších komentářů. Podle žalobce skutečnost, že v září a říjnu 2001 nedošlo k navýšení dimenzování propojovací kapacity mezi sítí žalobce a společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s. v reakci na

neplánovanou potřebu tranzitu provozu ze sítě osoby zúčastněné na řízení do sítě žalobce, dokládá i počet vzájemně účtovaných propojovacích kapacit žalobcem společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s. Vzájemné propojení sítě žalobce a společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s. tak nebylo dimenzováno ani prognózované na odbavení nově tranzitovaného provozu ze sítě osoby zúčastněné na řízení do sítě žalobce. Podle žalobce tak propojení jeho sítě a sítě společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s. bylo v rozhodné době využíváno jako propojení „záložní". Neplánovaný objem provozu ze sítě osoby zúčastněné na řízení tranzitem přes společnost ČESKÝ TELECOM, a. s. by tak mohl ohrozit provoz mezi ostatními sítěmi a sítí žalobce. Napadená rozhodnutí proto navrhuje zrušit.

Žalovaný se dne 30. 5. 2011 vyjádřil k podáním žalobce a osoby zúčastněné na řízení. Uvedl, že jejich podání neuvádí nic nového. Ve vztahu k námitce porušení zásady *ne bis in idem* poukázal též na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 2. 2011, sp. zn. 5 Afs 4/2010, z něhož citoval.

Žalobce i žalovaný na svých procesních stanoviscích setrvali po celou dobu řízení před soudem.

III. Dosavadní průběh řízení před správními soudy

Krajský soud v Brně o žalobě již rozhodoval, a to rozsudkem ze dne 29.7.2005, sp. zn. 31 Ca 34/2003, kterým bylo rozhodnuto, že rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 7.8.2003, č.j. R 17/2002, i rozhodnutí žalovaného ze dne 29.3.2002, č.j. S 21/02-860/02-VO1, jsou nicotná. Z odůvodnění tohoto rozsudku je zřejmé, že soud dospěl k závěru, že k posuzování souladu dohod obsažených ve smlouvě o propojení, vč. dílčích příloh uzavřené mezi žalobcem a osobou zúčastněnou na řízení podle § 38 a násl. zákona o telkomunikacích, s požadavky ochrany hospodářské soutěže je povolán výlučně ČTU, nikoli orgán jinak obecně příslušný - žalovaný.

Proti tomu podal žalovaný kasační stížnost, na základě níž Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 31.1.2007, č.j. 7 As 50/2006-262, rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29.7.2005, sp. zn. 31 Ca 34/2003, zrušil a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení. Nejvyšší správní soud dospěl totiž k závěru, že oprávnění žalovaného posoudit soulad smlouvy o propojení sítí uzavřené podle § 38 a násl. zákona o telekomunikacích s požadavky ochrany hospodářské soutěže vyplývá z právních předpisů účinných v době jeho rozhodování.

Krajský soud tedy o žalobě rozhodoval znovu a rozsudkem ze dne 16. 6. 2009, č. j. 62 Ca 5/2007-72, ji zamítl. Neshledal totiž důvodným žádný žalobní bod směřující do procesních pochybení žalovaného. Z pohledu hmotného soutěžního práva se pak ztotožnil s vymezením relevantního trhu provedeným v napadeném rozhodnutí, i s výpočtem podílu účastníků smlouvy o propojení na tomto trhu. Přezkoumávanou dohodu označil jako dohodu horizontální s odůvodněním, že se jedná o dohodu soutěžitelů, kteří nepochybně působí na stejné úrovni relevantního trhu. K výpočtu podílu uvedl, že po důkladném přezkoumání obsahu údajů, označených jako obchodní

tajemství jednotlivých provozovatelů, o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v České republice v roce 2001 byl podíl žalovaným správně vymezen a jelikož je vyšší než 5 %, nepodléhají přezkoumávané dohody zákazu vynětí dle pravidla *de minimis*.

Krajský soud dále konstatoval, že logickým výkladem projevu vůle stran dohody obsažené v čl. 3.1 a navazujících přílohách ve spojení s dohodu obsaženou v čl. 6.6 smlouvy o propojení je zřejmý úmysl stran realizovat propojení svých telekomunikačních sítí výhradně přímým propojením s výjimkou nedostatečné kapacity či neexistence přímého propojení; pouze v takovém případě je propojení realizováno tranzitem prostřednictvím pevné sítě společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. Pokud tedy přímé propojení existuje a má dostatečnou kapacitu, nemá žádná ze stran smlouvy možnost využívat alternativní způsob propojení tranzitem, a to ani v případě, pokud by to bylo výhodnější. Protisoutěžní aspekt výlučného závazku je dle soudu umocněn dohodou obsaženou v čl. 7.1 smlouvy o propojení.

Ani tento rozsudek však oba účastníky řízení neuspokojil. Kasační stížnost tentokrát podal žalobce a Nejvyšší správní soud rozsudek krajského soudu opět zrušil (rozsudkem ze dne 21. 4. 2010, č. j. 9 Afs 109/2009-180). Zde se ztotožnil se závěrem krajského soudu, *„že nepřímé propojení mezi oběma smluvními stranami Smlouva o propojení fakticky, až na výjimky v případě neexistence přímého propojení či nedostatečné kapacity, neumožňuje a smluvní strany se tak zavázaly k výhradně přímému propojení svých sítí a nemohly využívat jiné formy propojení. Argumentaci stěžovatele snažící se obsah Smlouvy odůvodnit legislativními požadavky považuje soud za účelovou, neboť stěžovatelem uváděné legislativní požadavky rozhodně účastníkům Smlouvy nepředepisovaly zavázat se výhradně k jednomu z možných způsobů propojení, v projednávané věci k propojení přímému. Obdobně ani argumentace stěžovatele, že Smlouva nepřímé propojení vůbec neupravuje a účastníkům tedy nic nebránilo do budoucna takovou smlouvu uzavřít, není důvodná. Tím, že Smlouva omezila nepřímé propojení pouze na případy neexistence přímého propojení a nedostatečné kapacity, současně omezila všechny další možnosti využití nepřímého propojení a tím využití nepřímého propojení fakticky vyloučila“.*

Současně však Nejvyšší správní soud poukázal na to, že z napadeného rozhodnutí krajského soudu není vůbec zřejmé, *„z jakých konkrétních důvodů má krajský soud za to, že takto koncipovaná dohoda vede či může vést k narušení hospodářské soutěže, jinými slovy jaké reálné či potenciální negativní porušení hospodářské soutěže vyvolává či je způsobilá vyvolat“*. Podle Nejvyššího správního soudu zcela chybí v rozhodnutí krajského soudu hodnocení materiální podmínky protisoutěžního charakteru posuzované smlouvy. Nejvyšší správní soud poukázal na to, že konstatoval-li krajský soud, *„že negativní důsledky zakázaných dohod se projevují u konečných spotřebitelů, neboť tyto dohody ovlivňují cenu, kterou je zákazník povinen uhradit poskytovateli telekomunikačních služeb za službu ukončení hovoru ve volané síti, pak by mělo být z napadeného rozhodnutí zřejmé, jak k tomuto závěru soud dospěl a z jakých podkladů vycházel. Obdobně není z rozsudku zřejmé,*

*jakými úvahami se soud ubíral, když bez dalšího konstatoval, že protisoutěžní aspekt výlučného závazku je umocněn dohodou obsaženou v čl. 7.1 Smlouvy o propojení".*

Nejvyšší správní soud shledal odůvodnění rozsudku krajského soudu nedostatečným rovněž, pokud šlo o „citelnost" narušení soutěže ve smyslu doktríny *de minimis*. Pokud ZOHS jako kritérium pro bagatelní dohody používá výši tržního podílu účastníků dohody na relevantním trhu, který je dotčen posuzovanou dohodou, a to odlišně v závislosti na tom, zda jde o dohody horizontální či vertikální, je třeba posoudit otázku, *„zda pro určení charakteru příslušné dohody je rozhodné konkrétní postavení soutěžitelů, v němž pro účely předmětné dohody vystupují či naopak jejich postavení na trhu obecně. Namítal-li stěžovatel, že pro účely smlouvy o propojení mají účastníci postavení obdobné jako výrobce – distributor, tj. pro účely dohody jednají každý na jiné úrovni trhu, je odůvodnění krajského soudu, spočívající v jediné větě, že se „jedná o dohodu soutěžitelů, kteří nepochybně působí na stejné úrovni relevantního trhu", zcela nedostatečné. To platí zvláště za situace, kdy sám žalovaný v napadeném rozhodnutí (strana 10) připustil, že dohoda mezi vzájemnými konkurenty na trhu, je-li postavení účastníků pro účely této dohody vertikálního charakteru, není dohodou horizontální. Výše uvedený názor ostatně připouští i některé odborné výklady".*

Nepřezkoumatelným shledal Nejvyšší správní soud i *„závěr krajského soudu týkající se způsobu výpočtu podílu účastníků Smlouvy o propojení, když bez jakékoliv alespoň rámcového odůvodnění pouze konstatuje, že po důkladném přezkoumání obsahu údajů označených jako obchodní tajemství jednotlivých provozovatelů o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v České republice v roce 2001 byl podíl žalovaným správně vymezen a jelikož je vyšší než 5 %, nepodléhají přezkoumávané dohody zákazu vynětí dle pravidla de minimis".*

Konečně Nejvyšší správní soud vytkl soudu zdejšímu, že vůbec nereagoval na námitku směřují do porušení zásady *ne bis in idem*. *„Jak totiž vyplývá z nálezu Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 1534/08, ve správním soudnictví je primární povinností soudu I. stupně vypořádat se mimo jiné i s včasností uplatněné námitky a vysvětlit žalobci, z jakého důvodu se soud jeho žalobní námitkou nezabýval. Žalobce totiž musí mít možnost bránit se proti právnímu hodnocení soudu (a to i z hlediska včasnosti uplatnění) cestou kasační stížnosti. Nevypořádání takové námitky v intencích uvedeného nálezu nemůže být zhojeno tím, že Nejvyšší správní soud v odůvodnění rozhodnutí o kasační stížnosti dodatečně stěžovateli předestře svůj právní názor".* Nejvyšší správní soud proto zavázal krajský soud, aby v dalším řízení pečlivě vážil, zda byla tato námitka *„uplatněna včas či nikoliv. Pokud soud dospěje k závěru, že uplatnění této námitky až při závěrečném návrhu při ústním jednání je opožděné, je jeho povinností tento závěr vzhledem k charakteru uplatněné námitky podrobně odůvodnit. V této souvislosti kasační soud připomíná, že v obecné rovině patří protikartelové právo do oblasti deliktního práva správního a že pro účely určení charakteru správních deliktů lze vycházet z nauky i judikatury trestního práva (srovnej nález Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 192/05). Pokud krajský soud uzná předmětnou námitku za včas uplatněnou, bude jeho povinností zabývat se touto námitkou věcně".*

O žalobě pak bylo Krajským soudem v Brně rozhodováno znovu, a to senátem 62 Af, v němž jeho vyloučeného předsedu nahradil předseda prvního zastupujícího senátu v souladu s platným rozvrhem práce zdejšího soudu.

IV. Správní spis, podstatné skutečnosti

Z obsahu správního spisu předloženého žalovaným soud zjistil zejména následující pro posouzení věci podstatné skutečnosti.

Oznámením ze dne 31.1.2002 žalovaný sdělil žalobci a osobě zúčastněné na řízení, že dne 28.1.2002 na návrh osoby zúčastněné na řízení zahájil správní řízení č.j. S 21/02 ve věci určení, zda Smlouva o propojení telekomunikačních zařízení a sítí uzavřená dne 20.12.2000 mezi žalobcem a osobou zúčastněnou na řízení podléhá zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž podle § 3 až 6 ZOHS. Žalovaný současně nařídil na 14.2.2002 ústní jednání.

Z protokolu ze dne 12.2.2002 (čl. 91 správního spisu) vyplývá, že zástupkyně žalobce předala žalovanému písemné vyjádření k předmětu řízení ze dne 11.2.2002, nahlédla do úplného správního spisu a činila si z něho výpisy. Současně sdělila, že vyjádření ve věci bude provedeno buď písemnou formou nebo při ústním jednání.

Ústní jednání nařízené na 14.2.2002 žalovaný zrušil s tím, že další ústní jednání se bude konat dne 19.2.2002 v sídle žalovaného (čl. 93 až 102 správního spisu).

Z jednání nařízeného žalovaným na 19.2.2002 se žalobce písemně omluvil z důvodu nutnosti důkladného seznámení se s předmětem řízení a současně požádal o nařízení ústního jednání na jiný vhodný termín (čl. 105 správního spisu).

Další ústní jednání žalovaný nařídil na 6.3.2002 a současně požádal žalobce a osobu zúčastněnou na řízení o písemné zodpovězení otázek, které se úzce dotýkaly předmětu správního řízení (čl. 110-117 správního spisu). Zároveň bylo žalobci stejně jako osobě zúčastněné na řízení uloženo, aby své odpovědi na položené otázky zaslali žalovanému nejpozději do 28.2.2002.

Žalobce položené otázky zodpověděl písemně dne 28.2.2002 (čl. 119 - 124 správního spisu) a současně žalovaného upozornil, že veškeré informace uvedené v tomto vyjádření mají charakter jeho obchodního tajemství a žalovaného proto požádal, aby s poskytnutými informacemi sdělenými výlučně pro potřeby správního řízení č.j. S 21/02 bylo nakládáno v souladu s tímto charakterem.

Ústní jednání nařízené na 6.3.2002 žalovaný přípisem ze dne 4.3.2002 zrušil a přípisem ze dne 20.3.2002 žalobce a osobu zúčastněnou na řízení pozval k vyjádření se k podkladům rozhodnutí a ke způsobu jejich zjištění na 22.3.2002 (čl. 142 a č.l. 144 správního spisu).

Dne 21.3.2002 se žalovaný obrátil na následující společnosti: ALIATEL a.s., BT (Worldwide) Limited, Contactel s.r.o., Czech On Line, a.s., Český Mobil a.s., ČESKÝ TELECOM, a.s., Eurotel Praha, spol. s r.o., ETEL, s.r.o., GTS CZECH, a.s., KIWWI, s. r. o., NEXTRA Wireless, s.r.o., Option One s.r.o. za účelem vyžádání údajů o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v ČR. Oslovení provozovatelé údaje o celkovém objemu provozu s jednotlivými komunikačními operátory v ČR za rok 2001 v minutách sdělili (vyjma KIWWI, s. r. o., které výzva nebyla doručena) vyžádané podklady zaslali a označili je za své obchodní tajemství - důvěrné sdělení (čl. 194 správního spisu).

Z protokolu o vyjádření se k podkladům rozhodnutí a ke způsobu jejich zjištění ze dne 25.3.2002 je zřejmé, že zástupce žalobce byl seznámen se všemi podklady rozhodnutí, způsoby jejich zjištění a důkazy obsaženými ve správním spisu, kromě podkladů, které žalobce sám zatím nedoložil a byl k jejich předložení vyzván s tím, že žalovaný zástupce žalobce upozornil, že lhůta pro vydání rozhodnutí ve správním řízení končí dne 29.3.2002. Žalobce navrhl, aby žalovaný požádal o prodloužení lhůty, neboť se žalobce musí seznámit se spisem a poskytnout vyjádření v nepřiměřeně krátké lhůtě. Závěrečné vyjádření slíbil žalobce podat po doplnění spisového materiálu (čl. 197 - 198 správního spisu).

Dne 29.3.2002 žalovaný v prvním stupni správního řízení vydal rozhodnutí č.j. S 21/02-860/02-VO I (čl. 199 správního spisu).

Z protokolu o vyjádření se k podkladům rozhodnutí a ke způsobu jejich zjištění ze dne 8.7.2003 je zřejmé, že zástupci žalobce bylo umožněno nahlédnout do celého správního spisu sp.zn. S 21/02, kromě údajů označených jako obchodní tajemství třetích osob. Zástupci žalobce byla žalovaným stanovena 14-ti denní lhůta pro podání písemného vyjádření k podkladům pro rozhodnutí (čl. 391 správního spisu).

K žádosti žalobce žalovaný dne 23.7.2003 prodloužil lhůtu k podání vyjádření k podkladům rozhodnutí do 30.7.2003 (čl. 396 správního spisu).

Dne 30.7.2003 se žalobce písemně vyjádřil k podkladům rozhodnutí S 21/02 (čl. 408 správního spisu).

Dne 7.8.2003 vydal žalovaný ve druhém stupni správního řízení rozhodnutí č.j. R 17/2002 (čl. 432 správního spisu).

## V. Posouzení věci

Žaloba byla podána včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní – dále též „s. ř. s."), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s. ř. s.), přitom jde o žalobu přípustnou (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.).

Soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) a shledal, že žaloba je důvodná. Přitom byl podle § 110 odst. 3 s. ř. s. vázán

právním názorem Nejvyššího správního soudu vysloveným ve výše popsaných zrušovacích rozsudcích.

Va. Procesní námitky

Žalobce má předně za to, že je rozhodnutí předsedy žalovaného nepřezkoumatelné, neboť se řádně nezabývalo všemi jeho rozkladovými námitkami.

Jak již uvedl Vrchní soud v Praze ve svém rozsudku ze dne 26. 2. 1993, č. j. 6 A 48/92-23, in Soudní judikatura ve věcech správních č. 27/2000, z odůvodnění rozhodnutí musí být seznatelné, proč správní orgán považuje námitky účastníka za liché, mylné nebo vyvrácené, které skutečnosti vzal za podklad svého rozhodnutí, proč považuje skutečnosti předestírané účastníkem za nerozhodné, nesprávné, nebo jinými řádně provedenými důkazy vyvrácené, podle které právní normy rozhodl a jakými úvahami se řídil při hodnocení důkazů.

Pokud jde o námitku, že se předseda žalovaného ve svém rozhodnutí nevypořádává s tím, že žalovaný nedal žalobci možnost doplnit svoje vyjádření písemně, tak této námitce se předseda žalovaného věnuje ve svém rozhodnutí na str. 12 a 13. Sice se zde převážně zabývá otázkou nezbytnosti konání ústního jednání v daném řízení, nicméně uzavírá, že s ohledem na charakter určovacího řízení žalovaný provedl všechny nezbytné a účelné úkony pro zjištění stavu věci, a proto této žalobcově námitce nepřisvědčuje. Podle názoru soudu se předseda žalovaného touto námitkou mohl nepochybně zabývat podrobněji, zejména se měl konkrétně vypořádat s otázkou podání písemného vyjádření, nicméně přestože se výslovně k této otázce nevyjádřil, z kontextu jeho rozhodnutí je patrné, že tuto námitku důvodnou neshledal. Lze tedy dovodit že podle předsedy žalovaného skutečnost, že žalobci nebylo umožněno podat závěrečné písemné vyjádření k věci, jehož se po seznámení se spisem dovolával (za situace, kdy byl žalobce při seznámení se spisem upozorněn na to, kdy uplyne lhůta k vydání rozhodnutí), nijak neovlivňuje zákonnost prvostupňového rozhodnutí. Přílišná strohost odůvodnění této námitky podle zdejšího soudu nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí nezpůsobuje.

Žalobce dále namítá, že se předseda žalovaného nedostatečně zabýval jeho rozkladovou námitkou týkající se určení podílu, kterého žalobce a osoba zúčastněná na řízení na vymezeném trhu dosahují. Této námitce se předseda žalovaného věnoval na str. 11 a 12 svého rozhodnutí. Ve vztahu k výpočtu podílu účastníků poukázal na to, že velikost podílu žalovaný zjišťoval oslovením subjektů, provozujících veřejné telekomunikační sítě, za účelem zjištění celkového objemu tuzemského provozu. Údaje, které žalovaný obdržel, byly poskytovateli těchto údajů označeny jako obchodní tajemství. Žalovaný, který dospěl k závěru, že se skutečně o obchodní tajemství jedná, s těmito údaji také tak nakládal. Předseda žalovaného se tedy touto žalobcovou námitkou zabýval, důvodnou ji neshledal, neboť dovodil, že se žalovaný touto otázkou zabýval dostatečně. Aniž by zde soud posuzoval zákonnost tohoto závěru předsedy žalovaného, nelze shledat, že by při vypořádání této námitky zatížil svoje rozhodnutí nepřezkoumatelností.

Jestliže pak žalobce namítá, že předseda žalovaného se při stanovení velikosti podílu ztotožnil se závěrem žalovaného a bez dalšího jej převzal, nelze s ním souhlasit. V daném případě předseda žalovaného uvedl, z jakých podkladů žalovaný podíl stanovil i proč tyto podklady nemohly být žalobci zpřístupněny. Nelze přitom souhlasit se žalobcem, že by předseda žalovaného 7 % výši podílu bez dalšího převzal. Žalobce stanovenou výši podílu zpochybňoval tím, že žalovaný neoslovil všechny společnosti, které jsou provozovateli veřejné telekomunikační sítě, jmenovitě pak PRAGONET, a. s. K této žalobcově námitce se však předseda žalovaného vyslovil, a to na str. 12 rozhodnutí, kde uvedl, že žalovaný zjistil, že tato společnost zaujímá na relevantním trhu provozování veřejných telekomunikačních služeb tak zanedbatelné postavení, že její neoslovení nebude mít žádný vliv na správnost provedeného vyhodnocení podílu účastníků.

V daném případě tedy soud napadené rozhodnutí předsedy žalovaného neshledal nepřezkoumatelným, neboť se předseda žalovaného zabýval dostatečným způsobem všemi námitkami uplatněnými v rozkladu.

Podle žalobce žalovaný porušil též § 33 odst. 1 a 2 správního řádu. Žalobce totiž žalovaného upozornil, že jeho odpovědi na dotazy žalovaného budou doplněny na ústním jednání. Nařízené ústní jednání však bylo zrušeno a žalovaný žalobce k doplnění odpovědí nevyzval. Žalobce navíc opakovaně upozornil žalovaného, že po dokončení dokazování žádá o opětovné nahlédnutí do spisu, a že poté, co se s obsahem spisu seznámí, poskytne žalovanému své závěrečné vyjádření ve věci. Toto mu nebylo ze strany žalovaného umožněno a rozhodnutí žalovaného bylo dokonce vydáno před tím, než mu byly doručeny informace, jejichž poskytnutí si od žalobce vyžádal.

Podle § 21 odst. 4 ZOHS v řízeních vedených žalovaným podle tohoto zákona jsou soutěžitelé povinni podrobit se šetření žalovaného. Pro účely těchto šetření je žalovaný oprávněn vyžadovat od soutěžitelů, a pokud zvláštní právní předpis nestanoví jinak, od orgánů veřejné správy podklady a informace potřebné pro svoji činnost a prověřovat jejich úplnost, pravdivost a správnost. Podle odst. 5, věta prvá, tohoto ustanovení jsou soutěžitelé povinni poskytnout žalovanému na jeho vyžádání úplné, správné a pravdivé podklady a informace ve lhůtě jim stanovené.

Podle § 21 odst. 7, věta prvá, ZOHS na návrh účastníka řízení, nebo jeví-li se to z povahy věci potřebné, žalovaný nařídí ústní jednání.

Podle § 21 odst. 8 ZOHS není-li tímto zákonem stanoveno jinak, postupuje se v řízení u žalovaného podle správního řádu.

Podle § 33 odst. 1 správního řádu má účastník řízení právo navrhovat důkazy a jejich doplnění a klást svědkům a znalcům otázky při ústním jednání a místním ohledání. Podle odst. 2 tohoto ustanovení je správní orgán povinen dát účastníkům řízení možnost, aby se před vydáním rozhodnutí mohli vyjádřit k jeho podkladu i ke způsobu jeho zjištění, popřípadě navrhnout jeho doplnění.

Jak plyne z citovaných ustanovení, žalovaný je povinen nařídit ústní jednání toliko tehdy, pokud to účastník navrhne a pokud se to jeví potřebným. V daném případě žalovaný ústní jednání nařídil, následně změnil datum jeho konání a poté úplně zrušil. Žádný z účastníků přitom konání ústního jednání nenavrhoval. Soud rovněž neshledal, že by v daném případě bylo ústního jednání třeba. Pokud se žalovanému zpočátku řízení zdálo, že ústní jednání třeba bude, tento svůj názor změnil poté, co účastníci řízení zodpověděli písemně řadu jeho otázek položených jim v přípisu, v němž nařizoval jednání na 6. 3. 2002. Na takový postup má jistě žalovaný právo a nelze ho nutit nařizovat ústní jednání vždy, aniž by mohlo cokoli nového přinést. Tím by docházelo pouze k nedůvodnému protahování řízení a narůstání nákladů tohoto řízení. Podle názoru soudu tedy není v rozporu se zákonem postup žalovaného, který ústní jednání nejprve nařídí a teprve poté zjistí, že jeho konání není třeba (§ 21 odst. 7 ZOHS) a proto již nařízené ústní jednání zruší. To platí samozřejmě pouze za situace, kdy žalovaný dostatečně zjistí stav věci a konání ústního jednání by tedy skutečně nemohlo nic nového přinést.

Žádná pochybení žalovaného soud neshledal ani v případě žalobcova seznámení se s podklady pro rozhodnutí před vydáním rozhodnutí. Pokud šlo o řízení v prvním stupni, tak zde se na základě výzvy žalovaného žalobce se spisem seznámil dne 25.3.2002. Jestliže žalobce namítá, že při seznámení se spisem uvedl, že po dokončení dokazování žádá o opětovné nahlédnutí do spisu, a že poté, co se s obsahem spisu seznámí, poskytne žalovanému své závěrečné vyjádření ve věci, nelze mu přisvědčit. Z protokolu totiž plyne, že žalobce uvedl, že závěrečné vyjádření bude podáno po doplnění spisového materiálu o sdělení žalobce o celkovém objemu jeho provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory, které žalobce slíbil dodat do tří dnů po upřesnění žádosti žalovaného. Z uvedeného podle názoru soudu předně neplyne, že by se žalobce znovu domáhal seznámení se spisem. Navíc další jeho seznámení se spisem nebylo podle názoru soudu ani třeba, neboť jediná listina, která ve spisu v době, kdy se žalobce s jeho obsahem, seznamoval, chyběla, bylo právě vyjádření žalobce (které nepochybně znal a seznamovat se s ním proto nemusel). Soud tedy má za to, že žalobce měl možnost se s podklady pro rozhodnutí seznámit a rovněž se k nim vyjádřit. Je sice pravdou, že lhůta k vyjádření byla poměrně krátká (k seznámení se spisem došlo 25. 3. 2002 a lhůta k vydání rozhodnutí měla žalovanému uplynout dne 29. 3. 2002), nicméně se nejednalo o spis nikterak obsáhlý (pouze jeden šanon), navíc se s obsahem spisu žalobce seznamoval průběžně během správního řízení (nahlížel např. 12. 2. 2002, jak plyne z protokolu na čl. 91).

Na zákonnosti právě posuzovaného postupu žalovaného nemění nic ani skutečnost, že žalovaný vydal rozhodnut dříve, než mu byla doručena žalobcova odpověď týkající se celkového objemu jeho provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory. Žalovaný tyto informace shromažďoval za účelem zjištění podílu žalobce a osoby na řízení zúčastněné na trhu, přičemž odpovědi ostatních dotázaných měl v tu dobu opatřeny a měl tedy za to, že disponuje dostatečnými informacemi pro výpočet tohoto podílu. Soud podotýká, že na tomto

místě rozsudku posuzuje toliko zákonnost procesního postupu žalovaného, nikoli jeho závěru o tom, že disponuje dostatečnými informacemi pro výpočet velikosti podílu.

Rovněž není podstatné, že žalobce navrhl žalovanému, aby požádal o prodloužení lhůty k vydání rozhodnutí. Z protokolu nevyplývá, že by žalovaný žalobci slíbil takovou žádost podat a žalobce tedy nemohl předpokládat, že podána bude, natož, že jí bude vyhověno. Naopak žalobce měl vycházet z toho, že žalovaný hodlá 29. 3. 2002 rozhodnout, jak mu bylo žalovaným sděleno, a měl tedy svoje závěrečné vyjádření ve věci, hodlal-li se ještě vyjádřit, podat tak, aby se žalovanému dostalo do dispozice ještě před tímto datem. Podle soudu přitom nebyl důvod, aby žalobce s podáním vyjádření vyčkával a podal je až poté, co žalovanému sdělí celkový objem jeho provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory.

Pokud jde o řízení druhostupňové, tak s podklady pro rozhodnutí byl žalobce seznámen dne 8. 7. 2003 (jak vyplynulo z protokolu o vyjádření se k podkladům rozhodnutí a ke způsobu jejich zjištění). Žalobci byla stanovena 14-ti denní lhůta pro podání písemného vyjádření k podkladům pro rozhodnutí, která byla následně prodloužena, a žalobce v této prodloužené lhůtě vyjádření k podkladům podal.

Tato námitka tak důvodnou shledána nebyla

Žalobce rovněž namítá, že žalovaný nedostatečně zjistil skutkový stav ve vztahu k výhodnosti ceny za propojení nabízené společností ČESKÝ TELECOM, a.s.; předseda žalovaného pak pochybil, pokud nedoplnil řízení o zkoumání okolnosti výrazně nižších propojovacích cen v případě nepřímého propojení prostřednictvím společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s.

Ani tuto námitku soud důvodnou neshledal. Z napadeného rozhodnutí totiž vyplynulo, že se žalovaný i jeho předseda zmíněnou otázkou zabývali (žalovaný na str. 7 svého rozhodnutí a předseda žalovaného na str.10). Toto posouzení přitom soud považuje v kontextu dané námitky za dostatečné, neboť žalobce nijak nezpochybňuje fakt, že v rozhodnou dobu společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. skutečně nabízela propojit sítě žalobce a osoby na řízení zúčastněné za cca 3 Kč, přičemž předmětná smlouva o propojení mezi žalobcem a osobou na řízení zúčastněnou využití tohoto způsobu propojení (tj. nepřímého propojení) zapovídala. Z této skutečnosti žalovaný i jeho předseda vycházeli a o ní se také ve svých rozhodnutích opírali. Předseda žalovaného přitom dovodil, že tuto skutečnost (možnost propojení za cenu 3 Kč) nijak nemůže zpochybnit ani to, zda se jedná o cenu stanovenou na úrovni odpovídající skutečným nákladům či nikoli. V této souvislosti je nutné současně zdůraznit, že do kompetencí žalovaného nespadá zkoumání cenové problematiky propojení telekomunikačních zařízení a sítí, tato je svěřena právě ČTU. Předseda žalovaného tedy v kontextu této námitky dostatečně zjistil stav věci, neboť vyšel z toho, že existovala možnost propojení sítí žalobce a osoby na řízení zúčastněné za cca 3 Kč prostřednictvím společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. Zároveň předseda žalovaného vzal za zjištěné i tvrzení žalobce obsažené v rozkladu (na str. 11 a 17), že zmíněná cena nabízená společností ČESKÝ TELECOM, a.s. byla stanovena v rozporu se

zákonem o cenách, neboť z jeho rozhodnutí plyne, že na možnosti využití této nabídky nezákonné stanovení ceny nemůže nic změnit.

Soud zde však považuje za nezbytné zmínit, že zatímco žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí uvádí, že skutečnost, že společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. nabízela propojit sítě žalobce a osoby na řízení zúčastněné za cca 3,- Kč, vyplynula z podkladů dodaných žalovanému (aniž by soud ve správním spisu nalezl jakýkoli takový podklad), předseda žalovaného v rozhodnutí druhostupňovém již uvádí, že se jedná o všeobecně známou skutečnost (přičemž ani toto tvrzení předsedy žalovaného soud nepovažuje za správné, neboť podle názoru soudu cenu za propojení nabízenou společností ČESKÝ TELECOM, a.s. nelze označit za skutečnost všeobecně známou, neboť se jedná o informaci značně specifickou, známou pouze úzkému kruhu osob, disponujících příslušnými odbornými znalostmi). V daném případě však žalobce proti těmto závěrům nijak nebrojí a soud vázán žalobními body se jejich přezkumu *ex offo* věnovat nemůže. Žalobce (a logicky ani žalovaný) tedy pravdivost informace o možnosti propojení sítí za 3 Kč prostřednictvím společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. nezpochybňují, tato skutečnost tedy není mezi účastníky spornou a soud ji tak považoval za zjištěnou a v daném zřízení z ní vycházel.

Žalobce dále namítá, že žalovaný pochybil, pokud mu neumožnil seznámit se s listinami, na jejichž základě stanovil podíl žalobce a osoby na řízení zúčastněné na relevantním trhu. Ze spisu vyplynulo, že se jednalo o odpovědi celkem jedenácti provozovatelů, kteří poskytli údaje o celkovém objemu svého provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v České republice v roce 2001, a takto poskytnuté údaje žalovanému označili jako své obchodní tajemství. Žalovaný přitom s poskytnutými údaji jednotlivých provozovatelů, stejně jako s údaji žalobce o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v ČR a údaji o přehledu přelivového provozu mezi sítěmi žalobce a osoby zúčastněné na řízení, skutečně nakládal jako s obchodním tajemním (viz čl. 194, 208 a 271 správního spisu) a tyto dokumenty znepřístupnil.

Soud k tomu uvádí, že správní orgán není povolán k tomu, aby (vyjma případů, kdy je to vyloučeno pro nesplnění některého z pojmových znaků obchodního tajemství, uvedených v § 17 obchodního zákoníku) hodnotil, zda určité údaje, označené podnikatelským subjektem jako „obchodní tajemství" lze za obchodní tajemství považovat či nikoli. Správní orgán musí tedy ke skutečnostem takto označeným přistupovat odpovídajícím způsobem, a to podle § 23 odst. 3 správního řádu, podle něhož je povinností správního orgánu učinit opatření, aby nahlédnutím do spisu nebylo porušeno státní, hospodářské nebo služební tajemství, nebo zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti. Skutečnost, že pod režim § 23 odst. 3 správního řádu byla podřaditelná i ochrana obchodního tajemství (tedy institutu, který v době vzniku správního řádu v naší legislativě neexistoval) je judikaturou obecně přijímána (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2005, č.j. 2 A 13/2002 – 424, dostupný na www.nssoud.cz). Zde Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„pokud jde o možnost nahlížet do správního spisu, včetně těch částí, které obsahují obchodní tajemství, soud poukazuje na usnesení Ústavního soudu ČR II. ÚS 419/04,*

*které zdůrazňuje rozdíly mezi správním řízením a řízením soudním, co se týče práv jejich účastníků. Rozdíly plynou jak z odlišné povahy a začlenění správního orgánu (orgán moci výkonné) a soudu (orgán moci soudní), tak i ze základních zásad řízení. Zatímco soudní řízení ovládá zásada bezprostřednosti, ústnosti a veřejnosti, správní řízení je ovládáno zásadou neveřejnosti a písemnosti. U obou těchto typů řízení se přitom jedná o zásady ústavně souladné. Ze zásady písemnosti a neveřejnosti přitom vyplývá povinnost správního orgánu obsažená v § 23 odst. 3 zák. č. 71/1967 Sb., správního řádu (...). Není tedy na újmu práv účastníka řízení, když správní orgán uvedené zákonné ustanovení aplikuje. Na druhou stranu z jeho aplikace vyplývá pro správní orgán povinnost své rozhodnutí dostatečně odůvodnit a vyargumentovat i k těm částem spisového materiálu, ke kterým je účastníkům řízení zamezen přístup, aby tak mohl mít každý účastník alespoň rámcovou představu o obsahu a povaze utajených podkladů rozhodnutí*".

Lze tedy konstatovat, že postup žalovaného, který předložené odpovědi označil jako obchodní tajemství a žalobci do nich neumožnil nahlížet, byl v souladu s vysloveným právním názorem Nejvyššího správního soudu. Pokud však jde o povinnost „*své rozhodnutí dostatečně odůvodnit a vyargumentovat i k těm částem spisového materiálu, ke kterým je účastníkům řízení zamezen přístup, aby tak mohl mít každý účastník alespoň rámcovou představu o obsahu a povaze utajených podkladů rozhodnutí*", tak tu podle názoru soudu žalovaný dostatečně nesplnil. Z rozhodnutí předsedy žalovaného, jakož i ze správního spisu, sice plyne, že z nahlížení vyloučené listiny obsahují údaje telekomunikačních operátorů o jejich celkovém objemu provozu s jinými telekomunikačními operátory v České republice v roce 2001, nicméně ani z jednoho správního rozhodnutí není vůbec zřejmé (a to ani rámcově), jakým způsobem z těchto údajů žalovaný vypočetl společný podíl žalobce a osoby na řízení zúčastněné na relevantním trhu. Tuto skutečnost přitom napadená správní rozhodnutí obsahovat musí, neboť velikost podílu je v obou rozhodnutích uvedena a je v daném případě podstatná pro posouzení otázky vynětí posuzované dohody ze zákazu dohod podle § 3 odst. 1 a § 4 odst. 1 ZOHS (§ 6 ZOHS). V tomto ohledu tedy žalovaný pochybil.

Žalobce dále namítá, že žalovaný nedostatečně zjistil stav věci, neboť při výpočtu podílu žalobce a osoby zúčastněné na řízení nezohlednil všechny provozovatele veřejné telekomunikační sítě, konkrétně společnost PRAGONET, a.s. s tím, že takto neoslovených společností mohlo být pochybením žalovaného více.

K této námitce předseda žalovaného uvedl, že zmíněná společnost má podle zjištění žalovaného během správního řízení na trhu toliko marginální podíl, a že tedy její neoslovení nemohlo správnost stanovení podílu nijak ovlivnit. Ve správním spisu však tento závěr žalovaného nemá žádnou oporu, není zde totiž obsaženo nic, z čeho by takováto informace vyplývala.

Podle § 32 odst. 1 správního řádu je správní orgán povinen zjistit přesně a úplně skutečný stav věci a za tím účelem si opatřit potřebné podklady pro rozhodnutí. Přitom není vázán jen návrhy účastníků řízení. Co je podkladem rozhodnutí stanoví odst. 2

tohoto ustanovení; jedná se zejména o podání, návrhy a vyjádření účastníků řízení, důkazy, čestná prohlášení, jakož i skutečnosti všeobecně známé nebo známé správnímu orgánu z jeho úřední činnosti. Rozsah a způsob zjišťování podkladů pro rozhodnutí určuje správní orgán.

Podle § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s. soud zruší napadené rozhodnutí pro vady řízení bez jednání rozsudkem proto, že skutkový stav, který vzal správní orgán za základ napadeného rozhodnutí, je v rozporu se spisy nebo v nich nemá oporu anebo vyžaduje rozsáhlé nebo zásadní doplnění.

V daném případě předseda žalovaného ve svém rozhodnutí uvedl, že neoslovení společnosti PRAGONET, a.s. nemohlo mít na stanovení velikosti společného podílu žalobce a osoby na řízení zúčastněné žádný vliv, aniž by pro tento závěr obsahoval spis jakýkoli podklad. Jestliže tedy má soud tento jeho závěr k žalobní námitce přezkoumat a postavit na jisto, zda byl zjištěn dostatečně stav věci, přestože žalovaný zmíněnou společnost neoslovil, nemá jak, neboť správní rozhodnutí ani správní spis k tomu neobsahují žádné informace ani podklady.

Shodná situace je přitom i v případě přezkoumání stanovení výše společného podílu žalobce a osoby na řízení zúčastněné, jehož správné určení žalobce rovněž zpochybňuje. Nejvyšší správní soud navíc ve druhém zrušovacím rozsudku zdejší soud zavázal k tomu, aby se ke stanovení výše podílu ve svém rozsudku přezkoumatelně vyjádřil a svůj závěr alespoň rámcově odůvodnil (čl. 188 první odstavec druhého zrušovacího rozsudku).

Zdejší soud při posuzování této otázky vyšel ze správního spisu, zejména z odůvodnění napadeného rozhodnutí. Předseda žalovaného v napadeném rozhodnutí uvedl, že žalovaný dospěl k závěru o tom, že společný podíl žalobce a osoby zúčastněné na řízení na daném relevantním trhu je 7 % na základě odpovědí provozovatelů, kteří poskytli údaje o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v ČR v roce 2001, a takto poskytnuté údaje žalovanému označili jako své obchodní tajemství. Součástí spisu jsou výzvy žalovaného adresované jednotlivým provozovatelům veřejných telekomunikačních sítí k tomu, aby sdělili údaje o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v ČR. Ze spisu však není vůbec zřejmé, na základě čeho žalovaný dospěl k závěru, že má oslovit právě tyto společnosti a žádné jiné. Ze spisu tedy předně neplyne, zda žalovaný oslovil skutečně všechny telekomunikační operátory v České republice, případně proč některé operátory neoslovil.

Převážná většina oslovených provozovatelů následně žalovanému odpověděla a údaje o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v ČR za rok 2001 v minutách sdělila; tyto údaje však provozovatelé označili za své obchodní tajemství (viz čl. 194 správního spisu). Jednotlivé odpovědi pak obsahují údaje o počtu minut volaných do sítě konkrétního provozovatele ze sítě jiných provozovatelů (tzv. incoming) a údaje o počtu minut volaných ze sítě konkrétního provozovatele do sítí jiných provozovatelů (tzv. outgoing). Některé odpovědi obsahují

ještě množství minut v rámci tranzitu. Na základě těchto údajů pak žalovaný měl dospět k závěru o tom, že velikost společného podílu žalobce a osoby na řízení zúčastněné na relevantním trhu provozování veřejných telekomunikačních sítí je 7 %. Velikost podílu pak žalovaný poprvé uvedl až v prvostupňovém rozhodnutí, aniž by jakkoli blíže osvětlil způsob jeho výpočtu. Konkrétní postup při výpočtu podílu přitom neobsahuje ani napadené rozhodnutí předsedy žalovaného a není nijak zřejmý ani ze správního spisu, a to ani ze žádné jeho neveřejné části. V daném případě přitom způsob výpočtu podílu jednoznačně neplyne ani z odpovědí oslovených operátorů. Soudu tak není zřejmé, jak žalovaný k údaji o tom, že výše společného podílu činí právě 7 %, dospěl.

Pokud žalovaný k výši podílu dospívá na základě předmětných odpovědí oslovených operátorů o množství minut směřujících ze sítí jednotlivých operátorů do sítí operátorů jiných, je nezbytné, aby byly zásadně osloveni všichni operátoři. Jestliže pak výše podílu z těchto odpovědí není zcela zřejmá, ani z nich jednoznačně nevyplývá, musí být ze spisu zřejmý postup (algoritmus), jakým žalovaný ke konkrétnímu číslu o velikosti podílu dospěl. Pokud se jedná o údaje označené jako obchodní tajemství, jistě je na místě, aby takový výpočet byl obsažen v neveřejné části spisu, označené rovněž jako obchodní tajemství. Neobsahuje-li spis žádný takový podklad, nemůže soud přezkoumat správnost tohoto výpočtu.

V daném případě tedy skutkový stav, který vzal žalovaný za základ napadeného rozhodnutí, nemá oporu ve spisech, neboť není zřejmé, na základě čeho žalovaný oslovil společnosti, které oslovil, resp. zda oslovil všechny telekomunikační operátory, které bylo třeba k řádnému stanovení společného podílu žalobce a osoby na řízení zúčastněné na daném relevantním trhu oslovit. Současně není vůbec zřejmé, jakým způsobem žalovaný údaje uvedené v odpovědích transformoval do závěru, že výše společného podílu žalobce a osoby na řízení zúčastněné činí 7 %. Podle názoru soudu se přitom jedná o vadu, kterou nelze nahradit činností soudu a nelze ji odstranit ani při případném ústním jednání u zdejšího soudu, neboť ani v případě, že by žalovaný, resp. jeho zástupkyně byla schopna shora uvedené nejasnosti vysvětlit, nic by to nezměnilo na skutečnosti, že správní spis neobsahuje podklady, které obsahovat musí.

## Vb. Hmotné

Přestože soud shledal v postupu žalovaného vadu podle § 76 odst. 1 s. ř. s., nebrání tato skutečnost tomu, aby se zabýval i ostatními žalobními body, tedy i těmi, které se týkají hmotného posouzení věci.

Zdejší soud se přitom, vázán předmětem řízení, nezabýval vymezením relevantního trhu ani související žalobcovou námitkou, že na relevantním trhu „ukončení hlasového volání v jednotlivých mobilních sítí“ neexistuje hospodářská soutěž. Závěry žalovaného ve vztahu k těmto skutečnostem totiž žalobce v žalobě nezpochybňoval. Pokud správnost vymezení relevantního trhu zpochybňuje žalobce ve svém podání ze dne 7. 6. 2010, stalo se tak po uplynutí lhůty k podání žaloby a takto uplatněnými žalobními body se soud zabývat nemohl.

Totéž je třeba uvést ve vztahu k námitkám, které žalobce z nesprávně vymezeného relevantního trhu dovozuje, i k námitce, že předmětná dohoda spadala pod limity obsažené v nařízení Komise č. 2790/1999, případně pod výjimku zakotvenou v § 3 odst. 4 ZOHS (tj. že na dohodu zákaz nedopadá, neboť se jedná o dohodu, která přispěje ke zlepšení výroby nebo distribuce zboží nebo k podpoře technického či hospodářského rozvoje). Rovněž námitka porušení zákazu retroaktivity, kterou žalobce spatřuje v tom, že žalovaný postupoval podle nesprávného zákona (ZOHS), neboť smlouva o propojení byla uzavřena v době účinnosti zákona č. 63/1991 Sb., ochraně hospodářské soutěže, nebyla uplatněna v žalobě, ale až ve vyjádření ze dne 4. 10. 2010. To samé platí ohledně námitky, že žalovaný měl použít pro žalobce příznivější právní úpravu (tj. ZOHS) a vážit poskytnutí individuální výjimky podle čl. 101 odst. 3 Smlouvy o fungování Evropské unie, a námitky, že propojení žalobcovy veřejné mobilní telekomunikační sítě se sítí společností ČESKÝ TELECOM, a.s. nebylo v rozhodné době dimenzováno na tranzitování provozu ze sítě osoby zúčastněné na řízení do sítě žalobce, která byla uplatněna ještě později (až v dalším žalobcově vyjádření ze dne 4. 4. 2011).

Uvedené žalobní body žalobce v žalobě neuplatnil, a to ani v hrubých rysech, a uvedl je poprvé až ve shora zmíněných podáních ze dne 7. 6. 2010, 4. 10. 2010 a 4. 4. 2011. K rozšíření žaloby o další žalobní body přitom může dojít pouze ve lhůtě pro podání žaloby, která činí dva měsíce ode dne doručení písemného vyhotovení napadeného správního rozhodnutí (§ 71 odst. 2 a § 72 odst. 1 s. ř. s.). Zmíněná vyjádření žalobce byla podána řadu let po uplynutí této lhůty.

Dovolává-li se žalobce toho, aby soud k námitce porušení zákazu retroaktivity přihlédl *ex offo,* nelze mu přisvědčit. Jak totiž uvedl rozšířený senát Nejvyššího správního soudu ve svém usnesení ze dne 8. 3. 2011, čj. 7 Azs 79/2009-84, www.nssoud.cz: „*Správní soudnictví poskytuje ochranu subjektivním právům fyzických a právnických osob způsobem a za podmínek stanovených zejména soudním řádem správním. V případě ochrany před nezákonným rozhodnutím je na žalobci, aby v zákonné lhůtě soustředil důvody, v jejichž mezích má být rozhodnutí soudem zkoumáno. Soudní přezkum není a nemůže být všeobecnou kontrolou zákonnosti postupu a rozhodování správních orgánů. Je vždy na osobě rozhodnutím dotčené, zda toto rozhodnutí akceptuje, či zda se proti němu bude bránit u soudu; je rovněž na její vůli, jaká pochybení označí za podstatná. Dispoziční zásada je vyjádřena v § 75 odst. 2 s. ř. s., přičemž žalobní body jsou podle § 71 odst. 1 písm. d) s. ř. s. náležitostí žaloby a musí z nich být patrno, z jakých skutkových a právních důvodů považuje žalobce napadené výroky za nezákonné nebo nicotné. K požadavku na kvalitu žalobních bodů se vyslovil rozšířený senát v rozsudku ze dne 24. 8. 2010, čj. 4 As 3/2008-78, č. 2162/2011 Sb. NSS: „Uvedení žalobních bodů je jednoznačné ustavení rámce požadovaného soudního přezkumu ve lhůtě zákonem stanovené k podání žaloby. Zákonný požadavek je proto naplněn i jen zcela obecným a stručným - nicméně srozumitelným a jednoznačným - vymezením skutkových i právních důvodů tvrzené nezákonnosti nebo procesních vad správního aktu tak, aby bylo zřejmé, v jaké části a z jakých hledisek se má soud věcí zabývat.*“ Podle citovaného usnesení lze dispoziční

zásadu prolomit a meze vytýčené žalobou překročit toliko v případě zakotveném v § 76 odst. 2 s. ř. s., podle něhož soud vysloví i bez návrhu nicotnost rozhodnutí, a dále tehdy, jestliže soud shledá některou z vad uvedených v § 76 odst. 1 s. ř. s. v takovém rozsahu, že brání přezkoumání rozhodnutí v rozsahu žalobních bodů. „*Tato vadnost a nemožnost podrobit rozhodnutí zkoumání musí být zjevná buď ze spisu (či z jeho absence), nebo z rozhodnutí samého, pokud bude postrádat srozumitelnost či důvody v takové míře, že vylučuje zkoumání důvodnosti žaloby, anebo ji soud sezná na základě jiných rozhodných skutečností, jež se dostanou do jeho sféry*". Namítané porušení zákazu retroaktivity přitom podle zdejšího soudu nespadá mezi žádnou z uvedených vad, k nimž lze přihlížet *ex offo*.

Pokud jde o námitku porušení zásady *ne bis in idem*, kterou žalobce uplatnil při ústním jednání konaném dne 16. 6. 2009, tak ta rovněž nebyla obsažena v žalobě a žalobce ji poprvé uplatnil až řadu let po uplynutí lhůty pro podání žaloby. Nejedná se tak o včas uplatněný žalobní bod a soud se jím proto zabývat nemůže. Současně k posouzení této otázky nelze přistoupit *ex offo*, a to ze shodných důvodů, jako soud nemůže přihlížet k námitce porušení zákazu retroaktivity.

S ohledem na to, že jak žalobce tak žalovaný se k této námitce obsáhle vyjadřovali, považuje soud za vhodné poukázat zde na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 2. 2011, sp. zn. 5 Afs 4/2010, kterým byl zrušen rozsudek zdejšího soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 62 Ca 35/2007-153, v němž zdejší soud ve skutkově i právně obdobné věci dospěl k závěru, že pokud jeden správní orgán (ČTU) již v minulosti rozhodoval o smlouvě o propojení a její platnosti, nebyl jiný správní orgán (žalovaný) oprávněn platnost smlouvy o propojení a oprávněnost jejího plnění smluvními stranami zkoumat, a to bez ohledu na rozdílnost cílů sledovaných právními předpisy, které jednotlivé správní orgány na smlouvu aplikovaly. Nejvyšší správní soud však ve zmíněném rozsudku dospěl k závěru opačnému. Zdůraznil, že ohledně otázky, zda dohody obsažené ve smlouvě o propojení podléhají zákazu dohod narušujících soutěž ve smyslu § 3 až 6 ZOHS, měl pravomoc rozhodnout žalovaný (ÚOHS), nikoli ČTU. Porušení zásady *nes bin idem* ani zásady *res iudicata* tedy v tomto případě neshledal. Na několika místech rozsudku zdůraznil, že ČTU neměl pravomoc rozhodovat o tom, zda dohody obsažené ve smlouvě o propojení podléhají zákazu dohod narušujících soutěž ve smyslu § 3 až 6 ZOHS. Pokud správní orgán, tady žalovaný (ÚOHS) následně rozhodl o otázce spadající do jeho pravomoci, nepostupoval v rozporu se zásadou *ne bis in idem*.

Dále se soud tedy zabýval posouzením smlouvy o propojení a to v rozsahu uplatněných žalobních bodů.

Podle § 7 odst. 1 ZOHS zjistí-li žalovaný při výkonu dozoru nebo z jiného podnětu, že byla uzavřena zakázaná dohoda (§ 3 až 6), tuto skutečnost v rozhodnutí deklaruje a zároveň tímto rozhodnutím plnění této dohody do budoucna zakáže.

Podle § 7 odst. 2 ZOHS soutěžitelé mohou podat žalovanému návrh na určení, zda určitá jejich dohoda podléhá zákazu podle § 3 až 6 ZOHS.

Podle § 3 odst. 1 ZOHS jsou dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen "dohody"), které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže, zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud žalovaný nepovolí svým rozhodnutím nebo vyhláškou z tohoto zákazu výjimku.

Z obsahu Smlouvy o propojení telekomunikačních zařízení a sítí ze dne 20.12.2000 uzavřené mezi žalobcem a osobou zúčastněnou na řízení, jejíž nedílnou součástí je Příloha A – Popis propojovacího bodu, technické vlastnosti, testování a propojovací kapacita (Příloha A obsahuje přílohu A1, A2 a A3), Příloha B – Poskytované služby, Příloha C – Ceny za propojení (Příloha C obsahuje přílohu C1), Příloha D – Fakturace a účtování, Příloha E – Adresy a kontaktní osoby, Příloha F – Údaje o vzájemném provozu, ve znění Dodatku č. 1 ke Smlouvě o propojení ze dne 25.5.2001, vyplývá, že strany této smlouvy se v čl. 3.1 dohodly, že *„propojení sítí se realizuje výhradně v propojovacích bodech prostřednictvím propojovacích spojů. Propojovací body jsou popsány v Příloze A této smlouvy"*. Příloha A pak detailněji popisuje propojovací body a technické vlastnosti obou propojovaných sítí, a to zejména umístění propojovacích bodů, specifikaci a kapacitu zařízení a vlastnosti telefonního propojení. Z čl. 6.6 je zřejmé, že po dobu neexistence přímého propojení mezi sítěmi osoby zúčastněné na řízení a žalobce si budou obě strany poskytovat služby tranzitem, prostřednictvím pevné sítě společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. Tento provoz se bude řídit touto smlouvou a podmínkami sjednanými každou smluvní stranou se společností ČESKÝ TELECOM, a.s. Z čl. 7.1 vyplývá dohoda stran, že *„za služby poskytnuté druhé smluvní straně podle této smlouvy bude každá smluvní strana účtovat ceny za propojení uvedené v Příloze C. Tyto ceny nezahrnují DPH a jsou uváděny a budou hrazeny v českých korunách (Kč)"*. Podle přílohy C1 a dodatku č. 1 ke smlouvě o propojení pak byla cena za minutu propojení za hlasový, faxový a datový provoz ze sítě jedné smluvní strany do sítě druhé smluvní strany od 17. 4. 2000 do 30. 4. 2001 7,45 Kč a od 1. 5. 2001 do 31. 12. 2001 6,50 Kč.

Pokud žalobce namítá, že předmětem smlouvy o propojení byla pouze úprava přímého propojení mezi sítěmi smluvních stran, přičemž nepřímým propojením se smlouva nezabývala, a tedy je ani nevylučovala, nemůže mu zdejší soud přisvědčit. Logickým výkladem projevu vůle stran dohody obsažené v čl. 3.1 a navazujících přílohách ve spojení s dohodou obsaženou v čl. 6.6 je zřejmý úmysl stran realizovat propojení svých telekomunikačních sítí výhradně přímým propojením s výjimkou nedostatečné kapacity či neexistence přímého propojení; pouze v takovém případě je propojení realizováno tranzitem prostřednictvím pevné sítě společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. Pokud tedy přímé propojení existuje a má dostatečnou kapacitu, nemá žádná ze stran smlouvy možnost využívat alternativní způsob propojení tranzitem, a to ani v případě, pokud by to bylo výhodnější.

Shodně se ostatně k této otázce postavil i Nejvyšší správní soud ve druhém zrušovacím rozsudku, kde uvedl, že *„argumentace stěžovatele* (pozn. zdejšího soudu: tj. žalobce), *že Smlouva nepřímé propojení vůbec neupravuje a účastníkům tedy nic*

*nebránilo do budoucna takovou smlouvu uzavřít, není důvodná. Tím, že Smlouva omezila nepřímé propojení pouze na případy neexistence přímého propojení a nedostatečné kapacity, současně omezila všechny další možnosti využití nepřímého propojení a tím využití nepřímého propojení fakticky vyloučila".* Z uvedeného je tedy zřejmé, že předmětná smlouva o propojení zavazovala smluvní strany (žalobce a osobu na řízení zúčastněnou) k tomu, aby veškeré propojení realizovali pouze prostřednictvím přímého propojení. Tato námitka tak důvodná není.

Rovněž nedůvodná je žalobcova námitka, že mu takto koncipovanou smlouvu ukládal uzavřít zákon o telekomunikacích. Tuto nedůvodnost přitom shledal i Nejvyšší správní soud, který ve druhém zrušovacím rozsudku uvedl: *„Argumentaci stěžovatele snažící se obsah Smlouvy odůvodnit legislativními požadavky považuje soud za účelovou, neboť stěžovatelem uváděné legislativní požadavky rozhodně účastníkům Smlouvy nepředepisovaly zavázat se výhradně k jednomu z možných způsobů propojení, v projednávané věci k propojení přímému".*

Dále je třeba posoudit, zda smlouva o propojení podléhá zákazu podle § 3 až 6 ZOHS, jak tvrdí žalovaný či nikoli.

Jak uvedl Nejvyšší správní soud ve druhém zrušovacím rozsudku, *„k tomu, aby určitá dohoda byla považována za zakázanou, musí být kromě naplnění formálních znaků naplněny i materiální podmínky protisoutěžního charakteru dohody.(...) Z judikatury Evropské unie vyplývá, že zakázané jsou dohody, které mají za cíl (účel) narušení soutěže (aniž by takového cíle bylo třeba byť jen částečně dosaženo a aniž by byl stranami zamýšlen), a dohody, které mají nebo mohou mít protisoutěžní následek (a to zásadně bez ohledu na to, zda byl takový následek stranami zamýšlen), pokud se vyznačují takovými znaky mířícími na způsobení negativního efektu na trhu, které snesou kritérium „dostatečnosti" či „podstatnosti" a z pohledu způsobení protisoutěžního efektu též reálnosti. Má-li dohoda protisoutěžní cíl (účel), není již nutné zjišťovat její účinky na relevantním trhu (viz např. rozsudky ve věcech Consten/Grundig, str. 342, Anic Partecipazioni, odst. 99). Soutěž přitom „musí být chápána ve skutečném kontextu, v jakém by byla, kdyby sporná dohoda neexistovala" (viz rozsudek ve věci Société Technique Minière, str. 250). Opačný výklad by dle názoru kasačního soudu vedl k závěru, že posouzení narušení hospodářské soutěže by mohlo být vystavěno toliko na teoretických úvahách, jež postrádají reálný základ".* Nejvyšší správní soud přitom zavázal soud zdejší k tomu, aby vyhodnotil právě materiální podmínku protisoutěžního charakteru předmětné smlouvy.

Předmětem zákazu podle § 3 odst. 1 ZOHS jsou tedy takové „dohody" mezi soutěžiteli, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže. Ze znění uvedeného ustanovení, jakož i z judikatury Nejvyššího správního soudu (viz např. rozsudek ze dne 9. 1. 2007, č. j. 1 As 19/2006-55), je zřejmé, že ZOHS je založen na principu potenciální soutěže, takže na jeho základě lze působit i preventivně. Není proto nutné, aby zákonem zakázaná dohoda k narušení hospodářské soutěže skutečně vedla nebo aby následek již fakticky nastal. K vyvození postihu je možno přistoupit i tehdy, je-li zde taková „dohoda", která k takovému následku může vést, a to bez

ohledu na úmysl, který k přijetí takového rozhodnutí vedl. Potencialita narušení hospodářské soutěže se přitom vztahuje jak k protisoutěžnímu cíli dohod, tak k jejich protisoutěžnímu následku.

Co se rozumí narušením hospodářské soutěže ZOHS neupravuje. Ustanovení § 1 odst. 1 ZOHS tento pojem zavádí pouze jako legislativní zkratku pro vyloučení, omezení, jiné narušení nebo ohrožení. Narušením soutěže lze podle názoru soudu v obecné rovině rozumět každé jednání, které je v rozporu se závaznými pravidly hospodářské soutěže vyplývajícími ze ZOHS a je tak nebezpečné pro soutěž, tedy svobodu jiných konkurentů při jejich jednání v hospodářské soutěži na trhu. Jak již uvedl Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 21. 10. 2004, č. j. 2 A 11/2002 - 227, publikovaném pod č. 463/2005 Sb. NSS, účelem ZOHS je ochrana konkurence jako ekonomického jevu. „*Jak jednoznačně vyplývá z předmětu úpravy zákona, nechrání tento jednotlivé soutěžitele, nýbrž chrání soutěž na trhu zboží. Jedná se tudíž o objektivní zájem společnosti na zachování účinné hospodářské soutěže (...)*" (pozn. soudu: zmíněný rozsudek se sice týká předchozího ZOHS z roku 1991, v tomto ohledu je však plně použitelný i na ZOHS). Určité jednání tak narušuje hospodářskou soutěž tehdy, pokud se tato soutěž neuskutečňuje v důsledku tohoto jednání účinně a svobodně (tedy normálně) tak, jako by se uskutečňovala, pokud by zde předmětné jednání nebylo.

V daném případě soud narušení účinné a svobodné soutěže shledal, neboť dohoda žalobců deformovala soutěžní podmínky na trhu v tom smyslu, že se žalobce a osoba na řízení zúčastněná nemohli svobodně rozhodnout, jakým způsobem realizují propojení svých sítí. Dohoda obsažená ve smlouvě o propojení tak omezovala svobodnou vůli účastníků (žalobce a osoby zúčastněné na řízení) rozhodnout se pro jiný způsob propojení než pro propojení přímé, neboť pokud existovalo přímé propojení a mělo dostatečnou kapacitu, neměl žádný z účastníků smlouvy možnost využívat alternativní způsob propojení tranzitem, čímž došlo k omezení soutěže, neboť účastníci smlouvy nemohli při vzájemném propojení sítí spolupracovat s jinými provozovateli telekomunikačních služeb. Ze spisu je přitom zřejmé, že společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. vzájemné propojení sítí obou účastníků nabízela a osoba na řízení zúčastněná tohoto nepřímého propojení chtěla v létě a na podzim roku 2001 využít, avšak v důsledku existence smlouvy o propojení nepřímého propojení využít nemohla. Došlo tak k deformaci svobodné soutěže na daném relevantním trhu, neboť neexistovala-li by smlouva o propojení, realizovala by osoba na řízení zúčastněná propojení se sítí žalobce prostřednictvím sítě společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s.

Podle názoru soudu smlouva dopadla i na konečné spotřebitele a snížila tak jejich blahobyt, neboť v důsledku dohody museli platit vyšší minutovou cenu za spojení hovorů. Smlouva totiž zavazovala účastníky k propojení výhradně přímému (kde byli účastníci povinni platit si navzájem 7,50 Kč, resp. 6,50 Kč za minutu) a žádný z účastníků smlouvy neměl možnost využívat alternativní způsob propojení tranzitem, a to ani tehdy, byl-li by výhodnější. Jak soud poukázal výše, skutečnost, že v rozhodnou dobu společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. nabízela propojit sítě žalobce a osoby na řízení zúčastněné za cca 3 Kč, je mezi účastníky řízení nesporná. Podle

názoru soudu tedy v rozhodnou dobu existovala alternativa propojení sítí žalobce a osoby na řízení zúčastněné, která byla výhodnější, než propojení přímé (stála cca méně než polovinu minutové ceny). Rovněž žalobce ani žalovaný nerozporuje, že osoba na řízení zúčastněná hodlala v létě a na podzim roku 2001 tuto cenově výhodnější alternativu pro přenos signálu ze své sítě do sítě žalobce využít, avšak žalobce navrženou změnu smlouvy o propojení zamítl. Nebýt tedy předmětné smlouvy o propojení, resp. jejího zákazu využití jiného propojení než propojení přímého, mohli účastníci svoje sítě propojit prostřednictvím společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. za poloviční náklady. Soud přitom považuje za zcela správný a logický závěr žalovaného, že tyto vyšší náklady museli účastníci smlouvy promítnout do ceny volání a tím se tedy důsledek dohody projevil na jejich konečných zákaznících (spotřebitelích), kteří byli nuceni platit tyto vyšší náklady v cenách za uskutečněný hovor. Jinými slovy řečeno, pokud by došlo k propojení sítí nepřímo za zhruba poloviční poplatek, je zřejmé a logické, že by došlo ke snížení ceny hovorného, neboť by nemusel být placen propojovací poplatek ve výši 6,50 Kč, ale jen 3 Kč. Posuzovaná dohoda tak měla protisoutěžní následek.

Soud má přitom za to, že skutečnost, že v rozhodnou dobu existovala možnost propojení sítí žalobce a osoby zúčastěné na řízení prostřednictvím společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. za cca 3 Kč, nemůže nijak zpochybnit ani to, že společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. tuto cenu stanovila v rozporu se zákonem o cenách. Ze spisu (konkrétně z rozkladu žalobce, str. 11), vyplynulo, že ČTU ve svém rozhodnutí ze dne 2. 4. 2002 zavázal společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. k tomu, aby žalobci doplatila rozdíl mezi jí placenými 3 Kč za minutu a žalobcem požadovanými 6,50 Kč. Byla to tedy společnost ČESKÝ TELECOM, a.s., k jejíž tíži šlo nezákonné stanovení výše ceny za propojení. Osoba na řízení zúčastněná, která by tohoto propojení využila, by tak skutečně platila méně, než žalobcem požadovaných 6,50 Kč za minutu. Ani nezákonné stanovení cen tedy nijak neovlivňuje to, že na trhu výhodnější nabídka existovala a osoba na řízení zúčastněná ji hodlala využít.

Jestliže žalobce navrhuje provedení výslechu svědka Ing. Richarda Přibyla, senior manažera technologického úseku žalobce, tak ten soud s ohledem na výše uvedené za potřebný nepovažuje. Pokud soud dospěl k závěru, že nezákonné (a případně podnákladové) stanovení tříkorunového poplatku společností ČESKÝ TELECOM, a.s. nemá vliv na protisoutěžní charakter dohody, není třeba tvrzení o nevýhodnosti tohoto nepřímého propojení dokazovat svědeckým výslechem.

Podle názoru soudu tedy výše popsaný prostisoutěžní efekt disponuje též požadovanou reálností (osoba zúčastněná na řízení hodlala využít jiného způsobu propojení, který byl levnější, avšak to jí v důsledku existence dohody nebylo umožněno).

Pokud pak jde o otázku, zda se předmětná dohoda vyznačuje takovými znaky mířícími na způsobení negativního efektu na trhu, které snesou kritérium „dostatečnosti“ či „podstatnosti“, je k jejímu zodpovězení třeba správně stanovit společný podíl žalobce a osoby na řízení zúčastněné na daném relevantním trhu a poté

posoudit, zda se nejedná o dohodu, na níž by se s ohledem na pravidlo *de minimis* zákaz nevztahoval. Jednalo-li by s totiž o tzv. bagatelní dohodu nelze podle názoru soudu hovořit o tom, že je schopná narušit soutěž citelně (dostatečně). K posouzení této otázky však nemá zdejší soud v daném řízení prostor, neboť, jak je uvedeno shora, soud nemá možnost přezkoumat, zda žalovaný stanovil společný podíl žalobce a osoby na řízení zúčastněné ve výši 7 % správně, neboť není zřejmý algoritmus, na základě něhož k výpočtu podílu došlo.

Sporná je v daném případě rovněž to, jestli se jedná o dohodu horizontální nebo vertikální. Postavení této skutečnosti na jisto je přitom nezbytné pro správné užití pravidla *de minimis* (§ 6 ZOHS).

Podle § 5 ZOHS jsou dohody soutěžitelů, kteří působí na stejné úrovni trhu zboží, horizontálními dohodami (odst.1), zatímco dohody soutěžitelů, kteří působí na různých úrovních trhu zboží, vertikálními dohodami (odst. 2).

Jak je již poukázáno výše, relevantním trhem je v daném případě trh tak, jak jej vymezil žalovaný, neboť žalobce správnost ani zákonnost tohoto vymezení ve lhůtě pro podání žaloby nezpochybnil a soudu tak nezbývá, než vycházet z definice relevantního trhu podané žalovaným. Relevantním trhem tedy není trh „ukončení hlasového volání v jednotlivých mobilních sítí", jak žalobce namítá ve vyjádřeních uplatněných po uplynutí lhůty k podání žaloby, ale „trh provozování veřejných telekomunikačních sítí". Na tomto trhu přitom žalobce a osoba zúčastněná na řízení nepochybně jsou konkurenty. Oba jsou telekomunikačními operátory, kteří mezi sebou „bojují" na tomto trhu o zákazníky, jimž by poskytovali hlasové, datové a další telekomunikační služby. Jak ale připouští v napadeném rozhodnutí předseda žalovaného a některá odborná literatura (např. Raus, D., Neruda, R.: Zákon o ochraně hospodářské soutěže, Komentář a souvisící české a komunitární předpisy, 2. aktualizované a přepracované vydání, LINDE PRAHA, 2006, s. 122), i dohoda mezi vzájemnými konkurenty na trhu může být za určitých okolností dohodou vertikální, a to pokud je postavení účastníků pro účely této dohody vertikálního charakteru. Soud tedy činí dílčí závěr, že pro určení charakteru určité dohody jako vertikální či horizontální není stěžejní obecné postavení účastníků této dohody na relevantním trhu, nýbrž konkrétní postavení účastníků (soutěžitelů), v němž se pro účely dané dohody nacházejí. Skutečnost, že je při posuzování charakteru dohody podstatné postavení soutěžitelů „pro účely dohody" a nikoli jejich obecné postavení na relevantním trhu ostatně plyne i z nařízení Komise ES č. 2790/1999 ze 22. 12. 1999, o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě.

Předmětem smlouvy o propojení bylo určení podmínek, na základě kterých bude docházet k vzájemnému propojení sítí účastníků této smlouvy (žalobce a osoby na řízení zúčastněné) za účelem poskytování telekomunikačních služeb svým zákazníkům (čl. 2 smlouvy o propojení). V rozhodnou dobu účinný zákon o telekomunikacích rozuměl telekomunikační službou takovou službu, jejíž poskytování spočívá zcela nebo zčásti v přepravě nebo směrování informací telekomunikačními sítěmi třetím osobám (§ 2 odst. 5 zákona o telekomunikacích).

Předmětná smlouva tedy byla nástrojem, který umožňoval společné zprostředkování přepravy informací (převážně hovorů) mezi třetími osobami (zákazníky) obou smluvních stran. K tomu, aby mohlo ke vzájemnému propojení obou sítí dojít, pak bylo třeba spolupráce obou účastníků (žalobce i osoby na řízení zúčastněné) v tom smyslu, aby se zákazník jednoho účastníka „spojil" se zákazníkem účastníka druhého, tedy aby hovor zahájený zákazníkem v jedné síti byl řádně „doručen" k zákazníkovi sítě druhé. Soud má tedy za to, že jeden z operátorů (např. žalobce) je v případě vzájemného propojení obou sítí v postavení dodavatele telekomunikační služby, druhý operátor (osoba na řízení zúčastněná) je v postavení subdodavatele a zákazník je v postavení konečného odběratele této služby. V případě této dohody tedy žalobce a osoba na řízení zúčastněná nevystupují jako konkurenti (byť jimi nepochybně v obecné rovině na daném relevantním trhu jsou), nýbrž jako spolupracující dodavatel a subdodavatel, kteří si navzájem přeprodávají transfer hovoru mezi svými sítěmi.

Soud tedy dospívá k závěru, že v případě dané dohody nelze hovořit o přímém soutěžním vztahu mezi jejími účastníky, který je pro existenci horizontální dohody nezbytný, a posuzovanou dohodu je tedy třeba považovat za dohodu vertikální, neboť upravuje dodavatelsko – distribuční vztah telekomunikační služby.

## VI. Závěr

Zdejší soud tedy shledal, že skutkový stav, který vzal žalovaný za základ napadeného rozhodnutí, nemá oporu ve spisech, neboť není zřejmé, na základě čeho žalovaný oslovil společnosti, které oslovil, resp. zda oslovil všechny telekomunikační operátory, které pro správné stanovení společného podílu žalobce a osoby na řízení zúčastněné oslovit měl. Současně není vůbec zřejmé, jakým způsobem žalovaný údaje uvedené v odpovědích transformoval do závěru, že výše podílu žalobce a osoby na řízení zúčastněné činí 7 %. Soud proto rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil podle § 76 odst. 1 písm. b) s. ř. s. a podle § 78 odst. 4 s. ř. s. vyslovil, že se věc vrací žalovanému k dalšímu řízení. V něm je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu vysloveným v tomto rozhodnutí (§ 78 odst. 5 s. ř. s.). V novém řízení je tedy žalovaný povinen do správního spisu doplnit podklady z nichž bude zřejmé, proč oslovil společnosti, které oslovil, a zda se jedná o všechny telekomunikační operátory v rozhodné době na daném relevantním trhu působící, případně proč některé neoslovil. Podklady doplní rovněž o listinu, z níž bude jednoznačně vyplývat, jakým způsobem z údajů získaných od telekomunikačních operátorů dospěl k výši podílu žalobce a osoby na řízení zúčastněné, přičemž tento způsob alespoň rámcovým způsobem popíše i v odůvodnění svého rozhodnutí. Zároveň nechť na smlouvu o propojení nahlíží jako na dohodu vertikální.

Pokud jde o ostatní žalobní body, tak ty soud dílem shledal uplatněnými opožděně a dílem nedůvodnými.

Otázku nezbytnosti zrušení prvostupňového rozhodnutí ponechává zdejší soud na zvážení předsedy žalovaného.

## VII. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobce byl ve věci úspěšný, neboť soud k jeho žalobě rozhodnutí žalovaného zrušil, a proto mu přísluší náhrada nákladů řízení, které důvodně vynaložil, proti neúspěšnému žalovanému.

Náklady řízení za žalobu tvoří částka za zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 2 000,- Kč; dále odměna zástupce za dva úkony právní služby – převzetí a příprava zastoupení a podání žaloby - po 1000,- Kč a dvě paušální náhrady hotových výdajů po 75,- Kč, to vše podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. a) a d), § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytnutí právních služeb (advokátní tarif), ve znění účinném do 31. 8. 2006 (čl. II. zákona č. 276/2006 Sb.), a tři úkony právní služby – jednání, vyjádření po vydání druhého zrušovacího rozsudku Nejvyššího správního soudu a replika k vyjádření žalovaného - po 2100,- Kč a tři paušální náhrady hotových výdajů po 300,- Kč, podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. d) a g), § 13 odst. 3 advokátního tarifu, tedy 9350,-Kč.

Na cestovném náleží žalobci náhrada ve výši 2440 Kč za cestu ze sídla zástupce ke Krajskému soudu v Brně a zpět na jednání soudu dne 16. 6. 2009 vozidlem Volvo s průměrnou spotřebou 7,3 l/100 km, palivo nafta, ve vztahu k němuž předložil zástupce kopii osvědčení o registraci; z toho 848,90 Kč (7,3 : 100 x 408 km x 28,50) jako náhrada za spotřebovanou pohonnou hmotu a 1591,20 Kč (408 km x 3,90 Kč) jako základní náhrada. Dále žalobci náleží náhrada za promeškaný čas na cestě (4 hodiny) v částce 800,-Kč (soud v rozporu se žalobcem nepovažoval dobu, kterou zástupce žalobce strávil při jednání konaném u zdejšího soudu za čas promeškaný, za nějž by žalobci měla být přiznána náhrada nákladů řízení). Při stanovení těchto náhrad postupoval soud podle § 157 odst. 4 písm. b) a § 158 odst. 2 a 3 zákona č. 261/2006 Sb., zákoník práce a § 4 písm. b) vyhlášky č. 451/2008 Sb., kterou se pro účely poskytování cestovních náhrad mění sazba základní náhrady za používání silničních motorových vozidel a stravné a stanoví průměrná cena pohonných hmot.

Pokud se žalobce ve svém vyjádření domáhá přiznání náhrady nákladů řízení za další porady s klientem, které se měly uskutečnit před každým podáním k soudu, tak jejich uskutečnění nijak nedoložil. Není tedy zřejmé, zda se uskutečnily a zda každá trvala déle než jednu hodinu, jak požaduje advokátní tarif. Z tohoto důvodu nemohl soud náhradu za tyto porady přiznat. Dále soud nepřiznal žalobci náhradu nákladů řízení v částce 186 450,-Kč za stanovisko, vypracované advokátní kanceláří HAVEL & HOLÁSEK, s. r. o. Soud tyto náklady totiž za důvodně vynaložené nepovažuje. Předně byl žalobce v dané věci zastoupen advokátem, přičemž stanovisko posuzuje právě soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, tedy to, k čemu si žalobce zástupce najal. Navíc se stanovisko týká převážně skutečností, které žalobce napadl v daném řízení až po uplynutí lhůty pro podání žaloby (vymezení relevantního trhu, uplatnění výjimek podle § 3 odst. 4 ZOHS), a soud se jimi tedy pro jejich opožděnost zabývat nemohl. Rovněž náklady vynaložené žalobcem na další vyjádření podaná k

soudu, ve vztahu k nimž žalobce požadoval přiznání náhrady nákladů řízení, soud za důvodně vynaložené nepovažoval, neboť v nich žalobce buď nic nového neuváděl, nebo naopak uváděl námitky zcela nové, k nimž soud pro jejich opožděné uplatnění přihlížet nemohl.

Pokud jde o náklady za řízení o kasační stížnosti proti rozsudku ze dne 16.6. 2009, sp. zn. 62 Ca 5/2007, tak v tomto řízení byl žalobce úspěšný a má tedy rovněž nárok na náhradu nákladů řízení, které důvodně vynaložil, proti neúspěšnému žalovanému (§ 60 odst. 1 s. ř. s. za použití § 110 odst. 2 věty první s. ř. s.). Náklady řízení o kasační stížnosti tak tvoří částka za zaplacený soudní poplatek ve výši 3000,- Kč, dále odměna zástupce za tři úkony právní služby – podání kasační stížnosti, její doplnění podáním ze dne 9. 9. 2009 a replika k vyjádření žalovaného - po 2100,- Kč a tři paušální náhrady hotových výdajů po 300,- Kč, podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. d), § 13 odst. 3 advokátního tarifu, tedy 7200,-Kč.

Vzhledem k tomu, že zástupce žalobce předložil osvědčení o registraci k DPH, byly částky za odměny za zastupování a za náhrady navýšeny o částku odpovídající DPH podle § 57 odst. 2 s. ř. s. Celkem tedy činí náhrada nákladů řízení částku 28 748,- Kč, kterou je žalovaný povinen zaplatit k rukám zástupce žalobce ve stanovené lhůtě.

Výrok o nákladech řízení o kasační stížnosti proti prvnímu rozsudku zdejšího soudu se rovněž opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. za použití § 110 odst. 2 věty první s. ř. s. V tomto řízení byl sice žalovaný úspěšný, avšak tento úspěch nijak neovlivnil to, že v řízení o žalobě (tj. ve věci) úspěšný nebyl. Náhrada nákladů řízení mu tak přiznána nebyla.

Osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení, neboť jí soudem nebyla uložena žádná povinnost, v souvislosti s níž by jí náklady řízení vznikly (§ 60 odst. 5 s. ř. s.).

**P o u č e n í :** Proti tomuto rozhodnutí je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s. ř. s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něho jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s. ř. s.).

V Brně dne 7. 6. 2011

Mgr. Milan Procházka, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lucie Gazdová

KRAJSKÝ SOUD * V BRNĚ * 72