



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Jana Passera a soudců JUDr. Michala Mazance a Mgr. Davida Hipšra v právní věci žalobce: **O2 Czech Republic, a. s.**, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4, zastoupeného JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M, Ph.D., advokátem se sídlem Jungmannova 24, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kapitána Jaroše 7, Brno, za účasti: **Vodafone Czech Republic, a. s.**, se sídlem Vinohradská 167, Praha 10, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 15. 9. 2004, čj. R 36,37/2003, o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 24. 4. 2013, čj. 62 Af 15/2013 – 433,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á .**
- II. Žalovaný **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.
- III. Žalovaný **j e p o v i n e n** nahradit žalobci náklady řízení o kasační stížnosti ve výši 4114 Kč, ve lhůtě 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobce JUDr. Pavla Dejla, LL.M, Ph.D.
- IV. Osoba zúčastněná na řízení **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

O d ů v o d n ě n í :

I.

1. Žalovaný rozhodnutím ze dne 27. 10. 2003, čj. S 164/03-6151/03-ORP, shledal, že žalobce (resp. jeho právní předchůdce Eurotel Praha, spol. s r. o.) a osoba zúčastněná na řízení (v rozhodné době vystupující pod obchodní firmou Český Mobil, a. s.) uzavřeli zakázanou dohodu o nepřímém určení obchodních podmínek tím, že se v rámci „*Smlouvy o propojení telekomunikačních sítí Český Mobil a EuroTel*“ ze dne 22. 3. 2001 (dále jen „*Smlouva o propojení*“) dohodli na následujících podmínkách:

- v čl. 3.1 a na ně navazující Příloze A, včetně jejích dílčích příloh, se dohodli na propojení sítí výhradně v propojovacích bodech prostřednictvím propojovacích spojů, přičemž propojovací body byly popsány v příloze A,
- v čl. 6.6 se dohodli, že si budou po dobu neexistence přímého propojení mezi jejich sítěmi nebo v případě nedostatečné kapacity propojení poskytovat služby tranzitem, prostřednictvím sítě třetí strany, kdy tento provoz se bude řídit Smlouvou o propojení a podmínkami sjednanými každou smluvní stranou se třetí stranou,
- v čl. 8.1 a na ně navazující Příloze C, včetně jejích dílčích příloh, se dohodli, že každá smluvní strana bude účtovat za služby poskytnuté druhé smluvní straně ceny za propojení uvedené v Příloze C.

2. Tímto jednáním žalobce a osoba zúčastněná na řízení porušili v období od uzavření Smlouvy o propojení do 30. 6. 2001 zákaz stanovený v § 3 odst. 2 písm. a) tehdy účinného zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, a v období od 1. 7. 2001 zákaz stanovený v § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů.

3. Za spáchání popsaného deliktu žalovaný uložil žalobci pokutu ve výši 22 000 000 Kč a osobě zúčastněné na řízení pokutu ve výši 5 500 000 Kč. Výrokem 3. žalovaný zakázal podle § 7 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb. účastníkům řízení plnění předmětné dohody do budoucna a uložil opatření k nápravě.

4. Předseda žalovaného rozhodnutím ze dne 15. 9. 2004, čj. R 36,37/2003, částečně změnil rozhodnutí vydané v prvním stupni. Ve výroku 1. doplnil, že k porušení došlo nejen uzavřením, ale i plněním předmětné dohody, a ve výroku 3. zrušil uložení opatření k nápravě. Ve zbývající části napadené rozhodnutí potvrdil.

II.

5. Žalobce napadl rozhodnutí předsedy žalovaného žalobou u Krajského soudu v Brně, který rozsudkem ze dne 29. 7. 2005, čj. 31 Ca 103/2004 – 190, rozhodl, že obě správní rozhodnutí jsou nicotná. Ke kasační stížnosti žalovaného Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek krajského soudu rozsudkem ze dne 4. 7. 2007, čj. 4 As 29/2006 – 286, a vrátil věc krajskému soudu k dalšímu řízení (všechna citovaná rozhodnutí správních soudů jsou dostupná na www.nssoud.cz).

6. Krajský soud rozsudkem ze dne 5. 8. 2009, čj. 62 Ca 39/2007 – 195, zrušil obě správní rozhodnutí a vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení. Ke kasační stížnosti žalovaného Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek krajského soudu rozsudkem ze dne 29. 11. 2012, čj. 7 Afs 122/2009 – 397, a vrátil mu věc k dalšímu řízení.

7. Následně krajský soud rozsudkem ze dne 24. 4. 2013, čj. 62 Af 15/2013 – 433, zrušil rozhodnutí předsedy žalovaného a vrátil věc žalovanému k dalšímu řízení. Na plné odůvodnění rozsudku soud pro stručnost odkazuje.

III.

8. Žalovaný (stěžovatel) brojil proti rozsudku krajského soudu ze dne 24. 4. 2013 kasační stížností z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

9. Stěžovatel nesouhlasil se závěrem krajského soudu, že spis neobsahuje podklady pro prokázání materiální podmínky protisoutěžního charakteru dohody, tedy skutečné možnosti narušit hospodářskou soutěž.

10. Obě správní rozhodnutí obsahují zmínku o společnosti ČESKÝ TELECOM, a. s., jakožto o subjektu poskytujícím tranzit hovorů mezi stranami Smlouvy o propojení. Samotná smlouva dokonce předpokládá v některých případech propojení prostřednictvím datových sítí třetího subjektu, společnosti ČESKÝ TELECOM. Smlouva sice neprokazuje existenci výhodnější možnosti propojení, ale prokazuje existenci skutečné funkční alternativy. Smlouva o propojení narušila hospodářskou soutěž tím, že účinně vyloučila možnost využít případné výhodnější ceny třetího subjektu. Primárním podkladem pro rozhodnutí stěžovatele o skutečném narušení hospodářské soutěže tedy byla samotná Smlouva o propojení, která je součástí spisu.

11. Skutečné narušení hospodářské soutěže bylo prokázáno také podáním osoby zúčastněné na řízení ze dne 23. 11. 2001, ve kterém je skutečná existence výhodnějšího propojení podrobně popsána. Přílohou vyjádření byl také návrh dodatku uzavřený mezi osobou zúčastněnou na řízení a společností ČESKÝ TELECOM o podmínkách propojení tranzitem přes síť ČESKÉHO TELECOMU do sítě žalobce. V tomto dodatku je na č. listu 205 správního spisu uvedena informace o úhradě za volání ze sítě osoby zúčastněné na řízení do sítě žalobce tranzitem přes síť ČESKÉHO TELECOMU, která měla činit v silném provozu 3,222 Kč/min a ve slabém provozu 3,111 Kč/min, z toho cena za zajištění ukončení volání v cílové stanici měla být 3 Kč/min. Této nabídky osoba zúčastněná na řízení po krátkou dobu skutečně využívala. Uvedené důkazy jsou součástí spisu. Z rozsudku krajského soudu není zřejmé, zda se s nimi seznámil. V této části je rozsudek krajského soudu nepřezkoumatelný.

12. Dále stěžovatel namítl, že krajský soud nesprávně a v rozporu s § 5 zákona č. 143/2001 Sb. posoudil Smlouvu o propojení jako dohodu vertikální. Citované ustanovení neponechává stěžovateli prostor pro posouzení povahy konkrétní dohody mezi soutěžiteli. Rozhodné je naopak obecné postavení jednotlivých soutěžitelů na trhu. K tomuto výkladu se přiklání unijní legislativa i tuzemská odborná literatura (viz např. Kindl, J. Typové rozlišení dohod narušujících hospodářskou soutěž. *Právní rozhledy*, 2006, č. 15, str. 533, nebo Munková, J., Kindl, J. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, str. 90 a 91). Oznámení Komise o dohodách menšího významu (Úř. věst. 2001/C 368/07; zvláštní vydání v českém jazyce: Kapitola 8, Svazek 2, str. 125–127) opustilo rozdělení dohod na horizontální a vertikální a rozlišuje pouze dohody mezi konkurenty a nekonkurenty.

13. Žalobce a osoba zúčastněná na řízení byli na trhu provozování veřejných telekomunikačních sítí jednoznačně v pozici konkurentů, kteří byli právními předpisy nuceni k určité spolupráci, konkrétně k vzájemnému zpřístupnění svých sítí. Ke splnění

této povinnosti uzavřeli Smlouvu o propojení, která je svou povahou smlouvou smíšenou podle § 5 zákona č. 143/2001 Sb. Oba účastníci, kteří vůči sobě zůstali v horizontálním (konkurenčním) vztahu, si byli navzájem „převodním můstkem“ k zajištění hovoru. Společnost, v jejíž síti měl být hovor zakončen, tento hovor neodebírala (tzn. nebyla v pozici odběratele), ale pouze umožnila, aby hovor přicházející z konkurenční sítě skončil u zákazníka. Jinými slovy, příjemce hovoru pouze pasivně strpěl dokončení hovoru ve své síti. Jednalo se tedy o horizontální vztah, kdy jediným „konzumentem“ služby byl konečný spotřebitel.

14. Smlouva o propojení byla výsledkem norem veřejného práva, které nutily smluvní strany k vzájemné spolupráci. Nelze proto uzavřít, že se účastníci dostali do dodavatelsko-odběratelské pozice. Propojovací poplatek byl poplatkem za technologické umožnění propojení, nikoliv úplatou za dodanou službu.

15. Dále stěžovatel vytkl krajskému soudu, že své závěry opřel o komentář k zákonu č. 143/2001 Sb., jehož autorem je soudce daného krajského soudu. Soud přitom neodůvodnil, proč dal přednost tomuto komentáři, před odlišnými názory odborné literatury, na které stěžovatel poukázal v řízení o žalobě.

16. Krajský soud také nesprávně opřel své závěry o nařízení Komise (ES) č. 2790/1999, o použití čl. 81 odst. 3 Smlouvy na kategorie vertikálních dohod a jednání ve vzájemné shodě, které definuje vertikální dohody pro účely posouzení blokových výjimek, nikoliv pro použití pravidla *de minimis*, které obsahuje § 5 zákona č. 143/2001 Sb. (viz shora citovaný článek J. Kindla).

17. Závěrem stěžovatel namítl, že § 6 odst. 1 písm. b) zákona č. 143/2001 Sb. hovořil o společném podílu účastníků na relevantním trhu, nikoliv o podílu dohody na relevantním trhu. S ohledem na společný podíl osoby zúčastněné na řízení a žalobce na relevantním trhu, který činil více než 40 %, tedy značně přesahoval hranici 10 %, nebylo z hlediska použití pravidla *de minimis* rozhodující určit povahu předmětné dohody. Rozhodná proto nebyla ani skutečnost, že podíl dohody na relevantním trhu činil 5 – 7 %.

IV.1

18. Žalobce se ve vyjádření ke kasační stížnosti ztotožnil se závěry krajského soudu (*pozn. NSS: v průběhu řízení před Nejvyšším správním soudem došlo s účinností od 21. 6. 2014 ke změně obchodní firmy žalobce z Telefónica Czech Republic, a. s., na O2 Czech Republic, a. s.*).

19. Podle žalobce krajský soud nezpochybnil existenci jiné možnosti propojení, ale vytkl stěžovateli, že neprokázal, že by společnost ČESKÝ TELECOM nabízela výhodnější propojení. Tento závěr byl v souladu se skutečným stavem věci. Za důkaz existence výhodnějšího propojení nelze považovat samotnou Smlouvu o propojení, což ostatně připustil i stěžovatel. Výhodnější propojení neprokazuje ani vyjádření osoby zúčastněné na řízení. Jedná se o pouhé důkazně nepodložené tvrzení. Z rozsudku je zřejmé, že krajský soud toto vyjádření zohlednil, protože na něj výslovně odkázal jako na listinu neprokazující existenci výhodnějšího propojení. Stěžovatel nebyl schopen za celé řízení

vedené několik let doložit důkaz potvrzující vyjádření osoby zúčastněné na řízení ze dne 23. 11. 2001.

20. Dále žalobce tvrdil, že cena 3 Kč, požadovaná údajně podle vyjádření osoby zúčastněné na řízení společností ČESKÝ TELECOM, nebyla cenou ukončení hovoru v síti žalobce, ale cenou za tranzit hovorů sítí společnosti ČESKÝ TELECOM, kterou by hradila osoba zúčastněná na řízení vedle ceny za ukončení hovoru v síti žalobce. Tato skutečnost vyplývá z pravomocných rozhodnutí Českého telekomunikačního úřadu.

21. Krajský soud nepochybil při posouzení povahy Smlouvy o propojení, kterou označil za vertikální dohodu. Ke shodnému závěru dospěl také Nejvyšší správní soud ve skutkově totožné věci, v níž byla předmětem řízení smlouva o propojení uzavřená mezi osobou zúčastněnou na řízení a společností T-Mobile Czech Republic, a. s. (viz rozsudek ze dne 28. 3. 2012, čj. 9 Afs 59/2011 – 644). Na závěrech Nejvyššího správního soudu nemůže nic změnit ani Oznámení Komise o dohodách menšího významu, protože posuzovaná smlouva byla uzavřena několik let před jeho účinností, navíc také několik let před vstupem České republiky do Evropské unie. Do období před vstupem spadá i rozhodnutí stěžovatele. Unijní právní úprava proto není v posuzované věci relevantní.

22. Sám stěžovatel vyložil pojem „*vertikální dohoda*“ v § 1 vyhlášky č. 198/2001 Sb., o povolení obecné výjimky ze zákazu dohod narušujících soutěž, tak, že pro posouzení vertikální dohody je rozhodné postavení soutěžitelů „*pro účely dohody*“, nikoliv jejich obecné postavení. Závěry právních teoretiků vyslovené mnoho let po uzavření Smlouvy o propojení a posouzení věci stěžovatelem, které se opírají o možné výklady unijního práva, nejsou pro posuzovanou věc rozhodné. Krajský soud proto nepochybil, pokud k nim nepřihlédl.

23. Žalobce poukázal také na skutečnost, že stěžovatel určil společný podíl smluvních stran Smlouvy o propojení na daném relevantním trhu ve výši 8 %, jak vyplývá ze str. 8 rozhodnutí stěžovatele ze dne 29. 3. 2002, čj. S 20/02-859/02-VOI (*pozn. NSS: zmiňované rozhodnutí bylo vydáno ve věci přezkoumávané Nejvyšším správním soudem pod sp. zn. 5 Afs 33/2012, viz dále odst. 31*). V souladu s § 6 odst. 1 písm. b) zákona č. 143/2001 Sb. se proto zákaz dohod podle § 3 odst. 1 téhož zákona na Smlouvu o propojení nevztahoval. Podíly na trhu zmiňované stěžovatelem v kasační stížnosti nejsou relevantní, protože se týkají roku 2002 a prvního pololetí roku 2003, zatímco předmětná smlouva byla uzavřena již v roce 2001. Tyto údaje jsou navíc nepřezkoumatelné, protože nejsou podepřeny žádnými skutkovými zjištěními.

IV.2

24. Osoba zúčastněná na řízení se ke kasační stížnosti nevyjádřila.

V.1

25. Nejvyšší správní soud se nejprve zabýval přípustností kasační stížnosti, protože v posuzované věci již dříve rozhodl rozsudkem čj. 4 As 29/2006 – 286 a rozsudkem čj. 7 Afs 122/2009 – 397.

26. Přípustnost opětovné kasační stížnosti je omezena na důvody, které Nejvyšší správní soud v souladu se zákonným omezením svého přezkumu dosud neřešil. Kasační stížnost není v zásadě přípustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem [§ 104 odst. 3 písm. a) věta před středníkem s. ř. s.]. Uvedené ustanovení se však neuplatní v případech, kdy by odmítnutí kasační stížnosti znamenalo odmítnutí věcného přezkumu rozhodnutí z pohledu aplikace hmotného práva, a to zejména tehdy, vytkl-li Nejvyšší správní soud v předchozím řízení nižšímu správnímu soudu procesní pochybení nebo nepřezkoumatelnost jeho rozhodnutí (viz usnesení rozšířeného senátu ze dne 22. 3. 2011, čj. 1 As 79/2009 – 165, č. 2365/2011 Sb. NSS).

27. Rozsudkem čj. 4 As 29/2006 – 286 Nejvyšší správní soud zrušil rozsudek krajského soudu čj. 31 Ca 103/2004 – 190, který nesprávně vyslovil nicotnost obou správních rozhodnutí. Následně vydaný rozsudek krajského soudu čj. 62 Ca 39/2007 – 195 Nejvyšší správní soud zrušil rozsudkem čj. 7 Afs 122/2009 – 397, protože krajský soud nesprávně uzavřel, že stěžovatel porušil zákaz retroaktivity právních norem a nepřípustně rozšířil předmět řízení v rozhodnutí o rozkladu.

28. V citovaných rozsudcích byl Nejvyšší správní soud vázán rozsahem a důvody kasačních stížností stěžovatele a nemohl vyslovit závazný právní názor k odlišným otázkám - vzneseným v nyní posuzované kasační stížnosti. Ta je proto přípustná.

V.2

29. Nejvyšší správní soud posoudil kasační stížnost 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. 3, 4 s. ř. s.).

30. Kasační stížnost není důvodná.

31. Nejvyšší správní soud předesílá, že předmětem řízení v nyní posuzované věci je Smlouva o propojení ze dne 22. 3. 2001, kterou se soud zabýval již v rozsudku ze dne 11. 6. 2014, čj. 5 Afs 33/2012 – 41. Smluvními stranami byli v obou případech žalobce a osoba zúčastněná na řízení. Jediným rozdílem je typ řízení, v němž byla tato smlouva posuzována. Předmětem správního řízení, které bylo přezkoumáváno ve věci sp. zn. 5 Afs 33/2012, bylo určení, zda Smlouva o propojení podléhá zakazu dohod podle § 3 zákona č. 143/2001 Sb. Jednalo se o řízení zahájené na návrh osoby zúčastněné na řízení podle § 7 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb. ve znění do 1. 6. 2004. Následně stěžovatel zahájil z moci úřední řízení o správním deliktu z důvodu porušení § 3 zákona č. 143/2001 Sb. Rozhodnutí vydané v tomto sankčním řízení je předmětem nyní posuzované věci.

32. Ve vztahu k okruhu námitek zpochybňujících vertikální povahu posuzované dohody Nejvyšší správní soud neshledal důvod odchýlit se od svých závěrů vyslovených v rozsudku čj. 5 Afs 33/2012 – 41 a na tyto závěry pro stručnost plně odkazuje. Jednalo se totiž o zcela totožnou smlouvu, mezi týmiž smluvními stranami a stěžovatel brojil proti závěru o její vertikální povaze shodnými argumenty.

33. Na tomto místě postačí shrnout, že v rozsudku čj. 5 Afs 33/2012 – 41 Nejvyšší správní soud vyšel ze své předchozí judikatury, která se opakovaně zabývala povahou obdobných smluv o propojení telekomunikačních sítí (zejm. rozsudek ze dne 13. 2. 2014, čj. 7 Afs 125/2013 – 44, a rozsudek čj. 9 Afs 59/2011 – 644), a uzavřel, že pro posouzení povahy určité dohody není podstatné obecné postavení účastníků této dohody na relevantním trhu, ale jejich konkrétní postavení, ve kterém se pro účely této dohody nacházejí. Skutečnost, že jeden z účastníků Smlouvy o propojení se podle okolností stával slovy stěžovatele „převodním můstkem“ k zajištění hovoru, tzn. zabezpečoval transfer služby ke konečnému zákazníkovi, se podobá dodavatelsko-distribučnímu vztahu a umožňuje hodnotit postavení účastníků pro účely předmětné smlouvy jako vertikální.

34. Nejvyšší správní soud neshledal rozsudek krajského soudu nepřezkoumatelný pro nedostatek důvodů v části týkající se posouzení povahy Smlouvy o propojení. Krajský soud opřel závěr o vertikální povaze smlouvy o ucelenou argumentaci, která odpovídala judikatuře Nejvyššího správního soudu (viz např. rozsudek čj. 9 Afs 59/2011 – 644). Odkaz na odbornou literaturu měl v napadeném rozsudku pouze podpůrný význam a nebyl jediným ani rozhodujícím argumentem krajského soudu. Nejvyšší správní soud neshledal pochybení v postupu krajského soudu, který se za existence různých názorů v odborné literatuře ve vztahu ke sporné otázce týkající se určení povahy dohod pro účely pravidla *de minimis*, přiklonil k názorovému proudu odpovídajícímu judikatuře Nejvyššího správního soudu. To platí i za situace, kdy jedním z autorů předmětného komentáře k zákonu č. 143/2001 Sb. byl soudce daného krajského soudu. Nejvyšší správní soud pro tuto chvíli ponechává stranou úvahy nad etickým rozměrem argumentace odbornou literaturou za situace, kdyby jejím autorem byl některý z členů senátu rozhodujícího v dané věci. Taková situace v posuzované věci nenastala a JUDr. Raus, který je autorem komentáře k zákonu č. 143/2001 Sb., se na rozhodování posuzované věci nepodílel. Krajský soud podepřel závěr o vertikální povaze Smlouvy o propojení dostatečnou a autonomní argumentací, proti níž by bylo třeba brojit, chtěl-li stěžovatel prokázat, že předmětná smlouva nebyla vertikální dohodou.

35. Stěžovateli lze přisvědčit pouze potud, že rozlišování dohod na horizontální a vertikální pro účely použití pravidla *de minimis* podle § 6 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb. ve znění do 1. 6. 2004 má smysl pouze tehdy, je-li posuzováno ve vztahu ke konkrétnímu společnému podílu účastníků dohody na trhu. Předmětné ustanovení stanovilo výjimku ze zákazu dohod podle § 3 odst. 1 téhož zákona, pokud společný podíl účastníků dohody na relevantním trhu nepřesáhl u horizontální dohody 5 % a u vertikální dohody 10 %. V obecné rovině proto soud souhlasí se stěžovatelem, že pokud by byl společný podíl účastníků dohody na relevantním trhu vyšší než 10 %, pravidlo *de minimis* by se nemohlo uplatnit, ať již by se jednalo o horizontální nebo vertikální dohodu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 7 Afs 125/2013 – 44).

36. Z rozsudku krajského soudu není jednoznačně zřejmé, zda nesprávné určení povahy předmětné dohody bylo jedním ze zrušujících důvodů rozhodnutí o rozkladu. Odůvodnění krajského soudu totiž ustalo na konstatování, že se jednalo o dohodu vertikální a že určení povahy dohody je rozhodné pro posouzení možnosti použít pravidlo *de minimis*. Krajský soud však nevyvodil z těchto závěrů žádné důsledky a nezabýval se tím, zda nesprávné určení povahy dohody mohlo mít vliv na zákonnost rozhodnutí

s ohledem na společný podíl účastníků na trhu. V tomto ohledu tedy rozsudek krajského soudu trpí určitými nedostatky.

37. Nejvyšší správní soud však neshledal důvod ke zrušení napadeného rozsudku, protože rozhodnutí vydané v prvním stupni ani rozhodnutí o rozkladu neurčila společný podíl účastníků dohody na trhu přezkoumatelným způsobem, a neumožňovala tak soudu učinit konečný závěr o použitelnosti pravidla *de minimis*.

38. Nepřezkoumatelností trpělo již rozhodnutí prvního stupně, o které stěžovatel opíral v kasační stížnosti svůj argument o společném podílu přesahujícím 40 %. V předmětném rozhodnutí stěžovatel uvedl: „*Úřad konstatuje, že společný podíl účastníků řízení na takto vymezeném relevantním trhu činil v roce 2002 cca 44 % a za 1. pololetí roku 2003 činí cca 48 % z celkového objemu tuzemského provozu mezi jednotlivými telekomunikačními společnostmi působícími na trhu České republiky (obchodní podíly jsou obchodním tajemstvím jednotlivých společností).*“ Stěžovatel však nedoplnil toto konstatování o informaci, jakým způsobem nebo z jakého zdroje získal údaje o velikosti společného podílu účastníků dohody na relevantním trhu.

39. Ve spisu jsou založena podání některých provozovatelů telekomunikačních sítí, kteří na žádost stěžovatele sdělili údaje o celkovém objemu svého provozu v roce 2002 a v prvním pololetí roku 2003. Z rozhodnutí stěžovatele ovšem není zřejmé, podle jakého klíče vybral jednotlivé provozovatele, zda se jednalo o všechny provozovatele působící na relevantním trhu a zejména zde není popsána metoda výpočtu, pomocí níž stěžovatel ze získaných údajů vypočetl společný podíl účastníků řízení ve výši 44 % v roce 2002 a 48 % v 1. pololetí roku 2003. Výpočet společného podílu není zachycen ani na žádném podkladu ve spisu (a to ani např. v neveřejné části spisu, pokud bylo nutné vyjít z informací chráněných jako obchodní tajemství). V důsledku tohoto pochybení stěžovatele soud nemůže ověřit, zda se jedná o zjištění odpovídající skutečnosti, ani to, zda byl společný podíl na trhu vypočten na základě listin, které jsou ve spisu založeny.

40. Nadto pro přezkoumatelnost správního rozhodnutí není dostatečné, pokud jsou podklady pro určitý závěr sice obsaženy ve spisu, ale správní orgán na ně v rozhodnutí konkrétně neodkáže a z rozhodnutí nelze dovodit, z jakých podkladů správní orgán vyšel. Opačný závěr by *ad absurdum* vedl k tomu, že správní orgán nemusí odůvodnit své rozhodnutí vůbec, pokud důvody pro jeho vydání vyplývají z obsahu spisu a soud se s nimi může seznámit. Odůvodnění správního rozhodnutí musí samo o sobě obstát v předstředí důvodů, jež vedly správní orgán k rozhodnutí vyjádřenému ve výrokové části, a musí být v souladu s obsahem správních spisů. Soudy rozhodující ve správním soudnictví nejsou v postavení dalších orgánů rozhodujících ve správním řízení a obecně rozhodují pouze na kasačním principu. Jinak řečeno, přes existenci plné jurisdikce vede řízení o žalobě proti správnímu rozhodnutí pouze k přezkumu jeho zákonnosti, nikoliv k nahrazení správního rozhodnutí rozhodnutím soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 8. 2013, čj. 8 Afs 58/2012 – 44).

41. Výše uvedené výtky proti rozhodnutí vydanému v prvním stupni lze plně vztáhnout i na rozhodnutí o rozkladu, které popsanou vadu nijak nenapravilo. Předseda stěžovatele neupřesnil, na základě jakých skutečností byly zjištěny společné podíly

účastníků uvedené v rozhodnutí prvního stupně a jakým způsobem byl proveden výpočet. Omezil se na pouhé konstatování, že doplnil správní řízení o stanovení společného podílu účastníků na relevantním trhu za rok 2001, který měl tvořit 39 % a odkázal na č. listu 1065 správního spisu. Na tomto č. listu je založena tabulka, v níž jsou uvedeni provozovatelé telekomunikačních sítí, aniž by bylo patrné, na základě jakých skutečností byli vybráni. K těmto provozovatelům jsou přiřazena čísla bez upřesnění, jakou veličinu mají vyjadřovat. Tabulka neobsahuje žádné informace o zdroji, z něhož zaznamenané údaje pocházejí, nelze tak ověřit jejich věrohodnost. Ani tento dokument proto nemůže být považován za důkaz o společném podílu účastníků dohody na relevantním trhu.

42. Nadto soud nemohl přehlédnout, že v řízení, které bylo předmětem přezkumu v rozsudku čj. 5 Afs 33/2012 – 41, stěžovatel stanovil společný podíl účastníků na relevantním trhu ve výši 8 %. Přestože předmětná řízení nebyla na sobě závislá a stěžovatel mohl po doplnění dokazování dospět k odlišnému závěru o výši společného podílu, bylo na stěžovateli, aby toto odlišné skutkové zjištění vztahující k totožné dohodě a totožným účastníkům řízení uspokojivě vysvětlil, zvláště pokud se jednalo o rozdíl více než 30 %. Je třeba podotknout, že stanovení společného podílu ve výši 8 % nebylo předmětem přezkumu ve věci posuzované pod sp. zn. 5 Afs 33/2012. Žalobní námitky vztahující se k otázce velikosti společného podílu na relevantním trhu byly uplatněny až po uplynutí lhůty stanovené pro možné rozšíření žalobních bodů v § 71 odst. 2 s. ř. s. (viz rozsudek krajského soudu ze dne 12. 3. 2012, čj. 62 Af 25/2011 – 433, str. 19) a tato otázka nebyla předmětem námitek uplatněných v kasační stížnosti ve věci sp. zn. 5 Afs 33/2012.

43. Nejvyšší správní soud proto nepřisvědčil námitce stěžovatele, že povaha předmětné dohody nebyla podstatná, protože společný podíl účastníků na relevantním trhu byl vyšší než 40 %. Toto tvrzení nemá oporu ve zjištěném skutkovém stavu. Společný podíl účastníků na relevantním trhu stěžovatel řádně nedoložil a obě správní rozhodnutí byla v této části nepřezkoumatelná (srov. rozsudky Nejvyššího správního soudu čj. 9 Afs 59/2011 – 644 a čj. 7 Afs 125/2013 – 44 ve spojení s rozsudkem krajského soudu ze dne 21. 11. 2013, čj. 62 Af 69/2013 – 536).

44. Stěžovatel bude v dalším řízení povinen řádně prokázat společný podíl účastníků dohody na relevantním trhu a teprve na základě tohoto zjištění bude moci posoudit, zda bylo možné použít pravidlo *de minimis* podle § 6 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb. ve znění účinném do 1. 6. 2004.

45. Již výše popsaná pochybení stěžovatele byla dostatečným důvodem pro zrušení rozhodnutí o rozkladu krajským soudem. S ohledem na další průběh správního řízení však Nejvyšší správní soud doplňuje, že neshledal důvodným ani druhý okruh námitek zpochybňující závěr krajského soudu o nedostatečnosti podkladů pro závěr o skutečném dopadu předmětné dohody na relevantní trh.

46. Předně je třeba zdůraznit, že byť zákon č. 143/2001 Sb. umožňuje působit i preventivně a postihnout i potenciální negativní účinky dohod soutěžitelů na hospodářskou soutěž, rozhodnutí stěžovatele jsou založena na závěru, že předmětná dohoda soutěž skutečně narušila. V takovém případě byl stěžovatel povinen svůj závěr náležitě prokázat a nemohl se spolehnout pouze na hypotézy nebo nepodložená tvrzení.

47. V kasační stížnosti stěžovatel tvrdil, že skutečné narušení hospodářské soutěže lze dovodit již ze samotné Smlouvy o propojení. Tomuto tvrzení nelze přisvědčit. Smlouva jako taková může mít s ohledem na svůj konkrétní obsah způsobilost narušit hospodářskou soutěž, pro závěr, že k tomu skutečně došlo, je však třeba doložit další důkazy o tom, zda a jakým způsobem byla smlouva plněna a že v důsledku tohoto plnění skutečně došlo k narušení hospodářské soutěže.

48. Vyjádření osoby zúčastněné na řízení ze dne 23. 11. 2001 není samo o sobě způsobilé takový závěr prokázat. Předně je třeba vzít v úvahu, že se jednalo o prosté tvrzení účastníka řízení, které nebylo doplněno o důkazy, které by jej potvrdily. Toto tvrzení bylo nadto učiněno ve věci šetření možného zneužití dominantního postavení ze strany žalobce, přičemž právě osoba zúčastněná na řízení dala k zahájení tohoto řízení podnět (viz č. listu 153 správního spisu). V rámci správního řízení osoba zúčastněná na řízení tvrdila, že samotná smlouva neměla protisoutěžní charakter, ale že k porušení zákona č. 143/2001 Sb. došlo až jednáním žalobce, který vyložil předmětnou smlouvu protisoutěžním způsobem. Je proto zřejmé, že osoba zúčastněná na řízení zastávala v rámci správního řízení protichůdnou pozici vůči žalobci. Má-li správní orgán k dispozici dvě tvrzení účastníků řízení, kteří jsou vůči sobě v protichůdném postavení a kteří svá tvrzení navzájem zpochybňují, musí náležitě a přesvědčivě odůvodnit, proč dal jednomu z účastníků řízení za pravdu, zatímco tvrzení druhého účastníka odmítl.

49. K obdobné situaci, kdy prosté prohlášení jednoho soutěžitele bylo zpochybněno ostatními účastníky řízení, se vyjádřil také např. Tribunál v rozsudku ze dne 8. 7. 2004, *JFE Engineering*, T-67/00, podle kterého „nemůže být prohlášení podniku obviněného z toho, že se účastnil dohody narušující hospodářskou soutěž, jehož správnost je popírána několika ostatními obviněnými podniky, považováno za dostatečný důkaz existence porušení spáchaného těmito podniky, aniž by bylo podpořeno jinými důkazními materiály“ (odst. 219, tento rozsudek byl potvrzen rozsudkem Soudního dvora ze dne 25. 1. 2007, *Sumitomo Metal Industries*, C-403/04 P a C-405/04 P).

50. Stěžovatel pochybil, pokud se spolehl na prosté tvrzení osoby zúčastněné na řízení o tom, že existovala výhodnější nabídka, která jí byla nabídnuta společností ČESKÝ TELECOM, a tvrzení, že se ji žalobce snaží vytlačit z trhu tím, že neúčtuje přiměřené propojovací poplatky a blokuje alternativní způsoby přístupu ke své síti, konkrétně tranzitní propojení přes síť společnosti ČESKÝ TELECOM (viz pasáž z vyjádření ze dne 23. 11. 2001 citovaná na str. 15 rozhodnutí o rozkladu, o níž předseda stěžovatele opřel svůj závěr o skutečném narušení hospodářské soutěže). V rozkladu osoba zúčastněná na řízení připustila, že nevěděla, že společnost ČESKÝ TELECOM jí tuto službu nemohla nabídnout vzhledem k propojovací smlouvě s žalobcem. Tvrzení osoby zúčastněné na řízení byla zpochybněna žalobcem, který v rozkladu popřel existenci výhodnější nabídky a tvrdil, že neexistovala stejně účinná alternativa. Cena nabízená společností ČESKÝ TELECOM byla podle žalobce pouze cenou za propojení, nikoliv cenou za ukončení hovoru. Zároveň cena za propojení byla podle žalobce vždy hrazena provozovateli sítě, ve které je hovor ukončen, a žalobce účtoval tuto cenu shodně za přímé i za nepřímé propojení. Jinými slovy, žalobce tvrdil, že nabídka společnosti ČESKÝ TELECOM nemohla být výhodnější, protože by osoba zúčastněná na řízení musela platit cenu za

propojení společnosti ČESKÝ TELECOM vedle ceny, kterou by byla povinna platit žalobci za ukončení hovoru v jeho síti. Nadto žalobce poukázal na skutečnost, že byl v rozhodné době kontrolován společností ČESKÝ TELECOM ve smyslu § 12 odst. 3 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., proto podle jeho názoru mezi zúčastněnými subjekty hospodářská soutěž nemohla existovat.

51. Za této situace, kdy ve správním řízení existovala protichůdná vyjádření jednotlivých účastníků řízení, krajský soud zcela oprávněně požadoval po stěžovateli, aby předložil další důkazy pro závěr o skutečném narušení hospodářské soutěže.

52. Nejvyšší správní soud nepřisvědčil stěžovateli, že z rozsudku krajského soudu není zřejmé, zda se ten s podáním ze dne 23. 11. 2001 vůbec seznámil. Krajský soud hodnotil předmětné podání na str. 13 rozsudku a uzavřel, že neprokazuje skutečné narušení hospodářské soutěže. Krajský soud nebyl povinen vyjádřit se samostatně k dodatku mezi osobou zúčastněnou na řízení a společností ČESKÝ TELECOM založeném na č. listu 205 správního spisu, který stěžovatel zmiňuje v kasační stížnosti, protože tento dodatek nebyl zmíněn jako důkaz o skutečném narušení hospodářské soutěže v žádném ze správních rozhodnutí. V rozhodnutí o rozkladu předseda stěžovatele paušálně odkázal na vyjádření ze dne 23. 11. 2001 pouze s uvedením č. listu ve správním spisu 158 až 234, aniž by však z dodatku, který byl součástí tohoto vyjádření, vyvodil jakékoliv závěry. Nelze proto než zopakovat, že úkolem správních soudů není nahrazení činnosti správního orgánu. Odůvodnění správního rozhodnutí musí obstát samo o sobě a soud není povinen za správní orgán domýšlet argumenty a dohledávat podklady (viz výše odst. 40).

53. Lze shrnout, že krajský soud nepochybil, pokud zrušil rozhodnutí o rozkladu z důvodu nedostatečně zjištěného skutkového stavu a neprokázání závěru o skutečném narušení hospodářské soutěže.

54. Nejvyšší správní soud neshledal napadený rozsudek krajského soudu nezákonným ani nepřezkoumatelným, proto kasační stížnost zamítl (§ 110 odst. 1 s. ř. s.).

55. O náhradě nákladů řízení o kasační stížnosti Nejvyšší správní soud rozhodl podle § 60 odst. 1 věty první s. ř. s. za použití § 120 s. ř. s. Stěžovatel nebyl v řízení o kasační stížnosti úspěšný, nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Procesně úspěšný žalobce byl v řízení o kasační stížnosti zastoupen advokátem a náleží mu náhrada nákladů řízení. Ta je představována náklady spojenými se zastoupením za jeden úkon právní služby (vyjádření ke kasační stížnosti) ve výši 3100 Kč [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d), § 11 odst. 1 písm. d) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif), ve znění pozdějších předpisů]. K této částce je nutno připočíst náhradu hotových výdajů advokáta ve výši 300 Kč (§ 13 odst. 3 advokátního tarifu). Náklady zastoupení tedy činí 3400 Kč. Tuto částku pak soud zvýšil podle § 57 odst. 2 s. ř. s. o částku 714 Kč odpovídající dani z přidané hodnoty, kterou je zástupce žalobce jako plátce povinen odvést. Celková výše náhrady nákladů za řízení o kasační stížnosti činí 4114 Kč.

56. Osoba zúčastněná na řízení má podle § 60 odst. 5 s. ř. s. právo na náhradu jen těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti uložené soudem. V tomto

řízení však osobě zúčastněné na řízení nebyla uložena žádná povinnost a Nejvyšší správní soud neshledal ani žádné důvody hodné zvláštního zřetele, proto rozhodl, že osoba zúčastněná na řízení nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

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

V Brně 24. září 2014

JUDr. Jan Passer
předseda senátu