



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Radana Malíka a soudkyň JUDr. Barbary Pořízkové a Mgr. Daniely Zemanové v právní věci **žalobce: T-Mobile Czech Republic a. s.**, se sídlem Tomíčkova 2144/1, Praha 4, zastoupeného JUDr. Pavlem Randlem, advokátem se sídlem Hvězdova 1716/2b, Praha, proti **žalovanému: Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, zastoupenému JUDr. Kristinou Škampovou, advokátkou se sídlem Pellicova 8a, Brno, proti rozhodnutí žalovaného ze dne 7. 8. 2003, č. j. R 17/2002, za účasti **osoby zúčastněné na řízení: Vodafone Czech Republic a.s.**, se sídlem Vinohradská 167, Praha 10, ve věci ochrany hospodářské soutěže, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 16. 6. 2009, č. j. 62 Ca 5/2007 - 72,

t a k t o :

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 16. 6. 2009, č. j. 62 Ca 5/2007 - 72, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce (dále jen „stěžovatel“) se včas podanou kasační stížností domáhá zrušení shora uvedeného pravomocného rozsudku Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým tento soud zamítl jeho žalobu proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 8. 2003, č. j. R 17/2002. Napadeným rozhodnutím zamítl žalovaný, respektive jeho předseda (dále jen „žalovaný“), rozklad stěžovatele a současně ve výrokové části změnil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 3. 2002, č. j. S 21/02-860/02-VO1. Žalovaný dospěl k závěru, že účastníci Smlouvy o propojení telekomunikačních zařízení a sítí, uzavřené dne 20. 12. 2000 (dále jen „Smlouva o propojení“ nebo „Smlouva“), tj. stěžovatel a společnost Vodafone Czech Republic a. s. (dál také „osoba zúčastněná na řízení“),

nemají možnost svobodného rozhodování o nejvýhodnějším způsobu propojení sítí a namísto toho se zavazují propojit se výhradně prostřednictvím propojovacích bodů, které jsou uvedeny v příloze A Smlouvy, byť výslovný zákaz nepřímého propojení ve Smlouvě o propojení obsažen není.

Z výše uvedených důvodů označil žalovaný v napadeném rozhodnutí dohody obsažené :

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

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

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

za dohody podléhající zákazu dohod narušujících soutěž podle § 3 až 6 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, ve znění účinném za posuzované období (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“).

V žalobě stěžovatel mimo jiné namítal nesprávné hmotněprávní posouzení žalovaného, neboť Smlouva o propojení neobsahuje žádné ustanovení, které by obsahovalo zákaz nepřímého propojení sítí stěžovatele a osoby zúčastněné na řízení. I v případě, že by snad bylo možné ve Smlouvě o propojení spatřovat dohodu narušující soutěž ve smyslu § 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže, je nutné vzít v úvahu ustanovení § 6 odst. 1 uvedeného zákona, které ze zákazu dohod vyjímá vertikální dohody, pokud společný podíl na relevantním trhu nepřesahuje 10%. Stěžovatel se v žalobě dovolával jednak odlišného vymezení relevantního trhu od napadeného rozhodnutí a dále i odlišného posouzení charakteru předmětné Smlouvy z hlediska aplikace ustanovení § 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Namítal, že trh provozování veřejných telekomunikačních sítí není relevantním trhem, protože zde nedochází ke střetu nabídky a poptávky, ale relevantním trhem je pouze trh propojovacích služeb ve veřejných telekomunikačních sítích; stěžovatel trval na vertikálním charakteru Smlouvy o propojení, protože pro účely Smlouvy o propojení si účastníci poskytují na sebe navazující plnění analogicky vztahu výrobce - distributor - prodejce.

Napadeným rozsudkem krajský soud shledal žalobu nedůvodnou, a proto ji dle ustanovení § 78 odst. 7 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.“), zamítl. V odůvodnění v prvé řadě neshledal důvodnými žalobní body směřující do procesních pochybení správních orgánů. Z pohledu

hmotného soutěžního práva se pak soud ztotožnil s vymezením relevantního trhu provedeným v napadeném rozhodnutí, i s výpočtem podílu účastníku Smlouvy o propojení na tomto trhu. Přezkoumávanou dohodu označil jako dohodu horizontální s odůvodněním, že se jedná o dohodu soutěžitelů, kteří nepochybně působí na stejné úrovni relevantního trhu. K výpočtu podílu uvedl, že po důkladném přezkoumání obsahu údajů označených jako obchodní tajemství jednotlivých provozovatelů o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v České republice v roce 2001 byl podíl žalovaným správně vymezen a jelikož je vyšší než 5 %, nepodléhá přezkoumávané dohody zákazu vynětí dle pravidla de minimis.

Soud konstatoval, že logickým výkladem projevu vůle stran dohody obsažené v čl. 3.1 a navazujících přílohách ve spojení s dohodou obsaženou v čl. 6.6 Smlouvy o propojení 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. 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. Protisoutěžní aspekt výlučného závazku je dle soudu umocněn dohodou obsaženou v čl. 7.1 Smlouvy o propojení.

V kasační stížnosti uplatnil stěžovatel zákonné důvody obsažené v ustanovení § 103 odst. 1 písm. a), b) c) a d) s. ř. s.

Stěžovatel zásadně nesouhlasí s právním posouzením Smlouvy o propojení a považuje je za chybné a odporující vůli smluvních stran. Účelem čl. 3.1 Smlouvy o propojení nebylo zakázat jejím účastníkům jiné než přímé propojení jejich telekomunikačních sítí, ale jednoznačně vymežit konkrétní propojovací body, prostřednictvím kterých může dojít k přímému propojení vzájemných telekomunikačních sítí, a to za použití takových technických řešení připojení, jak jsou popsána v příloze A Smlouvy o propojení. Takové vymezení totiž odpovídá legislativním požadavkům [§ 2 odst. 16 Telekomunikačního zákona, § 1 písm. c) vyhlášky Ministerstva dopravy a spojů č. 195/2000 Sb., § 3 písm. b) a § 5 písm. e) vyhlášky Ministerstva vnitra a spojů č. 198/2000 Sb.].

Ustanovení čl. 6. 6 Smlouvy o propojení nelze považovat za zakázanou kartelovou dohodu, neboť po dobu, po kterou jím byly smluvní strany vázány (01/2000 až 04/2000), nebylo možné realizovat propojení jejich sítí jiným způsobem než formou tzv. nepřímého propojení. Každá ze smluvních stran navíc měla možnost dohodnout si s Českým Telecomem, prostřednictvím jehož telekomunikační sítě bylo nepřímé propojení realizováno, vlastní podmínky propojení. S ohledem na skutečnost, že počínaje dubnem 2000 existovalo mezi smluvními stranami přímé propojení, které je méně nákladné než propojení nepřímé, tedy skrze prostředníka, nepovažovaly smluvní strany za nutné uzavřít smlouvu upravující podmínky nepřímého propojení. Pokud by kterákoliv ze smluvních stran dospěla k závěru, že považuje za vhodné podmínky nepřímého propojení vzájemných telekomunikačních sítí smluvně upravit, stačilo, aby využila

ustanovení § 37 odst. 2 Telekomunikačního zákona a druhou smluvní stranu požádala o uzavření odpovídající smlouvy.

Stěžovateli není zřejmé, jakým způsobem protisoutěžní aspekt dohod umocňuje čl. 7.1 Smlouvy o propojení a závěr krajského soudu proto považuje za nepřezkoumatelný. Stěžovatel opakovaně zdůrazňuje, že čl. 7.1 předmětné smlouvy stanoví úplatu za telekomunikační služby související s propojením telekomunikačních sítí účastníků Smlouvy o propojení. Jak vyplývá z Přílohy C uvedené smlouvy, jedná se o ceny přímého propojení, jde-li o propojení nepřímé, z obsahu čl. 6.6 Smlouvy o propojení vyplývá, že podmínky tohoto provozu se budou řídit též podmínkami sjednanými každou smluvní stranou se společností Český Telecom. Krajský soud také nepřezkoumal účinky dohody na relevantní trh, neboť se blíže nevyjadřuje k tomu, v čem shledává podstatné či citelné narušení hospodářské soutěže. Jak vyplývá z rozsudku Evropského soudního dvora ze dne 30. 7. 1966, *Société minière et technique*, v případě, kdy je připuštěno, že dohoda nemá protisoutěžní cíl, je nutno přezkoumat účinky dohody a aby tato dohoda podléhala zákazu, musí existovat skutečnosti prokazující, že hospodářská soutěž byla ve značné míře buď vyloučena, nebo omezena či narušena.

Stěžovatel považuje odůvodnění soudu týkající se charakteru Smlouvy o propojení jako horizontální dohody za nedostatečné. Skutečnost, zda se jedná o dohodu vertikální či horizontální, je nutno zkoumat vždy ve vztahu ke konkrétní dohodě, nikoli vycházet z obecného závěru o převažujícím vzájemném postavení jejich účastníků na relevantním trhu. Vertikální dohodou je taková dohoda mezi soutěžiteli, z nichž každý jedná pro účely dohody na různé úrovni výrobního nebo distribučního řetězce. Obdobný závěr vyplývá z rozhodnutí žalovaného ze dne 26. 4. 2002, č. j. S 41/02-697/02-VOII, kde žalovaný s odkazem na vyhlášku č. 198/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž, dovedl, že vyhláška připouští uzavření vertikální dohody mezi soutěžiteli působícími na téže úrovni trhu (horizontálními konkurenty), což vyplývá z ustanovení § 5 odst. 3 citované vyhlášky. Ze srovnání účelu Smlouvy, kterým je přenos telefonního hovoru účastníka z jedné sítě do druhé s kurýrní službou, pak stěžovatel dovozuje vertikální charakter Smlouvy o propojení, neboť se jedná o odběratelsko-dodavatelský vztah.

Vadu řízení ve smyslu ustanovení § 103 odst. 1 písm. b) s. ř. s. stěžovatel spatřuje ve formálním převzetí ničím nepodloženého závěru žalovaného o negativních účincích Smlouvy o propojení na konečné spotřebitele. Jak stěžovatel namítal již v rozkladu, žalovaný převzal informaci o cenách za tranzit přes společnost Český Telecom bez toho, aniž by si u Českého telekomunikačního úřadu ověřil důvod této výrazně nižší ceny za propojení, nabízené ze strany Českého Telecomu, ačkoliv na ni následně založil úvahu o cenové nevýhodnosti propojení telekomunikačních sítí ve vztahu ke konečným spotřebitelům. Stěžovatel zásadně nesouhlasí s tím, že by cenové propojení nepřímé mohlo být cenově výhodnější oproti propojení přímému. Naopak propojení nepřímé v sobě pro provozovatele telekomunikačních sítí, z níž volání pochází, vždy zahrnuje více náklad v podobě tranzitního poplatku, který musí zaplatit tranzitujícímu provozovateli. Přímé propojení realizované na základě Smlouvy o propojení tak nemůže vést k vyšším nákladům na službu ukončení hovoru ve volané síti, než nepřímé propojení.

Stěžovatel dále namítá porušení ústavní zásady ne bis in idem, se kterou se krajský soud žádným způsobem nevypořádal, ačkoliv z protokolu o ústním jednání, které se před krajským soudem uskutečnilo dne 16. 6. 2009, je zřejmé, že stěžovatel tuto námitku uplatnil v rámci svého závěrečného návrhu. Protisoutěžní účinky Smlouvy o propojení byly totiž přezkoumány ze strany Českého telekomunikačního úřadu, resp. jeho Předsedy, rozhodujícího o sporu z plnění smlouvy ve smyslu ustanovení § 95 odst. 1 písm. c) telekomunikačního zákona ve spojení s § 40 odst. 4 uvedeného zákona. Další rozhodování o téže věci je tak v rozporu s obecnou procesněprávní zásadou ne bis in idem; současně dochází k porušení § 40 zákona č. 71/1967 Sb., správního řádu, a veškerá následná rozhodnutí žalovaného jsou proto nicotná. Stěžovatel namítá, že pro následné rozhodování žalovaného chyběly podmínky řízení, a proto je napadené rozhodnutí krajského soudu ve smyslu ustanovení § 103 odst. 1 písm. c) s. ř. s. zmatečné.

S ohledem na vše výše uvedené navrhuje stěžovatel napadený rozsudek zrušit a věc vrátit soudu k dalšímu řízení.

Žalovaný ve vyjádření ke kasační stížnosti namítá, že v daném případě mělo správní řízení určovací charakter, jehož účelem bylo posouzení charakteru dohod, obsažených ve Smlouvě o propojení z hlediska jejich souladu s ustanoveními § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Účastníci smlouvy uzavřeli dohodu, která neumožňuje propojení jejich telekomunikačních sítí jiným způsobem než přímým propojením s výjimkou případu uvedeného v čl. 6.6, jenž umožňuje propojení sítí stěžovatele a osoby zúčastněné na řízení prostřednictvím společnosti Český Telecom, avšak pouze za předpokladu neexistence přímého propojení sítí smluvních stran nebo v případě nedostatečné kapacity propojení. Smlouva o propojení by měla upravovat podmínky, za kterých se mezi smluvními stranami propojení realizuje, nikoli upravovat pouze jeden způsob propojení. Nepřímé propojení mezi oběma smluvními stranami smlouva fakticky, až na výjimky v případě neexistence přímého propojení či nedostatečné kapacity, neumožňuje, a proto je třeba ji hodnotit jako dohodu podléhající zákazu dohod narušujících soutěž dle § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Úprava smluvního propojení do budoucna omezuje svobodnou vůli účastníků smlouvy rozhodnout se pro nejuvhodnější způsob propojení.

Pokud se jedná o vymezení čl. 7.1 Smlouvy o propojení, obsahujícího ujednání smluvních stran o ceně, není taková dohoda sama o sobě zakázanou, nesjednává-li cenu vůči třetím osobám. V kontextu ostatních ve Smlouvě uvedených dohod však působí protisoutěžně, neboť uzavírá trh pro tranzitní provozovatele telekomunikačních služeb, jež by služby nepřímého propojení neposkytovali zadarmo, neboť jiné propojení než formou přímého propojení by bylo ekonomicky nevýhodné, byla-li účastníky Smlouvy sjednána dohoda o ceně v pevné výši bez ohledu na způsob propojení. Tímto ujednáním pak shledal předseda žalovaného vynuocování si takových obchodních podmínek, které jsou způsobitelné vyloučit soutěž na relevantním trhu, které v konečném důsledku nutí obě smluvní strany nespolupracovat s jinými soutěžiteli.

Smlouva o propojení má charakter dohody horizontální, neboť mezi smluvními stranami nejde o odběratelsko-dodavatelský vztah, který je typický pro dohody vertikální, jedná se pouze o prostředek, který umožňuje zprostředkování hovoru obou dvou

telekomunikačních operátorů. Stěžovatel, jestliže hovor má být ukončen v jeho síti, tento hovor neodebírá, nenachází se v postavení odběratele, nýbrž zabezpečuje, aby hovor, který započal v síti konkurenčního operátora, skončil v síti zákazníka, tj. spotřebitele jeho vlastní sítě. Proto se účastníci Smlouvy o propojení nachází v horizontálním vztahu.

K namítanému porušení ústavní zásady *ne bis in idem* žalovaný uvedl, že tuto námitku stěžovatel uplatnil po uplynutí zákonem stanovené lhůty pro uplatnění žaloby a krajský soud proto nebyl povinen k ní přihlížet. Přesto z důvodu právní opatrnosti uvádí, že tato zásada nemůže být v projednávané věci uplatněna, protože se nejedná o trestní řízení, ale o řízení určovací, které je návrhové a jeho výlučný předmět tvoří toliko zodpovězení otázky, zda určitá dohoda podléhá zákazu podle § 3 až 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Podáním ze dne 9. 9. 2009 doplnil stěžovatel kasační stížnost o další důvody, a to návrh na zrušení napadeného rozsudku z důvodů překážky věci pravomocně rozhodnuté. Stěžovatel přiložil ke kasační stížnosti rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 21. 7. 2009, sp. zn. 62 Ca 35/2007, ve skutkově obdobné věci, které zrušilo rozhodnutí žalovaného na základě právní argumentace shodné s argumentací stěžovatele týkající se porušení zásady *ne bis in idem*. Podstatou tohoto rozsáhlého doplnění kasační stížnosti je tvrzení, že o charakteru Smlouvy o propojení z hlediska protisoutěžních aspektů již rozhodoval Český telekomunikační úřad (rozhodnutí Předsedy ČTU ze dne 28. 6. 2002, č. j. 13109/2002-603, rozhodnutí ČTU ze dne 6. 2. 2002, č. j. 034701/2001-631/Dvo/Hš, kterým byla osobě zúčastněné na řízení uložena povinnost uhradit stěžovateli dlužnou částku, vplynuvší ze Smlouvy o propojení).

Na doplnění kasační stížnosti reagoval žalovaný vyjádřením ze dne 16. 10. 2009, jehož obsahem je nesouhlas s rozhodnutím Krajského soudu v Brně ze dne 21. 7. 2009, sp. zn. 62 Ca 35/2007, a kopie kasační stížnosti v této věci, obsahující argumentaci zpochybňující závěry krajského soudu. Dále žalovaný zdůraznil, že doplnění kasační stížnosti bylo provedeno po uplynutí zákonné lhůty pro její podání.

Podáním ze dne 9. 12. 2009 požádal stěžovatel Nejvyšší správní soud o zaslání shora uvedeného doplnění vyjádření žalovaného. Podáním ze dne 25. 1. 2010 se pak k tomuto doplnění obsáhle vyjádřil (vyjádření je založeno na listech č. 172 až 177 soudního spisu).

Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost je podána včas, jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná, a stěžovatel je řádně zastoupen (§ 105 odst. 2 s. ř. s.). Poté přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu v rozsahu kasační stížnosti a v rámci uplatněných důvodů (§ 109 odst. 2 a 3 s. ř. s.), zkoumal při tom, zda napadený rozsudek netrpí vadami, k nimž by musel přihlídnout z úřední povinnosti (§ 109 odst. 2, 3 s. ř. s.), a dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná.

Nejvyšší správní soud je soudem přezkumným, kasační přezkum je však možný pouze za předpokladu, že napadené rozhodnutí splňuje kritéria přezkoumatelnosti, tj. jedná se o rozhodnutí srozumitelné, které je opřené o dostatek relevantních důvodů,

z nichž je zřejmé, proč krajský soud rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku rozhodnutí. Nejvyšší správní soud konstatuje, že krajský soud se v napadeném rozhodnutí řádně vypořádal se všemi žalobními námitkami procesního charakteru, hmotněprávní žalobní námitky však zčásti zcela pomínil, zčásti vypořádal nepřezkoumatelným způsobem.

Nepřezkoumatelnost rozhodnutí je natolik závažnou vadou, že k ní soud přihlíží i bez námítky, z úřední povinnosti. Požadavek řádného a vyčerpávajícího zdůvodnění rozhodnutí orgánů veřejné moci je jednou ze základních podmínek ústavně souladného rozhodnutí (srovnej nálezy sp. zn. III. ÚS 103/99, Ústavní soud: Sbírka nálezů a usnesení, sv. 17, str. 121, sp. zn. I.ÚS 60/01, Ústavní soud: Sbírka nálezů a usnesení, sv. 23, nálezy č. 127). Obdobně jako ve skutkové oblasti i v oblasti nedostatečně vyložené a zdůvodněné právní argumentace nastávají shodné následky vedoucí k neúplnosti a zejména k nepřesvědčivosti rozhodnutí, což je ovšem v rozporu nejen s požadovaným účelem soudního řízení, ale též i se zásadami spravedlivého procesu (srov. nálezy sp. zn. III. ÚS 176/96, Sb.n.u. sv. 6, str. 151).

Kasační soud se ztotožňuje se závěrem soudu, že nepřímé propojení mezi oběma smluvními stranami Smlouva o propojení fakticky, až na výjimky v případě neexistence přímého propojení či nedostatečné kapacity, neumožňuje a smluvní strany se tak zavázaly k výhradně přímému propojení svých sítí a nemohly využívat jiné formy propojení. Argumentaci stěžovatele snažící se obsah Smlouvy odůvodnit legislativními požadavky považuje soud za účelovou, neboť stěžovatelem uváděné legislativní požadavky rozhodně účastníkům Smlouvy nepředepisovaly zavázat se výhradně k jednomu z možných způsobů propojení, v projednávané věci k propojení přímému. Obdobně ani argumentace stěžovatele, 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 napadeného rozhodnutí krajského soudu však není vůbec zřejmé, z jakých konkrétních důvodů má krajský soud za to, že takto koncipovaná dohoda vede či může vést k narušení hospodářské soutěže, jinými slovy jaké reálné či potenciální negativní porušení hospodářské soutěže vyvolává či je způsobilá vyvolat.

K tomu, aby určitá dohoda byla považována za zakázanou, musí být kromě naplnění formálních znaků naplněny i materiální podmínky protisoutěžního charakteru dohody. Podle § 1 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže tento zákon upravuje ochranu hospodářské soutěže na trhu výrobků a služeb proti jejímu vyloučení, omezení, jinému narušení nebo ohrožení (dále jen „narušení“) dohodami soutěžitelů, zneužitím dominantního postavení soutěžitelů nebo spojením soutěžitelů. Všechny tři skutkové podstaty dle zákona o ochraně hospodářské soutěže postihují různé typy jednání, které ovšem ohrožují tentýž objekt vyjádřený již v názvu zákona, tedy hospodářskou soutěž jako takovou, a to na trhu v rámci České republiky (k tomu srov. § 1 odst. 5 a 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže). Z judikatury Evropské unie vyplývá, že zakázané jsou dohody, které mají za cíl (účel) narušení soutěže (aniž by takového cíle bylo třeba být jen částečně dosaženo a aniž by byl stranami zamýšlen), a dohody, které mají nebo mohou mít protisoutěžní následek (a to zásadně bez ohledu na to, zda byl takový následek

stranami zamýšlen), pokud se vyznačují takovými znaky mířícími na způsobení negativního efektu na trhu, které snesou kritérium „dostatečnosti“ či „podstatnosti“ a z pohledu způsobení protisoutěžního efektu též reálnosti. Má-li dohoda protisoutěžní cíl (účel), není již nutné zjišťovat její účinky na relevantním trhu (viz např. rozsudky ve věcech Consten/Grundig, str. 342, Anic Partecipazioni, odst. 99). Soutěž přitom „musí být chápána ve skutečném kontextu, v jakém by byla, kdyby sporná dohoda neexistovala“ (viz rozsudek ve věci Société Technique Min re, str. 250). Opačný výklad by dle názoru kasačního soudu vedl k závěru, že posouzení narušení hospodářské soutěže by mohlo být vystavěno toliko na teoretických úvahách, jež postrádají reálný základ. K aplikaci judikatury Evropské Unie i na věc skutkově spadající do doby předcházející vstupu České republiky do Evropské Unie se Nejvyšší správní soud vyslovil v rozhodnutí sp. zn. 7 As 50/2006, kterým byl již jednou rozsudek Krajského soudu v Brně zabývající se nyní projednávanou věcí zrušen.

Hodnocení materiální podmínky protisoutěžního charakteru posuzované Smlouvy v napadeném rozhodnutí krajského soudu chybí. Konstatoval-li soud, že negativní důsledky zakázaných dohod se projevují u konečných spotřebitelů, neboť tyto dohody ovlivňují cenu, kterou je zákazník povinen uhradit poskytovateli telekomunikačních služeb za službu ukončení hovoru ve volané síti, pak by mělo být z napadeného rozhodnutí zřejmé, jak k tomuto závěru soud dospěl a z jakých podkladů vycházel. Obdobně není z rozsudku zřejmé, jakými úvahami se soud ubíral, když bez dalšího konstatoval, že protisoutěžní aspekt vylučného závazku je umocněn dohodou obsaženou v čl. 7.1 Smlouvy o propojení.

Dalším neméně podstatným znakem zakázané dohody je skutečnost, že narušení hospodářské soutěže, které způsobuje, popřípadě které může způsobit, musí být citelné, tzv. doktrina de minimis. Legislativním vyjádřením této doktríny je v projednávaném období ustanovení § 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Uvedené ustanovení mimo jiné stanoví, že zákaz dohod podle § 3 odst. 1 uvedeného zákona se nevztahuje na horizontální dohodu, pokud společný podíl účastníků dohody na relevantním trhu nepřesahuje 5 %, vertikální dohodu, pokud společný podíl účastníků dohody na relevantním trhu nepřesahuje 10 %, nestanoví-li Úřad vyhláškou tento podíl vyšší. Zákon o ochraně hospodářské soutěže jako kritérium pro bagatelní dohody používá výši tržního podílu účastníků dohody na relevantním trhu, který je dotčen posuzovanou dohodou, a to odlišně v závislosti na tom, zda jde o dohody horizontální či vertikální. Pro účely rozhodnutí o případné aplikaci uvedeného ustanovení je proto třeba přesně vymezit dotčený relevantní trh, aby bylo zřejmé ve vztahu k jakému trhu se má příslušná hranice tržního podílu určovat. Ze zákonného rozlišení výše hranice tržního podílu, dle kterého nejsou dohody považovány za zakázané, je zřejmé, že přístup k vertikálním dohodám je mírnější než k dohodám horizontálním. Otázkou, kterou je třeba k vznesené žalobní námitce odpovědět, je otázka, zda pro určení charakteru příslušné dohody je rozhodné konkrétní postavení soutěžitelů, v němž pro účely předmětné dohody vystupují či naopak jejich postavení na trhu obecně. Namítal-li stěžovatel, že pro účely smlouvy o propojení mají účastníci postavení obdobné jako výrobce – distributor, tj. pro účely dohody jednájí každý na jiné úrovni trhu, je odůvodnění krajského soudu, spočívající v jediné větě, že se „jedná o dohodu soutěžitelů, kteří nepochybně působí na stejné úrovni relevantního trhu“, zcela nedostatečné. To platí zvláště za situace, kdy sám žalovaný

v napadeném rozhodnutí (strana 10) připustil, že dohoda mezi vzájemnými konkurenty na trhu, je-li postavení účastníků pro účely této dohody vertikálního charakteru, není dohodou horizontální. Výše uvedený názor ostatně připouští i některé odborné výklady. Nepřezkoumatelný je i závěr krajského soudu týkající se způsobu výpočtu podílu účastníku Smlouvy o propojení, když bez jakékoliv alespoň rámcového odůvodnění pouze konstatuje, že *po důkladném přezkoumání obsahu údajů označených jako obchodní tajemství jednotlivých provozovatelů o celkovém objemu provozu s jednotlivými telekomunikačními operátory v České republice v roce 2001 byl podíl žalovaným správně vymezen a jelikož je vyšší než 5 %, nepodléhá přezkoumávané dohody zákažu vynětí dle pravidla de minimis.*

Pokud jde o námitku směřující do porušení zásady ne bis in idem, kterou obě strany sporu v kasačním řízení rozsáhle komentovaly, je nejprve nutno uvést, že krajský soud na tuto námitku žádným způsobem nereagoval. Jakkoliv kasační soud souhlasí se stěžovatelem v tom smyslu, že skutečnost, že tato kasační námitka byla uplatněna až v doplnění kasační stížnosti, nemá žádný vliv na její řádné uplatnění, nemůže se k této námitce vyjádřit. Jak totiž vyplývá z nálezu Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 1534/08, ve správním soudnictví je primární povinností soudu I. stupně vypořádat se mimo jiné i s včasností uplatněné námitky a vysvětlit žalobci, z jakého důvodu se soud jeho žalobní námitkou nezabýval. Žalobce totiž musí mít možnost bránit se proti právnímu hodnocení soudu (a to i z hlediska včasnosti uplatnění) cestou kasační stížnosti. Nevypořádání takové námitky v intencích uvedeného nálezu nemůže být zhojeno tím, že Nejvyšší správní soud v odůvodnění rozhodnutí o kasační stížnosti dodatečně stěžovateli předešle svůj právní názor. V dalším řízení proto bude muset krajský soud mimo jiné pečlivě vážít, zda stěžovatelem uplatněná námitka týkající se porušení uvedené zásady byla uplatněna včas či nikoliv. Pokud soud dospěje k závěru, že uplatnění této námitky až při závěrečném návrhu při ústním jednání je opožděné, je jeho povinností tento závěr vzhledem k charakteru uplatněné námitky podrobně odůvodnit. V této souvislosti kasační soud připomíná, že v obecné rovině patří protikartelové právo do oblasti deliktního práva správního a že pro účely určení charakteru správních deliktů lze vycházet z nauky i judikatury trestního práva (srovnej nálezy Ústavního soudu sp. zn. II. ÚS 192/05). Pokud krajský soud uzná předmětnou námitku za včas uplatněnou, bude jeho povinností zabývat se touto námitkou věcně.

Napadený rozsudek je v části týkající se posouzení hmotněprávních námitek stěžovatele nepřezkoumatelným a Nejvyššímu správnímu soudu nezbylo než rozsudek krajského soudu zrušit a věc mu vrátit k dalšímu řízení [§ 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s.]. Krajský soud je při novém projednání věci vázán právním názorem zdejšího soudu; v novém rozhodnutí ve věci krajský soud rozhodne i o náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti (§ 110 odst. 2 s. ř. s.).

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 21. dubna 2010

JUDr. Radan Malík
předseda senátu