

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Matyášové a soudců JUDr. Ludmily Valentové a JUDr. Jakuba Camrdy v právní věci navrhovatele: **Telefónica Czech Republic, a. s.,** se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4, proti odpůrci: **Český telekomunikační úřad**, se sídlem Sokolovská 219, Praha 9 o zrušení opatření obecné povahy - Analýza trhu č. A/6/12.2010-16, trh č. 6 – velkoobchodní koncové segmenty pronajatých okruhů bez ohledu na technologii použitou k zajištění pronajaté nebo vyhrazené kapacity, vyd. dne 7. 12. 2010 pod č. j. 147498/2010-609,

takto:

I. Návrh se zamítá.

II. Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

Navrhovatel je podnikatelem, který zajišťuje veřejné komunikační sítě a poskytuje služby elektronických komunikací, mimo jiné i službu pronájmu okruhů, ve smyslu zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „ZEK“), a to na základě oznámení ze dne 12. 8. 2005; na základě oznámení vydal odpůrce navrhovateli osvědčení č. 516, č. j. 31618/2005-631 ze dne 7. 10. 2005, nyní ve znění pěti změn.

I. Obsah návrhu

Navrhovatel tvrdí, že byl v záhlaví označeným opatřením obecné povahy (dále jen „Analýza trhu“) zkrácen na svých právech; vzhledem k tomu, že je navrhovatel současně oprávněn ve věci, ve které bylo opatření obecné povahy použito, podat ve správním soudnictví žalobu, navrhuje zrušení opatření obecné povahy společně s žalobou podanou dne 17. 6. 2011 u Městského soudu v Praze proti rozhodnutí č. SMP/6/04.2011-2 Rady ČTÚ č. j. 116175/2012-609/VII. vyř. ze dne 14. 4. 2011 a společně se žalobou podanou dne 17. 6. 2011 u Městského soudu v Praze proto rozhodnutí č. REM/6/04.2011-4 Rady ČTÚ č. j. 164126/2010-610/V.vyř. ze dne 26. 4. 2011.

Navrhovatel uvádí, že odpůrce provádí v souladu s ust. § 51 ZEK v intervalu 1 až 3 let analýzu relevantních trhů stanovených podle ust. § 52 ZEK za účelem zjištění, zda tyto trhy jsou efektivně konkurenční. Odpůrce provedl analýzu daného trhu opatřením obecné povahy č. A/13/08.2006-30 - analýza relevantního trhu č. 13 ze dne 14. 8. 2006, která předcházela napadené „Analýze trhu“, přitom při věcném vymezení trhu konstatoval, že nenašel substituty. Služby poskytované na technologii ETHERNETu (dále „ETH“) nebyly do věcného vymezení trhu zahrnuty. Na základě tohoto opatření vydal odpůrce rozhodnutí č. SMP/13/09.2006-63, kterým stanovil navrhovatele podnikem s významnou tržní silou, rozhodnutí č. REM/13/11.2006-72, kterým navrhovateli uložil soubor povinností a rozhodnutí o ceně CEN/13/11.2006-73, kterým navrhovateli uložil soubor povinností souvisejících s regulací cen. V zákonem stanovené lhůtě provedl odpůrce dle § 51 ZEK další analýzu daného trhu. Relevantní trh č. 6 je v souladu se zněním Doporučení o relevantních trzích z roku 20007 (*Doporučení Komise o relevantních trzích produktů a služeb v odvětví elektronických komunikací, které připadají v úvahu pro regulaci ex ante podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací)* a Opatření obecné povahy č. OOP/1/02.2008-8 *(Opatření obecné povahy, kterým se stanoví relevantní trhy v oboru elektronických komunikací, včetně kritérií pro hodnocení významné tržní síly)* trhem velkoobchodních koncových segmentů pronajatých vedení bez ohledu na technologii použitou k zajištění pronajaté nebo vyhrazené kapacity. Odpůrce v lednu 2010 konzultoval návrh analýzy relevantního trhu č. 6 v souladu s ust. § 131 ZEK u Komise; na základě připomínek Komise odpůrce analýzu relevantního trhu č. 6 vzal zpět za účelem jejího dopracování. V tomto prvotním návrhu, který byl předmětem připomínek komise, odpůrce nezahrnul služby poskytované na technologii ETH do věcného vymezení trhu č. 6. Během února až dubna 2010 byl navrhovatel v souvislosti s relevantním trhem č. 6 odpůrcem opakovaně vyzván k poskytnutí informací, které se týkaly služeb poskytovaných na bázi technologie ETH; z postupu odpůrce bylo možno dovodit jeho záměr začlenit služby poskytované na bázi ETH do věcného vymezení relevantního trhu č. 6, a to včetně služby Carrier Ethernet Network (dále „CEN“). Odpůrce zveřejnil na diskusním místě v souladu s ust. § 130 ZEK k veřejné konzultaci návrh opatření obecné povahy, tzn. „Analýzy trhu“. Na rozdíl od první analýzy provedené v roce 2006 (analýza trhu č. 13) a na rozdíl od prvního návrhu „Analýzy trhu“ (tj. analýzy trhu č. 6 z ledna 2010), který byl předmětem připomínek Komise, odpůrce rozšířil věcné vymezení trhu č. 6 o služby poskytované technologií ETH.

Navrhovatel konstatuje, že uplatnil dne 10. 9. 2010 ve lhůtě stanovené odpůrcem připomínky ke zveřejněnému návrhu, odpůrce zveřejnil vypořádání připomínek na diskusním místě, přitom až na jednu, bez řádného zdůvodnění připomínky navrhovatele neakceptoval.

Odpůrce zahrnul do relevantního trhu, rozděleného podle rychlosti poskytované služby na Segment A (úseky pronajatých okruhů s rychlostí nepřevyšující 2 Mbit/s) a Segment B (úseky pronajatých okruhů s rychlostí vyšší než 2 Mbit/s) tyto služby: a) služby pronájmu přenosové kapacity prostřednictvím klasických analogových a digitálních (TDM) okruhů - s rozhraním X.21,G.703,V.35 apod, b) služby pronájmu přenosové kapacity prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH. Oba okruhy se liší poskytovaným rozhraním v koncových bodech a způsobem přidělování přenosové kapacity. U služeb poskytovaných prostřednictvím klasických okruhů je přenosová kapacita přidělena trvale bez ohledu na to, jestli jsou koncovým uživatelem přenášena data nebo nikoliv; v případě služby ETH je přenosová kapacita koncovému uživateli přidělena pouze po dobu, kdy dochází k přenosu jeho dat. V případě Segmentu A relevantního trhu odpůrce konstatoval, že není efektivně konkurenčním trhem, neboť na něm působí podnik s významnou tržní silou a nápravná opatření vnitrostátního práva nebo práva Evropských společenství v oblasti hospodářské soutěže nepostačují k řešení daného problému. Segment B shledal odpůrce efektivně konkurenčním trhem. Na základě analýzy relevantního trhu odpůrce navrhl stanovit podnikem s významnou tržní silou v Segmentu A tohoto trhu společnost Telefónica Czech republic, a.s. (tj. navrhovatele).

Na základě vydaného opatření obecné povahy vydal odpůrce následně rozhodnutí (viz výše), která napadl navrhovatel žalobou u Městského soudu v Praze.

Navrhovatel tvrdí, že v důsledku širšího vymezení relevantního trhu, do něhož byly zahrnuty služby pronájmu přenosové kapacity prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH, podléhá navrhovatel ve vztahu k těmto službám další regulaci stanovené odpůrcem. Dle názoru navrhovatele odpůrce vymezil relevantní trh věcně nesprávně, když jej rozšířil o službu CEN, tj. typ služby pronájmu přenosové kapacity prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH. Toto vymezení relevantního trhu č. 6 bylo dle navrhovatele provedeno v rozporu s ZEK a dalšími relevantními předpisy České republiky i Evropské unie.

Navrhovatel spatřuje důvody nezákonnosti vydaného opatření obecné povahy v následujících skutečnostech:

a) odpůrce zahrnul službu CEN do věcného vymezení trhu č. 6 bez uvedení dostatečných důvodů,
b) nesrozumitelnost důvodů odpůrce při provádění funkční a cenové zastupitelnosti služby
c) obsah opatření obecné povahy není v souladu s kritérii proporcionality, tj. přiměřenosti právní regulace

Navrhovatel v souvislosti se zahrnutím služby CEN do věcného vymezení trhu namítá, že služby poskytované na technologii ETH nebyly v předešlé analýze do relevantního trhu zahrnuty. Vzhledem k tomu, že došlo k rozšíření věcného vymezení relevantního trhu o další typ služby poskytované navrhovatelem a takové rozšíření má dopad na navrhovatele z hlediska jeho veřejnoprávních povinností, musí být každé takové uložení povinnosti náležitě odůvodněno; odpůrce však nikterak neodůvodnil, že služba CEN a klasické pronajaté okruhy patří na stejný relevantní trh (viz str. 17 „Analýzy

trhu“). ZEK přitom v § 52 ukládá odpůrci, aby vždy při vymezování relevantního trhu postupoval s přihlédnutím k rozhodnutím, doporučením a pokynům Komise. Odpůrce měl tedy posoudit vzájemnou zastupitelnost zahrnutých služeb jak z pohledu nabídky a poptávky, tak z hlediska cenového, tak, jak to doporučuje Komise ve svých Pokynech, Doporučeních a dalších dokumentech vydaných k provádění analýz relevantních trhů (viz seznam na str. 3 a 4 „Analýzy trhu“).Odpůrce sice popsal metodiku pro věcné vymezení trhu v bodě 2.1.1. „Analýzy trhu“, nicméně se této metodiky nedržel. V souladu s metodikou musí zahrnutí nových produktů a služeb do věcného vymezení trhu předcházet určení tzv. „referenčního produktu“, s nímž jsou posuzované produkty z pohledu funkční a cenové zastupitelnosti na straně nabídky a poptávky srovnávány. Vymezení tohoto referenčního produktu nebylo provedeno. Odpůrce označil bez podrobnějšího zdůvodnění služby ETH a služby pronajatých okruhů jako součást věcného vymezení relevantního trhu s odkazem na pokračující trend preference služeb ETH; jednalo se přitom o významný a nedůvodný odklon od věcného vymezení, které odpůrce provedl v rámci první analýzy trhu v roce 2006 (tehdy trh č. 13) a při zpracování prvního návrhu analýzy v lednu 2010, kdy služby ETH do věcného vymezení vůbec nezahrnul.

Navrhovatel uvádí, že není zřejmé, zda odpůrce provedl řádně test substituce, tj. funkční a cenové zastupitelnosti služby, tak jak je uvedeno v Pokynech Komise, které jsou při provádění analýzy trhu pro odpůrce závazné. Podle Pokynů byl odpůrce povinen provést: 1) test migrace zákazníků mezi službami ETH a klasickými pronajatými okruhy, 2)srovnání funkčních vlastností porovnávaných služeb, 3) test cenové zastupitelnosti mezi ETH a klasickými pronajatými okruhy. Odpůrce sice uvádí, že prováděl test substituce, nicméně vlastní výsledky analýzy testu substituce jsou nepřezkoumatelné, není z nich patrno, na základě jakých výsledků odpůrce dospěl k závěru, že služba CEN splňuje kritéria testu substituce, tj. kritéria, na základě nichž by bylo možné rozšířit věcné vymezení trhu o tento typ služby. Odpůrce naopak dochází v „Analýze trhu“ k závěrům, které svědčí o nezastupitelnosti služby, tj. tedy že test substituce nebyl splněn (viz např. str. 24 „Analýzy trhu“, kde je uvedeno, že služba CEN jako celek nemůže v některých případech nabídnout zcela srovnatelné parametry jako služba pronájmu klasických okruhů - tj. služba CN/CL, nebo na str. 18, kde se uvádí že služby ETH jsou stále více žádanější, a to především vzhledem k jejich ceně,... přičemž na str. 21 odpůrce dospěl k závěru, že ceny za službu klasických okruhů jsou výrazně vyšší než ceny za služby ETH).

Navrhovatel dále odkazuje na obsah revizního znaleckého posudku č. 52/05/2011 ze dne 31. 5. 2011 zpracovaného Vysokou školou ekonomickou v Praze, Národohospodářskou fakultou, znaleckým ústavem v oboru ekonomika a služby, zapsaným a trvale zaevidovaným do Seznamu ústavů kvalifikovaných pro znaleckou činnost v oborech Ekonomika, rozhodnutím Ministerstva spravedlnosti ze dne 5. 6. 2006, č. j. 17/2006-ODS-ZN/6. Předmětem posudku je posouzení metodické správnosti vymezení relevantního trhu č. 6, které provedl odpůrce v části C „Analýzy trhu“. Dle posudku „*ČTÚ ve své analýze relevantního trhu č. 6 nevymezil logicky a ekonomicky konzistentně tento trh, neboť neprokázal, že rozdíl v rychlosti je z hlediska substituovatelnosti významnějším faktorem, než rozdíl v poskytované kvalitě. Vymezení trhu je tak vnitřně rozporné. ČTÚ nepředložil přesvědčivou analýzu pro svůj implicitní předpoklad o relativní důležitosti rychlosti a kvality pro rozhodování spotřebitelů na trhu s pronajatými okruhy; tím, že tato analýza chybí, je analýza relevantního trhu č. 6 také nepřezkoumatelná.*“ Dále se

v posudku, co se týče posouzení toho, zda veškeré služby pronájmu přenosové kapacity prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH (zejm. pak služba CEN), které ČTÚ do relevantního trhu zahrnul, lze považovat za substituty ke službám pronájmu přenosové kapacity prostřednictvím klasických analogových a digitálních okruhů, uvádí*: „Pokud budeme považovat rozdíly dané rychlostí a kvalitou mezi jednotlivými službami typu TDM a ETH za podstatné, pak služba CEN není zařaditelná do relevantního trhu č.6. V širokém pojetí je pak součástí tohoto trhu, ovšem spolu s všemi ostatními službami pronájmu okruhů na bázi Ethernetu bez ohledu na poskytované rychlosti připojení.*"

Navrhovatel konečně namítá nedodržení hlediska proporcionality a otázku přiměřenosti právní regulace. Navrhovatel nenapadá zjištění odpůrce, že trh není efektivně konkurenční, avšak nesouhlasí se zahrnutím některých služeb poskytovaných na bázi ETH do věcného vymezení relevantního trhu, zejm. služby CEN, u níž není splněna podmínka vzájemné cenové a funkční substituce. Důsledkem chybného vymezení relevantního trhu je navrhovatel zatížen povinnostmi na službách, které by jinak mohl poskytovat ryze komerčně, bez zásahu regulace – viz výše uvedená rozhodnutí odpůrce ze dne 14. 4. 2011, resp. 26. 4. 2011. Navrhovatel odkazuje na čl. 2.6. Důvodové zprávy z roku 2007 k Doporučení Komise o relevantních trzích produktů a služeb v odvětví elektronických komunikací, které připadají v úvahu pro regulaci ex ante podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací, v níž se uvádí: *„..především platí, jak se uvádí v Pokynech (viz Pokyny Komise k analýze trhu a hodnocení významné tržní síly podle předpisového rámce Společenství pro sítě a služby elektronických komunikací, 2002/C 165/03), že má-li se dojít k závěru, že navrhovaný nápravný prostředek je v souladu se zásadou proporcionality, musí příslušné opatření sledovat legitimní cíl, přičemž nástroje použité k dosažení stanoveného cíle musí být jednak nutné a jednak nejméně zatěžující – znamená to, že je třeba realizovat jen minimum nutné k dosažení cíle.*"

Navrhovatel tvrdí, že předmětná „Analýza trhu" představuje zásah do jeho majetkových práv, omezuje svobodu podnikání a povede k finančním ztrátám. Odpůrce nevzal v potaz zásadu proporcionality, jak mu ukládá ust. § 5 odst. 4 ZEK, nedodržel při vydání „Analýzy trhu" zákonem stanovený postup, nedostatečně zdůvodnil zamítnutí připomínek navrhovatele, zneužil svěřenou pravomoc a působnost. Z hlediska přiměřenosti potom došlo k porušení kritéria minimalizace zásahů a následek „Analýzy trhu" není úměrný sledovanému cíli.

S ohledem na výše uvedené navrhovatel požaduje, aby Nejvyšší správní soud opatření obecné povahy- Analýza trhu č. A/6/12.2010-16, trh č. 6 – velkoobchodní koncové segmenty pronajatých okruhů bez ohledu na technologii použitou k zajištění pronajaté nebo vyhrazené kapacity, vydané odpůrcem dne 7. 12. 2010 pod č. j. 147 498/2010-609 zrušil.

II. Vyjádření odpůrce

Odpůrce v obsáhlém písemném vyjádření vymezil předně právní regulační rámec problematiky elektronických komunikací, uvedl relevantní směrnice Evropského parlamentu, k jejichž transpozici přijetím ZEK došlo, odkázal rovněž na další dokumenty Evropské unie a Evropské komise, které jsou pro Českou republiku určující. Konstatoval, že podle ust. § 52 odst. 1 ZEK je povinen stanovit opatřením obecné povahy relevantní trhy v oboru elektronických komunikací, včetně kritérií pro vymezení relevantního trhu a kritérií pro hodnocení významné tržní síly, s přihlédnutím k rozhodnutím, doporučením a pokynům Evropské komise. Toto opatření vydal odpůrce pod č. OOP/1/07.2005-2, které bylo následně nahrazeno opatřením č. OOP/1/02.2008-2 ze dne 20. 2. 2008, kterým se stanoví relevantní trhy v oboru elektronických komunikací. Toto opatření obecné povahy implementuje uvedená Doporučení Komise tak, aby všechny jeho požadavky mohly být v praxi naplňovány; Doporučení Komise jako jeden ze základních dokumentů regulačního rámce Evropské unie je pro odpůrce při jeho regulační činnosti určující, a proto z něj musí vycházet i při definování relevantních trhů. V souladu s Pokyny Komise vypracoval odpůrce metodiku k provádění analýzy relevantních trhů, tato metodika je platná pro všechny prováděné analýzy a je vždy uváděna jako součást odůvodnění příslušného opatření obecné povahy, kterým je analýza relevantního trhu vydávána (část B odůvodnění opatření obecné povahy).

Odpůrce uvedl, že provedl již dvě kola analýz relevantních trhů, přitom podle ust. § 51 odst. 1 ZEK je dána jeho působnost pro provádění analýz relevantních trhů v intervalu 1 až 3 let, bylo tedy provedeno i další kolo analýzy trhu - relevantní trh č. 6 (tj. opatření obecné povahy, o něž se v nyní vedeném řízení jedná „Analýza trhu“– pozn. soudu). Podle § 51 odst. 3 ZEK je odpůrce povinen podle výsledků analýzy příslušného relevantního trhu stanovit následným rozhodnutím (individuálním správním aktem) podnik s významnou tržní silou a uložit mu jednu nebo zároveň několik z povinností uvedených v § 51 odst. 3 ZEK. Tato vydaná rozhodnutí napadl navrhovatel samostatnými žalobami u Městského soudu v Praze.

Odpůrce konstatuje, že předmětné opatření obecné povahy vydal v rámci své pravomoci, neboť je k vydání opatření obecné povahy - analýzy relevantního trhu - zákonem zmocněn přitom v rámci tohoto zmocnění nepřekročil meze zákonem stanovené působnosti.

Z hlediska požadavku dodržení procesního zákonem stanoveného postupu při vydání opatření obecné povahy odpůrce upozorňuje na to, že ZEK obsahuje některá ustanovení, která v souladu s evropským právem vytváří určité odchylky od obecného postupu při vydávání opatření obecné povahy dle § 171 a násl. správního řádu; mimo jiné odpůrce vede veřejné konzultace podle § 130 ZEK (tzv. vnitrostátní veřejné konzultace s dotčenými subjekty), přitom pravidla pro vedení této konzultace je odpůrce povinen stanovit podle § 130 odst. 5 a 8 ZEK. Návazně provádí odpůrce konzultace s Evropskou komisí; ZEK stanoví rovněž zvláštní lhůty, jejich maximální rozsah, způsob zveřejňování, apod. Odpůrce popsal podrobně veškeré jednotlivé úkony, které ve věci vydání opatření obecné povahy učinil, a které dle jeho přesvědčení dokumentují správnost a řádnost jeho postupu.

Odpůrce stran naplnění požadavku perfektnosti procesního postupu konstatuje, že v rámci procesu při vydávání opatření obecné povahy byl povinen postupovat a také

postupoval podle ZEK, když na základě výsledků řádné veřejné konzultace s dotčenými subjekty uskutečněné dle § 130 ZEK, konzultace s Evropskou komisí a rozhodnutí Rady telekomunikačního úřadu podle § 107 odst. 8 písm. b) bod 2 vydal k provedení § 51 ZEK napadené opatření obecné povahy. Vydané opatření má rovněž po formální stránce všechny náležitosti předpokládané zákonem.

Co se týče tvrzeného rozporu opatření obecné povahy se zákonem (rozpor s hmotným právem), odpůrce zásadně nesouhlasí s důvody tvrzené nezákonnosti, tak jak uvádí navrhovatel. Odpůrce se domnívá, že jak důvody nezákonnosti navrhovatelem uvedené, tak tvrzený zásah do jeho práv, včetně nepřípustného omezení svobody jeho podnikání s následnými finančními ztrátami, je třeba zkoumat až v rámci posuzování proporcionality.

Odpůrce je přesvědčen, že postupoval v souladu s hmotným právem; podle § 51 odst. 1 ZEK odpůrce v intervalu 1 až 3 let provádí analýzu relevantních trhů stanovených opatřením obecné povahy podle § 52 ZEK (zde opatření obecné povahy č. OOP/1/02.2008-2 vydané ČTÚ dne 20. 2. 2008, kterým se stanoví relevantní trhy v oboru elektronických komunikací, včetně kritérií pro hodnocení významné tržní síly) za účelem zjištění, zda tyto trhy jsou efektivně konkurenční. Podle čl. 2 odst. 2 cit. opatření obecné povahy se relevantním trhem rozumí mimo jiné i trh č. 6 – velkoobchodní koncové segmenty pronajatých okruhů bez ohledu na technologii použitou k zajištění pronajaté nebo vyhrazené kapacity. V souladu s tímto určením pak odpůrce podle čl. 4 cit.opatření provedl v rámci analýzy relevantního trhu č. 6 definování relevantního trhu prostřednictvím věcného, územního a časového vymezení (bod 2 části C odůvodnění napadeného opatření). Na základě pracovních jednání se subjekty podnikajícími na daném trhu, komunikace se zástupci Evropské komise, jakož i veřejné konzultace (dvě kola) a konzultace s Evropskou komisí byl v rámci analýzy vydané jako napadené opatření („Analýza trhu“ – pozn. soudu) vymezen trh č. 6 jako trh „velkoobchodní koncové segmenty pronajatých okruhů bez ohledu na technologii použitou k zajištění pronajaté nebo vyhrazené kapacity.“ Pronajatým okruhem se zde rozumí služba pronájmu přenosové kapacity, která je dedikovaná a vymezena mezi dvěma koncovými body okruhu a je určena pro výhradní užívání odběratelem. Pronajatý okruh je určen přenosovou kapacitou (v kbit/s, Mbit/s), koncový mi body, které spojuje a typem rozhraní v koncových bodech bez ohledu na použité přenosové prostředky pro přenos signálu. Koncovým úsekem pronajatého okruhu se rozumí takový úsek pronajatého okruhu, jehož jeden koncový bod je umístěn u koncového uživatele a druhý je v prvním uzlu sítě, ve kterém se soustřeďují přenášené signály od jednotlivých koncových uživatelů. Do relevantního trhu jsou zahrnuty:

a) služby pronájmu přenosové kapacity prostřednictvím klasických analogových a digitálních (TDM) okruhů (s rozhraním X.21, G.703, V.35 apod.), tj. klasické okruhy
b) služby pronájmu přenosové kapacity, prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETHERNET (ETH)

Odpůrce v této souvislosti upozorňuje na fakt, že s ohledem na definici trhu č. 6 se vždy jedná pouze o koncové úseky okruhů, jejichž prostřednictvím jsou služby pronájmu přenosové kapacity poskytovány.

Odpůrce uvádí, že údaje, se kterými analýza pracuje a které jsou součástí odůvodnění napadeného opatření byly odpůrcem získány zejména od dotčených podnikatelů působících na relevantním trhu na základě plnění informační povinnosti podle § 115 ZEK; při vyhotovování dat pak odpůrce postupoval v souladu s Doporučením Komise a Pokyny Komise, Metodikou a Vysvětlujícím memorandem týkajícím se Doporučení Komise o příslušných trzích produktů a služeb v odvětvích elektronických komunikací náchylných k regulaci ex ante v souladu se směrnicí Evropského parlamentu Rady 2002/21/ES o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací C(2007)5406. Odpůrce rovněž přitom respektoval jemu známé názory Evropské komise v dané oblasti a v neposlední řadě konfrontoval správnost svého postupu s analýzami jiných odvětvových regulátorů notifikovaných Evropské komisi (např. Belgie, Rakousko, Dánsko, Estonsko, Německo, Francie, Itálie, Malta, Portugalsko, Španělsko či Slovinsko – členské státy EU, kde byla služba pronájmu přenosové kapacity prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH zahrnuta do věcného vymezení trhu č. 6).

Odpůrce podotýká, že věcné vymezení předmětného relevantního trhu č. 6 bylo provedeno již podle jeho samotného názvu „bez ohledu na použitou technologii“. Odpůrce tedy v rámci věcného vymezení trhu zahrnul jak klasické okruhy, tak ETH. V bodě 2.1. písm. a) až d) odůvodnění napadeného opatření je řádně a srozumitelně zdůvodněno, proč byla na daný trh zahrnuta i služba ETH, jakož i to, z jakých podkladů bylo čerpáno a jaké úvahy k takovému závěru odpůrce vedly. Odpůrce uvádí, že při stanovení základních služeb na daném trhu vycházel z principu technologické neutrality, zohlednil vývoj na trhu od minulé analýzy relevantního trhu a respektoval zásadu regulace ex ante, tj. přihlédnutí k očekávanému budoucímu vývoji (forward looking approach). Ze všech uvedených důvodů byly základními službami ba předmětném trhu č. 6 proto stanoveny klasické pronajaté okruhy a služby ETH. Odpůrce podotýká, že takto byl trh vymezen již v prvním návrhu „Analýzy trhu“; ve druhém (upraveném) návrhu bylo toto vymezení trhu pouze formulačně rozvedeno, samotné věcné vymezení však změněno nebylo. Nadto i kdyby tomu tak bylo, jak tvrdí navrhovatel, na posouzení řádnosti postupu odpůrce by to nic nezměnilo, neboť i tento druhý (upravený) návrh prošel řádně cestou projednání veřejnými konzultacemi vnitrostátní i s Evropskou komisí.

Co se týká samotného věcného vymezení, dle odpůrce zde byly zahrnuty služby, které jsou z hlediska charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné. Odpůrce řádně vysvětlil (bod 2.1.) proč považuje služby ETH za součást daného trhu, popsal zaměnitelnost obou služeb z pohledu zastupitelnosti jejich vlastností (základních charakteristik, zamýšleného použití, cen, technických parametrů), struktury nabídky a poptávky a jejího vývoje v čase. Odpůrce je toho názoru, že zahrnutím služby ETH do tzv. referenčního produktu jednoznačně deklaroval svůj pohled na vymezení relevantního trhu; vůči této službě zkoumal existenci substitutů, přičemž žádný takový substitut nenalezl (viz str. 22 odůvodnění napadeného opatření). Odpůrce nepopírá, že oba způsoby realizace služby , tj. klasické okruhy a služby ETH se liší poskytovaným rozhraním v koncových bodech a způsobem přidělování přenosové kapacity (u klasických okruhů je přenosová kapacita přidělena trvale bez ohledu na to, jestli jsou koncovým uživatelem přenášena data či nikoli; v případě služby ETH je

přenosová kapacita koncovému uživateli přidělena pouze na dobu, kdy dochází k přenosu jeho dat); tento rozdíl však není pro zahrnutí či nezahrnutí služby ETH do daného trhu určující. Při věcném vymezení trhu odpůrce zkoumal rovněž vztah mezi poptávkou po službách klasických okruhů a služeb ETH z cenového hlediska, vycházel přitom ze skutečných průměrných cen (výnosy dělené počtem přípojek podle jednotlivých rychlostí) a dospěl k závěru že cen za službu klasických okruhů jsou výrazně vyšší než ceny za služby ETH; posoudil i náklady na přechod (jednorázové náklady na pořízení služby ETH) ze služby klasických okruhů na služby ETH, přitom zjistil, že tyto náklady jsou zanedbatelné vzhledem k roční úspoře při využívání služby ETH místo služby klasických okruhů. To dle odpůrce potvrzuje trend preference služeb ETH a očekávaný trend rostoucí převahy služeb ETH. Odpůrce podotýká, že z údajů uvedených na str. 21 odůvodnění napadeného opatření jednoznačně vyplývá, že vzhledem k tomu, že pro většinu zákazníků jsou z hlediska funkčnosti obě služby zaměnitelné, výrazně nižší cenová hladina u služeb ETH znamená velmi silnou motivaci k přechodu na služby ETH. Uvedený vývoj znamená, že se relevantní trh stává velmi dynamický; z pohledu cen je zaměnitelnost služeb jednosměrná (směrem ke službám ETH), což je logický důsledek dynamicky se rozvíjejících trhů služeb využívajících výhodnější technologie a je v souladu s budoucím očekávaným vývojem. Podle obecných pravidel posuzování relevantního trhu se při provádění výhledové nebo perspektivní analýzy trhu zvláště vyžaduje aplikace dynamického přístupu místo statického. Odpůrce na základě výše uvedených skutečností a v souladu s Metodikou proto obě uvedené služby shledal jako součást věcného vymezení relevantního trhu, neboť je nezbytně nutné, aby byly obě služby posuzovány a porovnávány v rámci jednoho trhu. Ze zkoumání odpůrce rovněž vyplynulo, že neexistují omezení ze strany technických, provozních nebo cenových podmínek, které by nepotvrzovaly zaměnitelnost a nahraditelnost služeb klasických okruhů a služeb ETH. Svůj postup zkoumání odpůrce podrobně vysvětlil na str. 17 až 23 odůvodnění napadeného opatření, uvedl výčet komerčních nabídek, které jsou poskytovány prostřednictvím některého ze dvou základních řešení služby pronájmu přenosové kapacity; zde odpůrce uvedl u jednotlivých velkoobchodních služeb společnosti Telefónica Czech Republic, a.s., STAR 21, Networks, a.s., GTS Czech s.r.o., Miracle network, spol s.r.o. popis nabízené služby, nabízené rychlosti a využití. Služby jednotlivých poskytovatelů na relevantním trhu uvedl odpůrce v této části věcného vymezení trhu č. 6 proto, aby nevznikly pochyby o tom, které komerční služby z produktového portfolia nabízených velkoobchodních služeb (zejm. služby navrhovatele), resp. jejich příslušné části budou následně v rámci Analýzy trhu zahrnuty do zkoumání z hlediska tržních podílů.

Co se týče služby CEN je nutno odmítnout tvrzení navrhovatele, že tato jím poskytovaná služba je zahrnuta na trh č. 6. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí (str. 17 a násl), odpůrce nezahrnul službu CEN jako celek do věcného vymezení trhu. Odpůrce vymezil základní produkt relevantního trhu jako službu pronájmu koncových segmentů realizovanou prostřednictvím klasických analogových a digitálních přenosů a prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH. Takto vymezený základní produkt je obsažen v komerční nabídce služby CEN navrhovatele (je dílčí součást této nabídky), a proto její počty byly vzaty v úvahu při stanovení tržních podílů v rámci analýzy; bližší popis je uveden ve stanovisku navrhovatele ze dne 28. 4. 2010, který je součástí správního spisu. Skutečnost uváděná navrhovatelem, že služba CEN jako celek nemůže nabídnout v některých případech zcela srovnatelné parametry

jako služba pronájmu klasických okruhů je dána především nastavením této služby jako celku v páteřním úseku sítě způsobujícím omezení některých technických parametrů, tedy v té části, která není zahrnuta do zkoumaného relevantního trhu. Nicméně odpůrce zcela jednoznačně zaznamenal skutečnost, že služba CEN je u odběratelů konfrontována se službami ETH ostatních operátorů s tím, že se jedná o srovnatelné služby, které umožňují zájemcům nabídnout jejich prostřednictvím vlastní maloobchodní služby a uspokojit následnou maloobchodní poptávku po různých službách.

Odpůrce považuje za vhodné v této souvislosti upozornit na to, že služba CEN nebyla do trhu č. 6 zařazena sama o sobě, ale jako služba, u které odpůrce identifikoval naplnění znaku služeb náležejících do tohoto relevantního trhu, konkrétně služby pronájmu přenosové kapacity prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH v koncovém úseku. Odpůrce pouze vymezil základní produkt relevantního trhu č. 6 („referenční produkt“) jako službu pronájmu koncových segmentů realizovanou prostřednictvím klasických analogových a digitálních přenosů a prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH; takto vymezená služba, která je předmětem analyzovaného relevantního trhu, je pak pouze dílčí součástí služby CEN navrhovatele. Tzv. „referenčním produktem“ pro zkoumání substitutů je v případě analýzy relevantního trhu č. 6 základní produkt, který byl ve věcném vymezení určen jako služba pronájmu realizovaná prostřednictvím analogových a digitálních přenosů a prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH. Vůči tomuto referenčnímu produktu jsou zkoumány substituty. Celé vymezení trhu odpůrce dle svého přesvědčení dostatečně zdůvodnil v bodě 2 části C odůvodnění napadeného opatření; službu CEN v její části patřící do věcného vymezení trhu zahrnul do analýzy tržních podílů, a to zcela oprávněně.

Odpůrce zdůrazňuje, že Evropská komise akceptovala notifikovaný návrh analýzy relevantního trhu č. 6 ve znění, které bylo následně vydáno jak „opatření „Analýza trhu“. V této souvislosti odpůrce upozorňuje na skutečnosti, že Komise je nadána právem „veta“ vůči přijetí opatření, které nesplňuje požadavky evropského práva; tím, že je nevyužila v případě věcného vymezení relevantního trhu č. 6, vyjádřila svůj souhlas s tím, že předmětný trh je vymezen v souladu s platnými právním i předpisy Evropské unie týkajícími se postupu při vymezování trhů a zpracování analýzy.

Na základě uvedeného má odpůrce za to, že při vydání napadeného opatření obecné povahy k analýze relevantního trhu č. 6 nedošlo k rozporu tohoto opatření se zákonem (nenastal rozpor s hmotným právem); odpůrce naopak věnoval velkou pozornost zdůvodnění jednotlivých kroků svého postupu a jejich podložení potřebnými údaji zcela v intencích zákonné úpravy.

K otázce proporcionality, resp. přiměřenosti právní regulace, odpůrce považuje předně za nutné uvést, že nemohl postupovat jinak, než učinil, když v rámci věcného vymezení relevantního trhu č. 6 konstatoval stav na trhu, zabýval se vývojem služeb a otázkou zaměnitelnosti na straně poptávky, vývojem služeb z pohledu poskytovatelů a zaměnitelností na straně nabídky, jakož i zaměnitelností z cenového hlediska a při respektování výhledového principu hodnocení a trhu ze všech zjištěných skutečností učinil závěr, který vtělil do výsledku analýzy a řádně zdůvodnil. Smyslem příslušné právní úpravy je zajištění dohledu nad trhem elektronických komunikací a podpora rozvoje

efektivní konkurence. Odpůrce jakožto regulační úřad je povinen provádět analýzy relevantních trhů a nařizovat nápravná opatření, je přitom povinen vycházet ze stavu příslušného trhu v daném okamžiku, avšak musí také zohlednit dosavadní vývoj na příslušném trhu a vzhledem ke smyslu regulace ex ante, kterou uplatňuje, musí rovněž zohlednit budoucí vývoj na tomto trhu.

Pokud se navrhovatel dovolává nyní závěrů revizního posudku ze dne 31. 5. 2011, který navrhuje jako důkaz, podotýká odpůrce, že tento dokument mu nebyl s návrhem na zrušení opatření předán, proto se k němu nemůže vyjádřit, nicméně v rozsahu „závěrů", které z něj navrhovatel v návrhu na zrušení „Analýzy trhu" činí, má odpůrce za to, že vychází z nesprávných předpokladů. Odpůrce však má zásadně za to, že případné námitky, které nyní navrhovatel z obsahu posudku dovozuje a vznáší, měly jím být uplatněny v době, kdy byla analýza prováděna a napadené opatření konzultováno podle § 130 ZEK, nikoli až následně po jeho vydání a vydání navazujících správních aktů.

S ohledem na výše uvedené odpůrce navrhuje, aby Nejvyšší správní soud návrh na zrušení opatření obecné povahy č. A/6/12.2010-16, trh. č. 6 – velkoobchodní koncové segmenty pronajatých okruhů bez ohledu na technologii použitou k zajištění pronajaté nebo vyhrazené kapacity, ze dne 7. 12. 2010 pod č. j. 147 498/2010-609 jako nedůvodný zamítl.

Navrhovatel i odpůrce vyslovili souhlas s rozhodnutím věci bez nařízení jednání.

III. Podmínky řízení

Mezi účastníky není sporu o tom, že bylo skutečně schváleno opatření obecné povahy. V tomto směru je možné odkázat na § 51 odst. 1 ZEK, v němž se výslovně stanoví: „ Analýzu trhu Úřad vydává jako opatření obecné povahy." Opatření obecné povahy je v intencích setrvalé judikatury vnímáno jako určitý akt s konkrétně vymezeným předmětem a obecně určenými adresáty. V daném případě je konkrétnost předmětu dána tím, že opatřením se vydává analýza konkrétního relevantního trhu elektronických komunikací (trh. č. 6). Obecnost subjektů, na které předmětné opatření dopadá, je dána skutečností, že se týká všech podnikatelských subjektů na tomto trhu působících, jakož i těch, kteří na něj popř. hodlají vstoupit. Je naplněn materiální i formální charakter aktu.

Nejvyšší správní soud dále ověřoval, zda je navrhovatel v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy aktivně legitimován. Tato podmínka je splněna, pokud navrhovatel tvrdí, že opatřením obecné povahy jsou dotčena jemu náležející subjektivní práva. Nestačí tedy námitka nezákonnosti opatření obecné povahy či procedury vedoucí k jeho vydání, která by nebyla spojena s konkrétním dotčením právní sféry navrhovatele (shodně viz např. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009 - 120, publikované pod č. 1910/2009 Sb. NSS). Rovněž tato podmínka je v případě navrhovatele naplněna, neboť předmětná „Analýza trhu" obsahuje návrh konkrétního opatření, které mělo být (a bylo) vůči navrhovateli přijato.

IV. Posouzení důvodnosti návrhu

Nejvyšší správní soud na základě výše uvedeného konstatoval splnění podmínek řízení a mohl přistoupit k meritornímu posouzení návrhu.

Pro soudní přezkum souladu opatření obecné povahy se zákonem vymezil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 27. 9. 2005, č. j. 1 Ao 1/2005 - 98, publikovaném pod č. 740/2006 Sb. NSS, tzv. algoritmus (test) soudního přezkumu. Jednotlivé na sebe navazující kroky takového algoritmu vyplývají zejména z § 101d odst. 1 a 2 s. ř. s. a Nejvyšší správní soud jej ustáleně užívá v rámci dalších rozhodnutí týkajících se přezkoumání opatření obecné povahy.

Především není pochyb o pravomoci odpůrce vydat předmětné opatření obecné povahy.

Regulace trhu elektronických komunikací je zásadně postavena na principu dosažení hospodářské soutěže a na principu co nejmenších zásahů státu. Vzhledem k tomu, že situaci na tomto trhu z hlediska rozvinutosti hospodářské soutěže nelze hodnotit jako plně uspokojivou, nelze pouze spoléhat na regulaci podle předpisů o ochraně hospodářské soutěže (regulace charakteru ex-post), ale, v souladu s právem Evropské unie, je třeba ukládat povinnosti ex ante tak, aby byl zajištěn rozvoj konkurenčního trhu. Takové povinnosti se ukládají subjektům, které mají sílu ovlivnit chování daného trhu, tedy subjektům s významnou tržní silou. Hlavním smyslem ukládání povinností ex-ante podnikatelům s významnou tržní silou je zajistit, aby tito podnikatelé nemohli použít svou tržní sílu k omezení nebo narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu anebo přenést tuto sílu na související trh. Regulace charakteru ex-ante je vykonávána zásadně na základě výsledků tržních analýz, prováděných regulátorem v pravidelných intervalech, avšak zejména podle potřeby vyvolané situací na trhu. Tržní analýzy poskytují základní věcnou a rovněž argumentační a důvodovou oporu pro takovou regulaci.

Přijetím zákona č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích (ZEK) bylo do českého právního řádu transponováno právo Evropské unie; v případě elektronických komunikací, konkr. v oblasti provádění analýz relevantních trhů se jedná o právní regulační rámec vymezený zejména směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2002/19/ ES o přístupu k sítím elektronických komunikací a přiřazeným zařízením a o jejich vzájemném propojení, směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ ES o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací a směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2002/22/ ES o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací. Odkázat lze dále zejm. na Doporučení Komise ze dne 17. 12. 2007 o relevantních trzích produktů a služeb v odvětví elektronických komunikací, které připadají v úvahu pro regulaci ex ante podle výše cit. směrnice EP a Rady 2002/21/ ES a Pokyny Komise k analýze trhu a hodnocení významné tržní síly podle předpisového rámce Společenství pro sítě a služby elektronických komunikací (2002/C 165/03).

Odpůrce je ústředním správním úřadem pro výkon státní správy ve věcech stanovených zákonem, včetně regulace trhu a stanovování podmínek pro podnikání v

oblasti elektronických komunikací a poštovních služeb (§ 3 ZEK). Odpůrce je tedy nadán oprávněním vykonávat veřejnou moc v oblasti elektronických komunikací.

Podle § 51 cit. zákona je odpůrce povinen provádět v intervalu 1 až 3 let analýzu relevantních trhů stanovených podle § 52 cit. zákona za účelem zjištění, zda tyto trhy jsou efektivně konkurenční. Interval těchto analýz zvolí podle situace v tržních podmínkách, které nejsou neměnné. Trh dříve považovaný za efektivně konkurenční jím v určité době již být nemusí. Efektivně konkurenčním trhem přitom není trh, na němž působí jeden nebo více podniků s významnou tržní silou a kde nápravná opatření vnitrostátního práva nebo práva Společenství v oblasti hospodářské soutěže nepostačují k řešení daného problému. Informaci o zahájení provádění analýzy relevantního trhu odpůrce uveřejní. Výsledky analýzy po konzultaci podle § 130 a §131 uveřejní včetně stanoviska Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. V případě zjištění, že trh není efektivně konkurenční, jako součást výsledků analýzy se uvede návrh na stanovení podniku s významnou tržní silou a návrh povinností uvedených v § 51 odstavci 3, 4 nebo 9, které hodlá uložit za účelem nápravy. Na základě výsledku provedené analýzy relevantního trhu odpůrce poté stanoví rozhodnutím podnik s významnou tržní silou a uloží mu jednu nebo zároveň několik z následujících povinností. V daném případě se tak stalo rozhodnutími ze dne 14. 4. 2011 a ze dne 26. 4. 2011, proti kterým navrhovatel brojí samostatnou žalobou u Městského soudu v Praze.

Nejvyšší správní soud se dále zabýval otázkou, zda odpůrce při vydávání napadeného opatření obecné povahy, tedy při realizaci své pravomoci nepřekročil svou zákonem vymezenou působnost, přitom ani zde navrhovatel námitky nevznesl.

Odpůrce v rámci analýzy rozdělil trh na dva segmenty – Segment A, Segment B (viz výše), přitom konstatoval, že Segment A relevantního trhu není efektivně konkurenčním trhem, neboť na něm působí podnik s významnou tržní silou, Segment B relevantního trhu shledal efektivně konkurenčním trhem; na základě analýzy navrhl odpůrce v souladu s ust. § 51 odst. 2 ZEK stanovit podnik s významnou tržní silou v Segmentu A společnost Telefónica O2 Czech Republic, a.s, přitom uvedl rovněž i návrh povinností, které hodlá uložit za účelem nápravy.

Podle ust. § 52 ZEK je v působnosti odpůrce stanovit relevantní trhy v oboru elektronických komunikací, včetně kritérií pro vymezení relevantního trhu a kritérií pro hodnocení významné tržní síly, s přihlédnutím k rozhodnutím, doporučením a pokynům Komise. V odůvodnění opatření obecné povahy je povinen přitom uvést kromě svého zdůvodnění i stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže. Odpůrce postupoval zcela v intencích tohoto ustanovení.

Odpůrce provedl analýzu v intencích zákonem vymezených věcných oblastí, konkrétně analýzu trhu č. 6 – velkoobchodní koncové segmenty pronajatých okruhů bez ohledu na technologii použitou k zajištění pronajaté nebo vyhrazené kapacity. Věcné vymezení předmětného relevantního trhu č. 6 bylo provedeno již podle jeho samotného názvu „bez ohledu na použitou technologii“.

Nejvyšší správní soud neshledal důvodnou ani námitku stran splnění podmínky zákonnosti procesního postupu při vydávání opatření obecné povahy, konkr. navrhovatel konstatuje, že nabyly akceptovány (až na jednu) všechny jeho připomínky.

Předně je nutno konstatovat, že předmětné opatření „Analýza trhu“ bylo v souladu s ust. § 107 odst. 8 písm. b) bod 2 ZEK vydáno Radou ČTÚ, jakožto funkčně příslušným orgánem.

Při přezkoumávání procesního postupu při vydávání opatření obecné povahy, je nutno především vycházet z postavení ZEK, jakožto lex specialis k ust. § 171 an. správního řádu.

Významným naplněním principu transparentnosti rozhodování je konzultační postup Obecně zásadně každé významné regulační opatření na trhu elektronických komunikací musí být konzultováno se subjekty, jejichž práva a povinnosti budou takovým opatřením dotčeny. Stanoviska konzultovaných subjektů jsou zohledňována při rozhodování. Konzultace může mít podobu diskusního místa v elektronické podobě nebo může být, zejména v případě Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže či Rady pro rozhlasové a televizní vysílání, koncipována jako dvoustranné jednání. V určených případech (opatření ovlivní obchod mezi členskými státy) si vyhradila právo konzultace (v mezním případě právo veta) rovněž Evropská komise, a to z důvodu dohledu nad fungováním jednotného vnitřního trhu. Právo konzultace rovněž náleží regulačním úřadům dotčených členských států.

Národní právní úprava tedy obsahuje ustanovení, která v souladu s evropským právem vytváří určité odchylky od obecného postupu při vydávání opatření obecné povahy dle § 171 a násl. správního řádu (viz např. § 130, § 131 ZEK). Odpůrce je předně povinen zřídit a spravovat diskusní místo, kde způsobem umožňujícím dálkový přístup zveřejní návrh opatření, je povinen umožnit předkládání připomínek a stanovit pravidla pro vedení konzultace a uveřejnit výsledek konzultace.(viz Pravidla ČTÚ pro vedení konzultace na diskusním místě, č. j. 40566/20085-606 ze dne 30. 11. 2005). Dotýká-li se navrhované opatření ochrany hospodářské soutěže, v rámci konzultace je povinen odpůrce jednat rovněž s Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (tato povinnost byla splněna). K návrhu opatření se může kdokoliv, jehož práva, povinnosti nebo zájmy mohou být opatřením přímo dotčeny, vyjádřit nebo uplatnit písemné připomínky, a to do 1 měsíce ode dne uveřejnění návrhu; tato lhůta však nesmí být kratší než 5 pracovních dnů. Výsledky veřejné konzultace, včetně vypořádání připomínek je odpůrce povinen uveřejnit na elektronické úřední desce do 1 měsíce od uplynutí lhůty pro předkládání připomínek.

Ze správního spisu bylo zjištěno, že odpůrce postupoval zcela v intencích zákona, přitom navrhovatel nebyl na svých právech nikterak zkrácen. Odpůrce řádně uveřejnil informace o zahájení provádění analýzy relevantního trhu č. 6, konzultace byla vedena v souladu se zákonem, navrhovatel jakož i ostatní osoby měly možnost uplatnit připomínky, navrhovatel (jakož i jiné osoby) této možnosti využil, veškeré připomínky byly odpůrcem vypořádány (kompletní vypořádání připomínek v rámci veřejné diskuse je uvedeno v tabulce). Samotná skutečnost, že některým připomínkám navrhovatele (jakož i

jiných osob) nebylo vyhověno, sama o sobě neznamená nezákonnost postupu navrhovatele.

Argumentace navrhovatele se soustředila především na posouzení otázky, zda je vydané opatření obecní povahy v souladu s hmotným právem a se zásadou proporcionality, která vyplývá z ústavního pořádku. Navrhovatel především uváděl, že vymezení relevantního trhu č. 6 bylo provedeno v rozporu s ZEK a dalšími relevantními předpisy České republiky i Evropské unie. Tvrdí, že předmětné opatření je nezákonné, neboť odpůrce 1) zahrnul službu CEN do věcného vymezení trhu č. 6 bez uvedení dostatečných důvodů, 2) důvody odpůrce při provádění funkční a cenové zastupitelnosti služby jsou nesrozumitelné, 3) obsah opatření obecné povahy není v souladu s kritérii proporcionality, tj. přiměřenosti právní regulace.

Námitky uváděné navrhovatelem neshledal Nejvyšší správní soud důvodnými.

Smyslem příslušné právní úpravy je zajištění dohledu nad trhem elektronických komunikací a podpora rozvoje efektivní konkurence.

Relevantním trhem, jehož věcné vymezení navrhovatel zpochybňuje, se rozumí trh zboží či služeb, které jsou z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné. Relevantní trh má rovněž regionální aspekt, vychází se přitom z území, na kterém jsou uplatňovány určité podmínky odlišné od podmínek na území sousedním. Relevantní trhy definuje Komise a tyto definice jsou fakticky převedeny do národních podmínek. Vymezením relevantního trhu odpůrcem pro účely ukládání ex-ante povinností není přitom dotčeno (nebo předurčeno) vymezování relevantních trhů Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pro účely výkonu jeho působnosti. Posuzování hospodářské soutěže z pohledu odpůrce a Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je rozdílné; Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže přísluší posoudit, zda již nedošlo k jejímu omezení či narušení (například v podobě uzavírání nedovolených dohod či zneužívání dominantního postavení) a případně stanovit sankci.

Vzhledem k tomu, že je nezbytné, aby byly regulační povinnosti ex ante ukládány pouze v případě, kdy neexistuje účinná hospodářská soutěž, Evropská komise vymezila Doporučením C(2003) 497 trhy jednotlivých služeb elektronických komunikací, na které mají být zaměřeny regulační aktivity. Tyto trhy jsou nazvány relevantními trhy a jejich výčet je Komisí aktualizován na základě analýz trhů. Odpůrce zásadně je oprávněn ukládat povinnosti na trzích vymezených Komisí, jiné trhy může vymezit a ukládat na nich povinnosti jen po konzultaci podle § 133 a 134 ZEK a se souhlasem Komise (po zdůvodnění oprávněné potřeby takové trhy vymezit a ukládat na nich povinnosti).

Odpůrce tedy je povinen provádět analýzy relevantních trhů a nařizovat nápravná opatření, je přitom povinen vycházet ze stavu příslušného trhu v daném okamžiku, avšak musí také zohlednit dosavadní vývoj na příslušném trhu a vzhledem ke smyslu regulace ex ante, kterou uplatňuje, musí rovněž zohlednit budoucí vývoj na tomto trhu.

Na daném relevantním trhu může mít postavení s významnou tržní silou podnikatel samostatně nebo společně s jinými subjekty. V postavení s významnou tržní silou mohou

být dva nebo více podnikatelů nejen tehdy, když existují strukturální nebo jiné vazby mezi nimi, ale i tehdy, když struktura relevantního trhu vede ke koordinačním účinkům, tj. podporuje souběžné nebo spojené protikonkurenční chování na trhu. Při posuzování tržní síly je třeba postupovat rovněž v souladu s metodickými pokyny (guidelines) vydávanými Evropskou komisí (pokyny rovněž mj. odkazují na konkrétní rozsudky Soudního dvora. Definice významné tržní síly ve směrnici č. 2002/21/ES a následně v ZEK vychází z pojmu dominance, jak je definován v precedenčním právu Soudního dvora a Tribunálu.. Přestože se koncepce významné tržní síly jeví jako velmi blízká dominantnímu postavení podle předpisů o ochraně hospodářské soutěže, nejde o shodné koncepty. Postavení s významnou tržní silou se liší právě svým zaměřením na ex-ante hodnocení tržní síly (tedy aniž by toto postavení bylo zneužito ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže), kdežto posuzování dominantního postavení se provádí zejména v souvislosti s jeho případným zneužitím, tedy ex-post. Označení podnikatele za subjekt s významnou tržní silou automaticky neimplikuje, že takový podnikatel má i dominantní postavení ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže, a stejně tak neoznačení podnikatele automaticky neimplikuje, že dominantní postavení nemá.

Subjekt mající významnou tržní sílu na jednom trhu, může být považován automaticky za subjekt mající tržní sílu i na trhu úzce souvisejícím. Trhy úzce související musí být posuzovány v souladu s metodickými pokyny Evropské komise. Odpůrce se těmito pokyny řídil při hodnocení účinnosti hospodářské soutěže na daném trhu a při posuzování významné tržní síly.

Analýza účinné hospodářské soutěže by měla a priori obsahovat analýzu toho, zda je trh perspektivně konkurenční, a tedy zda je nedostatek hospodářské soutěže trvalým jevem. Metodické pokyny Evropské komise, na které odpůrce odkazuje, se zabývají i otázkou nově vzniklých trhů, na nichž je skutečně pravděpodobné, že by dominantní účastník trhu mohl mít značný podíl na trhu, ale neměl by být podroben nepřiměřeným povinnostem. Výsledkem prováděných tržních analýz je konstatování, zda na relevantním trhu je dostatečná konkurence či nikoliv. Takové konstatování odpůrce učinil, svůj závěr odůvodnil a navrhl zákonem předvídaná opatření. Odpůrce má rovněž povinnost, v případě zjištění, že trh není efektivně konkurenční, podnikatelskému subjektu, který má na daném relevantním trhu významnou tržní sílu, uložit minimálně jednu ze zákonem stanovených povinností (tyto povinnosti byly stanoveny samostatnými rozhodnutími, která jsou předmětem samostatné správní žaloby).

Nejvyšší správní soud nezjistil stran postupu odpůrce při vymezení relevantního trhu žádné pochybení. Odpůrce provedl analýzu v intencích zákonem vymezených věcných oblastí, konkrétně analýzu trhu č. 6 – velkoobchodní koncové segmenty pronajatých okruhů bez ohledu na technologii použitou k zajištění pronajaté nebo vyhrazené kapacity. Věcné vymezení bylo provedeno již podle jeho samotného názvu „bez ohledu na použitou technologii“. Odpůrce tedy v rámci věcného vymezení trhu zahrnul jak klasické okruhy, tak ETH. V bodě 2.1.písm. a) až d) odůvodnění napadeného opatření je řádně, vyčerpávajícím způsobem a srozumitelně zdůvodněno, proč byla na daný trh zahrnuta i služba ETH, jakož i to, z jakých podkladů bylo čerpáno a jaké úvahy k takovému závěru odpůrce vedly. Při věcném vymezení trhu odpůrce zkoumal především vztah mezi poptávkou po službách klasických okruhů a služeb ETH z cenového

hlediska, přitom dospěl k závěru, že ceny za službu klasických okruhů jsou výrazně vyšší než ceny za služby ETH; posoudil i náklady na přechod ze služby klasických okruhů na služby ETH,; na základě vyhodnocení získaných údajů odpůrce konstatoval trend preference služeb ETH a očekávaný trend rostoucí převahy služeb ETH (viz str. 21 odůvodnění napadeného opatření). Odpůrce tak zcela důvodně učinil závěr, že se relevantní trh stává velmi dynamický, přitom z hlediska cenového je zaměnitelnost služeb jednosměrná (směrem ke službám ETH), což je logický důsledek dynamicky se rozvíjejících trhů služeb využívajících výhodnější technologie a je v souladu s budoucím očekávaným vývojem. Odpůrce na základě výše uvedených skutečností a v souladu s Metodikou proto obě uvedené služby shledal jako součást věcného vymezení relevantního trhu, neboť je nezbytně nutné, aby byly obě služby posuzovány a porovnávány v rámci jednoho trhu. Ze zkoumání odpůrce rovněž vyplynulo, že neexistují omezení ze strany technických, provozních nebo cenových podmínek, které by nepotvrzovaly zaměnitelnost a nahraditelnost služeb klasických okruhů a služeb ETH. Svůj postup zkoumání odpůrce podrobně vysvětlil na str. 17 až 23 odůvodnění napadeného opatření, uvedl výčet komerčních nabídek, které jsou poskytovány prostřednictvím některého ze dvou základních řešení služby pronájmu přenosové kapacity.

Tvrdí-li navrhovatel, že služba CEN byla zahrnuta nesprávně do věcného vymezení relevantního trhu, nelze mu přisvědčit. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí (str. 17 a násl), odpůrce nezahrnul službu CEN jako celek do věcného vymezení trhu. Odpůrce vymezil základní produkt relevantního trhu jako službu pronájmu koncových segmentů realizovanou prostřednictvím klasických analogových a digitálních přenosů a prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH. Takto vymezený základní produkt je obsažen v komerční nabídce služby CEN navrhovatele (je dílčí součást této nabídky), a proto její počty byly vzaty v úvahu při stanovení tržních podílů v rámci analýzy; bližší popis je uveden ve stanovisku navrhovatele ze dne 28. 4. 2010, který je součástí správního spisu. Tato služba nebyla tedy do trhu č. 6 zařazena sama o sobě, ale jako služba, u které odpůrce identifikoval naplnění znaku služeb náležejících do tohoto relevantního trhu, konkrétně služby pronájmu přenosové kapacity prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH v koncovém úseku. Odpůrce pouze vymezil základní produkt relevantního trhu č. 6 („referenční produkt“) jako službu pronájmu koncových segmentů realizovanou prostřednictvím klasických analogových a digitálních přenosů a prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH; takto vymezená služba, která je předmětem analyzovaného relevantního trhu, je pak pouze dílčí součástí služby CEN navrhovatele. Tzv. „referenčním produktem“ pro zkoumání substitutů je v případě analýzy relevantního trhu č. 6 základní produkt, který byl ve věcném vymezení určen jako služba pronájmu realizovaná prostřednictvím analogových a digitálních přenosů a prostřednictvím přenosových rámců a rozhraní ETH. Vůči tomuto referenčnímu produktu byly zkoumány substituty.

Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že odpůrce vymezení relevantního trhu, a to včetně služby CEN ve výše uvedeném rozsahu, dostatečně, přesvědčivě a vyčerpávajícím způsobem zdůvodnil a své závěry podložil potřebnými údaji.

Navrhovatel konečně namítá, že vydané opatření jev rozporu se zásadou proporcionality. Ani tuto námitku neshledal Nejvyšší správní soud důvodnou.

K otázce proporcionality, resp. přiměřenosti právní regulace je předně nutné uvést, že odpůrce postupoval zcela v intencích zákona. Napadeným opatřením obecné povahy toliko v rámci věcného vymezení konkrétního předmětného relevantního trhu konstatoval stav na trhu. Analýza relevantního trhu pouze podává informace o stavu trhu, zda tento je či není efektivně konkurenční, a v případě, že trh není efektivně konkurenční, zákon přímo ukládá odpůrci, jaké kroky má učinit. Odpůrce zcela v intencích § 51 ZEK navrhl subjekt s významnou tržní silou a v obecné rovině též navrhl možné oblasti nápravných opatření, která by podle výsledku analýzy měla být podniku s významnou tržní silou uložena, aby bylo zabráněno nežádoucím dopadům na hospodářskou soutěž a která by měla vést k podpoře rozvoje efektivní konkurence na daném trhu.

Určení konkrétního podniku s významnou tržní silou, jakož i uložení konkrétní povinnosti je až předmětem individuálních správních aktů (zde rozhodnutí ze dne 14. 4. 2011 a ze dne 26. 4. 2011, proti kterým navrhovatel brojí samostatnou žalobou-viz výše), nikoliv však opatření obecné povahy jako takového. Předmětné opatření obecné povahy však není samo o sobě způsobilé vyvolat nepříznivé následky ve sféře navrhovatele.

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o § 101d odst. 5 s. ř. s., dle něhož nemá žádný z účastníků řízení o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části právo na náhradu nákladů řízení.

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

V Brně dne 14. července 2011

JUDr. Lenka Matyášová
předsedkyně senátu