- 3 -02- 2005

č. j. 2 A 12/2002-OL - 503

Toto rozhodnutí nabylo právní moci
dnem 3. 2. 2005
Nejvyšší správní soud
v Brně dne 9. 2. 2005

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEMREPUBLIKY

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: **Eurotel Praha, spol. s r. o.,** Sokolovská 855/225, 190 00 Praha 9, zast. JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M., PhD., advokátem v advokátní kanceláři Kocián Šolc Balaštík, Jindřišská 34, 110 00 Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** Joštova 8, 601 59 Brno, zast. JUDr. Kristinou Škampovou, advokátkou, AK Pellicova 8a, 602 00 Brno, o žalobě ze dne 30. 5. 2002 proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. R 15/2001 ze dne 9. 5. 2002,

takto:

I. Žaloba **se zamítá.**

II. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení **nepřiznává.**

Odůvodnění:

I.	Správní rozhodnutí	s. 2	VI.	Relevantní právní úprava	s. 30
II.	Žaloba	s. 4	VII.	Ústavně-právní konformita	s. 31
III.	Vyjádření žalovaného	s. 17	VIII.	Ars interpretandi	s. 32
IV.	Procesní rozhodnutí soudu	s. 22	IX.	Závěr	s. 49
V.	Správní spis	s. 23	X.	Náklady řízení	s. 50

I. Správní rozhodnutí

Žalobou ze dne 30. 5. 2002, podanou u Vrchního soudu v Olomouci dne 31. 5. 2002, 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 (dále též „Úřad") ze dne 9. 5. 2002, č. j. R 15/2001, a to v celém rozsahu. Tímto rozhodnutím předseda Úřadu 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 18/01-1300/01-VOI, jímž Úřad pro ochranu hospodářské soutěže původně rozhodl takto:

1. Účastník řízení – společnost Eurotel Praha, spol. s r. o., se sídlem Sokolovská 855/225, 190 00 Praha 9, IČ 15 26 83 06 (dále jen „účastník řízení" nebo „Eurotel"), A) 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 16. 4. 2001 v tarifu Original Go, v době od 7. 2. 2000 do 14. 2. 2001 v tarifu Quatro Go, v době od 8. 1. 2000 do 30. 4. 2001 v tarifu EuroTel Relax a b) v době od 8. 1. 2000 v tarifech EuroTel Start, EuroTel Global a EuroTel Business, v době od 1. 10. 2000 v tarifech EuroTel Start Týden, EuroTel Global Týden, EuroTel Business Týden, v době nejméně od 1. 10. 2000 v tarifech Start, Kontakt Standard, Optimum Standard, Business Standard, Global Standard Promo, Kontakt Standard Promo, EuroTel Start Víkend, EuroTel Global Víkend, EuroTel Business Víkend, a v době od 1. 5. 2001 v tarifu EuroTel Relax Klasik, to vše do data vydání tohoto rozhodnutí, 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 RadioMobil, a. s., se sídlem Londýnská 59, 120 00 Praha 2, IČ 64 94 96 81 (dále jen „RadioMobil"); B) zneužil svého monopolního postavení na trhu mobilních radiotelefonních služeb ve veřejných mobilních telekomunikačních sítích NMT tím, že v době od 8. 1. 2000v tarifech T!P 60, T!P TOP, v době nejméně od 1. 10. 2000 v tarifech Eurotel Ideál, Eurotel Ideál Víkend, Eurotel Optimum, Eurotel Optimum Týden, Eurotel Optimum víkend, Eurotel Region, Eurotel Region víkend, Ekonomik Standard, Flex Standard, Kontakt Standard, Optimum Standard, Premium Standard, REGION, v době nejméně od 1. 3. 2001 v tarifu Go Felicia, to vše do data vydání tohoto rozhodnutí, účtoval bez objektivně ospravedlnitelných důvodů svým zákazníkům za minutu volání do sítě společnosti Český Mobil částku vyšší než za minutu volání do sítě společnosti RadioMobil. Jednáním uvedeným v bodech A a B této části výroku rozhodnutí účastník řízení 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 Eurotel 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 Eurotel 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 Eurotel, kteří jí za srovnatelnou službu při volání do sítě společnosti Český Mobil platili na hovorném v jednotlivých tarifech v obdobích dle bodů A a B této části výroku rozhodnutí částku vyšší, než za volání do sítě společnosti RadioMobil.

2. Podle ustanovení § 11 odst. 1 písm. d) zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, se společnosti Eurotel zakazuje pokračovat ve zneužívání dominantního postavení jednáním uvedeným v době A písm. b) a ve zneužívání monopolního postavení jednáním uvedeným v bodě B) 1. výrokové části 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 Eurotel za porušení ustanovení § 9 odst. 3 téhož zákona ukládá pokuta ve výši 48 000 000 Kč.

Předseda Úřadu dne 9. 5. 2002 pod č. j. R 15/2001 shora uvedené rozhodnutí ve výrokové části pod bodem 1. změnil tak, že účastník řízení – společnost Eurotel Praha, spol. s r. o., A) 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 16. 4. 2001 v předplacené služně Original Go, v době od 7. 2. 2000 do 14. 2. 2001 v předplacené službě Quatro Go, v době od 8. 1. 2000 do 30. 4. 2001 v tarifu EuroTel Relax a b) v době od 8. 1. 2000 v tarifech EuroTel Start, EuroTel Global a EuroTel Business, v době od 1. 10. 2000 v tarifech EuroTel Start Týden, EuroTel Global Týden a EuroTel Business Týden, v době nejméně od 1. 10. 2000 v tarifech Start, Kontakt Standard, Optimum Standard, Business Standard, Global, Standard Promo, Kontakt Standard Promo, EuroTel Start Víkend, EuroTel Global Víkend, EuroTel Business Víkend a v době od 1. 5. 2001v tarifu EuroTel Relax Klasik, to vše do 30. 6. 2001 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 RadioMobil; B) zneužil svého dominantního postavení na trhu mobilních radiotelefonních služeb ve veřejných mobilních telekomunikačních sítích NMT tím, že v době od 8. 1. 2000 v tarifech T!P 60 a T!P TOP, v době nejméně od 1. 10. 2000 v tarifech Ideál, Eurotel Ideál víkend, Eurotel Optimum, Eurotel Optimum Týden, Eurotel Optimum víkend, Eurotel Region, Eurotel Region víkend, Ekonomik Standard, Flex Standard, Kontakt Standard, Optimum Standard, Premium Standard a REGION, v době nejméně od 1. 3. 2001 v předplacené službě Go Felicia, to vše do 30. 6. 2001, účtoval bez objektivně ospravedlnitelných důvodů svým zákazníkům za minutu volání do sítě provozované společností Český Mobil částku vyšší než za minutu volání do sítě provozované společností. Jednáním uvedeným v bodech A a B této části výroku rozhodnutí účastník řízení porušil ustanovení § 9 odst. 3 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, k újmě jiného soutěžitele – společnosti Český Mobil, který nezískal 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 společnosti Eurotel Praha, spol. s r. o. 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 bodů A a B této části výroku rozhodnutí částku vyšší, než za volání do sítě RadioMobil.

Výrok pod bodem 2. byl zrušen, výrok pod bodem 3. byl potvrzen.

II. Žaloba

Žalobou ze dne 30. 5. 2002 žalobce napadá rozhodnutí předsedy Úřadu v celém rozsahu, neboť má za to, že bylo vydáno v rozporu se zákonem č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále též „zákon") a v rozporu se zákonem č. 71/1967 Sb., o správním řízení, v platném znění (dále též „správní řád"), a žalobce byl tímto rozhodnutím a řízeními, která mu předcházela, zkrácen na svých právech, a to zejména na právu na svobodné podnikání (čl. 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod), právu na spravedlivý proces (čl. 36 odst. 1 Listiny), právu na vyjádření se k prováděným důkazům (čl. 38 odst. 2 Listiny) a konečně i právu na to, aby státní moc byla uplatňována v mezích stanovených zákonem (čl. 2 odst. 2 Listiny) a aby správní orgán při používání ustanovení o mezích shora uvedených práv chránil jejich podstatu a smysl (čl. 4 odst. 4 Listiny).

Žalobce po vylíčení průběhu správního řízení odůvodňuje žalobu nezákonností obou rozhodnutí, neboť těmito rozhodnutími Úřad i předseda Úřadu v rozporu se zákonem na ochranu hospodářské soutěže (dále též „zákon") z roku 1991 a správním řádem:

1) při vymezení věcně relevantního trhu vycházeli z nedostatečně zjištěného skutkového stavu věci a jejich skutková zjištění byla v rozporu s obsahem správního spisu, kdy tento „skutkový" stav následně i nesprávně právně posoudili. Žalobce v rozkladu podrobně zdůvodnil svůj nesouhlas s vymezením věcně relevantního trhu a v rozkladu uvedl celou řadu konkrétních argumentů, které hovoří proti odůvodněnosti rozlišování mezi trhem mobilních radiotelefonních služeb v sítích GSM (tedy sítích digitálního typu) na straně jedné, a trhem mobilních radiotelefonních služeb v sítích typu NMT (tedy sítích analogového typu) na straně druhé, a odkázal na celou řadu dřívějších rozhodnutí Úřadu z roku 2000, resp. orgánů Evropských společenství, zejména rozhodnutí Komise Evropských společenství (dále jen „Komise") z roku 2000 a 2001. Předseda Úřadu když odkázal na rozhodnutí Komise č. 97/181/EC z roku 1996, nevypořádal se s tvrzeními žalobce, že toto rozhodnutí bylo v pozdější praxi Komise v důsledku technického vývoje a podmínek na trhu zcela překonáno, když v rozhodnutí č. IV/M.1430 ze dne 21. 5. 1999 (Vodafone/Airtouch) Komise výslovně uvedla, že v provedeném průzkumu trhu *„naprostá většina respondentů potvrdila názor, že věcně relevantním trhem je trh mobilních telekomunikačních služeb zahrnující jak analogové, tak digitální technologie"* a dodala, že během svého šetření *„nezjistila žádné podstatné důkazy, které by hovořily pro užší segmentaci věcně relevantního trhu, než jak to navrhly strany řízení"*, t.j. *„trhu mobilních telekomunikačních služeb, bez ohledu na technické standardy používané pro poskytování takových služeb"*. Tento názor potvrdila Komise např. v rozhodnutí COMP/M.2469 ze dne 26. 6. 2001 (Vodafone/Airtel), kde uvádí, že *„ve svých dřívějších rozhodnutích našla důkazy svědčící pro to, že existuje trh provozování mobilních telefonních sítí (bez ohledu na to, zda jsou používané analogové nebo digitální GSM 900/1800 standardy)"*. Úřad ani předseda Úřadu tedy neprovedli v rámci správního řízení žádné důkazy svědčící pro odůvodněnost rozlišování dvou separátních věcně relevantních trhů (služeb v digitálních sítích GSM na straně jedné a služeb v analogových sítích NMT na straně druhé). Tvrzení předsedy Úřadu, že „i kdyby byl Úřadem vymezen pouze jeden relevantní trh zahrnující sítě GSM i NMT, ... nijak by to závěry v neprospěch možnosti definovat účastníka jako dominantního neovlivnilo" (str. 8 rozhodnutí předsedy Úřadu), je tedy nutno jako nesprávné odmítnout.

2) V rozhodnutí Úřadu na str. 7 se uvádí, že žalobce na relevantním trhu zaujímá *„dominantní postavení ve smyslu ustanovení § 9 odst. 2 zákona, neboť jeho podíl na tomto trhu výrazně převyšuje 30%, a to jak z hlediska počtu zákazníků, tak z hlediska celkových výnosů"*. Žalobce tedy opakovaně zdůrazňuje, že tento závěr Úřadu je v příkrém rozporu se zákonem z roku 1991. Skutečností je, že dominantní postavení (i monopolní) na trhu je definováno zákonem z roku 1991 nikoliv pouze v § 9 odst. 2, nýbrž rovněž (a to zejména) v ustanovení § 9 odst. 1 téhož zákona, dle kterého je dominantní postavení soutěžitele *„takové postavení na relevantním trhu, že ... není vystaven soutěži podstatné"*. Z této obecné zákonné definice plyne za použití výkladového pravidla *a contrario* zcela nepochybně, že pokud nějaký soutěžitel je vystaven podstatné soutěži, nemůže se pojmově jednat o soutěžitele v dominantním postavení, a to bez ohledu na výši jeho podílu na relevantním trhu. Napadená rozhodnutí se opírají pouze o ustanovení § 9 odst. 2 zákona z roku 1991 a toto ustanovení vykládají nejen v rozporu se soutěžní logikou, ale především v rozporu se zákonem, konkrétně s právě citovaným ustanovením § 9 odst. 1 zákona, na které ustanovení § 9 odst. 2 zákona a jeho výklad musí logicky a systematicky navazovat. K závěru, že ustanovení § 9 odst. 2 zákona je pouze zákonnou domněnkou, která je vyvrácena v případě, kdy nejsou současně naplněny obecné znaky dominantního postavení dle obecné definice v § 9 odst. 1 zákona, je třeba dospět především logickým a systematickým výkladem. V rovině logické by totiž opačný výklad vedl ke zcela absurdním závěrům, že například tři soutěžitelé soutěžící na jednom relevantním trhu, každý mající 33% podíl na takovém trhu, jsou, a to každý z nich, v individuálním dominantním postavení, neboť splňují podmínku uvedenou v § 9 odst. 2 zákona (t. j. podíl na trhu nejméně 30%), a to bez ohledu na to, že mezi sebou velice intenzivně soutěží. Obdobně absurdní by byl závěr, že soutěžitel, který má 31% podíl, není vystaven soutěži podstatné ze strany dalšího soutěžitele, který má na stejném relevantním trhu podíl 69%. V rovině systematické je třeba vykládat ustanovení § 9 odst. 1 a 2 zákona v jejich vzájemné souvislosti a návaznosti, nikoliv ve vzájemném rozporu; ostatně celé ustanovení § 9 zákona je označeno názvem „Monopolní a dominantní postavení na trhu", nikoli pouze napadenými rozhodnutími účelově extrahovaný odstavec 2 citovaného ustanovení vykládaný bez ohledu na ostatní ustanovení zákona. Žalobce dále zdůrazňuje jedno z nejdůležitějších kritérií, totiž odstup od nejbližšího tržně silného soutěžitele, který je v daném případě minimální. Jak uvedl žalobce v rozkladu, jeho tržní podíl se v inkriminované době pohyboval okolo 50%, zatímco tržní podíl nejbližšího tržně silného soutěžitele, t. j. společnosti RadioMobil činil zhruba 43%. Rozdíl tedy činil pouhých 7%. K tomu přistupuje skutečnost, že se jedná o velmi dynamický trh, na kterém se tržní podíly jednotlivých soutěžitelů mohou během relativně krátké doby dramaticky změnit. Jak bylo uvedeno již v rozkladu a prokázáno důkazy k rozkladu připojenými, např. v červenci 2001, byl podíl jednotlivých konkurentů na získávání nových zákazníků následující: žalobce 37,6%, RadioMobil 39,9% a Český Mobil 23,1%. V tomto světle je zřejmé, že pouhé tvrzení Úřadu, že žalobce není vystaven podstatné soutěži, nemůže v žádném případě obstát. Konečně žalobce opakuje námitku vznesenou v rozkladu, totiž že rozhodnutí Úřadu je v části týkající se dominantního postavení bez ohledu na shora uvedené nepřezkoumatelné pro neurčitost, neboť v něm ani není uvedeno, jakými tržními podíly na relevantním trhu vlastně žalobce, resp. jeho konkurenti disponují.

3) V situaci, kdy Úřad dospěl k názoru, že se tímto způsobem mohlo chovat na relevantním trhu více soutěžitelů, aniž by bylo ze strany Úřadu potvrzeno či dokonce prokázáno kolektivní dominantní postavení, je třeba dle žalobce dojít k závěru, že Úřad v této otázce závažně pochybil. Kdyby totiž žalobce byl v takovém postavení na trhu, jak bylo uváděno ze strany Úřadu, a měl možnost chovat se jako dominantní subjekt, nemohl

by se stejným nebo podobným způsobem chovat již žádný další soutěžitel na dotyčném relevantním trhu. Co se týká konkrétně vytýkané skutkové podstaty zneužití, t. j. uplatňování rozdílných podmínek při shodném nebo srovnatelném plnění, žalobce uváděl dle svého tvrzení v průběhu správního řízení dostatečné důvody o tom, že se v tomto konkrétním případě nejednalo o shodné či srovnatelné plnění z důvodu velkých rozdílů v jednotlivých sítích, do nichž byl telefonní provoz ze sítě žalobce směřován, což bylo připuštěno i v rozhodnutí předsedy Úřadu. V rozhodnutí předsedy je dále uvedeno, že: *„Český mobil nezískal z důvodu vyšších cen takový počet nových zákazníků, jak by získal za podmínek rovné soutěže, a zároveň došlo k nižšímu objemu odchozího hovoru ze sítě účastníka řízení* (žalobce) *do sítě společnosti Český Mobil oproti provozu v opačném směru"*. Toto tvrzení však nebylo ze strany Úřadu naprosto žádným způsobem prokázáno a ani nebylo žalobci sděleno, z jakých podkladů bylo získáno, když navíc tyto závěry jsou v naprostém rozporu s obsahem správního spisu. Naopak důkazy, které byly žalobcem k této argumentaci navrženy, byly ze strany Úřadu odmítnuty, jelikož byly posouzeny jako irelevantní, přestože měly sloužit právě k posouzení vlivu, jaký mohly mít rozdílné ceny na objemu telefonního provozu mezi jednotlivými sítěmi, popř. na počet nových zákazníků, který mohli jednotliví soutěžitelé získat.

4) I v části rozhodnutí předsedy Úřadu týkající se stanovení újmy jako jednoho z podstatných znaků skutkové podstaty zneužití dominantního postavení je zcela zjevná snaha *ex post* doplňovat závěry, ke kterým dospěl Úřad v prvoinstančním řízení. Tímto postupem je však zcela pomíjena a porušována zásada dvouinstančnosti řízení, podle které má přezkumný orgán pouze přezkoumat rozhodnutí orgánu druhého stupně a nikoliv doplňovat a odstraňovat nedostatky. Co se týká stanovení újmy, která byla údajným zneužitím ostatním soutěžitelům způsobena, má žalobce za to, že v rozhodnutí předsedy, stejně jako je tomu v rozhodnutí Úřadu, jsou závěry ve vzájemném rozporu a nemají ani oporu v provedených důkazech, resp. jsou s nimi v rozporu. Zejména závěr, že vyšší ceny účtované zákazníkům žalobce jako konkurenta Českého Mobilu, a. s., způsobují odliv zákazníků Českého Mobilu, a. s., ve srovnání se závěrem, že zákazníci se v prvé řadě při výběru operátora řídí výší cen daného operátora, je ve vzájemném logickém rozporu, a jako takový nemůže obstát. Pokud se týče újmy Českého Mobilu, a. s., spočívající v nižším množství hovorů uskutečněných do jeho sítě zákazníky žalobce, nebyl tento závěr v celém průběhu správního řízení prokázán ani jedním důkazem, naopak ze strany žalobce byly předloženy jednoznačné důkazy, že ceny žalobce neměly vliv na množství uskutečňovaných hovorů do sítě Český Mobil. Rovněž pokud se týče újmy údajně způsobené zákazníkům žalobce, je třeba uvést, že i v této části zůstala obě rozhodnutí v rovině nepodložených obecných závěrů. I když v rozhodnutí předsedy na straně 14 tento uvádí, že „důvody, kterými žalobce v řízení odůvodňoval rozdílnost cen za volání do sítě Český Mobil, jsou způsobilé ovlivnit výši ceny, a tedy odůvodnit rozdílné účtování", nevypořádal se dostatečně s důkazy, které na podporu těchto svých tvrzení žalobce v průběhu řízení předložil, natož aby je jinými důkazy obsaženými ve správním spise vyvrátil.

5) Žalovaný v rozporu se zákonem uložil žalobci povinnost zaplatit pokutu po uplynutí zákonné jednoroční subjektivní lhůty pro její uložení; bez ohledu na to, že bylo stanovení výše pokuty a její odůvodnění protiprávní. Žalobce uvádí, že pro uložení pokuty nebyly v prvé řadě splněny zákonné předpoklady, neboť žalobce se správního deliktu – zneužití dominantního postavení – nedopustil. Úřad žalobci ve správním řízení neprokázal, že by se nacházel v dominantním postavení (a to na správně vymezeném relevantním trhu), že by

takového dominantního postavení zneužil a konečně ani to, že by v důsledku takového zneužití vznikla konkrétní újma soutěžitelům nebo spotřebitelům. Za druhé: v rozporu se zákonem Úřad postupoval i v případě rozhodování o pokutě a její výši, kdy toto rozhodování a správní uvážení v rámci něho je v podstatné míře nepřezkoumatelné. V podrobnostech žalobce odkazuje na rozklad. Předseda Úřadu se s námitkami vznesenými žalobcem v rozkladu přesvědčivě nevypořádal, zejména nevyvrátil pochybnosti v tom smyslu, že se Úřad v rozporu se zákonem při stanovení individuální výše pokuty řídil především obecnými hledisky (odkaz na obecný stupeň nebezpečnosti zneužití dominantního postavení, obecné konstatování, že trh mobilní hlasové telefonie je významným trhem, apod.), že Úřad neodvodil výši pokuty od prokázaného konkrétního majetkového prospěchu žalobce, resp. od prokázané konkrétní újmy vzniklé soutěžitelům nebo spotřebitelům, a konečně, že Úřad nepřípustně odůvodnil výši pokuty porovnáním s pokutou uloženou v jiném správním řízení a výsledky takového jiného správního řízení (proti společnosti RadioMobil), ačkoliv se žalobce tohoto správního řízení neúčastnil, a nemohl se tedy ani vyjádřit k relevantním skutečnostem. Rozpor se zákonem je žalobcem přisuzován pokutě také, když oprávnění Úřadu uložit pokutu žalobci zaniklo před jejím uložením v souladu s ustanovením § 14 odst. 5 zákona z roku 1991, neboť podle citovaného ustanovení může Úřad uložit pokutu nejpozději do jednoho roku od zjištění porušení povinnosti. Zákonnou dikci „pokutu lze uložit do jednoho roku" podle ustanovení § 14 odst. 5 zákona z roku 1991 je třeba dle správních soudů vykládat tak, že „pokuta je uložena až dnem, kdy rozhodnutí o uložení pokuty nabylo právní moci. V daném případě se Úřad o „porušení povinnosti" dověděl dne, kdy mu byl doručen podnět společnosti Český Mobil k zahájení správního řízení proti žalobci, t. j. 29. 8. 2000. I v případě, kdy by tato skutečnost byla ze strany Úřadu zpochybňována, musel se o „porušení" Úřad nejpozději dovědět, když po předběžném šetření v délce několika měsíců dne 21. 3. 2001 zahájil správní řízení ve věci. Právní moci nabylo rozhodnutí o uložení pokuty až doručením rozhodnutí předsedy žalobci, t. j. dne 28. 5. 2002. Ve smyslu shora uvedeného došlo k uložení pokuty až po uplynutí jednoroční subjektivní lhůty stanovené v ustanovení § 14 odst. 5 zákona. Úřad tedy již nebyl oprávněn pokutu uložit a výrok rozhodnutí předsedy potvrzující uložení povinnosti k zaplacení pokuty je i z tohoto důvodu nezákonný.

6) Ze strany Úřadu došlo v rámci správního řízení k jednáním majícím charakter nesprávného úředního postupu, která lze podřadit pod následující kategorie: a) neumožnění žalobci účinně hájit svá práva a oprávněné zájmy v průběhu celého procesu zjišťování podkladů pro závěry správního orgánu (v rozporu s ustanovením § 23 odst. 1 správního řádu bylo v průběhu správního řízení ze strany Úřadu opakovaně porušováno právo žalobce nahlížet do správního spisu vedeného v předmětné věci). Důležitost tohoto stěžejního práva žalobce jako účastníka správního řízení, zejména v oblasti soutěžního práva, byla potvrzena rozhodovací praxí soudních orgánů Evropských společenství, zvláště pak v rozsudcích ve věcech známých pod souhrnným názvem *Soda-ash,* zde bylo judikováno, že účelem umožnění přístupu ke spisu v soutěžně-právních věcech je umožnit účastníkovi řízení seznámit se s důkazy, aby na jejich základě mohl efektivně vyjádřit své postoje k závěrům, ke kterým správní orgán dospěl. Samotný přístup ke spisu je pak považován nejen za procesní záruku, která má chránit práva účastníka, ale i záruku toho, že je ze strany správního orgánu zjištěn skutečný a správný stav věci. Toto je dáno základním principem správního řízení, který se v soutěžním právu Evropských společenství nazývá *„rovnost zbraní"* a s ohledem na nějž je neúnosná představa, že znalosti týkající se spisu, kterými disponuje účastník, jsou rozdílné od těch, které má k dispozici správní orgán; b) neumožnění žalobci vyjádřit

se k předmětu řízení a k závěrům správního orgánu. V rozporu s § 3 odst. 1 a 2 správního řádu a § 12 zákona bylo žalobci znemožněno se na počátku správního řízení řádně vyjádřit k předmětu řízení, neboť v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 21. 6. 2001 ani v oznámení o změně předmětu řízení ze dne 18. 6. 2001 nebyla ze strany Úřadu uvedena specifikace jednání žalobce, ve kterém spatřuje Úřad možné narušení soutěže, zejména časové určení jednání. V důsledku toho, že po celou dobu nebylo žalobci ze strany správního orgánu ozřejměno, v čem je spatřován nesoulad jeho jednání se zákonem, nemohl se žalobce k výtkám správního orgánu vyjádřit a přispět tak k řádnému objasnění skutečného stavu věci. V rozporu s ustanoveními § 12 odst. 6 zákona a § 33 odst. 2 správního řádu pak nebylo ani na jednáních ze dne 22. 6. 2001 ani dne 18. 7. 2001, kde měl být seznámen s výsledky šetření a podkladem pro rozhodnutí, *de facto* umožněno žalobci vyjádřit se před vydáním rozhodnutí k výsledkům šetření, k podkladům pro rozhodování a ke způsobu zjištění správního orgánu, když mu žádné konkrétní závěry, ke kterým by bylo možné se vyjádřit, ze strany Úřadu sděleny nebyly. Žalobci bylo na těchto jednáních pouze sděleno, *„že Úřad hodnotí jednání účastníka řízení, spočívající v nestejných cenách za hovory vůči zbývajícím dvěma mobilním operátorům ze jednání, které je v rozporu s ustanovením § 9 zákona"*. Předmětné jednání Úřadu pak bylo navíc zejména v souvislosti s určením relevantního trhu a dominantního postavení žalobce zesíleno tím, že správní spis po dobu správního šetření neobsahoval nic, z čeho by bylo možno usoudit na to, z jakých podkladů Úřad vycházel (§ 3 odst. 4, § 32 odst. 1 správního řádu) a jakými skutkovými a právními úvahami se řídil; c) opakované porušování zásady dvouinstančnosti. Tím, že předseda Úřadu ve svém rozhodnutí opakovaně doplňuje rozhodnutí Úřadu namísto toho, aby je přezkoumával, porušil významně zásadu dvouinstančnosti, kterou lze považovat za jednu ze základních zásad správního řízení. Při těchto doplněních též předseda Úřadu nedodržuje svou povinnost vycházet ve svých závěrech z obsahu správního spisu, jelikož v naprosté většině nejsou jeho závěry podloženy odpovídajícími důkazy či alespoň odkazem na výsledky provedených šetření a důkazy obsažené ve správním spise, a tak jsou v tomto ohledu naprosto nepřezkoumatelné.

Součástí žaloby je žádost o odložení vykonatelnosti rozhodnutí Úřadu ve spojení s rozhodnutím předsedy Úřadu, neboť neprodleným výkonem rozhodnutí správního orgánu, konkrétně části týkající se povinnosti žalobce uhradit pokutu ve výši 48 000 000 Kč, by žalobci hrozila značná újma. Neprodlený výkon rozhodnutí je s přihlédnutím k předmětné výši pokuty, jakož i k velmi krátké době splatnosti, způsobilý s ohledem na současnou finanční situaci žalobce ohrozit plynulost poskytování jeho služeb a jeho podnikatelskou činnost tím, že dojde v důsledku významného zásahu do plánovaných peněžních toků, kdy závazky žalobce jsou již na hranici finanční únosnosti pro zatížení společnosti, a mohl by tak způsobit, že žalobce nebude schopen v důsledku výkonu rozhodnutí v určitém momentu dostát všem svým krátkodobým závazkům, které jsou nezbytné pro zajištění jeho hospodářské činnosti. Žalobce tedy navrhuje, aby soud vydal rozsudek, jímž se rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R 15/2001 ze dne 9. 5. 2002 a jemu předcházející rozhodnutí Úřadu č. j. S 18/01-1300/01-VOI ze dne 20. 7. 2001 se ruší a věc se vrací Úřadu k dalšímu řízení a žalovanému se ukládá do tří dnů od právní moci rozsudku uhradit žalobci náklady řízení v plné výši, a to na účet právního zástupce žalobce.

Doplněním žaloby ze dne 25. 7. 2002 upřesnil žalobce vymezení věcně relevantního trhu, když tvrdí, že při věcném vymezení relevantního trhu postupoval jak předseda Úřadu, tak Úřad zcela v rozporu s ustálenou praxí samotného Úřadu i Vrchního soudu v Olomouci, když nezkoumal řádně z hlediska zaměnitelnosti na straně poptávky, t. j. z pohledu zákazníků

na českém trhu mobilních radiotelefonních služeb, zda jsou dány řádné věcné důvody pro segmentaci trhu podle druhu používané technologie z hlediska základních a pro spotřebitele rozhodujících služeb v rámci těchto sítí. Rozdílnost technologických parametrů, na kterých ta která mobilní síť pracuje, o kterou se předseda Úřadu opírá, je v daném případě z pohledu spotřebitele irelevantní, což žalobce dokládá tabulkou na str. 4 doplnění žaloby (č. l. 209), když prokazuje zaměnitelnost služeb. Závěr předsedy Úřadu, o který členění trhů sítí GSM a NMT dále opírá, a to, že síť NMT má na území České republiky lepší pokrytí než síť GSM, je opět ničím nepodložený a zcela v rozporu s důkazy obsaženými ve správním spise, které byly přiloženy žalobcem k jeho rozkladu. Naopak jak plyne jednoznačně z těchto důkazů – map pokrytí v rámci sítí NMT a GSM - rovněž z hlediska dostupnosti a využitelnosti (pokrytí) není na území České republiky mezi oběma sítěmi (NMT a GSM) žádný rozdíl, a zaměnitelnost je tedy dána i z hlediska geografického využití služeb zákazníky. Rovněž co se týče hlediska cen, a to jak cen za pořízení telefonů pro síť NMT nebo GSM, tak cen poskytovaných služeb v rámci těchto sítí na území České republiky, jsou tyto srovnatelné. V případě cen za mobilní telefony sám Úřad v rozhodnutí na str. 5 nediferencuje telefony určené pro síť NMT a GSM, a tedy nečiní mezi nimi z hlediska zákazníka podstatných rozdílů. Tato skutečnost je ostatně prokázaná prostřednictvím nabídky cen za mobilní telefony na území České republiky. Jak vyplývá z ceníků žalobce předložených v rámci správního řízení, nejsou ani mezi cenami za poskytované služby v rámci sítí NMT a GSM na území České republiky podstatné rozdíly, které by odůvodnily rozdělení jednoho trhu mobilních radiotelefonních služeb.

Vzhledem k tomu, že definování relevantního trhu je jako kategorie společné všem oblastem soutěžního práva, t. j. jak zneužívání dominantního postavení, tak spojování podniků *(viz Comission Notice on the definition of relevant market for the purpose of Community competition law* [O. J. 1997 C372/03]), nemůže v této souvislosti obstát argumentace uvedená předsedou Úřadu, že je možné, aby tentýž subjekt (Úřad) pro shodné období (rok 2000) v jedné oblasti soutěžního práva (zneužití dominantního postavení) v případě shodných aktivit (poskytování mobilních telekomunikačních služeb) a shodných soutěžitelů (žalobce a RadioMobil) odchylně definoval relevantní trh od jiné oblasti soutěžního práva (spojování podniků). Takovéto jednání je ze strany Úřadu a předsedy Úřadu nutné považovat za ryze účelové, aby bylo možné žalobce v každém případě postihnout prostřednictvím takto uměle vytvořeného „monopolního postavení", což ostatně ani předseda Úřadu nezakrývá, když na straně 7 rozhodnutí předsedy uvádí, „že vymezení relevantního trhu tak, jak vyplývá z napadeného rozhodnutí, se s ohledem na Úřadem účastníku řízení (žalobci) vytýkané jednání jeví jako přesnější". Vymezení relevantního trhu, s ohledem na „vytýkané jednání soutěžitele" spočívající v údajném zneužití dominantního postavení, je podle názoru žalobce v naprostém rozporu s právní úpravou a konceptem vymezení relevantního trhu jako takovým.

Všichni soutěžitelé na relevantním trhu mobilní telefonie mezi sebou navíc vedou agresivní boj o zákazníky. Nejsilnějším projevem konkurenční situace na relevantním trhu je cenový boj, ve kterém subjekty bezprostředně reagují na cenové pohyby svých konkurentů. Evropský soudní dvůr ve svém rozhodnutí ve věci *Hoffmann La-Roche* uvedl, že „skutečnost, že soutěžitel je pod tlakem své konkurence donucen snížit ceny, je obecně neslučitelná s takovou samostatností, kterou vyžaduje dominantní postavení (č. l. 71 rozhodnutí)". Skutečnost, že mezi soutěžiteli na trhu mobilní telefonie je intenzivní cenový a konkurenční boj vylučující dominantní postavení žalobce, byla v rámci správního řízení zcela prokázána.

Další věcí, která je Úřadem interpretována naprosto v rozporu s § 9 odst. 1 zákona a principy soutěžního práva vůbec, a byla rovněž rozhodnutím předsedy potvrzena, je závěr Úřadu o tom, že může existovat více individuálních dominantních subjektů na tomtéž relevantním trhu.

Ustanovení § 9 odst. 1 zákona stanoví, že soutěžitel může monopolního, resp. dominantního postavení nabýt sám nebo v dohodě s jinými soutěžiteli. Jak vyplývá z principů soutěžního práva, jakož i samotného textu zákona, v dominantním postavení se dle české právní úpravy nachází buď jeden subjekt samostatně (sám) nebo více subjektů na základě vzájemné dohody (s jinými soutěžiteli). Soutěžitelé, kteří jednají na základě vzájemné dohody, se nacházejí v tzv. kolektivním dominantním postavení. Pokud však mezi soutěžiteli dohoda neexistuje, nemůže dojít dle úpravy v zákoně k tomu, že naplní znak kolektivního dominantního postavení nebo dokonce, že budou mít dominantní postavení oba dva, a to každý samostatně. Nejen § 9 odst. 1 zákona, ale rovněž se základními principy soutěžního práva je zcela neslučitelná představa, že by snad na jednom relevantním trhu mohli vedle sebe působit dva individuálně dominantní soutěžitelé. Tato skutečnost je již sama o sobě logický protimluv, neboť každý z takových dvou individuálně dominantních soutěžitelů by pro toho druhého neodvratně vytvářel „podstatnou soutěž", což by zpětně negovalo možnost existence dominantního postavení každého z nich. Skutečnost, že mezi žalobcem a společností RadioMobil, jakož i obecně v rámci daného relevantního trhu je intenzivní soutěž, je paradoxně obsažena zcela jednoznačně i v samotném rozhodnutí Úřadu na str. 8, kde Úřad uvedl: „Kdyby Eurotel zdražil hovory do sítě RadioMobil, došlo by k poklesu poptávky po službách Eurotelu ve prospěch jeho konkurentů, pokud by tito konkurenti rovněž nezdražili." Skutečnost, že žalobce je vystaven soutěži minimálně ze strany společnosti RadioMobilu, je obsažena dokonce i v rozhodnutí předsedy Úřadu, kde na straně 17 uvádí, „vůči druhému operátorovi již etablovanému na trhu, tedy společnosti RadioMobil, by účastník řízení takové chování realizovat nemohl, neboť by přinášelo újmu jemu samotnému spočívající v ohrožení získávání nových zákazníků".

Pokud tedy Úřad vychází z představy žalobce jako „prvního"dominantního operátora a RadioMobilu jako „druhého" dominantního operátora, musel by prokázat existenci kolektivní dominance získané vzájemnou dohodou mezi žalobcem a RadioMobilem. To je ovšem představa stojící v příkrém rozporu se skutečným stavem na vysoce konkurenčním trhu mobilních radiotelefonních služeb v České republice, kdy takováto dohoda je již z podstaty konkurenčního boje vyloučena, a tak se Úřad o takovou konstrukci z pochopitelných důvodů ani nepokusil.

V rozhodnutí žalovaného je podle názoru žalobce nesprávně aplikován právní předpis, pokud je na jednání naplňující znaky speciální skutkové podstaty zneužití dominantního postavení aplikováno ustanovení upravující obecnou skutkovou postatu zneužití. Konečně za nesprávný je nutné v této souvislosti považovat výklad ustanovení § 9 odst. 3 písm. c) zákona zastávaný Úřadem, jakož i předsedou Úřadu, podle kterého se může dopustit žalobce naplnění této skutkové podstaty uplatňováním rozdílných podmínek vůči svým zákazníkům, neboť pojem „účastníci trhu" obsažený v tomto ustanovení zahrnuje dle Úřadu i zákazníky žalobce.

Vedle znaku „zneužití" musí být v případě zneužití dominantního postavení na jisto prokázáno, že tímto zneužitím byla subjektem v dominantním postavení způsobena újma

jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům. Tato újma ani na straně soutěžitelů, ani na straně spotřebitelů však nebyla žalobci v předmětném správním řízení ze strany Úřadu nebo předsedy Úřadu prokázána, když tvrzení o ní zůstalo v rozhodnutí Úřadu i rozhodnutí předsedy pouze v rovině ničím nepodložené hypotézy. Podle tiskové zprávy společnosti Český Mobil ze dne 3. 1. 2001 – „Oskar překročil po 10 měsících od zahájení obchodní činnosti 300.000 zákazníků. Podle odhadů analytiků činil ke konci roku 2000 jeho tržní podíl 7%. Oskar se tedy stal zdaleka nejúspěšnějším mobilním operátorem v počátečním roce své činnosti v České republice". Navíc ve stejné zprávě generální ředitel Českého Mobilu pan Alexandr Tolstoy, uvedl obdobné. Opačné závěry Úřadu v této souvislosti, které se pohybují v oblasti hypotetické, jsou tedy nejen v rozporu s teorií hospodářské soutěže a vlastními obecnými závěry Úřadu uvedenými v rozhodnutí Úřadu, ale navíc i se skutečným stavem na relevantním trhu mobilní telefonie, kde podíl Českého Mobilu i ve srovnání s jinými třetími operátory, mimořádně roste.

Předmětný závěr předsedy Úřadu a Úřadu o újmě Českého Mobilu, a. s., spočívající v menším nárůstu počtu klientů se tak opírá pouze o dokument zaslaný Úřadu společností Český Mobil nazvaný *„Share of net additions of third antranet after launch of its service and its population coverage"*, a proto nemůže obstát, a to z následujících důvodů. Tento důkaz je v rozporu s ostatními důkazními prostředky obsaženými ve správním spise (zejména oficiálními prohlášeními představitelů Českého Mobilu). V rozhodnutí předsedy navíc není obsaženo hodnocení tohoto důkazu v porovnání s jinými důkazy obsaženými ve správním spise, zejména zde chybí jakékoliv logické, pravděpodobnostní, věrohodnostní a jiné úsudky, kterými by zdůvodnil své závěry o hodnocení tohoto důkazu. Dále není možné závěr o újmě jako podstatném a obligatorním znaku zneužívání dominantního postavení opřít pouze o jediný důkaz, který nebyl subjektu, jemuž je správní delikt zneužití dominantního postavení přičítán, zpřístupněn, a to i kdyby se tak dělo s odkazem na ochranu obchodního tajemství (pokud se o ni v daném případě vůbec jedná). Takovýmto postupem Úřadu by ve svém důsledku byla zcela znemožněna obrana žalobce proti tomuto, z hlediska řízení o zneužití dominantního postavení základnímu znaku skutkové podstaty správního deliktu, čímž by bylo zcela zásadním způsobem porušeno právo žalobce na spravedlivý proces ve smyslu ustanovení čl. 36 Listiny. Nepřípustnost takového postupu v souvislosti s prokazováním zneužití dominantního postavení vyplývá i z rozhodovací praxe českých soudů, např. rozhodnutí Vrchního soudu v Praze č. j. 7 A 104/95 - 36 ze dne 19. 6. 1998. Konečně předmětný závěr Úřadu a předsedy Úřadu byl zcela nepochybně popřen samotným předsedou, který k námitce žalobce, že si Úřad neopatřil důkazy prokazující vzájemnou závislost mezi počtem získaných klientů ze strany Českého Mobilu a změnami v cenách žalobce, výslovně uvedl, že „předmětem řízení nebylo zkoumat vliv změny ceny na změnu počtu klientů společnosti Český Mobil".

Rovněž závěr o další újmě Českého Mobilu uvedený ve výroku rozhodnutí Úřadu na straně 2 a jeho odůvodnění na straně 8, resp. výroku na str. 2 rozhodnutí předsedy a na straně 12 rozhodnutí předsedy spočívající v tom, že „z důvodu vyšších cen došlo k nižšímu objemu odchozího hovoru ze sítě účastníka řízení do sítě společnosti Český Mobil oproti provozu v opačném směru, byla společnost Český Mobil v hospodářské soutěži znevýhodněna", je opět pouze v rovině hypotetické, a nebyl v průběhu správního řízení ze strany Úřadu ani předsedy Úřadu prokázán jediným důkazním prostředkem.

Naopak důkazy předloženými žalobcem v rámci správního řízení bylo jednoznačně prokázáno (v důkaze *Price sensitivity analysis* – příloha č. 7 k podání žalobce ze dne 10. 4. 2001 – prokazujícím, že volání do sítě Českého Mobilu bylo ze strany zákazníků žalobce v různých tarifech bez ohledu na cenu v obdobné kvantitě, a dále prostřednictvím dokumentů prokazujících vliv změn v zákaznických cenách žalobce na počet hovorů do sítě Českého Mobilu, které byly předloženy ze strany žalobce Úřadu na jednání dne 22. 6. 2001, že snížením ceny nedošlo k úměrnému zvýšení počtu volání, neboli že neexistuje tvrzená přímá závislost množství volání na ceně. Z těchto obou dokumentů vyplývá, že u zákazníků žalobce je rozhodující pro jejich jednání spíše kvalita a rozsah služeb poskytovaných žalobcem. Tyto důkazy nebyly Úřadem v rozhodnutí buď zváženy vůbec, nebo byly odmítnuty s tím, že tato data „neuvádějí objemy volání ani počty klientů, ale zachycují pouze relativní změny při změnách zákaznických cen, které nelze nijak ověřit". Tento přístup i závěry Úřadu jsou nejen v rozporu s ustanovením § 32 správního řádu, ale především neodpovídají skutečnému stavu věci. V prvé řadě si Úřad mohl objemy volání, počty klientů, jakož i dané informace ověřit na základě jiných důkazů obsažených ve správním spise, především důkazů předložených žalobcem spolu s podáním ze dne 10. 4. 2001. Žalobce porovnával údaje (množství volání, resp. jeho nárůst) skutečně vždy pouze za měsíc, ve kterém došlo ke změně ceny, s údaji za měsíce, ve kterých ke změně ceny nedošlo, neboť jen tak bylo možné postihnout vliv změny a plně zachytit bezprostřední reakci zákazníků žalobce na změnu ceny. Obdobně je tomu v případě srovnání reakce zákazníků žalobce (procentuelní nárůst volání do sítě Oskar) v jednom shodném měsíci u tarifů, u kterých došlo ke změně ceny, s tarify, u kterých ke změně ceny nedošlo. Jako nepřezkoumatelný se dále jeví stanovisko předsedy o tom, že závěr žalobce vysvětlující nižší volání do sítě Českého Mobilu, opírající se o provedené průzkumy obsažené např. v materiálu ITU *„Fixed mobile Interconnection Workshop"*, který byl Úřadu zaslán dne 27. 11. 2000 v rámci předběžného šetření, tím, že uživatelé zavedené sítě, jejichž telefonní čísla jsou obecně známa a rozšířena, jsou více voláni než uživatelé sítě, která je nová a jejíž telefonní čísla ještě nejsou dostatečně zažita, nemůže ovlivnit závěry Úřadu.

Týkaje se újmy spotřebitelům, pak v této části je doplněním tvrzeno, že se nejednalo a ani jednat nemohlo o srovnatelné plnění, neboť síť společnosti Český Mobil vykazovala v předmětném období výrazně nižší kvalitu ve srovnání se sítí RadioMobilu, docházelo proto k mnohem častějšímu blokování či výpadkům spojení, což žalobci způsobovalo vyšší provozní náklady. Dalším důvodem rozdílnosti plnění byla nízká úroveň pokrytí společnosti Český Mobil, která svou síť teprve budovala. Rozdíl mezi úrovní pokrytí RadioMobilu, který měl na konci roku 1999 pokryto 99% obyvatel ČR, a Českého Mobilu, který svou síť teprve budoval v průběhu roku 2000, je zřejmý, graficky znázorněno v časopise Mobil (únor 2000 na stranách 70 a 71), který byl jako důkaz předložen v rámci rozkladového řízení. Tyto skutečnosti pak byly rovněž v rámci správního řízení ze strany žalobce prokázány dokumentem nazvaným *„Porovnání kvality sítí GSM Global, Paegas a Oskar"*, který tvoří přílohu č. 8 k podání žalobce ze dne 10. 4. 2001. Úřad i předseda Úřadu však označili argumenty o nízké kvalitě sítě a nedostatečném pokrytí signálem u Českého Mobilu za irelevantní, resp. neprůkazné, mimo jiné proto, že údaje zde obsažené se týkají jedenácti míst v ČR, ale neobsahují údaje o ostatních místech ČR. Na základě argumentace *ad absurdum* by ovšem při tomto hodnocení důkazů musel předseda Úřadu odmítnout jakýkoli důkaz porovnávající kvalitu sítí, pokud by nepostihoval všechna místa v ČR. Dalším důvodem odmítnutí předsedou bylo, že neobsahuje údaje i za další měsíce předmětného období, což žalobce považuje v rozporu s nestranným hodnocením důkazů a se zásadami

volného hodnocení důkazů obecně. K tvrzením žalobce a důkazům týkajícím se rozdílnosti geografického pokrytí sítí Českého Mobilu a RadioMobilu, pak předseda Úřadu vůbec nepřihlédl, resp. se s nimi nijak nevypořádal.

Rovněž okolnost, že zvýšené náklady na hovory do sítě Českého Mobilu způsobené existencí jediného propojovacího bodu mezi sítěmi žalobce a Českého Mobilu oproti nákladům za volání do sítě RadioMobilu (kde existovalo 8 propojovacích bodů) bylo nezbytné do cen za tyto hovory promítnout, byla ze strany předsedy Úřadu i Úřadu odmítnuta. Toto rozhodnutí předseda Úřadu odůvodnil tím, že mu z tohoto důkazu není zřejmé, že se jedná o náklad vzniklý směrováním všech hovorů do jednoho propojovacího bodu, ačkoliv z tohoto materiálnu a výpočtů v něm uvedených vyplývá, že jenom z tohoto důvodu byly náklady na propojení do sítě Českého Mobilu vyšší u jedné minuty o 0,71 Kč.

Skutečnost, že se v případě volání do sítě Českého Mobilu a RadioMobilu nejedná o plnění za shodných podmínek, byla prokázána v rámci právního řízení již prostřednictvím závěru samotného Úřadu uvedeného na straně 10 rozhodnutí Úřadu, a to díky nutnosti nepřímého tranzitního propojení přes síť Českého Telecomu, a. s., prostřednictvím kterého bylo jedině možné uskutečňovat hovory ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu, které „znamenalo pro Eurotel zvýšení nákladů pouze o 0,270Kč/min". Skutečnost, že náklady za přímé propojení mezi sítěmi Českého Mobilu a žalobce by byly v této době ještě vyšší, jak tvrdí Úřad, však v žádném případě nevyvrací fakt, že náklady na volání do sítě Českého Mobilu byly vyšší než do sítě RadioMobilu, naopak jen potvrzuje skutečnost, že volání do sítě Českého Mobilu, ať již prostřednictvím tranzitu nebo přímého spojení, bylo jednoznačně nákladnější, a tedy že se v žádném případě nemohlo jednat o shodné či srovnatelné plnění. Tyto vlastní závěry však předseda Úřadu v rozhodnutí předsedy ani Úřad v případě úvah o shodném či srovnatelném plnění již vůbec nezohlednili.

Další fakt odůvodňující rozdílnost poskytovaného plnění ze strany žalobce spočívá v rozdílném počtu zákazníků Českého Mobilu a RadioMobilu, který byl zejména v počáteční fázi velmi výrazný, kdy dle tiskové zprávy z 6. 1. 2000 registroval Český Mobil na konci roku 1999 přes 875 000 zákazníků, zatímco Český Mobil dosáhl 100 000 zákazníků až k 3. 8. 2000, jak vyplývá z tiskové zprávy téhož dne. Je zřejmé, že při velmi nízkém počtu volání do sítě Českého Mobilu byly náklady na technické zajištění spojení této sítě v přepočtu na každé uskutečněné volání vysoké, neboť je nebylo možné rozložit na dostatečný počet zákazníků. Žalobce tvrdí, že přenášení takovýchto zvýšených nákladů na převážnou většinu svých zákazníků, která služeb volání do sítě Českého Mobilu vůbec nevyužívala, by bylo naprosto neodůvodněné a nespravedlivé. Volání do sítě Českého Mobilu se na odchozích hovorech žalobce (v minutách) přitom podílelo v roce 2000 v rozmezí 0,03% v únoru, 0,70% v červnu a 2,31% v prosinci. Z tohoto důvodu bylo nutné průměrnou minutovou sazbu ze volání do sítě Českého Mobilu stanovit v takové výši, aby zohledňovala vyšší náklady za toto volání, které tak byly rozloženy pouze na ty zákazníky, kteří této služby skutečně využívali. Oprávněnost zohlednění nízkého počtu zákazníků, na které je možné vyšší náklady na hovory do sítě Českého Mobilu při stanovení ceny rozložit, vyplývá nejen z hlediska ekonomického, ale i z hlediska soutěžního, neboť v případě rozhodnutí ČNTS č. j. R 26/99, které je možné použít na základě principu analogie, bylo ze strany Úřadu správně argumentováno, že počet uzavřených smluv může ovlivňovat ceny za poskytnuté služby. Ani s argumentem o nízkém počtu zákazníků Českého Mobilu a z toho plynoucí nutnosti vyšších nákladů připadajících na každé uskutečněné volání se Úřad ve svém rozhodnutí ani předseda

dostatečně nevypořádali, když pouze shodně konstatovali, že se jedná o argument irelevantní, neboť „každý subjekt nově přistupující na trh začíná podnikat s nízkým počtem zákazníků, který může zvyšovat v konkurenčním boji se subjekty již etablovanými na trhu jen za rovných soutěžních podmínek". Tento závěr Úřadu však v žádném případě nevyvrací odůvodněnou a v řízení prokázanou nutnost vyšších nákladů z důvodu rozložení těchto nákladů na menší počet hovorů. Naopak v řízení ničím neprokázaný závěr předsedy a Úřadu o tom, že cenová politika žalobce ovlivňovala počet hovorů do sítě Českého Mobilu byl v řízení zcela vyvrácen důkazními prostředky předloženými žalobcem jednoznačně prokazujícími, že neexistoval vztah přímé úměrnosti mezi cenou volání do sítě Českého Mobilu a počtem volání uskutečněných do této sítě, neboť volání do sítě Českého Mobilu bylo v různých tarifech bez ohledu na cenu v obdobné kvantitě a snížením ceny nedošlo k úměrnému zvýšení počtu volání. Jak bylo ve správním řízení prokázáno, kvantita volání tedy nebyla primárně odvislá od ceny, nýbrž vývoje trhu: s postupujícím růstem Českého Mobilu se odpovídajícím způsobem zvyšoval počet volání uskutečňovaných do této sítě, až dosáhl hranice, která umožnila snížení ceny za každé jednotlivé volání.

Úřad ve svém rozhodnutí neuznal ani další okolnost ovlivňující cenu stanovenou žalobcem za volání do sítě Českého Mobilu, totiž neexistenci propojovací smlouvy. Žalobce je přesvědčen o tom, že jeho snaha promítnout do ceny za volání do sítě Českého Mobilu nejistotu ohledně konečných cen za propojení z důvodu neuzavření propojovací smlouvy (kvůli odmítavému postoji Českého Mobilu) je legitimní, neboť jak uvedl svědek Mach z Českého Mobilu ve své výpovědi ze dne 21. 4. 2001, „cena (poplatek) za propojení sítí tvoří jednu z nákladových položek, kterou je potřeba zahrnout do finančního modelu a je použita jako jeden z výchozích předpokladů pro tvorbu obchodního plánu a následného stanovení koncových cen."

Konečně závěr předsedy Úřadu, že rozdílnost v cenách za volání do sítě Českého Mobilu oproti volání do sítě RadioMobilu je nedůvodná, protože tento rozdíl není u všech tarifů žalobce stejný, plyne bohužel z nepochopení tvorby cen v oblasti mobilní telefonie a důvodů, pro které jsou u jednoho operátora vytvářeny různé tarify. V případě přijetí takového závěru by pak byla zcela popřena logika vytváření různých tarifů jednotlivými operátory, jejichž smyslem je právě vytvořit různé kombinace cen, resp. cen a „paušálu" za poskytované telekomunikační služby tak, aby jako celek pokryl tarif náklady a vytvořil přiměřený zisk a aby zároveň pokrýval různé zákaznické preference, které jsou operátorům na základě jejich průzkumů trhu známé.

Žalobce je naopak toho názoru, že ze strany Úřadu nebyla spolehlivě prokázána ani výše vzniklé újmy, ale ani skutečnost, zda nějaká újma ostatním soutěžitelům nebo spotřebitelům vůbec vznikla. Jelikož jednáním žalobce žádná újma Českému Mobilu ani zákazníkům žalobce nevznikla, resp. nebyl Úřad v rámci správního řízení schopen tuto újmu prokázat, zůstal tak ve svých závěrech pouze v rovině hypotetické.

Opět v rozporu se zákonem a zásadou správních deliktů *ne bis in idem* byla k tíži žalobce v rámci úvah Úřadu a předsedy o „závažnosti" jeho jednání při stanovení výše pokuty přičítána sama okolnost, že se správního deliktu dopustil. Závažnost jeho jednání rovněž

nemůže spočívat v tom, že „jde o významný trh mobilní hlasové telefonie, charakterizovaný velkým počtem účastníků na trhu na straně spotřebitelů", neboť takovouto úvahou by byla zcela popřena rovnost podnikatelských subjektů v rámci práv na podnikání, která je garantována čl. 1 a čl. 26 Listiny. Žalobci přece nemůže být dáván k tíži při stanovení výše pokuty předmět jeho podnikatelské činnosti, neboť by se tímto ze strany nestranného správního orgánu v rozporu s Listinou zakládala nerovnost mezi soutěžiteli soutěžícími na různých relevantních trzích. Rovněž nesprávná je v této souvislosti správní úvaha předsedy Úřadu o tom, že Úřad chtěl v rámci závažnosti správního deliktu žalobce pouze zdůraznit, že se jednalo o trh s velkým počtem spotřebitelů, kteří mohli být jednáním žalobce dotčeni, neboť nelze spatřovat závažnost konkrétního jednání v tom, že na trhu je velké množství spotřebitelů, kteří by mohli být potenciálně tímto jednáním dotčeni.

Pokud se týče újmy, ať již na straně soutěžitele nebo spotřebitelů, v průběhu celého správního řízení nebyla žádná konkrétní újma ze strany Úřadu ani předsedy Úřadu prokázána. I kdyby tomu tak bylo, jednalo by se opět o zákonný znak skutkové podstaty správního deliktu, a jako takový by sám o sobě nemohl být ještě jednou uváděn jako přitěžující okolnost při stanovení výše pokuty. Výpočty újmy spotřebitelům, kdy dokonce sám Úřad považuje za nezpůsobilé prokázat jinou než hypotetickou újmu na straně zákazníků, jsou navíc zatíženy takovými vadami (nezahrnutí volných minut, individuální podmínky smluv atd.), že je nelze v rámci rozhodování správního orgánu vůbec použít.

Jako přitěžující okolnost pak byla v rozhodnutí Úřadu uvedena okolnost, že údajné zneužívání u žalobce přetrvává až do doby vydání rozhodnutí Úřadu. I když byla tato „přitěžující okolnost" ze strany předsedy Úřadu, jako neprokázaná odmítnuta, přesto ponechal pokutu v naprosto nezměněné výši, což je postup v rozporu s řádným správním uvážením. Pokud byla původní výše stanovena s ohledem na tuto přitěžující okolnost, kterou však předseda Úřadu považoval za neprokázanou, nemohl pak ovšem stanovení pokuty v prvním stupni o tuto okolnost se opírající, již nadále považovat za oprávněné, a měl tedy výrok v této části změnit a pokutu snížit.

Konečně odůvodnění výše pokuty v rozhodnutí Úřadu v porovnání s pokutou uloženou v jiném správním řízení a výsledky tohoto jiného správního řízení, v daném případě řízení proti společnosti RadioMobil je třeba považovat za nepřípustné, neboť žalobce se nezúčastnil tohoto řízení a neměl vliv na šetření správního orgánu v jeho rámci, a nemohl se tedy k relevantním skutečnostem vyjadřovat. Proto skutečnosti zjištěné správním orgánem v tomto jiném řízení nemohou mít vliv na výši pokuty mu uložené.

Jak vyplývá z výše uvedeného, za „uložení pokuty" ve smyslu § 14 odst. 5 zákona 1991 nelze považovat nepravomocné rozhodnutí správního orgánu I. stupně – t. j. rozhodnutí Úřadu. Smyslem citovaného ustanovení je stanovit prekluzivní lhůtu, po jejímž marném uplynutí nelze osobu, která se dopustila správního deliktu, postihovat. Lhůta jednoho roku je v souladu i s tehdejšími zákonnými lhůtami pro rozhodnutí ve správním řízení (§ 49 správního řádu) a umožňuje i s přiměřenou rezervou řízení provést a dokončit u správních orgánů obou stupňů. Jiný výklad by však vedl k tomu, že tato jednoroční lhůta by mohla být libovolně, především indolencí úřadu nebo i účelově, prodlužována na újmu účastníka řízení. Proto „uložením pokuty" je teprve okamžik, kdy účastníku řízení vznikne právní povinnost rozhodnutí se podrobit a pokutu zaplatit; ta nastává materiální právní mocí rozhodnutí

o uložení pokuty, protože teprve tímto okamžikem je dotčena právní sféra delikventa. Skutečnost, že pro uplynutí běhu jednoroční lhůty dle ustanovení § 14 odst. 5 zákona je rozhodující nikoliv rozhodnutí v prvním stupni, ale až rozhodnutí o rozkladu, vyplývá i z rozhodovací praxe Vrchního soudu v Olomouci, kdy např. v rozhodnutí ve věci sp. zn. 2 A 9/97 soud zkoumal konec běhu lhůty v souvislosti s rozhodnutím o rozkladu v předmětné věci.

Opakovaně bylo porušováno právo žalobce nahlížet do správního spisu, spočívající v tom, že k nahlédnutí byl žalobci předkládán neúplný správní spis, viz protokol ze dne 20. 5. 2001, protokol ze dne 30. 5. 2001, námitky žalobce ze dne 30. 5. 2001; část dokumentů získaných v rámci správního řízení byla vedena mimo správní spis, viz protokol ze dne 20. 5. 2001; do správního spisu bylo bráněno nahlédnout zaměstnanci žalobce, který byl na základě pověření a pracovního zařazení oprávněn žalobce zastupovat podle § 15 obchodního zákoníku, viz protokol o nahlížení do spisu ze dne 11. 4. 2001; nahlédnutí do správního spisu bylo odmítnuto v úředních hodinách v rámci lhůty pro rozklad (námitky žalobce ze dne 9. 8. 2001), kdy byl žalobce zkrácen na svých právech na spravedlivý proces, zejména právo vypracovat rozklad na základě důkazů obsažených ve správním spise.

I když je žalobci známa dosavadní judikatura českých soudů, která v rozporu s rozhodovací praxí Evropského soudu pro lidská práva spočívá na právním názoru, že porušení procesních předpisů, zejména lhůt pro vydání správních rozhodnutí dle správního řádu nemůže zapříčinit nezákonnost správního rozhodnutí, přesto žalobce tvrdí, že tomu tak v dané věci je, a to s ohledem na charakter a četnost porušování těchto předpisů při rozhodování ze strany Úřadu hraničící již s naprostým despektem a pohrdáním zákonnými procesními povinnostmi ze strany správního orgánu. Byl porušen postup dle § 49 správního řádu, kdy nejenže rozhodnutí nebylo vydáno v zákonných lhůtách, ale k prodloužení lhůt pro jeho vydání nedošlo ani v jednom případě v souladu se správním řádem. 1) Úřad nerozhodl v předmětné věci v zákonem stanovené lhůtě 30 dnů, když skutečnost, že nemůže správní orgán v této lhůtě rozhodnout, nebyla žalobci nikdy ze strany Úřadu oznámena; žalobci nikdy nebyly sděleny důvody, ze kterých by plynulo, že se jedná o zvlášť složitou věc, pro kterou je možné rozhodovat ve lhůtě 60 dnů. 2) I když nebylo ze strany Úřadu rozhodnuto ve lhůtě 60 dnů, nebyly v rozporu se zákonem žalobci spolu oznámením o prodloužení lhůty (oznámení ze dne 21. 5. 2001) sděleny důvody prodloužení lhůty. 3) Rovněž v případě dalšího prodloužení lhůty (ze dne 31. 5. 2001) nebyly žalobci spolu s oznámením o prodloužení sděleny žádné důvody prodloužení lhůty. 4) Ani v případě dalšího prodloužení (ze dne 3. 7. 2001) nebyly žalobci oznámením sděleny důvody prodloužení. K tomuto rozhodnutí však navíc došlo až poté, co již opakovaně prodloužená lhůta pro vydání rozhodnutí dne 30. 6. 2001 uplynula. Konečně důvody pro opakované prodlužování lhůty pro rozhodnutí, které jsou uvedené ve správním spise, nejsou podle názoru žalobce způsobilými důvody pro prodloužení.

V podání ze dne 1. 10. 2003 (č. l. 352 - 374) žalobce tvrdí, že relevantní trh byl vymezen v rozporu s evropskými pravidly dle *Sdělení Komise o definici relevantního trhu pro účely komunitárního soutěžního práva* (OJ 1997 C 372 – dále též Sdělení Komise 1997) a *Sdělení Komise o analýze trhu a posouzení výrazné tržní síly podle komunitárního regulačního rámce pro elektronické komunikační sítě a služby* (OJ 2002 C 172), jednak s judikaturou VS v Olomouci při zachování klíčového pojmu „zastupitelnost", rozhodujícího hlediska poptávky, když předseda Úřadu omezil své odůvodnění pouze na technické

odlišnosti obou poskytovaných služeb (GSM a NMT). Žalobce rozebírá pojem relevantní trh s ohledem na komunitární pravidla při výkladu a aplikaci českého zákona o ochraně hospodářské soutěže. Dále pojednává o dominantním postavení, připojuje výklad vztahu mezi odst. 1 a 2 § 9 zákona z roku 1991, rozebírá aplikaci výkladu dominantního postavení vytvořeného v evropském soutěžním právu, doplňuje určení tržního podílu žalobce.

III. Vyjádření žalovaného

Žalovaný ve svém vyjádření ze dne 18. 7. 2002 postupně zmiňuje jednotlivé žalobní námitky a uvádí k nim svůj postoj. Při vymezení relevantního trhu považoval žalovaný za rozhodující zejména tu skutečnost, že síť GSM je odlišná od sítě NMT zejména s ohledem na využitelnost možnosti přenosu většího množství dat, větší kvalitu přenosu hlasu a účinnější využití dostupného spektra, t. j. možnost většího počtu uživatelů na dané frekvenci, což podrobně konkretizoval na straně 5 a následujících napadeného rozhodnutí o rozkladu. Digitální technologie (GSM) umožňuje nabízet celé spektrum pokročilých telekomunikačních služeb, které prostřednictvím analogové sítě (NMT) nejsou dostupné vůbec, popř. jsou sice dostupné, ale jen za velmi vysoké náklady. Žalobce na podporu svých tvrzení, jež jsou v rozporu se závěry žalovaného, sice předložil tabulku služeb nabízených zákazníkům využívajícím sítě GSM a NMT, z níž vyplývá, že se jedná o tytéž služby, avšak tato tabulka nemá jakoukoli vypovídací hodnotu co do kvality služeb nabízených v jednotlivých sítích a podmínek, za kterých jsou tyto služby v jednotlivých sítích nabízeny, neboť nepostihuje zásadní rozdíly v možnosti využití těchto služeb, a v otázce vymezení relevantního trhu je tak bezpředmětná. Skutečnosti, jež jsou žalovanému známé z jeho činnosti a jež byly v rozhodnutí popsány, související s jeho závěry o vymezení relevantního trhu po stránce věcné, korespondují s informacemi běžně dostupnými z tisku či internetu. Žalovaný pak předkládá náhodně vybrané texty, kterými toto dokládá. Na základě vyhodnocení všech rozhodných skutečností dospěl k názoru, že existují rozdíly nejen mezi službami poskytovanými v pevných a mobilních telekomunikačních sítích, ale i rozdíly mezi mobilními radiotelefonními službami v síti GSM a mobilními radiotelefonními službami v síti NMT. Správní spis obsahuje důkazy odůvodňující závěry a úvahy, jimiž k vymezení relevantního trhu dospěl a jsou vyjádřeny v jeho rozhodnutích. Žalovaný tak splnil svoji zákonnou povinnost, když v odůvodnění svých rozhodnutí v souladu s § 47 odst. 3 správního řádu uvedl, které skutečnosti byly podkladem pro rozhodnutí, jakými úvahami byl veden při hodnocení těchto skutečností a na základě jakých právních předpisů rozhodoval, když samozřejmě všechny písemnosti, které tvořily podklad pro rozhodnutí, jsou v plném znění součástí správního spisu a žalobce měl možnost se s nimi seznámit. K poukazu žalobce na rozhodnutí žalovaného č. j. R 4/2000 ze dne 15. 9. 2000, kdy byl vymezen relevantní trh jako trh provozování mobilních sítí (mobilní telefonie), žalovaný uvádí, že již v napadeném rozhodnutí o rozkladu se zabýval touto skutečností, kdy má za to, že na základě skutečností v rozhodnutí popsaných pro nyní projednávaný případ se jeví jako nezbytné dříve v jiném řízení vymezený relevantní trh zpřesnit a vymezit restriktivněji, resp. vymezit dva samostatné segmenty širšího trhu. Tento závěr žalovaného navíc koresponduje s názorem Vrchního soudu v Olomouci, vysloveným ve věci 2 A 10/2000. Je však třeba ze strany žalovaného zdůraznit skutečnost, podle níž i kdyby byl vymezen pouze jeden relevantní trh zahrnující sítě GSM i NMT, jak žalobce již v rozkladu namítl, nijak by to závěry žalovaného v neprospěch možnosti definovat postavení účastníka jako dominantní neovlivnilo, stejně by to nijak neovlivnilo závěry žalovaného ohledně protiprávnosti jednání žalobce z pohledu zákona.

I kdyby byl vymezen pouze jeden trh zahrnující sítě GSM i NMT, byl by totiž tržní podíl žalobce na tomto trhu zcela jistě vyšší. Ohledně uváděné judikatury orgánů Evropských společenství žalovaný uvádí, že žalovaný je oprávněn ve smyslu čl. 64 odst. 2 Evropské dohody přihlížet v rámci své rozhodovací praxe k rozhodovací praxi orgánů Evropských společenství, a že tak také pravidelně činí. Interpretace podle pravidel Evropského společenství je přípustná pouze tehdy, pokud se současně pohybuje v mezích pozitivní právní úpravy soutěžního práva v České republice. K poukazu na rozpor s rozhodovací praxí Evropské komise zejména ve věcech *Vodafone/Airtouch, Telia/Telenor, Vodafone/Airtel a Vodafone Group plc/Eircell* žalovaný konstatuje, že nevydal rozhodnutí v žádném rozporu s jakýmkoli principem, který by z těchto rozhodnutí vyplýval. Žalovaný aplikoval tyto obecné principy vyplývající shodně jak z české, tak z komunitární legislativy na konkrétní okolnosti zjištěné v rámci tohoto správního řízení, a postupoval tak správně, neboť smyslem podpůrných odkazů na komunitární judikaturu realizovaných žalovaným není prokázat, že řízení žalovaným vedená komunitární judikatuře bezvýhradně odpovídají a komunitární judikaturu se tak snažit při svých úvahách fakticky kazuisticky kopírovat, ale naopak demonstrovat správnost svých závěrů zdůrazněním existence stejných principů ochrany hospodářské soutěže, jež sleduje právě komunitární soutěžní judikatura, a doložit, že si žalovaný při své činnosti klade obdobné cíle.

Žalobce dále namítl, že závěr žalovaného o existenci dominantního postavení je v příkrém rozporu se zákonem, což odůvodnil tím, že dominantní (i monopolní) postavení na trhu je v zákoně definováno nikoliv pouze v ustanovení § 9 odst. 2, nýbrž rovněž v ustanovení § 9 odst. 1, které definuje dominantní postavení soutěžitele jako „takové postavení na relevantním trhu, že ... není vystaven soutěži podstatné". Z této obecné zákonné definice žalobce dovodil, že pokud je soutěžitel vystaven podstatné soutěži, nemůže se pojmově jednat o soutěžitele v dominantním postavení, a to bez ohledu na výši jeho podílu na relevantním trhu. Ke shora uvedeným námitkám žalovaný uvádí, že při posuzování postavení žalobce na trhu vycházel ze znění ustanovení § 9 zákona č. 63/1992 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů, zvláště z ustanovení § 9 odst. 2 zákona, podle něhož „dominantní postavení na trhu má soutěžitel, který dodávkami na relevantní trh zajišťuje v období kalendářního roku nejméně 30% dodávek shodného, porovnatelného nebo vzájemně zastupitelného zboží". Žalobcem zpochybňovaná kontextuálnost s ustanovením § 9 odst. 1 zákona, které definuje obecné pravidlo pro posuzování existence dominantního nebo monopolního postavení na trhu: „monopolní postavení má takový soutěžitel, který není vystaven soutěži vůbec a dominantní postavení takový soutěžitel, který není vystaven soutěži podstatné", spočívá již v samotné konstrukci zákona, podle níž lze dovozovat, že má-li soutěžitel dominantní postavení podle odst. 2 tohoto ustanovení, má se za to, že je splněna podmínka odstavce 1, aniž by bylo třeba tuto podmínku zvláště zkoumat. Vychází-li tedy žalovaný jednoznačně z jednokriteriálního pojetí dominance, které je založeno na velikosti tržního podílu bez zkoumání dalších kritérií pro zjištění tržní síly soutěžitele, neznamená, že nemohl kontextuálně přihlédnout k ustanovení § 9 odst. 1 zákona. Nijak to však závěr o existenci dominantního postavení v případě žalobce nevyvrací, naopak plně koresponduje s jeho dosavadní rozhodovací praxí, mimo jiné i s žalobcem namítaným rozhodnutím č. j. R 25/99. Z dikce ustanovení § 9 odst. 2 zákona, z něhož žalovaný při zjišťování existence dominantního postavení vycházel, jednoznačně vyplývá, že dominantní postavení je bez dalšího prokázáno, dosáhne-li soutěžitel na relevantním trhu v období kalendářního roku nejméně 30% dodávek shodného, porovnatelného nebo vzájemně zastupitelného zboží. Žalovaný tedy nezkoumal další kritéria pro zjištění tržní síly soutěžitele. Jak již žalovaný

v rozhodnutí o rozkladu objasnil, ve smyslu § 9 zákona č. 63/1991 Sb., zcela odlišně od zákona č. 143/2001 Sb., který s účinností od 1. 7. 2001 nahradil předpis, podle kterého bylo toto řízení vedeno, není dominance odvozena od prokázání tržní síly soutěžitele. Mimo jiné právě v otázce existence dominantního postavení spočívá základní harmonizační přínos v současné době účinné právní úpravy, kdy princip jednokriteriálního pojetí dominance je v této právní úpravě již opuštěn. Proto žalovaný konstatuje, že na uvedenou otázku nelze pohlížet z hlediska judikatury Evropské komise, která při posouzení postavení soutěžitele na trhu vychází rovněž z dalších ukazatelů, např. struktury trhu, počtu nejbližších konkurentů, odstupu od nejbližšího tržně silného soutěžitele, charakteru překážek vstupu na trh pro další soutěžitele, přístupu k zásobování nebo k odbytovým trhům apod. Právě řešený případ tak byl hodnocen podle zákona, který principiálně nevychází ze stejných zásad pro určování existence dominantního postavení jako komunitární legislativa. Z tohoto důvodu nelze co do kritérií k prokázání existence dominantního postavení subsidiárně aplikovat ani komunitární judikaturu. Je-li prokázáno, a ze spisu správního řízení tato skutečnost vyplývá, že podíl na trhu převyšuje hranici dominantního postavení, a to bez jakýchkoli pochybností, není třeba vést dokazování ke zcela přesnému vyčíslení velikosti tohoto podílu. Nelze totiž přehlédnout, že během celého řízení nebyla ze strany žalobce skutečnost, že jeho podíl na trhu převyšuje hranici 30%, nikdy zpochybněna, a není zpochybňována ani v žalobě. Ve spisu jsou rovněž obsaženy relevantní údaje pro výpočet podílů ostatních soutěžitelů na vymezeném trhu, s nimiž však žalovaný žalobce neseznámil s ohledem na ochranu obchodního tajemství konkurenčních soutěžitelů.

Žalobce namítl, že žalovaný dostatečně neprokázal, že by žalobce svého postavení na trhu zneužíval ve smyslu § 9 odst. 3 zákona. Žalovaný k této části námitek považuje za nezbytné zdůraznit, že při vymezování existence dominantního postavení zohlednil kritéria vyplývající ze zákona, podle něhož byl případ posuzován. Byla-li dominance podle tehdejší právní úpravy založena na jednokriteriálním principu, jak již žalovaný podává shora, pak prokázáním splnění tohoto kritéria je třeba považovat za prokázanou i existenci samotného dominantního postavení příslušného soutěžitele. Jakékoli úvahy ve smyslu zkoumání existence tržní síly za účelem prokázání dominance či například prokazování existence společné dominance dvou operátorů, jak je nezbytné činit podle právní úpravy v současné době platné, by podle dříve platné úpravy, podle které je tento případ posuzován, byly zcela zavádějící. K námitce žalobce, že se v tomto konkrétním případě nejednalo o shodné či srovnatelné plnění z důvodu velkých rozdílů v jednotlivých sítích, žalovaný konstatuje, že se touto námitkou, také již uplatněnou v rámci správního řízení, zabýval. Ačkoli žalobce ohledně oprávněnosti účtování vyšších cen za volání do sítě Českého Mobilu oproti cenám za volání do sítě RadioMobilu argumentoval zvýšenými náklady na zajištění hovorů do sítě Českého Mobilu oproti nákladům na zajištění hovorů do sítě RadioMobilu, toto své tvrzení i přes opakované výzvy žalovaného žádnými podklady, kterými by měl disponovat, nedoložil. Z vyjádření žalobce naopak vyplynulo, že v době, kdy jednal způsobem, jenž byl kvalifikován jako zneužití dominantního postavení, o rozdílnosti těchto nákladů nevěděl, a nemůže tak jimi své jednání dodatečně odůvodňovat a dovozovat z nich odlišnost plnění. Žalovaný již v rámci správního řízení přezkoumal žalobcem předložený dokument *„Porovnání kvality sítí GSM Global, Paegas a Oskar“* ze dne 5. 4. 2001, jež obsahuje srovnání parametrů uvedených sítí na základě měření provedeného v jedenácti místech ČR s porovnáním vždy jednoho měsíce 1999, kdy Český Mobil na trhu ještě nepůsobil, s vybraným měsícem v roce 2001, neboť právě tímto dokumentem byla dokládána dle názoru žalobce odlišnost plnění. Tento dokument však neprokazuje, jak se konkrétně sledované hodnoty projevily v nákladech

na zajištění hovoru a v cenách účtovaných konečným zákazníkům, t. j. neprokazuje, v čem konkrétně žalobce spatřuje odlišnost plnění, z něhož by bylo možno dovozovat i legitimní požadavek na odlišnost peněžitého protiplnění vůči žalobci. Žalovaný se nadto zabýval i tvrzením žalobce, že zvýšené náklady na jeho straně způsobila existence pouze jediného propojovacího bodu mezi jeho sítěmi a sítěmi Českého Mobilu, doložené v příloze č. 9 žalobcova podání ze dne 10. 4. 2001, a zjistil, že v tomto materiálnu označeném jako *„Odchozí provoz do Českého Mobilu – navýšení ceny hovorů do ČM – tranzit, plán na rok 2000"* ze dne 22. 12. 1999 je uveden průměrný náklad na 1 minutu ve výši 0,71 Kč. Z tohoto materiálu však není zřejmé, že se jedná o náklad vzniklý směrováním hovorů do jednoho propojovacího bodu, a i kdyby tomu tak bylo, nevypovídá tento údaj ničeho o tom, že náklady na propojení sítí mezi žalobcem a společností Český Mobil byly vyšší, než náklady na propojení sítí mezi žalobcem a společností RadioMobil. Ohledně argumentace žalobce neexistencí propojovací smlouvy mezi zúčastněnými operátory, žalovaný odkazuje na strany 11 až 12 prvostupňového rozhodnutí, kde se s uvedenými námitkami podrobně vypořádal. Ohledně dalšího argumentu žalobce, že se v případě volání do sítí Českého Mobilu a RadioMobilu nejednalo o plnění za shodných podmínek také vzhledem k nepřímému tranzitnímu propojení přes síť společnosti Český Telecom, a. s. (dále jen „Český Telecom") při volání do sítě Českého Mobilu, žalovaný zjistil, že „tranzitní poplatek" přes síť společnosti Český Telecom činil 0,272 Kč/min, přičemž faktický rozdíl mezi cenou za volání do sítě Českého Mobilu a do sítě RadioMobilu byl výrazně vyšší, a to v jednotlivých případech ve vzájemně odlišném koeficientu, který souvislost s žalobcem tvrzeným zdůvodněním vylučuje. Žalobce argumentoval rovněž rozdílným počtem zákazníků společnosti Český Mobil a RadioMobil, který byl zejména v počáteční fázi velmi výrazný, a z toho plynoucími vyššími náklady z důvodu rozložení těchto nákladů na menší počet hovorů. Toto tvrzení nezbývá žalovanému než odmítnout s poukazem na jiné konstatování žalobce, podle kterého žalobce skutečné náklady neznal.

V části žaloby týkající se prokázání vzniku újmy žalobce dále namítl, že v rozhodnutí o rozkladu spatřuje snahu žalovaného *ex post* doplňovat závěry, ke kterým žalovaný dospěl v prvoinstančním řízení, což je porušením zásady dvouinstančnosti řízení. Dále žalobce napadl závěry žalovaného o existenci újmy způsobené jeho jednáním, jež jsou dle názoru žalobce důkazně nepodložené. Obě napadená rozhodnutí zůstala podle žalobce v rovině nepodložených obecných závěrů, a žalovaný se navíc nevypořádal s důkazy, které na podporu těchto svých tvrzení žalobce v průběhu řízení předložil.

Tuto uvedenou námitku žalobce o porušení zásady dvouinstančnosti řízení žalovaný s poukazem na zcela zjevnou neodůvodněnost a účelovost odmítá. Ze žaloby totiž nevyplývá, ani žalovaný si sám není vědom, učiněním jakých závěrů byla uvedená zásada porušena. Pokud žalovaný ve druhém stupni věcně potvrzoval předchozí prvostupňové rozhodnutí, pak žalobci zdůvodňoval svůj závěr, což je jeho povinnost. K otázce újmy žalovaný uvádí, že při kvalifikaci jednání žalobce vycházel z generální klauzule § 9 odst. 3 zákona, která zakazuje zneužití dominantního postavení na újmu ostatních soutěžitelů, ale i na újmu spotřebitelů. Existence obou druhů újmy vyplývá z výroků napadených rozhodnutím, jež jsou řádně odůvodněny. Soutěžitel Český Mobil byl znevýhodněn v hospodářské soutěži s takovým důsledkem, že nezískal z důvodu vyšších cen takový počet nových zákazníků, jako by získal za podmínek rovné hospodářské soutěže, a zároveň došlo k nižšími objemu odchozího provozu ze sítě žalobce do sítě tohoto soutěžitele. Z toho žalovaný dovozuje újmu jinému

soutěžiteli. Následkem jednání žalobce vznikla také újma jeho zákazníkům, kteří žalobci za srovnatelnou službu při volání do sítě Českého Mobilu platili na hovorném částku vyšší než za volání do sítě jiného konkurenčního soutěžitele – společnosti RadioMobil. Žalovaný vycházel ze skutečnosti, že pro kvalifikaci jednání jako zneužití dominantního postavení postačí prokázání újmy jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům. V daném případě byla prokázána existence újmy jak soutěžitelům, tak i spotřebitelům. Žalovaný dospěl k závěru, jež podrobně odůvodnil ve svých rozhodnutích, že cílem nebo jedním z cílů cenové politiky žalobce bylo vytvoření a posilování bariéry vůči rychlému průniku třetího mobilního operátora na trh, přičemž tak činil i za cenu horších podmínek pro svoje zákazníky při odchozím provozu do sítě Českého Mobilu a v souhrnu i za cenu možných vlastních nižších zisků z odchozího provozu do této sítě. Žalovaný tedy na základě těchto úvah dospěl k závěru, že újma v daném případě existuje, přičemž se jedná zejména o újmu materiální. Výpočet konkrétní výše takové materiální újmy, jíž žalovaný prokázal, pak neměl povinnost provádět ani dokládat. Žalovaný své závěry o vzniku újmy zakládá na logické dedukci, kterou provedl na základě zjištěných důkazů, přičemž postup, jakým vedl své úvahy, v napadených rozhodnutích konkretizoval. Těmito dedukcemi založenými na zjištěných skutečnostech nedošlo k překročení rámce správního uvážení, závěry žalovaného navíc nepresumují žádnou skutečnost, jež by nebyla v rámci správního řízení zjištěna. K námitce žalobce, podle níž se žalovaný nezabýval žalobcem navrženými důkazy, žalovaný předně uvádí, že tyto důkazy směřovaly k prokázání vlivu změny cen na změnu počtu zákazníků. Předmětem tohoto správního řízení bylo přezkoumání souladu postupu žalobce vůči ostatním soutěžitelům na trhu a vůči spotřebitelům se zákonem o ochraně hospodářské soutěže, konkrétně tedy, zda stanovení rozdílných cen žalobcem mělo své opodstatnění či nikoli, a nikoli zkoumání vlivu změny cen na změnu počtu klientů. Právě z tohoto důvodu žalobcem navržené důkazy ze dne 10. 4. 2001 – *„Price sensitivity analysis"* a ze dne 22. 6. 2001 – šest grafických vyjádření poměru mezi cenou a množstvím hovorů v rámci telekomunikační služby, které dle žalobce dokládají skutečnost, že snížením ceny nedošlo k úměrnému zvýšení počtu volání, jsou pro posouzení případu irelevantní, navíc neobsahují ověřitelné údaje v delších časových řadách. Stejně tak žalobcův odkaz na obecné průzkumy obsažené např. v materiálu ITU *„Fixed mobile Interconnection Workshop"* obsahující poznatek, že uživatelé zavedené sítě, jejichž telefonní čísla jsou obecně známá a rozšířená, jsou více voláni než uživatelé sítě, která je nová a jejíž telefonní čísla nejsou dostatečně zažita, nemůže nijak ovlivnit závěry žalovaného obsažené ve výroku rozhodnutí.

K námitce o nevyčíslení výše majetkového prospěchu žalovaný odkazuje na stranu 18 napadeného rozhodnutí o rozkladu a dodává, že vyčíslení konkrétní výše újmy by předpokládalo konkrétní zjištění nákladů žalobce ve vztahu k cenám jeho služeb, a to pro volání do sítí všech operátorů. Tvrdil-li žalobce v rámci řízení, že tyto náklady nezná, stěží lze stanovení takových nákladů, jež by byly základním údajem pro výpočet konkrétní újmy, požadovat po žalovaném. K námitce týkající se uložení pokuty po lhůtě, v níž může být uložena, žalovaný předně poukazuje na právní názor Vrchního soudu v Olomouci, který je obsažen v rozsudku ze dne 29. 4. 1999, č. j. 2 A 12/98, podle něhož rozhodnout ve lhůtě znamená rozhodnutí vydat, kdy pro zachování lhůty je významné právě datum vydání rozhodnutí, jak je uvedeno v jeho písemném vyhotovení. V tomto případě je pro otázku, zda žalovaný rozhodl o uložení pokuty v jednoroční lhůtě stanovené ustanovením § 14 odst. 5 zákona, rozhodné, že o uložení pokuty rozhodl žalovaný dne 20. 7. 2001, neboť v rozhodnutí o rozkladu ze dne 9. 5. 2002 bylo toto rozhodnutí toliko potvrzeno. Žalovaný obdržel oznámení společnosti Český Mobil o podezření, že žalobce zneužívá své dominantní

postavení k její újmě tím, že svým zákazníkům účtuje za technicky srovnatelné služby poskytované srovnatelným způsobem vyšší ceny než druhému konkurentovi, dne 29. 8. 2000, přičemž následně bylo ze strany žalovaného zahájeno prošetřování tohoto podání. Nejdříve tedy mohla začít lhůta pro uložení pokuty běžet dne 29. 8. 2000 a nemohla tedy uplynout dříve než dne 29. 8. 2001. Bylo-li tedy o pokutě rozhodnuto dne 20. 7. 2001, pak bylo rozhodnuto ve lhůtě.

Námitku žalovaného týkající se údajného odepření práva nahlížet do spisu považuje žalovaný za zjevně účelovou a zcela neodpovídající průběhu správního řízení. Žalobce měl v průběhu správního řízení možnost nahlížet do správního spisu a pořizovat si z něj výpisy, a také to opakovaně činil. Do správního spisu žalobce nahlížel rovněž v rámci lhůty pro podání rozkladu, t. j. dne 13. 8. 2001. Další námitku žalovaný taktéž odmítá, neboť žalobce se v průběhu celého správního řízení vyjadřoval k předmětu řízení, o čemž svědčí opakovaně vznášené námitky. Jak v oznámení o zahájení správního řízení, jež bylo doručeno dne 21. 3. 2001, tak v oznámení o upřesnění předmětu řízení ze dne 18. 6. 2001 žalovaný přesně specifikoval, v čem spatřuje porušení zákona, přičemž veškerá vyjádření žalobce byla činěna s nepochybnou znalostí předmětu řízení. Žalovaný poukazuje na skutečnost, že právo žalobce vyjadřovat se k předmětu řízení mu nebylo v rámci řízení upřeno, žalobce navíc takovou námitku během řízení nikdy neuplatnil a z protokolu o seznámení s výsledky šetření ze dne 22. 6. 2001 vyplývá, že žalobce byl seznámen se závěry, které žalovaný ve věci zjistil a že navíc uplatnil další námitky, se kterými se žalovaný dostatečně v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí vypořádal, a dále navrhl provedení dalších důkazů, mimo jiné provedení výslechů svědků Ing. Václava Macha a Alexandra Tolstoye (z důvodů uvedených ve spisu na č. l. 843). Rovněž dne 18. 7. 2001 při dalším seznámení s výsledky šetření po provedení žalobcem dodatečně navržených důkazů byl žalobce seznámen se zjištěnými skutečnostmi, zejména s obsahem výslechů jmenovaných svědků, o čemž svědčí protokol sepsaný při tomto jednání. Žalovaný tedy zdůrazňuje, že podklady, ze kterých při vymezení relevantního trhu, postavení žalobce na tomto trhu a při konstatování porušení zákona žalobcem žalovaný vycházel, jsou součástí spisu správního řízení a žalobce měl možnost se s nimi seznámit a vyjadřovat se k nim.

Žalovaný tedy ze všech shora uvedených důvodů, kdy v podrobnostech odkazuje na odůvodnění rozhodnutí správního orgánu prvního stupně ze dne 20. 7. 2001 č. j. S 18/01-1300/01-VOI a na odůvodnění rozhodnutí o rozkladu proti tomuto rozhodnutí ze dne 9. 5. 2002, č. j. R 15/2001, jakož i na správní spis věci se týkající, nepovažuje námitky žalobce za oprávněné, a proto navrhuje, aby soud žalobu v plném rozsahu zamítl.

IV. Procesní rozhodnutí soudu

Vrchní soud v Olomouci rozhodl o odkladu vykonatelnosti dne 5. 6. 2002, co se týká uložené pokuty ve výši 48 000 000 Kč, a to do pravomocného skončení přezkumného řízení soudního ve věci. Dále rozhodl podle dosavadních procesních předpisů (zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád) o nepřipuštění vstupu Českému Mobilu do řízení usnesením ze dne 8. 8. 2002. Po oznámení společnosti Český Mobil ze dne 24. 2. 2004 o jejím vstupu do řízení v postavení osoby zúčastněné na řízení ve smyslu ust. § 34 zákona č. 150/2002 Sb., s. ř. s. na č. l. 380 a násl. vydal Nejvyšší správní soud usnesení ze dne 4. 3. 2004 o tom, že tato společnost není takovou osobou. V průběhu přezkumného řízení soudního označil žalobce prakticky celý soudní i správní spis za obsahující obchodní tajemství, avšak až k výslovné

výzvě soudu v souvislosti s požadavkem Českého Mobilu nahlížet do spisu. Z obsahu správního spisu je nad veškerou pochybnost, že žalobce neučinil jediný úkon, jímž by demonstroval požadavek na utajení jakýchkoli skutečností, které byly žalovaným v rámci dokazování shromažďovány, výslechy svědků nevyjímaje. Proto nelze bez dalšího považovat za oprávněný požadavek na označení obchodního tajemství listin, jak jsou uvedeny v podání ze dne 5. 8. 2002, neboť se nemůže opírat o splnění všech podmínek § 17 obchodního zákoníku.

V. Správní spis

(1. svazek)

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; síť Český Mobil je propojena s pevnou veřejnou telekomunikační sítí provozovanou společností Český Telecom (provozovatel pevné sítě) 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 jinými subjekty, 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.

K vyžádání informací Úřadem žalobce sdělil, že rozdílné ceny do výše uvedených mobilních sítí byly stanoveny po důkladné analýze, do které se mimo jiné promítly náklady na propojení, nedostatečné pokrytí Českého Mobilu, nízký počet účastníků sítě a kvantita volání a v neposlední řadě i neexistence přímého propojení sítí Eurotel a Český Mobil.

Z dopisu Českého Telecomu ze dne 3. 11. 2000, jehož přílohou jsou výňatky ze Smlouvy o propojení mezi Českým Telecomem a Českým Mobilem, dále s Eurotelem a RadioMobilem se popisuje úloha společnosti Český Telecom při vzájemném propojení mezi sítěmi provozovatelů mobilních sítí na území České republiky. Český Telecom všem provozovatelům mobilních sítí poskytuje rovné podmínky a neovlivňuje jejich vzájemně účtované ceny ani jejich ceny pro koncové účastníky. Kromě toho jsou tyto sítě propojeny také přímo. Síť proto slouží pouze jako cesta druhého výběru a odbavuje jen menší část jejich vzájemného provozu. Cena za jednu minutu při předání v místě tranzitní ústředny, na kterou není připojena volaná veřejná mobilní telefonní síť, a která je uvedena ve starších smlouvách o propojení se společnostmi Eurotel a RadioMobil, avšak není uvedena v novější smlouvě o propojení se společností Český Mobil, již není prakticky uplatňována. Sítě mobilních operátorů jsou již vybudovány do takového stupně, že Českému Telecomu předávají volání v místě tranzitní ústředny, na kterou je připojena i síť volaného mobilního operátora. Pokud

již platnost jakékoliv smluvní ceny vypršela a není sjednána nová cena nebo prodloužena platnost staré ceny, probíhá účtování podle naposledy platných cen.

Na č. l. 29 - 43 jsou založeny údaje z internetových stránek jednotlivých operátorů s uvedením cen, jmenovitě jde o ceníky Quatro Go Tarif ze dne 31. 8. 2000, srovnání všech tří operátorů z hlediska cen placených koncovým zákazníkům; ceník základních a volitelných služeb Eurotelu, platný od 15. 8. 2000, přehled tarifů společnosti Český Mobil ze dne 25. 10. 2000, služba víkend společnosti Eurotel ze dne 31. 8. 2000, program Relax společnosti Eurotel ze dne 31. 8. 2000 a program Start společnosti Eurotel ze dne 31. 8. 2000.

V podání ze dne 24. 11. 2000 žalobce zdůrazňuje, že aspektem účtování rozdílných cen je skutečnost, že Go je předplacená služba, která se svým charakterem liší od ostatních služeb nabízených Eurotelem, jde o službu určenou pro specifický segment zákazníků, kteří mají možnost využívat telekomunikační služby bez nutnosti uzavření písemné smlouvy. Go nabízí jinou strukturu cen oproti ostatním tarifům, přičemž tarif „Original Go" je ten nejjednodušší. Pokud jde o náklady za propojení do sítě Český Mobil, neexistuje přímé propojení sítí Eurotel a Český Mobil, což zvyšuje nejistotu, jaké budou skutečné náklady, které se pak promítnou do cen za volání.

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

Spis obsahuje vzor standardní smlouvy o propojení od společnosti Eurotel, návrh *Smlouvy o propojení* mezi Českým Mobilem, a. s., a Eurotel ze dne 8. 2. 2001, a také *Smlouvu o propojení* mezi RadioMobilem. a Eurotelem ze dne 18. 8. 1998, včetně příloh.

Z rozsáhlé korespondence mezi Eurotelem a Českým Mobilem vyplývá, že žalobce je přesvědčen, že jeho ceny nejsou diskriminační a že objem provozu v rámci propojení přímo a výrazným způsobem neovlivňují. Navrhuje společnosti Český Mobil dohodnout se na ceně za zakončení hovorů v mobilních sítích a od této ceny pro dané smluvní období do spuštění přímého propojení odečíst odpovídající minutové náklady, které souvisely s hrazením tranzitního poplatku placeného třetí smluvní straně (společnosti Český Telecom). Navrhovaná cena společností Eurotel je 7,50 Kč/min, od které bude dále odečtena tranzitní cena.

V zápise z jednání mezi společnostmi Český Mobil a Eurotel ze dne 14. 11. 2002 na č. l. 258 a násl., pod bodem 4. je uvedeno, že k jednání byl přizván generální ředitel společnosti Český Mobil, pan Alexandr Tolstoy, který potvrdil, že společnost Český Mobil navrhovala od počátku jednání pro účely propojení se sítí Eurotelu i RadioMobilu princip *„Bill and Keep"* (účtující strany si ponechávají jimi vybrané částky). Eurotel (pan Kubišta) odmítl snahy vázat dohodu o cenách za propojení na další podmínky a potvrdil, že neshledává přímou souvislost mezi cenami za propojení a cenami účtovanými vlastním zákazníkům za poskytování jednotlivých služeb. Český Mobil podmiňuje možnost podepsání propojovací smlouvy zprovozněním přímého propojení a zahájením vzájemného přímého odúčtování hovorů zakončených v druhé mobilní síti až ode dne zprovoznění přímého propojení.

Společnost Český Mobil uvedla, že ke zpoždění realizace přímého propojení došlo také díky průtahům způsobeným společností Český Telecom při požadavku na nutnou součinnost. Společnost Český Mobil navrhuje si vzájemně hradit cenu hovoru 6,90 Kč/min až ode dne zprovoznění přímého propojení a poskytovat službu doručování SMS MT zdarma. Do té doby zachovat princip *„Bill and Keep"*. Tranzit přes Český Telecom dle uzavřených smluv ponechat pouze jako záložní řešení propojení.

Dopis žalobce adresovaný společnosti Český Mobil ze dne 20. 7. 2000 obsahuje upozornění, že společnost Eurotel nechce a nebude svoji tarifní strukturu konzultovat s jinými konkurenčními operátory, poněvadž by se mohlo jednat o jednání v rozporu se zákonem.

Komentář společnosti Český Mobil k diskriminačním opatřením uplatňovaným vůči zákazníkům společnosti Eurotel při stanovení různých koncových cen za srovnatelné služby ze dne 20. 6. 2000 obsahuje aktuální ceny účtované účastníkům služeb společnosti Eurotel, které pochází z prezentace společností v síti Internet.

Zápis z jednání společností RadioMobil a Eurotel ze dne 17. 6. 1999 obsahuje konstatování obou stran, že čistě nákladový přístup ke stanovení cen za propojení mezi mobilními operátory není ve světě obvyklý a samy se také nepřiklánějí k jeho použití. Shodly se na tom, že cena za propojení je pouze jedním z komponentů ceny, kterou platí zákazník za hovory z jedné sítě do druhé. Problémem současně platné ceny mezi Českým Telecomem a oběma operátory (t. j. přibližně 7,50 Kč/min) je, že je vyšší než průměrná zákaznická cena ze hovor do druhé mobilní sítě. Eurotel navrhuje aplikovat buď systém „odesílající síť si ponechá vše, co od zákazníků vybere", t. j. za propojení se neplatí nic nebo postup založený na *„revenue sharing"*. Druhá varianta je akceptovatelná společností RadioMobil. Eurotel považuje za pragmatické řešení zohledňující úroveň maloobchodních cen za hovory a zároveň stimulující rozvoj mobilního trhu cenu stanovenou na základě *„revenue sharing"* ve výši 2,00 Kč/min. RadioMobil považuje cenu 2,00 Kč/min za příliš nízkou a domnívá se, že její aplikace by navíc nebyla vhodná v porovnání s existujícími cenami za propojení.

(2. svazek)

Při jednání dne 3. 4. 2001 v rozsáhlém vyjádření k předmětu řízení žalobce uvedl, že skutečnost, že nebyla uzavřena propojovací dohoda s Českým Mobilem z důvodu na straně Českého Mobilu, musel spolu s ostatními skutečnostmi zohlednit při tvorbě svých cen. Dalším faktorem byla nedostatečná kvalita sítě Českého Mobilu oproti žalobci, resp. síti RadioMobilu, což ve spojení s počtem zákazníků Českého Mobilu vyústilo v další složku, kterou bylo třeba v cenách a v nákladech na dosažení těchto cen zohlednit, neboť náklady na spojení do sítě Českého Mobilu byly v důsledku nespolehlivosti sítě mnohem vyšší než náklady na spojení do sítě RadioMobil. Nespolehlivost sítě Českého Mobilu byla žalobci známa již při první kalkulaci ceny za volání do této sítě. Následuje popis vývoje vztahů mezi účastníkem a Českým Mobilem až do uzavření propojovací dohody dne 22. 3. 2001. Počet propojovacích bodů se sítí RadioMobil je 7-8, s Český Mobilem 1. Žalobce vždy odmítal diskutovat o své cenové politice se společností Český Mobil, po zprovoznění přímého propojení nebyly cenové návrhy společnosti Český Mobil pro něj přijatelné.

Do protokolu svědek Ing. Jan Slavíček, zaměstnanec Českého Telecomu, dne 12. 4. 2001 uvedl, že úloha Českého Telecomu při zabezpečování volání mezi mobilními sítěmi Eurotelu a Českého Mobilu tranzitem přes síť Českého Telecomu spočívá v tom, že společnost Český Telecom tranzituje provoz ze sítě Eurotelu do sítě Českého Mobilu, 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 Českého Telecomu v místě MSC ústředen obou mobilních operátorů. Ze sítě Eurotelu je provoz směrován k této tranzitní ústředně ve stejné přenosové cestě a ve stejných přenosových svazcích jako provoz ze sítě Eurotelu do sítě Českého Telecomu. Totéž platí pro provoz v opačném směru. Na otázku, zda pokrývá cena za propojení uvedená ve *Smlouvě o propojení* mezi Českým Telecomem a Českým Mobilem náklady Českého Telecomu na toto propojení a jak je kalkulována, svědek odpověděl, že pokrývá a že cena je kalkulována za základě auditované analýzy ziskovosti služeb, v níž jsou mimo jiné uvedeny i náklady na tzv. prvky sítě – provoz ústředny. Následující dotazy jsou směrovány na změny celkového objemu propojovaných hovorů společností Eurotel a Český Mobil, dále zda bylo nutno činit technická opatření po vstupu Českého Mobilu na trh z důvodu neexistence přímého propojení mezi Českým Mobilem a Eurotelem, když propojení těchto sítí bylo zabezpečováno tranzitem přes síť Českého Telecomu. Přírůstek provozu pak znamenal změnu dimenzování tranzitní ústředny, přičemž investice spadala zcela do správy Českého Telecomu, ovšem propojovací svazky jsou záležitostí Českého Telecomu nebo Eurotelu, podle toho, kdo je vlastníkem a provozovatelem přenosové cesty. Tam, kde Eurotel neinvestoval, platí formou cen za pronajaté okruhy a za službu tranzitu použití těchto zařízení. Ceny za službu tranzitu představují 0,272 Kč/min, cena za použití propojovací kapacity je stanovena podle přílohy D 3.1 *Smlouvy o propojení* uzavřené mezi Českým Telecomem a Eurotelem. Na otázku zástupce společnosti Eurotel, zda všechny hovory ze sítě Eurotel do sítě Českého Mobilu, které šly prostřednictvím Českého Telecomu, byly předávány prostřednictvím ústředny Českého Telecomu v Praze, což je jediné místo, kde měl Český Mobil svou ústřednu, odpověděl svědek kladně.

Dne 10. 4. 2001 (č. l. 549 - 552) byly předloženy žalobcem požadované informace, ve kterých se popisuje fungování propojení sítí Eurotelu a RadioMobilu od srpna 1998; v době podání tohoto přípisu měl s tímto operátorem žalobce 8 propojovacích bodů, kdežto se společností Český Mobil jen dva, a to v Praze. Spor ohledně nedohody o smlouvě o propojení mezi Eurotelem a Českým Mobilem předložen Českému telekomunikačnímu úřadu nebyl. Hovory mezi sítěmi Eurotelu a Českého Mobilu bylo možno měřit od 28. 12. 1999.

Spis obsahuje m.j. i Dodatky č. 1 až 4 ke *Smlouvě o propojení*, uzavřené dne 18. 8. 1998 mezi RadioMobilem a Eurotelem ze dne 5. 3. 1999, souhrnný přehled o vzájemném propojení Eurotelu a Českého Mobilu a vývoji propojování jejich sítí a *Smlouvu o propojení* mezi Českým Mobilem a Eurotelem ze dne 22. 3. 2001. Materiál s názvem „*Price sensitivity analysis*" vypracovaný žalobcem, dále porovnání kvality sítí GSM Global, RadioMobil a Český Mobil ze dne 5. 4. 2001, tabulkové porovnání kvality sítí GSM v okresech ČR v měsících 3/1999 – 3/2001, roční trend kvalitativních parametrů sítí GSM v období 11/1996-10/1997, odchozí provoz do Českého Mobilu a navýšení ceny hovorů do ČM-tranzit, plán na rok 2000; v materiálu „*New destination Price Eurotel ČESKÝ MOBIL*", zpracovaného žalobcem, jsou v poslední tabulce uvedeny cenové návrhy za volání do sítě

RadioMobilu a Českého Mobilu. Ze zápisu ze schůzky žalobce s Českým Mobilem dne 19. 2. 2001 vyplývá, že jejím předmětem bylo nalezení optimálního technického řešení propojení mezi Českým Mobilem a Eurotelem na rok 2001, předmětem bylo technické zajištění propojení sítí v Praze a Brně. Materiál zpracovaný společností Eurotel s názvem *„Počet hovorů Z a DO jednotlivých sítí, vyčíslení za rok 2000"* ze dne 5. 4. 2001 obsahuje tabulkové srovnání dle měsíců. Doplnění údajů ze strany Českého Telecomu ze dne 18. 4. 2001 (č. l. 712 - 713) obsahuje údaje o provozu mezi sítěmi Českého Telecomu a Eurotelu, dále Eurotelu a Českého Mobilu s tranzitem přes Český Telecom a členění po jednotlivých měsících a ceníky telekomunikačních služeb Českého Telecomu.

Úřad žádá dopisem ze dne 20. 4. 2001 (č. l. 722) kalkulace cen za propojení mezi Eurotelem a RadioMobilem a kalkulace cen za propojení mezi Eurotelem a Českým Mobilem.

Svědek Ing. Václav Mach, ředitel pro vnější vztahy Českého Mobilu (č. l. 726 - 753), shrnul dosavadní vývoj vztahů Českého Mobilu a Eurotelu od vstupu Českého Mobilu na trh. Na otázku, proč nebylo budováno přímé propojení mezi Českým Mobilem a Eurotelem již od počátku zprovoznění sítě Český Mobil, svědek zdůraznil, že důvodem byly zejména kapacitní možnosti související s krátkou lhůtou pro zahájení poskytování služeb, přičemž přímé propojení telekomunikačních sítí je cenově efektivní až při odpovídajícím nárůstu vyměňovaného objemu hovorů. Zprovoznění sítě Českého Mobilu proběhlo k 8. 1. 2000, jednání s Eurotelem i RadioMobilem byla zahájena hned poté. Míra efektivity je určena okamžikem, kdy hrazené náklady za tranzit překročí vybudování vlastní propojovací kapacity, toto se stalo mezi Českým Mobilem a Eurotelem ke konci I. pololetí roku 2000. Síť Českého Mobilu začala skutečně fungovat 7. 1. 2000, v plném rozsahu k 1. 3. 2000. V době výslechu svědka existovaly 2 propojovací body. K okamžitému využití propojovací kapacity nedošlo, protože Eurotel podmiňoval využití této propojovací kapacity finální dohodou o propojení a uzavřením smlouvy o propojení, kdy se strany složitě dohodovaly o cenách za ukončení hovoru v mobilních sítích. Tranzitní propojení přes síť Českého Telecomu bude do budoucna využívána jako záložní řešení. Při tranzitním propojení si každá strana navyšovala propojovací kapacitu s nárůstem vlastních odchozích hovorů do sítě druhého mobilního operátora a hradila Českému Telecomu náklady s tím spojené, další náklady vznikly Českému Mobilu s rozšířením ústředny. K dotazu stran zvýšení nákladů Českého Mobilu na minutu volání do sítě Eurotel při propojení tranzitem přes síť Českého Telecomu oproti přímému propojení, svědek uvedl, že v období po zahájení poskytování služeb byly díky využívání tranzitu přes síť Českého Telecomu tyto náklady výrazně nižší než při rozpočtení investičních nákladů souvisejících s vybudováním přímého propojení a že od druhé poloviny roku 2000 by byly naopak náklady alokované na minutu hovoru vyplývající z vybudovaného přímého propojení nižší než celkový tranzitní poplatek hrazený Českým Telecomem. Cena za propojení sítí tvoří jednu z nákladových položek, kterou je potřeba zahrnout do finančního modelu a je použita jako jeden z jeho výchozích podkladů pro tvorbu obchodního plánu a následného stanovení koncových cen; zároveň ovlivňuje výnosnost na jednoho zákazníka. Stanovení ceny hovorů souvisí s marketingovou strategií daného telekomunikačního operátora a vychází z úrovně cen v prostředí telekomunikačního trhu v ČR, kde tato cena je srážena intenzivní konkurencí na trhu. Pro telekomunikačního operátora a jeho akcionáře je klíčovým parametrem pro jejich stanovení zejména průměrný výnos na zákazníka. Výnosy jsou tvořeny celým komplexem základních volitelných a doplňkových služeb poskytovaných daným operátorem. Na dotaz, jaká cena za propojení sítí by pokryla náklady na propojení, svědek

sdělil, že cena by nebyla vyrovnaná, což souvisí s tím, že cena za zakončení hovorů v mobilní síti je dána poměrem alokace nákladů na jednoho uživatele a investiční náklady na vybudování a provoz sítě a počty účastníků v jednotlivých sítích jsou rozdílné u každého telekomunikačního operátora. Lze očekávat, že cena za zakončení hovorů při uvedených počtech zákazníků po vstupu Českého Mobilu jako třetího mobilního operátora na trh by mohla být nákladově vyšší než cena za zakončení hovorů v síti Eurotelu, který byl Českým telekomunikačním úřadem označen jako společnost s rozhodujícím podílem na trhu. Z tohoto důvodu by Eurotel měl předložit referenční nabídku propojení, ve které by cena za propojení měla být stanovena s ohledem na náklady Eurotelu. V dalším výslech směřoval k objasnění termínu spolehlivosti mobilní sítě. Na přímou otázku, zda považuje Český Mobil platnou cenovou politiku Eurotelu za diskriminační vůči volání do sítě Českého Mobilu, svědek odpověděl kladně, diskriminaci spatřuje v tom, že Eurotel nabízí v době konání výslechu 14 tarifních plánů při rozlišení pro špičku, mimo špičku a víkend, tedy celkem 42 použitelných kombinací, přitom pouze ve 23 z nich cenová diskriminace není, 19 z nich vykazuje rozdílné ceny za volání do sítě Českého Mobilu oproti volání do sítě RadioMobilu.

Společnost Český Mobil předložila dokumenty označené jako obchodní tajemství (č. l. 736 - 738), jde o vyčíslení podílů na trhu z různých pohledů, vyčíslení nákladů spojených s vybudováním propojení s ostatními operátory, přehledy počtu zákazníků a rozdělení dle tarifních plánů v roce 2000, včetně volání z a do sítě Eurotelu, RadioMobilu a Českého Telecomu, materiál s názvem *„Influence of discriminatory pricing to incoming traffic from Eurotel"*, dále *Smlouvu o propojení* mezi Českým Mobilem a Eurotelem Praha, ze dne 22. 3. 2001, *Pověření* Ministerstva dopravy a spojů České republiky ze dne 7. 10. 1999 pro společnost Český Mobil dle § 21 odst. 3 a § 22a zákona o telekomunikacích, včetně 11 příloh.

Svědkyně Ing. Jana Kolářová, zaměstnanec žalobce, dne 27. 4. 2001 (č. l. 741 - 746) potvrdila pravdivost dokumentů v protokole uvedených o ztrátovosti služby „hovory do sítě Českého Mobilu". Lišil se podíl příchozích a odchozích hovorů, původní předpoklad vycházel z počtu zákazníků a objemu volání v síti Eurotelu a kvality této sítě, protože zákazníci Eurotelu pocházejí z vyšších příjmových skupin, jsou méně cenově citliví a jsou zvyklí používat mobilní telefon běžně, tím pádem měsíční objem hovorů na 1 zákazníka je vysoký. Český Mobil oslovil zákazníky nižších příjmových skupin, byl předpoklad, že tento segment bude vysoce cenově citlivý a komunikace bude probíhat především v rámci sítě Českého Mobilu a očekávaný poměr odchozích hovorů v minutách ze sítě Eurotelu do sítě Českého Mobilu ku příchozím hovorům do sítě Eurotelu bude 70:30. Dále přistupovalo riziko, do jaké míry si operátoři budou vyměňovat propojovací poplatky a jak bude uzavřena propojovací dohoda. Byl předpoklad rizika nedobytných pohledávek 50%, avšak nedobytné pohledávky byly ve výši 100% a také předpoklad mnohem nižší kvality sítě Českého Mobilu vůči skutečnosti. Z dalších odpovědí na kladené otázky se za klíčovou dá považovat kladná odpověď na dotaz, zda se zpracovává kalkulace poplatku za propojení pro každou síť samostatně, přičemž se metodologie kalkulace poplatku za propojení neliší, liší se pouze náklady na propojení. Na otázku, jak si na základě nízké cenové citlivosti zákazníků Eurotelu zdůvodňuje svědkyně podstatně vyšší objem příchozích hovorů z Českého Mobilu vůči hovorům odchozím z Eurotelu do Českého Mobilu, svědkyně uvedla domněnku, že zákazníci Českého Mobilu mají větší šanci mít ve svém okolí číslo Eurotelu, na které pak volají, ale to bude jen do jisté míry, jak se bude zvyšovat průnik produktu na trh Českého Mobilu.

Český telekomunikační úřad podal stanovisko (č. l. 768) ze dne 15. 5. 2001, v němž uvádí, že u všech mobilních operátorů sleduje a kontroluje tyto služby: základní a doplňkové telekomunikační služby v systému GSM, minimální požadavky na rozvoj sítě GSM (pokrytí obyvatelstva a pokrytí silnic), minimální ukazatele kvality služeb v síti GSM (blokování spojení, míra výpadků spojení). Všichni operátoři předkládají v určených termínech hodnotící zprávy; konstatuje, že všichni tři operátoři vždy splnili stanovené požadavky.

V rámci předložení požadovaných informací ze dne 17. 5. 2001 žalobce odkazuje na předchozí písemná vyjádření učiněná v řízení; propočty ztrátovosti a ziskovosti týkající se pouze výše uvedených aktivit a druhů plnění z jeho strany není schopen poskytnout, jelikož jsou součástí jedné služby – veřejné telefonní služby, pro kterou je souhrnně vedena evidence nákladů, tržeb a výnosů, včetně vloženého kapitálu. Dále jsou vyjmenovány jednotlivé položky, které jsou součástí ekonomicky oprávněných nákladů na propojení mobilních sítí a jejich celková výše, přičemž k propojení účastníka řízení s mobilním operátorem dochází v propojovacích bodech umístěných na ústředně; bod je umístěn u jednoho z operátorů. Náklady na vybudování propojovacího místa na ústředně jsou 680 000 EUR. Je zapotřebí zajistit propojovací kapacitu mezi sítěmi. Propojovací kapacity, vzdálenost a technické řešení bývají pro různé lokality odlišné, se zvyšujícím se provozem mezi oběma operátory bývá kapacita propojení v jednotlivých lokalitách podle potřeby navyšována a často dochází i ke změně technického řešení propojení. Jsou vyčísleny příkladem 3 možné varianty zajištění propojovací kapacity mezi sítěmi mobilních operátorů. Účastník řízení nevyužívá pro své marketingové propočty jednotný koeficient elasticity, tento používá marketingové oddělení účastníka pouze následně po zavedení změny pro její zhodnocení. Následuje přehled počtu minut ze sítě Eurotelu do sítě Českého Mobilu za období od 1. 1. 2000 do 31. 3. 2001 po měsících, počty minut ze sítě Eurotel do sítě Českého Mobilu ze období od 1. 1. do 31. 3. 2001 po jednotlivých tarifech, pokud alespoň jednou za sledované období překročily 10 tisíc zákazníků; výkaz zisků a ztrát z měsíce prosince roku 2000.

Dokumenty předložené společností Český Mobil ze dne 14. 5. 2001 jsou označeny jako obchodní tajemství (č. l. 780 - 1) a obsahují informace o vazbě mezi počtem klientů a ekonomicky oprávněnými náklady na propojení, výpočet škody způsobené společnosti Český Mobil v důsledku uplatňování rozdílné cenové politiky soutěžitelů Českého Mobilu působících na společném trhu vůči zákazníkům těchto soutěžitelů při volání do sítě Českého Mobilu a při volání do ostatních mobilních sítí.

K žádosti o podání vysvětlení, proč některé údaje poskytnuté Úřadu společností Eurotel nejsou dostupné a proč nebylo možné rozdělit objemy minut hovorů v jednotlivých tarifech na časová období, se podává vysvětlení bez technických údajů, že některé údaje za daná období nebyly vytvořeny, popř. že některé tarify v danou dobu neexistovaly a že při fakturaci jednotlivým zákazníkům nejsou užívány celkové objemy minut hovorů v jednotlivých tarifech na časová období (špička, mimo špičku, víkend); k fakturaci jsou užívány pouze údaje individuální pro každého zákazníka, tyto údaje a podklady pro fakturaci nejsou dále žalobcem souhrnně zpracovávány ve formě, v jaké byly poskytnuty v Příloze č. 2 k podání ze dne 17. 5. 2001.

Spis obsahuje tabulkové porovnání cen hovorů z mobilní sítě Eurotelu do sítí RadioMobilu a Českého Mobilu u vybraných tarifů (č. l. 786), tabulkové porovnání procentuálního navýšení cen hovorů z mobilní sítě Eurotelu do sítě Českého Mobilu vůči síti RadioMobilu u vybraných tarifů (č. l. 787) a orientační propočet předpokládané újmy zákazníků (č. l. 788 -9).

V rámci výslechu svědka Ing. Václava Macha, zaměstnance společnosti Český Mobil ze dne 29. 6. 2001 (č. l. 840 - 843) zástupce Eurotelu položil svědkovi otázky týkající se společného trhu telekomunikačních služeb, konkurentů na tomto trhu, kteří mají pověření GSM. Svědek považuje Český Mobil za konkurenceschopného společnosti Eurotel a RadioMobil, cena služeb Českého Mobilu je stanovena s ohledem na zákon o telekomunikacích tak, že každá cena má pokrýt oprávněné náklady a přiměřený zisk, přičemž výše některých cen byla zohledněna v cenovém závazku vyplývajícím z uděleného pověření. Náklady na volání se nerozlišují dle volání ve špičce a mimo špičku. Ceny za volání do pevné sítě nejsou stejné jako do sítě mobilního operátora. Otázky směřující k změnám konfigurací v místech a době, kde měl probíhat měření ČTÚ, svědek zodpověděl negativně. Na otázku, proč došlo až po téměř jednom roce k uzavření propojovací smlouvy se společností Eurotel za podmínek, které byly společností Eurotel navrhovány, t. j. zejména za ceny, které byly navrhovány a které v průběhu celého roku Český Mobil odmítal, svědek sdělil, že Českému Mobilu tyto ceny připadaly příliš vysoké, ale nadále probíhají a budou probíhat další jednání, jakým způsobem tyto ceny v tomto roce upravit, t. j. snížit. K dohodě došlo až na základě potřeby finančního uzavření předchozího roku, zejména z důvodů daňových a účetních. Závěrem zástupce Eurotelu sdělil, že trvá na výslechu svědka Tolstoye.

Svědkovi Alexandru Tolstoyovi, předsedovi představenstva společnosti Český Mobil dne 9. 7. 2001 (č. l. 865 - 869) kladl otázky zástupce žalobce a dotazoval se na jednání o uzavření smluv o propojení, kdy paralelně probíhala jednání s Českým Mobilem, Eurotelem a RadioMobilem. Stav jednání o *Smlouvě o propojení* svědek považuje za normální průběh tvorby podmínek smlouvy. Na otázky týkající se jednání o smlouvách o propojení svědek odpovídal nepřímo nebo vůbec, neúčastnil se těchto jednání. Český Mobil nevázal jednání o propojení na změnu cenové politiky, nikdo z mobilních operátorů neovlivňuje ceny jiného operátora ve vztahu k jeho zákazníkům. Vyjednávalo se o cenách, v ostatních věcech se musel Český Mobil držet v intencích zákona o telekomunikacích. Na č. l. 870 je přiložen přehled tarifů Českého Mobilu s uvedením rozepsaných cen.

Součást správního spisu tvoří i obsáhlá příloha s nabídkovým katalogem „Eurotel 2000, 2001“ s ceníky od 1996 až 2001.

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 trhů 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 nebo dominantní postavení soutěžitele a v prvním plánu jím není ani chráněn 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 aplikací zákona naopak garantuje, aby výkonem tohoto práva nedošlo k mezování v téže svobodě jiného. Co se týče práva na spravedlivý proces (čl. 36 Listiny), soud poukazuje na odstavec druhý, zavádějící institut soudního přezkoumávání, které se po přijetí zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního vykonává v souladu s čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práva a základních svobod a v tomto režimu pak i Nejvyšší správní soud věc projednal; tato námitka, obdobně jako poukaz na právo vyjádřit se k prováděným důkazům, je vyslovována *pro futuro*. Předmětný článek Listiny zajišťuje právo na soudní ochranu a soud při nařízeném ústním jednání těchto zásad dbal.

Nelze se ztotožnit ani s výtkami směřujícími k porušení čl. 2 a čl. 4 Listiny, neboť způsob, jakým úřad svěřenou moc vykonával, byla shledána v mezích zákona a za účelem, kterému zákon o ochraně hospodářské soutěže slouží.

VIII. Ars interpretandi

Ad 1) Východiskem pro posouzení námitek žalobce je vymezení relevantního trhu a z toho plynoucí pozice žalobce na něm. V moderním právním státě je odmítána možnost neomezené volné úvahy správního orgánu. Relevantní trh je neurčitým právním pojmem, který 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, Existenční ochrana konkurence, Iuridica 1996) 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 uplatňující 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. 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 úplně se mu podařilo vystihnout charakter zboží a podstatu trhu, na němž je realizováno.

Bezdrátové telekomunikační systémy lze sledovat při jistém zjednodušení ve třech generacích. Především to jsou analogové systémy NMT, AMPS, TACS, které se vyznačují preferencí hlasové služby. Druhou generaci představují digitální systémy GSM 900, DCS 1800, PDC 1900, D-AMPS, PCS, CdmaOne, Digital CDMA, Digital TDMA; systémy jsou již digitální, ale ještě stále se orientují především na hlasové služby. S dalším rozvojem GSM se začínají objevovat i další doplňující služby pro koncové uživatele. Tzv. dvaapůltá generace, HSCDS, EDGE a GPRS představuje modulační techniky a technická zdokonalení, která se implementují do stávajících sítí, umožňující operátorům nabídnout vysokorychlostní přenos dat pro koncové uživatele. GPRS (General Packet Radio Services) je technika pro paketově orientovaný přenos dat, což znamená, že nepotřebuje souvislý kanál pro přenos a přijímání dat, ale vysílá a přijímá data v paketech. Třetí generací jsou digitální systémy UMTS, CDMA 2000, 3G. Zde je hlavní důraz kladen na vysokorychlostní přenos dat a sítě jsou tedy vyvíjeny pro tento způsob využití. V Evropě se třetí generace sítí nazývá UMTS – Universal Mobile Telephony System. V USA se používá také název CDMA 2000. Rádiový přenos je opět digitální s tím, že systém je navržen pro daleko vyšší kapacitu. Sítě třetí generace mají být implementovány do existujících sítí druhé generace (Matušínová, mobil.idnes.cz).

Ke zřizování sítě GSM byl žalobce oprávněn na základě pověření vydaného Ministerstvem hospodářství ČR č. j. 7659/96-611 z 25. 3. 1996. Ovšem *Smlouva o propojení mezi EuroTelem a RadioMobilem* z 18. 8. 1988 počítá vždy s oběma sítěmi, a to obvykle slovy: „GSM (vč. sítě NMT)".

Z výše uvedeného vyplývá, že nelze bez dalšího označit za jediný možný relevantní trh v sítích GSM a NMT a říci, že žádný z těchto trhů nemůže vystupovat samostatně. Navíc Úřad důvody svého počínání naznačuje, když zmiňuje (č. l. 48), že na trhu mobilních radiotelefonních služeb ve veřejných mobilních telekomunikačních sítích NMT zaujímá Eurotel monopolní postavení, neboť pověření působit na tomto trhu bylo uděleno pouze jemu. Za té situace lze souhlasit s Úřadem, že ani případné vymezení relevantního trhu jako jediného vzniklého sloučením trhů mobilních radiotelefonních služeb ve veřejných mobilních telekomunikačních sítích GSM a NMT, by nemělo za následek snížení podílu žalobce ani na takto vymezeném relevantním trhu. Jestliže ještě před dvaceti lety byl kapesní telefon pouhou vizí, dnes, alespoň v našich podmínkách, je zcela běžné poskytovat nebo se dotazovat na číslo mobilního telefonu. Přitom nároky na rozsah i kvalitu poskytovaných služeb neustále rostou, o čemž svědčí neustálé uvádění na trh nových technologií, výrobků a služeb. Eurotel na svých webových stránkách (eurotel.cz ze dne 25. 11. 2004) uvádí, že „v roce 2004 udržuje a nadále posiluje své vedoucí postavení na českém telekomunikačním trhu, když v červnu (2004) registroval ve své síti více než 4,3 miliony zákazníků." Potom tedy počet šedesáti tisíc klientů Eurotelu, co by uživatelů sítě NMT se stává marginálním a žalobcem nebyl tento počet rozporován. Na dominantním postavení žalobce na trhu, na němž mělo k jeho zneužití dojít, to nic nemění. Soud vymezení relevantního trhu žalovaným nepovažuje za vymykající se zásadě aplikace právní normy s neurčitým právním pojmem ani za vybočení z dosavadní judikatury českých soudů a soutěžní teorie, jak bylo podáno výše. Soud rovněž nesouhlasí s tvrzením žalobce o nesrovnatelném plnění; nejde o to porovnat, jak která síť uvnitř funguje a jaké další doplňkové služby nabízí. Tímto způsobem relevantní trh vymezen nebyl

a takto úzce, podle rozsahu nabízených služeb nebo kvality vlastní sítě není vymezován ani ve vzpomínaných případech *Vodafone/Airtouch* či *Vodafone/Airtel*. 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. Účastníci řízení navrhovali, aby výrobkový relevantní trh byl stanoven jako trh mobilních telekomunikačních služeb. Komise během tohoto řízení zvažovala možnost, že by relevantní výrobkové trhy mohly být vymezeny úžeji jako trh analogových mobilních telekomunikačních služeb, trh digitálních mobilních telekomunikačních služeb a trh mobilních telekomunikačních služeb rozdělených dle typu zákazníka či způsobu použití mobilního telefonu (například pracovní vs. soukromé použití). Během svého šetření v dané věci Komise zjistila, že většina respondentů nerozlišuje mezi analogovými a digitálními mobilními telekomunikačními službami a během svého šetření nezjistila žádné podstatné důvody, které by vedly k jasnému závěru, že výrobkový relevantní trh by měl být rozdělen úžeji, než to navrhovaly zúčastněné strany. Na druhou stranu ale sama Komise připouští, že definici relevantního trhu v dané otázce lze ponechat otevřenou, poněvadž předmětná transakce nevytvářela ani nezesilovala dominantní postavení na příslušném relevantním trhu. To je rovněž případ žalobce, kdy jeho monopolní postavení na analogovém trhu s ohledem na počet zákazníků a ve vztahu k celkovému postavení na digitálním trhu činí tuto otázku marginální. V rozhodnutí Komise č. IV/M.1795 ve věci *Vodafone Airtouch /Mannesmann* ze dne 12. 4. 2000 je konstatováno, že na základě šetření na trhu by měl být výrobkový relevantní trh pro mobilní telekomunikační služby tvořen digitálními technologiemi GSM 900 a GSM 1800 a možná také analogovou technologií, přičemž Komise ale uvádí, že přesné vymezení výrobkového relevantního trhu není nezbytné, poněvadž v daném případě to nemá vliv na konečné rozhodnutí, obdobně je tomu ve věci *France Telecom/Orange* ze dne 11. 8. 2000 (rozhodnutí č. IV/M.2016). Komise se také zaměřila na způsob stanovení tržního podílu a v naprosté většině výše zmiňovaných rozhodnutí určila tržní podíl z hlediska počtu zákazníků.

Ad 2) 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, shora), 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). V generální klauzuli § 9 odst. 3 zákona jsou těmito chráněnými statky veřejný zájem, zájem soutěžitelů a zájem spotřebitelů. O řád nižší úroveň představuje smluvní svoboda, která v krajním chápání spoléhá na tržní mechanismus bezvýhradně a v druhé krajnosti končí kontraktační povinností, coby instrumentem centrálně plánované ekonomiky. Porušit abstraktní model smluvní svobody lze ve prospěch funkčnosti hospodářského systému. V tržní ekonomice platí domněnka, že pokud bude hospodářská soutěž narušena, pak celkový ekonomický rámec nebude fungovat.

Avšak výklad § 9 zákona naznačený žalobcem 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, jestliže rozdělení trhu mezi dva stejné soutěžitele by mělo vést 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). Ovšem v daném případě se žalobce chová vnitřně rozporuplně; na jedné straně se ke svému dominantnímu postavení na trhu hlásí (50% dle textu žaloby), veřejně jej deklaruje (srov. text internetové prezentace shora), na druhé straně zpochybňuje metody, jichž Úřad použil ke zjištění tohoto postavení. Taková námitka se pak nutně jeví jako účelová, akademická a bez vlivu na výsledek. Proto soud považuje další diskuzi stran postavení žalobce na relevantním trhu za planou. 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, a pokud jde o konkrétní procentuální vyjádření, pak jej žalovaný neuváděl výslovně patrně jen z toho důvodu, že byl obsažen jako obchodní tajemství, avšak odkázal na příslušnou stránku správního spisu, na němž se nalézá. Tato námitka žalobce je ovšem spíše formální, neboť sám toto číslo upřesňuje v žalobě, obchodní tajemství z toho nečiní a lze jej snadno vypočítat i z údajů, které zveřejňuje; navíc skutečnost, že jeho podíl na trhu převyšuje 30%, nikterak nezpochybňuje.

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 účinnost 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. 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 (dominantními) 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 250mil. 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, pak není žádný důvod 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. Pro zjevnou nedůvodnost soud odmítá závěr o absurdnosti shora uvedeného výkladu zákona č. 63/1991 Sb.

Ad 3) 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. Za zneužití dominantního postavení považoval žalovaný Úřad bezdůvodné účtování vyšší částky za stejnou dobu (1 minuta) do sítě provozované Českým Mobilem, než do sítě RadioMobilu a újmu spatřoval v tom, že Český Mobil nezískal tolik nových zákazníků, jako za situace, kdyby nebylo účtování vyšších cen. Žalobce namítá, že toto nebylo prokázáno, stejně jako tvrzení o nevyváženém provozu z jedné

sítě do druhé a že nebylo přihlédnuto k důkazům, které měly sloužit k posouzení vlivů rozdílných cen na počty nových zákazníků.

Žalovaný k tomu ve druhostupňovém rozhodnutí uvádí především to, že účtování vyšších cen za volání do sítě Českého Mobilu oproti cenám za volání do sítě RadioMobilu vytvořilo nerovné podmínky v neprospěch Českého Mobilu, neboť byl tak odrazován zákazník jednak od toho, aby telefonoval do sítě Českého Mobilu, jednak aby jako zájemce o mobilní telefon využíval právě služeb Českého Mobilu. Jestliže zákazník při vědomí, že společnosti žalobce i RadioMobil v té době měly již cca po 1 milionu zákazníků, zjistil, že hovory vycházející k němu od převážné části majitelů mobilních telefonů by byly dražší (až o 10 Kč/min), logicky zvolil operátora na trhu již zavedeného. Ovšem vůči společnosti RadioMobil toto uplatňovat již nemohl, protože by tím ohrozil získávání vlastních zákazníků. Srovnáním ceny za volání ze sítě žalobce do sítě Českého Mobilu v dubnu 2001 došlo k výraznému nárůstu počtu zákazníků společnosti Český Mobil; tedy cena za volání do „své sítě" z „jiné sítě" je významným faktorem při rozhodování. Zdůrazňuje, že nebylo jeho cílem zkoumat vliv změny ceny na změnu počtu klientů. Žalovaný dále popsal situaci stran omezování zákazníků operátory; žalobce a RadioMobil dodávají většinu svých telefonů zablokovaných pouze pro použití ve své vlastní síti, ne tak Český Mobil. Zákazníci jsou tak ve volbě operátora při koupi telefonu omezováni. Zákazník si může telefon odblokovat pro využití v libovolné síti, ztrácí však nárok na bezplatný servis. Často jim však přechod k jinému operátorovi znesnadňují smlouvy uzavírané na pevně stanovenou minimální dobu. Prvostupňový správní orgán když upřesňoval důvody, které ho k vydání rozhodnutí vedly, neopomněl zdůraznit, že cílem žalobce bylo vytvoření a posilování bariéry vůči rychlému průniku třetího mobilního operátora na trh i za cenu zhoršení podmínek pro vlastní zákazníky, resp. vlastních nižších zisků.

Žalobce sám (č. l. 16 správního spisu) poukazuje na malý objem provozu ze své sítě v porovnání s provozem opačného směru. K tomu žalovaný přináší úvahu o tom, že kdyby zdražil hovory odcházející do sítě RadioMobilu, došlo by k poklesu poptávky po službách žalobce ve prospěch konkurentů, pokud by i tito hovory rovněž nezdražili. Náklady, na které žalovaný odkazuje, představují 0,272 Kč/min za nepřímé tranzitní propojení přes síť Českého Telecomu (č. l. 17 - 21 správního spisu). Tedy náklady byly nižší ve srovnání s investicí do vybudování přímého propojení, avšak již od druhé poloviny roku 2000 tomu v souvislosti s vybudování přímé cesty bylo naopak, a přesto žalovaný zprovoznění této cesty připustil až v březnu 2001, když ji podmiňoval finální dohodou o propojení a uzavření smlouvy o propojení. Další náklady, o nichž se hovoří, souvisí s tvrzeným propojováním hovorů do jednoho propojovacího bodu ve výši 0,71 Kč/min. Kalkulace nákladů, jíž Úřad po žalobci požadoval, mu nebyla předložena s tím, že není k dispozici, protože cena je výsledkem smluvní volnosti stran, ovšem cenový manažer žalobce existenci takové kalkulace připustil. Úřad poukázal na povinnosti vyplývající z *Pověření ke zřizování a provozování veřejné mobilní telekomunikační sítě podle normy GSM a k poskytování mobilních telekomunikačních služeb* ze dne 25. 3. 1996, č. j. 7659/96-611 vydané Ministerstvem hospodářství ČR ve znění dodatků vydaných Ministerstvem dopravy a spojů – Českým telekomunikačním úřadem. Zejména pak bodem E (Ceny za propojení) Přílohy č. 7, podle něhož musí ceny za propojení vycházet ze skutečných ekonomicky oprávněných nákladů, vztahujících se k zajištění propojení, provozování sítí a poskytování služeb. Podle žalobce k zásadním důvodům uplatňování rozdílných cen patřilo neuzavření smlouvy o propojení, protože cena poplatku

za propojení nebyla známá. Úřad poukázal na to, že ačkoli smlouva o propojení byla podepsána až v březnu 2001, ceny za volání v některých tarifech žalobce upravoval na stejnou úroveň jako v případě volání do sítě RadioMobilu již před tímto datem, u jiných tarifů nedošlo k úpravě vůbec. Na druhé straně žalobce uvedl, že není přímá souvislost mezi cenami za propojení sítí a cenami účtovanými vlastním zákazníkům za poskytování jednotlivých služeb. Dokládá pak Úřad přílohou C1 Smlouvy o propojení mezi žalobcem a RadioMobilem, že přes nárůst propojovacího poplatku (ze 4 na 7 Kč/min) v témže čase zákaznické ceny účtované žalobcem klesaly. Žalobce do ceny pojal různá rizika vůči Českému Mobilu, oproti nulovému riziku u RadioMobilu, co se týče neúspěšnosti volání 30% a riziko dluhu 50% a také výši ceny stanovil s cílem dosáhnout průměru 10,70 Kč oproti ceně za minutu volání do sítě RadioMobilu, aniž by doložil nákladovou kalkulaci. Z uvedeného přehledu je patrné, že Úřad prokázal účtování vyšších částek do sítě Českého Mobilu, než do sítě RadioMobilu, přitom odůvodněnost těchto rozdílů neshledal, a to na základě důkazů, které byly shromážděny v průběhu správního řízení a které také jednotlivě i ve vzájemných souvislostech vyhodnotil. Porovnání provedl ve vztahu k jednotlivým tarifům a v některých shledal rozdíl až šestinásobný. Logicky dovodil, že měly-li by mít na cenu hovorů vliv neexistence dohody o propojení, nedostatečná kvalita sítě Českého Mobilu a nízký počet zákazníků, pak by ve vzájemném poměru cen volání do sítí zbylých operátorů v jednotlivých tarifech musela být nalezena určitá analogie. Údajně vyšší náklady by však nesli jen někteří zákazníci žalobce, a to v rozdílné míře. Soud se přiklání v tomto ohledu na stanovisko Úřadu, když nic nesvědčilo ve prospěch názoru, že rozdílné účtování cen je odůvodněné. Pokud se objektivně ospravedlnitelných důvodů dotýká, zákon sám liberační důvody neuvádí a výslovně s nimi ani nepočítá. Je to právě judikatura Evropského soudního dvora, která se dopracovala k takovému pojímání zneužití tržní moci, které posuzuje podstatu věci ze všech hledisek, tedy akceptuje podložené důvody, jež pro svůj objektivní původ jsou způsobilé ospravedlnit jednání soutěžitele, jež by jinak muselo být posouzeno jako protisoutěžní, resp. zneužití tržní moci. V praxi lze tyto příklady nalézt v případech řešených v rámci posouzení tzv. zabraňovacího jednání spočívající v podstatném omezování soutěžních možností jiných podniků bez věcně opodstatněného důvodu. Příkladem může sloužit věcně neopodstatněné odmítnutí kontraktace. Zahraniční literatura (EEC Competition Law, Compact Edition 1993, Practitioners guide) uvádí, že dominantní pozice není možné užít represivním způsobem k prosazení marketingové politiky nebo odstranění skutečného nebo potencionálního soutěžitele. Je nepochybné, že zavedení neoprávněně vysokých cen může být jako zneužití postavení posouzeno, není-li věcně ospravedlněno. K tomu pak směřovalo především dokazování žalovaného Úřadu, ovšem bez výsledku příznivého při žalobce. Významné je přitom i postavení druhé strany kontraktu - v daném případě nově vzniklého a třetího konkurenta. V tomto úzkém obzoru nelze žalovanému vytknout, že by snad důkladně neposoudil všechny souvislosti, které případ provázely. Žalobce sám nenabídl žádné důvody podepřené konkrétními údaji, čísly a výpočty, které by jeho postup ospravedlňovaly. Námitka, že o ceně nejednal proto, aby se sám nedopustil kartelového jednání, neobstojí, neboť tento důvod vypovídá o postupu žalobce při jednáních s Českým Mobilem, nikoli však o objektivních důvodech ospravedlňujících jeho postup, jak je mu vytýkán. Námitky, jimiž žalobce svůj postoj zdůvodňoval, nedávají odpověď na základní otázku pokládanou v celém řízení žalovaným a nelze je hodnotit jako objektivně ospravedlnitelné. Žalovaný se tedy dostatečně vypořádal se všemi důvody, které případ provázely, aby mohl vyslovit zásadní tezi o zneužití dominantního postavení a trhu a určit objekt újmy, co by definiční znak skutkové podstaty § 9 odst. 3 zákona v režimu generální klauzule.

Žalobce na jedné straně byl zavázán povinnostmi plynoucími z *Pověření*, ale k těm se nechoval s náležitou odpovědností, na straně druhé tam, kde byl prostor pro smluvní volnost, postupovat způsobem, který vypovídá o neochotě akceptovat svou roli významného a na trhu dominantního soutěžitele. Na tomto místě se soud neztotožňuje s názorem, že snad dochází k porušení ústavních garancí rovných podmínek pro podnikání, neboť zákon právě pro tento účel některé povinnosti dominantním a monopolním soutěžitelům ukládá. Bylo v rozsudcích soudů mnohokrát zdůrazněno, že takovéto postavení s sebou přináší jisté povinnosti vůči zachování *fair* prostředí na relevantním trhu, například zde povinnost rezignovat na svým způsobem pochopitelné chování běžného soutěžitele nepřipustit účinnou konkurenci na stejný trh. Tato zásadní myšlenka soutěžní filozofie byla žalobcem opuštěna, ačkoli je mu bezpečně známo, jaké postavení na trhu zaujímá. Pouze složitou sofistikovanou právní konstrukcí se dostává z působnosti zákona, když je nesprávně přesvědčen o tom, že přítomnost stejně silného konkurenta jej liberuje od povinností, které mu ukládá zákon. Existuje řada tradičních ekonomik, kde dodržování soutěžních principů patří trvalým hodnotám, jež přispívají k udržení zdravých ekonomických vztahů mezi soutěžiteli a v konečném důsledku tak napomáhají pozitivnímu hospodářskému vývoji ve společnosti. Úřad by svými zásahy měl stále více jen podporovat a garantovat rovné prostředí na trhu, nežli být nucen primárně toto prostředí spoluvytvářet. Principy tržního hospodářství se v českém prostředí nepochybně zakotvily a tvoří základ ekonomiky, ovšem jejich kultivace je úkolem stále navýsost aktuálním. Jestliže Úřad s takovýmto požadavkem vůči monopolním soutěžitelům vystupuje, pak tolik potřebné nápravě vztahů výrazně přispívá. Zákonem předvídané chování se musí vyplácet; nejde přitom jen o povinnost uloženou zákonem, ale o mravní dimenzi podnikání, za níž mají nést odpovědnost všichni, kteří se na relevantním trhu setkávají, i když jen k těm nejvýznamnějším promlouvá sám zákonodárce cestou řečeného devátého paragrafu. Žalobce stanovil tarify pro volání do sítě Českého Mobilu, aniž je mohl dovodit z nákladové kalkulace a aniž by získal zkušenost, zda právě taková výše je ekonomicky odůvodněná. Logicky z toho plyne, že nastaví-li v řadě tarifů vytýkané vyšší ceny, stěží může oprávněně argumentovat následně malým zájmem o využívání právě těchto služeb, když pro takový důsledek sám určil parametry. Pokud jde o směrování hovorů z jedné sítě do druhé, soud poukazuje na důkazy, jež správní orgán provedl a které v rozhodnutí označil a současně ani neshledává tyto skutečnosti, po výtce technické povahy, v rozporu se závěry, jež správní orgán učinil. Žalovaný se pak vypořádal se všemi navrhovanými důkazy, když nemá povinnost provést důkazy pro skutkový a právní stav nerozhodné nebo nadbytečné. Povinnostem uloženým v § 34 správního řádu žalovaný plně dostál, když se v tomto směru se všemi relevantními důkazy vypořádal s argumentací, na níž soud odkazuje a s níž se plně ztotožňuje. Tvrzením Úřadu o tom, že Český Mobil nezískal takový počet zákazníků, jako za podmínek rovné soutěže se soud zabývá v následujícím bodě, a to pro souvislost s újmou, která tím měla vzniknout.

Ad 4) Mezi základní zásady správního řízení patří žalobcem zmíněná zásada dvouinstančnosti či dvoustupňového řízení a je zmiňována již J. Hoetzlem (Československé správní právo, 1934), nověji D. Hendrychem (Správní právo, obecná část, 1995) a také v Lexikonu – Správní právo (Průcha, Pomahač, 2002). Znamená, že proti rozhodnutí orgánu první instance se lze (zásadně) odvolat, avšak proti rozhodnutí odvolacího orgánu již nikoli (§ 53 a § 59 odst. 4 správního řádu). Ovšem mezi jinými se uplatňuje i zásada jednotnosti řízení, podle níž celé správní řízení, od zahájení až do rozhodnutí odvolacího orgánu, tvoří jednotný celek, takže účastník řízení může vykonat jednotlivé procesní úkony kdykoli, t. j. navrhovat u odvolacího orgánu nové důkazy a uvádět nové skutečnosti a jejich nevykonáním

neztrácí právo vykonat je v dalším stadiu řízení (Z. Lukeš, Československé správní právo, 1981). Správní orgán může napadené rozhodnutí změnit, zrušit, zrušit a vrátit k novému projednání a rozhodnutí nebo odvolání (rozklad) zamítnout. Zde je namístě zmínit další z principů, jimiž je správní řízení ovládáno, a to princip jednoty správního řízení. K zamítnutí odvolání a potvrzení napadeného rozhodnutí přistoupí odvolací orgán tehdy, když námitky shledá neopodstatněnými, a to i s přihlédnutím k případnému doplnění předchozího řízení. Změnit rozhodnutí může odvolací orgán na základě dokazování provedeného před vydáním původního rozhodnutí, nebo též na základě důkazů, které byly provedeny před vydáním odvolacího rozhodnutí na základě odvolání ještě orgánem prvního stupně (§56 správního řádu) nebo až odvolacím orgánem podle § 59 odst. 1 (apelační princip). Ke změně původního rozhodnutí může přitom dojít zejména tehdy, lze-li v podstatné míře využít výsledků dokazování před orgánem prvního stupně; nemělo by se tak stát na základě skutečností zjištěných jen nebo převážně až v řízení o odvolání, což by bylo v rozporu s principem dvouinstančnosti správního řízení. Jestliže ovšem odvolací orgán hodnotí odlišně některý z provedených důkazů nebo má jiný právní názor než správní orgán prvního stupně, ale není pochyb, že se to nemůže dotknout výroku rozhodnutí, je možné odvolání zamítnout a napadené rozhodnutí potvrdit a odlišné hodnocení důkazů nebo odlišný právní názor vyjádřit v odůvodnění odvolacího rozhodnutí (srov. Správní řád – komentář C.H.Beck, 2003, k § 59). Druhostupňový orgán se však nedopustil porušení zásady dvouinstančnosti, neboť vycházel z důkazů, které byly všechny provedeny v prvním stupni a vázaly se k předmětu řízení. Po vydání rozhodnutí Úřadu v 1. stupni nebyly již prováděny žádné další důkazy až do vydání rozhodnutí předsedy Úřadu. Přitom listiny, jež žalobce v souvislosti s podaným rozkladem připojil představovaly grafy podílů na trhu vypracované právě žalobcem. S ohledem na shora vyslovené stran zjišťování postavení žalobce na trhu, nepředstavovaly žádný přínos pro řešení této otázky, leč opakované tvrzení. Nebyly ani důvodem pro změnu právní kvalifikace, dokonce ani pro změnu popisu správně deliktního jednání žalobce. Pokud je vytýkáno doplňování závěrů, ke kterým dospěl Úřad v 1. stupni, pak se ve vztahu k této námitce uplatní teze shora vyslovená o možnosti potvrdit rozhodnutí při vyjádření odlišného právního názoru. Jestliže navíc existuje možnost soudního přezkumu, jež zahrnuje nejen právní, ale i skutkové hodnocení, není žádný důvod princip dvouinstančnosti nadřazovat zásadě jednoty správního řízení. V tomto směru soud tuto jinak nekonkrétní žalobní námitku nemůže akceptovat.

Není logickým pochybením žalovaného závěr o újmě způsobené společnosti Český Mobil, jak byl vyjádřen v důvodech rozhodnutí Úřadu v 1. stupni (s. 18), jestliže poukázal na záměr ztížit novému na trh vstupujícímu soutěžiteli působit za stejných podmínek jako ostatní operátoři a tak usoudil na znemožnění soutěžit o získání zákazníků za rovných soutěžních podmínek. Naopak, tato úvaha, která má v důvodech správního rozhodnutí své pevné místo, je ve světle chování žalobce zcela namístě, protože nastavení vyšších cen ve většině z tarifů zcela jistě atakuje *fair* soutěžní prostředí. Účelem zákona ve smyslu § 1 je ochrana hospodářské soutěže na trhu zboží proti jejímu narušování, není tedy prvoplánově chráněn ani slabší soutěžitel, ani spotřebitel, nýbrž soutěžní prostředí jako fenomén, bez něhož se fungující tržní ekonomika neobejde. S ohledem na konkrétní okolnosti případu soud nemá pochyb o tom, že zásah Úřadu ve prospěch zachování účelu zákona byl důvodný, neboť postup žalobce byl způsobilý soutěž narušit. Žalovaný uznal zvýšení nákladů o 0,272 Kč/min za nepřímé tranzitní propojení a dále 0,71 Kč/min za propojování hovorů do jednoho propojovacího bodu, t. j. celkem 0,982 Kč, ovšem skutečné zvýšení cen pak proběhlo v rozsahu podstatně vyšším, a to v rozmezí 1,20 Kč až 10 Kč/min v jednotlivých

tarifech (např. právě u předplacené služby GO o 10 Kč); takovéto navýšení neumožňuje soudu akceptovat argumentaci přiměřeným rizikem vyplývajícím například z neuzavřené propojovací smlouvy. Poslání Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nemůže být zaměňováno s působností orgánů v oblasti cenové kontroly, neboť jeho působnost se dotýká zvlášť vymezeného předmětu (viz § 1) a také prostředky, jež k nápravě užívá, zákon v § 11 samostatně vyjmenovává. Soud nevylučuje, aby riziko, které každé podnikání provází, nalezlo svůj odraz v jisté míře zajištění, avšak proporcionální míře tohoto rizika. O přiměřenosti žalobcem zvolených kroků v tomto smyslu za popsané situace rozhodně nelze hovořit.

Ovšem tato, jinak správná, úvaha žalovaného se nepromítá do výroku rozhodnutí, kde se hovoří o nižším počtu zákazníků a rozdílném objemu odchozích hovorů. Žalovaný uvedl dvě okolnosti, které berou uživatelé na zřetel, jednak ceny, jež zaplatí za hovory, které sami uskuteční, jednak cenu, kterou zaplatí ten, který jim do „jejich" sítě volá. Byť se zdá, že jde o rozpor, jde však o typický projev jednoty protikladů, kdy táž věc má protikladné účinky na různé věci. Ačkoli totiž každý z těchto důvodů samostatně svědčí pro jiný modelový případ, skutečnost je taková, že se obě úvahy střetávají logicky právě v okamžiku, kdy je takovýto minoritní soutěžitel vystaven tlaku dominující konkurence; relativně vysoké ceny nastavené dominantním operátorem vlastním zákazníkům za volání do sítě konkurence mají sílu donutit Český Mobil hledat východisko a z hlediska výsledku je jistě pozoruhodné, že mu nenastaly existenční potíže a byl dokonce označen za nejúspěšnějšího mobilního operátora v počátečním roce své činnosti v České republice. I když si dokázal trh poradit i s takovou situací, neznamená to, že nebyl porušen zákon. Proto soud odmítá vnímat žalobcem vytýkané důvody v rovině axiómů. Pokud nenastaly nikterak dramatické důsledky pro Český Mobil, pak ovšem úvahy žalovaného o způsobené újmě zaslouží přesvědčivější zdůvodnění, jinak zůstávají pouze v rovině předpokladů; logickým zůstává závěr o tom, že každý krok konkurence znesnadňující přístup na trh vyvolává negativní účinek u toho, vůči němuž je směřován; že by se však mohly celková situace i vzájemný poměr podílů na trhu vyvíjet jinak, pokud by obstrukcí nebylo, je nabíledni. Navýšení cen bylo vzhledem k prokázaným zvýšeným nákladům výrazné, v některých případech i vícenásobné a nikoli nepodstatné. Soud shledává postup žalobce za natolik vybočující z hranic dovoleného chování soutěžitele s dominantním postavením, že ve shodě s žalovaným jej musí vnímat jako narušující hospodářskou soutěž. Žalovaný při popisu skutku vymezil jednání velmi přesně, avšak hovoří-li o újmě, pak soud poukazuje především na rozpor představovaný újmou, jak je vyjádřena ve výroku (nezískání očekávaného počtu klientů a rozdíl mezi příchozími a odchozími hovory) a újmou, jak je odůvodněna, totiž jako vyvolání stavu nerovných podmínek, za nichž musel Český Mobil soutěžit. Ačkoli je újma spočívající v nerovných podmínkách soutěže provázena obsáhlým dokazováním, Úřad na těchto zjištěních dále nepostavil výrok svého rozhodnutí, nýbrž na újmě způsobené Českému Mobilu, kterou ale přesvědčivě neprokázal. Jen stěží lze odhlédnout od faktu, že Český Mobil i přes překážky, které mu byly žalobcem prokazatelně kladeny, byl schopen zaujmout na trhu nepřehlédnutelnou pozici. Na druhé straně Úřad prokázal účtování vyšších částek do sítě RadioMobilu, než do sítě Českého Mobilu, přitom odůvodněnost těchto rozdílů neshledal (srov. ad 3) a tento rozdíl zcela oprávněně považoval za újmu vzniklou spotřebitelům – zákazníkům společnosti Eurotel; tato újma byla žalovaným vyjádřena ve výroku rozhodnutí, byla předmětem dokazování a byla také řádně odůvodněna. Právě takto formulované zneužití dominantního postavení pak Úřad posoudil v obou stupních nikoli podle § 9 odst. 3 písm. c), nýbrž dle generální klauzule, t. j. § 9 odst. 3 a v tomto smyslu oprávněně hovoří

o spotřebitelích a námitka stran „účastníků trhu" není namístě. Za dané situace by byl pokus o stanovení počtu zákazníků, kteří by se stali klienty Českého Mobilu, jestliže by ke zneužití dominantního postavení nedošlo, spíše spekulací, neboť k tomu účelu není ve správním spise shromážděn dostatek konstantních údajů. Ze stejného důvodu se soud domnívá, že ani není třeba trvat na tom, aby žalovaný kvantifikoval zájemce o službu Českého Mobilu, kteří se nakonec rozhodnou pro jiného operátora a odlišil důvody, pro které tak činí.

Ad 5) Žalobce namítá, že žalovaný překročil subjektivní lhůtu jednoho roku pro vydání rozhodnutí dle ustanovení § 14 odst. 5 zákona, v tehdy platném znění, podle něhož „pokutu může ministerstvo uložit do jednoho roku od zjištění porušení povinnosti, nejpozději však do tří let následujících po roce, ve kterém byla tato povinnost porušena." (Podle zákona č. 143/2001Sb., o ochraně hospodářské soutěže, § 22 odst. 5 pokuty lze uložit nejpozději do 3 let ode dne, kdy se o porušení zákazu nebo o nesplnění povinnosti stanovených tímto zákonem dozvěděl, nejpozději však do 10 let, kdy k porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti došlo). K otázce, zda za časový moment uložení pokuty je nutno chápat již vydání rozhodnutí správního orgánu I. stupně nebo až nabytí právní moci tohoto rozhodnutí, Nejvyšší správní soud pro stručnost (§ 17 odst. 1 s. ř. s.) odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 6. 2004, č. j. 5 A 1/2001 – 63, podle „je nutno citované ustanovení § 87 odst. 2 zákona č. 591/1992 Sb. interpretovat tak, že pokutu lze pravomocně uložit do jednoho roku ode dne, kdy se Komise pro cenné papíry dozvěděla o předmětných skutečnostech, nikoliv tedy že stačí, když je v uvedené lhůtě vydáno nepravomocné správní rozhodnutí. Uložením pokuty je teprve okamžik, kdy účastníku řízení vznikne právní povinnost rozhodnutí se podrobit a pokutu zaplatit; ta nastává materiální právní mocí rozhodnutí o uložení pokuty, protože teprve tímto okamžikem je dotčena právní sféra delikventa. Smyslem této zákonné úpravy je totiž stanovit prekluzivní lhůtu, po jejímž marném uplynutí nelze osobu, která se dopustila správního deliktu, postihovat." Soud s ohledem na zásadu předvídatelnosti rozhodnutí došel k závěru, že tomuto principu neodpovídá, aby se odchyloval od tohoto teoretického východiska jen v závislosti na náročnosti řízení v té které věci, jestliže k tomu zákonodárce nepřihlédl. Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že i v souzené věci je nutno ustanovení § 14 odst. 5 zákona č. 63/1991Sb. ve shodě s citovanou judikaturou interpretovat tak, že pokutu lze pravomocně uložit do jednoho roku ode dne, kdy „ministerstvo", zde Úřad, zjistí porušení povinností. Pod „uložením pokuty" je nutno chápat teprve skutečný, materiální zásah do právní sféry porušitele práva. Ten nastává až nabytím právní moci příslušného rozhodnutí, protože do té doby může být změněno či zrušeno v přezkumném řízení. Do nabytí právní moci rozhodnutí ještě není zcela jisto, že předmětná pokuta skutečně musí být zaplacena, v jaké výši a ke kterému časovému okamžiku.

Negativní dopad takto stanovené lhůty, která se nejeví odpovídající náročnému procesu zjišťování dominantního postavení účastníka řízení na trhu a provádění velmi složitého šetření, o čemž svědčí pravidelná obsažnost spisů, která je ve věcech hospodářské soutěže spíše pravidlem, je kompenzován počítáním lhůty právě od zjištění porušení povinnosti. V opačném případě by jednoroční lhůta prakticky znemožňovala řízení provést a dokončit u správních orgánů obou stupňů. Kdy tento okamžik nastává, naznačuje základní správní procesní předpis, správní řád, jímž se Úřad při svém rozhodování také řídí.

Podle § 3 odst. 4 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), kterého se ve smyslu § 12 odst. 8 zákona podpůrně použije, rozhodnutí správních orgánů musí vycházet ze spolehlivě zjištěného stavu věci. Podle § 32 odst.1 správní orgán je povinen zjistit přesně a úplně skutečný stav věci a za tím účelem si opatřit potřebné podklady pro rozhodnutí. Přitom není vázán jen návrhy účastníků řízení. Podle § 33 odst. 2 správní orgán je povinen dát účastníkům řízení možnost, aby se před vydáním rozhodnutí mohli vyjádřit k jeho podkladu i ke způsobu jeho zjištění, popřípadě navrhnout jeho doplnění. Podle § 34 odst. 1 k dokazování je možné použít všech prostředků, jimiž lze zjistit a objasnit skutečný stav věci a které jsou v souladu s právními předpisy. Podle § 46 rozhodnutí musí být v souladu se zákony a ostatními právními předpisy, musí být vydáno orgánem k tomu příslušným, vycházet ze spolehlivě zjištěného stavu věci a obsahovat předepsané náležitosti. Podle § 59 odst. 1 odvolací orgán přezkoumá napadené rozhodnutí v celém rozsahu; je-li to nutné, dosavadní řízení doplní, popřípadě zjištěné vady odstraní.

Na rozdíl od právních úprav, jímž postačí, že se správní orgán „dozví o porušení povinnosti", kdy lze vycházet ze zásady, že nemusí být najisto postaveno, že k porušení povinnosti došlo, v posuzovaném případě zákon hovoří o potřebě „zjistit porušení zákona". Bez větších interpretačních potíží tak lze dovodit, že okamžik zjištění porušení povinnosti je třeba vázat na provedené dokazování; v případě postupu podle § 12 zákona č. 63/1991 Sb. je to procesní úkon poskytnutí možnosti vyjádřit se k předmětu řízení a výsledkům šetření ve smyslu odstavce šestého. K tomuto úkonu byl žalobce vyzván dne 28. 5. 2001 na den 30. 5. 2001. Tohoto dne však seznámení se s výsledky šetření neproběhlo a bylo odloženo (č. l. 796, 800 správního spisu) na den 22. 6. 2001 a po dalších provedených důkazech znovu proběhlo dne 18. 7. 2001. Rozhodnutí předsedy žalovaného bylo vydáno dne 9. 5. 2002, nabylo právní moci dne 28. 5. 2002 a stalo se vykonatelným dne 10. 6. 2002, t. j. v zákonem předvídané jednoroční lhůtě. Z obsahu správního spisu je nad veškerou pochybnost zřejmé, že se žalovaný ke zjištění o porušení zákona dobral na základě velmi náročného procesu dokazování; nešlo o jednoduchý případ, a to nejen z hlediska právního hodnocení, což by nehrálo pro proces zjišťování rozhodující úlohu, ale především se jednalo o věc skutkově velmi složitou, o čemž svědčí obsah provedených důkazů. Co se odůvodnění výše uložené pokuty dotýká, Nejvyšší správní soud připomíná aplikaci institutu správního uvážení; žalovaný vyčerpal podmínky, jež § 14 odst. 4 zákona stanoví, když odůvodnil, že výše pokuty je odvozena od 0,186% čistého obratu dosaženého v roce 2000 (posledním ukončeném kalendářním roce) a že nevycházel z majetkového prospěchu soutěžitele v důsledku porušení povinností dle tohoto zákona. Dále již odůvodňuje vlastní správní uvážení, a to dle názoru soudu způsobem, který nesvědčí pro úvahu o voluntaristickém přístupu správního orgánu k aktu uložení sankce, přestože si soud dokáže představit podrobnější zdůvodnění. Správní orgán poukázal na závažnost porušení zákona s ohledem na velký počet spotřebitelů, jichž se toto jednání dotklo a tento pohled rozhodně nelze považovat za diskriminující velkého soutěžitele, neboť princip zneužívání postavení na trhu sám o sobě se váže jen k těm soutěžitelům, jejichž postavení na konkrétně vymezeném relevantním trhu je významné; nelze přitom srovnávat situaci na zcela odlišných trzích. Zákon o ochraně hospodářské soutěže nebyl v tomto ohledu nikdy shledán odporující ústavním principům.

Žalovaný zohlednil také řadu okolností jako přitěžujících i polehčujících a celá tato část rozhodnutí kompaktně dává přehled o myšlenkovém postupu žalobce při ukládání sankce. Lze akceptovat i stanovisko předsedy Úřadu, když výši pokuty nesnížil s poukazem celkovou délku jednání, totiž týkaje se zkrácení sledované doby o 1 měsíc, přičemž posouzena

zůstala doba 18 měsíců. Podle § 14 odst. 4 zákona žalovaný je oprávněn za porušení povinností uvedených v tomto zákoně uložit soutěžitelům pokutu až do výše 10 milionů 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. Odpovídá zásadě legality, aby rozhodnutí o pokutě bylo vymezeno konkrétním porušením povinnosti.

Samotná výše pokuty podle obou kritérií je věcí správního uvážení. Obsah rozhodnutí o porušení zákona, tedy v čem bylo porušení shledáno, předurčuje odůvodněnost uložení pokuty. Žalovaný, když o výši pokuty rozhodoval ve druhém stupni, konstatoval, že zkrácení celkové doby, po kterou protisoutěžní chování probíhalo, z hlediska závažnosti a způsobené újmy nemá vliv na výši uložené pokuty, a tudíž její výši nezměnil. Tento důvod s ohledem na provedené dokazování je dostačující proto, aby soud nahlížel na toto rozhodnutí jako na zákonné. Na druhé straně by bylo možné, aby soud v rámci své pravomoci a k návrhu sankci snížil, když zůstalo u újmy způsobené spotřebitelům. To by mohl ovšem pouze za předpokladu, že by trest byl uložen ve zjevně nepřiměřené výši (§ 78 odst. 2 s. ř. s.). Soud nezpochybňuje důvodnost tvrzení o způsobené újmě spotřebitelům, kdy je zřejmé, že každému ze zákazníků žalobce byla vysokými cenami volání do sítě Českého Mobilu způsobena újma. Byla-li původní výše pokuty určena více důvody, a to újmou způsobenou soutěžiteli a újmou způsobenou spotřebiteli, je třeba zvážit, zda a do jaké míry je její výše limitována okolností, že lze vycházet již jen z újmy způsobené toliko soutěžiteli. V daném případě pro uložení sankce byly naplněny všechny definiční znaky jak vymezeného skutku (§ 9 odst. 3), tak i podmínky pro uložení sankce jako takové (§ 14 odst. 4 zákona); dominantní postavení bylo prokázáno, k jeho zneužití došlo a újma bylo rovněž prokázána, maximální horní hranice pro uložení sankce nebyla překročena. Pokuta tedy byla uložena při naplnění všech předpokladů zákonem předepsaných a její uložení nelze považovat za nezákonné. Při úvaze o její přiměřenosti soud především odkazuje na tu okolnost, že její výše se pohybuje pod hranicí 0,2% z možných 10% z čistého obratu za poslední ukončený kalendářní rok. Při rozhodování o odkladu vykonatelnosti pokuty ve výši 48 miliónů Kč Vrchní soud v Olomouci odkázal výlučně na jediný důvod, proč tak činí, totiž s ohledem na krátkou lhůtu splatnosti 10 dnů, což mohlo způsobit potíže při splácení jiných pohledávek. Jiná okolnost, jež by hrozila závažnou újmou, shledána nebyla. Nejinak je tomu i v této situaci a částka, byť relativně vysoká, avšak v relaci se zákonnými limity, nejeví se být zjevně nepřiměřenou vzhledem k čistému obratu žalobce, ani s ohledem na jeho osobu a při absenci konkrétních důvodů, které by soud mohl vzít v úvahu. Komparace s jinými pokutami se nejeví být případná, protože soud nemá srovnání ani se zákonnými kriterii, které se v daných věcech uplatnily, ani nezná okolnosti těchto případů. Na druhé straně samotný žalobce vytýká srovnání s výší pokuty udělené Úřadem ve věci druhého významného operátora RadioMobil. Z hlediska kontextu odůvodnění prvostupňového rozhodnutí je patrné, že poukaz na paralelně probíhající řízení s druhým soutěžitelem neslouží jako zásadní argument pro uložení pokuty právě ve výši 48 miliónů Kč, nýbrž jako „ospravedlnění" toho, proč jinému soutěžiteli byla uložena nižší sankce. Soud neshledává v přítomnosti takové informace, ale ani v její případné absenci důvod, proč by odůvodnění výše uložené pokuty nemohlo jako celek obstát.

Ad 6) Žalobce uvádí řadu příkladů, jež označuje za nesprávný úřední postup mající za důsledek závažná procesní pochybení. Ačkoli by se z jejich popisu mohlo zdát, že jde o významné nedostatky v řízení před Úřadem, při zevrubném prostudování správního spisu soud dospěl k závěru, že požadavek na *fair* proces byl dodržen. Především žalobce měl možnost nahlížet do správního spisu, čehož také oprávněně využíval. O tom svědčí záznamy o nahlížení do spisů nejprve po zahájení řízení dne 21. 3. 2001, totiž 11. 4. 2001 (č. l. 539), dále pak ve dnech 12. 4. 2001 (č. l. 548), 19. 4. 2001 (č. l. 714), 24. 4. 2001 (č. l. 734), 15. 5. 2001 (č. l. 767), 20. 5. 2001 (č. l. 817), 30. 5. 2001 (č. l. 795); po té proběhlo seznámení se s výsledky šetření dne 22. 6. 2001 (č. l. 821) a dne 18. 7. 2001 (č. l. 912) další nahlížení do spisu a po doplnění dokazování svědeckými výpověďmi, jimž byl zástupce žalobce vždy přítomen, se uskutečnilo poslední nahlížení do spisu v souvislosti s opakovaným seznámením se výsledky šetření dne 13. 8. 2001 (č. l. 924). Při nahlížení do spisů dne 30. 5. 2001 byl zástupci žalobce až na jeho výslovnou žádost předložen úplný spis i s přílohami a dne 8. 8. 2001 v souvislosti s požadavkem nahlédnout do spisu dne 9. 8. 2001 za účelem podání rozkladu, byl zástupce žalobce odkázán až na pozdější termín, a to 13. 8. 2001 z důvodů nepřítomnosti příslušného referenta. Na tento postup si zástupce žalobce stěžoval u žalovaného a dne 13. 8. 2001 se uskutečnilo požadované nahlédnutí do spisu. Přitom rozhodnutí žalobce obdržel 6. 8. 2001 a 15 denní lhůta pro podání rozkladu vypršela 21. 8. 2001 a rozklad byl podán právě toho dne. V období po vydání rozhodnutí nebyl správní spis doplňován o žádné další listiny. Postupem Úřadu nebylo znemožněno rozklad podat, ani jej řádně připravit, když doba, o kterou byl žalobce zkrácen, představovala 2 pracovní dny. Žalobce v rámci žádného z vyjmenovaných procesních úkonů nahlížení do spisu nevznášel jiné námitky, zejména pokud jde o rozsah zpřístupněných listin. Z tohoto přehledu je patrné, že soud nemůže akceptovat výtku stran neumožnění účinně hájit svá práva v důsledku neseznámení se s obsahem správního spisu.

Žalobce vytýká Úřadu, že mu neumožnil vyjádřit se k předmětu řízení. Obsah správního spisu vypovídá o tom, že podnět k šetření došel Úřadu dne 29. 8. 2000. Žalobce dopisem ze dne 9. 10. 2000 odpovídá na požadavek Úřadu stran sdělení důvodů účtování nižších cen u jednotlivých tarifních programů služeb za odchozí hovory ze sítě Eurotel do mobilní sítě RadioMobilu a Českého Mobilu. Další dotaz žalovaného ohledně desetikorunového rozdílu při volání do sítě Českého Mobilu oproti volání do sítě RadioMobilu je zodpovězen žalobcem 24. 11. 2000. V témže měsíci jsou od žalobce jmenovitě vyžadovány doklady, které jsou založeny na č. l. 88 až 515 správního spisu, později zasílal k požadavkům Úřadu další podklady, např. oficiální ceníky své společnosti. K zahájení správního řízení (č. l. 83) došlo 21. 3. 2001 z důvodu rozdílně uplatněných cen. K předmětu řízení se žalobce vyjadřoval ústně při jednání dne 3. 4. 2001 (č. l. 523 až 532), dále dne 20. 5. 2001 (č. l. 817 - 818) dne 22. 6. 2001 (č. l. 821 - 823), dne 18. 7. 2001 (č. l. 912) zástupce žalobce byl přítomen výslechu svědků Ing. Slavíčka, Ing. Macha, Ing. Kolářové a Tolstoye s možností jim klást otázky, vyjadřoval se komentářem k jím zasílaným informacím (č. l. 549 - 552, 772 - 776). Nelze z výše uvedeného dovozovat takový postup žalovaného Úřadu, který by přímo nebo nepřímo bránil žalobci ve správním řízení uplatnit svá procesní práva, m.j. vyjádřit se k předmětu řízení. I když v rámci prováděného šetření došlo ke zpřesnění jeho předmětu, byl žalobce po celou dobu správního řízení o jednotlivých krocích Úřadu transparentně informován, jak v souvislosti s jednáními, tak i při seznamování se s výsledky šetření a žalobce měl také možnost spis řádně prostudovat. Úřad neučinil nic, čím by žalobci znemožnil nebo ztížil možnost komplexního vyjádření k věci, a to ať již při

ústním jednání nebo v písemné podobě. Předmět řízení byl zcela srozumitelně formulován, což potvrzují i přiléhavé odpovědi žalobce na různé dotazy vznášené Úřadem, ale také dotazy, jež sám adresoval vůči svědkům, kteří v řízení vystupovali. Rozdílně účtované ceny byly a zůstaly *alfou i omegou* celého řízení a obsah správního spisu v tomto směru nevzbuzuje žádné pochybnosti. Také správní orgán vycházel z listin, které shromáždil a řádně do spisu zakládal a o jejichž existenci žalobce dobře věděl, když do něj nahlížel.

Důvody, jak jsou v druhostupňovém rozhodnutí uvedeny, nesvědčí pro úvahu o porušování zásady dvouinstančnosti s poukazem na argumentaci pod b ad 4).

Soud při nařízeném jednání za použití § 49 odst. 2 s. ř. s. provedl důkaz listinou č. 736 správního spisu obsahující údaje o podílech telefonních operátorů na trhu. Vzhledem k tomu, že se tyto informace týkaly postavení na trhu a není o něm sporu, jak výše uvedeno, neshledává soud důvodnou námitku, že by v důsledku neseznámení se s touto informací v průběhu správního řízení mělo být rozhodnutí žalovaného zrušeno. Žalobce v průběhu správního řízení tuto výhradu nikdy nevznesl, netvrdil, ani nepopíral, že by jeho postavení na trhu nebylo vyšší 30%, a dokonce své dominantní postavení činí součástí marketingové strategie. S vyloučením veřejnosti byl proveden důkaz listinou týkající se podílu telefonních operátorů na trhu, z níž žalovaný také vycházel a byla dána možnost se k tomuto důkazu vyjádřit.

K porušení lhůt při vydávání rozhodnutí správním orgánem soud uvádí, že z hlediska právní teorie jde o pořádkové lhůty, jejichž nedodržení nepřináší s sebou ten důsledek, že by správní rozhodnutí mělo být zrušeno. Celková délka řízení před správním orgánem trvala 14 měsíců, což vzhledem ke složitosti případu není doba nepřiměřená. Správní řád (zákon č. 71/1967 Sb.) v § 49 umožňuje správnímu orgánu rozhodnout i v době delší, než 30 resp. 60 dnů, o čemž je povinen účastníka správního řízení s uvedením důvodů uvědomit. S porušením této povinnosti zákon žádnou sankci nespojuje, neboť se jedná o lhůty povahy pořádkové a jejich nedodržení nemá bezprostřední vliv na práva účastníků řízení, nestanoví-li jinak zvláštní zákon. Přitom 60 denní lhůta platí přímo ze zákona pro případy zvlášť složité. To že správní řád z roku 1967, podle něhož se tyto pořádkové lhůty stále řídí, koncipovaný za doby centrálně plánované ekonomiky a za zcela odlišných společenských a politických poměrů, ale i představ o budoucím vývoji společnosti, s takovýto typem řízení nepočítal, je prostým faktem. Úřad nebyl povinen ze zákona informovat účastníka řízení, že věc považuje za složitou a soud se domnívá, že v posuzované věci toho ani nebylo zapotřebí. Správní řízení bylo zahájeno dne 21. 3. 2001, dne 17. 5. téhož roku byla prodloužena lhůta pro vydání rozhodnutí do 31. 5. 2001. Oznámení o prodloužení lhůty bylo žalobci doručeno, ovšem bez udaných důvodů. S těmito důvody se však zástupce žalobce seznámil při nejbližším nahlížení do spisů dne 30. 5. 2001, neboť byly založeny ve spise na č. l. 769. K dalšímu prodloužení lhůty dochází 31. 5. 2001 do dne 30. 6. 2001 opět s důvody uvedenými ve spise (č. l. 796), žalobce je informován pouze o faktu prodloužení, ale o důvodech se dozvídá z nahlédnutí do spisu dne 18. 7. 2001. Žalobce dne 22. 6. 2001 navrhuje další výslech svědků, k čemuž také dochází dne 29. 6. 2001 a 9. 7. 2001. Z uvedeného je patrné, že se žalobce o důvodech prodloužení pořádkových lhůt fakticky dozvěděl, ovšem doba od 1. 7. do dne vydání rozhodnutí v prvém stupni, t. j. 20. 7. 2001 úkonem prodloužení lhůty pokryta není, i když v tomto případě došlo k vyhovění požadavkům žalobce na provedení dalších důkazů. Ačkoli to žalobce výslovně nenamítá, soud pro úplnost připomíná, že právě až pro dobu do vydání rozhodnutí o rozkladu správní spis

neobsahuje žádný úkon prodloužení lhůty. Naznačuje-li žalobce nesprávnou praxi soudů z pohledu Evropské Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, soud zdůrazňuje, že případ zásadních důsledků, které by byly s nedodržením lhůty případně spojeny, pamatuje soudní praxe, která vydání správního rozhodnutí po uplynutí lhůt uvedených v § 49 zák. č. 71/1967 Sb. (správního řádu) považuje za nesprávný úřední postup ve smyslu § 18 odst. 1 zákona č. 58/1969. O takový případ však zde již ze samotné povahy věci nejde (srov. NS ČR 2Cdon 607/97).

IX. Závěr

Ze všech shora uvedených důvodů Nejvyšší správní soud žalobu podle § 78 odst. 7 s. ř. s. jako nedůvodnou v plném rozsahu zamítl.

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, Posrer, 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 a 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.

V posuzovaném případě byl vstup na trh novému soutěžiteli neoprávněně ztížen, a proto Úřad oprávněně zasáhl, aby optimální podmínky na trhu byly zachovány.

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, nýbrž ochrana hospodářské soutěže. V daném případě má soud za to, že i těmto požadavkům rozhodnutí žalovaného vyhovělo.

X. Náklady řízení

O náhradě nákladů řízení soud rozhodl v souladu s ust. § 60 odst. 1, 4 a 7 s. ř. s., neboť i když žalovaný má ze zákona právo proti neúspěšnému účastníkovi právo na náhradu nákladů řízení, které uplatnil, může soud výjimečně rozhodnout, že se náhrada nákladů státu zcela nepřizvává. Soud tak učinil s ohledem na skutečnost, že ze zákona není pro žalovaný správní orgán zastoupení advokátem povinné a Úřad disponuje vlastními odborníky s právním vzděláním, kteří mohou před soudem vystupovat.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3, § 120 s. ř. s.).

V Brně dne 21. 12. 2004

JUDr. Václav Novotný, v. r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Zlata Buchtová

Nejvyšší správní soud v Brně - 12 -