



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Městský soud v Praze rozhodl v senátě složeném z předsedy Milana Taubera, soudce Vadima Hlavatého a soudkyně Pavly Klusáčkové ve věci

žalobce: **T-Mobile Czech Republic a.s.**, IČO 64949681
se sídlem Tomíčková 2144/1, Chodov, 148 00 Praha 4
zastoupený advokátem Mgr. Ing. Karlem Anderle
se sídlem Spálená 84/5, Praha 1

proti

žalovanému: **Český telekomunikační úřad**
se sídlem Sokolovská 58/219, Praha 9

o žalobě proti rozhodnutí Rady Českého telekomunikačního úřadu ze dne 19. 5. 2017, č. j. ČTÚ-7 797/2017-603/II. vyř.,

takto:

- I. Rozhodnutí Rady Českého telekomunikačního úřadu ze dne 19. 5. 2017, č. j. ČTÚ-7 797/2017-603/II. vyř., se zrušuje a věc se vrací žalovanému k dalšímu řízení.

Shodu s prvopisem potvrzuje:

- II. Žalovaný je povinen zaplatit žalobci do jednoho měsíce od právní moci tohoto rozsudku na náhradě nákladů řízení 15 342 Kč, a to do rukou zástupce žalobce Mgr. Ing. Karla Anderle, advokáta.

Odůvodnění:

Obsah žaloby

1. Žalobou podanou u Městského soudu v Praze se žalobce domáhal zrušení v záhlaví uvedeného rozhodnutí (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým byl zamítnut jeho rozklad a bylo potvrzeno rozhodnutí předsedy Rady Českého telekomunikačního úřadu ze dne 29. 12. 2016, č. j. 45 789/2007-611/XXIX. vyř. (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“). Prvostupňovým rozhodnutím bylo rozhodnuto: I. Ověřuje se, že výše prokazatelné ztráty z poskytování univerzální služby za rok 2006 předložená společností O2 Czech Republic a.s. dopisem č. j. 136/2005 - RIU-REG III. vyř. dne 29. 6. 2007 v části A zúčtování ve verzi po mimořádném odpisu realizovaném v roce 2003 (impairmentu) činí 280 274 507 Kč. II. Tržní nehmotné výhody vztahující se ke ztrátě uvedené v bodě I. nebyly identifikovány. III. Ověřená prokazatelná ztráta z poskytování univerzální služby za rok 2006 představuje pro společnost O2 Czech Republic a.s. nespravedlivou zátěž.
2. V žalobě žalobce uvedl, že délka stanovené lhůty, v níž měl možnost vyjádřit se k podkladům prvostupňového rozhodnutí, v rozporu s § 36 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (dále jen „správní řád“) nedostatečně reflektovala charakter a rozsah podkladů opatřených žalovaným v době po zrušení předchozího správního rozhodnutí rozsudkem Městského soudu v Praze ze dne 30. 11. 2015, č. j. 7 A 67/2011-102. Konkrétně šlo o marketingový průzkum společnosti MindBridge Consulting a.s. (dále jen „průzkum MindBridge“), kdy jeho opatření trvalo žalovanému téměř půl roku. Žalobce ve svém vyjádření k podkladům prvostupňového rozhodnutí deklaroval záměr nechat si zpracovat oponentní vyjádření, resp. že se již zpracovává, a to společně s žádostí o prodloužení lhůty do 31. 1. 2017. Na tom nic nemění ani fakt, že se rozkladový orgán obsahem formálně opožděného odborného vyjádření prof. Smejkalů věcně zabýval. Žalobce v tom spatřoval porušení dvojinstančnosti správního řízení.
3. Ve vztahu k nehmotné výhodě společnosti O2 Czech Republic a.s. (dále jen „O2“) spočívající v bezplatné přítomnosti vlastního loga a reklamy na telefonních budkách provozovaných v obcích do 5 tisíc obyvatel žalovaný dle žalobce dospěl na základě provedených důkazů k nesprávnému a neúplnému skutkovému zjištění o jejím nulovém významu pro poskytovatele univerzální služby (dále jen „US“).
4. Dle žalobce není pravdou, že by prof. Smejkal ve svém posudku č. 2267/2009 (dále jen „posudek prof. Smejkalů“) nulový význam dané výhody v malých obcích sám potvrzoval. Ani další zdroj poznání žalovaného, totiž jeho vlastní zkušenosti, nelze považovat za dostatečně určitý. To, že daný závěr potvrzují i jediné dvě reklamní agentury oslovené žalovaným, které na výzvu žalovaného zareagovaly, není možné vzít v potaz, a to především proto, že obsahem spisu nelze verifikovat, zda žalovaný oslovil i jiné agentury, zejména takové, jež by nebyly ve vztahu k O2 v závislém postavení (agentura [REDAKCE] je od 1. 1. 2015 exkluzivním obchodním a provozním partnerem O2 pro prodej a správu reklamních ploch na telefonních budkách; agentura [REDAKCE] je od roku 2014 O2

exkluzivně pověřena k nákupu reklamního prostoru v médiích, a to za účelem posílení značky O2).

5. Žalovaný se nevyjádřil k tvrzení žalobce ohledně existence oborové exkluzivity, která inzerci na telefonních budkách přímým konkurentům O2 zcela zapovídala. V souvislosti s touto skutečností se pak měl žalovaný pokusit zjistit reálnou hodnotu reklamního prostoru na telefonních budkách prostřednictvím dotazů na potenciální inzerenty mimo oblast telekomunikačních služeb. Vyjádření žalovaného, že k tomuto kroku nepřistoupil z důvodu, že vůči takovým subjektům nemá právní nástroje k tomu, aby je přiměl k součinnosti, je podle žalobce nepřesvědčivé.
6. Žalovaný dále nepromítl do celkového výsledku ověřené výše ztráty z poskytování US svá zjištění ohledně míry návratnosti kapitálu vynaloženého O2 (ať už z vlastních, či cizích zdrojů) v souvislosti s plněním povinností US.
7. Žalovaný byl v souladu s pokyny vyplývajícími jak z rozsudků tuzemských správních soudů, tak i z rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) povinen ověřit, zda roční míra návratnosti použitá ve vnitrostátní právní úpravě (14,5 %) z účetní hodnoty vlastního kapitálu investovaného poskytovatelem US odpovídá kritériím rozhodnutí SDEU (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 2. 2016, č. j. 7 As 131/2013-156). V rámci tohoto ověření žalovaný dospěl k závěru, že je nutné tuto hodnotu snížit na 11,18 %, která více odpovídá skutečným poměrům panujícím v roce 2006 na tuzemském telekomunikačním trhu (a to i s přihlédnutím k průměrné hodnotě zjištěné na trzích ostatních evropských zemí, tj. 11,1 %). Toto podstatné snížení klíčového parametru - přiměřeného zisku, v terminologii směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/22/ES ze dne 7. 3. 2002, o univerzální službě a o právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací (dále jen „směrnice o US“), nákladů vloženého kapitálu - se však žádným způsobem neprojevovalo ve výsledku zjištěné prokazatelné ztráty.
8. Žalovaný to vysvětloval tím, že onu sníženou hodnotu 11,18 % použil ve vztahu ke službám uvedeným v části B, protože tato nebyla předložena podle vyhlášky č. 235/2001 Sb., kterou se stanoví podrobnosti o výpočtu a úhradě prokazatelné ztráty z poskytování US držitelem telekomunikační licence (dále jen „vyhláška č. 235/2001 Sb.“), a tudíž neměla stanovený způsob určení přiměřeného zisku. To je však v rozporu se závazným pokynem Městského soudu v Praze (rozsudek ze dne 30. 11. 2015, č. j. 7 A 67/2011-102), aby žalovaný v dalším řízení aplikoval přímo příslušná ustanovení Směrnice o US, a nikoli zákon č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích a o změně dalších zákonů (dále jen „zákon o telekomunikacích“), včetně vyhlášky č. 235/2001 Sb. Podle přesvědčení žalobce bylo namíste využít jakožto zdroj inspirace při aplikaci směrnice o US vyhlášku č. 388/2006 Sb., o čistých nákladech univerzální služby v elektronických komunikacích (dále jen „vyhláška č. 388/2006 Sb.“). Tato vyhláška byla totiž přijata k provedení zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích (dále jen „zákon elektronických komunikací“), jímž byla implementována právě směrnice o US.
9. Výpočet měl být proveden podle vzorce $\check{C}N = N_v - TV_{us} + NI_{us}$, kde $\check{C}N$ jsou tvořeny náklady, kterým by se podnikatel vyhnul, kdyby neměl povinnost poskytovat US (N_v) s odečtením tržních výhod (TV_{us}) a přičtením přiměřeného objemu návratnosti investic vynaložených na poskytování US (NI_{us}). Ačkoli vyhláška č. 388/2006 Sb. uvádí u členu NI_{us} nezvyklý název přiměřený objem návratnosti investic, jsou jím rozuměny náklady vloženého kapitálu, který je použit i v opatření obecné povahy č. OOP/4/03.2006-3, na

Shodu s prvopisem potvrzuje:

kteřé žalovaný odkazuje jako na základní podklad k provedení odborného odhadu hodnoty tohoto parametru pro rok 2006. Ze vzorce je patrné, že pokud se změni výše nákladů vloženého kapitálu, musí se ve stejném rozsahu změnit i celková výše prokazatelné ztráty.

10. Dále žalovaný nezohlednil výši jím identifikovaných nehmotných výhod ve výpočtu ověřené výše prokazatelné ztráty u nákladů vynaložených na poskytování služeb uvedených v části A, přestože se přinejmenším zčásti k poskytování těchto služeb vztahují. Naopak, účelově tyto výhody použil v souvislosti se službami vyčíslenými v části B, ačkoli tyto služby nesplňují žalovaným zastávané kritérium bezplatnosti, resp. jejich poskytování za cenu pod vynaloženými náklady. Jedná se výlučně o služby podléhající cenové regulaci, tedy služby úředně oceněné ve výši ekonomicky oprávněných nákladů, včetně přiměřeného zisku, která se na O2 vztahovala z důvodu dominantního postavení na trhu. V napadeném rozhodnutí vyjádřené, nadto ničím nepodložené tvrzení, že poskytovatelem dosažené výnosy z těchto služeb při regulovaných cenách nedosahovaly výše skutečně jím vynaložených nákladů, tak z tohoto pohledu postrádá jakoukoli právní relevanci. Žalovaný byl povinen přesně identifikovat, ve vztahu k jaké službě z části A poskytovatelem předložené ztráty a v jakém rozsahu byly nehmotné výhody zjištěny a v tomto rozsahu je následně oproti příslušné části prokazatelné ztráty započíst.
11. Jednotlivé nehmotné výhody pak byly nesprávně a neúplně identifikovány, a to z důvodu závažného procesního pochybení žalovaného, jenž se navzdory ustálené judikatuře ohledně způsobu odstraňování vzájemných rozporů mezi rovnocennými znaleckými posudky (prof. Smejkal a společnosti Deloitte Advisory s.r.o.) tuto rozpornost odstranit ani nepokusil. Žalobce k tomu poukázal na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 6. 2017, č. j. 10 As 10/2016-54, v němž byl zopakován dříve judikovaný názor (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 7. 2010, č. j. 7 Afs 50/2010-60, a ze dne 29. 2. 2016, č. j. 7 As 131/2013-156), že v případě existence rozporů mezi dvěma rovnocennými znaleckými posudky je třeba tyto rozpory odstranit, a to především výsledkem znalce či znalců obou, popřípadě přistoupit k dalšímu znaleckému zkoumání nebo reviznímu znaleckému posouzení. To platí i pro případ, že by správní orgán posudky nehodnotil.
12. Co se týká žalobcových výhrad vůči průzkumu MindBridge, žalovaný je v napadeném rozhodnutí většinou oslyšel. Prof. Smejkal ve svém odborném vyjádření považoval za zásadní chybu časový odstup od zkoumaného období (12, resp. 10 let), kdy se významně změnil trh s telekomunikačními službami. K tomu žalobce doplnil, že žádný z respondentů nemůže být způsobilý podat v roce 2016 relevantní informace o tom, zda a jakým způsobem bylo jeho subjektivní vnímání značky O2 ovlivněno v letech 2004 až 2009 např. faktem, že tento operátor v daném období zajišťoval provoz telefonních budek v jeho obci. Rovněž podmínka, aby respondent alespoň slyšel termín poskytovatel US, svědčí o nesprávnosti zvoleného postupu zpracovatele průzkumu, podstatné je spíše vnímání přínosu telefonních budek pro respondentův každodenní život.
13. Dále, dle prof. Smejkala obsahuje metoda CAWI (internetové dotazování) již ze své podstaty výběrovou chybu, protože omezuje respondenty pouze na ty, kteří v roce 2016 měli přístup ke službám internetu. Je velmi pravděpodobné, že se bude jednat o jinou množinu osob, než která by přicházela v úvahu v letech 2004 až 2009. K tomu žalobce dodal, že v tzv. internetové populaci je méně zastoupena starší generace, jakož i lidé s nižším vzděláním, což jsou přitom skupiny obyvatel, které je možné posuzovaným typem

Shodu s prvopisem potvrzuje:

reklamy zasáhnout efektivněji. Problematický je pak rovněž údaj o věkové struktuře panelu využívaného pro průzkumy CAWI, která je shora omezena věkem 69 let, což po odečtení až 12 let představujících dobu odstupu od zkoumaného období znamená, že ve vzorku respondentů absentuje podstatná část populace, která měla v posuzovaném období více než 57 let. Dle prof. Smejkal navíc nemá průzkum MindBridge charakter výzkumné studie; nejsou zde základní náležitosti, jako stanovení hypotézy a její následné statistické testování.

14. Konečně je podle žalobce napadené rozhodnutí stiženo vadou spočívající v nedostatečně provedené analýze vlastností podniku určeného k poskytování US, tedy všestranně tak, jak to vyžaduje judikatura SDEU (rozsudek SDEU ve věci C-222/08 Evropská komise v. Belgické království). Zjišťování hospodářské a finanční situace O2 pouze s využitím poměrového ukazatele ROCE, který má z podstaty nižší vypovídací schopnost ohledně hospodářské síly posuzovaného subjektu (oproti jiným standardně využívaným ukazatelům ROA, ROI, ROE), má za následek možnost významného zkreslení celkového výsledku, a to především vlivem působení hodnoty cizích závazků. Hodnota ukazatele ROCE sama o sobě, bez její konfrontace s výslednými hodnotami dalších ukazatelů, nebo alespoň se zohledněním vlivu vnějšího zadlužení posuzovaného subjektu, není způsobilá poskytnout objektivní obraz síly O2 v porovnání s konkurenty, tudíž je všestranná analýza vlastností určeného podniku přinejmenším v tomto aspektu neúplná. Rozkladový orgán se s touto námitkou nijak nevypořádal.

Vyjádření žalovaného

15. Žalovaný navrhl zamítnutí žaloby, přičemž předeslal, že žalobce opakuje a prohlubuje argumentaci uvedenou v rozkladu, pročž žalovaný odkázal na napadené rozhodnutí.
16. Ohledně lhůty k vyjádření k podkladům prvostupňového rozhodnutí žalovaný uvedl, že nevyhověl žádosti o prodloužení lhůty proto, že z § 36 odst. 3 správního řádu nevyplývá povinnost správního orgánu akceptovat veškeré nové důkazní návrhy. Pokud by správní orgány vždy akceptovaly každé další důkazní návrhy, nadto v řízeních s větším počtem účastníků, hrozilo by, že správní řízení nebude možné ukončit. Dle názoru žalovaného nedošlo k porušení zásady dvojinstančnosti řízení, neboť pokud jde o odborné vyjádření prof. Smejkal, zabýval se jím rozkladový orgán.
17. Stran nesprávnosti a neúplnosti zjištění ohledně nulového významu bezplatné přítomnosti vlastního loga a reklamy O2 na telefonních budkách v obcích do 5 tisíc obyvatel žalovaný podotkl, že znalec prof. Smejkal ve svém posudku konstatoval, že Ofcom (britský telekomunikační regulátor) původně počítal s tím, že jedna polovina nerentabilních telefonních budek má nulovou reklamní hodnotu a druhá polovina telefonních budek bude mít reklamní hodnotu ve výši 100 GBP za budku (50% ceny reklamní plochy ve stejné době v Londýně), při aktualizaci snížil počet telefonních budek s reklamní hodnotou na třetinu a hodnotu reklamy na jedné telefonní budce na 50-60 GBP. Z uvedeného žalovaný analogicky vyvodil, že podle britského regulátora nemají všechny telefonní budky reklamní potenciál a znalec se s jeho přístupem ztotožnil. Žalovaný do nehmotné výhody zahrnul cca polovinu telefonních budek, tj. jen těch umístěných v obcích nad 5 tisíc obyvatel, což je konzervativní přístup ve srovnání s Ofcomem.
18. Žalobcem namítaná vlastní zkušenost žalovaného se týkala zjišťování cen reklamních ploch v malých obcích, přičemž bylo využito dotazování na obecních a městských úřadech v roce 2009, v rámci správního řízení ve věci čistých nákladů za rok 2006 podle zákona o

Shodu s prvopisem potvrzuje:

elektronických komunikacích, a to z toho důvodu, že internet neposkytl tyto informace v dostatečném rozsahu a přesnosti a přímé dotazování na reklamních a mediálních agenturách nebylo úspěšné. Reklamní plochy v menších obcích často provozují přímo obecní úřady.

19. Žalovaný oslovil více reklamních agentur než dvě, a sice sedm, odpověděly však jen dvě, a proto jsou zařazeny jako podklad ve správním spise.
20. Ke skutečnosti, že na telefonních budkách nemohou inzerovat přímí konkurenti O2 žalovaný uvedl, že tato oblast nespadá do jeho věcné působnosti a vlastník si mohl stanovit podmínky pronájmu těchto ploch v souladu se svými obchodními zájmy. Tato obchodní politika společnosti O2 však neměla žádný podstatný vliv na ocenění loga a reklamy v obcích do 5 tisíc obyvatel. Pokud by měl konkurent O2 zájem o umístění reklamy v těchto obcích, našel by si jistě jiné plochy k umístění své reklamy.
21. Ohledně toho, že se snížení míry přiměřeného zisku nepromítlo do výpočtu a výsledku celkové výše prokazatelné ztráty, žalovaný označil za mylnou žalobcovu domněnku, že žalovaný snížil míru přiměřeného zisku. Naopak, hodnotu 14,5 % z vlastního kapitálu, uvedenou ve vyhlášce č. 235/2001 Sb., považuje žalovaný za zcela relevantní hodnotu. Pokud se v jiné části textu žalovaný zabývá vyčíslením metodicky jiných hodnot přiměřené míry zisku, činil tak ve svých úvahách nad rámec této vyhlášky a při hodnocení neúnosné zátěže.
22. SDEU v rozsudku č. C-508/14 uvedl, že články 12 a 13 směrnice o US musí být vykládány v tom smyslu, že nebrání tomu, aby byl do čistých nákladů na povinnost poskytování US zahrnut „přiměřený zisk“, jež tvoří míra návratnosti vlastního kapitálu, kterou by požadoval podnik srovnatelný s poskytovatelem US zvažující, zda bude s přihlédnutím k úrovni rizika službu obecného hospodářského zájmu poskytovat po celou dobu trvání pověření. Z toho plyne, že podmínky financování US, vč. stanovení přiměřeného zisku, měly být již známy v době, kdy byla telekomunikační licence na poskytování univerzální služby ukládána. Tím, že výše přiměřeného zisku byla stanovena ve vyhlášce č. 235/2001 Sb., byla tato podmínka splněna. Držitel telekomunikační licence na poskytování US tedy očekával přiměřený zisk ve výši 14,5 % z vlastního kapitálu, což bylo známo i plátcům na účet US (včetně žalobce).
23. Žalovaný provedl ověření, že roční míra návratnosti vlastního kapitálu (ROE) použitá ve vnitrostátní právní úpravě je v souladu s vymezením provedeným SDEU. V letech 2000 a 2001 (v době, kdy byla zpracována předmětná vyhláška), se u dvou největších mobilních operátorů (plátců na účet US) hodnoty ROE pohybovaly kolem 40 %.
24. Přiměřený zisk určený z vlastního kapitálu (14,5 %) je metodicky jiný údaj než přiměřený zisk vyčíslený z celkového vloženého kapitálu, tj. vlastního i cizího (11,18 %). Kromě procentní sazby záleží také na objemu jednotlivých výpočtových základů, tedy vlastního a vloženého kapitálu, přičemž vložený kapitál je tvořen jak vlastním, tak cizím kapitálem, který byl použit na financování dlouhodobých aktiv. V každém roce je poměr cizího a vlastního kapitálu jiný, takže při nárůstu cizího kapitálu může přiměřený zisk vyčíslený jako náklady vloženého kapitálu převýšit přiměřený zisk získaný výpočtem z vlastního kapitálu, ačkoliv míra návratnosti je u vloženého kapitálu nižší. S ohledem na to žalovaný uvedl, že tvrzení žalobce, že je nutné hodnotu 14,5 % nahradit hodnotou 11,18 %, která se vztahuje a byla stanovena žalovaným pro jinou základnu (vlastní a cizí kapitál), je absurdní.

V případě použití hodnoty 11,18 % by bylo třeba změnit metodiku výpočtu, včetně hodnoty objemu vloženého kapitálu.

25. Ostatně i prof. Smejkal doporučuje metodu ROE, která vyjadřuje návratnost vlastního kapitálu. V této souvislosti je třeba poznamenat, že sám žalobce měl v roce 2006 návratnost vlastního kapitálu (ROE) ve výši 30,32 %, započtený přiměřený zisk ve výši 14,5 % vlastního kapitálu není tedy v tomto kontextu nadhodnocený.
26. Hodnota 11,18 % z celkového vloženého kapitálu není pro postup žalovaného závazná, byla stanovena až podle zákona o elektronických komunikacích a pro postupy podle něj.
27. Co se týče toho, že služby uvedené v části B předložené ztráty nejsou způsobilé k jakékoli kompenzaci v rámci US, neboť nebyly poskytovány bezplatně ani podnákladově, žalovaný reagoval odkazem na čl. 3 odst. 1 směrnice o US, dle něhož *členské státy zajistí, aby služby stanovené v této kapitole byly přístupné v požadované kvalitě všem koncovým uživatelům na jejich území za dostupné ceny, bez ohledu na zeměpisné umístění a s ohledem na zvláštní vnitrostátní podmínky*. Požadavek na zajištění dostupnosti cen US byl až do roku 2006 základním hlediskem cenové regulace US. Cenová regulace v oblasti US tedy nesledovala primárně ochranu hospodářské soutěže, jak tvrdil žalobce, ale potřeby koncových uživatelů, jak je uvedeno též v preambuli směrnice o US v čl. 8 a 10. Až do roku 2006 nebyla stanovena míra nákladů vloženého kapitálu (přiměřeného zisku) pro účely cenové regulace a stanovené maximální ceny reflektovaly v té době preferovanou cenovou dostupnost, takže tržby z US pokrývaly účetní kategorie nákladů, nepokrývaly však v plné výši přiměřený zisk v té výši, jak byl uveden v tomto řízení (tj. v hodnotě stanovené pro regulaci cen podle zákona o elektronických komunikacích nebo průměrné pro odvětví). V souladu s politikou dostupnosti cen US byly ceny stanoveny metodou „price cap“ (cenových stropů), která umožňovala nárůst cen pouze o inflaci a nezohledňovala investice. Žalobce proto nemá pravdu, pokud se domnívá, že v části B nevznikla ztráta.
28. Žalovaný dále zdůraznil, že ze správního spisu a odůvodnění prvostupňového rozhodnutí je zřejmé, že otázka ověření výše prokazatelné ztráty z poskytování US byla posuzována nejen z hlediska dotčené právní úpravy, ale současně i z hlediska pravidel vyplývajících z přímo použitelných ustanovení čl. 12 a 13 směrnice o US, jakož i její přílohy IV., část A. Dotčená právní úprava zákona o telekomunikacích totiž není bez dalšího zcela vyloučena, ale je třeba ji doplnit i o ta pravidla/požadavky týkající se vzniku a úhrady prokazatelné ztráty z poskytování US, jež vyplývají přímo ze směrnice o US. V této souvislosti tedy žalovaný postupoval podle vyhlášky č. 235/2001 Sb., a dále aplikoval instituty, které nebyly touto vnitrostátní úpravou implementovány. Žalovaný se ve správním řízení zabýval charakterem nehmotných výhod a hodnotil, zda souvisejí se službami zahrnutými v části A nebo v části B a podle toho je zařadil k příslušným službám (str. 23 a 24 prvostupňového rozhodnutí).
29. K rozporům mezi znaleckými posudky žalovaný uvedl, že posudky byly předloženy účastníky řízení, ovšem nesloužily k samotnému výpočtu nehmotných výhod, pouze se k němu metodicky vyjadřovaly. Kompetence regulátora (žalovaného) k tomu, aby provedl ověření výše prokazatelné ztráty, je dána jak zákonem o telekomunikacích, tak směrnicí o US, a to včetně zjištění a výpočtu případných tržních nehmotných výhod vztahujících se k ověřované prokazatelné ztrátě z poskytování US. Prvostupňový orgán přistoupil k výpočtu nehmotných výhod na základě vlastních skutkových zjištění, bez využití znaleckých posudků, a proto nemusel odstraňovat rozpory v obou posudcích, nebo

Shodu s prvopisem potvrzuje:

zadávat revizní posudek. Jako podklad využil žalovaný průzkum MindBridge, který mu poskytl údaj o počtu obyvatel ČR, kteří mohli být ovlivněni ve svých rozhodnutích tím, že O2 poskytovala US. K zadání marketingového průzkumu místo dalšího znaleckého posudku pak žalovaný dodal, že účelem tohoto zadání nebylo vyčíslení nehmotných výhod, ale zjištění existence nehmotných výhod a jejich rozsahu. Samotné vyčíslení nehmotných výhod zajišťuje žalovaný sám v rámci své kompetence, přičemž vychází mj. z výsledků oddělené evidence nákladů a výnosů O2 a vlastního šetření (např. zjišťování průměrné ceny reklamních ploch).

30. Žalovaný měl dále za to, že žalobce nesprávně pochopil zadání průzkumu MindBridge, pokud se domnívá, že u zjišťování znalosti loga na telefonních budkách byl na respondenty uplatněn požadavek, aby znali jméno poskytovatele US, resp. věcnou náplň US. Podmínka povědomí o statutu O2 jako poskytovatele US byla uplatněna pouze u internetového šetření ve věci posílení značky a vlivu všudypřítomnosti. Působení loga na telefonních budkách není závislé na dalších vědomostech kolemjdoucího, proto v druhé části průzkumu MindBridge, který se týkal nehmotných výhod u telefonních budkách, nebyl žádný takový požadavek obsažen.
31. Námitka žalobce proti omezení okruhu respondentů na ty, kteří mají přístup k internetu, není dle žalovaného sama o sobě vypovídající, pokud není doplněna konkrétní výhradou. Uživatelé internetu jsou těmi, kteří mají všeobecný přehled a mohou více ocenit poskytování služeb ve veřejném zájmu (posuzování posílení značky). Pokud je pravda, že jsou senioři a sociálně slabí ovlivnitelnější než průměrný obyvatel ČR (což je nepodložená domněnka žalobce), pak ovšem je jejich postoj méně konzistentní, a tedy méně vypovídající. Žalovaný dodal, že z hlediska věkové i ekonomické skladby obyvatelstva existují pro podnikatele podstatně zajímavější části populace. Pokud se týká formy výstupu z marketingového průzkumu, z hlediska získání informací o chování obyvatelstva není zřejmé, co dalšího by podstatného přinesla „výzkumná studie“. Hypotéza však v zadání naformulována byla, a sice zda poskytovateli US přináší jeho povinnost i nehmotné výhody, zejména pak znalost značky a všudypřítomnost, a pokud ano, kolik lidí je touto skutečností ovlivněno.
32. Žalovaný se ohradil proti tezi žalobce, že v rozporu se závazným názorem správního soudu nebyla analýza vlastností O2 provedena komplexně a všestranně, k čemuž zejména odkázal na odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ukazatel ROCE (return on capital employed) je považován za nejkomplexnější, neboť v sobě obsahuje zisk a celkový vložený dlouhodobý kapitál. Právě u investičně náročných odvětví je třeba brát v potaz jak vlastní kapitál (tvořený vklady akcionářů a vlastní činností), tak cizí kapitál (dlouhodobé úvěry a půjčky). Telekomunikace se bez dlouhodobých úvěrů a půjček neobejdou. V roce 2006 se drtivá většina celkového vloženého kapitálu, tj. vlastního i cizího, používala na pořízení dlouhodobých hmotných a nehmotných aktiv, která byla přímo spojena s budováním sítí, což současně představuje specifikum tohoto odvětví. Kapitálová náročnost daná dlouhou návratností vloženého kapitálu (zejména u pevné sítě) je zátěží, kterou je třeba při posuzování neúnosné zátěže zohlednit. Z hlediska podílu cizího kapitálu patřila O2 vždy k těm konzervativním společnostem, které využívaly cizí zdroje cca do 25 %, což je samo o sobě určitým indikátorem finanční stability.
33. K jednotlivým dalším ukazatelům rentability žalovaný citoval vysokoškolskou učebnici Finanční analýza a plánování podniku s tím, že rentabilita aktiv (ROA, return on assets) = $\text{Zisk} / \text{Aktiva}$, odráží všechny aktivity podniku bez ohledu na to, z jakých zdrojů byly

Shodu s prvopisem potvrzuje:

financovány. Na rozdíl od ROCE se v ukazateli neklade důraz na kapitál, který je vázán v dlouhodobém majetku. Přitom krátkodobá pasiva (zdroje) nebývají často ani považována za kapitál, protože nejsou získávána na kapitálovém, ale na peněžním trhu, či vznikají z obchodních vztahů. Rentabilita vlastního kapitálu (ROE, return on equity) = Zisk po zdanění/Vlastní kapitál, zkoumá ziskovost pouze vlastního kapitálu. Podle tohoto ukazatele akcionáři mohou zjistit, zda je jejich kapitál reprodukován s náležitou intenzitou, zda přináší výnos odpovídající riziku investice. Kromě výše uvedených ukazatelů pro podnik jako celek existuje ještě ukazatel používaný pro hodnocení jednotlivých investičních projektů: Rentabilita investic (ROI, return on invest) = Zisk po zdanění/Vložené investice, používá se pro hodnocení jednotlivých investičních projektů, srovnání alternativ. Většinou se počítá pro konkrétní projekt, podnikatelský záměr, plán nebo jiný logicky oddělitelný úkon, u kterého lze vykalkulovat zisky i celkové investice. Pro firmu jako celek ho jde počítat spíše z pohledu investora, který investoval do nákupu dané firmy či její části a nyní chce zjistit, jaká je rentabilita jeho investice.

34. Pro rok 2006 byly zmíněné ukazatele v případě O2: ROA 9,75 %, ROCE 11,47 %, ROE 12,96 %; v případě žalobce ROA 22,24 %, ROCE 33,28 %, ROE 30,32 %. K ukazateli ROA žalovaný poznamenal, že obsahuje všechna aktiva, takže zahrnuje v plné výši i aktiva financovaná z cizích zdrojů, což je důvod, pro který byl žalobcem zkritizován ukazatel ROCE. U ukazatele ROI by bylo nejprve nutné specifikovat investici, což u US složené z mnoha různých služeb a aktiv není proveditelné. Kromě toho není zřejmé, s jakou hodnotou srovnatelné investice by byl získaný ukazatel srovnáván. Výsledky O2 v porovnání s výsledky žalobce postavené na ukazateli ROCE nejsou odlišné od výsledků hodnocení společnosti O2 a žalobce vyplývajícího z ukazatelů ROA a ROE. Žalobce vychází z hodnocení vždy mnohem lépe než O2.

Další vyjádření účastníků

35. Žalobce následně předložil odborné vyjádření doc. Krabce k posudkům prof. Smejkal a Deloitte Advisory s.r.o., které dříve předložil ve správním řízení, jež se týká totožné problematiky jako v projednávané věci (pozn. soudu, otázka ztráty O2 z poskytování US za různá období se řeší ve vícero správních/soudních řízeních).
36. V replice žalobce zopakoval, že nebyly vypořádány rozpory mezi znaleckými posudky (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 10. 2019, č. j. 7 As 236/2018-49). K tomu doc. Krabec uvedl, že metodický postup žalovaného neumožňuje rozpory vyřešit, protože není schopen postihnout celkový hodnototvorný vliv poskytování US na O2. Je nutno využít odlišných metodických přístupů vycházejících z principů výnosového ocenění (oba znalecké posudky i žalovaný se mýlí). Dále žalobce obsáhle shrnuje argumenty doc. Krabce v jeho odborném vyjádření a také protiargumenty žalovaného, které vyjevil v jiných řízeních, kde bylo odborné vyjádření doc. Krabce předloženo (s ohledem na posouzení otázky znaleckých posudků níže jej zde však soud neuvádí).
37. Žalobce upozornil na rozsudek Městského soudu v Praze 29. 1. 2020, č. j. 11 A 123/2019-89, (pozn. soudu, napaden kasační stížností, která byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 6. 2020, č. j. 4 As 47/2020-81), potvrzující jeho tezi o nedostatečném odůvodnění závěrů týkajících se nehmotných výhod spojených s umístěním loga O2 a komerční reklamy třetích osob na telefonních budkách. Taktéž potvrzuje nedostatečné odůvodnění způsobu alokace společných režijních nákladů poskytovatele US na jednotlivé dílčí služby poskytnuté v rámci US tak, aby do výpočtu čistých nákladů

vystupovaly právě a pouze přírůstkové náklady spojené s poskytováním US. Konečně potvrzuje též neprovedení posouzení poskytovatele US, zda je schopen unést zátěž k souhrnu vlastností podniku (úroveň jeho vybavení, hospodářská a finanční situace a podíl na trhu, srov. rozsudek SDEU C-389/08 Base NV a další v. Ministerraad ze dne 6. 10. 2010).

Posouzení žaloby soudem

38. Soud přezkoumal napadené rozhodnutí, včetně řízení, jež jeho vydání předcházelo, v mezích žalobních bodů, jimiž je vázán, vycházejí přitom ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodnutí správního orgánu [§ 75 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“)]. Po posouzení věci dospěl k závěru, že žaloba je důvodná.
39. Podle čl. 12 odst. 1 směrnice o US *pokud se vnitrostátní regulační orgány domnívají, že poskytování univerzální služby podle článků 3 až 10 může představovat pro podniky určené k poskytování univerzální služby nespravedlivou zátěž, vypočítají čisté náklady na její poskytování. Za tímto účelem vnitrostátní regulační orgány: a) v souladu s přílohou IV části A vypočítají čisté náklady na povinnost poskytování univerzální služby, přičemž zohlední jakoukoli tržní výhodu, která vyplývá pro podnik určený k poskytování univerzální služby [...].*
40. Podle čl. 13 odst. 1 směrnice o US *pokud vnitrostátní regulační orgány na základě výpočtu čistých nákladů podle článku 12 zjistí, že podnik je zatížen nespravedlivou zátěží, rozhodnou členské státy na základě žádosti určeného podniku: a) o zavedení mechanismu náhrady zjištěných čistých nákladů takovému podniku z veřejných prostředků za průhledných podmínek, a/nebo b) o rozdělení čistých nákladů na povinnosti univerzální služby mezi podniky zajišťující síť a poskytující služby elektronických komunikací.*
41. Podle přílohy IV. části A směrnice o US [...] *Při provádění výpočtu se mají čisté náklady na povinnosti univerzální služby vypočítat jako rozdíl mezi čistými náklady určeného podniku na provoz při dodržování povinností univerzální služby a na provoz bez povinnosti univerzální služby. [...] Důkladnou pozornost je třeba věnovat přesnému vyčíslení nákladů, kterým by se určený podnik vyhnul, kdyby neměl povinnosti univerzální služby. Výpočet čistých nákladů by měl zohlednit výhody, včetně nehmotných výhod, které má operátor univerzální služby.*
42. Jelikož bylo předchozí rozhodnutí žalovaného zrušeno rozsudkem Městského soudu v Praze ze dne 30. 11. 2015, č. j. 7 A 67/2011-102, soud nejprve stručně připomíná závazné právní názory, jimiž byl žalovaný povinen se řídit: (i) žalovaný je povinen přímo aplikovat čl. 12 a 13 směrnice o US, (ii) žalovaný musí posoudit, zda vyčíslená prokazatelná ztráta je pro poskytovatele US nespravedlivou zátěží, pročez vyloží neurčitý právní pojem „nespravedlivá zátěž“ a svůj výklad úplně a přesvědčivě zdůvodní, a výsledky tohoto posouzení promítne ve výroku správního rozhodnutí, (iii) žalovaný při stanovení prokazatelné ztráty zohlední veškeré výhody, včetně nehmotných, které poskytovateli US plynou z poskytování US; při zjišťování výše čistých nákladů je třeba zátěž celkových nákladů poskytovatele určit co nejpřesněji, tedy vyloučit duplicitní zaúčtování nákladů (příloha IV, část A směrnice o US) a též zohlednit výhody; hodnotu nehmotné výhody je pak třeba vyjádřit v penězích.
43. Soud dále odkazuje na závěry obsažené v rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 4. 12. 2013, č. j. 3 A 54/2011-181, resp. v navazujícím rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 2. 2016, č. j. 7 As 131/2013-156, kdy byla vznesena otázka k SDEU [rozsudek ze dne 6. 10. 2015 ve věci C-508/14]: Články 12 a 13 směrnice o US musí být vykládány v

tom smyslu, že nebrání tomu, aby byl do čistých nákladů na povinnost poskytování univerzální služby zahrnut „přiměřený zisk“ poskytovatele této služby, jež tvoří míra návratnosti vlastního kapitálu, kterou by požadoval podnik srovnatelný s poskytovatelem univerzální služby zvažující, zda bude s přihlédnutím k úrovni rizika službu obecného hospodářského zájmu poskytovat po celou dobu pověření. Články 12 a 13 směrnice o US musí být vykládány v tom smyslu, že mají přímý účinek a jednotlivci se jich mohou přímo dovolávat před vnitrostátním soudem ke zpochybnění rozhodnutí vnitrostátního regulačního orgánu.

44. Co se týče žalobní námitky nedostatečné délky lhůty pro vyjádření se k podkladům prvostupňového rozhodnutí, soud ji nepovažuje za důvodnou. Správní řízení sice je zásadně dvojinstanční, na druhou stranu nelze odhlédnout od toho, že dle ustálené judikatury tvoří rozhodnutí správních orgánů obou stupňů z hlediska soudního přezkumu jeden celek (např. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 5 Afs 16/2003-56, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2014, č. j. 6 As 161/2013-25). Žalobce nijak nespecifikoval, jakým způsobem mělo tvrzené porušení zásady dvojinstančnosti zasáhnout do jeho práv, a žalovaný se odborným vyjádřením prof. Smejkalu zabýval. Pouhé formální nedodržení této zásady, kdy se důkazy/tvrzeními účastníků zabývá až druhostupňový orgán, soud proto nepovažuje za vadu řízení.
45. Pokud jde o nehmotnou výhodu spočívající v bezplatné přítomnosti vlastního loga a reklamy na telefonních budkách provozovaných v obcích do 5 tisíc obyvatel, soud nesouhlasí s názorem žalovaného, že má nulový význam. O2 v roce 2006 provozovala 17 612 telefonních budek, z toho v obcích s méně než 5 tisíci obyvateli jich bylo 8 694. Již jen z tohoto údaje je patrné, že i kdyby se jednalo o méně významné reklamní plochy, ať již pro O2, či pro jiné inzerenty, pak počet těchto ploch a jejich umístění po celém území ČR (celkový počet obcí v ČR přesahuje 6 tisíc, a většinu z nich budou tvořit právě obce s menším počtem obyvatel) svědčí o jejich reklamním potenciálu a nenulové hodnotě.
46. Soud připouští, že jiné reklamní prostředky (zejména televize, ale i internet, byť s přihlédnutím k jeho menšímu rozšíření v roce 2006 oproti současnosti) budou nepochybně účinnější při oslovování zákazníků. Přesto i při existenci těchto médií dosud existuje výlep plakátů, či se používají poutače a billboardy, což odpovídá reklamě (logu) umístěné na telefonních budkách. V roce 2006 přitom význam tohoto typu reklamy musel být nutně vyšší oproti současnosti, právě z důvodu menšího významu reklamy na internetu.
47. Stejně tak soud nepopírá, že senioři a osoby s nižším dosaženým vzděláním obvykle disponují menšími finančními prostředky, což je v určitých ohledech činí méně zajímavými z hlediska marketingu. Na druhou stranu senioři tvoří značnou část populace, tudíž se nejeví logickým, aby na takovou skupinu obyvatel necílily reklamní kampaně (ať již na specifické zboží určené přímo jim, či na zboží se širokou spotřebitelskou základnou). Nadto se soudu jeví jako poněkud paušalizující předpokládat, že v menších obcích žijí výhradně (nebo převážně) lidé nezajímaví pro marketing.
48. Soud akceptuje, že bylo věcí obchodní strategie O2, zda je poskytne k inzerci třetím osobám. Ovšem i při předpokládané existenci jiných reklamních ploch nelze zcela vyloučit, že by to mohlo mít určitý vliv na ocenění loga a reklamy na telefonních budkách v obcích do 5 tisíc obyvatel.

49. Soudu se přitom výše nastíněná metodika zjišťování této nehmotné výhody, kterou zvolil žalovaný, jeví jako nevhodná. Žalovaný mohl zjišťovat cenu srovnatelných reklamních ploch (plakátovací plochy, billboardy) ve srovnatelných obcích, a to na reprezentativním vzorku takových obcí, oslovením inzerentů (i mimo obor telekomunikací) a reklamních agentur (i opakovaně). Nutné je též zohlednit počet a všudypřítomnost telefonních budek, které mohly být využity nejen k reklamě místní, ale i v rámci celorepublikové kampaň.
50. Ke komplexnímu posouzení této otázky mohl žalovaný rovněž zadat znalecký posudek, neboť průzkum MindBridge vykazuje řadu nedostatků, na něž poukázal žalobce – omezení respondentů na ty, kteří mají internet, omezení věkem, značný časový odstup od rozhodného období – s nimiž se soud ztotožňuje, nadto je potřeba dodat, že marketingový průzkum oslovující laickou veřejnost nemůže již ze své povahy zohlednit odborné aspekty.
51. Shora uvedené zakládá vadu rozhodnutí spočívající v jeho nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů, neboť odůvodnění žalovaného není dostatečně přesvědčivé. Možno dodat, že ani posudek prof. Smejkal (kdy je nadto potřeba vypořádat rozpornost znaleckých posudků, viz níže) dle soudu nepotvrzuje přesvědčení žalovaného o nulovém významu přítomnosti vlastního loga a reklamy na telefonních budkách provozovaných v obcích do 5 tisíc obyvatel, znalec pouze poukazoval na praxi regulátora ve Velké Británii.
52. Stran námitky, že žalovaný nepromítl do celkového výsledku ověřené výše ztráty z poskytování US svá zjištění ohledně míry návratnosti kapitálu vynaloženého O2 (ať už z vlastních, či cizích zdrojů) v souvislosti s plněním povinností US, soud přisvědčuje argumentaci žalovaného. Žalovaný ozřejmil, že roční míra návratnosti použitá ve vnitrostátní právní úpravě (14,5 %) z účetní hodnoty vlastního kapitálu (tj. ROE) je metodicky jinou hodnotou oproti jím vypočítané roční míře návratnosti z celkového kapitálu (tj. ROCE) ve výši 11,18 %, přičemž tuto vypočítanou hodnotu žalovaný užil při posuzování podniku poskytovatele US a toho, zda se jedná o nespravedlivou zátěž. Soud se přitom nedomnívá, že lze tyto ukazatele zaměňovat.
53. Současně žalovaný v souladu se směrnicí o US a také s rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 2. 2016, č. j. 7 As 131/2013-156, odkazujícím na judikaturu SDEU, ověřil, zda roční míra návratnosti použitá ve vnitrostátní právní úpravě (14,5 %) z účetní hodnoty vlastního kapitálu investovaného poskytovatelem US, odpovídá kritériím rozhodnutí SDEU, a to na str. 22/23 napadeného rozhodnutí. Zde žalovaný konstatoval, že směrnice o US nebrání tomu, aby byl do čistých nákladů na povinnost poskytování US zahrnut přiměřený zisk, „jež tvoří míra návratnosti vlastního kapitálu, kterou by požadoval podnik srovnatelný s poskytovatelem US, zvažující, zda bude s přihlédnutím k úrovni rizika službu obecného hospodářského zájmu poskytovat po celou dobu trvání pověření. Při posuzování oprávněnosti nákladů kapitálu tak nelze vycházet z ROCE dosahovaného poskytovatelem US v konkrétním roce, nýbrž je zapotřebí se obrátit na srovnatelné společnosti, např. na T-Mobile, jejíž ROCE dosahovalo v roce 2006 hodnoty 33,28 %, a ROE – return on Equity (ziskovost vlastního kapitálu) hodnoty 30,32 %. Je zřejmé, že výše přiměřeného zisku 14,5 % z vlastního kapitálu (uvedená ve Vyhlášce) je podstatně nižší než skutečná ziskovost vlastního kapitálu (ROE) ve výši 30,32 % u srovnatelné společnosti. Jak je uvedeno v textu napadeného rozhodnutí (str. 34), průměrná hodnota ROCE za velké, srovnatelné společnosti (plátce na účet US) vč. T-Mobile dosahovala 15,13 %, poskytovatel US měl pouze 11,33 %. O2 tak bylo v roce 2006 v nevýhodném postavení, neboť kapitál vložený do aktiv nezbytných pro poskytování služeb v pevné síti generoval nižší zisk než kapitál konkurenčních subjektů. Nízká návratnost vloženého kapitálu neumožnila generovat proporcčně srovnatelný objem finančních prostředků, což

Shodu s prvopisem potvrzuje:

znamená, že nižší výnosnost vlastního kapitálu znevýhodňovala poskytovatele US při investování do rozvoje sítí. Dále je z textu citovaného rozsudku [SDEU] zřejmé, že náklady kapitálu nelze posuzovat izolovaně za jednotlivé roky, ale dlouhodobě, s ohledem na dobu trvání pověření poskytovat US a že podmínky je třeba nastavit předem při ukládání povinnosti tak, aby podnik zvažující, zda se rozhodne pro poskytování US, mohl porovnat své požadavky na úhradu nákladů kapitálu s podmínkami pro úhradu ztráty. Z tohoto hlediska stanovení návratnosti již v prováděcím předpise splňuje požadavek na předvídatelnost rozhodnutí Úřadu a umožňuje poskytovateli US přizpůsobit své finanční plány očekávaným ekonomickým výsledkům a očekávaným kompenzacím.“. Žalovaný tedy porovnal shodný ukazatel ROE u konkurentů poskytovatele US a objasnil i hledisko časové, kdy byla míra průměrného zisku stanovena *ex ante* s ohledem na předvídatelnost jeho rozhodnutí, přičemž tato hodnota nebyla zjevně nepřiměřená (oproti konkurenčním podnikům) ani v roce 2006.

54. K žalobní námitce, že žalovaný nezohlednil výši jím identifikovaných nehmotných výhod ve výpočtu ověřené výše prokazatelné ztráty u nákladů vynaložených na poskytování služeb uvedených v části A, přestože se přinejmenším zčásti k poskytování těchto služeb vztahují, soud nejprve podotýká, že se jedná o námitku obecnou. Žalobce vyjadřuje přesvědčení, že alespoň část celkových identifikovaných nehmotných výhod se nezbytně musí vztahovat k části A a nesouhlasí s tím, že byly zohledněny jen v části B, ovšem ani nenaznačuje, které nehmotné výhody by to měly být a v jakém rozsahu. Dále již žalobce uvádí, že v části B jsou zahrnuty služby, které nejsou bezplatné (pod vynaložené náklady), nýbrž regulované a rozporuje jejich ztrátovost. V tomto ovšem soud spatřuje spíše argument podpůrný, meritem žalobního bodu je zjednodušeně řečeno to, aby byly identifikované nehmotné výhody započítány nejen k části B, ale v určité míře i k části A.
55. Prvostupňové rozhodnutí na str. 24/25 uvádí, z jakých důvodů nemohly služby v části A samy o sobě generovat nehmotné výhody. Konstatuje, že poskytování přístupu k číslům tísňových volání z telefonních budek nemá žádný propagační potenciál, ten má jen samotná telefonní budka, která však primárně slouží pro uspokojení potřeby soukromí u běžných telefonních hovorů, nikoli pro tísňová volání. Dále uvádí, že výhoda zvýšení síly značky a image společnosti se týká celé telefonní služby v části B, neboť díky ní může poskytovatel US vynakládat menší marketingové náklady. Stejný přístup však nelze uplatnit u zdravotně postižených účastníků, kteří mají stanici s cenovým zvýhodněním. Tito účastníci si nevybírají z více operátorů, ale mají možnost v případě vzniku nároku na tuto stanici čerpat slevu pouze a výhradně u poskytovatele US, což se týká jak vzniku této stanice, tak překládky.
56. Žalobce k tomuto odůvodnění nenabídl vlastní konkrétní protiargumenty, přičemž soud považuje zdůvodnění obsažené v prvostupňovém rozhodnutí za logické a konzistentní. Tato žalobní námitka proto není důvodná.
57. Dále, soud má ve shodě s žalobcem za to, že se žalovaný dopustil pochybení spočívajícího v tom, že se nepokusil odstranit rozpornost účastníky předložených znaleckých posudků. Povinnost odstranit rozpory mezi dvěma rovnocennými znaleckými posudky, a to především výsledkem znalce či znalců obou, popřípadě přistoupením k dalšímu znaleckému zkoumání nebo reviznímu znaleckému posouzení, jednoznačně vyplývá z konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu (rozsudky ze dne 12. 6. 2020, č. j. 4 As 47/2020-81, ze dne 16. 10. 2019, č. j. 7 As 236/2018-49, ze dne 14. 6. 2017, č. j. 10 As 10/2016-54, ze dne 1. 7. 2010, č. j. 7 Afs 50/2010-60, a ze dne 29. 2. 2016, č. j. 7 As 131/2013-156), přičemž recentní judikáty též výslovně odmítly argument, že se žalovaný

Shodu s prvopisem potvrzuje:

nemusel znaleckými posudky zabývat, neboť disponoval zákonnou kompetencí a odbornými znalostmi potřebnými pro zjištění a posouzení skutkového stavu.

58. Soud dodává, že prvostupňový orgán se do určité míry předloženými znaleckými posudky zabýval (str. 25-33), ovšem pouze tak, že je cituje a polemizuje s nimi, což nelze považovat za odstranění rozpornosti, nadto za situace, kdy rozkladový orgán prohlásil, že prvostupňový orgán přistoupil k výpočtu nehmotných výhod na základě vlastních skutkových zjištění, bez využití znaleckých posudků, a proto nemusel odstraňovat jejich rozpornost.
59. Shora uvedené zakládá vadu rozhodnutí spočívající v jeho nepřezkoumatelnosti pro nedostatek důvodů, neboť se žalovaný nevypořádal s důkazy.
60. Co se týče otázky provedení analýzy vlastností podniku určeného k poskytování US v dostatečném rozsahu a hloubce, soud nejprve uvádí, že prvostupňové rozhodnutí se hospodářským postavením poskytovatele US zabývá na str. 34-35 (za využití žalobcem sporovaného ukazatele ROCE), podílem poskytovatele US na str. 35-36 a jeho vybavením na str. 36-37 napadeného rozhodnutí. Žalobce obecně tvrdí, že analýza nebyla všestranná, ovšem konkrétně brojí jen proti ukazateli ROCE s tím, že měly být užity i další ukazatele.
61. Soud konstatuje, že jak prvostupňové, tak napadené rozhodnutí (str. 27) obsahuje odůvodnění, proč bylo přistoupeno k užití ukazatele ROCE, tj. že se jedná o ukazatel nejkomplexnější a používá u velkých průmyslových korporací, kde je dlouhodobý kapitál zastoupen značným procentem (což je i případ telekomunikací).
62. Na druhou stranu, rozkladový orgán se k aplikaci ostatních ukazatelů (ROA, ROE, ROI) v napadeném rozhodnutí nevyjádřil, ač jejich opomenutí namítal žalobce v doplnění k rozkladu. Jejich nevhodnost pro analýzu podniku poskytovatele US žalovaný zdůvodňoval až ve vyjádření k žalobě, což však nelze akceptovat (rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 19. 12. 2008, č. j. 8 Afs 66/2008-71, a ze dne 13. 10. 2004, č. j. 3 As 51/2003-58).
63. Soud proto nezbylo než uzavřít, že rozhodnutí je v této části nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

Závěr

64. Jelikož soud dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, zrušil napadené rozhodnutí dle § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Dále soud vrátil věc dle § 78 odst. 4 s. ř. s. žalovanému k dalšímu řízení, ve kterém bude žalovaný vázán právním názorem vysloveným v tomto rozsudku (§ 78 odst. 5 s. ř. s.), tedy (i) přesvědčivě zdůvodnit, tj. zjistit a vyčíslit výši nehmotné výhody spočívající v bezplatné přítomnosti vlastního loga a reklamy na telefonních budkách O2 provozovaných v obcích do 5 tisíc obyvatel; (ii) řádně odstranit rozpornost účastníky předložených znaleckých posudků, a to především výsledkem znalce či znalců obou, popřípadě přistoupením k dalšímu znaleckému zkoumání nebo reviznímu znaleckému posouzení; (iii) vypořádat se v rámci analýzy vlastností podniku určeného k poskytování US s žalobcem sugerovanými ekonomickými ukazateli (ROA, ROE, ROI), a to přinejmenším z hlediska jejich vhodnosti pro analýzu, popř. i porovnáním jejich hodnot.
65. O náhradě nákladů řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s. ř. s., podle něhož má účastník, který měl ve věci plný úspěch, právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložil, proti účastníkovi, který ve věci úspěch neměl. Jelikož byl žalobce ve

Shodu s prvopisem potvrzuje:

věci zcela úspěšný, uložil soud žalovanému zaplatit mu náhradu nákladů řízení. Náklady žalobce představuje zaplacený soudní poplatek ve výši 3 000 Kč a náklady zastoupení advokátem, kterému náleží odměna stanovená dle § 6 odst. 1, § 7 a § 9 odst. 4 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb, ve výši 3 100 Kč a paušální náhrada hotových výdajů stanovená dle § 13 odst. 4 téže vyhlášky ve výši 300 Kč za každý ze tří úkonů právní služby (převzetí a příprava zastoupení, písemné podání nebo návrh ve věci samé – žaloba, replika ze dne 13. 3. 2020) a náhrada za daň z přidané hodnoty v sazbě 21 % ve výši 2 142 Kč. Celkem tak náklady řízení činí 15 342 Kč.

Poučení:

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). Připadne-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližze 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.

Soudní poplatek za kasační stížnost vybírá Nejvyšší správní soud. Variabilní symbol pro zaplacení soudního poplatku na účet Nejvyššího správního soudu lze získat na jeho internetových stránkách: www.nssoud.cz.

Praha 11. ledna 2021

Mgr. Milan Tauber v. r.
předseda senátu