



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Milana Procházky a soudců JUDr. Petra Polácha a Mgr. Petra Šebka v právní věci žalobců: a) **T-Mobile Czech Republic a. s.**, se sídlem v Praze 4, Tomíčkova 2144/1, zastoupeného Dr. Pavlem Randlem, LL.M. advokátem, se sídlem v Praze 4, Hvězdova 1716/2b, a b) **Vodafone Czech Republic a. s.**, se sídlem v Praze 10, Vinohradská 167, zastoupeného Mgr. Janou Pattynovou, LL.M., advokátkou, se sídlem v Praze 1, Na Příkopě 9, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem v Brně, třída Kpt. Jaroše 7, zastoupenému JUDr. Kristinou Škampovou, advokátkou, se sídlem v Brně, Pellicova 8a, o žalobách proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 9. 2004, č. j. R 38,39/2003,

t a k t o :

- I. Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 9. 2004, č. j. R 38,39/2003, **se zrušuje** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- II. Žalovaný **je povinen** zaplatit na náhradě nákladů řízení žalobci a) částku 4904,- Kč k rukám Dr. Pavla Randra, advokáta se sídlem v Praze 4, City Tower, Hvězdova 1716/2b, do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- III. Žalovaný **je povinen** zaplatit na náhradě nákladů řízení žalobci b) částku 4602,- Kč k rukám Mgr. Jany Pattynové, LL.M., advokátky, se sídlem v Praze 1, Na Příkopě 9, do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku.
- IV. Žalovaný **nemá právo** na náhradu nákladů řízení o žalobě.

- V. Žalovanému **se nepřiznává** náhrada nákladů řízení o kasačních stížnostech proti rozsudkům Krajského soudu v Brně ze dne 3. 11. 2005, č.j. 31 Ca 107/2004 – 178, ze dne 29. 12. 2005, č.j. 31 Ca 104/2004-222, a ze dne 11. 12. 2009, č. j. 62 Ca 50/2007-338.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce a) a žalobce b) podali ke Krajskému soudu v Brně samostatné žaloby, kterými se domáhali zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 9. 2004, č.j. R 38,39/2003, jakož i jemu předcházejícího rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 10. 2003, č. j. S 165/03-6152/03-ORP.

I. Podstata věci

Předseda žalovaného výrokem I. rozhodnutí ze dne 15. 9. 2004 změnil bod 1. výroku rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 10. 2003 tak, že se žalobci tím, že ve Smlouvě o propojení telekomunikačních zařízení a sítí ze dne 20.12.2000 uzavřeli a následně plnili

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

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

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

porušili v době od 20.12.2000 do 30.6.2001 § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže ve znění pozdějších předpisů (dále též „ZOHS 1991“), a od 1.7.2001 do 31.7.2003 § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů ve znění pozdějších předpisů (dále též „ZOHS 2001“), uzavřením a následným plněním zakázaných dohod o nepřímém určení obchodních podmínek, které vedou k narušení hospodářské soutěže na trhu provozování veřejných telekomunikačních sítí.

Výrokem II. napadeného rozhodnutí předseda žalovaného bod 2. výroku prvostupňového rozhodnutí potvrdil. Touto částí výroku žalovaný v prvním stupni správního řízení za uzavření zakázaných dohod specifikovaných ve výrokové části 1. uložil v souladu s § 22 odst. 2 ZOHS 2001 žalobci b) pokutu ve výši 4.500.000,- Kč a žalobci a) pokutu ve výši: 12.000.000,- Kč.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce a) nesouhlasí s věcným vymezením relevantního trhu. Provozování veřejných telekomunikačních sítí totiž není službou ani zbožím. Žalovaný rovněž nesprávně vyložil smlouvu o propojení. Podle žalobce a) nelze předmětný článek smlouvy vyložit jako zákaz nepřímého propojení.

Žalobce a) také namítá, že závěr žalovaného o tom, že by účastníci smlouvy o propojení mohli využívat výhodnějších způsobů propojení nemá oporu v provedeném dokazování. Žalobce a) má za to, že žádná ekonomicky srovnatelná alternativa přímého propojení neexistovala. Připouští přitom, že společnost ČESKÝ TELECOM, a. s. od počátku roku 2000 do konce roku 2001 platila za ukončení hovoru v síti žalobce a) cenu za propojení na úrovni 3 Kč/min., tedy cenu výrazně nižší, než měl platit žalobce b) žalobci a). Tuto cenu však společnost ČESKÝ TELECOM, a. s. hradila bez jakékoli opory ve smluvních ujednáních a Český telekomunikační úřad později jednoznačně potvrdil, že cenou ukončení hovoru ze sítě společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s. do sítě žalobce a) měla být cena ve výši 6,50 Kč.

Uložení pokuty za jednání, které žalobci měli spáchat před účinností ZOHS 2001, je podle žalobce a) nepřijatelnou retroaktivní aplikací sankčního ustanovení. Navíc pro uložení pokuty uplynula prekluzivní lhůta podle ZOHS 1991.

Žalobce a) rovněž namítá, že mu nebylo umožněno ověřit, zda podíl žalobců na relevantním trhu přesahuje hranici *de minimis*, neboť mu nebyly zpřístupněny příslušné údaje s odkazem na obchodní tajemství. Z opatrnosti proto také namítá splnění podmínky *de minimis*.

Žalobce a) tedy navrhuje napadené rozhodnutí zrušit, případně od uložení pokuty upustit.

Žalobce b) s napadeným rozhodnutím rovněž nesouhlasí. Namítá, že skutková zjištění jsou nedostatečná, nemají oporu ve spisech, předseda žalovaného překročil zákonem stanovené meze správního uvážení. Dále žalobce b) nesouhlasí s posouzením předmětné propojovací smlouvy jako horizontální dohody a namítá, že na danou věc dopadalo pravidlo *de minimis*. Žalovaný také nesprávně vymežil relevantní trh. Žalobce b) rovněž argumentuje tím, že byl nucen jednat v rozporu se ZOHS na základě rozhodnutí Českého telekomunikačního úřadu. Rovněž nebylo zohledněno, že žalobce b) byl v dobré víře, že propojovací smlouva není smlouvou výhradně vyžadující přímé propojení.

Pokud jde o pokutu, žalobce b) namítal její zjevnou nepřiměřenost, neboť předmětné jednání nemělo žádný dopad na relevantní maloobchodní ani velkoobchodní trh, navíc žalobce postupoval podle pokynů Českého telekomunikačního úřadu. Žalobce b) také sám požádal žalovaného o posouzení propojovací smlouvy.

Žalobce b) tedy navrhuje napadené rozhodnutí zrušit, případně od uložené pokuty upustit.

Žalovaný ve svém vyjádření s podanými žalobami nesouhlasí a svoje rozhodnutí považuje za souladné se zákonem. Vymezení relevantního trhu je podle jeho názoru správné. Nesouhlasí s tím, že by smlouva nepřímé propojení povolovala. Podle jeho názoru se přitom jednalo o horizontální dohodu narušující soutěž ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS. Uložené pokuty považuje za zákonné a přiměřené. Obě žaloby tedy navrhuje zamítnout.

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

III. Dosavadní průběh řízení před správními soudy

Krajský soud v Brně o žalobách obou žalobců již rozhodoval.

Ve vztahu k žalobě žalobce b) krajský soud rozsudkem ze dne 3. 11. 2005, č.j. 31 Ca 107/2004 – 178, vyslovil, že rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 15.9.2004 i rozhodnutí žalovaného ze dne 27.10.2003 jsou nicotná. Krajský soud dospěl k závěru, že k posuzování souladu dohod obsažených ve Smlouvě o propojení telekomunikačních zařízení a sítí ze dne 20.12.2000, vč. dílčích příloh, uzavřených mezi žalobci podle § 38 a násl. zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích, (dále též „telekomunikační zákon“), s požadavky ochrany hospodářské soutěže je povolán výlučně Český telekomunikační úřad, nikoli orgán jinak obecně příslušný - žalovaný.

Tento rozsudek však byl Nejvyšším správním soudem zrušen (rozsudkem ze dne 27.11.2007, č.j. 8 As 54/2006 - 276) s tím, že oprávnění žalovaného posoudit soulad smlouvy o propojení sítí uzavřené dle § 38 a násl. telekomunikačního zákona s požadavky ochrany hospodářské soutěže, vyplývá z právních předpisů účinných v době jeho rozhodování.

Ve vztahu k žalobě žalobce a) krajský soud rozhodl rozsudkem ze dne 29.12.2005, č.j. 31 Ca 104/2004-222, tak že rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 15.9.2004 i rozhodnutí žalovaného ze dne 27.10.2003 jsou nicotná. Svůj závěr odůvodnil shodně jako ve výše popsáném rozsudku sp.zn. 31 Ca 107/2004.

Tento rozsudek však byl Nejvyšším správním soudem zrušen (rozsudkem ze dne 26.9.2007, č.j. 5 As 51/2006-287) s tím, že oprávnění žalovaného posoudit soulad smlouvy o propojení sítí uzavřené dle § 38 a násl. telekomunikačního zákona s požadavky ochrany hospodářské soutěže, vyplývá z právních předpisů účinných v době jeho rozhodování.

Zdejší soud tedy rozhodoval o žalobě žalobce a) znovu a rozsudkem ze dne 11. 12. 2009, č. j. 62 Ca 50/2007-338, napadené rozhodnutí i jemu předcházející rozhodnutí žalovaného zrušil. Dospěl totiž k závěru, že bylo-li předmětem správního

řízení jen uzavření zakázaných dohod, došlo k dokonání šetřeného skutku již 20. 12. 2000. Z důvodu zákazu retroaktivity tak nemohlo dojít k porušení až následně účinného ZOHS 2001, přičemž pro porušení ZOHS 1991, nebylo předmětné správní řízení mající sankční charakter ani zahájeno ani vedeno. Byl-li tak posuzován jednorázový úkon uzavření, který byl realizován a dokonán dne 20. 12. 2000 (tj. za účinnosti ZOHS 1991), nelze jej trestat podle ZOHS 2001, který nabyl účinnosti až 1. 7. 2001. Uzavřením smlouvy dne 20. 12. 2000 nemohlo v žádném případě dojít k porušení ZOHS 2001, neboť by se jednalo o pravou retroaktivitu, která je v rozporu s ústavními principy českého právního pořádku. I kdyby však bylo předmětné správní řízení vedeno pro porušení ZOHS 1991, pak by dle jeho § 14 odst. 5 mohla být pokuta uložena jen do jednoho roku od zjištění porušení povinnosti, o kterém žalovaný věděl již na podzim 2001. Rozhodnutí žalovaného však bylo vydáno až 27. 10. 2003, kdy tato subjektivní prekluzivní lhůta již uplynula. Napadeným rozhodnutím předsedy žalovaného se staly výroky rozhodnutí logicky rozpornými, neboť po změně výroku 1. je žalobcům vytýkáno i následné plnění, avšak potvrzeným výrokem 2. jsou pokuty uloženy jen za uzavření zakázaných dohod. Tímto postupem předseda žalovaného též rozšířil původně vymezený předmět řízení.

Ani toto v pořadí druhé rozhodnutí zdejšího soudu však před Nejvyšším správním soudem neobstálo a bylo rozsudkem ze dne 27. 5. 2011, č. j. 5 Afs 53/2010-420, zrušeno a věc vrácena zdejšímu soudu k dalšímu řízení. V tomto zrušovacím rozsudku zavázal Nejvyšší správní soud krajský soud závazným právním názorem mj. i v tom, že žalobce a) nebyl poškozen v realizaci svého práva na obhajobu tím, že předseda žalovaného až v rozhodnutí o žalobcově rozkladu změnil vymezení předmětu řízení z „uzavření“ zakázaných dohod na „uzavření a následné plnění“ těchto dohod.

Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že tato změna popisu skutku nevedla k rozšíření právní kvalifikace vytýkaného jednání, neboť „uzavření“ a „uzavření a plnění“ vytýkaných dohod je jediným deliktem proti hospodářské soutěži. Žalobce si byl přitom vědom, že žalovaným je prošetřováno nejen samotné uzavření dohod, ale i jejich následné plnění.

Podle Nejvyššího správního soudu je zjevné, že trvající deliktní jednání žalobce a) započaté za účinnosti ZOHS 1991 trvalo i za účinnosti ZOHS 2001, proto je třeba toto jednání považovat za spáchané za účinnosti ZOHS 2001. Je přitom zjevné a žalobcem není ani zpochybňováno, že totéž jednání bylo deliktem i podle § 3 odst. 1 předchozího zákona, t. j. ZOHS 1991. Žalovaný a jeho předseda proto nepochybili, pokud žalobci uložili pokutu podle § 22 odst. 2 ZOHS 2001, neboť ještě za jeho účinnosti trvající vytýkané jednání žalobce trvalo.

Otázku případné prekluze je pak třeba ze stejných důvodů (trvání vytýkaného jednání i za účinnosti ZOHS 2001) posuzovat nikoli podle ZOHS 1991, ale právě podle ZOHS 2001, podle jehož § 22 odst. 5 lze pokuty podle odstavců 1 až 3 uložit nejpozději do 3 let ode dne, kdy se o porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti stanovených tímto zákonem žalovaný dozvěděl, nejpozději však do 10 let, kdy k porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti došlo. Nejvyšší správní soud poukázal na

to, že „podle údajů podávajících se ze správního spisu se o vytykaném jednání žalovaný dozvěděl až po předběžném šetření provedeném po dotazu obdrženém „na podzim 2001“. Bylo-li pak celé správní řízení ukončeno rozhodnutím předsedy žalovaného z 15. 9. 2004, které nabylo právní moci 16. 9. 2004, nelze učinit jednoznačný pozitivní závěr o tom, že by ke dni právní moci rozhodnutí předsedy žalovaného již uplynula subjektivní 3-letá lhůta pro uložení pokuty. Dlužno konstatovat, že zjištěním okamžiku, kdy se žalovaný skutečně o vytykaném jednání žalobce dozvěděl, se krajský soud - veden odlišnými úvahami - dosud nezabýval. Jeho závěr o prekluzi práva žalovaného uložit pokutu je proto předčasný“.

Nejvyšší správní soud konečně nepřisvědčil krajskému soudu ani v závěru o rozpornosti výroku 1. rozhodnutí žalovaného ve znění, jak byl tento výrok změněn rozhodnutím předsedy žalovaného, s výrokem 2. rozhodnutí žalovaného. Sankce se totiž „zásadně ukládá za delikt jako takový, tedy za skutek. Dílčí vady popisu skutku, jsou-li z popisu skutku evidentní, pak nemohou mít na zákonnost uložené sankce žádný vliv. Jakkoli tedy lze přisvědčit krajskému soudu, že změnil-li předseda žalovaného výrok 1. rozhodnutí z 27. 10. 2003, bylo na místě této změně přizpůsobit i výrok 2., je ze spojení rozhodnutí žalovaného a jeho předsedy nepochybné, za jaký delikt - skutek - je sankce žalobci uložena. Krajským soudem vytykaná odlišnost výroků 1. a 2. rozhodnutí ze dne 27. 10. 2003, po změně výroku provedené napadeným rozhodnutím žalovaného, je tak pouze marginální a nedosahuje takové intenzity, že by bylo možno učinit závěr o rozpornosti předmětného rozhodnutí. Jakkoli se neodstraněním této odlišnosti dopustil předseda žalovaného vady řízení, nebyla tato vada způsobilá přivodit nezákonné rozhodnutí o věci samé a není proto důvodem pro jeho zrušení [§ 76 odst. 1 písm. c) s. ř. s.]“.

Zdejší soud následně spojil řízení vedená o žalobách obou žalobců, neboť obě žaloby směřovaly proti témuž správnímu rozhodnutí.

Poté soud řízení o žalobách přerušil. Ve věci vedené pod sp. zn. 7 Afs 122/2009 totiž posuzoval sedmý senát Nejvyššího správního soudu případ po skutkové i právní stránce v zásadě shodný, jako je věc právě řešená. Jednalo se o posouzení smlouvy o propojení ze dne 22. 3. 2001 uzavřené mezi společností Eurotel Praha spol. s r. o. (nyní Telefónica Czech Republic, a. s.) a žalobcem b). Rovněž v této věci byla prvostupňovým rozhodnutím uložena pokuta jen za „uzavření“ zakázaných dohod a až v rozhodnutí o rozkladu byli účastníci řízení sankcionováni za „uzavření a následné plnění“ těchto dohod. Sedmý senát se přitom v této věci neztotožnil se shora popsáním závěrem pátého senátu o tom, že za tohoto stavu nedošlo k porušení práva účastníků správního řízení na obhajobu a předložil věc usnesením ze dne 21. 7. 2011, č. j. 7 Afs 122/2009-294, podle § 17 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu. Ten posuzoval zda změnu vymezení předmětu řízení z „uzavření“ zakázaných dohod na „uzavření a následné plnění“, ke které došlo až v rozhodnutí předsedy žalovaného o rozkladu, lze považovat za pouhé upřesnění předmětu řízení či změnu popisu skutku, či zda se jedná o zásadní rozšíření předmětu řízení a o porušení práva na obhajobu.

Zdejší soud v souladu s usnesením rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 7. 2008, č. j. 9 Afs 59/2007-56, dospěl k závěru že za daného stavu mohlo mít rozhodnutí rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 7 Afs 122/2009 vliv na rozhodování o žalobách v této věci, neboť by mohlo zvrátit závazný právní názor zaujatý ve zrušovacím rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 5. 2011, č. j. 5 Afs 53/2010-420, a proto řízení přerušil do doby rozhodnutí rozšířeného senátu ve věci sp. zn. 7 Afs 122/2009.

Rozšířený senát ve věci sp. zn. 7 Afs 122/2009 rozhodl usnesením ze dne 18. 9. 2012 takto:

„I. Součástí skutkové podstaty správního deliktu uzavření dohody narušující hospodářskou soutěž podle § 3 odst. 1 a 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, a podle § 3 odst. 1 a 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, je jak samotné uzavření takové dohody, tak i její plnění.

II. Změní-li správní orgán rozhodující o rozkladu rozhodnutí vydané o výše uvedeném správním deliktu v prvním stupni tak, že ve výroku o vině doplní do popisu skutku i plnění zakázané dohody, jedná se v případě, že s takovýmto vymezením skutku byli účastníci seznámeni již v průběhu řízení před správním orgánem rozhodujícím v prvním stupni, pouze o upřesnění popisu skutku, nikoliv o jeho rozšíření“.

Zdejší soud proto následně pokračoval v řízení. Neshledal přitom důvodnou žádost žalobce a) o další přerušování řízení s ohledem na probíhající řízení o určení ve vztahu k dané smlouvě o propojení, neboť k žalobcem tvrzeným absurdním důsledkům podle soudu dojít nemůže. Přestože se obě řízení (jak o určení souladu smlouvy o propojení se zákonem, tak o správním deliktu žalobců) týkají téže smlouvy o propojení, jedná se o samostatná řízení. Současně je však podle zdejšího soudu třeba závěry, k nimž soud dospěl v řízeních vedených o žalobě proti rozhodnutí žalovaného vydané v řízení o určení, zásadně aplikovat i v řízení tomto, neboť jak rozhodnutí o určení tak rozhodnutí o správním deliktu se vztahují k téže smlouvě o propojení. Soud pouze dodává, že existence jiného řízení, jehož výsledek by mohl mít vliv na rozhodování soudu, nezpůsobuje povinnost soudu řízení přerušit, ale přerušování řízení je na uvážení rozhodujícího senátu, resp. jeho předsedy, který pro přerušování řízení v nyní projednávané věci žádný relevantní důvod neshledal.

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

IV. Posouzení věci

Žaloby byly podány včas (§ 72 odst. 1 s. ř. s.), osobami k tomu oprávněnými (§ 65 odst. 1 s. ř. s.), přitom jde o žaloby přípustné (zejména § 65, § 68 a § 70 s. ř. s.).

Soud napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) a shledal, že žaloby jsou důvodné. Přitom byl podle § 110 odst. 3 s. ř. s. vázán právním názorem Nejvyššího správního soudu vysloveným ve výše popsanych zrušovacích rozsudcích.

Zdejší soud při posuzování dané věci vyšel i ze svého rozsudku ze dne 7. 6. 2011, č. j. 62 Af 37/2010-566, a rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 3. 2012, č. j. 9 Afs 59/2011-644, které se vztahovaly k téže smlouvě o propojení uzavřené mezi týmiž účastníky (žalobci).

Pokud jde o otázku porušení práva žalobce a) na obhajobu, tak tu vyřešil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 27. 5. 2011, č. j. 5 Afs 53/2010-420, a rozšířený senát Nejvyššího správního soudu ve svém usnesení ze dne 18. 9. 2012 ve věci sp. zn. 7 Afs 122/2009. Je tedy třeba pouze zrekapitulovat, že žalobce a) nebyl poškozen v realizaci svého práva na obhajobu tím, že předseda žalovaného až v rozhodnutí o žalobcově rozkladu změnil vymezení předmětu řízení z „uzavření“ zakázaných dohod na „uzavření a následné plnění“ těchto dohod, neboť tato změna popisu skutku nevedla k rozšíření právní kvalifikace vytýkaného jednání. „Uzavření“ a „uzavření a plnění“ vytýkaných dohod je totiž jediným deliktem proti hospodářské soutěži. Žalobce a) si byl přitom vědom, že žalovaným je prošetřováno nejen samotné uzavření dohod, ale i jejich následné plnění, neboť byl s takovýmto vymezením skutku seznámen již v průběhu řízení před správním orgánem rozhodujícím v prvním stupni.

Podle Nejvyššího správního soudu je zjevné, že trvající deliktní jednání žalobce a) započaté za účinnosti ZOHS 1991 trvalo i za účinnosti ZOHS 2001, proto je třeba toto jednání považovat za spáchané za účinnosti ZOHS 2001. Je přitom jasné a žalobcem to není ani zpochybňováno, že totéž jednání bylo deliktem i podle § 3 odst. 1 předchozího zákona, tj. ZOHS 1991. Žalovaný a jeho předseda proto nepochybili, pokud žalobci uložili pokutu podle § 22 odst. 2 ZOHS 2001, neboť ještě za jeho účinnosti trvající vytýkané jednání žalobce a) trvalo.

Pokud jde o vymezení relevantního trhu, tak zde soud neshledal žádnou nezákonnost.

Relevantním trhem se v souladu s § 2 odst. 2 ZOHS 2001 rozumí trh zboží, které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné, a to na území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedících území. Při aplikaci soutěžního práva je obecně přijímanou též definice, podle níž se relevantním trhem rozumí prostorový a časový souběh nabídky a poptávky po takovém zboží ve formě výrobků nebo služeb, které je z hlediska uspokojování určitých potřeb uživatelů těchto výrobků nebo služeb shodné nebo vzájemně zastupitelné. Vymezuje-li se relevantní trh, pak se zkoumá jak, čím a kde jsou potřeby spotřebitelů uspokojovány. Vymezení relevantního trhu po stránce věcné je založeno na posouzení věcného charakteru statků, které jsou shodné nebo vzájemně zastupitelné, přičemž klíčovým je hledisko konečného spotřebitele; jeho pohledem je tedy určováno, zda jednotlivá

nabízená plnění (zboží ve formě výrobků či služeb) jsou či mohou být využita ke stejnému účelu, zda plní stejnou funkci a zda je lze nahradit plněním, jež má z jeho pohledu též význam a tutéž hodnotu. Plnění, které sice vykazuje podobné znaky, avšak nemá z pohledu konečného spotřebitele též význam a tutéž hodnotu, a je tak zastupitelné toliko částečně, není plněním na témže relevantním trhu.

Pokud jde o věcné vymezení relevantního trhu provedené žalovaným, pak soud pohledem uplatněných žalobních bodů nezjistil žádný podstatný argument, pro který by se toto vymezení mohlo jevit jako nesprávné. Naopak úvahy žalovaného, zachycené na str. 5 a 6 prvostupňového rozhodnutí, korespondují se skutkovými zjištěními, jsou vzájemně logické a věcně konzistentní a soud je přijímá. I soud má za to, že relevantním trhem je trh provozování veřejných telekomunikačních sítí. Oba účastníci smlouvy (žalobci) provozují veřejnou mobilní telekomunikační síť a poskytují mobilní telekomunikační služby, které s touto sítí souvisejí. Lze přitom souhlasit i s tím závěrem žalovaného, že k přenosu telekomunikační služby (tedy služby, jejíž poskytování spočívá zcela nebo zčásti v přepravě nebo směřování informací telekomunikačními sítěmi třetím osobám - § 2 odst. 5 telekomunikačního zákona) může docházet prostřednictvím pevné i mobilní sítě.

Soud se přitom neztotožňuje s tím, že by relevantní trh, tak jak byl vymezen, nebyl vázán na služby ani výrobky, a byl tak stanoven v rozporu s § 2 odst. 2 ZOHS 2001. Soud má totiž za to, že za službu v širším slova smyslu lze považovat právě „propojení sítí“ účastníků dohody, tedy zajištění toho, aby se hovor od zákazníka ze sítě jednoho z účastníků dostal k zákazníkovi v síti druhého účastníka dohody.

Soud tedy neshledal důvodným žádný žalobní bod, jímž je zpochybňováno vymezení relevantního trhu.

Dále žalobci namítají, že propojovací smlouva umožňovala i nepřímé propojení.

Z obsahu Smlouvy o propojení telekomunikačních zařízení a sítí ze dne 20.12.2000 uzavřené mezi žalobci, jejíž nedílnou součástí je Příloha A – Popis propojovacího bodu, technické vlastnosti, testování a propojovací kapacita (Příloha A obsahuje přílohu A1, A2 a A3), Příloha B – Poskytované služby, Příloha C – Ceny za propojení (Příloha C obsahuje přílohu C1), Příloha D – Fakturace a účtování, Příloha E – Adresy a kontaktní osoby, Příloha F – Údaje o vzájemném provozu, ve znění Dodatku č. 1 ke Smlouvě o propojení ze dne 25.5.2001, vyplývá, že strany této smlouvy se v čl. 3.1 dohodly, že „*propojení sítí se realizuje výhradně v propojovacích bodech prostřednictvím propojovacích spojů. Propojovací body jsou popsány v Příloze A této smlouvy*“. Příloha A pak detailněji popisuje propojovací body a technické vlastnosti obou propojovaných sítí, a to zejména umístění propojovacích bodů, specifikaci a kapacitu zařízení a vlastnosti telefonního propojení. Z čl. 6.6 je zřejmé, že po dobu neexistence přímého propojení mezi sítěmi žalobců si budou obě strany poskytovat služby tranzitem, prostřednictvím pevné sítě společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. Tento provoz se bude řídit touto smlouvou a podmínkami sjednanými každou smluvní stranou se společností ČESKÝ TELECOM, a.s. Z čl. 7.1 vyplývá

dohoda stran, že „za služby poskytnuté druhé smluvní straně podle této smlouvy bude každá smluvní strana účtovat ceny za propojení uvedené v Příloze C. Tyto ceny nezahrnují DPH a jsou uváděny a budou hrazeny v českých korunách (Kč)“. Podle přílohy C1 a dodatku č. 1 ke smlouvě o propojení pak byla cena za minutu propojení za hlasový, faxový a datový provoz ze sítě jedné smluvní strany do sítě druhé smluvní strany od 17. 4. 2000 do 30. 4. 2001 7,45 Kč a od 1. 5. 2001 do 31. 12. 2001 6,50 Kč.

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

Shodně se ostatně k této otázce postavil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 21. 4. 2010, č. j. 9 Afs 109/2009-180, (který se vztahuje k téže smlouvě o propojení), kde uvedl, že „argumentace stěžovatele (pozn. zdejšího soudu: tj. žalobce a), že Smlouva nepřímé propojení vůbec neupravuje a účastníkům tedy nic nebránilo do budoucna takovou smlouvu uzavřít, není důvodná. Tím, že Smlouva omezila nepřímé propojení pouze na případy neexistence přímého propojení a nedostatečné kapacity, současně omezila všechny další možnosti využití nepřímého propojení a tím využití nepřímého propojení fakticky vyloučila“. Z uvedeného je tedy zřejmé, že předmětná smlouva o propojení zavazovala smluvní strany (oba žalobce) k tomu, aby veškeré propojení realizovali pouze prostřednictvím přímého propojení. Tato námitka tak důvodná není.

Žalobce a) také namítá, že závěr žalovaného o tom, že by účastníci smlouvy o propojení mohli využívat výhodnějších způsobů propojení nemá oporu v provedeném dokazování. Žalobce a) má za to, že žádná ekonomicky srovnatelná alternativa přímého propojení neexistovala. Současně však připouští, že společnost ČESKÝ TELECOM, a. s. od počátku roku 2000 do konce roku 2001 hradila za ukončení hovoru v síti žalobce a) cenu za propojení na úrovni 3 Kč/min.

Ani tuto námitku soud důvodnou neshledal. Právě možnost propojení sítí žalobců za cca 3 Kč prostřednictvím společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. byla oním výhodnějším způsobem propojení. Pokud žalobce a) nijak nezpochybňuje fakt, že v rozhodnou dobu společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. skutečně nabízela propojit síť žalobců za cca 3 Kč a naopak to v žalobě výslovně potvrzuje, nelze shledat tuto jeho námitku důvodnou. Soud má totiž narozdíl od žalobce a) za to, že existenci možnosti propojení sítí žalobců prostřednictvím společnosti ČESKÝ TELECOM, a.s. za cca 3 Kč nemůže nijak zpochybnit ani to, že společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. tuto cenu stanovila v rozporu se zákonem o cenách. I kdyby tomu tak bylo, byla by to společnost

ČESKÝ TELECOM, a.s., k jejíž tíži by šlo nezákonné (nezákonně nízké) stanovení výše ceny za propojení. Žalobce b), který by tohoto propojení využil, by tak skutečně platil méně, než žalobcem a) požadovaných 6,50 Kč za minutu. Ani nezákonné stanovení cen tedy nijak neovlivňuje to, že na trhu výhodnější nabídka existovala.

Soud zde však považuje za nezbytné zmínit, že skutečnost, že společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. nabízela propojit síť žalobců za cca 3,- Kč, je v napadeném rozhodnutí toliko konstatována, aniž by bylo uvedeno, z čeho žalovaný tuto informaci získal. V daném případě však žalobce a) proti tomuto nijak nebrojí a soud vázán žalobními body se této otázce *ex offio* věnovat nemůže. Žalobci (a logicky ani žalovaný) tedy pravdivost této informace nezpochybňují, tato skutečnost tak není mezi účastníky spornou a soud ji tak považoval za zjištěnou

Sporné je mezi žalobci a žalovaným rovněž to, jestli se jedná o dohodu horizontální nebo vertikální. Postavení této skutečnosti na jisto je přitom nezbytné pro správné užití pravidla *de minimis* (§ 6 ZOHS 2001).

Podle § 5 ZOHS 2001 jsou dohody soutěžitelů, kteří působí na stejné úrovni trhu zboží, horizontálními dohodami (odst.1), zatímco dohody soutěžitelů, kteří působí na různých úrovních trhu zboží, vertikálními dohodami (odst. 2).

Jak je již poukázáno výše, relevantním trhem je v daném případě trh tak, jak jej vymezil žalovaný, tedy „trh provozování veřejných telekomunikačních sítí“. Na tomto trhu přitom žalobci nepochybně jsou konkurenty. Oba žalobci jsou telekomunikačními operátory, kteří mezi sebou „bojují“ na tomto trhu o zákazníky, jimž by poskytovali hlasové, datové a další telekomunikační služby. Jak ale připouští některá odborná literatura (např. Raus, D., Neruda, R.: Zákon o ochraně hospodářské soutěže, Komentář a souvisící české a komunitární předpisy, 2. aktualizované a přepracované vydání, LINDE PRAHA, 2006, s. 122), i dohoda mezi vzájemnými konkurenty na trhu může být za určitých okolností dohodou vertikální, a to pokud je postavení účastníků pro účely této dohody vertikálního charakteru. Soud tedy činí dílčí závěr, že pro určení charakteru určité dohody jako vertikální či horizontální není stěžejní obecné postavení účastníků této dohody na relevantním trhu, nýbrž konkrétní postavení účastníků (soutěžitelů), v němž se pro účely dané dohody nacházejí. Skutečnost, že je při posuzování charakteru dohody podstatné postavení soutěžitelů „pro účely dohody“ a nikoli jejich obecné postavení na relevantním trhu ostatně plyne i z nařízení Komise ES č. 2790/1999 ze 22. 12. 1999, o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě.

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

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

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

K témuž závěru dospěl zdejší soud již ve svém rozsudku ve věci sp. zn. 62 Af 37/2010, s nímž se ztotožnil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 28. 3. 2012, sp. zn. 9 Afs 59/2011.

Žalovaný tedy postupoval nezákonně, pokud předmětnou dohodu zakotvenou ve smlouvě o propojení označil za dohodu horizontální. Rovněž žalovaný pochybil, pokud pravidlo *de minimis* aplikoval ve vztahu k horizontálním dohodám a nikoli k dohodám vertikálním.

Žalobce a) dále namítá, že žalovaný pochybil, pokud mu neumožnil seznámit se s listinami, na jejichž základě stanovil podíl žalobců na relevantním trhu; výši tohoto podílu zpochybňuje, neboť namítá, že neměl jakoukoli možnost ověřit její správnost, a domáhá se aplikace pravidla *de minimis*.

Ze spisu vyplynulo, že zmíněnými listinami byly odpovědi žalovaným oslovených deseti provozovatelů (čl. 168), kteří poskytli údaje o celkovém objemu svého provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v České republice v roce 2002 a v prvním pololetí roku 2003, a takto poskytnuté údaje žalovanému někteří z provozovatelů označili jako svá obchodní tajemství. Žalovaný přitom s poskytnutými údaji jednotlivých provozovatelů skutečně nakládal jako s obchodním tajemstvím (viz např. čl. 177, 302 správního spisu) a tyto dokumenty zneprístupnil.

Soud k tomu uvádí, že správní orgán není povolán k tomu, aby (vyjma případů, kdy je to vyloučeno pro nesplnění některého z pojmových znaků obchodního tajemství, uvedených v § 17 obchodního zákoníku) hodnotil, zda určité údaje, označené podnikatelským subjektem jako „obchodní tajemství“ lze za obchodní tajemství považovat či nikoli. Správní orgán musí tedy ke skutečnostem takto označeným přistupovat odpovídajícím způsobem, a to podle § 23 odst. 3 správního

řádu z roku 1967, který na dané správní řízení dopadá, podle něhož je povinnost správního orgánu učinit opatření, aby nahlédnutím do spisu nebylo porušeno státní, hospodářské nebo služební tajemství, nebo zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti. Skutečnost, že pod režim § 23 odst. 3 správního řádu z roku 1967 byla podřaditelná i ochrana obchodního tajemství (tedy institutu, který v době vzniku správního řádu v naší legislativě neexistoval) je judikaturou obecně přijímána (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2005, č.j. 2 A 13/2002 – 424, dostupný na www.nssoud.cz). Zde Nejvyšší správní soud konstatoval, že *„pokud jde o možnost nahlížet do správního spisu, včetně těch částí, které obsahují obchodní tajemství, soud poukazuje na usnesení Ústavního soudu ČR II. ÚS 419/04, které zdůrazňuje rozdíly mezi správním řízením a řízením soudním, co se týče práv jejich účastníků. Rozdíly plynou jak z odlišné povahy a začlenění správního orgánu (orgán moci výkonné) a soudu (orgán moci soudní), tak i ze základních zásad řízení. Zatímco soudní řízení ovládá zásada bezprostřednosti, ústnosti a veřejnosti, správní řízení je ovládáno zásadou neveřejnosti a písemnosti. U obou těchto typů řízení se přitom jedná o zásady ústavně souladné. Ze zásady písemnosti a neveřejnosti přitom vyplývá povinnost správního orgánu obsažená v § 23 odst. 3 zák. č. 71/1967 Sb., správního řádu (...). Není tedy na újmu práv účastníka řízení, když správní orgán uvedené zákonné ustanovení aplikuje. Na druhou stranu z jeho aplikace vyplývá pro správní orgán povinnost své rozhodnutí dostatečně odůvodnit a vyargumentovat i k těm částem spisového materiálu, ke kterým je účastníkům řízení zamezen přístup, aby tak mohl mít každý účastník alespoň rámcovou představu o obsahu a povaze utajených podkladů rozhodnutí“.*

Lze tedy konstatovat, že postup žalovaného, který předložené odpovědi označil jako obchodní tajemství a žalobci a) do nich neumožnil nahlížet, byl v souladu s vysloveným právním názorem Nejvyššího správního soudu. Pokud však jde o povinnost *„své rozhodnutí dostatečně odůvodnit a vyargumentovat i k těm částem spisového materiálu, ke kterým je účastníkům řízení zamezen přístup, aby tak mohl mít každý účastník alespoň rámcovou představu o obsahu a povaze utajených podkladů rozhodnutí“*, tak tu podle názoru soudu žalovaný dostatečně nesplnil.

Z rozhodnutí předsedy žalovaného i žalovaného, jakož i ze správního spisu, plyne, že z nahlížení vyloučené listiny obsahují údaje telekomunikačních operátorů o jejich celkovém objemu provozu s jinými telekomunikačními operátory v České republice v roce 2002 a v 1. pololetí roku 2003, nicméně ani z jednoho správního rozhodnutí není vůbec zřejmé (a to ani rámcově), jakým způsobem z těchto údajů žalovaný vypočetl společný podíl žalobců na relevantním trhu. Tuto skutečnost přitom napadená správní rozhodnutí obsahovat musí, neboť velikost podílu je v obou rozhodnutích uvedena a je v daném případě podstatná pro posouzení otázky vynětí posuzované dohody ze zákazu dohod podle § 3 odst. 1 a § 4 odst. 1 ZOHS 2001 (§ 6 ZOHS 2001). V tomto ohledu tedy žalovaný pochybil.

Podle § 32 odst. 1 správního řádu z roku 1967 je správní orgán povinen zjistit přesně a úplně skutečný stav věci a za tím účelem si opatřit potřebné podklady pro rozhodnutí. Přitom není vázán jen návrhy účastníků řízení. Co je podkladem

rozhodnutí stanoví odst. 2 tohoto ustanovení; jedná se zejména o podání, návrhy a vyjádření účastníků řízení, důkazy, čestná prohlášení, jakož i skutečnosti všeobecně známé nebo známé správnímu orgánu z jeho úřední činnosti. Rozsah a způsob zjišťování podkladů pro rozhodnutí určuje správní orgán.

Podle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. soud zruší napadené rozhodnutí pro nepřezkoumatelnost spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů řízení.

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

Jestliže tedy má soud přezkoumat správnost stanovené výše společného podílu žalobců na relevantním trhu a zákonnost aplikace pravidla *de minimis*, neposkytuje mu k tomu správní spis dostatečný podklad a současně je napadené rozhodnutí ve vztahu k výši společného podílu žalobců na trhu nepřezkoumatelné.

Zdejší soud při posuzování této otázky vyšel ze správního spisu, zejména z odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z prvostupňového rozhodnutí plyne, že společný podíl žalobců na relevantním trhu byl podle žalovaného „v roce 2002 cca 40 % a za 1. pololetí roku 2003 činí cca 45 % z celkového objemu tuzemského provozu mezi jednotlivými komunikačními společnostmi působícími na trhu České republiky (obchodní podíly jsou obchodními tajemstvími jednotlivých společností), přičemž podíl smlouvy o propojení na tomto relevantním trhu se pohybuje od cca 6,3 % v roce 2002 do 7,6 % v roce 2003.“ Předseda žalovaného pak ve svém rozhodnutí (na str. 12) k rozkladové námitce žalobce a) uvedl, že doplnil řízení o stanovení společného podílu obou žalobců na relevantním trhu za rok 2001 (čl. 1127 správního spisu). Společný podíl žalobců podle předsedy žalovaného činil 32,5 %. Společný podíl žalobců byl podle předsedy žalovaného „vypočten z celkového objemu tuzemského provozu na základě informací získaných od všech subjektů, které provozují veřejné telekomunikační sítě, což vyplývá ze spisu správního řízení. Součástí správního spisu jsou jak oslovovací dopisy adresované jednotlivým provozovatelům veřejných telekomunikačních sítí, tak jejich odpovědi Úřadu.“

Součástí spisu jsou též výzvy žalovaného adresované jednotlivým provozovatelům veřejných telekomunikačních sítí k tomu, aby sdělili údaje o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v ČR. Ze spisu však není vůbec zřejmé, na základě čeho žalovaný dospěl k závěru, že má oslovit právě tyto společnosti a žádné jiné. Ze spisu tedy předně neplyne, zda žalovaný oslovil skutečně všechny telekomunikační operátory v České republice, jak uvádí v rozhodnutí.

Deset oslovených provozovatelů následně žalovanému odpovědělo a údaje o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v ČR za rok 2002 a první pololetí roku 2003 v minutách sdělili; tyto údaje však někteří

provozovatelé označili za svá obchodní tajemství. Jednotlivé odpovědi pak obsahují údaje o počtu minut volaných do sítě konkrétního provozovatele ze sítě jiných provozovatelů (tzv. incoming - příchozí) a údaje o počtu minut volaných ze sítě konkrétního provozovatele do sítě jiných provozovatelů (tzv. outgoing - odchozí). Některé odpovědi obsahují ještě množství minut v rámci tranzitu. Na základě těchto údajů pak žalovaný měl dospět k závěru o velikosti společného podílu žalobců na relevantním trhu. Velikost podílu pak žalovaný poprvé uvedl až v prvostupňovém rozhodnutí, aniž by jakkoli blíže osvětlil způsob jeho výpočtu. Konkrétní postup při výpočtu podílu přitom neobsahuje ani napadené rozhodnutí předsedy žalovaného a není nijak zřejmý ani ze správního spisu, a to ani ze žádné jeho neveřejné části. Pokud předseda žalovaného uvádí, že společný podíl byl „*vypočten z celkového objemu tuzemského provozu na základě informací získaných od všech subjektů*“, nejedná se o sdělení konkrétního postupu, jakým žalovaný poskytnuté informace přetransformoval na konkrétní číslo. V daném případě přitom způsob výpočtu podílu jednoznačně neplyne ani z odpovědi oslovených operátorů. Soudu tak není zřejmé, jak žalovaný k údajům o výši společného podílu žalobců dospěl. Za tohoto stavu tedy soud nemůže přezkoumat, zda byl společný podíl žalobců stanoven v souladu se zákonem a zda nemělo být aplikováno pravidlo *de minimis*.

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

V daném případě rovněž nelze přehlédnout, že žalobci jsou napadeným rozhodnutím sankcionováni za období od 20. 12. 2000 do 31. 7. 2003, zatímco žalovaným vyžádané odpovědi operátorů se vztahují toliko k roku 2002 a první polovině roku 2003 a pouze k těmto obdobím žalovaný v prvostupňovém rozhodnutí výši společného podílu žalobců stanovil. Pokud jde o výši společného podílu žalobců v roce 2001, tak ta byla v řízení doplněna až předsedou žalovaného, a to toliko tabulkou na čl. 1127, aniž by zde bylo uvedeno, na základě jakých podkladů tato tabulka vznikla a kdo ji vyhotovil. Tyto podklady, na základě nichž tabulka vznikla, přitom nejsou součástí správního spisu.

V daném případě tedy skutkový stav, který vzal žalovaný za základ napadeného rozhodnutí, nemá oporu ve spisech, neboť není zřejmé, na základě čeho žalovaný oslovil společnosti, které oslovil, resp. zda oslovil všechny telekomunikační operátory, které bylo třeba k řádnému stanovení společného podílu žalobců na daném relevantním trhu oslovit. Současně není vůbec zřejmé, jakým způsobem žalovaný údaje uvedené v odpovědích transformoval do závěru o konkrétních výších společného podílu žalobců. Podle názoru soudu se přitom jedná o vadu, kterou nelze nahradit

činností soudu a nelze ji odstranit ani při případném ústním jednání u zdejšího soudu, neboť ani v případě, že by žalovaný, resp. jeho zástupkyně byla schopna shora uvedené nejasnosti vysvětlit, nic by to nezměnilo na skutečnosti, že správní spis neobsahuje podklady, které obsahovat musí. Zároveň nejsou z rozhodnutí zřejmé úvahy, na základě kterých žalovaný k výpočtu společného podílu dospěl a napadené rozhodnutí je tak nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

Soud pouze dodává, že obdobným způsobem odůvodnil žalovaný stanovení výše společného podílu žalobců na relevantním trhu i ve svém rozhodnutí, které podroboval zdejší soud přezkumu ve věci sp. zn. 62 Af 37/2010. I zde dospěl soud k závěru, že skutkový stav, který vzal žalovaný za základ napadeného rozhodnutí, nemá oporu ve spisech; tento jeho závěr byl rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 3. 2012, č. j. 9 Afs 59/2011-644, potvrzen. Nejvyšší správní soud zdůraznil, že *„správnost stanoveného společného podílu je přitom klíčová pro případnou aplikaci blokových výjimek či pravidla de minimis, přičemž není žádných pochyb o tom, že velikost společného podílu soutěžitelů se primárně odvíjí od vymezení relevantního trhu. Z pohledu účastníků řízení jde o stěžejní úvahu správního orgánu, proti které musí mít možnost brojit a předkládat své argumenty. V projednávané věci je zcela zřejmé, že žalobce nemohl mít ani rámcovou představu, jak správní orgán při stanovení výše společného podílu uvažoval a postupoval. Nejsou-li z rozhodnutí zřejmé úvahy, na základě kterých správní orgán k výpočtu společného podílu dospěl, je jeho rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů a brání nejen soudnímu přezkumu, ale zejména účinné obraně účastníků již v průběhu správního řízení. Uvedení obecného algoritmu výpočtu společného podílu včetně důvodů, které správní orgán vedly k oslovení konkrétních operátorů, jakož i postupu, jak se v obecné rovině sdělené údaje promítly do stanovení výše společného podílu, nepochybně nemá za následek porušení obchodního tajemství oslovených provozovatelů. Tedy jak již uvedl krajský soud odkazem na nález Ústavního soudu ze dne 10. 11. 2004, sp. zn. II. ÚS 419/04, stěžovatel (pozn. zdejšího soudu: žalovaný) nedostál své povinnosti rozhodnutí dostatečně odůvodnit a vyargumentovat i k těm částem spisového materiálu, ke kterým je účastníku řízení zamezen přístup, aby tak mohl mít každý účastník alespoň rámcovou představu o obsahu a povaze utajených podkladů rozhodnutí“.*

V. Závěr

Zdejší soud tedy shledal, že je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, neboť z rozhodnutí nejsou zřejmé úvahy, na základě kterých žalovaný k výpočtu společného podílu dospěl. Soud rovněž dospěl k závěru, že skutkový stav, který vzal žalovaný za základ napadeného rozhodnutí, nemá oporu ve spisech, neboť není zřejmé, na základě čeho žalovaný oslovil společnosti, které oslovil, resp. zda oslovil všechny telekomunikační společnosti působící na daném relevantním trhu, které pro správné stanovení společného podílu žalobců oslovit měl. Současně není vůbec zřejmé, jakým způsobem žalovaný údaje uvedené v odpovědích transformoval do závěru o konkrétní výši podílu žalobců na relevantním trhu. Pokud pak jde o stanovení výše společného podílu v roce 2001, tak správní spis neobsahuje k tomuto roku žádné odpovědi telekomunikačních operátorů, ale toliko tabulku, z níž

není zřejmé, jak vznikla ani na základě jakých údajů. Soud proto rozhodnutí předsedy žalovaného zrušil jako nepřezkoumatelné podle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. a podle § 78 odst. 4 s. ř. s. vyslovil, že se věc vrací žalovanému k dalšímu řízení. V něm je žalovaný vázán právním názorem zdejšího soudu vysloveným v tomto rozhodnutí (§ 78 odst. 5 s. ř. s.). V novém řízení je tedy žalovaný povinen do správního spisu doplnit podklady z nichž bude zřejmé, proč oslovil společnosti, které oslovil, a zda se jedná o všechny telekomunikační operátory v rozhodné době na daném relevantním trhu působící. Podklady doplní rovněž o listinu, z níž bude jednoznačně vyplývat, jakým způsobem z údajů získaných od telekomunikačních operátorů dospěl k vyšší podílu žalobce a osoby na řízení zúčastněné, přičemž tento způsob alespoň rámcovým způsobem popíše i v odůvodnění svého rozhodnutí. Zároveň doplní podklady ve vztahu k roku 2001. Současně ať žalovaný na smlouvu o propojení nahlíží jako na dohodu vertikální.

Teprve poté bude namístě zabývat se případnou prekluzí. Tu bude třeba podle návodu Nejvyššího správního soudu poskytnutého ve druhém zrušovacím rozsudku posuzovat nikoli podle ZOHS 1991, ale podle ZOHS 2001, podle jehož § 22 odst. 5 lze pokuty podle odstavců 1 až 3 uložit nejpozději do 3 let ode dne, kdy se o porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti stanovených tímto zákonem žalovaný dozvěděl, nejpozději však do 10 let, kdy k porušení zákazu nebo nesplnění povinnosti došlo. Nejvyšší správní soud poukázal na to, že *„podle údajů podávajících se ze správního spisu se o vytýkaném jednání žalovaný dozvěděl až po předběžném šetření provedeném po dotazu obdrženém „na podzim 2001“. Bylo-li pak celé správní řízení ukončeno rozhodnutím předsedy žalovaného z 15. 9. 2004, které nabylo právní moci 16. 9. 2004, nelze učinit jednoznačný pozitivní závěr o tom, že by ke dni právní moci rozhodnutí předsedy žalovaného již uplynula subjektivní 3-letá lhůta pro uložení pokuty.“* Žalovaný tedy ať podle citovaného návodu posoudí i tuto otázku a součástí spisu nechť učiní i podklad, z něhož bude možno najisto postavit, kdy přesně se o vytýkaném jednání dozvěděl.

Z důvodu procesní ekonomie se soud již nezabýval žalobními námitkami vztahujícími se k zákonnosti a přiměřenosti uložených pokut. Pokud totiž nejsou najisto postaveny výše uvedené otázky, není namístě zákonnost a přiměřenost pokut přezkoumávat.

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

VI. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení o žalobě se opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. Žalobci byli ve věci úspěšní, neboť soud napadené rozhodnutí žalovaného zrušil, a proto jim přísluší náhrada nákladů řízení o žalobě, které důvodně vynaložili, proti neúspěšnému žalovanému. Ten naopak právo na náhradu nákladů řízení o žalobě nemá.

Náklady řízení za žalobu u žalobce a) tvoří částka za zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 2 000,- Kč; dále odměna zástupce za jeden úkon právní služby – převzetí a příprava zastoupení 2100,- Kč a jedna paušální náhrada hotových výdajů 300,- Kč, podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. a), § 13 odst. 3 advokátního tarifu, tedy 4400,-Kč. Vzhledem k tomu, že je zástupce žalobce plátcem DPH, byly částky za odměnu za zastupování a za náhrady navýšeny o částku odpovídající DPH podle § 57 odst. 2 s. ř. s. Celkem tedy činí náhrada nákladů řízení částku 4904 Kč, kterou je žalovaný povinen zaplatit k rukám zástupce žalobce a) ve stanovené lhůtě.

Náklady řízení za žalobu u žalobce b) tvoří částka za zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 2 000,- Kč; dále odměna zástupce za dva úkony právní služby – převzetí a příprava zastoupení a doplnění žaloby - po 1000,- Kč a dvě paušální náhrady hotových výdajů po 75,- Kč, to vše podle § 7, § 9 odst. 3 písm. f), § 11 odst. 1 písm. a) a d), § 13 odst. 3 vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytnutí právních služeb (advokátní tarif), ve znění účinném do 31. 8. 2006 (čl. II. zákona č. 276/2006 Sb.), tedy 4150,-Kč. Vzhledem k tomu, že je zástupce žalobce plátcem DPH, byly částky za odměnu za zastupování a za náhrady navýšeny o částku odpovídající DPH podle § 57 odst. 2 s. ř. s. Celkem tedy činí náhrada nákladů řízení částku 4602 Kč, kterou je žalovaný povinen zaplatit k rukám zástupce žalobce b) ve stanovené lhůtě.

Pokud jde o výrok o nákladech řízení o kasačních stížnostech proti rozsudkům Krajského soudu v Brně ze dne 3. 11. 2005, č.j. 31 Ca 107/2004 – 178, ze dne 29.12.2005, č.j. 31 Ca 104/2004-222, a ze dne 11. 12. 2009, č. j. 62 Ca 50/2007-338, tak ten se rovněž opírá o § 60 odst. 1 s. ř. s. za použití § 110 odst. 2 věty první s. ř. s. V tomto řízení byl sice žalovaný úspěšný, avšak tento úspěch nijak neovlivnil to, že v řízení o žalobě (tj. ve věci) úspěšný nebyl. Náhrada nákladů řízení mu tak přiznána nebyla.

P o u č e n í :

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejblíže následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s. ř. s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

V Brně dne 21. 1. 2013

Mgr. Milan Procházka, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení: Lucie Gazdová