UOHSP0003I6V

Úřad pro ochranu hospod... Brno ... Jaroše 7, 61...
Došlo: 31 -08- 2009
Číslo: ...-11232/2009 vyřizuje:
Přílohy: dle textu
osobně

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Petra Příhody a soudců JUDr. Michala Mazance a JUDr. Jana Passera v právní věci žalobce: **Telefónica O2 Czech Republic, a. s.,** se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4, 140 22, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** Tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24. 11. 2005, čj. R 8/2005, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 26. 9. 2006, čj. 62 Ca 5/2006 - 402,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá.**
II. Žalobce **nemá** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
III. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení o kasační stížnosti **nepřiznává.**

Odůvodnění:

I.

Rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále též jen „Úřad" či „žalovaný" ze dne 21. 7. 2004, čj. S 222/03-4434/04-ORP, bylo vysloveno, že správní řízení „čj. S 222/03" vedené účastníkem řízení společností ČESKÝ TELECOM, a. s., ve věci možného porušení § 11 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (dále též „ZOHS") se zastavuje.

Přípisem ze dne 10. 8. 2004, zn. S 127/04-4752/04/ORP, žalovaný vyrozuměl ČESKÝ TELECOM, a. s., o zahájení správního řízení „čj. S 127/04" ve věci porušení ustanovení článku 82 Smlouvy o založení Evropského společenství (dále též jen „SES") s tím, že možné porušení zákona spatřuje Úřad v tom, že tato společnost uplatňováním cenových plánů (dále ve vyrozumění uvedených) vytváří bariéru pro rozvoj konkurence při poskytování veřejných telekomunikačních služeb určených domácnostem a podnikatelským subjektům prostřednictvím veřejných pevných sítí.

Rozhodnutím úřadu ze dne 20. 4. 2005, čj. S 127/04-3210/05/OHS, bylo pod bodem 1 výroku rozhodnutí vysloveno, že společnost ČESKÝ TELECOM, a. s., uplatňováním cenových plánů a nadstavbových balíčků blíže specifikovaných pod body A) až E) zneužila svého dominantního postavení na trhu poskytováním přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě ve smyslu článku 82 SES. Pod bodem 2 bylo vysloveno, že se této společnosti ukládá pokuta ve výši 210 000 000 Kč, pod bodem 3 bylo stanoveno, že se společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s., jednání popsané pod bodem 1 do budoucna zakazuje, bod bodem 4 byla stanovena opatření k nápravě, rovněž zde blíže rozvedená, a konečně pod bodem 5 byla tomuto účastníkovi řízení stanovena povinnost Úřad písemně informovat o splnění nápravných opatření.

V řízení o rozkladu, který podala společnost ČESKÝ TELECOM, a. s., byl rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 24. 11. 2008, čj. R 8/2005 změněn bod I. výroku rozhodnutí úřadů tak, že bylo vysloveno:

„Společnost ČESKÝ TELECOM, a.s. se sídlem Praha 3, Olšanská 55/5, PSČ 130 34, IČ 60 19 33 36, tím, že uplatňuje

A. cenové plány HOME MAXI, HOME MAXI PLUS, BUSINESS STANDARD PLUS, BUSINESS MAXI, BUSINESS MAXI PLUS, ISDN2 BASIC, ISDN2 STANDARD, ISDN2 STANDARD PLUS, ISDN2 MAXI, ISDN2 MAXI PLUS, ISDN30 STANDARD a Business Standard, v rámci kterých je zákazníkům v každém zúčtovacím období poskytována jako součást pravidelné měsíční platby za používání telefonní stanice finanční částka ve **formě hovorového kreditu,** do jehož výše je cena za uskutečněné hovory součástí cenového plánu a předmětné hovory nejsou zákazníkům účtovány zvlášť, a cenové plány HOME INTERNET, Internet 780, Business 100, Business 300, Business 500, Business 100 ISDN, Business 300 ISDN, Business 500 ISDN, Telefon 120, Telefon 240, Telefon 70, Business 60, ISDN ADSL, Telefon a Internet 90+300, Telefon a Internet 180+660, Business Internet, Internet Business 600, ISDN2 Internet 600 a ISDN2 Internet 780, v rámci kterých jsou zákazníkům v každém zúčtovacím období poskytovány jako součást pravidelné měsíční platby za používání telefonní stanice **volné minuty,** do jejichž výše je cena za uskutečněné hovory součástí cenového plánu a předmětné hovory nejsou zákazníkům účtovány zvlášť, v době od 1. května 2004 zneužila na újmu ostatních soutěžitelů a spotřebitelů své dominantní postavení na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě bytovým stanicím a na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě podnikatelským subjektům ve smyslu článku 82 Smlouvy o založení Evropského společenství, když zneužití dominantního postavení ve smyslu článku 82 Smlouvy o založení Evropského společenství spočívá v poskytování slevy z hovorného ve formě hovorového kreditu či volných minut v rámci ceny za používání hlavní telefonní stanice se samostatným nebo s podvojným připojením nebo v rámci ceny za používání přípojky euroISDN2, euroISDN2plus, euroISDN2U či euroISDN30, čímž bez objektivně ospravedlnitelných důvodů dochází k vytváření bariéry pro rozvoj konkurence vázáním služeb na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě bytovým stanicím a na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě podnikatelským subjektům se službami poskytovanými na trhu poskytování veřejných telefonních služeb určených bytovým stanicím prostřednictvím veřejných pevných telekomunikačních sítí, na trhu poskytování veřejných telefonních služeb určených podnikatelským subjektům prostřednictvím veřejných pevných telekomunikačních sítí, na trhu poskytování přístupu bytovým stanicím ke službám sítě Internet komutovaným připojením veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi a na trhu poskytování přístupu podnikatelským subjektům ke službám sítě Internet komutovaným připojením veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi.

B. v době od 1. května 2004 cenové plány Telefon Universal dialog a Business Universal dialog, v rámci kterých je **pro vnitrostátní hovor stanovena minimální délka hovoru podléhající zpoplatnění na 1 hodinu za cenu 9,90 Kč bez DPH,** a v době od 1. září 2004 cenový plán Telefon Volno, v rámci kterého získávají zákazníci během **prvních 30 minut provozu volání o víkendech, svátcích a mimo špičku zdarma,** a cenový plán Telefon Víkend, v rámci kterého získávají zákazníci během **prvních 30 minut provozu volání o víkendech a svátcích zdarma,** zneužila na újmu ostatních soutěžitelů a spotřebitelů své dominantní postavení na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě bytovým stanicím a na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě podnikatelským subjektům ve smyslu článku 82 Smlouvy o založení Evropského společenství, když zneužití dominantního postavení ve smyslu článku 82 Smlouvy o založení Evropského společenství spočívá v poskytování jednotné sazby za volání dle typu cenového plánu, čímž bez objektivně ospravedlnitelných důvodů dochází k vytváření bariéry pro rozvoj konkurence vázáním služeb na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě bytovým stanicím a na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě podnikatelským subjektům se službami poskytovanými na trhu poskytování veřejných telefonních služeb určených bytovým stanicím prostřednictvím veřejných pevných telekomunikačních sítí a na trhu poskytování veřejných telefonních služeb určených podnikatelským subjektům prostřednictvím veřejných pevných telekomunikačních sítí.

C. v době od 12. května 2004 u cenových plánů Telefon Universal, Telefon Universal dialog, Business Universal a Business Universal dialog v rámci tzv. „balíčku Internet Expres" **zvýhodněnou cenu za používání hlavní telefonní stanice,** zneužila na újmu ostatních soutěžitelů a spotřebitelů své dominantní postavení na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě bytovým stanicím a na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě podnikatelským subjektům ve smyslu článku 82 Smlouvy o založení Evropského společenství, když zneužití dominantního postavení ve smyslu článku 82 Smlouvy o založení Evropského společenství spočívá v poskytování slevy za používání hlavní telefonní stanice se samostatným připojením v rámci tzv. „balíčku Internet Expres", čímž bez objektivně ospravedlnitelných důvodů dochází k vytváření bariéry pro rozvoj konkurence vázáním služeb na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě bytovým stanicím a na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě podnikatelským subjektům se službami poskytovanými na trhu poskytování přístupu ke službám sítě Internet a přenosu dat za užití širokopásmových technologií xDSL (ADSL) veřejnými pevnými telekomunikačními sítěmi koncovým zákazníkům.

D. v době od 1. září 2004 nadstavbové balíčky Volno a Víkend, které mohou zákazníci užívat v kombinaci pouze s cenovými plány Telefon 70, Telefon 120, Telefon 240, Telefon a Internet 90+300, Telefon a Internet 180+660, Internet 780, Telefon Universal a Telefon Universal dialog, zneužila na újmu spotřebitelů své dominantní postavení na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě bytovým stanicím a na trhu poskytování přístupu do veřejné pevné telekomunikační sítě podnikatelským subjektům ve smyslu článku 82 Smlouvy o založení Evropského společenství, když zneužití dominantního postavení ve smyslu článku 82 Smlouvy o založení Evropského společenství spočívá **v diskriminaci zákazníků** užívajících ostatní cenové plány určené pro domácnosti společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s. se sídlem Praha 3, Olšanská 55/5, PSČ 130 34, IČ 60 19 33 36, kteří nemohou nadstavbové balíčky Volno a Víkend využívat."

Bod 2 výroku rozhodnutí Úřadu byl rovněž změněn tak, že bylo vysloveno, že za porušení článku 82 SES se této společnosti ukládá pokuta 205 000 000 Kč. Bod 3 tohoto

výroku byl potvrzen, stejně tak jako bod 5 (zákaz protiprávního jednání do budoucna a povinnost podat zprávu o splnění nápravných opatření. Bod 4 byl změněn (formulační úprava).

II.

Žalobce napadl rozhodnutí žalovaného žalobou u Krajského soudu v Brně, který ji rozsudkem ze dne 12. 10. 2006, čj. 10 Ca 13/2006 - 106, zamítl. Své rozhodnutí přitom krajský soud odůvodnil takto:

K zásadní žalobcově námitce týkající se překážky věci rozhodnuté uvedl, že v situaci, kdy správní orgán I. stupně ve správním řízení čj. S 222/03 po 1. 5. 2004 dospěl k závěru, že toto jednání je způsobilé narušit obchod mezi členskými státy ve smyslu čl. 82 SES, tedy narušit hospodářskou soutěž „v kvalifikované míře odůvodňující aplikovatelnost hmotného komunitárního práva", musel po stránce procedurální nalézt způsob, jak naplnit čl. 3 odst. 1 nařízení Rady (ES) č. 1/2003, o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy (dále jen „nařízení č. 1/2003") podle něhož měl povinnost na zneužití dominantního postavení, zkoumané do 1. 5. 2004 z hlediska možného porušení § 11 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOHS"), aplikovat i čl. 82 SES a zajistit tak jednotnost uplatňování práva hospodářské soutěže v komunitárním prostoru, a to dokonce na principu (v jiných právních odvětvích neobvyklém) paralelní aplikace. Bylo tedy zapotřebí ve vnitrostátních procesních předpisech nalézt oporu a následně učinit takové procedurální kroky, jež by umožnily obligatorní aplikaci SES a Nařízení čl. 1/2003. Soud sice řešení, jež bylo správním orgánem I. stupně zvoleno, nepokládá za procedurálně správné, nejde však o nesprávnost, jež by se nějak dotkla žalobcových práv a porušila zásadu překážky věci rozhodnuté. Soud na rozdíl od žalovaného nenalezl kategorický rozdíl mezi objekty a objektivními stránkami skutků, jež byly v obou správních řízeních posuzovány, klíčovou skutečností pro posouzení této žalobcovy námitky je, že správní řízení čj. S 222/03 nebylo ukončeno rozhodnutím meritorním. Je-li zásada překážky věci pravomocně rozhodnuté primárně zaměřena na zachování právní jistoty účastníka řízení založené na nezměnitelnosti pravomocného rozhodnutí, má soud za to, že míra právní jistoty účastníka původního správního řízení ohledně konkrétních práv a povinností, které pro něj z původního rozhodnutí plynuly, nebyla vedením pozdějšího správního řízení a vydáním rozhodnutí nijak dotčena, původní rozhodnutí nebylo pozdějším rozhodnutím v žádném případě „měněno", pozdější rozhodnutí se netýkalo žádných práv žalobce, jež mu byla založena, změněna či odňata původním rozhodnutím. Původní rozhodnutí (byť jím bylo formálně zastavováno řízení) nelze ani považovat za rozhodnutí končené ve smyslu judikatury, jak jí argumentoval žalobce a tatáž otázka tedy nebyla předmětem dvou rozhodnutí.

Stejně tak nedůvodnou shledal soud námitku porušení zásady *ne bis in idem* s ohledem na rozhodnutí Českého telekomunikačního úřadu (dále jen „ČTÚ") č. 01/2005. Soud dospěl k závěru, že zatímco napadené rozhodnutí zčásti ukládá žalobci napravit důsledky jeho již uskutečněného jednání (logicky do budoucna), rozhodnutí sektorového regulátora na tyto důsledky již nedopadá a je jednoznačně zaměřeno na nastavení podmínek do budoucna (svou povahou jde o cenové rozhodnutí). Právě tato skutečnost vylučuje, že by oba správní orgány rozhodovaly opakovaně v totožné věci a že by se kombinace obou rozhodnutí mohla žalobcových subjektivních práv jakkoliv dotknout.

Námitku údajně neurčitého vymezení předmětu správního řízení pokládá soud za účelovou a nedůvodnou, protože předmět a rozsah správního řízení byl vymezen oznámením o jeho zahájení a upřesněn poté. Žalobce činil množství úkonů, jimiž reagoval na úkony správního orgánu I. stupně, z jejich věcného obsahu neplyne, že by předmětu či rozsahu správního řízení neporozuměl. Závěry správního orgánu I. stupně a následně žalovaného vymezený předmět i rozsah správního řízení respektují.

Za nedůvodné považuje soud i námitky směřující do způsobu a rozsahu dokazování. Má-li si správní orgán podle § 32 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb., správního řádu, opatřit veškeré podklady za účelem přesného a úplného zjištění skutečného stavu věci, pak zjišťování případných dopadů žalobcova jednání přímo u soutěžitelů vůči žalobci konkurenčních se soudu zdá být logické a procedurálně správné. I kdyby převážná část podkladů napadeného rozhodnutí byla vystavěna na stanoviscích žalobcových konkurentů, nijak by to samo o sobě za situace, kdy byl žalobci dán prostor k vyjádření se ke skutečnostem v nich obsaženým a tyto byly verifikovány a objektivizovány, nezákonnost dokazování nevyvolalo. Žalovaný rozhodoval ve věci zneužití dominantního postavení, kde obecně mohou být závěry soutěžních úřadů podstatněji opřeny o odborné úvahy a analýzy založené primárně na podnětech jiných účastníků trhu, mají za to, že bylo postupováno protisoutěžně s negativními důsledky vůči nim. Pokud jde o neprovedení žalobcem navrhovaných důkazů, žalovaný neprovedl toliko jeden, a zdůvodnění soud nalezl na str. 26 a 27 napadeného rozhodnutí; nemá v tomto směru žalovanému co vytknout.

Soud se rovněž zabýval závažnou námitkou retroaktivity, kterou žalobce zdůvodňuje použitím podkladů získaných správním orgánem I. stupně v řízení čj. S 222/03, v napadeném rozhodnutí. Retroaktivní aplikaci právního předpisu, jež by jako jediná mohla přicházet v úvahu, se žalovaný fakticky vyhnul tím, že rezignoval na posouzení žalobcova jednání, ke kterému došlo v období před 1. 5. 2004, přestože šlo o jednání typově shodné s jednáním uskutečněným po 1. 5. 2004, které bylo shledáno protiprávním, a přestože právě žalobcovo jednání uskutečněné před 1. 5. 2004 bylo důvodem, o nějž se zahájení správního řízení čj. S 222/03 opíralo. Toto sice způsobilo, že se žalovaný v období bezprostředně následujícím po 1. 5. 2004 nevypořádal s problematickou otázkou samotného přechodu na dvouúrovňovou paralelní aplikaci komunitárního a vnitrostátního soutěžního práva, zároveň však zřetelně vyloučil retroaktivní aplikaci komunitárního soutěžního práva hmotného na jednání žalobce před 1. 5. 2004. Ze skutkových vět rozhodnutí předsedy Úřadu a Úřadu jednoznačně vyplývá, že žalobce je sankcionován za jednání, které uskutečňoval až po 1. 5. 2004, aplikoval-li žalovaný právo účinné od 1. 5. 2004, není zde prvek retroaktivity obsažen. Soud konstatuje, že pokud zákaz retroaktivity souvisí výlučně s aplikací příslušných právních předpisů a nikoli s využitím podkladů pro rozhodnutí správního orgánu, pak přestože se součástí správního spisu čj. S 127/04 staly i podklady shromážděné v předchozím správním řízením čj. S 222/03, které bylo zastaveno, pak ani v tomto postupu žalovaného, resp. správního orgánu I. stupně, není prvek retroaktivity obsažen. Nadto žalobce věděl, že jde o součást podkladů rozhodnutí, jež bude ve správním řízení čj. S 127/04 vydáno, a mohl se s nimi seznámit, a také tak učinil.

Pokud jde o námitku vad řízení způsobujících nezákonnost napadeného rozhodnutí, podle níž nebylo žalobci umožněno seznámit se s výsledky konzultací mezi žalovaným a Evropskou komisí, není ani tato dle krajského soudu důvodnou. Komunikace mezi správním orgánem I. stupně, resp. žalovaným a Evropskou komisí mohou probíhat jak v rovině prostého oznámení o úmyslu přijmout některého ze soutěžních úřadů rozhodnutí v jím vedeném řízení a v reakci na toto oznámení týkající se případného předání věci jinému soutěžnímu úřadu nebo v rovině vzájemného předávání získaných důkazů. Nepředávají-li si soutěžní úřady jimi opatřené důkazy, není taková komunikace fakticky podkladem pro rozhodnutí. Soud si od žalovaného nad rámec správního spisu vyžádal listiny dokládající tuto komunikaci a žádné podklady skutkového charakteru tam nenalezl, navíc ani v rozhodnutí žalovaného neshledal žádná žalovaným tvrzená skutková zjištění, která by ve správním spise obsažena nebyla.

K námitce vymezení relevantního trhu soud uvedl, že ačkoliv žalobce přinesl podrobnou argumentaci v tom směru, že aktuálně již existuje vysoká míra substituovatelnosti služeb pevné a mobilní telefonie, což podepřel (naposledy v doplnění repliky ze dne 22. 9. 2006) i názorem sektorového regulátora, závěry žalovaného o nezastupitelnosti mobilní a pevné telefonie založené na rozlišovacích znacích, jimiž jsou mobilita koncového zařízení i uživatele (u hlasových služeb) související s nepřetržitou dosažitelností uživatele a kvalita a rychlost přenosu (u přístupu k internetu), jež žalovaný podává na str. 10 až 12 napadeného rozhodnutí, jsou skutečně

podpořeny rozhodovací praxí Evropské komise, jak žalovaný v napadeném rozhodnutí uvádí, přitom soud tyto rozlišující znaky stále ještě shledává dostačujícími z pohledu oddělení služeb pevné telefonie na straně jedné od služeb mobilní telefonie na straně druhé. V závěrech žalovaného ohledně nezastupitelnosti mobilní a pevné telefonie založené na zcela jasných kriteriích (mobilita, kvalita a rychlost) soud nenalezl rozpor ani s § 2 odst. 2 ZOHS, ani podpůrně oznámením Evropské komise o definici relevantního trhu pro potřeby evropského soutěžního práva (OJ C 372 ze dne 9. 12. 1997). Přestože soud vnímá dlouhodobé trendy a s nimi korespondující názory příslušných institucí ohledně postupného stírání specifik pevné a mobilní telefonie, dospěl k závěru, že byly-li na základě úvah žalovaného zachycených v odůvodnění napadeného rozhodnutí, resp. předchozích úvah správního orgánu I. stupně, vymezeny trhy coby „trh poskytování přístupu", „trh zprostředkování přístupu" a „trh poskytování služeb" samostatně ve vztahu k pevné veřejné telekomunikační síti, nejde o vymezení nezákonné a aktuální situaci neodpovídající. Námitku tak posoudil jako nedůvodnou.

Pokud jde o regulaci ze strany ČTÚ, která by dle žalobce měla způsobit vyloučení protiprávnosti jeho jednání, ani tuto námitku nevzal soud za důvodnou. Z vyjádření sektorového regulátora vyplývá, že regulace ve zkoumaném období byla uplatňována cenovými rozhodnutími ČTÚ č. 01/2002 a 02/US/2003 ve vztahu k cenovým plánům „STANDARD", „MINI" a „ZERO". Pokud jde o jiné cenové plány, na jejich strukturu žádné z uvedených rozhodnutí nedopadalo. Nebyla-li tedy pro jiné cenové plány než regulované žádným z cenových rozhodnutí ČTÚ stanovena struktura (Úřadem shledaná jako protisoutěžní), není existencí tohoto regulačního rámce žalobcovo protisoutěžní jednání v případě neregulovaných cenových plánů vyloučeno. Sama skutečnost, že žalobce nastavil strukturu svých cenových plánů neregulovaných obdobně jako plánů regulovaných, jej od protisoutěžního charakteru jeho jednání, a tím odpovědnosti za protiprávní jednání nijak neliberuje.

Žalobce není z dosahu soutěžního zákonodárství vyjmut ani na základě čl. 86 odst. 2 SES, jak namítal v žalobě. Tak by tomu bylo výlučně v případě, pokud by poskytoval službu obecného hospodářského významu a pokud by mu zároveň aplikace soutěžního práva takovou službu poskytovat znemožňovala. Přestože Evropská komise v minulosti vyložila v případě jednání v oblasti telekomunikací čl. 86 odst. 2 SES v tom směru, že pojmově není vyloučeno, aby se v případě provozování veřejné telefonní sítě obecně jednalo o službu obecného hospodářského významu (rozhodnutí Evropské komise ve věci British Telecommunicationes č. IV/29.877, OJ1982, L360/36), soud tu za stěžejní považuje skutečnost, že žalobci nebyla regulačním rámcem upřena možnost samostatného soutěžního chování. Po přihlédnutí k rozsudku Evropského soudního dvora ve věci C-359/95 P, C-379/95 P, Evropská komise a Francie proti Landbroke Racing (spojená věc, 1997, ECR I-6265), pak právě skutečnost, že struktura cenových plánů žalobci nebyla nijak předepsána a volba jiné struktury (v níž by nebyl obsažen prvek vázání a diskriminace, jak žalovaný dovodil) by jeho činnost neznemožnila, pak musí nutně uzavřít, že soutěžní právo se na žalobce i na jeho jednání, jež bylo napadeným rozhodnutím shledáno protisoutěžním, v celém rozsahu vztahuje.

Další námitka žalobce, podle níž postupoval v rámci tzv. meeting competition defence, čili že toliko reagoval na vysoce konkurenční jednání jiných soutěžitelů na trhu, již souvisí se samotnou podstatou posouzení žalobcova protisoutěžního jednání podle čl. 82 SES. Při posouzení této námitky vycházel krajský soud z jednoho z obecných postulátů posuzování dominantova jednání, podle něhož (zjednodušeně řečeno) v případě, že dominant čelí konkurenci férovými prostředky, nejde o zneužití dominantního postavení a postupuje-li tak, jak by v dostatečně efektivním soutěžním prostředí postupovat nemohl z důvodů obav z konkurence a z odlivu zákazníků, a přitom svým jednáním působí jiným soutěžitelům působícím na trhu či spotřebitelům újmu, o zneužití dominantního postavení jde. Podstatou žalobcova jednání tu bylo zejména takové nastavení struktury služeb, že žalobcovi zákazníci byli nepřímo nuceni k využití i těch služeb, které by jinak mohli odebírat od jiných soutěžitelů, v postavení k žalobci konkurenčním. V takovém jednání spatřuje krajský soud prvek nefér

postupu ve vztahu ke konkurenci, aniž by bylo třeba (je-li předmětem posouzení jednání spočívající ve vázání plnění s ohledem na předpokládané ekonomicky racionální chování spotřebitelů - žalobcových zákazníků) zabývat se konkrétní cenovou úrovní plánů žalobce ve vztahu k cenovým úrovním plánů alternativních operátorů. Soud sice považuje za logické žalobcovo tvrzení, že takto postupoval v reakci na zvyšující se konkurenci ze strany alternativních operátorů, nijak jej to neliberuje od odpovědnosti za protisoutěžní charakter jeho jednání. I soutěžitel v dominantním postavení je nepochybně oprávněn hájit své postavení na trhu, jednání, kterým tak činí, však nesmí být zjevně nepřiměřené podmínkám panujícím na trhu v postupu, který žalobce zvolil, nelze spatřovat přiměřený krok k ochraně vlastních zájmů.

Aplikaci komunitárního práva shledal krajský soud důvodnou. Žalovaný je podle čl. 1 a čl. 3 odst. 1 Nařízení č. 1/2003 zavázán v případě podezření z existence komunitárního prvku v žalobcově jednání k přímé aplikaci komunitárního práva, správně tedy přistoupil ke zkoumání kritérií podávaných v Oznámení EK. K tomu, aby došlo k citelnému dopadu žalobcova jednání na obchod mezi členskými státy (základní podmínka existence komunitárního prvku v případě protisoutěžního jednání spočívajícího ve zneužití dominantního postavení) není třeba, aby již došlo ke snížení obchodu, je dostačující, že může dojít ke znatelné změně v průběhu obchodu mezi členskými státy (bod 77 uvedeného oznámení). Má-li žalobce dominantní postavení na území České republiky, může být obchod mezi členskými státy obvykle ovlivněn (bod 93 Oznámení, kde je mimo jiné odkazováno na věc ESD Michelin, 322/81, 1983, ECR 3461, kde byla způsobilost jednání k porušení čl. 82 SES dovozena v situaci, kdy systém věrnostních rabatů uzavřel trh pro konkurenty z jiných členských států). Právě tendence k uzavření národního trhu před nově vstupujícími soutěžiteli ze zahraničí, popř. ztížení jejich etablace na trhu je spolehlivou indikací alespoň způsobilosti citelného dopadu žalobcova jednání na obchod mezi členskými státy. Pokud alespoň potencionalitu citelného dopadu na obchod mezi členskými státy žalovaný opřel o silné tržní postavení žalobce a samotnou protisoutěžní povahu jeho jednání, která mohla vyvolat ztížení průniku žalobcových konkurentů z jiných členských států Evropské unie na trh v České republice, pak nelze jeho závěru ničeho podstatného vytknout.

Samostatný žalobní bod směřoval proti uložení pokuty. Žalovaný společně se správním orgánem I. stupně deklaroval porušení čl. 82 SES, při ukládání pokuty správně aplikoval § 22 odst. 2 ZOHS a to na základě výslovného pravidla obsaženého v § 21a odst. 5 ZOHS. Pak byl žalovaný omezen subjektivní lhůtou 3 let počínající dnem, kdy se o „porušení zákazu" (tj. o jednání, jež nakonec shledal protisoutěžním) dozvěděl. Žalovaný ve výrokové části napadeného rozhodnutí jednoznačně deklaroval, že žalobce se zneužití dominantního postavení dopustil jednáním v době od 1. 5. 2004 a zčásti od 12. 5. 2004 a 1. 9. 2004, pak je logicky vyloučeno, aby se právě o tom jednání, jež je deklarováno jako protisoutěžní, dozvěděl dříve, než k takovému jednání došlo. Subjektivní lhůta podle § 22 odst. 5 ZOHS tak nemohla začít plynout před 1. 5. 2004, 12. 5. 2004 a 1. 9. 2004. Žalovaný rozhodl dne 24. 11. 2005, takže nepochybně subjektivní lhůtu tří let dodržel. Pro soud není rozhodující, že šlo věcně o totéž jednání, které žalobce konal již před 1. 5. 2004, tedy v jiné době (aniž by případná protiprávnost takového jednání byla žalovaným deklarována) a že se tímto (věcně týmž, avšak realizovaným v jiné době) žalobcovým jednáním správní orgán I. stupně zabýval již před 1. 5. 2004. Lhůta podle § 22 odst. 5 ZOHS je vždy vázána na okamžik, kdy se žalovaný dozvěděl právě o jednání, jež je jím kvalifikováno jako protisoutěžní a je tak vyloučeno, aby se o jeho uskutečnění dozvěděl dříve, než uskutečněno bylo. Soud vzal také v úvahu jiný výklad, tj. že počátek běhu lhůty pro uložení pokuty by měl být vázán na okamžik, kdy se správní orgán I. stupně o způsobu jednání žalobce „typově" dozvěděl, a tedy že lhůta podle § 22 odst. 5 ZOHS by počala běžet před 1. 5. 2004 (před 12. 5. 2004 a před 1. 9. 2004, bez ohledu na nelogičnost takové konstrukce), musel by soud žalobcovo jednání nutně považovat za trvající správní delikt. Šlo totiž o jednání, jehož podstata spočívala v tom, že žalobce zahájením uplatňování jednotlivých cenových plánů vyvolal protiprávní stav (původně protiprávní podle § 11 odst. 1 ZOHS), který pak udržoval,

a to dle závěru žalovaného (žalobcem nezpochybňovaného) až do dne vydání napadeného rozhodnutí. Ohledně námitek směřujících do výše pokuty soud konstatoval, že rozhodnutí o konkrétní výši uložené pokuty podléhá přezkumu soudu pouze v tom směru, zda správní uvážení nevybočilo z mezí a hledisek stanovených ZOHS či jinými právními předpisy, zda je v souladu s pravidly logického usuzování, a zda premisy takového úsudku byly zjištěny řádným procesním postupem. Soud v odůvodnění podrobně rozebral jednotlivé kroky žalovaného včetně žalobcem namítané záměny cenového plánu Business Standard za BUSINESS STANDARD a uzavřel, že ani rozhodnutí žalovaného o výši pokuty nevybočilo z mezí stanovených ZOHS a za situace, kdy žalobce výslovně neuplatnil návrh na moderační postup, nebyly splněny podmínky ani pro snížení pokuty.

III.

Žalobce (dále též „stěžovatel") brojil proti rozsudku krajského soudu v celém jeho rozsahu včasnou kasační stížností, v níž se dovolal důvodu podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s., tj. nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení, písm. b), tj. vady řízení spočívající v tom, že skutková podstata, z níž správní orgán v napadeném rozhodnutí vycházel, nemá oporu ve spisech nebo je s nimi v rozporu, nebo že při jejím zjišťování byl porušen zákon v ustanoveních o řízení před správním orgánem takovým způsobem, že to mohlo ovlivnit zákonnost, a pro tuto důvodně vytýkanou vadu soud, který ve věci rozhodoval, napadené rozhodnutí správního orgánu měl zrušit; za takovou vadu řízení se považuje i nepřezkoumatelnost rozhodnutí správního orgánu pro nesrozumitelnost, písm. c), tj. zmatečnosti řízení před soudem spočívající v tom, že chyběly podmínky řízení, ve věci rozhodoval vyloučený soudce nebo byl soud nesprávně obsazen, popřípadě bylo rozhodnuto v neprospěch účastníka v důsledku trestného činu soudce a písm. d), tj. nepřezkoumatelnosti spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí, popřípadě v jiné vadě řízení před soudem, mohla-li mít taková vada za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé.

Stěžovatel namítá nezákonnost z důvodu porušení zásady *ne bis in idem a res iudicata*, porušení zákazu retroaktivity aplikací čl. 82 SES na skutkový stav zjištěný před 1. 5. 2004, nesprávnou aplikaci čl. 82 SES proto, že soud nesprávně posoudil otázku vymezení relevantního trhu, cenových plánů a vlivu jednání stěžovatele na soutěž. Soud rovněž porušil zásadu *in dubio pro reo*, nesprávně aplikoval čl. 86 odst. 2 SES, dospěl k nesprávnému závěru ohledně výše pokuty a umožnil postih stěžovatele za výkon zákonem uložené povinnosti nabízet cenový plán BUSINESS STANDARD.

Ohledně vad řízení před správním orgánem namítá stěžovatel porušení zásady materiální pravdy a neurčité vymezení předmětu řízení.

Stěžovatel též namítá zmatečnost soudního řízení, neboť má důvodné pochybnosti o nezávislosti a nezaujatosti soudce JUDr. Rause z důvodu jeho předcházejícího zaměstnaneckého poměru k žalovanému, a jeho roli v průběhu řízení.

Dalším důvodem námitek je nepřezkoumatelnost rozhodnutí pro nesrozumitelnost, jelikož napadený rozsudek obsahuje latinské nadpisy a taktéž je rozhodnutí nesrozumitelné v části odůvodnění o zaměnitelnosti mobilní a fixní telefonie. Stěžovatel namítá, že soud neprovedl navrhované důkazy a tím porušil právo stěžovatele na spravedlivý proces a také nerozhodl o návrhu stěžovatele na snížení pokuty.

Žalovaný podal ke kasační stížnosti stěžovatele vyjádření dne 13. 12. 2006, v němž se věnoval všem bodům kasační stížnosti stěžovatele, mj. pak námitce porušení zásady *ne bis in idem* a překážky věci rozhodnuté. Žalovaný je přesvědčen, že krajský soud nepochybil, jestliže v napadeném rozsudku dospěl k závěru, že zastavení správního řízení (pod sp. zn. S 222/03) nezakládá překážku věci rozhodnuté. Z odůvodnění rozhodnutí

o zastavení správního řízení plyne, že důvodem tohoto postupu byla potřeba přímé aplikace komunitárního práva na základě změny právního stavu k 1. 5. 2004 a na straně stěžovatele tak nemohly vyvstat pochybnosti v tom směru, že by žalovaný nepovažoval i nadále jeho jednání za zneužití dominantního postavení. Žalovaný připomíná, že byl povinen aplikovat evropské soutěžní právo a chránit tak zájem, kterým je ochrana obchodu mezi členskými státy, resp. ochrana volné hospodářské soutěže na společném trhu. Žalovaný je tedy přesvědčen, že byl oprávněn zahájit a vést správní řízení pro porušení komunitárního soutěžního práva, jestliže v době takového jednání předmětný delikt trval. Žalovaný je přesvědčen o nedůvodnosti kasační stížnosti, navrhuje ji zamítnout.

V doplnění kasační stížnosti ze dne 18. 3. 2008 stěžovatel uvedl, že v mezidobí od posledního podání došlo k vydání dvou soudních rozhodnutí, která mají význam pro toto řízení. Nález Ústavního soudu sp. zn. 2 ÚS 192/2005 z 23. 5. 2007 a rozhodnutí Krajského soudu v Brně čj. 62 Ca 8/2007 - 171 z 25. 10. 2007 podporují názor stěžovatele, že správní řízení S 127/04, v němž byla uložena pokuta, mělo být zastaveno bez uložení pokuty ze dvou důvodů: jednak žalovaný neměl pravomoc vést řízení v této věci podle § 1 odst. 9 a § 11 odst. 2 ZOHS a jednak rozhodnutí o zastavení řízení S 222/03 vytvořilo pro toto řízení překážku věci rozhodnuté.

V dalším doplnění kasační stížnosti ze dne 27. 10. 2008 svá předcházející podání rozšířil o odkaz na dva další dokumenty, které mají podle něj zcela zásadní význam pro toto řízení. Jedná se o rozhodnutí britského soutěžního úřadu specializujícího se na oblast telekomunikací OFCOM (Office for Communications) z 12. 7. 2004. Toto rozhodnutí ukončilo šetření údajného zneužití dominantního postavení podle článku 82 SES, kterého se měl dopustit British Telecom nabízením cenových plánů s volnými minutami obdobných těm, které byly předmětem správního řízení Úřadu sp. zn. S 127/04. Dle názoru stěžovatele toto rozhodnutí jasně podporuje jeho dosavadní argumentaci, že jednání spočívající v poskytování cenových plánů s hovorovými kredity či volnými minutami bylo povoleným „balíčkováním", které neporušilo čl. 82 SES. Dále se jedná o cenové rozhodnutí ČTÚ č. CEN/1/04.2008-1 z 23. 4. 2008, které je dalším správním rozhodnutím ČTÚ jakožto specializovaného regulátora na oblast telekomunikací, které z pohledu pevných linek konstatuje silnou substituci mobilních telefonů v České republice a jejich vliv na konkurenci.

IV.

Nejvyšší správní soud posoudil důvodnost kasační stížnosti v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů a zkoumal přitom, zda napadené rozhodnutí netrpí vadami, k nimž by musel přihlédnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 2, 3 s. ř. s.).

Kasační stížnost není důvodná.

Zdejší soud již v rozsudku ze dne 31. 10. 2008, čj. 5 Afs 9/2008 - 328, dospěl k závěru, že zásada *ne bis in idem* se na paralelní aplikaci evropského a českého soutěžního práva nevztahuje. V případě takovéto aplikace nejde o procesní otázku, ale o hmotněprávní otázku souběhu deliktů. Pak je nutno zkoumat skutečnosti vylučující souběh deliktů, včetně poměru speciality, a to porovnáváním právem chráněných zájmů. Evropské a české soutěžní právo chrání různé zájmy a tudíž porušení těchto norem představuje různé delikty.

Zároveň je nutno poukázat i na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 4. 2009, čj. 2 Afs 93/2008 - 92, ve kterém tento soud dospěl k závěru, že trestněprávní teorie trvajícího deliktu jako jednoho skutku je prolomena ukončením výhradní národní jurisdikce.

V podrobnostech je možno poukázat na obsáhlé zdůvodnění uvedené v těchto rozhodnutích (publikována na www.nssoud.cz). Ani v této (nyní projednávané) věci zdejší soud neshledal důvodu odchýlit se od těchto obecných právních závěrů. V případě správních řízení vedených u Úřadu pod S 222/03 a S 127/04 se tedy jednalo o samostatné delikty se samostatnými skutky. Proto zastavení správního řízení citovaným rozhodnutím Úřadu nemohlo bránit postihu stěžovatele žalobou napadeným rozhodnutím a to již za dobu od 1. 5. 2004. Samotná skutečnost, že předseda Úřadu snížil výši pokuty s poukazem na to, že rozhodnutí o zastavení řízení nabylo právní moci až dne 7. 8. 2004, je ve prospěch stěžovatele, a není možno dovodit, že by tím byl stěžovatel zkrácen a svých právech.

Stěžovatel dále namítá, že žalovaný porušil zásadu zákazu retroaktivity, neboť vyšel ze skutkových zjištění získaných z petice občanů a z výpovědí alternativních operátorů týkajících se vlivu chování stěžovatele na soutěž v období do 1. 5. 2004. Tím retroaktivně aplikoval čl. 82 SES na jednání stěžovatele v období před vstupem ČR do EU. Co se období po 1. 4. 2005 týká, žalovaný od zástupců alternativních operátorů pouze zjišťoval, zda nové cenové plány stěžovatele aplikované po 1. 5. 2004, mají negativní vliv na soutěž a dále zda tyto cenové plány mohly mít vliv na obchod mezi členskými státy. Právní posouzení soudem ohledně porušení zákazu retroaktivity je podle stěžovatele nesprávné, což potvrzuje i judikatura Ústavního soudu (nález ÚS č. III ÚS 611/01 z 13. 6. 2002, příloha D16). Ve vztahu k cenovým plánům, které byly posuzovány v řízení S 222/03 žalovaný podle současné právní úpravy posoudil chování, které se uskutečnilo dříve, než právní norma nabyla účinnosti". Stěžovatel dále tvrdí, že předmětem řízení S 222/03 byly i přímo regulované plány HOME MINI, HOME STANDARD, BUSINESS STANDARD, což plyne z toho, že se k nim vyjádřil svědek dne 27. 1. 2004 a tím, že žalovaný založil svůj závěr na skutkových zjištěních získaných během řízení S 222/03 retroaktivně sankcionuje i za tyto přímo regulované tarify.

K této námitce je třeba především uvést, že nelze směšovat retroaktivitu právního předpisu (tedy možnost jeho aplikace) s použitím důkazů získaných v dřívějším správním řízení.

Retroaktivita (zpětná účinnost) právního předpisu je vlastnost právní normy, která stanoví, že dřívější právní skutečnosti se posoudí podle pozdější právní normy. Pravidlo *lex retro non agi* (zákon nepůsobí zpětně), bylo známé již v římském právu. Právní teorie rozeznává retroaktivitu pravou a nepravou. O pravou retroaktivitu jde tehdy, jestliže se novým právním předpisem má řídit vznik právního vztahu a nároků z tohoto vztahu také v případě, kdy právní vztah nebo nároky z něj vyplývající vznikly před účinností nového právního předpisu. Nepravá retroaktivita znamená, že novým právním předpisem se sice mají řídit i právní vztahy, vzniklé před jeho účinností, avšak až ode dne jeho účinnosti; samotný vznik těchto právních vztahů a nároky z těchto vztahů, vzniklé před účinností nového právního předpisu, se spravují dosavadní právní úpravou. U retroaktivity pravé platí zásada obecné nepřípustnosti, ze které existují striktně omezené výjimky přípustnosti, u retroaktivity nepravé platí naopak zásada obecné přípustnosti, ze které existují výjimky její nepřípustnosti.

Nepravá retroaktivita není zpětnou účinností v pravém slova smyslu. Nezasahuje do minulosti, řeší střetnutí dvou právních norem s různou časovou působností. Jsou zde sice zakládány normativní následky, ale jen pro dobu přítomnou, popřípadě budoucí, nikoli do minulosti. Otázky vzniku právního vztahu se sice posuzují podle právní normy účinné v době vzniku, ale obsah tohoto vztahu (práva a povinnosti) jsou posuzovány dle normy nové. Bylo-li stěžovatelovo jednání po 1. 5. 2004 samostatným skutkem a bylo posouzeno z hlediska článku 82 SES, nelze vůbec hovořit o aplikaci právního předpisu se zpětnou účinností.

S otázkou použití důkazů získaných ve správním řízení S 222/03 se krajský soud rovněž vypořádal a sám stěžovatel při jednání vedeném v rámci správního řízení S 127/04 odpovídal na otázky Úřadu odkazem na dřívější vyjádření v řízení S 222/03. Důkazy byly součástí správního spisu a stěžovatel měl možnost se s nimi seznámit a vyjádřit se k nim, což také učinil.

Tarify HOME MINI, HOME STANDARD a BUSINESS STANDARD nebyly předmětem řízení S 222/03 a za tyto cenové plány stěžovatel postižen nebyl. Skutečnost, že o nich hovořil svědek po vyzvání Úřadu, aby se vyjádřil, co je mu o předmětu správního řízení známo, není relevantní. Úřad vymezil, co z nashromážděných materiálů vzal za důkaz. Tato námitka je zkreslující a nelze ji přisvědčit.

K tvrzení o nesprávném posouzení vlivu jednání stěžovatele na soutěž na relevantním trhu krajským soudem je třeba především uvést, že již samotným nastavením dotyčných cenových plánů byli zákazníci k újmě soutěžitelů motivováni k využití i těch služeb stěžovatele, které by jinak nevyužili.

Námitka stěžovatele, že došlo k porušení zásady *in dubio pro reo* je jen zcela obecného charakteru, a s poukazem na tento princip stěžovatel toliko dovozuje, že nebyly dány důvody pro vydání naříkaného správního rozhodnutí, a správní řízení tedy mělo být zastaveno.

Přisvědčit je nutno krajskému soudu i v úvaze a závěru, že existence regulačního rámce v případě neregulovaných cenových plánů nevylučuje protisoutěžní jednání stěžovatele. I když tento soud s poukazem na rozhodnutí Evropské komise připustil, že není zcela vyloučené, aby v případě provozování veřejné telefonní sítě se jednalo o službu obecného hospodářského významu, dovodil, že se zřetelem na to, že žalobci struktura cenových plánů nebyla předepsána a volba jiné struktury by jeho činnost neznemožnila, bylo možné jeho jednání hodnotit jako protisoutěžní. Nejvyšší správní soud se ztotožňuje i se závěrem krajského soudu, že sama skutečnost, že stěžovatel nastavil strukturu svých neregulovaných plánů obdobně, jak mu ukládala regulace ohledně regulovaných plánů, jej od odpovědnosti za protisoutěžní jednání neliberuje. Obecné závěry judikátu Evropského soudního dvora ve věci Cocteau, na které stěžovatel poukazoval v žalobě a v kasační stížnosti na tom nic nemění. Není tedy ani podstatné, že krajský soud na tento judikát výslovně neodkázal. Pro úplnost je nutno dodat, že služba obecního hospodářského významu představuje výjimku ze soutěžního zákonodárství a na jiné služby, byť by byly obdobné, které tento charakter nemají, tato výjimka nedopadá.

Krajský soud při posouzení otázky relevantního trhu se správně i se zřetelem na námitky v žalobě zaměřil na otázku substituční. I Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že i přes postupné stírání specifik pevné a mobilní telefonie nelze ještě hovořit o plné zastupitelnosti se zřetelem na jasné rozlišovací znaky (mobilita, kvalita a rychlost). Pokud stěžovatel poukazuje na cenové rozhodnutí ČTÚ ze dne 23. 4. 2008 č. CEN 1/04.2008-1, které konstatuje silnou substituci, je třeba uvést, že stěžovatel je postižen za jednání z roku 2004 rozhodnutím z roku 2005, kdy situace na trhu byla jiná a budoucí vývoj, navíc odlišný od situace v dalších státech Evropské unie, nebylo možno detailně předvídat. Soud ve správním soudnictví posuzuje zákonnost podle stavu v době vydání správního rozhodnutí a poukaz na vývoj v následujících letech nemůže být v tomto směru rozhodný.

Krajský soud dle stěžovatele také dospěl k nesprávnému právnímu závěru ohledně výše pokuty, protože nevzal v úvahu, že pokuta byla uložena i za přímo regulovaný cenový plán BUSINESS STANDARD, naříkané cenové plány byly shodné a sledovaly shodnou strukturu jako přímo regulované cenové plány)HOME ZERO a HOME STANDAD) a podléhaly

i nepřímé regulaci zvyšování ceny prostřednitvím koeficientu „M". Je-li porovnána výše pokuty s pokutou uloženou v případě Deutsche Telekom či Telecom Austria, je nepřiměřeně vysoká, což je v rozporu s požadavkem na jednotnou aplikaci čl. 82 SES.

Ani tato stížní námitka není důvodná. Krajský soud se s touto námitkou vypořádal na čl. 14 rozsudku. Žalovaný zohlednil veškeré skutečnosti, které byl povinen. Situaci se záměnou cenových plánů BUSINESS STANDARD a Business Standard krajský soud odpovídajícím způsobem objasnil, tvrzení stěžovatele, že pokuta byla uložena za cenové plány se shodnou strukturou jako přímo regulované plány (HOME ZERO a HOME STANDARD) nemůže obstát i s ohledem na výpověď při jednání s Úřadem ze dne 18. 12. 2003, kdy účastník řízení na otázku, z jakého důvodu jsou součástí cenových plánů uvedených v předmětu správního řízení hovorové kredity nebo volné minuty, odpověděl, že je to pokračování regulovaných cenových plánů, aby byla zachována stejná struktura a na následující otázku, z jakého důvodu se stěžovatel rozhodl u cenových plánů, které nejsou předmětem regulace ze strany ČTÚ, že jejich součástí jsou hovorové kredity či volné minuty uvedl, že je to nabídka zákazníkovi s tím, že struktura logicky navazuje na strukturu cenových plánů, které jsou regulovány, je to však svobodné podnikatelské rozhodnutí stěžovatele. Závěry žalovaného i krajského soudu se podrobně věnují jednotlivým aspektům posouzení výše pokuty, a i Nejvyšší správní soud je shledal správnými.

Další okruh námitek se týká vad řízení před správním orgánem. Stěžovatel konkrétně namítl, že skutková podstata zjištěná žalovaným nemá oporu ve spisech a byla tak porušena zásady materiální pravdy. Petice občanů a výpovědi alternativních operátorů, ze kterých měl žalovaný zjistit protisoutěžní charakter žalobce, se týkají pouze období do 1. 5. 2004 a nikoli období po 7. 8. 2004, za které byl stěžovatel postižen. Vyjádření alternativních operátorů nemají důkazní hodnotu, protože alternativní operátoři, jako přímí konkurenti žalobce, jsou ze své podstaty podjatí, navíc se jejich vyjádření týkají rovněž přímo regulovaných cenových plánů HOME STANDARD a HOME MINI (za které stěžovatel nebyl postižen), HOME ZERO a nikoli pouze naříkaných cenových plánů, takže z nich nelze zjistit, jakou měrou se na nepříznivém vlivu na soutěž podílejí přímo regulované cenové plány. Soud se dle stěžovatele vůbec nezabýval námitkou, že žalovaný nesplnil svou povinnost zjistit skutečný skutkový stav, zejména nezjišťoval žádné okolnosti svědčící ve prospěch stěžovatele, nevyslechl např. svědka Ing. Kylara, nezkoumal, zda existují nabídky alternativních operátorů, které by byly výhodnější než cenové plány stěžovatele, neprovedl důkaz znaleckým posudkem Bohemia experts, neprovedl důkaz tržními údaji za období 2004 a 2005. Soud také nevypořádal s argumenty stěžovatele a neodůvodnil, proč neprovedl důkazy, které stěžovatel navrhl. Na podporu svých závěrů odkázal na nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 87/01, z něhož plyne, že ve správním soudnictví nelze odhlédnout od skutkových zjištění, resp. nelze se omezit jen na zkoumání zákonnosti rozhodnutí, aniž by se soud zabýval také otázkami skutkovými.

Ačkoliv stěžovatel v námitce neuvádí, proč by měl být vyslechnut jako svědek konkrétně Ing. Kylar, ze správního spisu plyne, že byl účasten u jednání na straně účastníka řízení na Úřadě dne 16. 9. 2004, spolu s Mgr. Skoumalem a Mgr. Doubravou, nepochybně měl tedy možnost sdělit Úřadu co považoval za závažné. Pokud jde o další neprovedení žalobcem navrhovaných důkazů, krajský soud poukázal na to, že žalovaný neprovedl toliko jeden z žalobcem navržených důkazů a to analýzu trhu poskytování veřejných telekomunikačních služeb prostřednictvím veřejných pevných sítí, s tím, že neprovedení tohoto důkazu bylo dostatečně zdůvodněno (viz. str. 26 a 27 napadeného správního rozhodnutí). I Nejvyšší správní soud má za to, že se zřetelem na ostatní zjištěné skutečnosti by provedení dalších důkazů bylo nadbytečné.

Stěžovatel také vznesl námitku, že žalovaný vymezil neurčitě předmět řízení a skutek, pro který stěžovatele stíhal, věcně vymezil až v prvostupňovém rozhodnutí. Stěžovatel proto do vydání prvostupňového rozhodnutí nevěděl, že žalovaný vyšetřuje zneužití dominantního postavení na trzích přístupu do pevné sítě. Ani tuto námitku Nejvyšší správní soud neshledal

důvodnou. Oznámení žalovaného o zahájení správního řízení bylo z hlediska vymezení předmětu řízení dostatečně určité a poskytovalo stěžovateli pro další průběh správního řízení i odpovídající možnost hájit svá práva a své zájmy. To ostatně stěžovatel v průběhu řízení dostatečně využíval a nelze dovodit, že by mu v důsledku nedostatečné informovanosti vznikla újma. To, že v průběhu správního řízení může dojít i k určitým formulačním zpřesněním, např. u vymezení protiprávního jednání a to jak u správního orgánu prvního stupně, tak i u odvolacího orgánu, není nic neobvyklého. V daném případě nelze dovodit, že by se žalovaný od vymezeného předmětu řízení ve svých rozhodnutích odchýlil.

Stěžovatel namítá zmatečnost soudního řízení, neboť má důvodné pochybnosti o tom, zda člen senátu soudu JUDr. Raus rozhodoval jako nezávislý a nezaujatý soudce, a zda neměl být vyloučen z projednávání věci z důvodu jeho předcházejícího působení v zaměstnaneckém poměru k žalovanému. Tuto skutečnost zjistil stěžovatel až po jednání, na kterém byl vynesen rozsudek. Tyto pochybnosti stěžovatele byly posíleny tím, že předseda senátu pověřil JUDr. Rause, aby referoval o obsahu spisu, a aby ústně odůvodnil vyhlášení výroku rozsudku, přičemž takový postup je v rozporu s ust. § 16 odst. 2 vyhlášky č. 37/1992 Sb., o jednacím řádu pro okresní a krajské soudy, které stanoví, že rozsudek odůvodní předseda senátu. Průběh řízení nasvědčuje tomu, že celý spor rozhodovala jedna osoba, u níž navíc existuje podezření, že měla být vyloučena pro poměr k věci či osobě žalovaného, a nikoliv tříčlenný senát. Postup soudu je tedy v rozporu s právem na spravedlivý proces dle čl. 6 Úmluvy a čl. 36 Listiny. Nejvyšší správní soud k tomu uvádí, že není ani tvrzeno, že by se tento soudce podílel na řízení a rozhodnutí Úřadu v této konkrétní věci. Samotné dřívější působení u Úřadu v pracovním poměru není důvodem pro vyloučení soudce pro podjatost.

Skutečnost, že odůvodnění rozsudku přečetl jiný člen senátu a nikoliv předseda není způsobilá zasáhnout nijak do práv stěžovatele, stěžovatel navíc neuvedl, jak konkrétně byla porušena jeho procesní práva, tedy co se změnilo, když odůvodnění rozsudku četl namísto předsedy jiný člen senátu.

Stěžovatel namítá, že rozsudek obsahuje v záhlaví latinské nadpisy a rozhodnutí je proto nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost, neboť rozhodnutí je adresováno účastníkům řízení, kteří mají právo na vedení řízení v českém jazyce, což v sobě obsahuje i právo na obdržení rozhodnutí v českém jazyce a nelze od nich spravedlivě požadovat, aby rozuměli latinským pojmům Causae meritum, Acta a Causae Cognitio, které nejsou běžně používány. Od Nejvyššího správního soudu nelze spravedlivě požadovat, aby této námitce přisvědčil, neboť účastník řízení je zastoupen advokátem, jež by těmto pojmům rozumět měl a mohl je tudíž klientovi osvětlit, navíc jak stěžovatel uvádí v samotné námitce, tyto „názvy, které strukturují text odůvodnění" mají pouze usnadňovat orientaci v textu. Pokud ji tedy neusnadnily, nesplnily sice svůj účel, v žádném případě však nezaložily významnou vadu řízení neb jimi nebylo zasaženo do práv stěžovatele.

Stěžovatel se domnívá, že rozsudek je dále nesrozumitelný v části odůvodnění o údajné neexistující zaměnitelnosti mobilní a fixní telefonie kde soud argumentuje, že mobilní telefonie nemůže zastoupit fixní telefonii. Z odůvodnění není jasné, proč by to nemělo být možné, hovoří sice o kvalitativním rozdílu, avšak neuvádí, co je kvalitnější. Dále není jasné, o jaká konkrétní skutková zjištění žalovaný a soud opřeli svůj závěr, že mezi mobilními a fixními linkami existuje kvalitativní rozdíl, přitom tato otázka je rozhodující pro stanovení relevantních trhů a tím i pro posouzení tvrzeného dominantního postavení žalobce.

Krajský soud v rozsudku správně konstatoval, že závěr žalovaného ohledně nezastupitelnosti mezi službami mobilní a pevné telefonie založené na zcela jasných rozlišovacích znacích (mobilita, kvalita, rychlost) je i přes postupné stírání specifik pevné a mobilní telefonie akceptovatelný a že v době posuzovaného jednání zde zastupitelnost dána nebyla. Nejde zde o to,

které zboží (služba) je kvalitnější, jde o to, zda existují rozdíly mezi posuzovanými druhy zboží (služeb), které zastupitelnost posuzovaných druhů zboží vyloučí.

Nejvyšší správní soud se neztotožňuje s názorem stěžovatele, že by v žalobě návrh na snížení pokuty uvedl. Stěžovatel v žalobě tvrdil, že považuje pokutu za nepřiměřeně vysokou z důvodů, které vyjmenovává a rovněž že by z důvodů jež uvádí měla být patřičně snížena, čemuž odpovídá formulace v závěrečném bodě žaloby, že „žalobce je také přesvědčen, že by existovaly podstatné důvody, pro snížení takto stanovené pokuty, kdyby byla uložena oprávněně." Z § 78 odst. 2 s. ř. s. kde se uvádí, že rozhoduje-li soud o žalobě proti rozhodnutí, jímž správní orgán uložil trest za správní delikt, může soud, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle odstavce 1, ale trest byl uložen ve zjevně nepřiměřené výši, upustit od něj nebo jej snížit v mezích zákonem dovolených, lze-li takové rozhodnutí učinit na základě skutkového stavu, z něhož vyšel správní orgán, a který soud případně vlastním dokazováním v nikoli zásadních směrech doplnil, a navrhl-li takový postup žalobce v žalobě. Stěžejní pro posouzení event. snížení pokuty je, byl-li trest uložen v nepřiměřené výši. Žalobní námitkou směřující proti výši pokuty se krajský soud rovněž a dospěl k závěru, že rozhodnutí žalovaného ohledně konkrétní výše pokuty nevybočilo z mezí stanovených ZOHS či jinými právními předpisy, je v souladu s pravidly logického usuzování, procesní postup při získávání premis úsudku žalovaného nevykazuje zřetelné nedostatky, přitom žalovaný neopomněl zohlednit ani žádné další podstatné kritérium přesahující výčet uvedený v § 22 odst. 2 *in fine* ZOHS. Výtka stěžovatele, že návrh je třeba posuzovat dle obsahu a nikoliv formy je samozřejmě pravdivá, nicméně žádná z formulací uvedených v žalobě neobsahuje jasně vyjádřený návrh na moderační postup. Při posuzování obsahu žalobních námitek ohledně pokuty samé a její výše dospěl soud k závěru, že zde takový návrh není, ostatně nebyla splněna základní podmínka pro moderaci, tj. že pokuta byla uložena ve zjevně nepřiměřené výši, čemuž se krajský soud podrobně věnoval a v napadeném rozhodnutí to i náležitě odůvodnil.

V doplnění kasační stížnosti ze dne 18. 3. 2008 stěžovatel (s odkazem na nález Ústavního soudu sp. zn. II ÚS 192/05) namítá, že žalovaný pozbyl v průběhu řízení S 127/04 pravomoc věc projednat, neboť od 1. 5. 2005 až do 30. 4. 2007 platilo ustanovení § 1 odst. 9 a § 11 odst. 2 ZOHS. Těmito ustanoveními zákonodárce vyloučil pravomoc žalovaného v oblasti soutěžního práva na telekomunikačním trhu ve prospěch ČTÚ. ČTÚ vydal s účinností od 25. 4. 2005 cenové rozhodnutí č. 01/2005, v němž uložil tutéž povinnost jako žalovaný v rozhodnutích vydaných v řízeních S 127/04, resp. R 8/2005 - totiž zákaz zahrnovat volné minuty, hovorové kredity do cen za používání účastnické stanice. Ke zmíněnému § 1 odst. 9 je nutno uvést, že smyslem tohoto ustanovení nebylo z působnosti ZOHS vyloučit jakékoli jednání soutěžitelů, které je porušením zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, ale pouze ty případy, kdy zákon o elektronických komunikacích ve vztazích upravených ZOHS obsahuje vlastní (speciální) právní úpravu. Obdobně je tomu u rozhodnutí vydaných na základě zákona č. 127/2005 Sb. V cenových rozhodnutích ČTÚ je řešena odlišná problematika než v žalobou napadeném rozhodnutí žalovaného. Ustanovení § 11 odst. 1 písm. b) ZOHS ve shora uvedeném znění pak na daný případ nedopadá.

Stěžovatelem zmíněné rozhodnutí ČTÚ č. 01/2005 se týká seznamu telekomunikačních služeb s regulovanými cenami platnými pro určené prodávající a kupující (fyzické a právnické osoby) telekomunikačních služeb uvedených v tomto cenovém rozhodnutí. V příloze č. 1 pod bodem III/3 bylo mj. uvedeno, že ceny za používání telefonní účastnické stanice, 2MBL a přípojky ISDN se uplatňují a účtují v rámci vyúčtování za telekomunikační služby samostatně, tj. odděleně od cen za ostatní poskytnuté služby. Volné minuty, hovorové kredity, nadstavbové cenové plány (nadstavbové tarify), případně jiné služby a zboží se nezahrnují do cen za používání telefonní účastnické stanice. V žalobou napadeném rozhodnutí předsedy Úřadu je v části IV výroku mj. uvedeno, že stěžovatel je povinen *„do 90 dnů od právní moci upravit cenové plány uvedené*

v bodě I.A výroku tohoto rozhodnutí tak, aby nebyla zákazníkům poskytována jako součást pravidelné měsíční platby za používání telefonní stanice finanční částka ve formě hovorového kreditu, do jehož výše je cena za uskutečněné hovory součástí cenového plánu a předmětné hovory nejsou zákazníkům účtovány zvlášť."

I když se uvedené části obou správních aktů zčásti překrývají, nejedná se o případ, kdy by zmíněná část cenového výměru vylučovala uvedenou část rozhodnutí předsedy Úřadu. Cenové rozhodnutí upravuje regulaci cen (do budoucna). Nápravné opatření navazuje na konstatování porušení právních předpisů na úseku ochrany hospodářské soutěže cenovými plány stěžovatele a směřuje k odstranění tohoto protiprávního stavu, včetně stanovení lhůty pro realizaci těchto opatření, aby příp. i tato část rozhodnutí předsedy Úřadu mohla být předmětem výkonu rozhodnutí. Nejedná se tedy o porušení zásady *ne bis in idem*, jak ostatně dovodil i krajský soud se srovnatelnou právní argumentací. Pokud stěžovatel argumentoval rozsudkem Krajského soudu v Brně, čj. 62 Ca 8/2007 - 171, jedná se o rozhodnutí, které bylo zrušeno již zmíněným rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2008, čj. 5 Afs 9/2008 - 328.

V doplnění kasační stížnosti ze dne 27. 10. 2008 stěžovatel odkázal na další dvě rozhodnutí, jež mají podle jeho názoru zásadní význam pro toto řízení. Jedná se o rozhodnutí britského úřadu specializujícího se na oblast telekomunikací OFCOM (Office for Communications) z 12. 7. 2004 (příloha F.1), jež ukončilo šetření údajného zneužití dominantního postavení podle čl. 82 SES a dále cenové rozhodnutí ČTÚ č. CEN/1/04.2008-1 z 23. 4. 2008, které konstatuje silnou substituci mobilních telefonů v ČR a jejich vliv na konkurenci.

OFCOM (příloha F.1, str. 38 českého překladu, odst. 132) – „jestliže dominantní podnik balíčkuje služby, může jít o porušení zákona, pokud by účelem takovéhoto jednání bylo využít dominantního postavení na trhu poskytování jedné služby tím způsobem, že nabídne druhou službu, vystavenou větší soutěži, v balíčku s první službou a pokud by zákazník byl motivován k nákupu druhé služby, vystavené větší soutěži, od dominantního poskytovatele společně s tou první. ..." Přesně o tuto situaci se jedná u stěžovatele, balíčkování by nebylo nepovolené, pokud by stěžovatel neměl dominantní postavení, resp. nevázal by službu, u které má dominantní postavení (přístup) se službou, kde je soutěžní prostředí (hovorné). Ačkoliv u British Telecom nebylo balíčkování shledáno závadným a stěžovatel v tom vidí jasný argument, že balíčkování je povoleno, záleží vždy na okolnostech a typu vázaných (balíčkovaných) služeb. Argumentace cenovým rozhodnutím z roku 2008 je v posuzované věci irelevantní již se zřetelem na § 75 odst. 1 s. ř. s. Jinak je možno odkázat na to, co již bylo uvedeno k otázce substituce.

Ze všech shora uvedených důvodů Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že kasační stížnost není důvodná a proto ji zamítl (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

Stěžovatel, který neměl v tomto soudním řízení úspěch, nemá právo na náhradu nákladů řízení a úspěšnému žalovanému náklady řízení nevznikly. Proto soud rozhodl, že se žalovanému právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti nepřiznává (§ 60 odst. 1, § 120 s. ř. s.).

Poučení: Proti tomuto rozsudku **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 30. července 2009

JUDr. Petr Příhoda, v. r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Šárka Dujíčková, DiS.

Nejvyšší správní soud v Brně
- 23 -