

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové, soudkyně JUDr. Ludmily Valentové a soudce JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci žalobce: **Vodafone Czech Republic a. s.,** se sídlem v Praze, Vinohradská 167, 100 00, zast. Mgr. Janou Pattynovou, advokátkou se sídlem v Praze, Na Příkopě 392/9, 110 00, proti žalovanému: **Úřad na ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem v Brně, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 13. 10. 2009, č. j. 62 Ca 53/2007 - 289,

takto:

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 13. 10. 2009, č. j. 62 Ca 53/2007 - 289, **se zrušuje** a věc **se vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

I.

Žalobce (dále jen „stěžovatel“) kasační stížností napadá v záhlaví označený rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), kterým byla zamítnuta jeho žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda žalovaného“) ze dne 10. 5. 2004, č. j. R 54/2002, kterým předseda žalovaného změnil rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 7. 2002, č. j. S 105/02-1617/02-VOI; tímto žalovaný shledal porušení zákazu obsaženého ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, v tehdy platném znění (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“), neboť došlo k uzavření zakázané dohody o cenách, která vedla k narušení hospodářské soutěže na trhu dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta, a to tím, že stěžovatel v distributorských smlouvách zavázal distributory k dodržování pevné prodejní ceny kupónů stanovené ceníkem stěžovatele.

V kasační stížnosti stěžovatel uvádí, že je přesvědčen o nesprávném určení relevantního trhu žalovaným, předsedou žalovaného i soudem, když ti stanovili relevantním trhem „trh dobíjecích kuponů pro předplacenou službu Oskarta“. Soud tvrdí, že dobíjecí kupóny služby Oskarta jsou produktem, který je s dobíjecími kupóny jiných telefonních operátorů nezaměnitelný. Podle stěžovatele se soud mýlí, když jako relevantní trh produktu je určen trh předplacených kupónů pro dobíjecí službu Oskarta, a to zejména z toho důvodu, že dobíjecí kupon není zbožím ani službou, ale pouze hmotným zachycením předplacení služeb stěžovatele. Na dobíjecím kupónu je pod ochrannou stíratelnou vrstvou uveden unikátní bezpečnostní kód, po jehož zadání přes mobilní telefon zákazník potvrdí operátorovi předplacení služeb a operátor ve svých systémech odpovídajícím způsobem upraví částku, za kterou může zákazník od operátora čerpat poskytované služby. Samotný kupón není konzumovatelný jako služba či zboží. Jinými slovy, jedná se o stejný mechanismus jako je úhrada služeb až po jejich vyčerpání. Rozdíl mezi placením po vyčerpáni služeb (tzv. „post-paiď‘) a placením před vyčerpáním služeb (tzv. „pre-paid“) je pouze a právě v časovém okamžiku platby a v technickém řešení platby, tj. zejména ve způsobu vybírání poplatků za poskytnuté služby. Pokud by tedy žalovaný měl dospět k závěru, že v případě předplacených kuponů se jedná o samostatný relevantní trh, měl by jako samostatný relevantní trh vymezit i trh fakturace telekomunikačních služeb po jejich vyčerpání, neboť z hlediska věcné podstaty se jedná o totéž. Obdobně běžný model používají například kina či divadla (divák zakoupí vstupenku předem, ale na představení může jít až za týden). Stěžovateli přitom není známo, že by existoval vymezený relevantní trh „vstupenek na filmová představení uváděná v ti kin Cinema City“. Vstupenky jsou vázány na filmová představení v konkrétních kinech nebo síti kin a v případě zániku těchto kin ztrácejí hodnotu. Lze tedy shrnout, že v případě předplacených kuponů se nejedná o obchodovatelnou či konzumovatelnou komoditu či službu, ale o způsob, jakým zákazníci platí za služby operátorovi, s nímž jsou ve smluvním vztahu o poskytování služeb elektronických komunikací a nelze tedy vymezit relevantní trh způsobem, jakým to učinil žalovaný.

Stěžovatel pro úplnost uvádí, že diskuse o možnosti či nemožnosti zákazníků telekomunikačních služeb stěžovatele využít zakoupený kupón k úhradě služeb u jiného operátora jsou z hlediska projednávané věci nerelevantní a zavádějící. A to zejména z toho důvodu, že zákazník služeb stěžovatele zakupuje předplacený kupon právě a pouze k tomu účelu, aby předplatil služby poskytované stěžovatelem. I pokud by Nejvyšší správní soud považoval dobíjecí kupóny za samostatný produkt, nemohl by dle názoru stěžovatele konstatovat, že tvoří samostatný relevantní trh. Při určení relevantního trhu produktu je nutné zkoumat produkt nebo služby a jejich vzájemnou zastupitelnost mimo jiné zejména z pohledu spotřebitele, tedy z hlediska poptávky. Zda jsou, či nejsou výrobky či služby zastupitelné, lze zjistit na základě zodpovězení otázky, zda by spotřebitelé přešli z jednoho výrobku na druhý, pokud by první výrobek mírně, ale přesto podstatně a ne pouze na přechodné období zdražil (tzv. SSNJP test: Small but Significant and Non-transitory increase in Price). V daném případě je nutné se ptát, zda-li by si zájemce o veřejně dostupné služby stěžovatele v případě malého, ale ne zanedbatelného a trvalého zvýšení ceny dobíjecího kupónu služby Oskarta raději zvolil jiný způsob platby za veřejně dostupné služby poskytované stěžovatelem, či zda by zůstal věrný dobíjecímu kupónu. Je nutné zkoumat, zda by si spotřebitelé raději nenavýšili kredit pomocí bankomatu, či přes

Internet. Dále by pro určení relevantního trhu bylo nutné zkoumat, zda-li je v tomto případě relevantní trh omezen pouze na služby předplacené, nebo zda zahrnuje také služby placené následně (tzv. prepaid a postpaid). Také by bylo nutné zjistit, zda jsou pro spotřebitele zastupitelné služby jednotlivých operátorů, či zda by spotřebitelé v případě mírného, avšak podstatného a dlouhodobého navýšení ceny přešli od jednoho operátora k druhému. Jak již stěžovatel konstatoval, relevantní trh podle jeho názoru zahrnuje jak segment zákazníků, kteří si veřejné telekomunikační služby předplácejí, tak i tu část, kteří platí až následně. Dále se stěžovatel domnívá, že relevantní trh v tomto případě není omezen pouze na služby stěžovatele, ale zahrnuje také služby stěžovatelových konkurentů. Relevantním trhem tedy podle stěžovatele je „trh poskytování veřejných telekomunikačních služeb maloobchodním zákazníkům prostřednictvím veřejné mobilní telekomunikační sítě“.

Stěžovatel poukazuje na to, že dle závěru krajského soudu produktem relevantního trhu produktů jsou dobíjecí kupóny služby Oskarta. Jak je uvedeno výše, při posuzování relevantního trhu by bylo nutné zjistit, zda by spotřebitelé zvolili koupi dobíjecích kupónů či jiný prostředek platby za služby stěžovatele. V souvislosti s otázkou, zda jsou jednotlivé způsoby úhrady služeb poskytovaných stěžovatelem zastupitelné, je zřejmé, že i dobíjecí kupóny Oskarta jsou jednou z forem platby za služby poskytované stěžovatelem. Zákazník stěžovatele si např. může vybrat, jestli za služby stěžovatele zaplatí (předem) pomocí dobíjecího kupónu, nebo zda si bude platit tarif - a potom uhradí služby následně po jejich čerpání. Dle stěžovatele není důležité, zda jsou jednotlivé způsoby platby zaměnitelné, ale podstatné je, že produktem, o který se jedná a který si spotřebitelé kupují, není samotný dobíjecí kupón, ale veřejně dostupné telekomunikační služby stěžovatele. Dobíjecí kupón služby Oskarta není produkt či služba sama o sobě, jde o pouhý prostředek pomocí kterého dochází k úhradě služeb poskytovaných stěžovatelem, v tomto případě veřejných telekomunikačních služeb. Při analýze relevantního trhu je proto nejdříve třeba zjistit jakou hodnotu (ve formě produktu či služby) spotřebitelé chtějí, resp. po čem je poptávka, a jaké hodnoty jsou v rámci této poptávky zastupitelné. Spotřebitelé požadují veřejné telekomunikační služby, které stěžovatel nabízí. Distributoři odebírají dobíjecí kupóny, které předprodávají. Klíčovým pro posouzení porušení zákona stěžovatelem ovšem není velkoobchodní trh, ve kterém figuruje stěžovatel a distributoři, ale trh maloobchodní, v rámci kterého dobíjecí kupóny nakupují spotřebitelé. Spotřebitelé kupují dobíjecí kupón pouze proto, aby mohli využívat služby poskytované stěžovatelem. Z žádného jiného důvodu spotřebitelé kupóny nekupují, k žádnému jinému účelu kupóny ani nejsou využitelné. Na tomto místě není podle přesvědčení stěžovatele nutné přesně určit relevantní trh. V analýze relevantního trhu stačí dojít do bodu, kdy je zřejmé, že trh určený soudem, a předtím žalovaným, je určen nesprávně. Pro účely další argumentace stěžovatel považuje za vhodné poukázat na to, že relevantním trhem je trh poskytování veřejně dostupných telekomunikačních služeb (bez ohledu na to, zda zahrnuje pre-paid či post-paid segment zákazníků, či zda je omezen na služby stěžovatele, nebo zahrnuje i služby ostatních poskytovatelů veřejných telekomunikačních služeb). Dobíjecí kupóny služby Oskarta nejsou samostatným produktem, nemohou existovat bez služeb poskytovaných stěžovatelem. Představují pouze prostředek platby za služby, které samy tvoří produkt relevantního trhu. Mají pouze jedno smysluplné využití, a tím je navýšení volacího kreditu. Poptávka po dobíjecích kupónech není fakticky poptávka po dobíjecích kupónech, je to poptávka po službách stěžovatele, které je možné po dobití pomocí

kupónu využívat. (Pokud si např. spotřebitel koupí lístek na koncert, rád by koncert viděl a slyšel a ne pouze vlastnil lístek). Samotný lístek je bezcenný. Pokud si spotřebitel koupí jízdenku na vlak, rád by se přesunul z jednoho místa na druhé, rozhodně si nekupuje jízdenku kvůli jízdence samotné. Pokud si spotřebitel koupí dobíjecí kupón, dělá tak proto, že potřebuje telefonovat, ne proto, že chce mít samotný kupón. Tomu potom odpovídají relevantní trhy produktu. Bez ohledu na výše uvedené závěry stěžovatel pouze pro doplnění uvádí, že nadále trvá na tom, že kdyby nezajistil prodej dobíjecích kupónů služby Oskarta za pevnou cenu, porušil by tím svou povinnost, aby zákazník měl přístup k veřejné telekomunikační službě za cenu zveřejněnou v ceníku. Nelze souhlasit s výkladem žalovaného a soudu, že pokud by zákazník získal dobíjecí kupón levněji, resp. dráž než za cenu uvedenou v ceníku, nevolal by fakticky za nižší, resp. vyšší cenu za impuls, když cena za impuls zůstává stále stejná a je stanovena v ceníku, ale získal by v rámci kupónu více, resp. méně času pro uskutečnění hovoru. Podle názoru stěžovatele by zákazník v popsaném případě fakticky za nižší, resp. vyšší cenu volal, protože i když cena za impuls je stanovena pevně, pro zákazníka je tato cena nakonec určena cenou, kterou zaplatil za dobíjecí kupón. Jakou skutečnou cenu zákazník za hovor zaplatí, není v konečném důsledku určeno tím, jaká hodnota kreditu se mu po ukončení hovoru odečte, ale tím, kolik za kredit prostřednictvím dobíjecího kupónu skutečně zaplatil.

Předmětná ustanovení zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích (dále jen „zákon o telekomunikacích“) a Pověření pro společnost Český Mobil, a.s. ke zřizování a provozováni veřejné mobilní telekomunikační sítě podle normy GSM a k poskytování mobilních telekomunikačních služeb, které příslušejí k této síti (dále jen „Pověření“), která stěžovateli ukládají povinnost nabízet služby všem zákazníkům za transparentních a nediskriminačních podmínek a informovat zákazníky o přesné ceně nabízených služeb, mají za cíl chránit koncového zákazníka. Z tohoto úhlu pohledu je nutné také zákon o telekomunikacích a Pověření vykládat. Zákazník může za služby poskytované stěžovatelem platit různými způsoby. Jedním z nich je také dobíjecí kupón služby Oskarta. Je jen logické, že i cena za dobíjecí kupón by měla být pod kontrolou stěžovatele, aby ten dostál svým zákonným závazkům.

V případě plateb za dobíjecí kupóny služby Oskarta se jednalo o platby za veřejnou telekomunikační službu. Z toho důvodu se podle názoru stěžovatele uplatní ustanovení § 1 odst. 3 (v době rozhodování odst. 2) zákona o ochraně hospodářské soutěže, a zákon se na tyto transakce v rámci stanovené výjimky neuplatní. Prodej dobíjecích kupónů je součástí poskytování veřejných telekomunikačních služeb a veřejné telekomunikační služby jsou služby obecného hospodářského významu.

Základní smysl a účel ustanovení zákona o telekomunikacích a Pověření je, jak bylo uvedeno, chránit koncového zákazníka. Není podstatné pouze, kolik se z kreditu spotřebitele dobitého pomocí kupónu odečte za jeden impulz, podstatné také je, kolik spotřebitel za kredit zaplatil. Regulovat pouze cenu za impulz bez toho, aniž by byla sledována cena za kredit, je nesmyslné, protože taková regulace nepřináší ochranu koncového zákazníka ve formě transparentnosti cen, které koncový zákazník musí za volání uhradit. To je přitom její hlavní smysl. Proto takový přístup není podle stěžovatele v souladu se zákonem. Takový přistup by i v případě následně placených (post-paid) služeb vedl k závěru, že operátor se může od ceníkových cen odchýlit a „prodávat“ jednotky ceníkových cen s další marží nebo poplatky, s odůvodněním, že tím nedochází ke změně

ceníkových cen, ale pouze ke zkrácení doby, kterou má zákazník pro telefonát. Ceník by tak zcela pozbyl svého původního významu a ochrana koncového zákazníka ve formě transparentnosti cen by nebyla zajištěna.

Stěžovatel konstatuje, že žalovaný a následně i soud chybně určili relevantní trh, když hned v první fázi chybně posoudili samotný produkt, který by měl být předmětem relevantního trhu. V důsledku nesprávného vymezení neexistujícího relevantního trhu by tak docházelo k diskriminaci spotřebitele tím, že by spotřebitelé ve stejném nebo podobném postavení odebírali služby stěžovatele za odlišných podmínek stanovených navíc nezávisle na stěžovateli jako poskytovateli služeb. Navíc by se „distributor dobíjecích kupónů“ (tedy subjekt umožňující zákazníkům platit předem službu stěžovatele) dostal do pozice subjektu stanovujícího cenu produktu, tedy služby elektronických komunikaci stěžovatele, bez souhlasu a vědomí poskytovatele služeb.

Stěžovatel se dále v kasační stížnosti vyjadřuje k výši uložené pokuty, kterou považuje za nepřiměřenou. Poukazuje rovněž na to, že krajský soud ve svém předchozím rozhodnutí ze dne 22. 11. 2005, které bylo Nejvyšším správním soudem zrušeno (z důvodu, že bylo rozhodnuto bez jednání, aniž by s tím účastník souhlasil) sám dospěl k závěru o nepřiměřenosti pokuty a tuto snížil na částku 3 000 000 Kč. Stěžovatel se domnívá, že je zcela v rozporu se zásadou právní jistoty, aby tentýž soud identický případ posoudil diametrálně odlišně, když nyní potvrdil a odůvodnil pokutu ve výši více než dvojnásobné.

Stěžovatel poukazuje na to, že pokuta by měla být rovněž přiměřená době porušování. Pokud žalovaný či soud uloží za 2 roky porušování právní povinnosti pokutu v jisté výši a následně upraví své rozhodnutí a zkrátí posuzovanou dobu na polovinu, měla by se poměrně snížit i výše pokuty. Žalovaný ani soud nepřiznali dostatečný význam skutečnosti, že stěžovatel se dopouštěl údajného porušování práva v dobré víře, že tak jedná v souladu se svými povinnostmi. Stěžovatel nesouhlasí s názorem soudu, že o zjevně nepřiměřenou pokutu se nemůže jednat, pokud byla uložena při spodní hranici zákonného zmocnění.Krajský soud opírá svůj názor o rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 6A 96/2000 - 62, podle kterého za „zjevně nepřiměřenou“ nejspíše nebude možno považovat pokutu uloženou ve 4% zákonného rozpětí. V tomto rozsudku se však NSS otázkou přiměřenosti pokuty nezabýval, neboť žalobkyně to nenavrhovala; navíc stěžovatel poukazuje na užití slova „nejspíše“. O pokutu zjevně nepřiměřenou se dle stěžovatele jistě jedná, bylo-li období, za které je stěžovatel sankcionován, zkráceno rozhodnutím orgánu druhé instance o více než polovinu, ale pokuta zůstala zachována, a to v situaci, kdy délka trvání porušování zákona je jedním z hlavních kritérií pro stanovení výše pokuty.

Na základě výše uvedeného stěžovatel navrhuje rozsudek krajského soudu v celém rozsahu zrušit a věc vrátit soudu k dalšímu řízení.

Žalovaný vyjádření ke kasační stížnosti nepodal.

Kasační stížnost je podle ustanovení § 102 a násl. s. ř. s. přípustná a jsou v ní namítány důvody odpovídající ustanovení § 103 odst. 1 písm. a), b) a d) s. ř. s. Jejím rozsahem a důvody je Nejvyšší správní soud podle ustanovení § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s.

vázán.

Nejvyšší správní soud přezkoumal kasační stížností napadený rozsudek krajského soudu a dospěl k závěru, že kasační stížnost je důvodná.

II

Z obsahu správního a soudního spisu zjistil Nejvyšší správní soud následující skutečnosti rozhodné pro posouzení kasační stížnosti.

Žalovaný svým rozhodnutím vyslovil, že stěžovatel celkem v 11 smlouvách uzavřených v období ode dne 22. 3. 2000 do dne 25. 7. 2001 porušil zákaz vyplývající z ustanovení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže tím, že smlouvy obsahovaly ustanovení zavazující smluvní partnery k prodeji dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta pouze za ceny stanovené ceníkem stěžovatele. Za toto porušení žalovaný uložil stěžovateli podle ustanovení § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže pokutu 6.500.000,- Kč a na základě ustanovení § 7 odst. 1 cit. zákona zakázal stěžovateli plnění těchto dohod a uložil mu opatření k nápravě spočívající v odstranění zakázaných smluvních ustanovení z jednotlivých smluv a v informování správního orgánu o takto provedených změnách. Proti rozhodnutí žalovaného podal stěžovatel rozklad. Předseda žalovaného změnil výrokovou část prvostupňového rozhodnutí z hlediska užití právních předpisů, které se na dané proti soutěžní jednání aplikují či aplikovaly. Konstatoval, že ochrana hospodářské soutěže v době před účinností zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže byla zajišťována na základě zákona č. 63/1991 Sb.; oba tyto předpisy stanovují shodně zákaz dohod mezi soutěžiteli, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže; v demonstrativním výčtu potom oba zákony na prvním místě uvádějí dohody o přímém nebo nepřímém určení cen. K protiprávnímu jednání došlo přitom za účinnosti starého i nového zákona, a to v době od uzavření specifikovaných smluv do 30. 6. 2001. Proto v novém výroku deklaroval rovněž porušení ust. § 3 zákona č. 63/1991 Sb., neboť se jedná o týž pokračující správní delikt – tato deklarace však není postižena sankcí. Distributorské smlouvy o dodávce dobíjecích kupónů pro předplacenou službu uzavřené se společností Benzina a se společností P P-SPRO Praha , které byly uzavřeny pouze na jeden rok, vzhledem ke skutečnosti, že nabyly i pozbyly účinků za účinnosti zákona č. 63/1991 Sb., předseda žalovaného z výroku vypustil. Z věcného hlediska se předseda žalovaného se závěry prvostupňového orgánu ztotožnil. Především konstatoval, že se jedná o činnost, která není z aplikace ust. § 3 odst. 1 či dokonce z aplikace celého zákona vyňata. Nepřisvědčil námitce žalobce stran jeho povinnosti informovat ČTÚ o cenách dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta a tedy i jeho tvrzení, že jeho cenová politika není postižitelná podle zákona o ochraně hospodářské soutěže. Vycházel přitom z vyjádření ČTÚ ze dne 29. 5. 2002, z něhož vyplynulo, že ceny dobíjecích kupónů nejsou cenami regulovanými, nýbrž jsou stanovovány přímo mobilním operátorem; rovněž bylo konstatováno, že podle dosud platného Pověření je Český Mobil povinen zasílat povolujícímu a cenovému orgánu nabídkové ceníky a jejich změny včetně cenových podmínek, nikoli však informace o prodejních cenách dobíjecích kupónů. Dle vyjádření ČTÚ tento totiž nezkoumá cenu, za kterou prodává Český Mobil dobíjecí kupóny, ale posuzuje pouze cenu za impuls, tj. cenu jednotky hovoru, kterou jsou poskytovatelé telekomunikačních služeb povinni účtovat podle ceníku hovoru, a to bez ohledu

na skutečnost, kolik za impuls konečný spotřebitel fakticky zaplatil. Z telekomunikačního zákona vyplývá, že ČTÚ je orgánem, v jehož kompetenci je sledování a posuzování problematiky poskytování telekomunikačních služeb, tedy zabezpečení hovoru, nikoli však samotný prodej hovoru. Předseda žalovaného dospěl k závěru, že konkurenční prostředí při prodeji dobíjecích kupónů v ceně, za kterou může konečný spotřebitel nakoupit impulsy odpovídající hodnotě dobíjecího kupónu, může existovat, neboť dobíjecí kupóny je možno prodávat levněji než za hodnotu na nich uvedenou, což vyplývá i z faktického stavu na trhu. Konstatoval, že jednáním účastníka, jenž dobíjecí kupóny prodává rovněž vlastním distribučním kanálem, byla fakticky nastavena i pro ostatní distributory koncová prodejní cena, tím pak vlastní prodejní místa nemusela čelit konkurenci, neboť cena, jež je v daném případě jediným konkurenčním kriteriem, byla pro všechny zákazníky stanovena v jednotné výši. Narušení hospodářské soutěže spočívající v uzavření zakázaných dohod o cenách a jejich následné plnění omezilo nejen svobodnou vůli distributorů stanovit si pro prodej dobíjecích kupónů pro předplacenou kartu Ostarta cenu dle vlastního uvážení tam, kde jsou kupóny prodávány konečným spotřebitelům, ale rovněž konkurenční prostředí ve prospěch účastníka řízení tím, že vlastním distribučním kanálem nemusel čelit cenové konkurenci ostatních distributorů. Konstatoval, že narušení hospodářské soutěže, jakož i k prospěchu účastníka nepochybně došlo, a to tím, že prakticky plošným cenovým zavázáním všech odběratelů dobíjecích kupónů nemusel čelit cenové konkurenci, jež by z nižších cen při prodeji konečným zákazníkům jinými prodejci vyplynula. Co se týče výše pokuty, předseda žalovaného konstatoval, že ani skutečnost, že z výrokové části byly vypuštěny dvě smlouvy o dodávce dobíjecích kupónů, neshledal relevantní pro přehodnocení výše pokuty. Zkrácení doby tvrzeného zakázaného jednání přitom v odůvodnění nikterak nezmínil (původně vycházel žalovaný z období od března 2000, změnou rozhodnutí provedenou druhostupňovým orgánem, bylo postiženo období pouze od 1. 7. 2001).

III.

O žalobě podané proti rozhodnutí předsedy žalovaného rozhodl Krajský soud v Brně rozsudkem ze dne 22. 10. 2005, č. j. 31 Ca 71/2004 - 128 tak, že rozhodnutí žalovaného ze dne 9. 7. 2002, č. j. S 105/02-1617/02-VOI ve spojení s rozhodnutím ze dne 10. 5. 2004, č. j. R 54/2002 změnil tak, že uloženou pokutu ve výši 6 500 000 Kč snížil na částku 3 000 000 Kč.

Proti tomuto rozsudku podal stěžovatel kasační stížnost; Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 16. 11. 2007, č. j. 5 Afs 171/2006 - 245 rozsudek krajského soudu zrušil, neboť bylo porušeno ust. § 51 s. ř. s., když krajský soud rozhodl o věci bez nařízení jednání, ačkoli stěžovatel výslovně uvedl, že nesouhlasí s tím, aby bylo rozhodnuto bez nařízení jednání.

Krajský soud poté rozhodl dne 13. 10. 2009, rozsudkem č. j. 62 Ca 53/2007 - 289, který nyní stěžovatel napadá kasační stížností, a to tak, že žalobu zamítl.

Ke skutečnostem, které stěžovatel činí zásadními pro posouzení věci i nyní v kasační stížnosti, krajský soud uvedl následující:

a) vymezení relevantního trhu

Krajský soud konstatoval, že základními pojmovými znaky relevantního trhu jsou jeho vymezení z hlediska věcného a místního; v projednávané věci se soustředil na otázku vymezení věcného.Ten vymezil na principu zastupitelnosti výrobků či služeb za jiné, a to z pohledu jejich vlastnosti, ceny a zamýšleného užití, kdy se vychází z potřeb a preferencí spotřebitelů. Pro posouzení zastupitelnosti výrobků vycházel přitom z povahy samotného dobíjecího kupónu (viz níže). Připustil, že bez dalšího by mohl být trh definován jako trh poskytování veřejných telekomunikačních služeb maloobchodním zákazníkům prostřednictvím veřejné telekomunikační sítě, nicméně je třeba brát v úvahu rozhodování konečných spotřebitelů na trhu. Pokud bude vycházeno z racionálního chování spotřebitele, potom v případě dobíjecích kupónů pro předplacenou službu „Oskarta“ nemůže být tímto spotřebitelem nikdo jiný než zákazník žalobce, a to zákazník „netarifní“, byť tento nemusí být tím, kdo si kupón přímo kupuje. poptávka takového zákazníka je indukována potřebou využít služeb veřejné telekomunikační sítě poskytovaných žalobcem, při současném nedostatku potřebného kreditu. V této situaci spotřebitel především nemůže k získání kreditu použít dobíjecí kupón jiného provozovatele veřejných telekomunikačních služeb, neboť tyto kupóny nejsou navzájem kompatibilní. Krajský soud dovodil, že při rozhodování spotřebitele využívajícího službu „Oskarta“ představuje naznačený substitut objektivně danou překážku zastupitelnosti, což nutně implikuje závěr, že tento substitut nemůže s trhem dobíjecích kupónů pro předplacenou kartu „Oskarta“ tvořit jeden relevantní trh. Setrval tedy na vymezení relevantního trhu tak, jak učinil žalovaný, tedy trh dobíjecích kupónů pro předplacenou službu „Oskarta“ Dle názoru krajského soudu rozhodnutí britského regulačního úřadu Oftel ve věci Vodafone, který v obdobné věci zaujal jiný právní názor a relevantní trh vymezil širším způsobem, nemá na věc žádný vliv; krajský soud vzal toto rozhodnutí na vědomí, nicméně nadále se ztotožnil s vymezením trhu tak, jak provedl žalovaný.

b) povaha dobíjecího kupónu

Krajský soud stran povahy dobíjecího kupónu, jakožto předmětu distributorských smluv dospěl k závěru, že dobíjecí kupón není platebním prostředkem a není součástí poskytované veřejné telekomunikační služby. Dle názoru soudu je tomu tak, neboť samotným kupónem se neplatí za již využité služby, jeho zakoupení tyto služby teprve do budoucna zpřístupňuje. Jedná se tedy o kvalitativně jiný případ, než v situaci, kdy je po využití veřejných telekomunikačních služeb za tyto placeno; v tomto případě totiž již existují vzájemná práva a povinnosti mezi oběma stranami související s poskytováním telekomunikačních služeb. Samotnou koupí dobíjecího kupónu ještě nedochází k využití služeb veřejné telekomunikační sítě. Soud uvádí, že kupujícímu nadto nic nebrání v tom, aby zakoupený dobíjecí kupón dále smluvně převáděl, neboť samotný kupón může být objektem vlastnického práva a jiných soukromoprávních vztahů. Soud konstatoval, že kupóny jsou samostatným zbožím ohledně něhož se střetává nabídka s poptávkou, která prokazatelně existuje. V této otázce krajský soud uzavřel, že v případě posuzovaných dohod se nejednalo o vztah poskytovatele veřejných telekomunikačních služeb poskytovaných prostřednictvím veřejné mobilní telekomunikační sítě a uživateli těchto služeb, ale dohody sloužily výlučně k distribuci zboží.

c) poskytování služeb obecného hospodářského významu na základě zvláštního

zákona

Krajský soud nepřisvědčil žalobci v námitkách stran nepřípadnosti aplikace zákona na poskytování telekomunikačních služeb prostřednictvím předplacené služby. Soud dospěl k závěru, že dodávky dobíjecích kupónů předplacené služby distributorům nejsou součástí poskytovaných veřejných telekomunikačních služeb, neboť nic takového nelze z žádného ustanovení zákona dovodit. Z uvedeného důvodu tedy na úpravu těchto smluvních vztahů telekomunikační zákon nedopadá, a proto nelze považovat žalobce za soutěžitele, který poskytuje na základě zvláštního zákona služby obecného hospodářského významu. Krajský soud současně konstatoval, že přestože provozování veřejné telefonní sítě lze za služby obecného hospodářského významu považovat (rozhodnutí Evropské komise IV/29.877 ve věci *Brittish Telecommunications,* publ. Úřední věstník 1982 L 360/36), a žalobce by za určitých podmínek mohl být soutěžitelem, který na základě zvláštního zákona poskytuje služby obecného hospodářského významu, nelze na něj takto pohlížet v případě dodávek dobíjecích kupónů. Dle názoru krajského soudu prodej dobíjecích kupónů není součástí poskytování veřejných telekomunikačních služeb. Krajský soud neshledal důvodné námitky, v nichž žalobce odkazoval na povinnost vyplývající mu z telekomunikačního zákona a z Pověření – nabízet pro všechny zákazníky své služby za transparentních a nediskriminačních podmínek a informovat je o přesné ceně nabízených služeb. Dle názoru soudu žalobce těmto podmínkám může dostát, aniž by určil distributorům cenu, za kterou budou prodávat dobíjecí kupóny. Krajský soud tvrzení žalobce stran povinnosti vyplývající mu ze zákona a Pověření nezpochybnil a připustil, že problematika prodeje dobíjecích kupónů distributorům se nachází na hranici činností, na než dopadá úprava telekomunikačního zákona, nicméně dospěl k závěru, že to nic nemění na podstatě naplnění deliktu.

d) přiměřenost pokuty

Krajský soud konstatoval, že žalovaný v odůvodnění svého rozhodnutí nezmínil dostatečným způsobem všechny okolnosti, které měl. Poukázal však na to, že se nejednalo o okolnosti natolik závažné, že by jejich vyhodnocení mohlo v poměru k zákonnému rozmezí sankce vést k uložení pokuty nižší než byla uložena. Z pohledu přezkoumatelnosti rozhodnutí, resp. úvah správního orgánu soud shledal rozhodujícím, že z rozhodnutí je jasně seznatelné, jaké konkrétní úvahy ho vedly k uložení pokuty v příslušné výši. Pokud v odůvodnění rozhodnutí správní orgán výslovně nezmínil některé okolnosti, nezpůsobuje tato skutečnost dle soudu nezákonnost rozhodnutí, neboť žalovaný, resp. předseda žalovaného při stanovení výše pokuty nepřekročil zákonné meze pro její výši.Soud má za to, že i doba pouze jednoho roku, po kterou delikt trval, je dobou dostatečně dlouhou. Soud rovněž konstatoval, že ani skutečnost, že nebylo prokázáno, že by stěžovatel dodržování smluvních ustanovení kontroloval nebo sankcionoval, nepromítla na výši pokuty; nic to totiž nemění na tom, že stěžovatel možnost sankcionovat měl. Soud neshledal ani důvody pro moderaci výše pokuty; konstatoval, že přestože předseda žalovaného pochybil, pokud ve svém rozhodnutí výslovně nezmínil zkrácení doby, za kterou mohl být stěžovatel postižen, ve vztahu k výši pokuty, nebyla pokuta uložena v nepřiměřené výši, a proto ji soud nemůže snížit.

Krajský soud v Brně žalobu zamítl a potvrdil tak původně uloženou pokutu ve výši

6 500 000 Kč.

IV.

Nejvyšší správní soud přezkoumal napadený rozsudek krajského soudu z důvodů a v rozsahu námitek uplatněných v kasační stížnosti a shledal kasační stížnost důvodnou.

Nejvyšší správní soud především konstatuje, že klíčovým pro posouzeni porušení zákona stěžovatelem není velkoobchodní trh, ale trh maloobchodní, v rámci kterého dobíjecí kupóny nakupují zákazníci – koneční spotřebitelé, přitom tito nakupují dobíjecí kupón pouze proto, aby mohli využívat služby poskytované stěžovatelem. Na tomto místě není proto nutné zabývat se otázkou vymezení relevantního trhu poskytování veřejných telekomunikačních služeb prostřednictvím veřejné komunikační mobilní sítě, resp. trhu vymezeného žalovaným jako trh dobíjecích kupónů pro předplacenou službu Oskarta. V dané věci se totiž nejedná o vztah mezi poskytovatelem sítě a konečnými spotřebiteli. Zákazníci mobilních operátorů mohou zakoupit jejich služby dvěma způsoby: na základě platby předem prostřednictvím předplacených karet nebo na základě následného měsíčního vyúčtování. Z hlediska zákazníka je služba zcela shodná. Existuje možnost substituce na straně nabídky. Mobilní služba poskytnutá na základě dodatečného vyúčtování je provozovaná na stejném trhu jako mobilní služba na základě předplaceného kupónu. Služby placené na základě předplacených programů služeb jsou stejné jako telekomunikační služby poskytované na základě následně placených programů služeb.

Zásadní v projednávané věci je a priori posoudit samotnou povahu předplacených karet (dobíjecích kupónů) a od toho dovodit, zda prodej těchto kupónů lze považovat za součást poskytování veřejných telekomunikačních služeb či nikoli. Poté je třeba v kontextu s povinnostmi, které stěžovateli vyplývají ze zákona č. 151/2000 Sb., o telekomunikacích a z Pověření č. j. 110823/99-611 ze dne 7. 10. 1999 vydaného Ministerstvem dopravy a spojů ČR (dále „Pověření“) zvažovat, zda stěžovatel tím, že ustanovením o konečných prodejních cenách v distributorských smlouvách nutil prodejce předplacených karet (dobíjecích kupónů) prodávat za jím stanovené (ceníkové) ceny, se mohl dopustit porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže, resp. zda uzavíral nepřípustné vertikální kartelové dohody, tedy zda se dopustil protisoutěžního jednání ve smyslu ust. § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, za které mu byla uložena pokuta.

Krajský soud dospěl k závěru, že dobíjecí kupón není platebním prostředkem a není součástí poskytované veřejné telekomunikační služby; takový závěr přitom učinil na základě úvahy o tom, že samotným kupónem se neplatí za již využité služby, jeho zakoupení tyto služby teprve do budoucna zpřístupňuje. Dle jeho názoru se jedná o zcela jiný případ, než kdy je po využití veřejných telekomunikačních služeb za tyto placeno. Krajský soud tak rozlišuje mezi tím, zda konečný spotřebitel zaplatí za služby předem nebo jsou mu vyfakturovány až následně. Soud konstatoval, že kupóny jsou samostatným zbožím ohledně něhož se střetává nabídka s poptávkou, která prokazatelně existuje. Krajský soud v této souvislosti konstatoval, že zde neexistuje ani přímá úměra mezi cenou dobíjecího kupónu a cenou volacího impulsu. Výše uvedeným závěrům krajského soudu nelze přisvědčit.

Produktem, o který se jedná a který si koneční spotřebitelé kupují, není samotný dobíjecí kupón, ale veřejně dostupné telekomunikační služby stěžovatele. Dobíjecí kupóny služby Oskarta nebyly samostatným produktem, nemohly tedy existovat bez služeb poskytovaných stěžovatelem. Představují pouze prostředek platby za služby, které samy tvoří produkt relevantního trhu. Mají pouze jedno smysluplné využití, a tím je navýšení volacího kreditu. Poptávka po dobíjecích kupónech není fakticky poptávka po „dobíjecích kupónech“, ale poptávka po službách stěžovatele, které je možné po dobití pomocí kupónu využívat. V případě předplacených kuponů se nejedná o obchodovatelnou či konzumovatelnou komoditu či službu, ale o způsob, jakým zákazníci platí za služby operátorovi, s nímž jsou ve smluvním vztahu o poskytování služeb elektronických komunikací. Je třeba vycházet z faktu, že zákazník nekupuje dobíjecí kupón za žádným jiným účelem, než za účelem volání, resp. využití určitého balíčku služeb svého operátora; stejně tak si přitom může zajistit přístup k této službě např. dobitím přes internet, bankomat, apod.

To zda je konkrétní produkt samostatně obchodovatelným zbožím nebo určitou službou, je nutno posoudit především z hlediska ekonomického, tj. z hlediska účelu jeho využití. Samotný kupón a poskytovaná služba jsou neoddělitelně spojeny a objektivně tvoří jeden celek a jejich umělé oddělení není možné. Dobíjecí kupón je v podstatě pouze určitým hmotným projevem služby (nosičem služby poskytované mobilním operátorem). Je zcela nezpochybnitelné, že zákazníci, tj. koncoví spotřebitelé z žádného jiného důvodu dobíjecí kupóny nekupují, než právě a jen k tomu účelu, aby mohli využít určité telekomunikační služby; k žádnému jinému účelu kupóny ani nejsou využitelné. Kupujícímu zcela jistě nebrání, aby zakoupený dobíjecí kupón dále smluvně převáděl, neboť samotný kupón může být objektem vlastnického práva a jiných soukromoprávních vztahů, jak konstatuje krajský soud, ale to nic nemění na tom, že kupón, ať již jej využije kdokoli, nemůže být použit pro žádný jiný účel, než právě a pouze jen pro využití služeb (balíčku služeb) konkrétního mobilního operátora. Zákazník zde nemá žádnou jinou volbu využití. Z hlediska spotřebitele, tj.koncového zákazníka se jedná o předplacenou službu. Distributoři v tomto případě neprodávali „vlastní produkt“, se kterým by na trhu mohli soutěžit (takové soutěži brání ustanovení telekomunikačního zákona – viz níže), ale z hlediska ekonomického se jednalo o poskytování služby mobilnímu operátorovi, za což distributorům náležela provize. Dobíjecí kupon nemá hodnotu peněz, které by mohl konečný spotřebitel zkonzumovat jiným způsobem, má zcela jednoznačně určené využití a zákazník nemá žádnou jinou volbu. Nelze proto souhlasit se závěrem žalovaného, na němž setrval i krajský soud, že se jedná o zcela samostatné zboží (oddělitelné od poskytované služby), ohledně něhož existuje samostatná nabídka a poptávka. Distributoři prostřednictvím kupónů pouze distribuovali službu mobilního operátora, nikoli prodávali vlastní zboží – dobíjecí kupóny.

Nejvyšší správní soud nemůže přisvědčit ani závěru krajského soudu stran vztahu ceny dobíjecího kupónu a ceny volání. Krajský soud dospěl k závěru, že zde neexistuje žádná souvislost, resp. přímá úměra. Dle názoru krajského soudu, dojde-li tedy např. ke zvýšení (snížení) této ceny nad nominální hodnotu uvedenou na kupónu, koncový zákazník sice zaplatí za možnost využití určitého předem stanoveného objemu telekomunikačních služeb více (méně), toto zvýšení (snížení) však nepředstavuje zvýšení (snížení) ceny hovorného. Krajský soud rovněž poukazuje na to, že cena, za kterou je

dobíjecí kupón nabízen konečným spotřebitelům, není představována pouze kreditem hovorného, ale také marží prodávajícího.

Nejvyšší správní soud naopak má zato, že zákazník, tj. konečný spotřebitel v popsaném případě fakticky za nižší, resp. vyšší cenu ve svém důsledku nepochybně volá, protože i když cena za impuls je stanovena pevně, pro zákazníka je tato cena nakonec určena cenou, kterou zaplatil za dobíjecí kupón. Jakou skutečnou cenu zákazník za hovor zaplatí, není v konečném důsledku určeno tím, jaká hodnota kreditu se mu po ukončení hovoru odečte, ale tím, kolik za kredit prostřednictvím dobíjecího kupónu skutečně zaplatil. Prostřednictvím dobíjecího kupónu tedy zákazník platí cenu hovoru, přitom cena hovoru musí být v souladu s cenami, které poskytovatel telekomunikační služby vyhlásí a zveřejní..

Nejvyšší správní soud se neztotožňuje s názorem krajského soudu, že bez ohledu na to, za kolik by byl dobíjecí kupón prodáván, by zákazník stále volal za ceníkovou cenu – hodnota jeho kupónu (kredit v něm obsažený) by se totiž po provolaném impulsu snížila o příslušnou ceníkovou částku. Z takového závěru by totiž vyplývalo, že není podstatná reálná cena (za minutu), za kterou zákazník telefonuje (případně používá jiné služby), ale že je podstatná cena nominální, která je určena ceníkem a která by s reálnou cenou neměla nic společného. Pokud si zákazník koupí dobíjecí kupón za cenu vyšší, než je jeho nominální hodnota, automaticky se pro něj stává dražším každá minuta hovoru nebo jednotlivá telekomunikační služba. Nelze setrvat na tvrzení, že cena za minutu (daná ceníkem) zůstává pořád stejná, když její reálná hodnota je odlišná. Cena by zůstávala stejná pouze ve své nominální hodnotě, která by však nijak neodrážela reálný stav. Ani argumentace krajského soudu, že stěžovatel sám poskytuje dobíjecí kupóny za nižší nominální cenu než podle obsaženého kreditu (množstevní slevy), tedy že tím stěžovatel sám popírá svoje tvrzení, že nelze prodávat kupón s určitou hodnotou kreditu za cenu odlišnou od ceny, která by se rovnala ceně kreditu kupónu, neboť by tím bylo porušováno Pověření a telekomunikační zákon, nelze v tomto přisvědčit. Stěžovatel má oznamovací povinnost danou zákonem a Pověřením, a to povinnost oznamovat ceny za telekomunikační služby zákazníkům a ČTÚ před nabízením těchto služeb. Situace, kdy poskytuje dobíjecí kupóny „s bonusem“, a tyto případy zákazníkům a ČTÚ řádně a včas v souladu se zákonem a Pověřením oznámí, nepopírá tvrzení stěžovatele, že musí prodávat dobíjecí kupóny za ceny oznámené, jak dovozuje krajský soud. Stěžovatel může prodávat dobíjecí kupóny za cenu odlišnou za splnění dvou podmínek. Musí tuto cenu dopředu zákazníkům a ČTÚ oznámit a jeho chování nesmí být v rozporu s bodem 9 Pověření, tedy musí srovnatelným skupinám poskytovat telekomunikační výkony za stejných podmínek. Toto však není v rozporu s dopředu oznámenou množstevní slevou v krajským soudem uváděném případě.

Pokud by bylo irelevantní, kolik zákazník za minutu hovoru skutečně zaplatil, byla by pak zcela nesmyslná povinnost oznamovat ČTÚ ceny předplacených telekomunikačních služeb. Kterýkoliv poskytovatel telekomunikačních služeb by pak mohl oznamovat ČTÚ jakoukoli cenu předplacených služeb a ve skutečnosti prodávat tyto služby za zcela jiné ceny, které by byly závislé na rozdílu nominální a reálné hodnoty dobíjecího kupónu. Takovýto stav by byl v rozporu se smyslem a účelem regulace telekomunikačního trhu. Výše ceny a hodnoty dobíjecího kupónu spolu s cenou za minutu

hovoru určí za jakou reálnou cenu bude zákazník při použití kupónu platit za poskytnutou telekomunikační službu.

Stěžovatel je povinen poskytovat telekomunikační služby za zveřejněné ceny, stejně tak způsob jejich určení. Z výše uvedeného vyplývá, že stěžovateli nestačí ČTÚ oznamovat pouze ceny za minutu hovoru (případně ceny za jiné telekomunikační služby), které lze za předplacené dobíjecí kupóny pořídit, ale musí uvádět ceny, za které se dobíjecí kupóny dostanou ke koncovým zákazníkům a hodnoty těchto kupónů. Z toho vyplývá, že, je-li objektivně zavázán dodržovat stanovenou oznámenou cenu, de facto nemůže ponechat na svobodné vůli prodejců prodávat volně dobíjecí kupóny za ceny, které si určí sami tito prodejci. To konvenuje i s vyjádřením ČTÚ ze dne 29. 5. 2002, kde se uvádí, že „distributoři (prodejci) by měli mít s mobilními operátory smlouvy, ve kterých je zakotvena výše marže za prodej kupónů. Jedná se o způsob, který se uskutečňuje např. u prodeje telefonních karet ČESKÉHO TELECOMU, a. s.“ Provize smluvních prodejců dobíjecích kupónů se rovná rozdílu mezi cenou dobíjecího kupónu, kterou zaplatí koncový zákazník, a mezi cenou, za kterou prodejce kupón pořídí.V daném případě tak distributoři pořídili dobíjecí kupóny za cenu nižší než na nich uvedenou, při započítání marže nemohla však nikdy konečná cena přesáhnout cenu stanovenou a oznámenou.

Stěžovateli je uložena povinnost poskytovat telekomunikační služby za oznámené ceny, a to srovnatelným skupinám zákazníků za srovnatelných podmínek. Tato povinnost je stanovena i pro obchodní zástupce stěžovatele, a protože cena, za kterou je kupón prodáván, a hodnota, na něm uvedená, jsou pro stanovení ceny telekomunikačních služeb určující, nelze prodávat dobíjecí kupóny jinak než za předem určené ceny pro srovnatelné zákazníky za srovnatelných podmínek. Pokud by distributoři prodávali dobíjecí kupóny za cenu, kterou si sami určí, reálná cena telekomunikačních služeb by byla v rozporu s oznámenými cenami stěžovatelem. Stěžovatel proto neměl jinou možnost než zavázat distributory dobíjecích kupónů k prodeji za předem stanovené ceny. Stanovení ceny se týká maloobchodního prodeje koncovým zákazníkům, nikoliv samotného prodeje distributorům, kteří dobíjecí kupóny pouze dále distribuují a sami nekonzumují. Dobíjecí kupóny jsou z toho důvodu, že jejich cena ovlivňuje cenu telekomunikačních služeb, dle názoru Nejvyššího správního soudu součástí těchto služeb, jejichž trh nelze od trhu telekomunikačních služeb oddělit.

Při poskytování telekomunikačních služeb je stěžovatel vázán jednak zákonem o telekomunikacích a jednak Pověřením. Podle ustanovení § 81 odst. 1 zákona o telekomunikacích poskytovatel veřejné telekomunikační služby je povinen vypracovat návrh smlouvy na poskytování veřejné telekomunikační služby a před zahájením poskytování této služby ho uveřejnit v každé své provozovně a v Telekomunikačním věstníku. Součástí návrhu smlouvy jsou Všeobecné podmínky veřejné telekomunikační služby (dále jen "všeobecné podmínky"). Podle odst. 2 písm. f) všeobecné podmínky musí obsahovat údaj o způsobu zveřejnění ceny za poskytování veřejné telekomunikační služby, způsob jejího účtování a placení.

Podle ustanovení § 82 odst. 1 cit. zákona poskytovatel veřejné telekomunikační služby je povinen poskytnout tuto službu za cenu sjednanou podle zvláštního právního předpisu (zákona o cenách) každému, kdo o ní požádá a souhlasí se všeobecnými

podmínkami.

Podle bodu 8 Pověření je držitel Pověření (stěžovatel) povinen zasílat povolujícímu a cenovému orgánu pro informační účely po třech výtiscích nabídkových ceníků a jejich změn včetně cenových podmínek a způsobu určení cen pro všechny služby GSM nabízené nebo poskytované držitelem pověření a jeho obchodními zástupci. Dle bodu 8.1 Pověření nabídkové ceníky, včetně jejich změn, musí být předloženy alespoň dva dny před dnem, kdy mají tyto ceníky nebo změny cen nabýt účinnosti...

Dle bodu 9 Pověření má držitel Pověření poskytovat stejné nebo srovnatelné telekomunikační výkony srovnatelným skupinám účastníků za stejných podmínek, s vyloučením jakékoliv neopodstatnělé přednosti nebo znevýhodnění.

Stěžovatel je tedy povinen nabízet služby všem zákazníkům (tj. koncovým spotřebitelům) za transparentních a nediskriminačních podmínek a informovat zákazníky o přesné ceně nabízených služeb. Základní smysl a účel ustanovení zákona o telekomunikacích a Pověření, je chránit koncového zákazníka. Z tohoto úhlu pohledu je nutné také zákon o telekomunikacích a Pověření vykládat. Není tedy podstatné pouze, kolik se z kreditu spotřebitele dobitého pomocí kupónu odečte za jeden impuls, podstatné také je kolik spotřebitel za kredit zaplatil, tj. kolik zaplatí za cenu hovoru.. Regulovat pouze cenu za impuls bez toho, aniž by byla sledována cena za kredit, postrádá jakýkoli smysl, protože taková regulace nepřináší ochranu koncového zákazníka ve formě transparentnosti cen, které koncový zákazník musí za volání uhradit. Cena za dobíjecí kupón tak musí být pod kontrolou stěžovatele, aby ten dostál svým zákonným závazkům.

Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že žalovaný vyvodil z odpovědi ČTÚ ze dne 29. 5. 2002 stran existence povinnosti informovat o prodejní ceně kupónů, tj. zda tato cena je regulovaná či nikoli, nesprávný závěr, na němž setrval i krajský soud. Sdělení, že ceny dobíjecích kupónů nejsou regulované, nelze vykládat bez přihlédnutí k ostatním aspektům. Argumentace žalovaného, který z přípisu dovodil, že ČTÚ nezkoumá cenu dobíjecích kupónů, ale pouze cenu za jednotku hovoru, kterou jsou poskytovatelé povinni účtovat dle ceníku, a to bez ohledu na to, kolik za impuls konečný spotřebitel fakticky zaplatil, postrádá logiku. Ustanovení zákona, jakož i Pověření jsou nepochybně formulována k ochraně zákazníka. Jak vyplývá již z výše uvedeného, nelze oddělit dobíjecí kupón, který představuje jakýsi balíček předplacených služeb, resp. jejich cenu od služby samotné; přitom cena této služby (minutová sazba) je stanovena v ceníku, který je povinen poskytovatel služby dodržet. Zákazník prostřednictvím distributorů nekupuje dobíjecí kupón (není podstatná cena dobíjecího kuponu), ale nakupuje službu operátora, která je stanovena a je závazná. Má-li tudíž stěžovatel dostát povinnosti uložené mu zákonem, tj. poskytovat služby za předem stanovené a vyhlášené ceny, nelze mu přičítat protisoutěžní jednání a ustanovení v distributorských smlouvách posoudit jako zakázané dohody. Stěžovatel je zavázán nabízet telekomunikační služby pouze a výhradně za publikované ceny oznámené před nabízením těchto služeb.

Žalovaný a následně i krajský soud na jednu stranu uznává,. že stěžovatel má povinnost prodávat hovory za zveřejněné ceny, na druhou stranu zcela odhlíží od faktu, že prodej hovorů, resp. služba mobilního operátora probíhá nejen na základě dohody o

následném vyúčtování (postpaid), ale lze ji uskutečňovat i prostřednictvím předplacených karet (prepaid balíčků služeb).

Nejvyšší správní soud zde odkazuje, v souvislosti s otázkou, zda prodej dobíjecích kupónů je či není součástí telekomunikačních služeb např. na rozsudek Soudního dvora ve věci T-Mobile Netherlands (C-8/08). V citovaném rozhodnutí v bodě 11 jsou dobíjecí kupóny (prepaid balíček) považovány za druh telekomunikační činnosti, resp. součást telekomunikačních služeb: *„Nabídka mobilních telekomunikačních služeb sestává z prepaid (předplacených) balíčků a smluv o službách postpaid (placených následně). Pro balíčky prepaid je charakteristické, že zákazník platí cenu telefonních hovorů předem Zakoupením předplacené SIM karty nebo jejím dobitím totiž získá určitý počet minut volání, do jehož vyčerpání může telefonovat. Smlouvy o službách postpaid se naopak vyznačují tím, že počet provolaných minut za určité období je vyfakturován následně zákazníkovi.“*

V otázce posouzení prodeje dobíjejícího kupónu jakožto veřejné telekomunikační služby, dospěl Nejvyšší správní soud, s přihlédnutím k závěrům SD (věc T-Mobile Netherlands), že je třeba dobíjecí kupón chápat jako předplacený balíček telekomunikačních služeb, přičemž prodejce kupónu nemusí být a obvykle není poskytovatelem služby.

Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že poskytování telekomunikačních služeb stěžovatelem, včetně distribuce dobíjecích kupónů, o nichž bylo vedeno toto správní řízení, lze považovat za poskytování služeb obecného hospodářského významu ve smyslu § 1 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Stěžovatel poskytoval na základě telekomunikačního zákona telekomunikační služby, které jsou službami obecného hospodářského významu, distribuce předplacených dobíjecích karet v plné konkurenci za předem nestanovené a oznámené ceny by znemožnilo poskytování telekomunikačních služeb za podmínek stanovených telekomunikačním zákonem, z tohoto důvodu se zákon o ochraně hospodářské soutěže na dohody stěžovatele s distributory v této části neuplatnil.

Ustanovení § 1 odst. 2 (po novele odst. 3) zákona o ochraně hospodářské soutěže zužovalo osobní působnost zákona vůči těm soutěžitelům, kteří na základě zvláštního zákona nebo na základě rozhodnutí orgánu veřejné správy, které bylo vydáno v souladu se zákonem, poskytují služby obecného hospodářského významu, avšak pouze za předpokladu, že by uplatnění soutěžních pravidel znemožnilo těmto soutěžitelům právně nebo fakticky plnění zvláštních úkolů, jež jim bylo administrativně svěřeno. Nejde tedy o úplné vynětí soutěžitelů, kteří uvedené podmínky splňují, z osobní působnosti zákona, ale toliko o vynětí v míře nezbytné, jež je ještě způsobilá zajistit těmto soutěžitelům možnost plnění svěřených úkolů.

Vynětí z působnosti zákona přichází v úvahu za kumulativního splnění dvou základních podmínek. První z nich spočívá v nutnosti kvalifikovat příslušného soutěžitele jako soutěžitele poskytujícího služby obecného hospodářského významu. Druhá z podmínek pak spočívá v prokázání skutečnosti, že úplná aplikace soutěžních pravidel by takovému soutěžiteli zcela znemožnila činnost, v níž služba obecného hospodářského významu spočívá a jejíž plnění mu bylo uloženo. Na stejné situace míří i čl. 8 Smlouvy o založení Evropských společenství (nyní čl.106 Smlouvy o fungování Evropské unie), který

se uplatní v řízeních vedených o jednání s komunitárním prvkem; proto lze podpůrně přihlédnout i k judikatuře evropských soudů vztahující se k tomuto článku.

Pokud jde o první podmínku, soutěžitelem poskytujícím služby obecného hospodářského významu je takový soutěžitel, jenž ve prospěch státu tyto služby dodává za určitých administrativně stanovených kvalitativních, množstevních či jiných podmínek a zpravidla za administrativně stanovené ceny. To přitom platí v zásadě bez ohledu na to, zda je stát odběratelem dodávané služby nebo zda má stát toliko zájem na tom, aby služba byla na trhu poskytována. Poskytování služeb obecného hospodářského významu musí být uskutečňováno kontinuálně, realizováno na celém administrativně vymezeném území vůči všem odběratelům a za jednotných cenových podmínek při udržení dlouhodobé konstantní kvality (srov. rozsudek Soudního dvora C-393/92 ve věci Municipality of Almelo v NV Energiebedrijf Ijsselmij, [1994] ECR I-1477; rozsudek Soudního dvora C-320/91 ve věci Corbeau v Belgian Post Office, [1993] ECR I-2533). Jedná se tedy o administrativním způsobem uložené poskytování zcela specifických služeb, u nichž veřejný zájem na jejich řádném, včasném a úplném poskytnutí převažuje nad zájmem ochrany hospodářské soutěže a jejichž poskytování zachování jinde vyžadovaných férových soutěžních podmínek na trhu alespoň zčásti vylučuje.

K tomu, aby se na poskytování takových služeb výjimka podle ustanovení § 1 odst. 2 zákona vztahovala, je nicméně dále třeba prokázat, že omezení aplikace soutěžního práva je pro poskytování těchto služeb nezbytné a tomuto účelu úměrné, přičemž posouzení, zda jsou tyto podmínky splněny, musí být velmi přísné (viz rozsudek Soudu prvního stupně T-60/94 ve věci Air Inter v Komise, [1997] ECR II-997).

Co se týče druhé podmínky aplikace ustanovení § 1 odst. 2 zákona, tj. prokázání skutečnosti, že úplná aplikace soutěžních pravidel by takovému soutěžiteli zcela znemožnila činnost, v níž služba obecného hospodářského významu spočívá a jejíž plnění mu bylo uloženo, je nutno dospět k názoru, že ověření jejího naplnění vychází z testu nezbytnosti a přiměřenosti vynětí z dosahu zákona. Vynětí z působnosti zákona je nezbytné a zároveň přiměřené pouze tam, kde samotné administrativně realizované uložení plnění určitého úkolu přímo nebo nepřímo stanoví pravidlo, jež soutěžitel musí splnit a jež by jinak mohlo být posuzováno jako problematické z pohledu soutěžního práva.

Z tohoto důvodu Nejvyšší správní soud v posuzované věci shledal nezákonnost rozhodnutí krajského soudu spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení ohledně posouzení povinností stěžovatele dané mu telekomunikačním zákonem a Pověřením a jejich dopadu na uzavírání smluv stěžovatele s distributory dobíjecích kupónů a s ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti napadený rozsudek zrušil a věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení. Z důvodu nadbytečnosti se již proto nezabýval ani námitkami stěžovatele stran samotné výše pokuty. V něm krajský soud rozhodne rovněž o nákladech 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 dne 24. března 2011

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu