č. j. 2 A 13/2002 - OL - 424

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Václava Novotného a soudkyň JUDr. Ludmily Valentové a JUDr. Lenky Matyášové v právní věci žalobce **T-Mobile Czech Republic, a. s.,** Tomíčkova 2144/1, 149 00 Praha 4, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže,** Joštova 8, 601 59 Brno, o žalobě ze dne 5. 6. 2002 proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 5. 2002, č. j. R 16/2001,

takto:

I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 5. 2002, č. j. R 16/2001 **se zrušuje** a věc **se** mu **vrací** k dalšímu řízení.

II. Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 20. 7. 2001, č. j. S 19/01-1290/01-VOI, **se zrušuje** a věc **se** mu **vrací** k dalšímu řízení.

III. Žalovaný **je povinen** uhradit žalobci na nákladech řízení částku 1000 Kč, a to do 15 dnů ode dne právní moci tohoto rozsudku.

Odůvodnění:

I. Správní rozhodnutí

Žalobou ze dne 5. 6. 2002, podanou u Vrchního soudu v Olomouci dne 7. 6. 2002 a převzatou Nejvyšším správním soudem k dokončení dle ustanovení § 132 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“), se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 5. 2002, č. j. R 16/2001, a to v celém rozsahu. Tímto rozhodnutím předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „Úřad“) ve výrokové části 1. změnil, ve výrokové části 2. zrušil a ve výrokové části

3. potvrdil vydané prvostupňové rozhodnutí ze dne 20. 7. 2001, č.j. S 19/01-1290/01-VOI, jímž původně, v prvním stupni, rozhodl tak, že 1. RadioMobil, a.s., se sídlem Londýnská 59, 120 00 Praha 2, IČ 64 94 96 81 (dále též „RadioMobil"), zneužil svého dominantního postavení na trhu mobilních radiotelefonních služeb ve veřejných mobilních telekomunikačních sítích GSM tím, že a) v době od 8. 1. 2000 do 31. 3. 2001 v tarifech Paegas 20, Paegas 60, Paegas 120, Paegas 300, Jistota, Data&SMS, Paegas Twist, a b) v době od 8. 1. 2000 do data vydání tohoto rozhodnutí v tarifech Ekonom, Ekonom Nonstop, Aktiv Klasik Nonstop, Aktiv, Aktiv Nonstop, Manažer, Manažer Nonstop, Diamant, Diamant Nonstop, účtoval bez objektivně ospravedlnitelných důvodů svým zákazníkům za minutu volání do sítě provozované společností Český Mobil, a.s., se sídlem Vinohradská 167, 100 00 Praha 10, IČ 25 78 80 01 (dále jen „Český Mobil") částku vyšší, než za minutu volání do sítě provozované společností Eurotel Praha, spol. s r. o., se sídlem Sokolovská 855/225, 190 00 Praha 9, IČ 15 26 83 03 (dále jen „Eurotel"). Tímto jednáním porušil ustanovení § 9 odst. 3 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, k újmě společnosti Český Mobil, která nezískala z důvodu vyšších cen, které společnost RadioMobil účtovala svým zákazníkům za volání do sítě společnosti Český Mobil, takový počet nových zákazníků, jako za podmínek rovné hospodářské soutěže, a kdy z důvodu těchto vyšších cen došlo k nižšímu objemu odchozího provozu ze sítě provozované společností RadioMobil do sítě společnosti Český Mobil oproti provozu v opačném směru, čímž byla společnost Český Mobil znevýhodněna v hospodářské soutěži; jednání účastníka řízení mělo za následek také újmu spotřebitelů – zákazníků společnosti RadioMobil, kteří jí za srovnatelnou službu při volání do sítě společnosti Český Mobil platili na hovorném v jednotlivých tarifech v obdobích dle písm. a) a b) této části výroku rozhodnutí částku vyšší, než za volání do sítě společnosti Eurotel. 2. Podle ustanovení § 11 odst. 1 písm. d) zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, se společnosti RadioMobil zakazuje pokračovat ve zneužívání dominantního postavení jednáním uvedeným v době 1 písm. b) výroku tohoto rozhodnutí. 3. Podle ustanovení § 11 odst. 1 písm. h) a ustanovení § 14 odst. 4 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, se společnosti RadioMobil za porušení ustanovení § 9 odst. 3 téhož zákona ukládá pokuta ve výši 15 000 000 Kč.

Rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 9. 5. 2002, č. j. R 16/2001, bylo shora uvedené rozhodnutí Úřadu ve výrokové části pod bodem 1. změněno tak, že RadioMobil zneužil svého dominantního postavení na trhu mobilních radiotelefonních služeb ve veřejných mobilních telekomunikačních sítích GSM tím, že a) v době od 8. 1. 2000 do 31. 3. 2001 v tarifech Paegas 20, Paegas 60, Paegas 120, Paegas 300, Jistota, Data&SMS a v předplacené službě Paegas Twist, b) v době 8. 1. 2000 do 30. 6. 2001 tohoto rozhodnutí v tarifech Ekonom, Ekonom Nonstop, Aktiv Klasik, Aktiv Klasik Nonstop, Aktiv, Aktiv Nonstop, Manažer, Manažer Nonstop, Diamant, Diamant Nonstop, účtoval bez objektivně ospravedlnitelných důvodů svým zákazníkům ze minutu volání do sítě provozované společností Český Mobil částku vyšší než za minutu volání do sítě provozované společností Eurotel Praha. Tímto jednáním účastník řízení porušil ustanovení § 9 odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže k újmě jiného soutěžitele – společnosti Český Mobil, která nezískala z důvodu vyšších cen, které účastník řízení účtoval svým zákazníkům za volání do sítě společnosti Český Mobil takový počet nových zákazníků, jako za podmínek rovné hospodářské soutěže, a kdy z důvodu těchto vyšších cen došlo k nižšímu objemu odchozího provozu ze sítě provozované

účastníkem řízení do sítě společnosti Český Mobil, oproti provozu v opačném směru, čímž byla společnost Český Mobil, znevýhodněna v hospodářské soutěži; dále k újmě spotřebitelů – zákazníků účastníka řízení, kteří mu za srovnatelnou službu při volání do sítě společnosti Český Mobil platili na hovorném v jednotlivých tarifech v obdobích podle písm. a) a b) této části výroku rozhodnutí částku vyšší, než za volání do sítě Eurotelu. Výroková část pod bodem 2. byla zrušena, výroková část pod bodem 3. byla předsedou Úřadu potvrzena.

Žalovaný ve svém rozhodnutí o rozkladu mimo jiné uvedl, že se podrobně zabýval vlivem ekonomického dopadu volby poskytovatele služby na třetí osoby. Cenová politika účastníka řízení spočívající v účtování rozdílných cen za volání oběma operátorům vytvořila nerovné podmínky na trhu v neprospěch Českého Mobilu. Uživatelé mobilních telefonů se při rozhodování o volbě operátora a využití mobilního telefonu orientují podle ceny za volání. Jestliže cena za volání do jedné sítě převyšuje cenu za volání do jiné sítě, spotřebitelé preferují takové řešení, které pro ně znamená úsporu. Preferují tedy levnější volání. To však současně znamená, že mobilní operátor, který je „postižen" vyšší cenou za volání do jeho sítě, přičemž tuto okolnost nemůže žádným způsobem ovlivnit, není schopen, i při vlastních nízkých cenách, získat větší počet zákazníků. Nemá tedy rovné soutěžní podmínky. Jako zjevně účelové hodnotí tvrzení žalobce, že kalkulace zákaznických cen, které Úřad požadoval, lze předložit pouze na základě zpracované metodiky, kterou je dle ust. § 79 odst. 1 zákona o telekomunikacích povinen zpracovat každý poskytovatel veřejných telekomunikačních služeb, přičemž tato metodika je v současné době schvalována ČTÚ, a proto nemohly být celkové ekonomicky oprávněné náklady, určené dle této metodiky, Úřadu v rámci řízení předloženy. Z opatření *ČTÚ č. OÚ – 6/S/2000* však bylo zjištěno, že držitel telekomunikační licence byl povinen vytvořit metodiku oddělené evidence nákladů, tržeb a výnosů, včetně vloženého kapitálu, již před účinností zmíněného *opatření.* Výsledky oddělené evidence nákladů tržeb a výnosů včetně vloženého kapitálu za rok 2000 musí být předloženy do 30. 7. 2001, a to podle již vytvořené metodiky předložené ČTÚ před účinností tohoto *opatření* (ve spisu l. č. 165). Podle bodu č. 22 *Pověření* (ve spisu l. č. 206/8) má účastník povinnost projednat a dohodnout s povolujícím orgánem a cenovým orgánem návrh metodiky pro účelové členění nákladů, výnosů a rozložení investic týkajících se jednotlivých poskytovaných služeb GSM a provozu sítě, zavést účelové členění podle výše uvedené metodiky a zasílat na požádání těmto orgánům zprávy s výsledky, jež odpovídají metodice. Z bodu 22.2 *Pověření* dále vyplývá, že výše uvedené orgány mohou požadovat předložení výsledků odpovídajících metodice kdykoli, mají-li za to, že tyto informace jsou nutné k ověření nebo zajištění dodržování podmínek *Pověření* nebo příslušných právních předpisů. V bodě E přílohy č. 7 k *Pověření* (ve spisu l. č. 211) je navíc uvedeno, že ceny za propojení musí vycházet ze skutečných ekonomicky oprávněných nákladů vztahujících se k zajištění propojení, provozování sítí a poskytování služeb. Z výše uvedeného dovodil, že povinnost projednat a dohodnout s povolujícím orgánem a cenovým orgánem návrh metodiky pro účelové členění nákladů, výnosů a rozložení investic týkajících se jednotlivých poskytovaných služeb GSM a provozu sítě, zavést účelové členění podle výše uvedené metodiky a zasílat na požádání těmto orgánům zprávy s výsledky, jež odpovídají metodice, stanoví žalobci řízení přímo *Pověření* ze dne 25. 3. 1996. Touto povinností je tedy vázán již od roku 1996 a zdůvodnění nepředložení kalkulací cen, které Úřad požadoval, neexistencí metodiky podle nového telekomunikačního zákona, tak není podloženo. Navíc taková

argumentace dokládá, že v době, kdy žalobce rozdílné ceny za volání aplikoval, neměl doloženu rozdílnost nákladů. Přestože výši nákladů stanovoval až zpětně v reakci na výzvu Úřadu, cenovou politiku spočívající v účtování rozdílných cen realizoval již před tím, v době, která je konkretizována ve výroku napadeného rozhodnutí.

II. Žaloba

Žalobce má zato, jak vyplývá ze žaloby ze dne 5. 6. 2002 a z jejího doplnění ze dne 22. 7. 2002, že rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu je nezákonné a že žalobce byl rozhodnutím o rozkladu zkrácen na svých subjektivních právech. Namítá, že žalovaný nedostatečně zjistil skutečný stav věci.

1. Zákon o ochraně hospodářské soutěže obsahuje definici dominantního postavení v ust. § 9. Ze systematického a logického výkladu zákona s přihlédnutím k jeho účelu lze dle přesvědčení žalobce dovodit, že § 9 odst. 2 zákona je třeba vyložit právě ve spojení s § 9 odst. 1 zákona, a to tak, že upravuje zákonnou domněnku, která je však vyvratitelná v případě, že nedochází současně k naplnění znaku dominance uvedeném v odst.1, tzn. v případě, kdy je soutěžitel vystaven soutěži podstatné. Jiný výklad by totiž logicky směřoval např. k závěru, že tři soutěžitelé na jednom trhu, každý s podílem 33,3%, jsou každý v individuálním dominantním postavení, neboť by všichni splňovali nevyvratitelnou podmínku obsaženou v zákoně, a to bez ohledu na to, že mezi sebou velice intenzivně soutěží, protože jejich tržní síla je obdobná. Takto „postižení" soutěžitelé by se tudíž bez ohledu na skutečné tržní podmínky stali z pohledu zákona dominanty, a to se všemi negativními důsledky, které pro ně z tohoto postavení vyplývají, čímž by došlo k diskriminaci takových soutěžitelů oproti jiným soutěžitelům, kteří při aplikaci kriterií § 9 odst. 2 zákona nemají dominantní postavení. V důsledku tohoto výkladu by dle žalobce došlo k porušení principu rovnosti mezi osobami stejného postavení, tedy k rozporu s čl. 1 a čl. 3 odst. 1 a čl. 4 odst. 3 Listiny základních práv a svobod. Výklad zákona tak, jak ho podal žalovaný, považuje žalobce ze ústavně nekonformní, neboť zkracuje žalobce rovněž na jeho základních právech zaručených čl. 26 odst. 1 Listiny, t.j. na právu podnikat a provozovat hospodářskou činnost. Dle čl. 26 odst. 2 Listiny může zákon „stanovit podmínky a omezení pro výkon určitých povolání nebo činností", obdobně dle čl. 4 odst. 2 Listiny mohou být meze základních práv a svobod za podmínek stanovených Listinou upraveny zákonem. Za takovýto zákon lze jednoznačně považovat zákon o ochraně hospodářské soutěže. Aplikace § 9 odst. 1 a 2, interpretovaných ad 1) by však dle žalobce odporovala článku 4 odst. 4 Listiny, ze kterého vyplývá, že při použití ustanovení o mezích základních práv musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu a že taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena. Jelikož se dle názoru žalobce interpretace podle pravidel Evropského společenství pohybuje v mezích pozitivní právní úpravy soutěžního práva v České republice, bylo nanejvýš vhodné, aby žalovaný přihlédl při výkladu ustanovení i k této komunitární judikatuře (VS Olomouc, 2A 6/96). Vzhledem ke skutečnosti, že na relevantním trhu mobilní telefonie v České republice je každý ze tří provozovatelů veřejné mobilní telekomunikační sítě vystaven podstatné soutěži, takže u žádného z nich není naplněn zákonný znak dominantního postavení ve smyslu § 9 odst. 1 zákona, jeví se žalobci chybná interpretace § 9 odst. 1 a 2 zákona jako naprosto zásadní pro kvalifikaci jeho jednání. Tržní podíl se obvykle vymezuje jako podíl soutěžitele na celkových dodávkách zboží nebo služeb na daný relevantní trh

za určitý časový úsek (obvykle jeden kalendářní rok). V praxi bývá obvykle vymezen prostřednictvím podílu na celkovém čistém obratu dosaženém na daném relevantním trhu a bývá vyjádřen v měnových jednotkách. Dle názoru žalobce by měl čistý obrat, na základě kterého je stanovován tržní podíl na daném relevantním trhu, zahrnovat pouze obrat vytvořený prodejem zboží nebo služeb, které jsou součástí daného relevantního trhu. K doplnění a pro přesnější vymezení podílu na trhu se běžně používá rovněž kriterium obratu vyjádřené množstevní jednotkou – např. kg, metry, minuty apod., a to v závislosti na konkrétním relevantním trhu. Žalovaný vymezil relevantní trh jako trh mobilní hlasové telefonie. V rozporu s výše uvedeným však žalovaný použil jako kritéria, na základě kterého stanovil tržní podíl žalobce na vymezeném relevantním trhu, počet zákazníků a jeho celkové výnosy. Tento postup považuje žalobce za chybný, na což upozorňoval již v průběhu správního řízení. Výpočet tržního podílu podle počtu zákazníků nemá dle názoru žalobce zásadní vypovídací hodnotu pro určení jeho tržního podílu v projednávané věci, kritérium celkových výnosů nebylo žalovaným nijak definováno a není tedy zřejmé, co je jeho obsahem. Pokud však žalovaný použil termínu „celkové výnosy" v běžně užívaném významu, jsou v nich zahrnuty i výnosy ze služeb, které nejsou součástí žalovaným vymezeného relevantního trhu a jako takové tedy neměly být při posuzování tržního podílu žalobce zohledněny. V rozporu s obecně užívanou interpretací pojmu „dodávky zboží" (§ 9 odst. 2 zákona) se žalovaný nezabýval objemem poskytnutých hlasových služeb (odchozí a příchozí hovory), které by, vyjádřeny v minutách, byly nejvhodnějším kritériem pro výpočet tržního podílu žalobce na vymezeném relevantním trhu, takový počet tržního podílu by dle přesvědčení žalobce jako jediný objektivně a nejlépe vypovídal o skutečném postavení soutěžitelů na relevantním trhu a odpovídal by nejlépe termínu „dodávky zboží" použitému v § 9 odst. 2 zákona.

2. Zpracování přesné nákladové kalkulace nebylo v okamžiku stanovení cen do sítě Českého Mobilu objektivně možné, protože v této době neměl žalobce k dispozici základní údaje, ze kterých by mohl při stanovení zákaznické ceny na nákladovém principu vycházet, a musel tudíž vycházet pouze z předpokladů, které však byly následně sestavenou kalkulací potvrzeny. Závěr prvostupňového orgánu, že nebyla-li zpracována nákladová kalkulace před samotným jednáním, má se za prokázané, že jednání žalovaného spočívající v účtování vyšších cen za volání do sítě Českého Mobilu bylo zneužíváním dominantního postavení, se jeví žalobci jako logicky nepřípustná zkratka.

3. Dále trvá na tom, že účtoval svým zákazníkům za minutu volání do sítě provozované společností Český Mobil cenu, jež byla stanovena v souladu s platnými právními předpisy a že skutečnost, že se jednalo o cenu vyšší, než kterou účtoval za minutu volání do sítě provozované společností Eurotel, odůvodňují objektivně ospravedlnitelné skutečnosti – vyšší náklady, které byly s uskutečněním hovorů do sítě Českého Mobilu spojeny. V období před zprovozněním přímého propojení veřejných mobilních telekomunikačních sítí provozovaných společnostmi RadioMobil a Český Mobil, tj. období od 8. 1. 2000 do 17. 4. 2000, se spojení hovorů ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu uskutečňovalo prostřednictvím tranzitu přes síť společnosti Český Telecom, a. s.; v tomto období vznikaly žalobci zvýšené náklady. Za zřízení 2 Mbit/s linky účtoval Český Telecom, a.s. žalobci v souladu s Dodatkem č. 6 ke *Smlouvě o propojení* uzavřené dne 19. 12. 1997 jednorázovou cenu ve výši 18 000 Kč. Dle žalobcem provedených výpočtů bylo nutné s ohledem na objem

tranzitovaného provozu zřídit ve výše uvedeném období tři 2 Mbit/s linky, celkem tedy musel žalobce vynaložit na zřízení linek 54 000 Kč, což přepočteno na 1 minutu odchozího provozu ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu v uvedeném období činí 0,148 Kč/min – uvedená hodnota je ve výpočtu zvýšení nákladů na minutu provozu ze dne 12. 4. 2001 obsažena v dílčí položce označené jako „přírůstek ceny vlivem využívání propojovací kapacity RDM-ČT na 1 min provozu RDM-ČM", která byla vyčíslena ve výši 0,518 Kč/min (0,148 Kč + 0,370 Kč za pronájem propojovacích linek). Technickou nezbytnost existence přenosových linek žalovaný nezpochybnil, popřel však potřebu zřídit pro potřeby nepřímého propojení sítí žalobce a Českého Mobilu tři 2Mbit/s linky. Kapacita těchto linek musí však být logicky dimenzována nikoliv pouze na odchozí provoz ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu, jak uvádí v napadeném rozhodnutí žalovaný, ale na celkový provoz mezi sítěmi žalobce a Českého Mobilu. Vyjdeme-li tudíž z nepopiratelného faktu, že celkový provoz mezi sítěmi žalobce a Českého Mobilu byl v měsíci březnu roku 2000 – 632 799 minut a v měsíci dubnu roku 2000 – 592 069 minut, je zcela jednoznačné, že musely být vzhledem k běžně užívanému projektovanému zatížení linek zřízeny tři 2 Mbit/s linky (při propojení telekomunikačních sítí se vychází s projektovaného 70% zatížení linky a 30% rezervy na provoz v hlavní provozní hodině a je-li tudíž teoretická kapacita jedné 2 Mbit/s linky 400 000 minut měsíčně, počítá se s maximálním přenosem 280 000 minut měsíčně na jednu 2 Mbit/s linku). Žalovaný neprovedl jediný důkaz, kterým by vyvrátil pravdivost opakovaně žalobcem předkládaných tvrzení o nutnosti zřízení tří 2 Mbit/s linek, ačkoliv takový důkaz provést mohl. Dle žalobcem provedených výpočtů uhradil žalobce Českému Telecomu, a. s. za pronájem potřebného počtu linek v předmětném období celkem 135 288 Kč, což přepočteno na 1 minutu odchozího provozu ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu činí 0,370 Kč/min. Za zcela nezpochybnitelný náklad žalobce na zajištění spojení z jeho sítě do sítě Českého Mobilu prostřednictvím sítě Českého Telecomu, a.s. je třeba považovat cenu za jednu minutu propojení do jiné veřejné mobilní telefonní sítě, kterou byl žalobce povinen hradit, a kterou také uhradil, Českému Telecomu ve výši dle Přílohy D.1.3. *Smlouvy o propojení* ze dne 19. 12. 1997 mezi žalobcem a společností Český Telecom, a. s., tj. ve výši 0,272 Kč za jednu minutu spojení ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu. Žalobce uvedl v dokumentu předloženém žalovanému dne 12. 4. 2001, že náklady na minutu volání ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu jsou o 0,35 Kč vyšší než do sítě Eurotelu, neboť provoz ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu musel být v období od ledna 2000 do prosince 2001 směrován z celé sítě pouze do jednoho propojovacího bodu a od prosince 2000 do dvou propojovacích bodů, oproti provozu ze sítě žalobce do sítě Eurotelu, který mohl být propojen v nejbližším propojovacím bodě ze sedmi propojovacích bodů vybudovaných v té době mezi sítěmi žalobce a společností Eurotel. Žalovaný v průběhu správního řízení akceptoval, že existuje přímá souvislost mezi počtem propojovacích bodů a náklady na směrování provozu z jedné telekomunikační sítě do druhé telekomunikační sítě, nerozporoval, že v důsledku nižšího počtu propojovacích bodů mezi sítí žalobce a Českého Mobilu oproti počtu propojovacích bodů mezi sítí žalobce a sítí Eurotelu byly náklady na zajištění spojení mezi sítí žalobce a Českého Mobilu vyšší. V období po zprovoznění přímého propojení veřejných mobilních telekomunikačních sítí provozovaných společnostmi RadioMobil a Český Mobil (duben 2000 v Praze první dva přímé propojovací body, další v prosinci roku 2000 v Brně), kdy v témž období existovalo sedm, resp. osm propojovacích bodů mezi sítěmi žalobce a Eurotelu, vyvstal rozdíl v nákladech, který žalobci vznikal v souvislosti s uskutečněním jedné minuty volání do veřejné mobilní telekomunikační sítě provozované

společností Český Mobil oproti nákladům souvisejícím s uskutečněním jedné minuty volání do veřejné mobilní telekomunikační sítě provozované společností Eurotel. Rozdíl žalobce specifikoval a vyčíslil v listinném důkazu, který předložil žalovanému dne 12. 4. 2001. Obsahem tohoto důkazu je tvrzení, že žalobci vznikaly zvýšené náklady na uskutečnění hovoru do sítě Českého Mobilu oproti spojení uskutečněnému do sítě Eurotelu ve výši 0,35 Kč za minutu spojení, neboť v případě spojení do sítě Českého Mobilu musel být hovor z důvodu existence omezeného počtu propojovacích bodů směrován ve vlastní síti po delší trajektorii než v případě hovoru směřujícího do sítě Eurotelu. Cena za propojení mezi sítěmi provozovanými společnostmi RadioMobil a Eurotel byla v období uvedeném v listinném důkazu (od ledna 2000 do března 2001) stanovena dohodou smluvních stran ve výši 7,00 Kč za minutu propojení, cena za propojení mezi sítěmi provozovanými společnostmi RadioMobil a Český Mobil byla ve stejném období stanovena dohodou smluvních stran ve výši 7,45 Kč za minutu propojení. Rozdíl obou cen činil ve výše uvedeném období 0,45 Kč za minutu propojení. Výše uvedené ceny za propojení si smluvní strany vzájemně hradily, jejich výši považoval žalobce za adekvátní, také Český Mobil, jak vyplývá ze svědecké výpovědi svědka Ing. Macha, považoval sjednanou cenu za propojení za cenu obvyklou. Některé z nákladů, kterými žalobce v průběhu správního řízení argumentoval, byly prvostupňovým orgánem akceptovány, s neakceptováním části nákladů se pak žalobce vypořádal v rámci svého závěrečného vyjádření ve věci. Žalovaný nedostatečně rozlišoval mezi koncovou cenou účtovanou zákazníkovi, která byla předmětem správního řízení a cenou za propojení, ačkoliv na tuto skutečnost žalobce opakovaně upozorňoval. Dále žalobce položil otázku, zda má výše zákaznické ceny účtované za hovory do sítě Českého Mobilu tak významný vliv na objem odchozího provozu ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu před a po sjednocení výše cen. Po provedení příslušného porovnání je zřejmé, že k žádné změně trendu nedošlo, odchozí provoz ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu narůstal, ale obdobným tempem, jakým narůstal před sjednocením zákaznických cen. Celková nevyrovnanost provozu mezi telekomunikačními sítěmi je způsobena mnoha faktory, přičemž tarifní politika žalobce ovlivňuje vyrovnanost provozu jen ve velmi nepatrné míře, jíž však žalovaný Úřad nezkoumal.

4. Tvrzení žalovaného, že společnost Český Mobil nezískala z důvodu vyšších cen, které účastník řízení účtoval svým účastníkům za volání do sítě společnosti Český Mobil, očekávaný počet nových zákazníků a tvrzení, že z důvodu vyšších cen došlo k nižšímu objemu odchozího provozu ze sítě provozované účastníkem řízení do sítě Českého Mobilu, oproti provozu v opačném směru, obě zachycená ve výroku napadeného rozhodnutí, jsou pouhou nepodloženou spekulací žalovaného, neboť v průběhu správního řízení nebyl proveden jediný důkaz, který by výše uvedená tvrzení potvrzoval. Český Mobil byl v předmětném období jedním z nejrychleji se rozvíjejících třech operátorů ve střední a východní Evropě, a to právě z hlediska počtu zákazníků. Dle přesvědčení žalobce navíc z dokumentů předložených ve správním řízení i z dokumentů přiložených k tomuto podání jednoznačně vyplývá, že se vyrovnanost provozu mezi sítěmi žalobce a Českého Mobilu po sjednocení zákaznických cen u většiny tarifů výrazně nezměnila. Ovlivňuje výše cen účtovaných zákazníkům za volání do jiné sítě celkovou vyrovnanost provozu mezi oběma sítěmi jen ve velmi omezené míře, a to v závislosti na skutečnosti, zda je rozdíl v účtovaných cenách na porovnatelné úrovni, za což žalobce cenu o 1 Kč vyšší považuje. Že tuto cenu

(o 1 Kč vyšší) považují za porovnatelnou i zákazníci, ostatně potvrzuje i níže uvedený trend odchozího a příchozího provozu mezi sítěmi žalobce a Českého Mobilu, který se po sjednocení cen prakticky nezměnil.

5. Žalovaný umožnil žalobci nahlédnout pouze do části spisu, s částí spisu označenou jako „obchodní tajemství" nebyl žalobce seznámen. Tuto skutečnost žalobce vnímá jako porušení jeho subjektivních práv vyplývajících z ust. § 23 správního řádu.

6. Základním oprávněním účastníka je jeho právo navrhovat důkazy a jejich doplnění vyjádřené v § 33 odst. 1 správního řádu. V rámci podaného rozkladu navrhl žalobce výslechy svědků, a to Ing. J. Bezuse a JUDr. L. Cundové. Svědecké výpovědi by dle názoru žalobce potvrdily, že ještě před zahájením správního řízení uváděl žalobce obdobné důvody pro účtování vyšší koncové ceny, a že tedy tato tvrzení nejsou účelová pouze pro potřeby správního řízení, jak tvrdí žalovaný.

7. Stanovení výše pokuty je výsledkem správního uvážení, to však neznamená, že svého diskrečního práva může správní orgán užít zcela libovolně. Je povinností správního orgánu zabývat se všemi hledisky, které zákon jako premisy takové úvahy stanoví, opatřit si za tím účelem potřebné důkazy, vyvodit z nich skutková a právní zjištění a teprve poté na základě zákonem povolené volné úvahy při respektování smyslu a účelu zákona dospět při dodržení pravidel logického uvažování k rozhodnutí. Žalobce již v podaném rozkladu namítal absenci konkrétního základu, ze kterého orgán I. stupně při stanovení výše pokuty vycházel, a konkrétního odůvodnění výše pokuty. Žalobce navrhuje též upuštění od pokuty ve výši 15ti miliónů Kč nebo její snížení (§ 65 odst. 3 s. ř. s.).

8. Žalovaným formulovaný výrok napadeného rozhodnutí jde výrazně nad rámec zákona, neboť ve výroku správního rozhodnutí týkajícího se zneužití dominantního postavení nelze uvádět bližší specifikaci okolností, které vedly ke vzniku újmy.

III. Vyjádření žalovaného

Ve svém vyjádření ze dne 18. 7. 2002 se žalovaný zabýval v prvé řadě jednotlivými aspekty potřebnými pro vymezení relevantního trhu a na základě jejich zhodnocení vymezil relevantní trh tak, jak je uvedeno v napadených rozhodnutích. Žalovaný v této souvislosti přezkoumal rovněž námitky žalobce uvedené v rozkladu a dospěl ke shodnému závěru, tedy že existují rozdíly mezi mobilními radiotelefonními službami v síti GSM a mobilními radiotelefonními službami v síti NMT a že ač v současné době telefony GSM a NMT umožňují většinu stejných základních funkcí, faktory, jež žalovaný v napadených rozhodnutích uvedl, odlišují sítě GSM a NMT natolik významně, že hrají rozhodující roli při rozhodování spotřebitele při volbě telefonu GSM nebo NMT, což si vyžádalo nutnost definovat dva samostatné relevantní trhy. Rovněž při zjišťování existence dominantního postavení žalovaný nevybočil z mezí stanovených zákonem, vycházel-li z jednokriteriálního pojetí dominance, které je založeno pouze na velikosti tržního podílu, jež v uvedeném případě převyšuje 30%, a to jak z hlediska počtu zákazníků, tak z hlediska celkových výnosů. Tato hlediska jsou v uvedeném případě dostatečným ukazatelem pro zjištění postavení žalobce na trhu. Žalovaný tedy postupoval v souladu se zákonem, když nezkoumal další kritéria

pro zjištění tržní síly soutěžitele a odvodil existenci dominantního postavení žalobce pouze od jeho podílu na relevantním trhu vzhledem k celkovým výnosům i počtu zákazníků, jejichž konkrétní údaje a výpočty správní spis obsahuje. Z výsledků rozboru provedeného žalovaným, jenž se týkal ekonomického dopadu volby poskytovatele služby na třetí osoby, vyplynulo, že cenová politika žalobce spočívající v účtování rozdílných cen za volání oběma dalším operátorům působícím na vymezeném relevantním trhu vytvořila nerovné podmínky na tomto trhu v neprospěch jednoho z nich, a to právě společnosti Český Mobil. Nezpochybnitelnou se jeví skutečnost, že uživatelé mobilních telefonů se při rozhodování o volbě operátora a využití mobilního telefonu orientují podle ceny za volání. Pro mobilního operátora, jenž je „postižen" vyšší cenou za volání do jeho sítě, přičemž tuto okolnost nemůže žádným způsobem ovlivnit, znamená tato skutečnost nerovné soutěžní podmínky, tedy že i při vlastních nízkých cenách není schopen získat větší počet zákazníků. Žalovaný prokázal, že takový stav nastal právě v důsledku cenového chování soutěžitele v dominantním postavení. Chováním žalobce, jež se projevilo v síti druhého operátora, však byli postiženi nejen jeho zákazníci, ale i zákazníci konkurenta. V uvedeném případě se dle posouzení žalovaného jedná o provázané poskytování služeb, neboť zákazník sleduje jak ceny odchozích hovorů, tj. ceny, které bude platit operátorovi, k jehož síti je připojen, tak ceny hovorů k němu přicházejících, tj. ceny, které budou platit svému operátorovi v druhé síti osoby jemu volající. Uvedená fakta jednoznačně potvrzují závěr žalovaného uvedený v napadených rozhodnutích, že jedním z cílů cenové politiky žalobce bylo vytvoření a posilování bariéry vůči rychlému průniku třetího mobilního operátora na trh. Žalovaný dospěl k závěru, že žalobce by se úspěšně liberoval pouze tehdy, pokud by jeho cenová politika byla objektivně ospravedlnitelná. Proto žalovaný podrobně zkoumal každou jednotlivou skutečnost namítanou žalobcem, jíž odůvodňoval účtování vyšších cen pouze jednomu z konkurentů na trhu (strany 11-19 rozhodnutí o rozkladu). Tvrzení žalobce však ani po opakovaném přezkumu potvrzena nebyla. Zásadní podklady pro ověření průkaznosti tvrzení žalobce ohledně zvýšených nákladů na zajištění hovorů do sítě společnosti Český Mobil vyvolané zejména tranzitem hovorů přes síť Českého Telecomu, a. s. si žalovaný vyžádal dne 29. 3. 2001. Dopisem ze dne 12. 4. 2001 žalobce sice předložil výpočet zvýšení nákladů na minutu provozu ze své sítě do sítě Českého Mobilu oproti srovnatelným nákladům do sítě Eurotelu, tento však vycházel z údajů, které nebyly nijak doloženy. Proto si žalovaný dopisem ze dne 7. 5. 2001 opakovaně vyžádal zaslání všech kalkulací poplatků ze propojení od 1. 1. 2000 do sítě Českého Mobilu a všech kalkulací poplatků za propojení od 1. 1. 2000 do sítě Eurotelu a zároveň požádal žalobce o uvedení jednotlivých položek, které jsou součástí ekonomicky oprávněných nákladů na propojení mobilních sítí a celkovou výši těchto nákladů. Uvedený dotaz žalobce v odpovědi ze dne 18. 5. 2001 (ve spise l. č. 161-162a) nezodpověděl, nedoložil ani kalkulace poplatku za propojení. Žalobce naopak uvedl, že není schopen specifikovat jednotlivé položky, které jsou součástí oprávněných nákladů na propojení mobilních sítí a z tohoto důvodu není možno stanovit ani celkovou výši těchto nákladů. Za rozhodující tedy žalovaný považuje skutečnost, že potvrdil-li žalobce, že tyto náklady neznal, sám tak vyvrátil vlastní tvrzení o oprávněnosti rozdílných cen účtovaných za odchozí hovory do sítě Českého Mobilu oproti cenám účtovaným do sítě Eurotelu odůvodněných zvýšenými náklady, které vznikají v souvislosti s odchozími hovory do sítě Českého Mobilu. Žalobcem navržené důkazy pro obhájení jeho cenové politiky, jako např. graf a tabulka v příloze rozkladu, jež údajně měly dokládat skutečnost, že po sjednocení zákaznických cen v dubnu 2001 nedošlo k výraznému nárůstu odchozího provozu ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu, jen

potvrdily závěry žalovaného, že od 1. 4. 2001, kdy žalobce snížil ceny za volání do sítě Českého Mobilu a zároveň zvýšil ceny za volání do sítě Eurotel, došlo k výraznému nárůstu provozu mezi uvedenými sítěmi. Z uvedeného vyplývá, že značná část zákazníků, kteří si pořídili mobilní telefon od společnosti Český Mobil po úpravě ceny za volání do této sítě ze sítě žalobce, považuje cenu za volání do „své sítě" z „jiné sítě" za významný faktor při rozhodování, jakého mobilního operátora si má zvolit. Cenová politika žalobce tedy jednoznačně ovlivnila růst zákaznické základny společnosti Český Mobil. V této souvislosti žalovaný opakovaně zdůrazňuje, že zkoumal pouze jednání žalobce týkající se uplatňování rozdílných cen za volání do sítí jiných mobilních operátorů, nikoli stanovení konkrétní výše ceny za uvedenou službu. Vzhledem ke značné obsáhlosti námitek žalobce žalovaný v plném rozsahu odkazuje na odůvodnění napadených rozhodnutí. Výše uložené pokuty byla výsledkem správního uvážení a žalovaný nevybočil z mezí stanovených ustanovením § 14 odst. 4 zákona. Žalovaný zohlednil prokazatelné zneužití dominantního postavení žalobcem na trhu mobilních radiotelefonních služeb ve veřejných mobilních telekomunikačních sítích GSM k újmě jiného soutěžitele – společnosti Český Mobil a také újmě spotřebitelů – zákazníků žalobce, přičemž přihlédl jak k přitěžujícím, tak k polehčujícím okolnostem případu, zejména k tomu, že žalobce na základě svého svobodného uvážení odstranil rozdíl v cenách účtovaných koncovým uživatelům již před zahájením správního řízení. Úvahy, jimiž byl žalovaný při rozhodování o výši uložené pokuty veden, jsou podrobně zachyceny v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí. V odůvodnění napadených rozhodnutí se žalovaný obsáhle zabýval skutkovou stránkou věci, kdy uvedl všechny relevantní skutečnosti, na jejichž základě konstatoval porušení zákona, přičemž podpůrně přihlédl k rozhodovací praxi orgánů Evropských společenství. Žalovaný závěrem konstatuje, že výsledky správního řízení jednoznačně potvrzují zjištěné zneužití dominantního postavení žalobcem.

IV. Procesní rozhodnutí soudu

Podáním ze dne 25. 7. 2002 oznámil Český Mobil vstup do řízení podle § 93 odst. 1 o. s. ř., avšak žalobce dne 31. 7. 2002 uplatnil námitku nepřípustnosti vstupu vedlejšího účastníka do řízení. Usnesením Vrchního soudu v Olomouci ze dne 8. 8. 2002 bylo rozhodnuto o nepřipuštění vstupu Českého Mobilu do řízení na straně žalovaného. Podáním ze dne 24. 2. 2004 oznámil Český Mobil vstup do řízení v postavení osoby zúčastněné na řízení ve smyslu § 34 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní. Usnesením ze dne 4. 3. 2004 vyslovil Nejvyšší správní soud, že společnost Český Mobil není osobou zúčastněnou na řízení. Dne 8. 6. 2004 navrhl žalobce Nejvyššímu správnímu soudu přiznání odkladného účinku, když současně odkazuje na usnesení Vrchního soudu v Olomouci ze dne 7. 6. 2002, č. j. 2 A 13/2002-107, jímž soud vyhověl návrhu žalobce na odklad vykonatelnosti bodu 3 napadeného rozhodnutí, a to až do doby pravomocného ukončení soudního přezkumu napadeného rozhodnutí. Usnesením ze dne 13. 7. 2004 Nejvyšší správní soud žalobě přiznal odkladný účinek, co se týče výrokové části bodu 1.

Na žádost soudu o vyjádření k zamýšlenému postupu podle § 51 s. ř. s. ze dne 21. 5. 2003 žalovaný dne 29. 5. 2003 vyjádřil souhlas s rozhodnutím věci bez nařízeného jednání, žalobce taktéž učinil podáním ze dne 4. 6. 2003. Dále byla účastníkům řízení sdělena přípisem ze dne 3. 7. 2003 změna v obsazení senátu, jež bude věc rozhodovat, a to na č. l. 296; k tomuto přípisu se vyjádřil pouze žalobce na č. l. 299 bez námitek podjatosti.

V. Správní spis

Podáním ze dne 28. 8. 2000 Český Mobil uvádí, že společnosti Eurotel a RadioMobil porušují zákon č. 63/1991Sb. tím, že určují svým účastníkům za technicky srovnatelné služby poskytnuté srovnatelným způsobem rozdílné ceny, což znamená zneužití jejich dominantního postavení na trhu mobilní hlasové telefonie na úkor jejich konkurentů. Ceny účtované do sítě Český Mobil jsou často až o 269% vyšší než ceny účtované za hovory do sítě RadioMobil. Síť Český Mobil není přímo propojena s mobilní veřejnou telekomunikační sítí provozovanou společností Eurotel, ale je propojena s pevnou veřejnou telekomunikační sítí provozovanou společností Český Telecom, a.s. na základě dohody o propojení ze dne 8. 1. 2000. Tato dohoda usnadnila propojení jak s pevnou sítí, tak na základě tranzitu i s mobilními veřejnými telekomunikačními sítěmi provozovanými subjekty jinými, než společnost Český Mobil, t. j. se sítí Eurotel a se sítí RadioMobil. Protože neexistuje přímé propojení mezi společností Eurotel a Českým Mobilem, společnost Český Mobil neúčtuje společnosti Eurotel žádné poplatky za ukončení provozu vycházejícího ze sítě Eurotel ve své síti. Poplatek za ukončení provozu vycházejícího ze sítě Eurotel je účtován pouze provozovateli pevné sítě, jenž je majoritním akcionářem společnosti Eurotel a tento provoz převádí. Na základě negociací společností Český Mobil s Eurotelem se očekává, že tito mezi sebou brzy uzavřou smlouvu o přímém propojení. Český Mobil je toho názoru, že neexistuje důvod, proč by měly být ceny, které se budou na této smlouvě zakládat, jiné než jsou současné tržní ceny. Založeny jsou ceníky pro Tarif Paegas 20 a Twist (č. l.12 - 16).

K vyžádání informací Úřadem žalobce sdělil (č. l. 17), že rozdílné ceny do sítí společností Eurotel a Český Mobil byly stanoveny na základě těchto skutečností: telekomunikační provoz mezi mobilními sítěmi byl zahájen v lednu 2000 tranzitem přes pevnou síť Českého Telecomu, a. s. a k přímému propojení sítě RadioMobilu se sítí společnosti Český Mobil došlo po zřízení propojovacího bodu a příslušné propojovací kapacity v dubnu 2000. Smlouva o propojení telekomunikačních zařízení a sítí nebyla však uzavřena, neboť se nedosáhlo shody u všech cen za propojení (přenos krátkých textových zpráv). Za tohoto stavu věci neměl RadioMobil žádnou záruku, že jí budou Českým Mobilem uhrazeny zpětně ceny za propojení za poskytnuté služby, resp. za hovory přicházející ze sítě Českého Mobilu do sítě RadioMobilu od doby zahájení telekomunikačního provozu mezi sítěmi, tj. od měsíce ledna 2000. Toto riziko se dále zvyšovalo tím, že celkový objem hovorů přicházejících do sítě RadioMobilu byl nepoměrně vyšší než v opačném směru.

Zápis z šetření v sídle společnosti RadioMobilu dne 26. 10. 2000 obsahuje seznam kopií přiložených dokladů, zejm. *Smlouvu o propojení* mezi RadioMobilem a Eurotelem (obchodní tajemství); předmětem ostatních dokumentů jsou návrhy dohody o propojovacích cenách (č. l. 21 - 59).

Dne 21. 3. 2001 (č. l. 60) bylo zahájeno řízení z vlastního podnětu Úřadu ve věci možného porušení § 9 odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže účastníkem správního řízení, společností RadioMobil, tím, že uplatnil rozdílné ceny za odchozí hovory ze své sítě do veřejné mobilní telefonní sítě společnosti Eurotel oproti cenám za odchozí hovory do veřejné mobilní telefonní sítě společnosti Český Mobil.

Dne 29. 3. 2001 Ing. Vladimír Sedláček, manažer pro regulační záležitosti společnosti RadioMobilu, uvedl, že se nedomnívá, že by tato společnost zneužívala svého dominantního postavení, neboť rozdíl v účtovaných cenách je odrazem zvýšených nákladů vznikajících v souvislosti s odchozími hovory. Telekomunikační provoz mezi mobilními sítěmi RadioMobilu a Českého Mobilu byl zahájen v lednu 2000; od ledna 2000 do dubna 2000 neexistovalo mezi sítěmi přímé propojení a spojení probíhalo tranzitem přes pevnou síť Českého Telecomu. K přímému propojení sítě došlo v dubnu 2000, kdy byly zřízeny 2 přímé propojovací body v Praze. Tranzit přes síť Českého Telecomu znamenal pro RadioMobil zvýšené náklady vzniklé za odchozí hovory do sítě Český Mobil. Smlouva o propojení mezi oběma společnostmi nebyla v této době ještě uzavřena, probíhala pouze jednání, která vyústila v uzavření smlouvy mezi RadioMobilem a Českým Mobilem dne 20. 12. 2000. V lednu 2001 byl zprovozněn třetí propojovací bod v Brně. Společnost RadioMobil byla nucena hradit ceny za propojení sítě RadioMobil a Český Mobil Českému Telecomu, který zprostředkovával tranzit hovorů z propojovacího bodu Český Telecom – RadioMobil do propojovacího bodu Český Telecom – Český Mobil. Zároveň muselo dojít k rozšíření kapacity propojovacích bodů Český Telecom – RadioMobil, aby mohly být odchozí hovory do sítě Český Mobil zprostředkovány. Ve všech tarifech společnosti RadioMobil je účtována zákazníkům RadioMobilu rozdílná cena za volání do sítě Eurotelu oproti volání do sítě Českého Mobilu. Ceny za propojení musí být sjednány za všechny služby, které jsou obsaženy v propojovací smlouvě, služba SMS tvoří výrazný podíl propojovacího provozu mezi oběma sítěmi. Spor ohledně nedohody o propojovacích cenách mezi RadioMobilem a Českým Mobilem nebyl předložen ČTÚ, protože obě smluvní strany předpokládaly, že k uzavření smlouvy dojde na základě smluvních ujednání. Součástí smlouvy o propojení je závazek zpětné úhrady cen za propojení, jiný model *(sender keeps all)* by byl pro RadioMobil nevýhodný a neodpovídal by vztahu navázanému s jinými operátory. Na otázku, proč RadioMobil v zápise o jednání s Českým Mobilem z 13. 4. 2000 zdůvodňoval nižší cenu za volání do sítě Eurotel cenovým závazkem na tuto destinaci, když v příloze *Pověření* pro RadioMobil (účinném od 23. 6. 1996) - cenovém závazku pro RadioMobil je uvedena obecně cena za volání z mobilní do mobilní sítě, když síť Českého Mobilu v té době neexistovala, uvádí, že toto ustanovení se týká pouze společnosti Eurotel, která je v něm přímo vyjmenována. Na otázku, proč RadioMobil uvedl, že nemá žádnou záruku, že mu budou zpětně uhrazeny poplatky za propojení za poskytnuté služby, když v zápise z jednání „RadioMobil – Český Mobil" ze dne 10. 2. 2000 je těmito stranami v bodě 2 dohodnuto, co se týče účtování a úhrady v období před uzavřením propojovací smlouvy, že „placení za služby vyměněné mezi stranami bude podřízeno komerční smlouvě (očekávané později)". Úřad předložil žalobci k nahlédnutí kopii anglicky psaného zápisu z jednání „RadioMobil – Český Mobil" ze dne 10. 2. 2000 získanou Úřadem při místním šetření dne 26. 10. 2000; účastník řízení upřesnil, že se jedná pouze o zápis z jednání, který nezaručuje, že ceny za poskytnuté služby budou skutečně uhrazeny. Skutečnost, že dojde k faktickému plnění, nezaručí žádná smlouva, ta však upravuje práva a povinnosti smluvních stran pro případ neplnění, což zápis neobsahuje. Úřad poznamenal, že propojovací dohoda RadioMobilu s Českým Mobilem byla uzavřena 20. 12. 2000, proto se dotazoval, proč ani v březnové nabídce RadioMobilu nedošlo ke srovnání cen s voláním do sítě Eurotel, a to ani v nových tarifních programech, Paegas HIT, kde je inzerováno až o 20% nižší hovorné oproti původním tarifům. K tomu žalobce sdělil, že jednak dochází k dílčím změnám cen, což je případ březnové nabídky a nový ceník služeb bude vydán k 1. 4. 2001. Ceny uvedené v tomto ceníku již vyjadřují narovnání

pro případy odchozích hovorů do sítí Eurotel a Český Mobil. Důvodem k výše uvedenému narovnání cen bylo uzavření *Propojovací smlouvy* ze dne 20. 12. 2000 a zprovoznění 3. propojovacího bodu v Brně v lednu 2001, což ovlivnilo narovnání cen v tom směru, že nevznikají tak velké dodatečné náklady na spojení hovorů do sítě Český Mobil. K předání hovoru ze sítě RadioMobilu do sítě Českého Mobilu dochází v nejbližším propojovacím bodě. Čím je těchto bodů méně, tím dochází k většímu provoznímu zatížení sítě RadioMobilu. S Eurotelem má společnost RadioMobil v době konání tohoto jednání 7 propojovacích bodů, které jsou umístěny většinou v bývalých krajských městech. Vzájemné propojovací ceny RadioMobilu a Českého Mobilu jsou dle smlouvy o propojení placeny od jejího uzavření, tj. 20. 12. 2000, ovšem ze strany Českého Mobilu nejsou placeny řádně. Úřad uložil žalobci předložit doklad o výši ceny za propojení uhrazené RadioMobilem Českému Telecomu, a. s. za tranzit a další doklady prokazující zvýšené náklady RadioMobilu vyvolané tranzitem přes síť Českého Telecomu, a.s. dále doklady o počtu uskutečněných hovorů tranzitem v obou směrech a zároveň doklady o počtu hovorů mezi RadioMobilem a Českým Telecomem, a. s. obojí pro období, kdy byly hovory mezi RadioMobilem a Českým Mobilem prováděny tranzitem přes Český Telecom, a. s., dále smlouvu o propojení mezi RadioMobilem a Českým Mobilem a počty klientů za rok 2000 s rozdělením na předplacené služby a tarify. Svědek Ing. Václav Mach, zaměstnanec Českého Mobilu dne 25. 4. 2001 shrnul historii vzniku kontraktů o propojení a zdůraznil, že návratnost investice do realizace přímého propojení by se vyplatila až v roce 2000, zhruba v červenci, avšak smlouva o propojení byla podepsána až 20. 12. 2000 mezi RadioMobilem a Českým Mobilem. Dále velmi podrobně popsal obsah dohody o cenách za propojení v roce 2000.

Žalobce předkládá požadované dokumenty a informace, které představují korespondenci mezi ním a společností Český Mobil (obchodní tajemství). Ve správním spise je založen návrh zápočtu nerealizovaných minut v rámci propojení sítí předložený společností Český Mobil (obchodní tajemství), cenový závazek držitele *Pověření* Ministerstva hospodářství ČR, č. j. 7660/96-611 (obchodní tajemství), výňatek ze *Smlouvy o propojení* mezi SPT Telecom, a. s. a RadioMobilem, a. s., kde je stanovena cena za propojení do jiných veřejných mobilních telefonních sítí pro období od zahájení provozu do 30. 6. 1998 tak, že 1) cena za jednu minutu pro předání v místě tranzitní ústředny, na kterou jsou připojeny volající i volaná veřejná mobilní telefonní síť a 2) cena za jednu minutu při předání v místě tranzitní ústředny, na kterou není připojena volaná veřejná mobilní telefonní síť, ceník tarifů Paegas platného od 1. 1. 2000, kopie ceníku tarifu Paegas, platného od 1. 1. 2001 (kopie 1. strany bez uvedení konkrétních částek – obchodní tajemství). Rovněž kompletní *Smlouvu o propojení* telekomunikačních zařízení mezi RadioMobilem a Českým Mobilem ze dne 20. 12. 2000 (obchodní tajemství), seznam propojovacích bodů s mobilní sítí Eurotel, včetně dat zřízení (obchodní tajemství), tabulky příchozích a odchozích minut a hovorů za měsíce leden - duben 2000 za použití tranzitu přes SPT Telecom (obchodní tajemství) a počty uživatelů tarifních programů Paegas a Twist (obchodní tajemství). Dále podíly na trhu z pohledu různých subjektů, vyčíslení nákladů spojených s vybudováním propojení s ostatními operátory, pověření Ministerstva dopravy a spojů ČR pro společnost ČM, určení kmitočtů GSM, rámcové zásady propojování a výňatky pověření SPT Telecom související s jejími výhradními právy. Ve spise je rovněž založeno vyžádání stanoviska Úřadem, adresované ČTÚ, zda Český Mobil splnil ve věci kvality sítě v obdobích od ledna 2000 do 4. 5. 2001 podmínky stanovené

v Pověření ke zřizování a provozování veřejné mobilní telekomunikační sítě stanovisko ČTÚ ze dne 15. 5. 2001, kterým se potvrzuje, že všichni tři mobilní operátoři vždy splnili stanovené požadavky.

Ze svědecké výpovědi Ing. Jana Slavíčka, zaměstnance Českého Telecomu, a. s. vyplývá, že Český Telecom, a.s. tranzituje provoz ze sítě Paegas do sítě Oskar, dokud není vybudováno přímé propojení mezi jmenovanými mobilními sítěmi, a dále tento tranzit slouží pro tzv. přelivový provoz mezi oběma mobilními sítěmi v případě, že již zřízené přímé propojení mezi oběma mobilními sítěmi nestačí přenést provoz mezi oběma sítěmi. Tento tranzit provozu zprostředkovává tranzitní ústředna v místě obou MSC ústředen obou mobilních operátorů. Ze sítě RadioMobil je provoz směrován k této tranzitní ústředně ve stejné přenosové cestě a ve stejných přenosových svazcích jako provoz ze sítě Paegasu do sítě Českého Telecomu, a.s. Totéž platí pro provoz v opačném směru. Smlouva o propojení s RadioMobilem ve věci služby tranzitního provozu do mobilní sítě Eurotelu byla uzavřena 19. 12. 1997. Smlouva o propojení s Českým Mobilem o službě tranzitního provozu do mobilních sítí Eurotelu a RadioMobilu byla uzavřena dne 7. 1. 2000. Cena za propojení je kalkulována ve Smlouvě o propojení s Českým Mobilem tak, že jsou v ní uvedeny i náklady na provoz ústředny. Nárůst propojovaného provozu byl v době od 8. 1. 2000 do 17. 4. 2000 zpočátku minimální a postupně narůstal. Provoz tranzitovaný přes síť Českého Telecomu, a. s. představoval pouze malý podíl v celkovém objemu provozu odcházejícího ze sítě žalobce do sítě Českého Telecomu, a.s.. Propojení je dimenzováno na celkový odchozí provoz ze sítě žalobce. Spis obsahuje i vyjádření žalobce, jehož obsahem je kalkulace zvýšených nákladů na minutu provozu z vlastní sítě do sítě Českého Mobilu v důsledku tranzitu provozu přes síť Českého Telecomu, a.s. před zřízením přímého propojení (obchodní tajemství).

VI. Relevantní právní úprava

Nejvyšší správní soud vycházel při přezkoumání rozhodnutí žalovaného ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Úřad rozhodoval za účinnosti zákona č. 63/1991Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění zákonů č. 495/1992 Sb., č. 86/1993 Sb. a č. 132/2000 Sb., když správní řízení bylo zahájeno dne 21. 3. 2001, tedy za účinnosti tohoto zákona; ve smyslu přechodných ustanovení zákona č. 143/2001Sb., o ochraně hospodářské soutěže, účinného dnem 1. 7. 2001, se podle § 27 odst. 2 dokončí podle dosavadních předpisů řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona. Podle § 1 odst. 1 (zák. č. 63/1991Sb.) je účelem zákona ochrana hospodářské soutěže na trhu výrobků a výkonů (dále jen „zboží“) proti jejímu omezování, zkreslování nebo vylučování (dále jen „narušování“). Podle § 9 získá-li soutěžitel sám nebo v dohodě s jinými soutěžiteli takové postavení na relevantním trhu, že není vystaven soutěži vůbec (monopolní postavení), popřípadě není vystaven soutěži podstatné (dominantní postavení), je povinen tuto skutečnost neprodleně ohlásit ministerstvu (pozn. nyní Úřad). Podle druhého odstavce dominantní postavení na trhu má soutěžitel, který dodávkami na relevantním trhu zajišťuje v období kalendářního roku nejméně 30% dodávek shodného, porovnatelného nebo vzájemně zastupitelného zboží. Podle třetího odstavce monopolní nebo dominantní postavení nesmí být soutěžitelem zneužíváno na újmu jiných soutěžitelů nebo spotřebitelů, ani na úkor veřejného zájmu. Zneužitím je zejména a) přímé nebo nepřímé vynucování nepřiměřených podmínek ve smlouvách s jinými účastníky trhu, zvláště

vynucování plnění, jež je v době uzavření smlouvy v nápadném nepoměru k poskytovanému proti plnění, b) vázání souhlasu s uzavřením smlouvy na podmínku, že druhá smluvní strana odebere i další plnění, které s požadovaným předmětem smlouvy věcně ani podle obchodních zvyklostí nesouvisí, c) uplatňování rozdílných podmínek při shodném či srovnatelném plnění vůči jednotlivým účastníkům trhu, jimiž jsou tito účastníci v hospodářské soutěži znevýhodňováni, d) zastavení či omezení výroby, odbytu, nebo technického vývoje zboží za účelem získání neoprávněného hospodářského prospěchu na úkor kupujících.

Podle § 14 odst. 1 zákona soutěžitelům, kteří neposkytnou ministerstvu ve stanovené lhůtě požadované podklady nebo pravdivé informace, případně neumožní jejich prověření podle § 12 odst. 5, může ministerstvo uložit pokutu do výše 300 000 Kč. Podle čtvrtého odstavce ministerstvo je oprávněno za porušení ostatních povinností uvedených v tomto zákoně uložit soutěžitelům pokutu až do výše 10 000 000 Kč nebo do výše 10% z čistého obratu za poslední ukončený kalendářní rok. Jestliže je prokázán majetkový prospěch soutěžitele v důsledku porušení povinností podle tohoto zákona, uloží se mu pokuta nejméně ve výši tohoto prospěchu. Pokuty podle předchozích odstavců může ministerstvo uložit do jednoho roku od zjištění porušení povinnosti, nejpozději však do tří let následujících po roce, ve kterém byla tato povinnost porušena. Uložení pokuty podle tohoto zákona nevylučuje trestní odpovědnost podle zvláštního zákona (odst. 5).

VII. Ústavně-právní konformita

Namítá-li žalobce zkrácení na právu svobodného podnikání (čl. 26 Listiny), soud odkazuje na stanovisko Ústavního soudu ČR, pokud jde o vyjádření k samotné podstatě soutěžního práva. Tím totiž není postihování monopolní neb o dominantní postavení soutěžitele a v prvním plánu jím není ani chráně samotný spotřebitel, nýbrž je postihováno *unfair* jednání v situaci, kdy na jeho utváření neexistuje adekvátní tlak konkurence (III. ÚS 31/97). V daném případě neexistuje nic, co by svědčilo o snaze Úřadu zasáhnout do práva na svobodné podnikání; Úřad při aplikaci zákona garantuje, aby výkonem tohoto práva nedošlo k mezování v téže svobodě jiného. Způsob, jakým úřad svěřenou moc vykonával byl shledán v mezích zákona a v souladu s účelem, kterému zákon o ochraně hospodářské soutěže slouží (čl. 2 a čl. 4 Listiny).

VIII. Ars interpretandi

Ad 1) Vyjasnění výchozí pozice soudu při řešení této věci se neobejde bez stručné rekapitulace některých základních postulátů, vymezujících hospodářskou soutěž, ale také nástinu právně filozofického náhledu, bez něhož by se rozhodnutí jevilo kazuistickým. Východiskem se může stát již klasická definice dominantního postavení o „hospodářsky silném postavení, které podnik má a které mu umožňuje, aby zabraňoval zachování efektivní soutěže, protože mu dává sílu chovat se ve značné míře nezávisle na ostatních soutěžitelích, na zákaznících a spotřebitelích“ (srov. *United Brands,* Komise 27/76 ECR 1978). Lze si stěží představit výmluvnější definici, která by v sobě obsahovala současně i odsouzení relativně vymezeného chování. Z široké nabídky definic soutěže je pro danou věc případná i ta, jež chápe soutěž jako rivalitu při prodeji zboží při zvýraznění parametru ceny (J. Bejček, Existenční ochrana konkurence, Iuridica, 1996), či jako formu konfliktu eskalujícího

bez ochranných mechanismů až k sebedestrukci. Dlužno poznamenat, že citace některých definicí soutěže je symbolická při vědomí skutečnosti, že teorie se neshodla na jednom vyjádření tohoto zásadního fenoménu, provázejícího trh. To však neznamená, že by jej nechápala ve své podstatě stejně. Snadnější je definovat postavení soutěžitele na trhu; k tomu slouží *de lege* lata ustanovení § 9 zákona. To vytváří představu o soutěžiteli s monopolním či dominantním postavením *per se,* ačkoli tržní moc, coby měřítko, umožňuje daleko pružněji reagovat na reálnou situaci na trhu, avšak s tím se za účinnosti zákona č. 63/1991Sb., ve znění zákonů č. 495/1992Sb., č. 286/1993Sb a č. 132/2000Sb. nesetkáváme. Jiný autor - A. Etzioni (Morální dimenze ekonomiky, Victoria Publishing, Praha 1995) - připisuje výraznou funkci i intervenční moci, která je s to docílit účinků ne nepodobných koncentraci ekonomické moci. Existenční ochrana konkurence pak slouží nejen k ochraně soutěže již existující, nýbrž i jako vytváření právních předpokladů, aby soutěžní prostředí existovalo i v budoucnosti.

Ochrana soutěže však nestojí primárně na ochraně slabších, nýbrž jen tehdy, vyplyne-li potřeba jejich ochrany z potřeby ochrany korektního *(fair)* soutěžního prostředí. Je však pravdou, že zákon, z hlediska obecného přístupu k uchování soutěže, reguluje chování soutěžitele s dominantním postavením a svobodu jeho chování na trhu více omezuje. Činí tak z důvodu veřejného zájmu. Podstata zneužití vychází ze zákazu chování, které by bylo za normálních podmínek přípustné, avšak vzhledem k tomu, že subjekt s dominantním postavením má zvláštní odpovědnost, vyplývající z potencionální újmy, kterou by jeho chování mohlo způsobit soutěži obecně a zájmům konkurence, dodavatelů, zákazníků a spotřebitelů zvláště, je v jeho případě takové chování považováno za nepřípustné (srov. věc Michelin, Komise 322/81).

Výklad § 9 zákona žalobcem naznačený nemůže soud akceptovat. Především nesprávné je uchopení institutu dominance ve smyslu speciality odstavce prvního vůči odstavci druhému tohoto ustanovení. Je tomu právě naopak, a vyplývá to ze samotné konstrukce tohoto paragrafu. Jednoznačně zákon vymezuje dvě úrovně dominance na trhu, jednak absolutní, jednak relativní. Prvá je dána neúčastí dalších soutěžitelů na témže relevantním trhu, druhá pak nepodstatnou konkurencí. Avšak za dominantního soutěžitele zákon považuje vždy soutěžitele zajímajícího alespoň 30% podíl na trhu. Opačný výklad by popřel smysl této právní úpravy, poněvadž právě rozdělení trhu mezi dva stejné soutěžitele by vedlo k tomu, že by se ani jednoho z nich netýkaly povinnosti uložené zákonem o ochraně hospodářské soutěže, a tudíž by mohli jakýmikoli praktikami zabránit vstupu dalších soutěžitelů na trh, aniž by Úřad směl jakkoli na ochranu *fair* soutěžního prostředí zasáhnout, ledaže by přistoupil k aplikaci doktríny o kolektivním dominantním postavení; z té ovšem zákon č. 63/1991Sb. nevycházel. Zákon č. 143/2001Sb., o ochraně hospodářské soutěže v § 10 odst. 1 hovoří o dominantním postavení soutěžitele nebo společně více soutěžitelů (společná dominance), kterým jejich tržní síla umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích. V dalším pak vysvětluje pojem tržní síly a konečně stanoví vyvratitelnou domněnku o neexistenci dominantního postavení v případě tržního podílu nedosahujícího 40%. Zatímco tedy dosavadní právní úprava předpokládá výslovnou dohodu, ale nikoli shodu s jinými soutěžiteli, aby bylo možné o dominantním postavení hovořit, princip kolektivní dominance vycházející z čl. 82 Smlouvy o Evropské Unii (o zákazu zneužití dominantního postavení) naopak nepočítá s pouhým převzetím skutečností zakládajících porušení čl. 81 odst. 1 Smlouvy, který se týká kartelových dohod.

Soud 1. instance ve věci *Societá Italiano Vetro, Fabbrica Pisana a Vernante Pennitalia* (OJ L33, 1989) uvedl, že nic nebrání tomu, aby dvě nebo více nezávislých hospodářských jednotek bylo mezi sebou spojeno takovými ekonomickými vazbami, na základě kterých společně zaujímají dominantní postavení vůči ostatním účastníkům stejného trhu, a to např. prostřednictvím dohod nebo licenčních smluv a umožní jim to chovat se ve značné míře nezávisle na svých konkurentech, zákaznících a v konečném důsledku spotřebitelích. Rozhodujícím přitom byl pojem „ekonomické vazby", který ovšem nemusí být omezen jen na strukturální vazby mezi podniky tvořícími duopol (*Gencor v. Komise,* ECR 1999). Důkaz o existenci vazeb mezi podniky není nutný; kolektivní dominance může existovat na oligopolním či vysoce koncentrovaném trhu, kdy soutěžitelé mohou předpokládat chování druhé strany, a jsou proto silně podněcováni k přizpůsobení a koordinaci svého jednání na trhu. Komise přijala řadu rozhodnutí, v nichž se kolektivní dominance uplatnila, a to v rámci nařízení o kontrole spojování podniků *(Nestlé/Perrier, 1992, Kali + Salz/Mdk/Treuhand, 1994, Enso/Stora, 1999).* Na tomto místě sluší se poznamenat, že primární právo EU, ani sekundární legislativa definici dominantního postavení neuvádí a je tak dán prostor pro judikaturu Evropského soudního dvora a Soudu I. instance. Česká právní věda, pokud jde o zákon č. 63/1991Sb., s koncepcí kolektivní dominance nepočítá právě pro její nejasnost (srov. J. Bejček, s. 128 cit. díla). Úřad nemůže chování vymezené v § 9 zákona přehlížet jen proto, že tu existuje další soutěžitel s téměř stejným podílem na trhu, neboť by tím nepřípustně resignoval na svou úlohu, kterou vůči trhu má. Soud nevidí v jeho přístupu ke zjištění dominantního postavení na trhu pochybení.

Zákon stanoví fikci dominantního postavení, dosahuje-li podíl na relevantním trhu 30%, toto postavení má žalobce sám a bez potřeby dohody s jinými soutěžiteli. Princip kolektivní dominance tak nenachází uplatnění nejen pro takto zastávané postavení na trhu, ale také pro odlišný koncept, jak shora uvedeno. Definice dominantního postavení není založena na konceptu tržní síly, která vychází z předpokladu nemožnosti koexistence dvou a více soutěžitelů, kteří by byli samostatně v dominantním postavení a aplikaci doktríny kolektivní dominance *(srov. Airtours v. Komise,* ECR II-2585, 2002). Žalovaný rozhodoval za účinnosti zákona č. 63/1991 Sb. ve znění platném ke dni vydání jeho rozhodnutí a řešil věc, jež nemá komunitární přesah. Za nové právní úpravy by se již Úřad musel vypořádat s tím, zda existuje kolektivní dominantní postavení, tedy zda je dostatečně průhledný trh, na němž tito soutěžitelé působí, zda tichá kooperace existuje v čase a zda předvídatelné reakce stávajících a budoucích konkurentů a také zákazníků neohrozí výsledky očekávané od společné strategie. Zákon č. 143/2001 Sb. právě takovýto přístup již umožňuje, avšak dosavadní právní úprava k tomu prostor nedávala. Názor uvedený ve stanovisku k věci *Hoffmann La-Roche,* jak na něj odkazuje žalobce, není pro uvedený případ přiléhavý, neboť právě v posuzované věci byla cena zvýšena, aniž by žalobce pocítil jakýkoli tlak konkurence. Pro srovnání lze poukázat i na praxi Federálního úřadu pro hospodářskou soutěž, který, zejména v letech 1991 až 1992 při zjišťování situace na trhu, vycházel výlučně z procentního podílu soutěžitelů na trhu, nikoli z jejich reálné tržní síly nebo na standardní výklad Úřadu před přijetím zákona č. 143/2001 Sb., (EMP 4/2001). Že nejde o nic neobvyklého. dokazuje i ustanovení § 22 německého zákona *(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,* ve znění 5. novely z 22. 12. 1989; BGBI 1989, Teil I, S.2486) který nelze podezírat z nonkomformity s právem EU a který i nyní (§ 19 odst. 2, 3 po 6. novele z 1. 2. 1999) vychází z obdobných zásad. V prvním odstavci § 22 se popisuje, co zákon č. 63/1991 Sb. nazývá monopolním postavením. Ve druhém odstavci

upravuje německý zákon vzhledem na potřeby ekonomické praxe i otázku společného vystupování více podniků ovládajících trh současně, v naší terminologii dominantních: platí za trh ovládající také dva nebo více (dominantní) podniky, pokud mezi nimi u určitého zboží nebo na určitých trzích ze závažných důvodů neexistuje podstatná soutěž a pokud ve svém souhrnu splňují předpoklady odstavce 1, to znamená, že jsou postaveny na roveň monopolu. V odstavci 3 se již pracuje s domněnkou, že podnik ovládá trh podle odst. 1, jestliže pro určité zboží nebo službu má nejméně třetinový tržní podíl. Domněnka neplatí, jestliže podnik v posledním uzavřeném obchodním roce měl tržby nižší než 250 mil. DM. Předpoklady odst. 2 jsou splněné také tehdy, pokud pro určité zboží nebo službu a) tři nebo méně podniků spolu mají podíl 50% nebo více, b) pět nebo méně podniků mají spolu podíl dvou třetin nebo více. Pokud setrváme v období tvorby zákona č. 63/1991Sb., pak není bez zajímavosti připomenout inspirující podíl rakouské právní úpravy z roku 1988, která za dominantního považovala takového soutěžitele, který byl vystaven soutěži pouze dvou soutěžitelů a sám měl na vnitřním trhu podíl přesahující 5% nebo patřil ke čtyřem největším podnikům, majícím dohromady na vnitřním trhu podíl alespoň 80% a on sám má podíl větší 5%. Zákon, podle něhož tento soud vzniklé vztahy posuzuje, nebyl v době svého vzniku, ani v době rozhodování žalovaného Úřadu v rozporu s primárním právem EU, ani s druhotnými normativními akty, totiž směrnicemi a nařízeními, a pokud stanovil exaktnější měřítko pro výpočet podílu na trhu; není žádný důvod tento zákon nerespektovat. Jestliže nová právní úprava reaguje na pozvolný vývoj v této otázce na půdě EU, neznamená to popření zákonného vymezení postavení dominantního soutěžitele na trhu v předchozím zákoně, ani to, že by snad neměla být jako celek aplikována pro nesoulad s právem EU.

Institut kolektivní dominance není v daném případě stěžejní pro zjištění postavení žalobce na trhu. Není vyloučeno, aby v případě, kdy je sledováno jednání namířené proti novému na trh vstupujícímu subjektu, nemohlo dojít ke zneužití dominantního postavení každým členem duopolu jednotlivě, zvláště za situace, kdy lze sledovat reakce druhého velkého konkurenta v relevantním čase a prostoru. Proto neobstojí námitka existencí druhého významného soutěžitele na tomtéž trhu.

Neurčitý právní pojem, zde představovaný *relevantním trhem* nelze obsahově dostatečně přesně vymezit a jeho aplikace závisí na odborném posouzení v každém jednotlivém případě. Zákonodárce vytváří prostor veřejné správě, aby zhodnotila, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého právního pojmu, či nikoli. Ovšem naplnění obsahu neurčitého právního pojmu pak s sebou přináší povinnost správního orgánu rozhodnout způsobem, který norma předvídá. Při interpretaci neurčitých právních pojmů se uvážení zaměřuje na konkrétní skutkovou podstatu a její hodnocení. Je zapotřebí objasnit význam neurčitého pojmu a jeho rozsah a hodnotit skutečnosti konkrétního případu z toho hlediska, zda je lze zařadit do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého právního pojmu (D. Hendrych, Správní právo - obecná část, Praha 1994, s. 45 - 46). Pojem relevantního trhu není předmětem legální definice a při jeho určování se vychází z definicí vyslovených právní teorií (např. J. Munková, Zákon o ochraně hospodářské soutěže, komentář, C. H. BECK 1994; J. Bejček, dílo shora) opíraje se o bohatou judikaturu Evropského soudního dvora. Z hlediska dalšího vývoje je významné Oznámení (Evropské komise) o definici relevantního trhu pro potřeby evropského soutěžního práva (OJ C 372 z 9. 12. 1997) tato bude za výrobky na témže relevantním trhu považovat všechny výrobky, které jsou substituovatelné jak

z hlediska poptávky, tak i nabídky, a objemy prodejů jedněch i druhých výrobků budou sečteny a podíly jednotlivých soutěžitelů pak budou vymezovány vzhledem k tomuto součtu. Opomenout nelze ani národní judikatury zemí, uplatňujících moderní principy hospodářské soutěže, vycházející z článků 81 a 82 Smlouvy o založení ES. Naproti tomu správní uvážení, které bývá vyjádřeno různě, např. alternativními možnostmi rozhodnutí s tím, že je na úvaze správního orgánu, jak s těmito možnostmi naloží, nebo určitou formulací („může, lze") a kdy s existencí určitého skutkového stavu není jednoznačně spojen jediný právní následek, se zde uplatňuje prakticky až v rámci ukládání sankce. Zákon poskytuje volný prostor k rozhodování v hranicích, které stanoví. Základní definice relevantního trhu je jasná a srozumitelná a předpokládá také ponechání prostoru pro nepochybný vývoj s ohledem na dynamiku vývoje trhu samého. Pod pojmem relevantní trh se tak chápe prostorový a časový souběh nabídky a poptávky takového zboží a služeb, které jsou pro uspokojení určitých potřeb z funkčního hlediska zaměnitelné. Z této definice se odvozují tři hlediska při vymezování relevantního trhu. Z požadavku zaměnitelnosti hledisko tzv. věcné, a tedy věcně relevantní trh, požadavky na časový a prostorový souběh nabídky a poptávky implikují hledisko prostorové a časové. Definujeme-li trh výrobku, vycházíme z pozice spotřebitele, tedy z hlediska poptávky. Úvahy o zastupitelnosti z hlediska dodavatele se dříve nabízely až ve stadiu hodnocení tržní síly podniku, ovšem i zde došlo k posunu k předcházející fázi vymezování trhu a podílu na něm; jde o to, zda výrobce je schopen přejít při výrobě určitého druhu zboží na nějaký jiný typ. Podstatou definice z hlediska poptávky je princip zaměnitelnosti či zastupitelnosti. Při zjišťování zaměnitelnosti zboží se zohledňují vlastnosti, cena a zamýšlený způsob použití, a to všechny tři veličiny dohromady. Někdy se může definovat trh velmi restriktivním způsobem, např. v případu *Boosey and Hawke* (nástroje pro dechové orchestry britského ražení). Rozsudek v případu *Continental Can* zdůraznil vlastnosti předmětného výrobku, na základě kterých by tyto výrobky byly zvláště vhodné k uspokojování trvalých potřeb a byly by málo vzájemně zaměnitelné s jinými výrobky. V případu *Akzo Chemie* z roku 1985 bylo zdůrazněno, že je třeba trh definovat dostatečně širokým způsobem tak, aby zahrnoval nejen výrobky vyráběné nebo obchodované výrobcem, jehož postavení na trhu je považováno za dominantní, ale též výrobky, které si vzájemně reálně konkurují. Z uvedeného se podává jednak velmi individuální přístup k posouzení věcně relevantního trhu, jednak přítomnost logické vazby na konkrétné okolnosti případu, ale také absence závazného pravidla pro stanovení míry obecnosti pře definování relevantního trhu.

Další charakteristikou trhu je geografická definice. Trhem pak bude oblast, ve které jsou podmínky konkurenčního boje stejné *(United Brands)*. Ovšem pokud by byly vysoké náklady na dopravu *(British Sugar)* nebo zákonem vyloučena či zmenšena možnost vstupu na trh, pak by se tato definice v této míře neuplatnila. Ovšem Komise ohledně dohody mezi *Lufthansou* a *Skandinavian Air Line System,* definovala oddělené relevantní trhy pro plánované letecké služby osobní dopravy a plánované služby letecké nákladní dopravy, a to pro každou linku, které se dohoda týkala zvlášť.

Pokud jde o časové vymezení relevantního trhu, tu zákon váže na takového soutěžitele, který dodávkami na relevantním trhu zajišťuje v období kalendářního roku nejméně 30% dodávek shodného, porovnatelného nebo vzájemně zastupitelného zboží. Vlastní časová definice relevantního trhu bývá jistým úskalím. Trhy mohou být od sebe časově odděleny tím, že se stejný druh zboží prodává v různou dobu nebo se časem mění

poměry na trhu. Rozhodující jsou pak změny, jež vedou ke změně soutěžní situace na trhu. Proto je třeba zjišťovat, jak rychle mohou podnikatelé daný trh opustit, ale co je důležitější - na něj vstoupit. Prodávající a kupující, výrobky a služby náleží ke stejnému relevantnímu trhu tehdy, když existuje reálná možnost, aby se věcně relevantní produkce či služby směňovaly mezi nabízejícími a kupujícími ve stejném časovém období. Pokud se pro určité časové období zásadně změní poměry na vymezeném věcně relevantním trhu, je třeba tento trh vymezit i z hlediska časového, např. v období po uvedení nového výrobku na trh se na příslušném relevantním trhu nebo věcném trhu mohou změnit podíly, a to jen za určité časové období. Na tomto místě je třeba se zmínit o vlastním dominantním postavení. Kromě podstaty, že by měl existovat značný podíl na trhu, v našich podmínkách 30% dodávek zastupitelného zboží, vyvstává také otázka, zda došlo k udržení si podílu na trhu a porovnání velikosti podílu s jinými soutěžiteli, jakož i vlastní přístupnost na trh. Při zjišťování přístupnosti na trh je třeba zkoumat existenci práv průmyslového a duševního vlastnictví, právní překážky vstupu, vlastnictví technologie vedoucí role, dostupnost kapitálu, velkovýrobu, vertikální integraci, diferenciaci výrobku, reklamu, exkluzivní jednání a věrnostní rabaty, jednání demonstrující dominantní postavení, nepřiměřené vysoké ceny, ziskovost. Dynamika trhu je rovněž faktorem ovlivňujícím náhled na definici relevantního trhu *ad hoc*. Přitom je ze shora uváděných příkladů zřejmé, že neexistuje takové objektivní měřítko, na jehož základě by se dal jednoduše relevantní trh vymezit. Je to vždy otázka nejen shromáždění odborných, statistických či empirických informací, ale také složitých úvah, které ke zvolenému řešení vedou. Jestliže tedy aplikace neurčitého právního pojmu - relevantní trh - závisí na odborném posouzení v každém jednotlivém případě, je třeba prověřit, zda žalovaný této povinnosti dostál, tedy jak přesně a bezezbytku se mu podařilo vystihnout charakter zboží a podstatu trhu, na němž je realizováno.

V rozhodnutí Komise č. 97/181/EC ze dne 18. 12. 1996, publikovaném v OJ dne 18. 3. 1997, které se týká podmínek uložených druhému operátorovi GSM radiotelefonních služeb ve Španělku, je uvedeno, že relevantní trh pro digitální radiotelefonní mobilní služby by měl být odlišen od trhu pevné hlasové telefonie a také od trhu všech ostatních mobilních telekomunikačních služeb. Komise připouští, že relevantní výrobkový trh mobilních telekomunikačních služeb může být vymezen odlišně. V případech, které se týkají schvalování fúzí, Komise všeobecně zastává stanovisko, že relevantní trh není třeba vymezovat úzce a to zejména tehdy, nedochází-li daným spojení podniků k posílení nebo vzniku dominantního postavení. Například v rozhodnutí Komise č. IV/M.1430 ve věci *Vodafone/Airtouch* ze dne 21. 5. 1999 byl podíl účastníků řízení na vymezeném relevantním trhu stanoven podle počtu zákazníků. Ze všech těchto důvodů považuje soud vymezení relevantního trhu žalovaným za odpovídající zákonu a v souladu s praxí Komise i Evropského soudního dvora.

Soud však nerozumí úvaze žalobce o diskriminaci dominantního soutěžitele tím, že se musí podřídit zákonu o ochraně hospodářské soutěže. Komunitární právní úprava, na rozdíl od právní úpravy USA, připouští existenci dokonce monopolního postavení a vyžaduje-li naprosto minimální standardy pro chování na trhu, stěží je lze chápat jako diskriminaci.

Ad 2) Obdobně se soud neztotožňuje se stanoviskem žalobce, že je nesprávná úvaha žalovaného o tom, že nebyla-li zpracována nákladová kalkulace před samotným jednáním, má se za prokázané, že jednání žalovaného spočívající v účtování vyšších cen za volání do sítě Českého Mobilu bylo zneužíváním dominantního postavení. Zvažujeme-li danou situaci, pak nutně musíme dojít k závěru, že zvýšení ceny bez řádné předchozí kalkulace není standardním postupem, aspoň by neměl být, a tudíž podezření Úřadu o porušení zákona takovým soutěžitelem je namístě.

Ad 3) V rozhodnutí žalovaného v prvním stupni se objevuje prakticky jediná zmínka o konkrétní částce, a to v souvislosti s doporučením „stanovit ceny za hovory do Českého Mobilu vyšší než pro hovory do Eurotelu, aby byly pokryty tyto nejistoty a rizika o 1 Kč pro všechny tarify". Přitom právě rozbor této skutečnosti, naznačený v rámci obsahu spisu (č.l. 191), považuje soud za rozhodující. Žalobce případně namítá, že některé z nákladů, kterými v průběhu správního řízení argumentoval, byly prvostupňovým orgánem akceptovány a také oprávněně klade otázku, zda má výše zákaznické ceny účtované za hovory do sítě Českého Mobilu vliv na objem odchozího provozu ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu před a po sjednocení výše cen.

Obsah zákona odráží dobu, v níž byl koncipován, a tím i rovinu právních teorií, o níž se mohl opírat, co by o významné pilíře kartelového práva. Počátky můžeme hledat u F.von Hayeka, rozeznávajícího dva extrémní typy trhů – trh dokonalé konkurence a monopolní trh. Ovšem i on později ztrácí iluze o možnosti trvalého nastolení takové situace a dokonalou konkurenci váže toliko k ranému období kapitalismu. Koncepce *svobodné soutěže* vycházející z Freiburské školy 30-tých let se opírá o tezi, že soutěžní politika má chránit soutěž samu o sobě, přibližovat strukturu trhu co nejvíce modelu dokonalé konkurence, pročež se automaticky dostaví pozitivní ekonomický efekt. Soutěž vnímá jako neustálý proces objevování, upřednostňuje kasuistiku, bere v úvahu aspekty politické i sociální, možnost vstoupit na trh vnímá jako součást politické svobody (Katznebach, Hoppmann, Clapham). Sedmdesátá léta ovlivňuje teorie *ochrany efektivní soutěže* (Clark, Bork, Poster, Stigler), která vychází z předpokladu nedokonalé konkurence s tím, že je třeba usilovat o dosažení efektivní soutěže na trhu. Za cíl považuje zajištění blahobytu spotřebitelů cestou zvyšování efektivity podniků, přičemž ochrana soutěže je nástrojem na dosažení tohoto cíle. Důvěra v tržní mechanismus je zásadní. Model dokonalé konkurence se nechápe ani jako ideál, od něhož by se měla odvíjet soutěžní politika. V osmdesátých letech se prosazuje teorie *kontestabilních trhů* (Bain, Baumol, Bailey), tedy trhů podřízených normální hře konkurence, která předpokládá vstup na trh i výstup z něj zcela svobodný a nákladově nenáročný. Konkurenční situace není nezbytně svázána s existencí většího počtu subjektů na trhu a dokonce ani monopolní postavení nemusí být vždy v rozporu s optimální cenou. Důraz je kladen na možnosti potenciální konkurence a neexistenci bariér vstupu na trh, nikoli na vlastní strukturu a stupeň atomizace trhu. Podle klasického schématu existují-li podmínky volného vstupu o odchodu na trhu ovládaném monopoly či oligopoly, cena nemůže překročit marginální náklady, potenciální konkurenti mohou totiž na trh rychle vstoupit, realizovat zisk, jsou-li ceny vyšší než marginální náklady, a opět rychle a bez úhony trh opustit, když ceny klesnou nebo když firmy ohrožené touto konkurencí zahájí protiútok. Samotná možnost takové války stačí pak k tomu, aby se monopolní či dominantní firmy chovaly stejně jako v podmínkách konkurence a neuplatňovaly ceny vyšší než jsou marginální náklady.

Nejvyšší správní soud považuje za přínosné, jestliže Úřad pro ochranu hospodářské soutěže postupuje při výkonu své pravomoci zdrženlivě, aniž podceňuje roli trhu a při vědomí, že jeho primárním úkolem není tvorba podmínek pro hospodářskou soutěž, nýbrž ochrana hospodářské soutěže. V posuzovaném případě existuje pochybnost, že tento princip byl dodržen a že vskutku byl vstup na trh novému soutěžiteli ztížen. Na č. l. 191 je založen propočet újmy zákazníků RadioMobilu a v rámci tohoto výpočtu je zřejmé, že Úřad uznal za oprávněné pro období tranzitu hovorů přes síť Českého Telecomu zvýšení nákladů za směrování na Český Telecom ve výši 0,30 Kč/min a zvýšení nákladů za směrování do 1 uzlu 0,35 Kč/min, celkem 0,65 Kč/min a dále pro období přímého propojení sítí pouze zvýšení nákladů za směrování do 1 uzlu ve výši 0,35 Kč/min.

Za situace, kdy samotný Úřad uznává na jedné koruně, o níž se cena zvýšila, za oprávněnou částku v rozmezí 0,35 až 0,65hal, neshledává soud důvod toto považovat bez dalšího za překážku vstupu na trh a za narušení hospodářské soutěže. Celé dokazování, ale konečně i argumentace žalobce v průběhu správního řízení je vedeno, jakoby v prvé řadě šlo o stanovení ceny, za kterou lze v oboru podnikat. Tak tomu ale není a ani být nemůže. Role Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže primárně nespočívá ve tvorbě cenové politiky, ani nenahrazuje nefunkční obchodní vztahy, nesupluje ani organizace vystupující na ochranu spotřebitele. Jeho úkolem je zasáhnout ve prospěch funkčního a férového trhu tam, kde je hospodářská soutěž ohrožena. Úřad musí rozpoznat, kdy nedochází k narušení soutěže, byť jsou formální znaky naplněny, resp. kdy není třeba zásahu, neboť se jednání na kvalitě soutěžního prostředí neprojeví. V daném případě podle názoru Nejvyššího správního soudu, chyběl dostatečný argument, který by prokázal, že zvýšení ceny služby o 1 Kč narušilo fair prostředí trhu mobilní telefonie. V navýšení ceny průměrně o 50 hal., které Úřad neuznal jako oprávněné, neshledává soud překážku pro vstup na trh, který se vyvíjí tak dynamickým způsobem, včetně obecné poptávky po těchto službách. Pouze tato rovina je pro posouzení, zda Úřad má zasáhnout či nikoli, rozhodující a otázka oprávněně vytvořené ceny, jakož i újmy je doprovodným aspektem. Zákon o ochraně hospodářské soutěže chrání primárně soutěžní prostředí, až ve druhém plánu soutěžitele či spotřebitele; k jejich ochraně slouží jiné právní instituty. Marketingová strategie Českého Mobilu šla svou cestou a nic nesvědčí pro to, že právě suma 50 hal. měla vliv na jeho vstup na trh. Pokud byl žalovaný v pokušení rozhodnout věc takovým způsobem z toho důvodu, že tak rozhodl věc mobilního operátora Eurotel (vedenou u zdejšího soudu pod sp.zn. 2A 12/2002-OL), pak soud připomíná, že každý z obou případů posuzoval žalovaný Úřad samostatně a jednání ve vzájemné shodě neprokázal. Proto musí být samostatně posuzovány i důsledky jednání tohoto soutěžitele, zda se projevily, či mohly projevit negativním dopadem na trh. Žalovaný se pečlivě zabýval okolnostmi tvorby ceny žalobcem, avšak nezohlednil skutečný dopad postupu žalobce, zda neoprávněné zvýšení ceny o cca 50 haléřů mělo sílu Český Mobil zastavit nebo významně zbrzdit při vstupu na trh. Rozhodnutí vychází z faktu neoprávněného rozdílu ceny a přímo z něj dovozuje zneužití dominantního postavení. V abstraktní podobě je tato úvaha samozřejmě doktrinálně správná, avšak promítnuta do reálných čísel zdá se být problém spíše marginální. Nejde o násobky hodnot, jež by nezanechávaly pochybnosti o schopnosti ztížit dalšímu konkurentovi přístup na trh, nýbrž jde o cenové zvýšení, jež se nikterak nevymyká běžnému pohybu cen na trhu (srov. Energie: P. Hájková, 5. 1. 2004, finance.centrum.cz).

Pro samotný Úřad může být zadostiučiněním vědomí, že teprve prokázání nastalého či možného ohrožení trhu dává smysl podrobnému zjišťování příčin, které k tomu vedly. Jestliže tedy má být ve smyslu § 1 odst. 1 zákona považována za účel zákona ochrana hospodářské soutěže na trhu proti jejímu omezování, zkreslování nebo vylučování, pak za základ je třeba považovat právě zjištění, že k takovému narušení soutěže skutečně došlo, a to v materiálním, nikoli jen formálním smyslu. Soud se domnívá, že nelze rezignovat na očividnou schopnost trhu vypořádat se s celou řadou negativních jevů bez zásahu státu, který je třeba vnímat jako mezní řešení, kdy je zřejmé, že trh sám není schopen situaci zvládnout. Nelze tedy přeceňovat úlohu státních zásahů do ekonomiky a současně podceňovat schopnosti trhu. Je třeba neustále hledat a upřesňovat pravidla, která napomohou při hledání hranic, kdy intervence státu je nezbytná a kdy se bez ní lze obejít. Nejvyšší správní soud vycházeje z respektu k ústavní svobodě podnikání, dává tímto rozhodnutím najevo, že není ochoten přisvědčit každému zásahu státu, aniž by zvažoval jeho účelnost, přiměřenost a nezbytnost. Soud se proto v daném případě neztotožnil s touto intervencí státu, neboť ji nepovažoval za důvodnou, když Úřadem neuznané zvýšení zákaznické ceny za 1 minutu volání v průměru o 50 haléřů nebylo provázeno konkrétním důkazem o ztížení přístupu Českého Mobilu na trh, což s ohledem na tuto malou částku soud považuje za nutné.

Ad 4 - 8) S ohledem na shora vyslovené Nejvyšší správní soud k dalším námitkám poznamenává: Především otázku újmy (ad 4) ponechává v rozsahu zodpovězeném v bodě ad 3. Pokud jde o možnost nahlížet do správního spisu, včetně těch částí, které obsahují obchodní tajemství (ad 5), 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 zákona č. 71/1967Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů. Podle něj je správní orgán povinen učinit opatření, aby nahlédnutím do spisů nebylo porušeno státní, hospodářské nebo služební tajemství, nebo zákonem uložená povinnost mlčenlivosti. 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 účastníku řízení zamezen přístup, aby tak mohl mít každý účastník alespoň rámcovou představu o obsahu a povaze utajených podkladů rozhodnutí. S ohledem na důvod zrušení správního rozhodnutí soudem se jeví trvání na výslechu svědků (ad 6), po výtce pracovníků žalobce, jako zcela bezpředmětné. Soud nesouhlasí s tvrzením žalobce o libovůli správního orgánu při ukládání sankce (ad 7). Ta byla přiměřeně odůvodněna a v samotném ponechání prve stanovené částky v původní výši, nelze bez dalšího shledat nezákonnost. Soud nesouhlasí s představou žalobce o tom, že nelze ve výroku rozhodnutí specifikovat okolnosti, které provází uložení sankce či vyslovení zákazu dalšího zneužívání dominantního postavení. Opak je pravdou a právě velmi přesný, byť stručný popis okolností, v nichž je porušení zákona spatřováno, vytváří předpoklad pro transparentnost postupů správního orgánu a soudy byl vždy vyžadován.

2 A 13/2002 - OL - 447

Ze shora uvedených důvodů Nejvyšší správní soud rozhodnutí žalovaného v obou stupních zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení (§ 78 odst. 1, 3 a 4 s. ř. s.).

O nákladech řízení bylo rozhodnuto ve smyslu ust. § 60 odst. 1 s. ř. s., když úspěšný žalobce jednal v řízení svým zaměstnancem; soud proto přiznal náhradu nákladů řízení spočívající v zaplaceném soudním poplatku ve výši 1000,-Kč.

P o u č e n í : Proti tomuto rozhodnutí **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (§53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 28. 1. 2005

Nejvyšší správní soud v Brně - 18 -

JUDr. Václav Novotný, v. r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lenka Blechová