



ROZSUDOK V MENE SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedníčky senátu JUDr. Idy Hanzelovej a členov senátu JUDr. Milana Moravu a Mgr. Petra Melichera v právnej veci žalobcu: **S. T., a.s., K.**, *zastúpený: A.*, proti žalovanému: **Protimonopolný úrad Slovenskej republiky**, Drieňová 24, Bratislava o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia žalovaného č. 2008/DZ/2/1/091 zo dňa 28. októbra 2008, o odvolaní žalovaného proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 3S/85/2009 – 216 zo dňa 10. augusta 2010 takto

r o z h o d o l :

Najvyšší súd Slovenskej republiky rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 3S/85/2009 - 216 zo dňa 10. augusta 2010 **p o t v r d z u j e .**

Žalovaný **j e p o v i n n ý** zaplatiť žalobcovi trovy odvolacieho konania v sume 355,97 Eur na účet právneho zástupcu žalobcu do 30 dní odo dňa právoplatnosti rozsudku.

O d ô v o d n e n i e

I.

Rozsudkom krajského súdu bolo zrušené rozhodnutie žalovaného zo dňa 27.3.2009 č. 2009/DZ/R/2/011 z dôvodov podľa § 250j ods. 2 písm. c/ a d/ OSP a vec bola žalovanému vrátená na ďalšie konanie. Žalovaný bol tiež zaviazaný na náhradu trov žalobcu v prvostupňovom konaní.

Krajský súd v dôvodoch svojho rozsudku uviedol, že jeho úlohou v danej veci bolo preskúmať zákonnosť rozhodnutia žalovaného ohľadom zneužitia dominantného postavenia žalobcom podľa § 8 ods. 6 zákona č. 136/2001 Z.z. a posúdiť, či žalovaný v priebehu konania preukazoval, že žalobca zneužil dominantné postavenie a jeho konanie dôvodne považoval za margin squeeze (stláčanie marží), ktoré vychádza zo všeobecnej charakteristiky podľa judikatúry Európskej komisie.

Súd z pripojeného administratívneho spisu zistil, že dňa 10.12.2004 žalovaný na základe oznámenia o možnosti zneužívania dominantného postavenia žalobcom od spoločnosti O., a.s. v rámci výberového konania na riešenie „Integrovanej komunikačnej platformy pre ~~L. Budovú banku~~, a.s.“ uskutočneného v období jún – september 2004 na základe § 22 ods. 1 písm. a/ ZOHS začal vykonávať všeobecné šetrenie na trhu, na základe ktorého dospel k záveru možného zneužitia dominantného postavenia žalobcom. Žalovaný z vlastného podnetu začal na základe § 25 ods. 1 v spojení s § 18 ods. 2 Správneho poriadku dňa 10.10.2005 správne konanie č.: 0091/00Z/2005 voči žalobcovi. Žalovaný dňa 14.12.2005 vydal rozhodnutie č.: 2005/DZ/2/1/133, ktorým rozhodol, že žalobca zneužil dominantné postavenie a uložil mu pokutu vo výške 80 mil. korún. Proti uvedenému rozhodnutiu podal rozklad žalobca a žalovaný rozhodnutím č.: 2006/DZ/R/2/104 zo dňa 08.09.2006 rozklad zamietol a potvrdil prvostupňové rozhodnutie. Voči tomuto rozhodnutiu podal žalobca žalobu na Krajský súd v Bratislave. Rozsudkom č.k. 1S 424/06 -161 zo dňa 21.06.2007 súd zrušil napadnuté rozhodnutie podľa § 250j ods. 2 písm. c/, d/, e/ OSP a vec vrátil žalovanému na ďalšie konanie.

Žalovaný v novom konaní vydal rozhodnutie č.: 2008/DZ/2/1/091 zo dňa 28.10.2008, ktorým rozhodol tak, že konanie žalobcu považoval za zneužitie dominantného postavenia podľa § 8 ods. 2 písm. a/ ZOHS a konštatoval, že podľa § 8 ods. 6 ZOHS je toto konanie zakázané a preto mu podľa § 38 ods. 1 ZOHS za zneužitie dominantného postavenia uložil pokutu vo výške 73 mil. Sk. Proti tomuto rozhodnutiu podal rozklad žalobca a žalovaný vydal

dňa 27.03.2009 rozhodnutie o rozklade pod č.: 2009/DZ/R/2/1/011 tak, že rozklad žalobcu zamietol a potvrdil prvostupňové rozhodnutie žalovaného.

V rozsudku krajského súdu č.k. 1S 424/06-161 bolo rozhodnuté, aby žalovaný vykonal znalecké dokazovanie, pretože vykonané dokazovanie žalovaným nebolo postačujúce k jednoznačnému záveru o tom, že v konaní žalobcu v rámci výberového konania je nad akúkoľvek pochybnosť jednoznačné, že žalobca sa dopustil praktiky „margin squeeze“ a toto konštatovanie považoval súd za predčasné i pre právne posúdenie veci. V novom konaní žalovaný ustanovil znalca, ktorý vypracoval znalecký posudok a v bode 164 až 168 rozhodnutia č.: 2008/DL/2/1/091, žalovaný uvádza, že vykonanie znaleckého dokazovania tak, ako požadoval účastník konania je právne irelevantné, pretože nijako neprispelo k zisteniu materiálnej pravdy a úrad by ním zisťoval skutočnosti, ktoré nemajú na posúdenie prípadu žiaden vplyv. Z toho dôvodu nevyžaduje podrobnejšie hodnotenie záverov dosiahnutých znaleckým posudkom.

Krajský súd v prejednávanej veci konštatoval, že v danom prípade sa žalovaný v prvostupňovom rozhodnutí ako aj v rozhodnutí o rozklade nedostatočným spôsobom zaoberal vypracovaným znaleckým posudkom, keď iba formálne konštatoval, že došlo k vypracovaniu znaleckého posudku, a že rešpektoval právny názor súdu týkajúci sa konania žalobcu o zneužití dominantného postavenia, ale pritom tento záväzný právny názor reálne ignoroval. Pokiaľ ide o výšku uloženej sankcie súd konštatoval, že žalovaný v oboch svojich rozhodnutiach vo všeobecnosti uvádza, na základe čoho dospel k záveru, že výška pokuty 73.000.000,- Sk uložená za porušenie dominantného postavenia je v súlade s § 38 ods. 10 zákona č. 136/2001 Z. z., avšak z týchto rozhodnutí nie je zrejmé, k akému opakovanému porušeniu zo strany žalobcu došlo. Z uvedených rozhodnutí žalovaného nevyplýva, či pri posudzovaní a uložení pokuty vzal do úvahy negatívny dopad na spoločnosť, na dĺžku a rozsah porušenia ZOHS a tiež vplyv na ostatné subjekty na relevantnom trhu. Podľa súdu žalovaný nebral do úvahy právny názor Krajského súdu v Bratislave vyslovený v rozhodnutí č.k. 1S 424/06- 161 zo dňa 21.06.2007 a žiadnym spôsobom sa nevysporiadal s názorom súdu o neprimeranosti a neodôvodnenosti uloženej pokuty. Napokon krajský súd s poukazom na § 250j ods. 6 OSP, podľa ktorého sú správne orgány viazané právnym názorom súdu vyslovil povinnosť žalovaného vyhodnotiť znalecký posudok, ktorý dal vypracovať ako dôkaz potrebný pre zistenie, či zo strany žalobcu došlo k zneužitiu dominantného postavenia a či je možné použiť pre toto konanie test margin squeeze a tiež opätovne vyhodnotiť

primeranosť výšky uloženej pokuty, keďže v danom prípade zo strany žalobcu išlo o jednorazové konanie.

II.

Proti rozsudku krajského súdu podal žalovaný včas odvolanie, v ktorom uviedol nasledovné dôvody odvolania:

1. Žalovaný namietal „údajné nerešpektovanie právneho názoru krajského súdu pokiaľ ide o vykonanie znaleckého posudku“. Uviedol, že v rámci prvostupňového konania vydal v reakcii na právny názor krajského súdu uvedený v rozsudku rozhodnutie č. 2008/DZ/2/1/027, ktorým ustanovil znalca v odbore 080000 – Elektronické komunikácie prof. Ing. T. Č., PhD., na vypracovanie znaleckého posudku s uvedením skutočností, ktoré má v znaleckom posudku odborne posúdiť. Znalcovi boli v súvislosti s týmto rozhodnutím zaslané všetky podklady nevyhnutné na vypracovanie znaleckého posudku a tento bol vypracovaný a predložený PMÚ SR (ďalej len „Úrad“) pod č. 1/2008. Znalecký posudok je súčasťou obsahu spisov.

Je pravdou, že prvostupňové rozhodnutie neobsahovalo výslovné vyhodnotenie znaleckého posudku, avšak z jeho znenia bolo zrejmé, že sa Úrad podrobne zaoberal skutočnosťami, ktoré boli predmetom znaleckého dokazovania (t.j. odlišnosť technických riešení, odlišnosť nákladov, vplyv daných faktorov na analýzu margin squeeze ...).

Druhostupňový orgán pritom vyhodnotenie doplnil a toto vyhodnotenie je uvedené na str. 16 a nasl. čo predstavuje celkovo 3 strany druhostupňového rozhodnutia.

Ako je zrejmé z druhostupňového rozhodnutia, znalecké dokazovanie potvrdilo skutočnosť, že žalobca a spoločnosť O., a.s. (ďalej „OS a.s.“) použili na tvorbu výsledného produktu porovnateľné služby z vrchného trhu, čo je aj v zmysle rozhodovacej praxe Európskej komisie, na ktorú opakovane Úrad poukazoval, jednou zo základných požiadaviek pre aplikovateľnosť margin squeeze testu. Z uvedeného podľa žalovaného vyplýva, že požiadavka Krajského súdu v Bratislave na vykonanie znaleckého dokazovania bola splnená a teda v žiadnom prípade nemožno hovoriť o ignorácii právneho názoru krajského súdu. Zdôraznil, že krajský súd v prvom rozsudku nezaviazal Úrad na spôsob vyhodnotenia znaleckého posudku, t.j. nezaviazal ho k záverom, ktoré má z vykonaného znaleckého dokazovania vyvodit' a preto krajský súd nemôže hovoriť o nerešpektovaní právneho názoru súdu, keďže tento znalecký posudok bol vykonaný a vyhodnotený, krajský súd sa nevyjadril

v čom považuje vyhodnotenie znaleckého posudku za nedostatočné a preto nie je zrejмый ani právny názor krajského súdu, ktorým by sa mal PMÚ SR po vrátení veci na ďalšie konanie riadiť.

Podľa žalovaného žalobca nesprávne interpretoval závery vyplývajúce zo znaleckého posudku a zasadzoval ich do kontextu ním vytvorených teórií v absolútnom rozpore s judikatúrou Európskych súdov a rozhodovacou praxou Európskej komisie.

2. K odôvodneniu rozsudku krajského súdu v časti o pokute uviedol, že pokiaľ ide o zhodnotenie opakovaného porušenia zákona žalobcom, ktoré bolo pri ukladaní pokuty zohľadnené, Úrad v rámci prirážajúcich okolností jasne v rozhodnutí uviedol, k akému opakovanému porušeniu zákona zo strany žalobcu došlo.

V bode (207) prvostupňového rozhodnutia Úrad uvádza cit: „Ako ďalšiu okolnosť úrad zhodnotil skutočnosť, že zo strany podnikateľa S. T., a.s. (ďalej len „ST a.s.“) ide o opakované porušenie zákona, nakoľko toto rozhodnutie nie je v prípade tejto spoločnosti prvým rozhodnutím, ktoré konštatuje obmedzovanie hospodárskej súťaže touto spoločnosťou. ST a.s. sa už dopustil vylučovacieho zneužívania dominantného postavenia deklarovaného rozhodnutím úradu č. 2002/DZ/P/2/157 zo dňa 30.07.2002 právoplatného odo dňa 01.08.2002. Toto rozhodnutie bolo potvrdené rozsudkom Najvyššieho súdu SR. Okrem tohto bolo Najvyšším súdom SR (rozsudok 2 Sž 14/2004 zo dňa 28.02.2005, potvrdený rozsudkom č. 1 Sž-o-NS 142/2005 zo dňa 22.11.2005) potvrdené aj zneužitie dominantného postavenia spoločnosťou ST a.s. pri zavádzaní technológie ADSL. Z uvedeného vyplýva, že v tomto prípade ide o opakované porušenie zákona.“

Nutnosť zohľadnenia danej prirážajúcej okolnosti bola potom popísaná v bode (208) prvostupňového rozhodnutia.

Obdobne sa danej skutočnosti venuje i druhostupňové rozhodnutie, ktoré na str. 21 a 22 uvádza cit: „Ohľadom opakovaného porušenia zákona Rada úradu preverila, že účastník konania sa už v minulosti dopustil konania v rozpore so zákonom, pričom tieto porušenia boli potvrdené aj rozsudkami NS SR, identifikovanými v bode 207 prvostupňového rozhodnutia. Išlo o viacnásobné opakovanie porušenia zákona. Opakované porušenie zákona (v tomto prípade dokonca viacnásobné) je okolnosťou, ktorá výrazne zvyšuje nebezpečnosť daného protiprávneho konania. Znamená, že predchádzajúca sankcia vôbec nesplnila svoju preventívnu funkciu, t.j. nevedla k odradeniu účastníka konania od ďalšieho protiprávneho konania. Účastník konania napriek tomu, že už bol za svoje predchádzajúce protiprávne

konanie úradom sankcionovaný a toto porušenie bolo deklarované aj NS SR, opätovne zákon porušil“. (koniec cit.)

Z uvedeného je teda nad všetku pochybnosť, podľa žalovaného, zrejme, že rozhodnutia Úradu jasne uvádzajú, k akému opakovanému porušeniu zákona zo strany žalobcu došlo.

Pre úplnosť tiež v súvislosti s posúdením tejto priťažujúcej okolnosti žalovaný uviedol, že v zmysle Metodického pokynu o postupe pri určovaní pokút v prípadoch zneužívania dominantného postavenia a dohôd obmedzujúcich súťaž (ďalej len „Metodický pokyn“), ktorý bol použitý pri ukladaní pokuty v danom prípade a ktorý bol vypracovaný na základe Usmernenia k metóde stanovenia pokút uložených podľa článku 23 ods. 2 písm. a/ nariadenia č. 1/2003 (ďalej len „Usmernenie EK“) pre posúdenie určitého protiprávneho konania ako opakovaného porušenia zákona nie je rozhodujúce, že predchádzajúce porušenie sa týkalo iného tovaru alebo služby alebo že bolo realizované vo forme inej skutkovej podstaty (inej praktiky), a ani to, že bolo spáchané na inom priestorovom alebo tovarovom relevantnom trhu. V zmysle Metodického pokynu tiež posúdenie určitého protiprávneho správania ako opakovaného porušovania nebráni ani skutočnosť, že od predchádzajúceho porušenia uplynulo už dlhšie časové obdobie.

Rozsudok krajského súdu v tomto bode teda nezodpovedá skutočnému zneniu rozhodnutí PMÚ SR.

Žalovaný ďalej uviedol, že kritériá, ktoré sú posudzované pri určovaní výšky pokuty sú určené priamo zákonom a ďalej rozvinuté v spomenutom Metodickom pokyne.

Podľa žalovaného nemožno akceptovať záver krajského súdu o tom, že sa Úrad nevysporiadal s právnym názorom krajského súdu uvedeným v prvom rozsudku, pokiaľ ide o údajnú neprimeranosť a neodôvodnenosť uloženej pokuty. Odôvodnenie výšky uloženej pokuty bolo v prvostupňovom a druhostupňovom rozhodnutí veľmi rozsiahle. Úrad nezanedbal žiadnu z okolností, ktoré jej zákon ukladá zhodnotiť pri určovaní výšky pokuty, obsahuje tiež vysvetlenia základných princípov pri ukladaní pokút za protisúťažné konanie posudzované Úradom. Rozhodnutie krajského súdu podľa žalovaného, aj pokiaľ ide o výšku uloženej pokuty vychádza z nesprávneho právneho posúdenia veci.

Žalovaný v odvolaní zotrval na tom, že skutočnosti zistené znaleckým posudkom boli v kontexte ďalších skutočností preukázaných v priebehu konania riadne vyhodnotené a na základe týchto skutočností nemohol prísť k inému záveru, než k záveru o zneužití

dominantného postavenia praktikou margin squeeze. Z rozsudku krajského súdu nie je zrejmé, prečo by nebolo možné na konanie žalobcu použiť margin squeeze test – zisťovanie toho, či došlo zo strany žalobcu k uvedenej praktike bolo vykonané v absolútnom súlade s praxou Európskej komisie a s praxou európskych súdov. Okrem toho bolo v súlade s cieľom, ktorý sa má margin squeeze testom dosiahnuť (t.j. zistiť, či podnikateľ v dominantnom postavení na veľkoobchodnom trhu nezneužíva svoje dominantné postavenie takým nastavovaním pomeru veľkoobchodných a maloobchodných cien, že v dôsledku takéhoto nastavenia prenáša svoje dominantné postavenie i na maloobchodný trh a vytláča z trhu konkurentov, ktorí by s ním za normálnych okolností na maloobchodnom trhu mohli efektívne súťažiť). V kontexte vyššie uvedeného považuje právny názor krajského súdu za nejasný a nezrozumiteľný, brániaci splneniu povinnosti vyplývajúcej z § 250j ods. 6 OSP.

Žalovaný v odvolaní žiadal s poukazom na dôvody podľa § 250 ods. 2 písm. f/ OSP prvostupňový rozsudok zmeniť a žalobu zamietnuť.

III.

Žalobca v písomnom vyjadrení k odvolaniu žalovaného žiadal prvostupňový rozsudok ako vecne správny potvrdiť. Vyhodnotenie znaleckého posudku má slúžiť k posúdeniu, či na konanie žalobcu možno vôbec použiť test stláčania marží. Len formálne vypracovanie znaleckého posudku bez vyvodenia záverov je podľa žalobcu nedostatočné. Riadne vyhodnotenie posudku by bezpochyby viedlo k záveru, že sa nejedná o porovnateľné služby, čo žalobca tvrdí už niekoľko rokov a tým pádom nemohol byť použitý ani test margin squeeze. Rovnako rozdielnosť technických riešení, čo potvrdil aj žalovaný, musí mať vplyv na výšku nákladov spojených s technickým riešením a tým aj vyššou koncovou cenou. Žalobca odmieta tvrdenie žalovaného, že rozdielnosť nákladov je nepodstatná skutočnosť pri teste margin squeeze, je popretím základnej ľudskej logiky a ekonomiky a to v tom, že keď sa dva subjekty majú dopracovať k tomu istému výsledku a jeden z nich to urobí niekoľkonásobne zložitejšou a komplikovanejšou cestou, nemôže dosiahnuť konečnú cenu produktu (služby) nižšiu ako konkurent, v tomto prípade žalobca. Pokiaľ ide o výšku pokuty, žalobca poukázal na to, že žalovaný najmä pri ukladaní pokuty vzal do úvahy, že žalobca sa v minulosti dopustil porušenia zákona o ochrane hospodárskej súťaže. Hoci zákon neustanovuje, že muselo ísť o rovnaké konanie, ako to, za ktoré sa znova ukladá pokuta, napriek tomu je potrebné aplikovať primerane zásady z priestupkového, prípadne trestného

konania pre ukládanie trestov, keďže administratívna sankcia – pokuta – má takisto trestajúci charakter, čo pripúšťa aj žalovaný. V tomto smere však žalovaný vôbec nevyhodnotil to, že k minulému porušeniu zákona došlo pred niekoľkými rokmi, neprihliadol na závažnosť minulého konania, či došlo k opakovaniu rovnakého konania, okolnosti jeho spáchania, či dochádza k recidíve, po akom čase, a pod. Žalovaný uvádza, že uložená predchádzajúca sankcia nesplnila preventívnu funkciu, s čím žalobca nesúhlasí, pretože sa už nikdy nedopustil rovnakého konania ako to, za ktoré mu bola predchádzajúca sankcia uložená. Navyše, žalobca je odvtedy podľa názoru žalovaného „navždy odsúdený“ ako delikvent, neberúc do úvahy fakt, že od predchádzajúceho konania ubehlo už niekoľko rokov. Žalovaný teda veľmi striktné a schematicky konšatoval, že žalobca bol v minulosti sankcionovaný za porušenie zákona, pričom vôbec nevzal do úvahy prípadné poľahčujúce okolnosti pre žalobcu. V trestnom práve existuje inštitút zahľadania trestu, pričom zákon takúto alternatívu nepozná, o to viac by sa mal žalovaný usilovať kompenzovať tento nedostatok a spravodlivo rozhodovať pri ukladaní sankcií.

Podľa žalobcu je v rozpore so základnými princípmi ochrany ľudských práv a rovnosti pred zákonom prijať aplikáciu príťažujúcej okolnosti zo strany žalovaného a to takým spôsobom, že ak sa už raz akýkoľvek subjekt dopustil porušenia /čo i len minimálneho/ zákona o ochrane hospodárskej súťaže, tak už navždy bude pri úplne inom nesúvisiacom porušení, predchádzajúce porušenie príťažujúcou okolnosťou.

IV.

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací (§ 246c ods. 1 veta prvá OSP v spojení s § 10 ods. 2 OSP), preskúmal napadnutý rozsudok a konanie, ktoré mu predchádzalo (podľa § 246c ods. 1 veta prvá OSP v spojení s § 211 a nasl. OSP) a po nariadenom pojednávaní a vypočutí účastníkov jednomyselne dospel k záveru, že odvolaniu žalovaného nie je dôvodné vyhovieť.

Dôvodom zrušenia rozhodnutia žalovaného rozsudkom krajského súdu bolo nedostatočné zistenie skutkového stavu (§ 250j ods. 2 písm. c/ OSP). Skutočnosť, že žalovaný si v súlade so skorším právnym názorom súdu na vykonanie znaleckého dokazovania síce vyžiadal vyhotovenie znaleckého posudku, avšak s jeho obsahom sa v konaní ani v dôvodoch rozhodnutia nezaoberal, nevyhodnotil závery samostatne a v súvislostiach s inými dôkazmi, odvolací súd nepovažuje za postup zlučiteľný s § 250j ods. 6 OSP a ust. § 34 ods. 5

Správneho poriadku. Bez vyhodnotenia dôkazu nemožno považovať dôkaz za vykonaný, aj keď bol žalovaným, ako správnym orgánom, ktorý konanie vedie, zadovážený. Obsah a kvalita vykonaného dokazovania sa bez vyhodnotenia zadováženého znaleckého posudku (po zrušujúcom rozsudku z 21.6.2007) nezmenila.

Krajský súd preto dôvodne zrušil rozhodnutie žalovaného a vec mu vrátil na ďalšie konanie pre nedostatočne zistený skutkový stav. Postup žalovaného súčasne odvolací súd považuje aj za vadu konania, ktorá sama osebe mohla viesť k nezákonnosti rozhodnutia, pretože práve otázka rozdielnosti technických riešení účastníkov súťaže, je rozhodujúcou otázkou pre posúdenie danej veci. Odmietnutie žalovaného vyhodnotiť aj znalkyňou potvrdené rozdielne technické riešenie žalobcu ako dominantu a technické riešenie jeho konkurenta považuje odvolací súd za zásadnú vadu v konaní, hoci sám žalovaný v rozhodnutí o ustanovení znalca žiadal posúdiť nasledovné skutočnosti:

1. Existujú podstatné rozdiely navrhovaného riešenia prístupu pobočiek LB a.s. do MPLS virtuálnej privátnej siete od O. a.s. a do Frame Relay VPS od S. T., a.s. ktoré sú spôsobené odlišnou topológiou sietí ST a.s. a OS a.s., hoci je pri riešení prístupu použitá tá istá technológia?
2. Prečo je navrhované riešenie prístupu pobočiek LB a.s. do MPLS siete od OS a.s. prostredníctvom tej istej prístupovej technológie nákladnejšie, ako riešenie prístupu Frame Relay siete ST a.s. a čo spôsobuje tento rozdiel v nákladoch?

Podľa záverov znaleckého posudku k otázke č. 1: „Podstatné rozdiely spočívajú v spôsobe riešenia prístupu k prístupovému uzlu siete Frame Relay a vstupnému smerovaču siete MPLS pri zabezpečení dohľadovateľnosti služby prenajatých okruhov.“ V odpovedi na otázku č. 2 znalkyňa uviedla: „Na základe porovnania riešenia možno konštatovať, že dochádza k rôznej výške nákladov pri riešení prístupu do Frame Relay a do MPLS, nakoľko spoločnosť OS a.s. rieši prístup pobočiek prostredníctvom prenajatých okruhov, pričom je nutné ešte oproti pripojeniu pobočiek prostredníctvom siete ST a.s. do Frame Relay riešiť aj prepojenia sietí. Navyše uvádza inštalovanie ďalšieho routera na každom pracovisku LB a.s. a zálohovanie prostredníctvom liniek ISDN. OS a.s. okrem vyššie uvedeného pre pripojenie do T_ransaety S_lovakia chce využívať LL od ST a.s. a FWA od T_elenoru, kým ST, a.s. to rieši vlastnými prostriedkami.“

Odvolací súd konštatuje, že na znalkyňu prof. Ing. T. Č., PhD. účastníci nemali doplňujúce otázky ani požiadavky na vysvetlenie záverov, znalkyňa nebola požiadaná

o potvrdenie záverov posudku do zápisnice na ústnom pojednávaní, keďže sa v správnom konaní ani neuskutočnilo.

Podľa žalobcu znalecký posudok jednoznačne potvrdil rozdielnosť technického riešenia ST a.s. a OS a.s. , ktorého dôsledkom je rozdielna ponuka ceny služby vo výberovom konaní a teda je vylúčené použitie testu margin squeeze (stláčania marží) tak, ako to posúdil žalovaný.

Naproti tomu žalovaný aj naďalej argumentuje použiteľnosťou testu margin squeeze. Žalovaný v prvostupňovom konaní v bode 164 konštatoval, že vykonanie znaleckého dokazovania, tak ako požadoval žalobca je právne irelevantné, pretože nijako neprispieje k zisteniu materiálnej pravdy a úrad by ním zisťoval skutočnosti, ktoré nemajú na posúdenie prípadu žiadny vplyv. V bode 167 žalovaný len uviedol, že znalecké dokazovanie malo analyzovať ten druh nákladov, ktorý je pri preukazovaní margin squeeze irelevantný a nepodstatný. Úrad sa podľa svojho názoru dostatočne podrobne venoval preukazovaniu, že znalecký posudok je právne irelevantný a neprispieva nijakým spôsobom k objasneniu materiálnej pravdy, nemá vzťah k meritu veci. Z tohto dôvodu si tento prípad nevyžaduje podrobnejšie hodnotenie záverov obsiahnutých v znaleckom posudku. Navyše znalecký posudok len potvrdil skutočnosti, ktoré boli známe aj pred rozhodnutím v roku 2005. Úrad realizoval znalecké dokazovanie len z dôvodu viazanosti právnym názorom KS v Bratislave, ktorý vo svojom rozsudku nestanovil, akým spôsobom je potrebné posudok hodnotiť.

V rozhodnutí o rozklade Rada úradu pripustila, že odôvodnenie prvostupňového rozhodnutia neobsahovalo bližšie vyhodnotenie znaleckého posudku, hoci je zrejmé, že závery v ňom uvedené korešpondujú so závermi úradu uvedenými v rozhodnutí, preto, ako to sama uviedla, doplnila odôvodnenie rozhodnutia. Toto však podľa rady nemá žiaden vplyv na meritórne rozhodnutie vo veci. Podľa Rady (str. 17 ods. 1 rozhodnutia) zo znaleckého posudku vyplynulo, že obe spoločnosti pri riešení prístupu použili rovnakú technológiu, ale spoločnosť OS a.s. riešila prístup pobočiek banky prostredníctvom prenajatých okruhov, kým ST a.s. to riešila vlastnými prostriedkami. Znalecký posudok na základe týchto skutočností uvádza, že z tohto dôvodu potom dochádza aj k rozdielnej výške nákladov. Na str. 17 ods. 2 Rada uvádza, že obaja podnikatelia použili na tvorbu svojich produktov na spodnom trhu porovnateľné riešenie z vrchného trhu (rovnaká prístupová technológia, t.j. metalické vedenia). Rozdiel v nákladoch bol spôsobený podľa znaleckého posudku tým,

že OS a.s. využil službu, ktorá jediná mu využitie tejto technológie umožnila (služba „prenájom okruhov“ od ST a.s.), zatiaľ čo ST a.s. prístup riešil vlastnými prostriedkami.

Podľa dôvodovej časti rozhodnutia Rady súd ponechal plne v kompetencii úradu vyhodnotiť výsledky dokazovania bez záväzného právneho názoru v tom smere, aké konanie možno považovať za margin squeeze (nedovoleného stláčania marže) podľa § 8 ods. 2 písm. a/ zákona (str. 16 ods. 4 rozhodnutia o rozklade) a Úrad toto svoje rozhodnutie rozsiahlo a presvedčivo odôvodnil v bodoch 117 - 163 prvostupňového rozhodnutia, s ktorými dôvodmi sa Rada stotožnila. Rada zdôraznila, že pri praktike margin squeeze sa pri posudzujúcej situácii, v akej by bol dominant, keby si musel "interne" platiť cenu, ktorú účtuje svojim konkurentom. Z tohto hľadiska preto závery uvedené v znaleckom posudku viedli k tomu, že OS a.s. mal náklady na službu "prenájmu okruhov" na základe ktorej potom tvoril vlastné produkty a tým súťažil s ST a.s. Náklady dominantnej spoločnosti ST a.s. hoci objektívne nižšie, nie sú podľa rady (str. 17 ods. 3 rozhodnutia) pre posúdenie tohto prípadu relevantné. Iný prístup Úradu by bol podľa rady v rozpore so súťažnými pravidlami aplikovanými Komisiou, Európskymi súdmi a národnými súťažnými orgánmi a to nielen v rámci EU. Rada teda rovnako ako prvostupňový orgán, nepriamo vyslovila, že znalecký posudok nebol pre posúdenie veci relevantný .

Podľa názoru odvolacieho súdu z posudku vyplýva rozdielnosť technických riešení ponúkanej služby ST. a.s. a OS a.s. ako aj vplyv tejto rozdielnosti na cenu ponúkanej služby vo výberovom konaní. Práve otázka, či rozdielnosť technických riešení bola takého charakteru, že vylúčila použitie testu margin squeeze alebo či bol tento test odôvodnený, nebola podľa názoru odvolacieho súdu bez akýchkoľvek pochybností ani znaleckým posudkom zodpovedaná a žalovaný ani v zadaní pre znalca nepoložil otázky, ktoré by umožnili posúdenie tejto otázky. Žalovaný sa pri zdôvodnení použiteľnosti testu sústredil len na teoretické zdôvodnenie jeho použiteľnosti (ktorú vyvodil najmä z prípadových štúdií a rozhodnutí EK prípadne SD EU), nevychádzal však z náležitej analýzy konkrétneho konania žalobcu , ktorým mal naplniť skutkovú podstatu § 8 ods. 2 písm. a/ zákona formou stláčania marží, preto nemohol dospieť k vecne podloženému a zdôvodnenému rozhodnutiu.

Odvolací súd poukazuje pritom najmä na samotný výrok prvostupňového rozhodnutia, podľa ktorého „konanie spoločnosti S. T. spočívajúce v predložení cenovej ponuky z augusta 2004 pre Ľ. B. udovú banku a.s. v rámci výberového konania na riešenie "Integrovanej komunikačnej platformy pre Ľ.B.“ uskutočneného v období jún – september 2004 za súčasného uplatňovania cien za prenájom okruhov voči konkurentom podľa Všeobecných

podmienok spoločnosti ST na poskytovanie verejnej telekomunikačnej služby prenájmu telekomunikačných okruhov účinných od 1.9.2003 a Tarify ST pre poskytovanie služby prenájmu telekomunikačných okruhov účinnej od 1.5.2004 je zneužitím dominantného postavenia podľa § 8 ods. 2 písm. a/ zákona č. 136/2001 Z.z. na relevantnom trhu poskytovania služby prenajatých okruhov za účelom vybudovania VPS v rámci Výberového konania pre LB a je podľa § 8 ods. 6 zákona zakázané ".

V danom prípade je nesporné, že ST a.s. a OS a.s. svoje služby ponúkli vyhlasovateľovi výberového konania nezávisle na sebe a neboli v tejto súvislosti v bezprostrednom obchodnom vzťahu. Ak teda žalovaný považoval za nežiaduce konanie ST a.s. spočívajúce v tom, že predložil cenovú ponuku, mal sa zaoberať aj obsahom tejto cenovej ponuky tak, aby bolo zrejmé, v čom spočíva nesprávnosť tejto cenovej ponuky v porovnaní s cenami, ktoré platili podľa Všeobecných podmienok a Tarify pre jeho konkurentov pri rovnakých technických riešeniach.

Podľa § 8 ods. 2 písm. a/ zák. č. 136/2001 Z.z. zneužitím dominantného postavenia na relevantnom trhu je priame alebo nepriame vynucovanie neprimeraných cien alebo iných neprimeraných obchodných podmienok.

Podstatou zneužitia dominantného postavenia na relevantnom trhu je teda podľa uvedeného ustanovenia zákona teda také konanie dominanta na relevantnom trhu, ktoré

- spočíva v priamom alebo nepriamom vynucovaní cien pričom vynucované ceny sú neprimerané,

alebo, ktoré konanie

- spočíva v iných neprimeraných obchodných podmienkach.

Odhliadnuc od toho, že žalovaný výslovne vo výroku nerozlíšil, ktorá z uvedených dvoch skutkových podstát bola konaním žalobcu naplnená (vynucovanie ceny alebo iné neprimerané obchodné podmienky), žalovaný naplnenie vyššie uvedených skutkových znakov zneužitia postavenia na relevantnom trhu videl podľa výroku rozhodnutia v tom, že žalobca predložil svoju cenovú ponuku v auguste 2004 za súčasného uplatňovania cien pre svojich odberateľov podľa Všeobecných podmienok a Tarify účinných pred augustom 2004 pričom rozhodujúcou bola cena pre služby prenájmu telekomunikačných okruhov.

Výrok rozhodnutia neobsahuje vymedzenie konania subsumovateľné pod skutkový znak „priameho vynucovania ceny“ alebo „nepriameho vynucovania ceny“, prípadne konania spočívajúceho „v iných neprimeraných obchodných podmienkach“. Podľa dôvodov rozhodnutia, žalovaný už samotné predloženie ponuky vo výberovom konaní (bližšie však

nešpecifikované) za súčasného uplatňovania cien za prenájom okruhov voči konkurentom podľa všeobecných podmienok a tarify považuje za obmedzovanie súťaže (bod 181), pričom vynuucovanie vidí úrad v tom, že OS a.s. bol prinútený pristúpiť na Všeobecné podmienky a tarifu a týmito cenami za prenájom okruhov bol nútený vo svojej cenovej ponuke kalkulovať, čím došlo k vynuucovaniu. Žalovaný neuviedol žiadnu skutkovú okolnosť nasvedčujúcu tomu, že cena podľa všeobecných podmienok a tarify bola neprimeraná a vynuucovaná.

Odvolací súd je toho názoru, že skutkové vymedzenie konania žalobcu vo výroku rozhodnutia nie je dostatočné pre kvalifikáciu konania podľa § 8 ods. 2 písm. a/ zákona tak, ako to uviedol Úrad v bode 185 rozhodnutia, podľa ktorého zneužitím dominantného postavenia bolo predloženie cenovej ponuky v rámci výberového konania, za súčasného uplatňovania cien za prenájom okruhov podľa všeobecných podmienok a tarify, pričom ani v dôvodovej časti rozhodnutia, napriek jej rozsahu a odkazom na judikatúru SD EU a rozhodnutia Komisie nemožno jednoznačne ustáliť také ďalšie skutkové okolnosti konania žalobcu, ktoré by odôvodnili uloženie sankcie pre zneužitie dominantného postavenia.

Odvolací súd skúmal dôvody rozhodnutia (ako jeden celok) aj z hľadiska porovnania cien ST a.s. a OS a.s. na prenajaté okruhy (náklady na prístup) uvedené v tabuľkách v bodoch 125, 126 a 173 prvostupňového rozhodnutia a na strane 15 rozhodnutia o rozklade. Dospel však k záveru, že uvádzané údaje, i keď vychádzajú z podkladov účastníkov súťaže, nie je možné porovnávať, pretože nie je známa vnútorná štruktúra jednotlivých položiek aj so zreteľom na rozdielne technické riešenia (napr. počet prístupových okruhov). Aj samotný žalovaný pritom v rozhodnutiach pripustil určité nepresnosti (viď napr. bod 174). Odvolací súd preto nemohol bez ďalšieho akceptovať číselné vyjadrenie tvrdeného margin squeeze podľa tabuľky č. 3 (bod 173) prvostupňového rozhodnutia, ani hypotetický výpočet v tabuľke na strane 15 rozhodnutia o rozklade, pretože nevychádzali z konkrétneho porovnania ponúk účastníkov súťaže.

Vzhľadom na uvedené odvolací súd opakovane s poukazom na svoju skoršiu judikatúru podčiarkuje význam výrokovej časti rozhodnutia, pretože len riadne sformulovaný výrok, v ktorom je na prvom mieste konkrétny popis skutku, je esenciálnou a nezastupiteľnou časťou rozhodnutia. Len z neho možno zistiť, akým konaním a aká povinnosť bola porušená. Takéto kritériá výrok rozhodnutia žalovaného nespĺňa. Keďže ani dôvody rozhodnutia žalovaného (ako celok) neobsahujú jednoznačnú špecifikáciu skutku zodpovedajúcu ustanoveniu zákona, podľa ktorého žalovaný kvalifikoval konanie žalobcu (§ 8 ods. 2 písm. a/

zákona), odvolací súd sa stotožnil s názorom krajského súdu, že rozhodnutie je nepreskúmateľné pre nezrozumiteľnosť ako aj pre nedostatok dôvodov (§ 250j ods. 2 písm. d/ OSP).

V.

Žalobcovi bola uložená pokuta 73 miliónov Sk. V podanej žalobe dal žalobca do pozornosti súdu, že za 22 mesiacov realizácie kontraktu dosiahol výnos vo výške 18 865 441 Sk bez DPH, z čoho vyplýva, že zisk tvorí rádovo niekoľko stotisíc Sk. Žalobca poukázal na neproporcionálnosť sankcie, ktorá je v rozpore s účelom zákona, z toho dôvodu považoval rozhodnutie o uloženej sankcii za nepreskúmateľné.

Podľa § 38 ods. 10 zákona úrad pri ukladaní pokuty posudzuje závažnosť, dĺžku trvania porušovania ustanovení zákona. Berie do úvahy jeho povahu, skutočný dopad na trh a tam, kde je to účelné, veľkosť relevantného trhu, prípadne aj iné skutočnosti, najmä opakované porušovanie tým istým podnikateľom, odmietnutie podnikateľa spolupracovať s úradom, postavenie podnikateľa ako vodcu alebo iniciátora porušovania, získanie majetkového prospechu v dôsledku porušovania alebo neplnenia dohody obmedzujúcej súťaž v praxi.

Úrad zhodnotil, že žalobca sa dopustil vylučovacej praktiky lebo vedel odhadnúť veľkoobchodné náklady konkurentov a tým vylúčiť akýkoľvek súťažný tlak konkurentov. Hodnotil konanie žalobcu ako závažné, i keď jednorazové. Pri výpočte preto určil percentuálny koeficient za závažnosť 7% bez uvedenia bližších dôvodov. Pre prirážajúce okolnosti, najmä pre opakované porušenie zákona základnú sumu pokuty zvýšil na dvojnásobok, t.j. na 73 000 000 Sk (bod 205 a 215 rozhodnutia úradu). Súčasne žalovaný považoval za potrebné, aby sankcia presahovala dosiahnutý majetkový prospech (bod 216).

Odvolací súd dospel k záveru, že žalovaný dostatočne neodôvodnil zvýšenie sankcie pre opakované porušenie zákona, keď odkázal na dve rozhodnutia „potvrdené“ aj rozsudkom najvyššieho súdu. Odvolací súd zastáva názor, že rozhodnutie postráda vyjadrenie toho, akými právnymi úvahami sa žalovaný riadil pri posúdení konania žalobcu ako opakovaného porušenia práve vo vzťahu k uvádzaným skorším rozhodnutiam. Vzhľadom na zvýšenie sankcie na dvojnásobok mal žalovaný vyjadriť mieru závažnosti tejto prirážajúcej okolnosti aj z hľadiska toho, či sa v danom prípade jedná o všeobecnú recidívu (teda akékoľvek

opakované porušenie zákona), alebo o rovnorodú recidívu (druhovú, kde sa vyžaduje opakovanie porušenia zákona rovnakého druhu) alebo dokonca o špeciálnu recidívu (kde sa sankcia ukladá za rovnaké porušenie zákona), ktorá forma je zrejme najzávažnejšia. Doterajšie dôvody rozhodnutia sú v tomto smere nedostatočné a dôvodne ich aj krajský súd považoval za nepreskúmateľné.

Žalovaný neodôvodnil uloženie pokuty ani vo vzťahu k tvrdenému majetkovému prospechu. Odvolací súd považuje hľadisko proporcionality k tvrdenému majetkovému prospechu za relevantné. Ak výška zisku, na ktorý žalovaný v bode 216 prvostupňového rozhodnutia poukázal (tab. č. 3, riadok 3.- 4. – rozdiel medzi sumou 12 780 150 Sk a sumou 18 608 184 Sk) t. j. 6 mil. Sk, predstavuje cca 1/12- nu v porovnaní s výškou uloženej sankcie, nemožno v danej veci považovať kritérium proporcionality sankcie vo vzťahu k majetkovému prospechu za naplnené. Požiadavka, aby uložená sankcia prevyšovala možný zisk sama o sebe nezakladá dôvod na uloženie sankcie v akejkoľvek vyššej sume. Práve požiadavka proporcionálnosti vyžaduje také zdôvodnenie výšky sankcie, ktoré vylúči jej svojvoľné určenie.

Z týchto dôvodov sa odvolací súd stotožňuje s dôvodmi rozsudku krajského súdu, ktorý zrušil rozhodnutie Rady PMÚ o rozklade a vec vrátil správne orgánu na ďalšie konanie a podľa § 219 OSP prvostupňový rozsudok potvrdil.

O trovách odvolacieho konania odvolací súd rozhodol podľa § 224 ods. 1 v spojení s § 250k ods. 1 OSP a priznal žalobcovi náhradu trov právneho zastúpenia podľa § 11 ods. 4 v spojení s § 14 a § 16 ods. 3 vyhlášky Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 655/2004 Z.z. o odmenách a náhradách advokátov za poskytovanie právnych služieb v znení neskorších predpisov za dva úkony á 120,23 Eur a 123,50 Eur, jeden úkon á 30,88 Eur, dva krát režijný paušál á 7,41 Eur a jeden krát 7,21 Eur, spolu 296,04 Eur plus 20 % DPH, celkom v sume 355,97 Eur.

Poučenie: Proti tomuto rozsudku nie je opravný prostriedok prípustný.

V Bratislave 28. júna 2011

JUDr. Ida H a n z e l o v á , v.r.
predsedníčka senátu

Za správnosť vyhotovenia:

Andrea Jánošíková