

Čj. R 18/2002

V Brně dne 7. 8. 2003

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 3. 2002 č.j. S 20/02-859/02-VO I ve věci určení podle § 7 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, podal účastník řízení společnost **Eurotel Praha, spol. s r.o.**, se sídlem Praha 4, Vyskočilova čp. 1442/1b, PSČ 140 21, IČ 15268306, zastoupená JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M., Ph.D., advokátem v advokátní kanceláři Kocián Šolc Balašík, se sídlem Jindřišská 34, Praha 1, jsem podle ustanovení § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), na návrh zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona

r o z h o d l

takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 3. 2002 č.j. S 20/02-859/02-VO I **měním** takto:

Určuje se, že dohody obsažené ve Smlouvě o propojení, která byla uzavřena dne 22. 3. 2001 mezi společnostmi Český Mobil a.s., se sídlem Praha 10, Vinohradská 167, PSČ 100 00, IČ 25788001 a Eurotel Praha, spol. s r.o., se sídlem Vyskočilova čp. 1442/1b, PSČ 140 21, IČ 152683065, a to dohody obsažené:

- **v čl. 3.1 a na něj navazující Příloha A včetně jejích dílčích příloh**, dle 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 nebo v případě nedostatečné kapacity propojení poskytovat služby tranzitem, prostřednictvím sítě třetí strany, kdy tento provoz se bude řídit Smlouvou o propojení a podmínkami sjednanými každou smluvní stranou s třetí stranou,

- v čl. 8.1 a na něj navazující Příloha 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.

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) vydal dne 29. 3. 2002 rozhodnutí prvního stupně, kterým podle § 7 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“), určil, že Smlouva o propojení uzavřená mezi účastníky správního řízení č.j. S 20/02, tj. společnostmi Český Mobil a.s., se sídlem Praha 10, Vinohradská 167, PSČ 100 00, IČ 25788001 (dále jen „Český Mobil“), a Eurotel Praha, spol. s r.o., se sídlem Praha 4, Vyskočilova čp. 1442/1b, PSČ 140 21, IČ 15268306 (dále jen „Eurotel“), obsahuje v čl. 3.1, v návaznosti na přílohu A včetně dílčích příloh, v čl. 6.6 a v čl. 8.1, v návaznosti na přílohu C včetně dílčích příloh, ustanovení, která jsou dohodami podléhajícími zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž podle § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže, neboť čl. 3.1, v návaznosti na přílohu A včetně dílčích příloh, neumožňuje propojení sítí účastníků řízení jiným způsobem než přímým propojením, s výjimkou případů uvedených v čl. 6.6, který umožňuje propojení sítí účastníků řízení prostřednictvím sítě třetí strany pouze za předpokladu neexistence přímého propojení sítí účastníků řízení nebo v případě nedostatečné kapacity propojení. Čl. 8.1, v návaznosti na přílohu C včetně dílčích příloh, stanoví, že za služby poskytnuté podle Smlouvy o propojení bude každá smluvní strana účtovat druhé smluvní straně ceny za propojení stanovené touto Smlouvou o propojení, přičemž jednotná cena za propojení se uplatňuje bez ohledu na způsob propojení sítí.

Proti tomuto rozhodnutí podal účastník řízení – společnost Eurotel včas rozklad, ve kterém na úvod Úřadu vytyká, že v rámci správního řízení nesprávně a neúplně zjistil skutkový stav věci, když si sám neopatřil potřebné podklady pro rozhodnutí a neumožnil ani doplnění skutkového stavu na základě návrhu účastníka v rozporu s § 33 správního řádu; zásadní skutková zjištění, na základě kterých Úřad dospěl ke svým závěrům, nemají oporu v obsahu správního spisu, ale naopak jsou s nimi v rozporu; ve svém rozhodnutí se buď vůbec nebo dostatečně nevypořádal s tvrzeními a důkazy předloženými účastníkem řízení v rámci správního řízení a rozhodnutí je v této části nepřezkoumatelné; celou věc po právní stránce nesprávně posoudil.

V dalších částech rozkladu pak účastník řízení své námitky proti rozhodnutí prvního stupně konkretizuje. V části II. společnost Eurotel nesouhlasí se závěrem Úřadu, podle kterého tím, že účastníci řízení mezi sebou uzavřeli předmětnou Smlouvu o propojení, musí vždy dojít k narušení hospodářské soutěže tam, kde uzavření smlouvy brání jedné ze smluvních stran *de iure* nebo *de facto* využít v budoucnu jiné nabídky od jiného soutěžitele, než je druhá smluvní strana, bez ohledu na to, zda jsou současně prokázány jiné rozhodné skutečnosti, mezi které patří zejména to, (i) zda jsou jiné nabídky vůbec možné, (ii) zda jsou skutečně zaměnitelné nebo (iii) zda jsou výhodnější. Přijetím této argumentace *ad absurdum* by bylo třeba považovat téměř každou smlouvu za narušující hospodářskou soutěž a z tohoto důvodu za zakázanou, neboť i uzavření běžné kupní smlouvy na dodávky zboží na kompletní pokrytí potřeb odběratele tímto způsobem smluvní strany „omezují“ svobodu odběratele v tom, že již nemůže kdykoliv po uzavření smlouvy přijít s tím, že chce dohodnuté množství

odebrat nikoliv od druhé smluvní strany, ale od jiného dodavatele, jehož nabídku dostal později. Aby mohla být dohoda mezi soutěžiteli považována za kartelovou dohodu, a tudíž za zakázanou podle § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže, případně vyjmutou z tohoto zákazu prostřednictvím blokové či individuální výjimky udělené ze strany Úřadu, je nutné, aby skutečně vedla nebo mohla vést k reálnému narušení hospodářské soutěže. Právě v tomto bodě shledává účastník řízení nedostatečné vypořádání se Úřadu se svou zákonnou povinností spočívající v přesném a úplném zjištění skutečného stavu věci, jak vyplývá z ustanovení § 32 odst. 1 správního řádu. Úřad se dle názoru společnosti Eurotel nevypořádal zejména se skutečností, zda může být „omezení svobody“ způsobu propojení sítí za účelem ukončení hovorů započatých v síti jedné smluvní strany v síti druhé smluvní strany dle Smlouvy o propojení vůbec způsobit ovlivnit hospodářskou soutěž, zejména v tom ohledu, zda omezení nebo spíše vyloučení soutěže, nevyplývá v daném případě nikoliv z dohod obsažených ve Smlouvě o propojení, ale již ze samé podstaty věci, neboť v případě propojení sítí za účelem ukončení hovorů, resp. doručení SMS zpráv v síti toho kterého provozovatele sítě se jedná o přirozený monopol každého provozovatele telekomunikační sítě na poskytování dotyčné části telekomunikační služby. Je prakticky nemožné, aby například službu spočívající v terminaci hovorů v síti účastníka řízení poskytoval někdo jiný než právě účastník. Dále účastník řízení namítá, že Úřad v rámci svého posuzování ustanovení Smlouvy o propojení vůbec nevzal v úvahu skutečnost, že protisoutěžní charakter jednotlivých ustanovení nemůže být dovozen, jedná-li se o ustanovení, která jsou nezbytná k zajištění toho, aby smlouva, která sama o sobě nemá protisoutěžní dopad, byla schopna v ekonomickém a právním smyslu fungovat tak, aby naplnila cíl zamýšlený smluvními stranami.

Společnost Eurotel také namítla, že se Úřad v napadeném rozhodnutí vůbec nezabýval tvrzeními účastníka řízení opírajícími se o rozhodovací praxi orgánů Evropské unie. Uvádí, že hlavním předmětem Smlouvy o propojení bylo zajištění kvalitního a vysokokapacitního propojení mezi sítěmi smluvních stran, kdy tento předmět je dle názoru účastníka řízení jednoznačně prosoutěžního charakteru a sleduje naplnění zákonného požadavku vyplývajícího z ustanovení § 37 odst. 2 zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o telekomunikacích“). Jako hlavní způsob propojení si přitom smluvní strany musely dohodnout přímé propojení, neboť tento způsob propojení není závislý na dalších stranách a kvalitě jejich sítí a je schopen zajistit a garantovat v požadované kvalitě plynulé uskutečňování hovorů a zasílání zpráv SMS mezi účastníky připojenými k sítím smluvních stran. Smluvní strany vynaložily vysoké náklady na vybudování příslušné technické kapacity pro realizaci vzájemného propojení na úkor kapacity nepřímého propojení, čímž se stalo technickou nutností, aby mohl být zajištěn plynulý provoz mezi sítěmi, sjednání závazku, že propojení má být realizováno právě prostřednictvím takového přímého propojení. Účastník řízení se odvolává na rozhodnutí Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) ve věci *Pronuptia*, který říká, že dohody uzavřené za výše uvedených okolností nejsou způsobit ohrozit hospodářskou soutěž.

Vzhledem ke vzájemné provázanosti poskytování telekomunikační služby, v rámci které je umožněno klientům smluvních stran Smlouvy o propojení volat do sítě druhé smluvní strany bez rušivých faktorů, jako je přerušení spojení, množství neúspěšných pokusů způsobených výpadky sítě atd., není z technických důvodů možné, aby způsob propojení byl s ohledem na dosažené objemy ponechán na zcela volném momentálním rozhodnutí smluvních stran. Účastník řízení se dále odvolává na ustanovení čl. 4.1 Smlouvy o propojení, které stanoví odpovědnost za směřování příchozích hovorů od propojovacího bodu sítě až k místu jejich určení, a proto není dle názoru Eurotelu možné nechat způsob propojení zcela na libovůli provozovatele sítě, ve které byl hovor započat. Z těchto důvodů bylo nezbytné do

Smlouvy o propojení výslovně zakotvit hlavní způsob propojení s tím, že ostatní způsoby budou využívány pouze ve výjimečných situacích, které je odůvodňují. Navíc předvídatelnost způsobu směřování velkých objemů provozu je zcela nezbytnou nutností pro zajištění fungování telekomunikačního provozu. Závazky obsažené ve Smlouvě o propojení odpovídají doktríně vyvinuté ESD v souvislosti s posuzováním zakázaných dohod podle čl. 81 odst. 1 Smlouvy o Evropském společenství (dále jen „Smlouvy o ES“) známé v právní teorii jako tzv. „ancillary restraints doctrine“, na kterou účastník ve správním řízení poukazyval a kterou Úřad, aniž by se vypořádal s její podstatou, v napadeném rozhodnutí odmítl. Tato doktrína dle rozhodování ESD spočívá v tom, že dílčí, v určitém smyslu „omezující“ klauzule nespádají do kategorie zakázaných dohod, pokud jsou objektivně nezbytné pro dosažení účelu zákonem dovolené smlouvy. Účastní řízení na tomto místě poukazuje na základě principu analogie na možnost použití závěrů ESD obsažených v případě *Metro (I)*. Odůvodněnost určení jednoho základního způsobu propojení zvoleného ve smlouvách o propojení s ohledem na objem provozu, jakož i další ukazatele, vyplývá i přímo z ustanovení § 37 odst. 2 zákona o telekomunikacích, který zakládá povinnost provozovatelů veřejných telekomunikačních sítí a poskytovatelů veřejných telekomunikačních služeb umožnit žadateli, který je také provozovatelem či poskytovatelem vykonávajícím příslušnou telekomunikační činnost, přímé nebo nepřímé propojení jimi provozovaných sítí, nikoliv povinnost přímého a nepřímého propojení. Dle názoru účastníka řízení tedy samotná zákonná úprava obsažená v zákoně o telekomunikacích s ohledem na specifika propojení telekomunikačních sítí a zajištění plynulosti telekomunikačního provozu ze zákona umožňuje omezení zcela nekontrolovatelného a libovolného způsobu směřování telekomunikačního provozu právě s ohledem na plynulé poskytování telekomunikačních služeb zákazníkům.

V III. části rozkladu namítá účastník řízení proti té části napadeného rozhodnutí, ve které Úřad deklaroval, že čl. 8.1, v návaznosti na přílohu C včetně jejich dílčích příloh Smlouvy o propojení jsou zakázanými dohodami podle ustanovení § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže z důvodu, že za služby poskytnuté podle Smlouvy o propojení bude každá smluvní strana účtovat druhé smluvní straně ceny za propojení stanovené Smlouvou o propojení, přičemž jednotná cena se uplatňuje bez ohledu na způsob propojení sítí. Závěr Úřadu, že shora uvedené dohody ve spojení s čl. 3.1 a dalšími ustanoveními Smlouvy o propojení omezují smluvní strany ve volbě cenově efektivnějšího způsobu propojení, kterým může být dle názoru Úřadu propojení nepřímé, je však v naprostém rozporu se skutečnostmi obsaženými ve správním spise, principem fungování propojení telekomunikačních sítí, poskytováním části telekomunikačních služeb – ukončení hovorů v síti provozovatele sítě a ekonomickými principy vůbec. Společnost Eurotel uvedla, že vzhledem k tomu, že služba za přenesení hovorů (SMS zpráv) od propojovacího bodu sítě až k účastníkovi dané sítě je poskytována a náklady na ni vynakládány ze strany provozovatele sítě vždy bez ohledu na způsob propojení. Je také třeba, čemuž odpovídají ustanovení čl. 3.1, 6.6 a příloha B a C Smlouvy o propojení, aby za poskytování této služby bylo provozovateli sítě placeno, a to ve stejné výši bez ohledu na způsob propojení. Opačné názory Úřadu považuje účastník řízení ze zcela v rozporu s obsahem správního spisu, s vyjádřením účastníka řízení, ale především v rozporu s rozhodnutím Českého telekomunikačního úřadu (dále jen „ČTÚ“), která dle názoru účastníka řízení výslovně uvádějí, že pro povinnost zaplatit provozovateli cenu za propojení sítě, v níž je hovor, resp. SMS zpráva, ukončen, resp. doručena, a to ve stejné výši, je z důvodů shora uvedených námitek irelevantní, jaký způsob propojení je použit. Dále ve svém rozkladu napadá společnost Eurotel tvrzení Úřadu, že je možné propojit sítě obou účastníků řízení prostřednictvím nepřímého propojení levněji než prostřednictvím přímého, neboť jak vyplývá z Referenční nabídky propojení provozovatele veřejných telekomunikačních sítí pro rok 2002 vydané společností ČESKÝ TELECOM, a.s.,

na níž se Úřad jmenovitě odvolává, se jedná pouze o propojení dvou různých sítí prostřednictvím společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. Při použití služby tranzitu národního provozu tak musí společnost, která ji hodlá využít, připočítat k ceně, jež jí bude účtována provozovatelem sítě, kde budou tranzitované hovory terminovány, navíc ještě poplatky za provedený tranzit. U přímého propojení odpadá nutnost takového navýšení ceny, jelikož je cena za propojení účtována pouze od hraniční sítě, tj. od propojovacího bodu k volanému účastníkovi. Objektivní nemožnost dosáhnout lepších podmínek prostřednictvím nepřímého propojení je dána i tím, že podle ustanovení § 78 odst. 1 zákona o telekomunikacích jsou smluvní strany smluv o propojení povinny sjednat ceny za propojení tak, aby nediskriminovaly žádnou ze smluvních stran ani ostatní provozovatele propojených veřejných telekomunikačních sítí. K vyvrácení závěru Úřadu je dle názoru účastníka řízení možné dojít i při použití elementární ekonomické teorie, která říká, že každý přímý prodej je ekonomicky výhodnější než prodej zprostředkovaný, jelikož každý zprostředkovatel v souvislosti se svou účastí realizuje určitý zisk, který se musí projevit na výsledné ceně.

V části IV. rozkladu konstatuje účastní řízení nesprávnost Úřadem provedeného právního posouzení, kdy Úřad dospěl v rozporu s účastníkem řízení a obsahem Smlouvy o propojení k závěru, že se v případě dohod obsažených ve Smlouvě o propojení jedná o dohody horizontální. Společnost Eurotel konstatuje skutečnost, že kdyby Smlouva o propojení a její jednotlivá ustanovení přesto byla dohodou podléhající zákazů podle § 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže, musela by být vyňata v souladu s ustanovením § 6 téhož zákona, a to na základě doktríny *de minimis*. Ve svých námitkách se účastník řízení odvolává nejen na vyhlášku Úřadu č. 198/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, pro určité druhy vertikálních dohod, ale také na rozhodnutí Úřadu č.j. S 97/01 ve věci Aral/Globus, na nařízení Evropské komise č. 2790/1999, které se týká aplikace článku 81 odst. 3 Smlouvy o ES na některé druhy vertikální dohod a sladěných postupů, kde je v části týkající se definování pojmu vertikální dohoda uvedeno, že je nutné druh dohody posuzovat dle postavení účastníků této dohody pro účely dotyčné dohody. Posledně uvedený argument je dle názoru účastníka řízení podpořen také v komentáři obsaženém v „*Guidelines on Vertical Restraints*“, který se týká hodnocení dohod uzavřených mezi soutěžiteli. Při posuzování druhu dohod, které obsahuje Smlouva o propojení, je dle společnosti Eurotel třeba dospět k závěru, že uzavřením Smlouvy o propojení se jeden provozovatel či poskytovatel stává v určitém smyslu „distributorem“ služeb poskytovaných jiným provozovatelem či poskytovatelem a naopak. Distributorem v přeneseném slova smyslu je smluvní strana v tom směru, že se zavazuje hovory započaté v síti druhé smluvní strany distribuovat účastníkům ve své síti. V rámci tohoto Smlouvou o propojení upraveného vztahu vystupují smluvní strany vůči sobě vertikálně, neboli služby ukončení hovoru v síti druhé smluvní strany nabízí zákazníkům jedna smluvní strana, a ta také v tomto vztahu dle Smlouvy o propojení jako jediná na této úrovni působí. Tuto část rozkladu uzavírá účastní řízení konstatováním, že Smlouva o propojení je tedy reciproční vertikální dohodou uzavřenou mezi konkurujícími si soutěžiteli, která umožňuje zákazníkům smluvních stran přístup ke službám poskytovaným druhou smluvní stranou. Na jejím základě se tak smluvní strany stávají distributory služeb poskytovaných, respektive vytvářených, druhou smluvní stranou.

V další části svého rozkladu uvádí společnost Eurotel vzhledem k tomu, že Smlouva o propojení a její jednotlivé části nejsou dohodou o přímém nebo nepřímém určení cen kupujícímu pro další prodej zboží nebo o poskytnutí kupujícímu pro tento další prodej úplné ochrany na vymezeném trhu, spadá celá Smlouva o propojení jako vertikální dohoda pod zákonnou výjimku ze zakázaných dohod podle ustanovení § 6 odst. 1 písm. b) zákona

o ochraně hospodářské soutěže. Smlouva o propojení neurčuje smluvním stranám, a to ani jedné z nich, cenu pro poskytování služeb zákazníkům té které smluvní strany. Stanoví pouze cenu, za níž bude dotyčná služba zprostředkována druhé smluvní straně, a z principu reciprocit vyplývá, že za tutéž cenu bude „zrcadlová“ služba poskytovaná druhou smluvní stranou v opačném směru. Účastník řízení se dále domnívá, že Úřad měl v každém případě při hodnocení výše podílů na relevantním trhu a jejich vlivu na protisoutěžnost posuzované dohody zohlednit též sdělení Evropské komise z 19. 5. 2001 týkající se návrhu na revizi výše tržních podílů u *de minimis* dohod z 5 na 10 % u horizontálních a smíšených dohod, resp. z 10 na 15 % u vertikálních dohod.

Na závěr rozkladu společnost Eurotel konstatuje, že na základě skutečností uvedených v rozkladu a obsažených ve správním spise č.j. S 20/02 je nepochybné, že byl ze strany Úřadu v napadeném rozhodnutí nesprávně posouzen druh Smlouvy o propojení, jelikož se nejedná o dohodu horizontální, nýbrž o dohodu vertikální, a že Smlouva o propojení ani její jednotlivá ustanovení nejsou způsobilá narušit hospodářskou soutěž na relevantním trhu dle ustanovení § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže, a navrhuje tudíž, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil v tom smyslu, že určí, že Smlouva o propojení uzavřená dne 22. 3. 2001 mezi společnostmi Český Mobil a Eurotel ani její ustanovení nejsou dohodami podléhajícími zákazu dohod podle § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

K rozkladu společnosti Eurotel podal druhý účastník řízení – společnost **Český Mobil** vyjádření, ve kterém v souhrnu konstatuje, že obě formy propojení jak přímé, tak nepřímé jsou navzájem velmi dobře zaměnitelné, technicky i ekonomicky realizovatelné. Dle jeho názoru neexistují problémy, co se týče kvality propojení, a ani z hlediska finančního nepředčí jedna z těchto forem propojení druhou, jak o tom svědčí zkušenosti z celého světa i České republiky. Kromě toho neexistují ani právní omezení, která by upřednostňovala jednu z forem propojení před druhou nebo která by bránila používání nepřímého propojení v době, kdy je možné propojení přímé. Volba propojení záleží dle názoru společnosti Český Mobil výhradně na užívání provozovatele, v jehož síti hovor vzniká. Pro nepřímé propojení není nutné uzavření smlouvy o propojení mezi provozovatelem sítě, v jehož síti hovor vzniká, a provozovatelem, v jehož síti je hovor zakončován, ani není nutné dokazovat, že je nepřímé propojení mnohem výhodnější než propojení přímé. Neexistují proto právní ani skutkové důvody, které by vyžadovaly exkluzivitu jedné formy propojení na úkor jiné formy propojení a každá z těchto forem je přiměřenou a použitelnou náhradou za druhou formu propojení, kdy všichni provozovatelé telekomunikačních sítí se mohou svobodně rozhodnout, kterou formu propojení, ať přímou, nepřímou nebo obě současně, chtějí používat pro propojování své sítě se sítěmi ostatních provozovatelů. Provozovatelé telekomunikačních sítí by měli mít možnost používat na prvním místě tranzitní služby i s ohledem na velké množství smluv, které je jinak nutné uzavírat. Společnost Český Mobil je přesvědčena, že Úřad v rozkladem napadeném rozhodnutí správně definoval relevantní trh i to, že na tomto trhu je Smlouva o propojení horizontální dohodou, která podléhá zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž. Český Mobil, jako účastník správního řízení č.j. S 20/02 zastává také názor, že Úřad vedl šetření a vydal napadené rozhodnutí v souladu se všemi příslušnými právními předpisy, zvláště v souladu se správním řádem a zákonem o ochraně hospodářské soutěže, kdy argumenty druhého účastníka řízení jsou s těmito zákony v rozporu, jsou neodůvodněné a učiněné v jeho vlastní prospěch, a proto by rozkladu nemělo být vyhověno.

Společnost Eurotel využila před vydáním rozhodnutí o rozkladu práva účastníka řízení seznámit se správním spisem a podat vyjádření k podkladu pro rozhodnutí a ke způsobu jeho

zjištění. Vyjádření účastníka řízení - společnosti Eurotel se věcně shoduje s námitkami již obsaženými v rozkladu, a proto o nich pojednám současně.

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

Podle ustanovení § 59 odst. 1 správního řádu jsem tak napadené rozhodnutí přezkoumal v celém jeho rozsahu a o věci uvážil následujícím způsobem. Předmětem určovacího řízení podle § 7 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže je posouzení dohod obsažených ve Smlouvě o propojení uzavřené mezi účastníky řízení z hlediska souladu s právní úpravou obsaženou v § 3 až 6 téhož zákona. Orgán prvního stupně měl povinnost na jednotlivé dohody nahlížet ve všech jejich souvislostech, tj. jak z pohledu jejich formálního obsahu a kontextu, ve kterém jsou uzavírány, tak z hlediska účelu, ke kterému tyto dohody směřují a významu, který mu strany těchto dohod přikládají. Jen tak bylo možno postihnout materiální stránku spolupráce podle těchto dohod a zjistit jejich skutečný obsah a smysl.

Každá smlouva obsahující závazek exkluzivní dodávky nebo exkluzivního odběru zboží, splňuje-li podmínky dané § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, je zakázanou a neplatnou dohodou ve smyslu tohoto zákona. Předpokladem zakázanosti a neplatnosti je v prvé řadě možnost kvalifikace smlouvy či jejích jednotlivých ustanovení jako dohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení nebo jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě, a dále skutečnost, že tyto tři shora uvedené druhy jednání vedou či mohou vést k narušení hospodářské soutěže, nestanoví-li zákon o ochraně hospodářské soutěže, zvláštní zákon jinak nebo nepovolí-li Úřad svým rozhodnutím nebo vyhláškou z tohoto zakazu výjimku. Účastníci řízení uzavřeli mezi sebou, v čl. 3.1, v návaznosti na Přílohu A včetně jejích dílčích příloh Smlouvy o propojení, dohodu, která neumožňuje propojení telekomunikačních sítí jiným způsobem než přímým propojením, s výjimkou případů uvedených v čl. 6.6, jenž umožňuje propojení sítí účastníků dohody tranzitem prostřednictvím sítě třetí strany, avšak pouze za předpokladu neexistence přímého propojení sítí účastníků dohody nebo v případě nedostatečné kapacity propojení. Fakticky se tedy mezi oběma účastníky řízení jedná o výhradní závazek poskytovat propojení sítí pouze formou přímého propojení. Protisoutěžní aspekty zakázaných dohod obsažených ve Smlouvě o propojení shledávám ve skutečnosti, že úprava obsažená ve Smlouvě o propojení fakticky do budoucna omezuje svobodnou vůli účastníků dohody rozhodnout se v konečném důsledku pro nejvýhodnější způsob propojení. Důsledky uzavřené dohody mají potom významný dopad na konečné spotřebitele, neboť ovlivňují cenu, kterou je zákazník – spotřebitel povinen uhradit svému poskytovateli telekomunikačních služeb za službu ukončení hovoru ve volané síti. Co se týče vymezení čl. 8.1 Smlouvy o propojení obsahujícího ujednání smluvních stran o ceně, není taková dohoda sama o sobě zakázanou, nesjednává-li cenu vůči třetím osobám. V kontextu ostatních ve výroku rozhodnutí specifikovaných dohod však působí protisoutěžně, neboť uzavírá trh pro tranzitní provozovatele telekomunikačních sítí, jež by službu nepřímého propojení neposkytovali zadarmo, neboť jiné propojení než formou přímého propojení, by bylo ekonomicky nevýhodné, byla-li účastníky řízení v rámci Smlouvy o propojení sjednána dohoda o ceně v pevné výši bez ohledu na způsob propojení. V tomto ujednání shledávám nepřímé vynuovení si takových obchodních podmínek, které jsou způsobilé vyloučit soutěž na daném relevantním trhu a které v důsledku nutí obě smluvní strany nespolupracovat s jinými soutěžiteli, tj. poskytovateli či provozovateli vykonávajícími odpovídající telekomunikační činnosti.

Souhlasím sice s názorem společnosti Eurotel, že každý provozovatel telekomunikační sítě má přirozený monopol na terminaci hovorů ve své síti, avšak přirozeným monopolem ve způsobu propojení sítí dle mých zjištění již nedisponuje. Je nutné také uvést, že Smlouva o propojení se neodehrává na trhu mobilních radiotelefonních služeb ve veřejných mobilních telekomunikačních sítích GSM, kde dochází k terminaci hovorů, kdy ukončování hovorů je až následujícím produktem, který Smlouva o propojení umožňuje, nýbrž na trhu provozování veřejných telekomunikačních sítí. K propojení sítí mezi jednotlivými provozovateli či poskytovateli telekomunikačních služeb dochází v souladu s právními předpisy České republiky přímo, nepřímo nebo oběma způsoby. Každý z těchto způsobů propojení představuje splnění zákonného požadavku obsaženého v § 37 odst. 2 zákona o telekomunikacích. Smlouva o propojení by měla v souladu se zákonem o telekomunikacích i s právem na ochranu hospodářské soutěže zajistit propojení jednotlivých provozovatelů telekomunikačních sítí, měla by stanovovat smluvní podmínky, na základě kterých je pak propojení sítí účastníků dané dohody umožněno. V rozporu se zákonem o ochraně hospodářské soutěže však je, pokud se strany dané smlouvy přímo zavážou, 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, což jde nad rámec účastníkem řízení namítané kontraktační povinnosti vyplývající z ustanovení § 37 odst. 3 zákona o telekomunikacích. Smlouva o propojení by měla mezi smluvními stranami, tj. mezi účastníky správního řízení, upravovat podmínky, za kterých se mezi nimi realizuje propojení, nikoliv však výhradní a jediné možné prostřednictvím smlouvou explicitně vyjmenovaných propojovacích bodů. Smlouva o propojení může tedy smluvní strany zavázat, aby provoz započatý v síti jedné smluvní strany, který má být ukončený v síti druhé smluvní strany, byl do této sítě dopraven v patřičné kvalitě, nemůže však omezovat svobodnou volbu smluvních stran zvolit si, zda k propojení sítí využít propojovací body vybudované smluvními stranami nebo jiný, alternativní způsob, např. propojovacími body třetí strany. Konstatuji, že cílem mého rozboru předmětné problematiky není zpochybnit podstatu přímého propojení, jsem však toho názoru, že pouhá skutečnost, že přímé propojení bylo mezi účastníky řízení vybudováno, neznamená automatický předpoklad exkluzivního využívání. Neztotožňuji se proto s námitkou účastníka řízení, že ustanovení obsažené ve Smlouvě o propojení, které zakládá výhradnost přímého propojení sítí smluvních stran, je nezbytné k naplnění cíle smluvních stran zajistit propojení sítí obou účastníků řízení. Účel propojení spatřuji v přenosu hovoru či SMS zprávy od účastníka jedné sítě k účastníkovi druhé sítě; jestliže jsou k dispozici stejně účinné alternativy pro dosažení tohoto cíle, musí mít každý soutěžitel možnost vybrat si tu variantu, která je právě pro něj optimální.

K námitce účastníka řízení, že se Úřad nevypořádal s jeho tvrzeními opírajícími se o rozhodovací praxi Evropské unie, kdy se odvolává např. na rozsudek ESD ve věci *Pronuptia*, konstatuji následující skutečnosti. Uvedený rozsudek, se zabývá smlouvami na udělování licencí pro distribuci zboží. Jedná se přitom o vertikální frančízové dohody uzavírané za účelem jednotné prezentace svatebního oblečení pod obchodní značkou *Pronuptia de Paris*. Po zhodnocení všech relevantních skutečností, jež byly obsahem řízení u ESD, jsem dospěl závěru, že na řízení č.j. S 20/02 nelze postup ESD v případě ustanovení frančízových dohod aplikovat, neboť tato ustanovení jsou nezbytná pro fungování frančízového systému jako specifické podoby systému vertikálních dohod, a nikoliv dohod horizontálních, kterou Smlouva o propojení beze sporu je, jak bude níže podrobněji odůvodněno.

Dále jsem se zabýval námitkou účastníka řízení, jejímž obsahem byla možnost aplikace na správní řízení č.j. S 20/02 doktríny vyvinuté ESD v souvislosti s posuzováním zakázaných dohod podle čl. 81 odst. 1 Smlouvy o ES známé v právní teorii jako tzv. „ancillary restraints doctrine“. Exkluzivita uzavřené Smlouvy o propojení spočívá, jak již bylo shora uvedeno, v závazku smluvních stran umožňujícím tranzit prostřednictvím sítě třetí strany pouze po dobu neexistence přímého propojení nebo v případě nedostatečné kapacity přímého propojení. Dle mého názoru je pro správné fungování Smlouvy o propojení jistě nezbytné stanovit propojovací body, kterými bude směřován provoz mezi sítěmi účastníků řízení. Ustanovení o výhradnosti, tak jak je formulováno v ustanovení čl. 3.1 Smlouvy o propojení, je však nadbytečné, kdy stejně jako závazek účastníků řízení platit si stejnou cenu za propojení svých sítí bez ohledu na způsob jejich propojení brání účastníkům řízení ve volbě nejefektivnějšího způsobu vzájemného propojení. Nedomnívám se, že v případě využívání nepřímého propojení dochází k neplnění závazků, které mají smluvní strany vůči svým zákazníkům, neboť i za předpokladu nepřímého propojení sítí je smluvní strana, v jejíž síti je hovor započat, povinna zajistit, aby byl tento hovor ukončen v síti, do které je směřován. Odpovědnost za kvalitu a kapacitní nároky při volbě alternativního propojení je totiž vždy na té smluvní straně, která si využívání nepřímého propojení svobodně zvolí. Každý provozovatel či poskytovatel telekomunikačních služeb je na základě zákona o telekomunikacích povinen zajistit předepsanou kvalitu svého signálu a je-li schopen splnit tyto nároky tranzitem prostřednictvím sítě třetí strany, tj. formou nepřímého propojení, není dán důvod, proč by neměla existovat možnost nepřímého propojení nevyužít. Na Smlouvu o propojení uzavřenou mezi společnostmi Eurotel a Český Mobil nelze tzv. „ancillary restraints doctrine“ aplikovat, neboť v případě propojení telekomunikačních sítí účastníků řízení není klauzule omezující možnost volby propojení pouze na formu přímou nezbytná. V tomto bodě nepřisvědčuji také námitkám účastníka řízení, že orgán prvního stupně se danou otázkou nezabýval, neboť v napadeném rozhodnutí se odůvodnění, proč nelze tuto doktrínu aplikovat, nachází. Obdobně jako výše uvedený případ *Pronuptia* nelze dále na rozhodování ve správním řízení č.j. S 20/02 aplikovat závěry obsažené rozhodnutí ESD ve věci *Metro (1)*, ve kterém se jedná o uplatnění selektivního distribučního systému při distribuci elektronického vybavení pro potřeby volného času, který je charakteristický jak specifickými způsoby prodeje, tak výběrem zákazníků velkoobchodníkem. Opětovně konstatuji, že Smlouva o propojení mezi účastníky správního řízení zakládá exkluzivní vztah. Nikoli však vertikální, nýbrž horizontální, což je hlavním a zásadním diferenciačním kritériem mezi správním řízením vedeným Úřadem s účastníky řízení oproti posledně jmenovanému rozsudku ESD.

Namítá-li společnost Eurotel proti zjištění Úřadu, že ČESKÝ TELECOM, a.s. je schopný propojit sítě obou účastníků řízení za výrazně nižší cenu, než jsou ceny za propojení stanovené ve Smlouvě o propojení, konstatuji, že po přezkoumání všech relevantních skutečností vztahujících se k této námitce jsem dospěl k závěru, že předmětem určovacího řízení vedeného Úřadem není stanovení nejlevnějšího či nejdražšího způsobu propojení. Jak již bylo uvedeno shora, předmětem určovacího řízení je podle § 7 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže posouzení dohod obsažených ve Smlouvě o propojení uzavřené mezi účastníky řízení z hlediska souladu s právní úpravou obsaženou v § 3 až 6 téhož zákona a nikoliv posouzení dané Smlouvy o propojení z hlediska právní úpravy, jež nespadá do Úřadu svěřených kompetencí. Ve vztahu k namítanému zjištění Úřadu opřel orgán prvního stupně svá zjištění o všeobecně známé skutečnosti, když v době vydání rozkladem napadeného rozhodnutí bylo na trhu skutečně možné propojit sítě obou účastníků řízení prostřednictvím tranzitu přes společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. za cca 3,- Kč za minutu. Pokud by tedy účastníci řízení nebyli ve svém vzájemném styku vázáni povinností využívat pro veškeré své propojení, až na dvě již jmenované výjimky, formu přímou, mohli využít také nepřímého

propojení sítí účastníků řízení prostřednictvím společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. za zhruba poloviční propojovací poplatek, a to na základě smluv, které mají oba účastníci řízení se společností ČESKÝ TELECOM, a.s. uzavřeny. Na tomto místě zároveň konstatuji, že Úřad není orgánem kompetentním k posouzení, zda je cena za propojení účtovaná mezi jednotlivými provozovateli telekomunikačních sítí nastavena na úrovni odpovídající skutečným nákladům. Odkazuje-li společnost Eurotel dále na rozhodnutí ČTÚ, pak uvádím, že rozhodnutí ČTÚ neposuzují protisoutěžní aspekty daných dohod obsažených ve Smlouvě o propojení uzavřené mezi účastníky řízení, ale vycházejí z faktu, že Smlouva o propojení se má plnit tak, jak byla podepsána bez ohledu na skutečnost, zda dohody v ní obsažené vedou či mohou vést k narušení soutěže, a tudíž mohou být v rozporu se zákonem o ochraně hospodářské soutěže. ČTÚ se ve svých rozhodnutích aspektem ochrany hospodářské soutěže nezabýval a naopak jimi potvrdil, že Smlouva o propojení v sobě exkluzivní ustanovení bránící využití alternativních způsobů propojení sítí obou účastníků řízení obsahuje.

Účastník řízení uvedl ve svém rozkladu také námitky směřující proti právní kvalifikaci dohod obsažených ve Smlouvě o propojení jako dohod horizontálního charakteru. Platná právní úprava soutěžního práva v České republice sice připouští uzavření vertikální dohody mezi soutěžiteli působícími jinak na téže úrovni trhu, neztotožňují se však s názorem účastníka řízení, kterým přirovnává vztah smluvních stran Smlouvy o propojení ke vztahu distribučnímu, neboť samu skutečnost, že telefonní hovor započne v síti jednoho z účastníků řízení a bude zakončen v síti druhého, nelze považovat za plnění vertikální dohody. Vzájemné propojení sítí účastníků řízení je pouze prostředkem, který umožňuje společné zprostředkování hovorů mezi zákazníky obou společností. Úkolem obou smluvních stran, tj. jak společnosti Český Mobil, tak Eurotel, které vůči sobě zůstávají v horizontálním vztahu, je být jakýmsi „převodním můstkem“ k zajištění hovorů mezi oběma poskytovateli telekomunikačních služeb, kdy například společnost Eurotel, v jejíž síti má být hovor zakončen, tento hovor „neodebírá“, tj. není v pozici odběratele, ale pouze umožňuje, aby hovor přicházející od konkurenční sítě – společnosti Český Mobil skončil u zákazníka – spotřebitele jeho vlastní sítě. V případě Smlouvy o propojení jde tedy o dohodu horizontální.

S určením dohody jako horizontální souvisí další otázky kvalifikace dohod narušujících soutěž podle § 6 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, který vyjímá na základě pravidla *de minimis* ze zákazu dohod vertikální dohody, pokud společný podíl účastníků dohody nepřesahuje na relevantním trhu hranici 10 %, v případě dohod horizontálních 5 %. Poněvadž Smlouva o propojení je z hlediska zákona o ochraně hospodářské soutěže dohodou horizontální a účastníci této dohody mají společný podíl na relevantním trhu vyšší než 5 %, není aplikace ustanovení § 6 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, tj. vynětí ze zákazu dohod dle pravidla *de minimis*, možná. Také účastníkem řízení uváděná vyhláška Úřadu č. 198/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž podle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, pro určité druhy vertikálních dohod nebude ve vztahu ke Smlouvě o propojení aplikovatelná. Ani námitkám účastníka řízení směřujícím proti právní kvalifikaci dohod obsažených ve Smlouvě o propojení jako vertikální, tedy nepřisvědčuji.

Po přezkoumání celého napadeného rozhodnutí i nad rámec v rozkladu uplatněných námitek, kdy jsem všechny zjištěné skutečnosti hodnotil jak jednotlivě, tak v jejich vzájemných souvislostech, jsem ve správním řízení č.j. S 20/02 neshledal žádných věcných či procesních pochybení, jež by odůvodňovala napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit k novému projednání či změnit ve smyslu určení, že dohody specifikované ve výroku tohoto rozhodnutí zákazu dohod podle § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže nepodléhají. Provedená

změna spočívá v upřesnění výroku rozkladem napadeného rozhodnutí, kterým se podle § 7 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže určuje, že dohody obsažené v čl. 3.1 a na něj navazující Příloha A včetně jejích dílčích příloh, 6.6 a 8.1 a na něj navazující Příloha C včetně jejích dílčích příloh zákazu dohod narušujících soutěž podléhají. Návrhu účastníka řízení – společnosti Eurotel na věcnou změnu rozhodnutí orgánu prvního stupně jsem tedy nevyhověl.

P o u č e n í

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

Ing. Josef Bednář
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Rozhodnutí obdrží:

JUDr. Pavel Dejl, LL.M., Ph.D.
AK Kocián Šolc Balaščík
Jindřišská 34
110 00 Praha 1

Český Mobil a.s.
Ing. Václav Mach
Vinohradská 167
100 00 Praha 1

Toto rozhodnutí nabylo právní moci a stalo se vykonatelným dne 13. 8. 2003.