



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Davida Rause, Ph.D. a soudců Mgr. Petra Šebka a JUDr. Jarmily Ďáskové v právní věci žalobce: **Telefónica O2 Czech Republic, a.s.**, se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4 – Michle, zastoupený JUDr. Karlem Muzikářem, advokátem, WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o. advokátní kancelář, Křižovnické nám. 2/193, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, zastoupený JUDr. Kristinou Škampovou, advokátkou se sídlem Pellicova 8a, Brno, o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem správního orgánu,

t a k t o :

- I. Žalovanému **se zakazuje** pokračovat v provádění předběžného šetření, vedeného žalovaným pod sp. zn. P615/2008/DP.
- II. V části, v níž se žalobce domáhal, aby bylo žalovanému zakázáno vyžadovat po žalobci informace a podklady v rozsahu odpovídajícím žádosti žalovaného č.j. ÚOHS-P615/2008/DP-15953/2010/820/JK o ze dne 22.10.2010, se žaloba **zamítá**.
- III. Žalovaný **je povinen** nahradit žalobci náklady řízení ve výši 15 900,- Kč, do tří dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám JUDr. Karla Muzikáře, advokáta, WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o. advokátní kancelář, Křižovnické nám. 2/193, Praha 1.

O d ů v o d n ě n í :

Žalobce podal dne 10.11.2010 faxem (doplněno písemně dne 12.11.2010) žalobu na ochranu před nezákonným zásahem.

I. Podstata věci

Žalovaný vede se žalobcem předběžné šetření pod sp. zn. P615/2008/DP ve věci možného zneužití dominantního postavení žalobcem. Poprvé o tom žalovaný žalobce vyrozuměl v přípisu ze dne 19.11.2008, v němž byl žalobce s odkazem na § 20 odst. 1 písm. a) a odst. 2 ve spojení s § 21 odst. 5 a 7 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v tehdy účinném znění, požádán o předložení podkladů a informací týkajících se cenové nabídky O2 Duo 8 a 16 M.

Následovaly další obdobné žádosti žalovaného vůči žalobci, konkrétně ze dne 5.12.2008, ze dne 29.1.2009, ze dne 16.9.2009, ze dne 12.11.2009, ze dne 22.12.2009, ze dne 15.1.2010, ze dne 29.1.2010, ze dne 10.2.2010, ze dne 9.4.2010 a ze dne 22.10.2010. V průběhu řízení o žalobě učinil žalovaný vůči žalobci další obdobnou výzvu ze dne 7.12.2010.

Žalobce má za to, že předběžné šetření, a v jeho rámci především žádost ze dne 22.10.2010, představují trvajících nezákonný zásah žalovaného, jímž je žalobce zkracován na svých právech.

II. Shrnutí procesních stanovisek účastníků

Žalobce požaduje, aby zdejší soud vydal rozsudek, kterým by žalovanému zakázal pokračovat v provádění úkonů v rámci předběžného šetření, vedeného žalovaným pod sp. zn. P615/2008/DP, a zakázal vyžadovat po žalobci informace a podklady v rozsahu odpovídajícím žádosti žalovaného č.j. ÚOIIS-P615/2008/DP-15953/2010/820/JKó ze dne 22.10.2010. Žalobce tvrdí, že s ním žalovaný od 19.11.2008 (mimo správní řízení) vede předběžné šetření, v rámci něhož po žalobci opakovaně požaduje poskytování velmi rozsáhlého množství detailních informací a podkladových materiálů jejichž shromažďování, vytváření a ověřování vyvolává na straně žalobce vysoké finanční, časové a kapacitní náklady.

Předběžné šetření probíhá podle žalobce již dva roky, během kterých žalovaný vůči žalobci směřoval značné množství žádostí o poskytnutí informací, z nichž zejména poslední žádost ze dne 22.10.2010 a rovněž žádost ze dne 16.9.2009 a na ni navazující žádosti jsou z hlediska rozsahu, povahy a stupně detailu požadovaných informací mimořádně obsáhlé. Takový postup žalovaného je v rozporu se zásadou proporcionality a spravedlivého procesu a je ve svém důsledku nezákonný. Z § 21e

zákona o ochraně hospodářské soutěže vyplývá pravomoc žalovaného požadovat v rámci správního řízení od soutěžitelů podklady a informace, které mohou mít význam pro objasnění předmětu řízení. Tyto podklady a informace jsou soutěžitelé povinni žalovanému poskytovat pod hrozbou sankce dle § 22c uvedeného zákona. Ust. § 20 odst. 3 téhož zákona stanoví, že při výkonu šetření postupuje žalovaný přiměřeně mj. podle § 21e uvedeného zákona. Pravomoci žalovaného v rámci předběžného šetření včetně pravomoci požadovat podklady a informace nejsou bezbřehé a jejich rozsah a způsob uplatnění je třeba přizpůsobit dané procesní situaci a účelu. Odkaz na přiměřené (nikoli obdobné) použití § 21e uvedeného zákona vyžaduje, aby žalovaný zohlednil povahu šetření a výkon svých procesních oprávnění omezil na nezbytně nutnou míru. Přiměřenost postupu žalovaného by se měla projevit mimo jiné tím, že by žalovaný měl požadovat informace nikoli v rozsahu nutném pro učinění definitivního závěru o tom, zda došlo k protisoutěžním jednání, ale pouze v rozsahu nezbytném pro předběžné posouzení otázky existence podezření z takového jednání, které by jej případně mohlo vést k zahájení řízení z moci úřední. Žalovaný podle žalobce požaduje nové a stále detailnější a obsáhlejší informace k vymezení relevantního trhu a posouzení chování žalobce (jak plyne ze žádosti ze dne 22.10.2010), což může podle žalobce znamenat dvojí: buď se žalovaný snaží definovat relevantní trh jako takový, aby na něm bylo možno shledat dominantní postavení žalobce, anebo (podle žalobce to spíše) již k takovému určení došlo a žalovaný si učinil i závěry ohledně postavení žalobce, ale tyto závěry zůstávají žalobci utajeny; takový postup podle žalobce nelze akceptovat. Povaha předběžného šetření podle žalobce svým charakterem materiálně vykročila z rámce předběžné dozorové činnosti ve smyslu § 20 uvedeného zákona a stala se *de facto* správním řízením o žalobci neznámém domnělém protisoutěžním deliktu, které však žalovaný dosud formálně nezahájil - a žalobci tak nepřiznává procesní práva, která by ve správním řízení jinak mohl uplatňovat.

Žalobce též podrobně argumentuje v tom smyslu, že postup žalovaného, který ani po obdržení velmi rozsáhlých podkladů od žalobce v průběhu dvou let nezahájil správní řízení (a ani předběžné šetření neukončil), představuje v kontextu soustavných změn předmětu šetření a rozsáhlosti požadavků žalovaného porušení práva žalobce na spravedlivý proces; žalobci není známa přesná kvalifikace domnělého deliktu, nelze nahlédnout do spisu a konfrontovat důkazy, nelze procesně relevantním způsobem reagovat na kroky žalovaného, čímž fakticky žalovaný obchází oprávnění žalobce vymezená správním řádem, a zároveň zcela neodůvodněně udržuje žalobce v dlouhodobé nejistotě ohledně povahy a skutkového vymezení protisoutěžního jednání, z něhož má být podezírán. Žalobce připomíná pravidlo o koncentraci v samotném správním řízení vyplývající z § 21b uvedeného zákona, které v kombinaci s postupem, kdy jsou veškeré rozhodné skutečnosti a důkazy ohledně šetřeného deliktu žalovaným získávány již v rámci předběžného šetření, zužují uplatnění práva žalobce na účinnou obhajobu.

Žalobce též poukazuje na to, že žalovaný v průběhu předběžného šetření opakovaně podstatně mění a rozšiřuje jeho předmět a časové zaměření.

Žalobce tedy považuje postup žalovaného za nezákonný a navrhuje, aby zdejší soud zakázal žalovanému pokračovat v provádění úkonů v rámci předběžného šetření a zakázal vyžadovat po žalobci informace a podklady v rozsahu odpovídajícím zatím poslední žádosti žalovaného ze dne 22.10.2010.

Žalovaný ve svém písemném vyjádření navrhl žalobu jako nedůvodnou zamítnout.

Podle žalovaného se v této věci nejedná o nezákonný zásah. Jednak nejsou splněny podmínky pro to, aby žaloba mohla být vůbec podána, a i kdyby tomu tak bylo, je postup žalovaného v souladu se zákonem, ústavním právem, mezinárodním právem i právem unijním. Žalovaný vede na základě podnětu pod sp. zn. P615/2008/DP předběžné šetření v sektoru elektronických komunikací pro možné stlačování marží a vyzval žalobce ve smyslu § 20 odst. 1 písm. a) a odst. 3 ve spojení s § 21e zákona o ochraně hospodářské soutěže k poskytnutí podkladů. Jde o předběžnou dozorovou činnost žalovaného, jež je nezbytná pro zjišťování stavu soutěžního prostředí zejména na vysoce oligopolních trzích. Žalobce nemůže být na svých právech zasažen žádostmi o poskytnutí podkladů; k takovému zásahu by i podle žalobce mohlo dojít teprve následně – užitím takto získaných podkladů. Negativní důsledky by pro žalobce mohlo mít pouze nesplnění výzvy žalovaného, neboť žalobce by se v takovém případě vystavoval nebezpečí uložení pokuty podle § 22c zákona o ochraně hospodářské soutěže; ani zde by se tedy nejednalo o zásah do práv přímo na základě žádosti o poskytnutí podkladů, ale až následně – na základě rozhodnutí o uložení pokuty.

Pokud žalobce požaduje uložit žalovanému zákaz pokračovat v provádění předběžného šetření, pro vyslovení takového obecného zákazu však neexistuje důvod. V rámci dvouletého předběžného šetření požadoval žalovaný podklady, jež byly obdobného charakteru, množství a struktury, jak byly vyžadovány i od ostatních soutěžitelů působících na trhu elektronických komunikací. Obdobné informace poskytuje žalobce též Českému telekomunikačnímu úřadu. Žalovaný má za nepochybné, že jde o informace, jež jsou přiměřené povaze a účelu předběžného šetření mimo správní řízení.

Postup žalovaného má navíc oporu v zákoně o ochraně hospodářské soutěže (§ 21e, § 21f a § 21g) – nelze tedy tvrdit, že postup žalovaného není souladný se zákonem.

Žalobce byl opakovaně informován o tom, že podklady jsou vyžadovány v rámci šetření soutěžních podmínek na předmětných trzích. V každém jednotlivém případě žalovaný uvedl právní důvod a účel, o nějž se konkrétní žádosti opíraly. Pokud jde o délku předběžného šetření, ta je přímo úměrná komplexnosti šetření, rozsahu vyžadovaných dat a informací a nutnosti jejich podrobného hodnocení. Správní řízení

nebylo dosud zahájeno, neboť v současné době žalovaný nedisponuje podklady a informacemi, jež by hodnověrným způsobem odůvodňovaly zahájení správního řízení pro možné narušení hospodářské soutěže na zkoumaných trzích.

Data obdobného rozsahu a v obdobných lhůtách žalovanému poskytl i jiný soutěžitel – a sice T-Mobile Czech Republic a.s.; ani rozsah, ani lhůty nejsou nepřiměřené.

III. Podstatné skutečnosti

Z listin, které byly soudu předloženy, vyplývají zejména následující podstatné skutečnosti:

Podle žádosti žalovaného ze dne 19.11.2008 měl žalobce ve vztahu k cenové nabídce O2 Duo 8 a 16 M popsat fungování celého systému připojování k síti, v jakém bodě a za jakých podmínek do tohoto bodu vstupují a dále využívají ostatní operátoři, a dále uvést aktuální výši velkoobchodní ceny za přístup, jakým způsobem je stanovena, specifikovat výši jednotlivých nákladů, které jsou z ní hrazeny a výši marže, která zůstane po uhrazení nákladů, uvést aktuální výši všech dalších poplatků, které ostatní operátoři hradí žalobci za přístup a používání sítě, a objasnit, jakým způsobem jsou stanoveny a hrazeny, uvést aktuální výši nákladů spojených s využíváním přístupu a používáním sítě žalobce, uvést aktuální výši jednotlivých položek celkových nákladů spojených s prodejem a podporou produktu O2 Duo 8 a 16 M, uvést aktuální výši nákladů rozpočítaných na zákazníka u produktu O2 Duo 8 a 16 M a popsat, jak žalobce tyto náklady stanovuje, a rozdělit je na fixní a variabilní, uvést aktuální výši nákladů na službu aktivace a jejich strukturu a jakým způsobem je hrazen aktivační poplatek a další slevy u zákazníků, kteří uzavřou smlouvu na období delší než 12 měsíců, a objasnit a doložit důvody poskytování těchto slev, uvést aktuální výši počtu zákazníků, kteří využívají produkt O2 Duo 8 a 16 M za zvýhodněných podmínek, a počtu zákazníků, kteří využívají zmíněné produkty za standardních podmínek, uvést předpokládanou a průměrnou dobu setrvání zákazníka u daného produktu a z jakých údajů při stanovení její délky žalobce vychází a uvést, na jakou dobu jsou uzavírány smlouvy se zákazníky u produktu O2 Duo 8 a 16 M.

Podle žádosti žalovaného ze dne 5.12.2008 měl žalobce objasnit důvody snížení cen všech tarifů (od prosince 2008), které v sobě zahrnují 16 Mb přípojku ADSL, a uvést, jakým způsobem se tyto důvody projeví ve velkoobchodní ceně.

Podle žádosti žalovaného ze dne 29.1.2009 měl žalobce podklady předložené dne 10.12.2008 a 19.12.2008 doplnit o další podklady, specifikované zvláště pro poskytování hlasových služeb a datových služeb; konkrétně měl žalobce uvést výši velkoobchodní ceny za přístup na kalkulační jednici, včetně veškerých dalších nákladů a jejich struktury, které se vztahují k produktům O2 Duo 8 a 16 M, uvést výši marže žalobce u velkoobchodní nabídky pro jednotlivé alternativní operátory, uvést výši

vlastních nákladů na zákazníka, resp. jinou položku kalkulační jednice, spojených s využíváním přístupu a používání sítě žalobce, uvést výši maloobchodní ceny produktů O2 Duo 8 a 16 M žalobce a výši marže na zákazníka a předložit chronologicky řazený přehled všech akčních nabídek týkajících se produktu O2 Duo 8 a 16 M za rok 2008 včetně cenových podmínek, podmínek úpisu a doby trvání každé nabídky, to vše v měsíčních intervalech, včetně veškerých jejich změn, za období roku 2008.

Podle žádosti ze dne 16.9.2009 měl žalobce na základě informací z databáze zákazníků vytvořit ve specifikovaném formátu datový soubor složený ze sedmi tabulek obsahující informace o identifikaci žalobce a o jím poskytovaných produktech; obsahem měl být podrobný popis jednotlivých produktů a jejich specifik, vývoj finančních ukazatelů k danému produktu v čase, vývoj ceny produktu, seznam předepsaných plateb za daný produkt na individuální úrovni a seznam nově aktivovaných a deaktivovaných přípojek. Požadavky a instrukce žalovaného jsou rozepsány na 10 stranách textu, to vše je na str. 11 žádosti ze dne 16.9.2009 doplněno dalšími požadavky žalovaného. Žalobce podle nich měl zaslat studie o trhu, marketingové studie a obchodní plány a případně jiné informace o vývoji trhu, kterými žalobce disponuje, a to za období od roku 2004 do současnosti. Pro každou nabízenou službu/produkt měl žalobce popsat, jaké soutěžitele, technologické platformy a nabízené služby/produkty k nim na trhu vnímá jako konkurenci a zda a jakým způsobem přihlíží k cenám konkurenčních služeb/produktů při určování cen, a to za období roku 2004 až do současnosti. Dále měl žalobce uvést a detailně rozebrat stávající volné kapacity sítě pro služby připojení k internetu a plány na rozšíření těchto kapacit včetně finanční náročnosti, a to podle jednotlivých lokalit, uvést, na základě jakých parametrů se obecně rozhoduje, zda rozšiřovat či nerozšiřovat své kapacity, dále měl sdělit počet tzv. neaktivních přípojek ve své síti; ke všem produktům měl žalobce poskytnout smluvní podmínky, za kterých byly tyto produkty nabízeny, a jejich ceníky platné v době poskytování produktu a dále poskytnout přehled veškerých marketingových a promo akcí vztahujících se k produktům včetně jejich podrobného popisu, zejména měl žalobce uvést, kterého produktu se daná akce týkala, odkdy a dokdy bylo možné akci využít, jaké byly její podmínky, o jaké zvýhodnění se jednalo, zda byla akce nabízena jen určité skupině zákazníků, a počet přípojek, které byly v rámci dané akce zapojeny. Účelem poskytnutí informací mělo být podle úvodního odstavce žádosti ze dne 16.9.2009 vymezení relevantního trhu a posouzení chování žalobce. Šetření bylo označeno stále stejnou spisovou značkou (P 615/08/DP), bylo označeno jako šetření „... v sektoru elektronických komunikací na základě obdrženého podnětu ve věci možného zneužití dominantního postavení formou stlačování marží... (žalobcem)...“.

V přípisu žalovaného ze dne 12.11.2009 je mimo jiné uvedeno, že žalovaný „...dosud nezahájil správní řízení, neboť v současné době nedisponuje dostatkem podkladů a informací, jež by nasvědčovaly možnému zneužití dominantního postavení ... (žalobcem)...“.

Požadavky žalovaného byly pak dále mezi žalovaným a žalobcem komunikovány, žalobce postupně předkládal žalovanému podklady, žalovaný reagoval svými příписy ze dne 22.12.2009, ze dne 15.1.2010, ze dne 29.1.2010, ze dne 10.2.2010 a ze dne 9.4.2010.

Přípisem žalovaného ze dne 22.10.2010 byl žalobce vyzván k předložení dalších podkladů. Účel šetření je vymezen shodně jako v případě přípisu žalovaného ze dne 16.9.2009. Požadavky instrukce žalovaného jsou rozepsány na 7 stranách textu; žalovaný požaduje předložit údaje týkající se období od 1.1.2005 do 31.12.2009 z podstatné části na měsíční bázi a ve vztahu k jednotlivým produktům žalobce podávající mimo jiné informace o tržbách, počtech zákazníků a přípojek, kapacitě sítě, cenících, součástí žalobcovy reakce má být i podrobné vysvětlení k jednotlivým položkám, žalobce má podrobně popsat např. všechny metody a postupy, které byly použity při alokaci nákladů a příjmů k jednotlivým položkám, a předložit veškeré obchodní plány, strategické plány, interní strategie, reporty a analýzy, veškeré dostupné analýzy a průzkumy trhu, analýzy externích poradců, spotřebitelské průzkumy, plány a kalkulace spojené se zavedením a realizací nabídky ADSL služeb a dále má podrobně rozepisovat v žalovaným požadované struktúře jednotlivé konkrétní nákladové položky (to vše na str. 1 – 7 výzvy žalovaného ze dne 22.10.2010).

Žalobce soudu předložil 4 DVD nosiče s informacemi, které předložil žalovanému k jeho výzvam.

Soud za účelem zjištění skutkového stavu věci ke dni svého rozhodnutí nařídil jednání a zjistil v jeho průběhu tyto skutečnosti:

Podle vyjádření žalovaného na jednání soudu dne 13.1.2011 spis „P 615/08/DP“ obsahuje cca „8 šanonů listin“. Předběžné šetření je podle vyjádření žalovaného vedeno od „konce roku 2008“ a stále v něm žalovaný pokračuje.

K dotazu soudu, co bylo spouštěcím mechanismem – důvodem, podnětem – zahájení předběžného šetření v listopadu 2008, uvedl žalovaný, že důvodem byl podnět směřující proti žalobci poukazující na možné zneužití dominantního postavení žalobcem.

K dotazu soudu, zda v mezidobí od listopadu 2008 dosud byl původní „spouštěcí mechanismus“ – důvod, podnět – zahájení předběžného šetření nějak doplněn, např. novým, dalším podnětem k šetření došlým žalovanému, uvedl žalovaný, že nikoli; stále jde o předběžné šetření, kterým je prověřován podnět došlý před zahájením předběžného šetření.

K dotazu soudu, zda žalovaný považuje předmět předběžného šetření za měněný v průběhu jeho vedení, tj. od listopadu 2008 dosud, uvedl žalovaný, že nikoli; žalovaný poukázal na to, že v praxi dochází k situacím, kdy na základě aktuálně

zjištěných skutečností dochází k „posunu“ ve vymezení důvodu šetření ve vztahu k prověřování téhož podnětu, to se stalo i v tomto případě.

Pokud žalovaný ve svém vyjádření k žalobě (bod 13.) uvádí, že vede předběžné šetření v sektoru elektronických komunikací, pak k dotazu soudu, zda toto byl předmět předběžného šetření od jeho počátku, tj. už od 19.11.2008, žalovaný uvedl, že ano. K dotazu soudu, zda jde o šetření coby výkon dozoru nad tím, zda konkrétně žalobce dodržuje pravidla stanovená zákonem o ochraně hospodářské soutěže (podle současného § 20 odst. 1 písm. a/ zákona o ochraně hospodářské soutěže), anebo o sektorové šetření (podle současného § 20 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže), žalovaný uvedl, že jde o prověřování podnětu ve vztahu k žalobci, tedy o šetření podle současného § 20 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže, nikoli o sektorové šetření podle současného § 20 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Jediným subjektem, ve vztahu k němuž je předběžné šetření uskutečňováno, je žalobce; s nikým jiným není toto předběžné šetření podle vyjádření žalovaného vedeno.

K dotazu soudu, zda ten, vůči němuž je vedeno předběžné šetření, má po dobu vedení předběžného šetření přístup do spisu, žalovaný uvedl, že nikoli. Po případném zahájení správního řízení navazujícího na předběžné šetření má ten, s nímž je pak správní řízení zahájeno, přístup do správního spisu, do něhož jsou listiny opatřené před zahájením správního řízení v rámci předběžného šetření zařazeny a stávají se jeho součástí.

K dotazu soudu ohledně specifikace období, v němž žalobce nabízel cenovou nabídku O2 Duo 8 a 16 M, uvedl žalobce, že se jednalo o období „druhé poloviny roku 2008“.

Pokud žalovaný v bodu 15. svého vyjádření k žalobě uvádí, že takové podklady (informace) žalobce poskytuje i Českému telekomunikačnímu úřadu, k dotazu soudu, čím hodlá doložit, že se jedná o shodné informace, žalovaný uvedl, že se nejedná o „tytéž“ informace, nýbrž o „obdobné“ informace; k prokázání rozsahu těchto informací navrhl žalovaný odročit jednání tak, aby mohl upřesnit návrh na doplnění dokazování ohledně této otázky.

IV. Posouzení věci

Mezi účastníky je nesporné, že ve věci není vedeno správní řízení. Tato skutečnost je z pohledu dalších úvah zdejšího soudu podstatná. Předběžné šetření začalo v listopadu 2008, stále pokračuje – v tuto chvíli je vedeno cca 2 roky a 2 měsíce.

Předběžné šetření žalovaný zahájil za účinnosti zákona o ochraně hospodářské soutěže ve znění před novelou provedenou zákonem č. 155/2009 Sb., od 1.9.2009

v něm pokračuje za účinnosti zákona o ochraně hospodářské soutěže ve znění po účinnosti této novely. Podle čl. II. zákona č. 155/2009 Sb., přechodného ustanovení, řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se dokončí podle zákona o ochraně hospodářské soutěže, ve znění účinném do dne nabytí účinnosti tohoto zákona (tj. do 1.9.2009). „Řízením“ podle čl. II. zákona č. 155/2009 Sb. je třeba rozumět „správní řízení“; ohledně správních řízení je najisto postaveno, kdy započala, a ohledně nich je najisto vymezen též právní rámec, v němž jsou vedena. Nebylo-li v dané věci zahájeno správní řízení, pak se neaplikuje pravidlo vyplývající z přechodného ustanovení (čl. II. zákona č. 155/2009 Sb.), podle něhož se řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle zákona o ochraně hospodářské soutěže, ve znění účinném do dne nabytí účinnosti tohoto zákona (tj. do 1.9.2009), ale jednotlivé úkony v rámci předběžného šetření jsou uskutečňovány podle aktuálně účinné právní úpravy (tj. té právní úpravy, která je účinná v okamžiku, kdy je konkrétní úkon uskutečňován).

Právní rámec předběžného šetření uskutečňovaného v této věci žalovaným je tedy dán právním stavem účinným před novelou zákona o ochraně hospodářské soutěže provedenou zákonem č. 155/2009 Sb. (do 31.8.2009) a po této novele (od 1.9.2009).

V období od listopadu 2008 do 31.8.2009 (do účinnosti novely zákona o ochraně hospodářské soutěže provedené zákonem č. 155/2009 Sb.) byla účinná právní úprava, podle které (podle § 20 odst. 1 písm. a/ zákona o ochraně hospodářské soutěže) Úřad (žalovaný) kromě pravomocí podle jiných ustanovení tohoto zákona vykonává dozor nad tím, zda a jakým způsobem soutěžitelé plní povinnosti vyplývající pro ně z tohoto zákona nebo z rozhodnutí Úřadu vydaných na základě tohoto zákona. Podle § 20 odst. 2 téhož zákona při výkonu dozoru podle odstavce 1 písm. a) může Úřad zahájit řízení z vlastního podnětu. Při výkonu dozoru postupuje Úřad přiměřeně podle § 21 odst. 5 až 9 téhož zákona.

Podle § 21 odst. 5 uvedeného zákona v řízeních vedených Úřadem podle tohoto zákona jsou soutěžitelé povinni podrobit se šetření Úřadu. Pro účely těchto šetření je Úřad oprávněn vyžadovat od soutěžitelů, a pokud zvláštní právní předpis nestanoví jinak, od orgánů veřejné správy podklady a informace potřebné pro svoji činnost a prověřovat jejich úplnost, pravdivost a správnost. K tomuto účelu jsou zaměstnanci Úřadu oprávněni vstupovat na pozemky, do všech objektů, místností a dopravních prostředků, které jsou užívány soutěžiteli při jejich podnikatelské činnosti, nahlížet do obchodních knih a jiných obchodních záznamů, pořizovat si z nich výpisy a na místě požadovat ústní vysvětlení. K zajištění účelu šetření mohou zaměstnanci Úřadu obchodní prostory, popřípadě skříně, schránky, obchodní knihy a jiné obchodní záznamy v nich se nacházející zapečetit na dobu a v rozsahu nezbytném k provedení šetření. Je-li důvodné podezření, že se obchodní knihy nebo jiné obchodní záznamy nacházejí v jiných než obchodních prostorách, včetně bytů fyzických osob, které jsou statutárními orgány nebo jejich členy nebo zaměstnanci, může šetření s předchozím souhlasem soudu) probíhat i v nich.

Podle § 21 odst. 6 uvedeného zákona za účelem šetření v obchodních nebo v jiných než obchodních prostorách je Úřad oprávněn zjednat si do těchto prostor přístup, popřípadě otevřít uzavřené skříně nebo schránky. Každý, v jehož objektu se obchodní nebo jiné než obchodní prostory nalézají, je povinen strpět šetření v těchto prostorách; nesplní-li tuto povinnost, jsou zaměstnanci Úřadu oprávněni zjednat si k obchodním nebo jiným než obchodním prostorám přístup.

Podle § 21 odst. 7 uvedeného zákona jsou soutěžitelé povinni poskytnout Úřadu na jeho vyžádání úplné, správné a pravdivé podklady a informace ve lhůtě jím stanovené a umožnit jejich prověření způsobem podle § 21 odstavce 5. Tato povinnost se vztahuje rovněž na orgány veřejné správy, pokud zvláštní právní předpis nestanoví jinak.

Podle § 21 odst. 8 uvedeného zákona při vyžádání podkladů a informací Úřad uvede právní důvod a účel šetření a upozorní na to, že za jejich neposkytnutí nebo neumožnění jejich prověření může Úřad uložit pokutu podle § 22 uvedeného zákona.

Podle § 21 odst. 9 uvedeného zákona na návrh účastníka řízení, jeví-li se to z povahy věci potřebné, Úřad nařídí ústní jednání. Úřad může k ústnímu jednání předvolat jako svědky osoby, jejichž informace mohou přispět k úplnému, skutečnému a spolehlivému zjištění stavu věci.

V období od 1.9.2009 (od účinnosti novely zákona o ochraně hospodářské soutěže provedené zákonem č. 155/2009 Sb.) je účinná obdobná právní úprava, podle níž (podle § 20 odst. 1 písm. a/ uvedeného zákona) Úřad kromě pravomocí podle jiných ustanovení tohoto zákona vykonává dozor nad tím, zda a jakým způsobem soutěžitelé plní povinnosti vyplývající pro ně z tohoto zákona nebo z rozhodnutí Úřadu vydaných na základě tohoto zákona. Podle § 20 odst. 2 uvedeného zákona v případech, kdy situace na jednotlivých trzích naznačuje, že hospodářská soutěž je narušena, provádí Úřad na takových trzích šetření soutěžních podmínek („sektorová šetření“) a navrhuje opatření k jejich zlepšení, zejména vydává zprávy, jejichž obsahem jsou doporučení ke zlepšení soutěžních podmínek. Podle § 20 odst. 3 téhož zákona při výkonu dozoru podle odstavce 1 písm. a) a provádění sektorových šetření podle odstavce 2 postupuje Úřad přiměřeně podle § 21e, 21f a 21g a může zahájit řízení z moci úřední.

Podle § 21e uvedeného zákona soutěžitelé jsou povinni poskytnout Úřadu na jeho písemnou žádost ve lhůtě jím stanovené úplné, správné a pravdivé podklady a informace, včetně obchodních knih, jiných obchodních záznamů nebo jiných záznamů, které mohou mít význam pro objasnění předmětu řízení (odst. 1). Při vyžádání podkladů a informací, včetně obchodních záznamů, Úřad uvede právní důvod a účel šetření a upozorní na to, že za jejich neposkytnutí nebo neumožnění jejich prověření může Úřad uložit pokutu podle § 22c (odst. 2). Povinnost bezplatně poskytnout Úřadu

na jeho písemnou žádost podklady a informace, které mají k dispozici, mají i orgány veřejné moci; podklady a informace získané orgány veřejné moci, včetně orgánů činných v trestním řízení, mohou být použity jako podklad rozhodnutí Úřadu. V žádosti o poskytnutí informací je Úřad povinen uvést ustanovení zákona, o které svůj požadavek opírá, rozsah údajů, jejichž poskytnutí požaduje, a účel, pro který dané informace požaduje (odst. 3).

Podle § 21f uvedeného zákona soutěžitelé jsou povinni podrobit se šetření Úřadu na pozemcích a ve všech objektech, místnostech a dopravních prostředcích, které užívají při své činnosti v hospodářské soutěži (odst. 1). V rámci šetření jsou zaměstnanci Úřadu, případně další Úřadem pověřené osoby, oprávněni a) vstupovat do obchodních prostor soutěžitelů, u kterých šetření probíhá, b) ověřit, zda se v případě dokumentů a záznamů jedná o obchodní záznamy, c) nahlížet do obchodních záznamů, které se v obchodních prostorách nacházejí nebo jsou z nich přístupné, bez ohledu na to, v jaké formě jsou uloženy, d) kopírovat nebo získávat v jakékoli formě kopie nebo výpisy z obchodních záznamů, e) pečtit obchodní prostory, popřípadě skříně, schránky nebo obchodní záznamy v nich se nacházející na dobu a v rozsahu nezbytném k provedení šetření, f) požadovat od soutěžitele a osob v pracovněprávním nebo jiném obdobném vztahu k němu, případně osob, které soutěžitel pověřil vykonávat v jeho prospěch určité činnosti, v nezbytném rozsahu součinnost nezbytnou k provedení šetření, jakož i vysvětlení k obchodním záznamům (odst. 2). Soutěžitel je povinen poskytnout Úřadu při provádění šetření nezbytnou součinnost k výkonu jeho oprávnění podle odstavce 2 a výkon těchto oprávnění strpět (odst. 3). Za účelem šetření v obchodních prostorách jsou zaměstnanci Úřadu oprávněni zjednat si do těchto prostor přístup, otevřít uzavřené skříně nebo schránky, popřípadě si jiným způsobem zjednat přístup k obchodním záznamům. Každý, v jehož objektu se takové obchodní prostory nalézají, je povinen strpět šetření v těchto prostorách; nesplní-li tuto povinnost, jsou zaměstnanci Úřadu oprávněni zjednat si k nim přístup (odst. 4). Před zahájením šetření sdělí Úřad soutěžiteli, v jehož obchodních prostorách má šetření na místě proběhnout, právní důvod a účel šetření a poučí ho o jeho právech a povinnostech podle tohoto zákona, včetně možnosti uložení pokuty (odst. 5).

Podle § 21g uvedeného zákona je-li důvodné podezření, že se obchodní záznamy nacházejí v jiných než obchodních prostorách, včetně bytů fyzických osob, které jsou statutárními orgány soutěžitele nebo jejich členy nebo jsou k soutěžiteli v pracovněprávním nebo obdobném vztahu, může šetření s předchozím souhlasem soudu probíhat i v takových prostorách (odst. 1). Ustanovení o šetření na místě v obchodních prostorách se užijí obdobně, vyjma ustanovení § 21f odst. 2 písm. e) (odst. 2).

Za shora uvedeného stavu zdejší soud posuzoval nejprve to, zda je v této věci dán dostatek legitimace aktivní i pasivní podle § 82 a § 83 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s.ř.s.“), a dodržením lhůty po podání žaloby (§ 84 s.ř.s.); teprve v případě dostatku aktivní a pasivní legitimace a dodržení lhůty se mohl zabývat dalšími podmínkami podávanými z § 82 s.ř.s.

Aktivní legitimace (§ 82 s.ř.s.) svědčí každému, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech zásahem správního orgánu. Určující skutečností pro vyslovení závěru o existenci aktivní legitimace na straně žalobce je tedy fakt tvrzení přímého zkrácení na právech zásahem správního orgánu, nikoli skutečnost, že k přímému zásahu do práv žalobce skutečně došlo (to již je otázkou pro posouzení žaloby ve věci). Tato podmínka řízení je tedy splněna. Pokud jde o legitimaci pasivní, § 83 s.ř.s. stanoví, že žalovaným je správní orgán, který podle žalobního tvrzení provedl zásah. Tu je nepochybně správním orgánem žalovaný; jeho identifikace není spornou, spornou není ani skutečnost, že jde o správní orgán. I tato podmínka řízení je tedy splněna.

Pokud jde o podmínku včasnosti žaloby podávanou z § 84 odst. 1 s.ř.s. (při jejím nedostatku by musela být žaloba odmítnuta podle § 46 odst. 1 písm. b/ s.ř.s., a tedy touto otázkou je tedy také třeba se zabývat předtím, než soud přistoupí k meritornímu projednání žaloby), i ta je dle soudu splněna. Žaloba byla totiž podána ve lhůtě dvou měsíců ode dne, kdy se žalobce o posledním z úkonů žalovaného, v nichž spatřuje nezákonný zásah, dozvěděl; žalovaný stále vede předběžné šetření, které podle žalobce vybočilo z rámce takového šetření, přitom poslední žádost žalovaného o předložení podkladů v takto vedeném předběžném šetření byla ze dne 22.10.2010 a žalobce podal žalobu dne 10.11.2010.

Ze shora popsaného skutkového stavu rovněž vyplývá, že žalobcem tvrzený nezákonný zásah nadále trvá (§ 82 s.ř.s. *in fine*).

Zdejší soud se za tohoto stavu zaměřil na posouzení otázky, zda se v daném případě vůbec může pojmově jednat o nezákonný zásah, kterým by žalobce mohl být na svých právech zkrácen ve smyslu § 82 s.ř.s. Tímto se však již zdejší soud musel zabývat v rámci úvah o věci samé. Jak totiž uvedl Nejvyšší správní soud např. v rozsudku ze dne 20. 9. 2006 v právní věci sp. zn. 3 Aps 4/2005, „...závěr o tom, zda se skutečně jednalo o nezákonný zásah, je již závěrem hmotněprávním, dle něhož je posouzena důvodnost žaloby...“. Shodně se pak vyslovil i rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v usnesení ze dne 16.12.2008 v právní věci sp. zn. 8 Aps 6/2007, když uvedl, že „...posouzení, zda úkon správního orgánu může být pojmově nezákonným zásahem, pokynem nebo domucením ve smyslu § 82 s.ř.s., je otázkou důvodnosti žaloby (součástí rozhodnutí ve věci samé), nikoli otázkou existence podmínek řízení dle § 46 odst. 1 písm. a) s.ř.s....“; věcně shodně Nejvyšší správní soud judikoval i v dalších rozsudcích, např. v rozsudku ze dne 14. 2. 2006 v právní věci sp. zn. 1 Afs 40/2005 nebo ze dne 19.9.2007 v právní věci sp. zn. 9 Aps 1/2007. Z právě uvedeného tedy plyne, že pokud by zdejší soud dospěl k závěru, že se nemůže jednat o nezákonný zásah ve smyslu § 82 s.ř.s., jak argumentuje žalovaný, nemůže žalobu odmítnout (jako nepřipustnou), jak navrhuje žalovaný, nejvýše ji může zamítnout (jako nedůvodnou).

Zdejší soud vychází z konstantně judikovaného východiska, že cestou § 82 a násl. s.ř.s. se nelze úspěšně domáhat ochrany před jakýmkoli aktem správního orgánu

(jenž není rozhodnutím), nýbrž pouze před takovým, který, jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 17. 3. 2005 v právní věci sp. zn. 2 Aps 1/2005, publikovaném pod č. 603/2005 Sb. NSS, kumulativně splňuje následující podmínky: žalobce musí být přímo (1. podmínka) zkrácen na svých právech (2. podmínka) nezákonným (3. podmínka) zásahem, pokynem nebo donucením (tj. "zásahem" správního orgánu v širším smyslu) správního orgánu, které nejsou rozhodnutím (4. podmínka), který byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasaženo (5. podmínka), přičemž „zásah“ v širším smyslu nebo jeho důsledky musí trvat nebo musí hrozit opakování „zásahu“ (6. podmínka). Není-li byt' jen jediná z uvedených podmínek splněna, nelze ochranu podle § 82 a násl. s. ř. s. důvodně poskytnout.

Prvotně jsou soudy ve správním soudnictví povinny zkoumat splnění podmínky č. 4, tedy existenci zásahu, neboť neexistence znaku „zásahu“ je první otázkou při posuzování důvodnosti žaloby (najisto je již přítom postaveno, že nikoli přípustnosti, jak je shora uvedeno).

Pojem zásah (ve významu § 82 s.ř.s.) není definován žádným ustanovením s.ř.s. ani jiného právního předpisu. Zdejší soud tedy na základě obecně uznávaných doktrinálních východisek (srov. např. Hendrych, D. a kol., Správní právo, Obecná část, 5. vydání, Praha, C.H.Beck 2003, str. 178 a násl.) a předchozí rozhodovací praxe Ústavního soudu (srov. např. nálezy v právní věci sp. zn. I. ÚS 512/02 ze dne 20.11.2002, usnesení v právní věci sp. zn. I. ÚS 422/99 ze dne 8.12.1999) a Nejvyššího správního soudu (usnesení rozšířeného senátu ve věci sp. zn. 2 Afs 144/2004 ze dne 31.8.2005, rozsudky v právních věcech sp. zn. 3 As 52/2003 ze dne 1.12.2004, 2 Aps 1/2005 ze dne 17.3.2005, 2 Aps 3/2004 ze dne 4.8.2005, usnesení v právní věci sp. zn. 2 Afs 144/2004 ze dne 2.11.2005) vyložil pojem zásah (ve smyslu § 82 s.ř.s.) tak, že jím mohou být aktivní úkony správních orgánů nebo jiných součástí veřejné správy v rámci výkonu veřejné moci, související s výkonem správní činnosti označované jako „správní dozor“ v nejširším smyslu. Může se tak typově jednat o jednorázový a protiprávní útok orgánů veřejné moci vůči základním ústavně zaručeným právům, který v době svého působení představuje trvalé ohrožení po právu existujícího stavu. Musí být zároveň splněna podmínka bezprostřednosti takového zásahu (doktrína hovoří o bezprostředním zásahu v souvislosti se správní činností k odvrácení nebezpečí, které bezprostředně ohrožuje právem chráněné zájmy, jímž veřejná správa fyzicky zasahuje do právních poměrů osob, které toto ohrožení vyvolaly, popř. třetích osob, a omezuje je v jejich právech). Tradičně jsou za takový zásah považovány autoritativní úkony úředních osob bezprostředně omezující jejich adresáty v jednání, jež by jinak uskutečňovat mohli, které pro svoji neodkladnost nejsou uskutečňovány jinak obvyklým procesním postupem respektujícím všechna procesní pravidla správního řízení zakončeným vydáním správního rozhodnutí. Důvodem takových autoritativních úkonů je typicky neodkladná potřeba ochrany života, zdraví, majetku a veřejného pořádku.

Právě uvedené pojetí nalezlo dle zdejšího soudu svůj odraz i v důvodech kodifikace řízení o ochraně před nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením

správního orgánu do s.ř.s. (§ 82 a násl. s.ř.s.). Podle důvodové zprávy k vládnímu návrhu s.ř.s. jde o další novou formu soudní ochrany ve správním soudnictví, jejíž osnova pokrývá širokou škálu tzv. faktických zásahů, typicky různých policejních přehmatů, kde byla veřejností i soudní judikaturou pocíťována zákonná mezera veřejnoprávní ochrany. Pravomoc soudu tu byla formulována jen jako subsidiární; nastupuje tedy jen tam, kde jiná právní možnost ochrany chybí. Tento přístup je konstantně potvrzován i judikaturou správních soudů (ve vztahu k posouzení vedení samotného správního řízení i ve vztahu k jednotlivým úkonům v rámci správního řízení); podle Nejvyššího správního soudu „...nelze vyloučit, že konkrétní úkon správního orgánu v rámci vedení správního řízení by mohl být nezákonným zásahem, ochrana proti němu podle § 82 s.ř.s. bude přípustná pouze tehdy, nebylo-li by možné domáhat se ochrany nebo nápravy jinými prostředky...“ (rozsudek Nejvyššího správní soudu ze dne 4.8.2005 v právní věci sp. zn. 2 Aps 3/2004, č. 720/2005 Sb. NSS).

Předběžné šetření uskutečňované podle § 20 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže a sektorové šetření podle § 20 odst. 2 téhož zákona není správním řízením.

Žalovaný jednotlivé úkony vůči žalobci uskutečňuje v rámci předběžného šetření; že jde o předběžné šetření podezření z porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže žalobcem na základě došlého podnětu, tedy o adresné předběžné šetření zaměřené na jednání žalobce (a přitom pouze tohoto žalobce), nikoli o sektorové šetření zaměřené všeobecně na stav soutěžního prostředí na sledovaném trhu, potvrdil žalovaný i na jednání soudu.

Navazující úvahy zdejšího soudu se tedy týkají právě tohoto typu předběžného šetření, k němuž je žalovaný oprávněn podle § 20 odst. 1 písm. a) zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Ve vztahu k předběžnému šetření zdejší soud musí vyjít z toho, že nejde svojí povahou ani o samostatné, jasně ohraničené a co do předmětu, rozsahu a jeho účastníků vymezené řízení. Předběžné šetření je dílčím postupem odehrávajícím se poté, co žalovaný sám z vlastní činnosti, popř. na základě podnětu třetí osoby, zjistí skutečnosti, které je zapotřebí prověřit za účelem rozhodnutí žalovaného o tom, zda zahájí samotné správní řízení. Účelem předběžného šetření, vztaženo na právě projednávanou věc, je prověřit, zda a jakým způsobem soutěžitelé (§ 2 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže; tu nebylo nikým zpochybňováno, že žalobce je soutěžitelem podle právě citovaného ustanovení) plní povinnosti vyplývající pro ně ze zákona o ochraně hospodářské soutěže, jak stanoví § 20 odst. 1 písm. a) uvedeného zákona. Svým charakterem lze takové šetření popsat jako proces úvodního zjišťování a prověřování skutečností, jež mohou existující podezření z protisoutěžního jednání buď potvrdit nebo vyvrátit, aniž by takové úvodní zjišťování a prověřování skutečností bylo realizováno formalizovanou procedurou již v rámci správního řízení s podezřelým delikventem. Obecně vzato z pohledu deliktního práva jde o nástroj mimořádný.

Předběžné šetření není nijak formálně zahajováno; ten, vůči němuž je předběžné šetření vedeno, se o této skutečnosti dozvídá z prvního úkonu žalovaného, kterým se na něj obrací se žádostí o poskytnutí konkrétních podkladů (v této věci byl žalobce o tom, že probíhá předběžné šetření, vyrozuměn dne 19.11.2008 v rámci první ze žádostí, které žalovaný vůči žalobci směřoval).

Předběžné šetření není ani nijak formálně ukončováno; výsledkem je buď závěr o tom, že žalovaný nebude správní řízení zahajovat, nebo formální zahájení správního řízení z moci úřední podle § 46 správního řádu. Ani v jednom případě však nejde o formalizovaný výstup z předběžného šetření. Závěr o tom, že žalovaný nebude správní řízení zahajovat, je interním závěrem žalovaného, který není navenek formalizovaně sdělován. Závěr o zahájení správního řízení se projevuje v úvodním úkonu žalovaného v zahajovaném správním řízení – v oznámení podle § 46 odst. 1 správního řádu, aniž by toto oznámení formálně proceduru předběžného šetření ukončovalo. V rámci předběžného šetření (na jeho konci) není vydáváno žádné rozhodnutí obdobné rozhodnutí správnímu, jímž by byly soutěžitelé ukládány povinnosti nebo přiznáváno právo. Skutečnosti zjištěné v rámci předběžného šetření jsou pouhým podkladem pro případné zahájení správního řízení – aniž by takové správní řízení vůbec muselo být zahájeno.

Předběžné šetření je tedy svojí povahou procesem průběžně kontrolním, dozorovým, dohledovým, nikoli však rozhodovacím. Případné rozhodnutí ve správním řízení, k jehož zahájení předchází předběžné šetření vedlo, kterým je řízení pro podezření z porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže zastavováno nebo je rozhodováno o tom, že se pachatel dopustil správního deliktu, již není součástí tohoto samostatného (a v pojetí žalovaného nijak neohraničeného) předběžného šetření.

Na základě shora uvedeného tedy zdejší soud za podstatné pokládá to, že předběžné šetření není procedurou formalizovanou (nejde o správní řízení, pouze žalovaný má přiměřeně oprávnění vyžadovat podklady jako ve správním řízení), že není formalizovaně ukončováno a že nikoli každé předběžné šetření vede k zahájení správního řízení. To tedy znamená, že samotný proces předběžného šetření nemusí vždy vyústit v soudem přezkoumatelné rozhodnutí a v rámci předběžného šetření není vydáváno žádné rozhodnutí, které by bylo rozhodnutím ve smyslu § 65 odst. 1 s.ř.s.

Předběžné šetření, v němž je žalovaný oprávněn aplikovat donucující úkony podle § 21e, § 21f a § 21g zákona o ochraně hospodářské soutěže na základě oprávnění vyplývajícího z § 20 odst. 3 téhož zákona (v jeho aktuálním znění), které by vybočilo ze zákonných mezí, je jistě obecně způsobilé porušit množství zaručených práv soutěžitelů. V rámci jeho průběhu, obdobně jako v rámci daňové kontroly (srov. argumentaci v usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ve věci sp. zn. 2 Afs 144/2004 ze dne 31.8.2005, která je podle zdejšího soudu v obecných otázkách velmi přílehlavá i na předběžné šetření žalovaného podle zákona o ochraně hospodářské soutěže), může dojít vždy přinejmenším k porušení veřejného

subjektivního práva účastníka správního řízení na všeobecnou ochranu svobodné sféry jeho osoby („*status negativus*“), vyplývajícího z článku 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Žalovaný vedením předběžného šetření a jednotlivými svými úkony v jeho rámci nepochybně uplatňuje státní moc. V důsledku toho je vázán článkem 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, podle něhož lze státní moc uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví. Vyzdvihl-li princip subjektivního práva jednotlivce na všeobecnou ochranu svobodné sféry osoby, kam spadá i právo jednotlivce na takzvané informační sebeurčení (jen osoba sama je oprávněna rozhodnout o tom, jaké údaje o sobě poskytne) coby esenciální náležitost každého demokratického právního státu samotný Ústavní soud a deklaroval-li zřetelně potřebu tento princip dodržovat a chránit (srov. argumentaci v nálezu ze dne 20.11.2002 v právní věci sp. zn. I. ÚS 512/02), pak musí být i zdejší soud schopen nalézt v právě projednávané věci takové řešení, které žalobce v uvedeném směru nijak nezkrátí. Přízná-li přitom soud význam základní skutečnosti, ve vztahu k níž tak před ním učinil Nejvyšší správní soud v usnesení rozšířeného senátu v právní věci sp. zn. 2 Afs 144/2004 ze dne 31.8.2005, pak je za klíčovou podle zdejšího soudu třeba považovat právě tu skutečnost, že každé správní řízení musí vyústit v soudem přezkoumatelné rozhodnutí, avšak v právě projednávané věci žádné správní řízení, které by mohlo v takové přezkoumatelné rozhodnutí vyústit, vedeno není.

Ze shora uvedeného zdejší soud dospívá k závěru, že postup žalovaného v rámci předběžného šetření je postaven mimo soudní kontrolu prostřednictvím § 65 a násl. s.ř.s. (řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu) a žalobce nemá jinou možnost efektivní ochrany proti postupu žalovaného, než podat žalobu podle § 82 s.ř.s. Přestože by tedy předběžné šetření mohlo být způsobilé porušit množství zaručených práv soutěžitelů, přezkum takového případného porušení není garantován žádnými opravnými prostředky ani ve správním řízení, ani jiným instrumentem ve správním soudnictví, než podáním žaloby podle § 82 s.ř.s. Před podáním této žaloby přitom nemá žalobce žádný předchozí prostředek právní ochrany, který by musel před podáním žaloby využít.

Zdejší soud tedy dospívá k závěru, že vedení předběžného šetření a v jeho rámci jednotlivé úkony donucujícího charakteru jsou „zásahem“ ve smyslu § 82 s.ř.s.

Za tohoto stavu je třeba posoudit, zda jde o zásah nezákonný, a na základě tohoto posouzení dospět k závěru, zda žaloba je důvodná či nikoli.

Ze shora citovaných ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže (§ 21 odst. 5 až 9 ve znění před novelou provedenou zákonem č. 155/2009 Sb. a § 21e, § 21f a § 21g ve znění po novele provedené zákonem č. 155/2009 Sb.) vyplývá, že oprávnění žalovaného, garantovaná těmito ustanoveními, jsou na poměry „obvyklých“ správních řízení velmi efektivní: jde o vyšetřovací oprávnění jdoucí nepochybně nad rámec pro správní úřady v jiných typech správních řízení obvyklý, jde o vyšetřovací oprávnění specifická, obdobná, jakými disponuje Komise podle čl. 18 až 21 nařízení

Rady (ES) 1/2003, o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 a 82 Smlouvy.

Celé předběžné šetření, přestože skutkový stav v této věci ukazuje, že v jeho průběhu žalovaný shromažďuje enormní množství podkladů (počítáno na strany jde do okamžiku, k němuž zdejší soud rozhoduje, podle žalobce o „několik desítek tisíc stran textu“, žalovaný to ve svých písemných vyjádřeních soudu ani v rámci jednání soudu nepopřel, rozsah shromážděných podkladů odhadl na „8 šanonů“), je výslovně zákonem upraveno pouze tak, že žalovaný postupuje podle shora citovaných ustanovení, avšak tato ustanovení aplikuje toliko „přiměřeně“. Právě odpovídající mírou přiměřenosti při aplikaci konkrétních pravidel pro získávání podkladů mimo správní řízení je třeba podle zdejšího soudu naplnit obecnou zásadu spravedlivého procesu a proporcionality, která tu musí být dodržena. Přestože žalovaný nevede správní řízení a přestože zákon o ochraně hospodářské soutěže odkazuje pouze na přiměřenou aplikaci těch ustanovení, která jsou shora citována, neznamená to, že jednotlivé kroky žalovaného coby zásahy do osobní sféry jednotlivce, tu žalobce, by nemusely být ospravedlněny konkrétními skutečnostmi, jak akcentoval Ústavní soud v nálezu ze dne 18.11.2008 ve věci sp. zn. I. ÚS 1835/07. Kroky žalovaného tu musí být přiměřené, musí být hodnoceny prismatem minimalizace zásahů veřejné správy do práv jednotlivců a musí být při nich zohledňována úvodní ustanovení správního řádu (část první, §§ 1 - 8) ohledně základních zásad činnosti správních orgánů.

Podstatou žalobní argumentace je tvrzení, že předběžné šetření vybočilo z rámce možného předběžného šetření a že ustanovení § 21e, § 21f a § 21g zákona o ochraně hospodářské soutěže nejsou aplikována přiměřeně.

S ohledem na rozsah oprávnění žalovaného podávaných z těchto ustanovení zdejší soud považuje za příslušné princip přiměřenosti při vedení předběžných šetření vykládat tak, že šetřením předběžným, bez dostatečné garance konkrétních procesních práv soutěžitelů, vůči nimž je předběžné šetření vedeno, nelze fakticky nahrazovat samotné správní řízení. Těžiště získávání podkladů, které mohou sloužit jako podklady správního rozhodnutí vydaného v (případně v budoucnu) zahájeném správním řízení, nemůže být přeneseno do stádia předběžného šetření. To totiž slouží jako nástroj, prostřednictvím kterého má žalovaný obecně monitorovat situaci na trhu a prověřovat svá *prima facie* podezření z toho, že konkrétní soutěžitel jednal v rozporu se zákonem o ochraně hospodářské soutěže. Předběžné šetření je vedeno v souladu s obecnou zásadou spravedlivého procesu a proporcionality tehdy, pokud v délce nezbytně nutné a pomocí prostředků, které se s ohledem na stav poznání žalovaného v době, kdy nabyl úvodního podezření o tom, že konkrétní subjekt se mohl konkrétním jednáním dopustit konkrétního porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže, jeví jako nezbytně nutné, se žalovaný snaží získat konkrétní a jasně vymezené podklady ke skutečnostem, jež jeho úvodní podezření mohou potvrzovat nebo vyvrátit. Předběžné šetření tedy naplňuje svůj smysl a je vedeno v souladu se shora uvedenými zásadami, a tedy je zákonné, tehdy, pokud zřetelně směřuje ke zjištění konkrétních informací, jež jsou nezbytné pro úvodní posouzení otázky, zda existuje objektivizované podezření z toho,

že konkrétní subjekt mohl konkrétním jednáním porušit konkrétní ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže. Předběžné šetření nemůže sloužit k tomu, aby v jeho průběhu, bez dostatečné garance procesních práv soutěžitelů, vůči nimž je šetření vedeno, resp. při úplné absenci takových konkrétních a jasně garantovaných práv, byla možná podezření na porušení uvedeného zákona žalovaným teprve vyhledávána, ani k tomu, aby bylo v jeho průběhu úvodní podezření z porušení uvedeného zákona již potvrzováno, a tedy aby až na základě výsledků předběžného šetření žalovaný dospěl k závěru o tom, zda konkrétní soutěžitel uvedený zákon porušil či nikoli. V takovém případě by se totiž samotné správní řízení stalo pouze formálním, přitom co do samotné podstaty zjišťování skutečného stavu věci bezvýznamným, úsekem činnosti žalovaného v konkrétní věci, v němž by bylo porušení zákona pouze „naoko“ teprve odhalováno, zatímco žalovaný by již v době zahájení správního řízení znal jeho výsledek – k němuž by tak ovšem dospěl dříve, než by konkrétnímu soutěžiteli bylo přiznáno jediné procesní právo účastníka správního řízení. Aniž by zdejší soud zpochybňoval oprávnění žalovaného k předběžnému šetření a aniž by polemizoval s potřebou tohoto institutu v náročném procesu odhalování a prokazování protisoutěžních deliktů, při takovém pojetí předběžného šetření, jaké plyne ze skutkového stavu ve věci právě projednávané, by (případně navazující) správní řízení bylo pouhou „předstíranou hrou“ abstrahující od smyslu formalizované procedury s garantováním procesních práv podezřelých z porušení zákona, přitom přenesení těžiště dokazování do prakticky nekontrolovatelné fáze předběžného šetření by z tohoto institutu učinilo nebezpečný nástroj procesní absurdity.

Zvážit je v této souvislosti třeba i další fakt, a sice subjektivní pětiletou lhůtu podle § 22b odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže (v aktuálním znění); podle tohoto ustanovení odpovědnost za správní delikt podle zákona o ochraně hospodářské soutěže zaniká, jestliže žalovaný o něm nezahájí řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl. „Dozvědění se“ je podle zdejších soudem konstantně traktovaného názoru zásadně dáno okamžikem, kdy žalovanému dojde podnět či kdy žalovaný z vlastní činnosti zajistí informaci o možném protizákonném jednání. Lze-li jej alespoň *prima facie* vyhodnotit jako důvodný a je-li bezprostředním důvodem pro zahájení předběžného šetření, které posléze vyústí v zahájení správního řízení podle příslušných ustanovení ZOHS, na jehož konci je účastníkům řízení uložena pokuta. To je výklad, který i Ústavní soud shledal ústavně konformním (nálezn ze dne 11.7.2007, sp. zn. II. ÚS 192/05) a jeho správnost lze dovodit i z prejudikatury Nejvyššího správního soudu (rozsudek ze dne 3.6.2004, sp. zn. 5 A 1/2001), podle kterého počátkem lhůty může být okamžik následující po doručení takového podnětu, v němž žalovaný k možné důvodnosti podnětu dospěje na základě „úvodního posouzení“ poté, kdy si základní skutečnosti v podnětu obsažené ověří a předběžně vyhodnotí. Tento okamžik se však za určitých okolností může posunout směrem od data doručení podnětu, a to tehdy, jestliže po obdržení podnětu ještě nejsou žalovanému známy podstatné okolnosti, z nichž by onu *prima facie* důvodnost podnětu bylo možno žalovaným dovozovat. Pokud je přitom (pro případ, že žalovaný obdržel podnět, na jehož základě předběžné šetření vede – to by mohlo vyplynout z úvodního odstavce žádosti žalovaného ze dne 16.9.2009) předběžné šetření takto dlouhodobě (po dobu delší než dva roky) vedeno proto, že „... (žalovaný) v současné době nedisponuje dostatkem podkladů a

informací, jež by nasvědčovaly možnému zneužití dominantního postavení ... (žalobcem)...“, jak žalovaný uvádí v žádosti ze dne 12.11.2009 a opakovaně potvrzuje i ve svém vyjádření k žalobě (bod 17.), mohl by mít takový postup za následek i „umělý“ posun okamžiku rozhodného pro počátek běhu subjektivní pětileté lhůty, neboť ve vztahu k současnému stádiu předběžného šetření by se později mohla jako dobře hájitelná jevit argumentace, podle níž se žalovaný „ještě nedozvěděl“ o konkrétně vymezeném možném správním deliktu. Při tomto pojetí by tedy žalovaný již fakticky intenzivně shromažďoval podklad svého (možného) pozdějšího rozhodnutí, aniž by shora uvedená subjektivní pětiletá lhůta pro samotné zahájení řízení vůbec počala běžet.

Podstatným prvkem při poměrování přiměřenosti postupu žalovaného ve vztahu k § 21e, § 21f a § 21g zákona o ochraně hospodářské soutěže (v jeho aktuálním znění) však musí zůstat zohlednění skutečnosti, že ten, vůči němuž je předběžné šetření vedeno, není ještě účastníkem správního řízení, když žádné ještě není vedeno, a tedy nemá práva, která jsou mu garantována v zahájeném správním řízení. Na předběžná šetření se totiž „přiměřeně“ aplikují jen v § 20 odst. 2, resp. po novele účinné od 1.9.2009 v § 20 odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže uváděná ustanovení, nikoli tedy další ustanovení tohoto zákona garantující procesní práva vyšetřovaným soutěžitelům a ustanovení správního řádu aplikovatelného po zahájení správního řízení podle § 25 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Jestliže tedy žalovaný argumentuje tak, že ve svých procesních oprávněních při vedení předběžného šetření není nijak omezen, tento jeho závěr zdejší soud nesdílí. Ve vztahu k oprávněním požadovat podklady a informace, jež má jinak ve správním řízení, musí postupovat přiměřeně a jeho postup musí být proporcionální.

Přiměřenost a proporcionalita kroků žalovaného nemůže být podle zdejšího soudu v rozporu ani se samotným smyslem oprávnění všech soutěžních úřadů k předběžnému šetření. Nelze přehlédnout, že oprávnění žalovaného k předběžnému šetření mají svůj předobraz ve srovnatelných oprávněních Komise na základě čl. 17 nařízení Rady (ES) 1/2003 - a ani tam nevyznívají oprávnění Komise nijak absolutně a „nekonečně“. Přiměřenost a proporcionalita by měla být poměřována mírou nezbytnosti těchto kroků ve vztahu k účelu, k němuž jsou uskutečňovány. Podle čl. 17 odst. 1 uvedeného nařízení může Komise uskutečnit šetření určitého hospodářského odvětví nebo určitého druhu dohod v různých odvětvích (*...the Commission may conduct its inquiry into a particular sector of the economy or into a particular type of agreements across various sectors...*) tehdy, pokud vývoj obchodu mezi členskými státy, stabilita cen nebo jiné okolnosti naznačují, že hospodářská soutěž na společném trhu může být omezena nebo narušena (*„...where the trend of trade between Member States, the rigidity of prices or other circumstances suggest that competition may be restricted or distorted within the common market...“*), tedy i v případě šetření podle čl. 17 odst. 1 uvedeného nařízení by pro jeho opodstatnění měla být splněna podmínka jasného a srozumitelného „náznaku“ konkrétního omezení nebo narušení hospodářské soutěže, ve vztahu k němuž by se konkrétní šetření vázalo a ve vztahu k němuž by se

posuzovala nezbytnost jednotlivých požadavků. Podle čl. 17 odst. 1 uvedeného nařízení totiž v průběhu tohoto šetření si může Komise vyžádat od dotyčných podniků nebo sdružení podniků informace nezbytné pro použití článků 81 a 82 Smlouvy (nyní čl. 101 a 102 Smlouvy o fungování Evropské unie - pozn. zdejšího soudu) a může provádět jakékoli kontroly, které jsou k tomuto účelu nezbytné („...in the course of that inquiry, the Commission may request the undertakings or associations of undertakings concerned to supply the information necessary for giving effect to Articles 81 and 82 of the Treaty and may carry out any inspections necessary for that purpose...“). Musí tedy existovat konkrétní skutečnost, jíž by šetření mohlo být ospravedlňováno a ve vztahu k níž by bylo možné posuzovat nezbytnost šetření, které je zásahem do osobní sféry „vyšetřovaného“. Zdejší soud má za to, že se ve svém hodnocení přiměřenosti a proporcionality kroků žalovaného v právě souzené věci nedostává do rozporu s výkladem, který by měl být zaujat ve vztahu k obdobnému ustanovení opravňujícímu Komisi k obdobným krokům.

Přiměřenost a proporcionalita kroků žalovaného pak odpovídá i pojetí omezení zásahů do osobní sféry jednotlivce, které zastává Ústavní soud; podle nálezu ve věci sp. zn. I. ÚS 1835/07 ze dne 18.11.2008 musí být každý zásah do osobní sféry jednotlivce, ať už je činěn v rámci jakéhokoliv postupu státu vůči jednotlivci, ospravedlněn konkrétní skutečností, resp. důvodem takového omezení, a nikoliv proveden pouze proto, že orgán státu je takovou pravomocí formálně nadán. Pravidlo (tam ve vztahu k daňové kontrole, neméně podle zdejšího soudu jde o pravidlo natolik obecné, že je lze aplikovat i na zásahy žalovaného uskutečňované na základě oprávnění svěřených mu předpisy veřejného soutěžního práva), podle něhož musí existovat konkrétními skutečnostmi podložené podezření, že konkrétní subjekt zřejmě svoji povinnost nesplnil, akcentoval i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 3.12.2009 ve věci sp. zn. 2 Aps 2/2009 (www.nssoud.cz).

Jestliže žalovaný od listopadu 2008 až do 22.10.2010 (dosud poslední výzva účinná před zahájením soudního řízení v této věci na základě oprávnění podle § 21e uvedeného zákona, doplněná v průběhu soudního řízení v této věci navazující výzvou ze dne 7.12.2010) mění jak obsahové zaměření jednotlivých výzev, tak období, jehož se výzvy týkají, tak neprověřuje konkrétní chování konkrétního subjektu (tj. žalobce) ve vztahu ke konkrétnímu podezření z porušení konkrétní povinnosti stanovené zákonem o ochraně hospodářské soutěže, nýbrž snaží se získat množství podkladů, z nichž by konkrétní podezření z porušení konkrétní povinnosti stanovené zákonem o ochraně hospodářské soutěže teprve vyplynulo. Tomu odpovídá právě i vyjádření žalovaného v přípisu ze dne 12.11.2009, podle kterého žalovaný „...dosud nezahájil správní řízení, neboť v současné době nedisponuje dostatkem podkladů a informací, jež by nasvědčovaly možnému zneužití dominantního postavení ... (žalobcem)...“, a ve vyjádření žalovaného k žalobě (bod 17.), podle něhož „...Správní řízení nebylo dosud zahájeno, neboť v současné době žalovaný nedisponuje podklady a informacemi, jež by hodnověrným způsobem odůvodňovaly zahájení správního řízení pro možné narušení hospodářské soutěže na zkoumaných trzích...“. Tomu, že postup žalovaného nese znaky spíše vyhledávání konkrétního možného podezření a nikoli prověřování již existujícího konkrétního podezření, nasvědčuje i to, že původně (dne 19.11.2008)

žalovaný zjišťoval podklady k cenové nabídce O2 Duo 8 a 16 M, jež byla časově omezena (žalobce poukazoval na to, že se jednalo o období cca druhé poloviny roku 2008, žalovaný to nijak nezpochybnil). Následně ve své výzvě ze dne 5.12.2008 se už žalovaný neomezoval pouze na tuto nabídku, ale požadoval podklady ke všem cenovým nabídkám z období prosince 2008. Poté dne 29.1.2009 požadoval žalovaný opět podklady k cenovým nabídkám jako v případě první výzvy ze dne 19.11.2008. Ve výzvě ze dne 16.9.2009 požadoval podklady ke stlačování marží na trhu širokopásmového přístupu v sítích elektronických komunikací – a to nikoli za období trvání nabídky O2 Duo 8 a 16 M (tedy nikoli ve vztahu k období druhé poloviny roku 2008), jako v případě výzev ze dne 19.11.2008 a 29.1.2009, ani za období prosince 2008, jako ve výzvě ze dne 5.12.2008, ale za období od 1.1.2004 do 31.7.2009. Ve výzvě ze dne 22.10.2010 jsou pak požadovány podklady týkající se období od 1.1.2005 do 31.12.2009. Žalovaný tedy průběžně mění skutkové vymezení šetření, tj. důvod, pro který šetření vede, a to nikoli „jedním směrem“, nýbrž „střídavě“ - tu konkrétněji a tu obecněji: nejprve ve vztahu ke konkrétní cenové nabídce žalobce (výzva ze dne 19.11.2008), pak ke všem cenovým nabídkám žalobce za určité období (výzva ze dne 5.12.2008), pak znovu ke konkrétní cenové nabídce žalobce (výzva ze dne 29.1.2009), poté k jinak vymezenému jednání žalobce za širěji časově ohraničené období (výzvy ze dne 16.9.2009 a ze dne 22.10.2010). Ve všech výzvách (ze dne 19.11.2008, ze dne 5.12.2008, ze dne 29.1.2009, ze dne 16.9.2009 a ze dne 22.10.2010) přitom žalovaný uvádí, že se jedná o šetření ve věci možného zneužití dominantního postavení žalobcem (ve výzvách ze dne 16.9.2009 a ze dne 22.10.2010 žalovaný konkretizuje, že šetření vede na základě obdržení podnětu).

Navíc má-li předběžné šetření směřovat podle žalovaného k „...vymezení relevantního trhu a posouzení chování ... (žalobce) ...“, pak jde právě o dva klíčové body celé analýzy možného zneužití dominantního postavení, na nichž bývá vystavěno rozhodnutí o zneužití dominantního postavení vydávané ve správním řízení. Vymezovat relevantní trh a posuzovat jednání dominantanta (jedná-li se o dominantanta) je třeba ve správním řízení a závěry je poté třeba popsat v rozhodnutí, jímž se správní řízení končí. Jestliže žalovaný trvá na pojetí, že správní řízení nebylo dosud zahájeno, neboť v současné době žalovaný nedisponuje podklady a informacemi, jež by hodnověrným způsobem odůvodňovaly zahájení správního řízení pro možné narušení hospodářské soutěže na zkoumaných trzích, pak toto pojetí nemůže být považováno za správné, neboť správní řízení není zahajováno pro možné narušení hospodářské soutěže, nýbrž pro podezření (tu konkrétně) z porušení zákazu zneužívat dominantní postavení ze strany konkrétního subjektu, které se potvrzuje či vyvrací řádným procesním postupem v řádně zahájeném správním řízení - tedy nikoli před jeho zahájením.

Pokud jde o jednotlivé podklady, které žalovaný po žalobci požaduje, pak, aniž by zdejší soud tyto podklady hodlal jakkoli hmotněprávně hodnotit, jejich souhrn, jak je shora podrobně popsán (a to včetně požadavků obsažených ve výzvách ze dne 22.10.2010 a ze dne 7.12.2010), se podle zdejšího soudu hraničně blíží souhrnu, o který by žalovaný opíral své rozhodnutí, které by v řízení o zneužití dominantního postavení vydával (pokud by předmět řízení byl žalovaným najisto postaven). Souhrn

podkladů, jaké žalovaný požaduje v rámci předběžného šetření, tedy podle zdejšího soudu principiálně odpovídá podkladu rozhodnutí, který by byl žalovaný povinen opatřit ve správním řízení, poté, co by řádně vymezil jeho předmět. Podle jednotlivých žádostí má žalobce popsat fungování celého systému připojování k síti, v jakém bodě a za jakých podmínek do tohoto bodu vstupují a dále využívají ostatní operátoři, uvést aktuální výši velkoobchodní ceny za přístup, jakým způsobem je stanovena, specifikovat výši jednotlivých nákladů, které jsou z ní hrazeny a výši marže, která zbude po uhrazení nákladů, uvést aktuální výši všech dalších poplatků, které ostatní operátoři hradí žalobci za přístup a používání sítě, a objasnit, jakým způsobem jsou stanoveny a hrazeny, uvést aktuální výši nákladů spojených s využíváním přístupu a využíváním sítě žalobce, uvést aktuální výši jednotlivých položek celkových nákladů spojených s prodejem a podporou, uvést aktuální výši nákladů rozpočítaných na zákazníka a popsat, jak žalobce tyto náklady stanovuje, rozdělit je na fixní a variabilní, uvést aktuální výši nákladů na službu aktivace a jejich strukturu a jakým způsobem je hrazena aktivací poplatek a další slevy u zákazníků, kteří uzavřou smlouvu na období delší než 12 měsíců, a objasnit a doložit důvody poskytování těchto slev, uvést aktuální výši počtu zákazníků, kteří využívají produkt za zvýhodněných podmínek, a počtu zákazníků, kteří využívají zmíněné produkty za standardních podmínek, uvést předpokládanou a průměrnou dobu setrvání zákazníka u daného produktu a z jakých údajů při stanovení její délky žalobce vychází a uvést, na jakou dobu jsou uzavírány smlouvy se zákazníky u produktu. Žalobce má také konkrétně objasňovat důvody snížení cen tarifů a uvádět, jakým způsobem se tyto důvody projeví ve velkoobchodní ceně. Žalobce má předložit studie o trhu, marketingové studie a obchodní plány a případně jiné informace o vývoji trhu, kterými žalobce disponuje, a to za období cca 7 let, má specifikovat, jaké soutěžitele, technologické platformy a nabízené služby/produkty k nim na trhu vnímá jako konkurenci a zda a jakým způsobem přihlíží k cenám konkurenčních služeb/produktů při určování cen, a to za období cca 7 let. Dále má žalobce specifikovat volné kapacity sítě pro služby připojení k internetu a plány na rozšíření těchto kapacit včetně finanční náročnosti, a to podle jednotlivých lokalit, uvést, na základě jakých parametrů se obecně rozhoduje, zda rozšiřovat či nerozšiřovat své kapacity, dále měl sdělit počet tzv. neaktivních přípojek ve své síti; ke všem produktům měl žalobce poskytnout smluvní podmínky, za kterých byly tyto produkty nabízeny, a jejich ceníky platné v době poskytování produktu a dále poskytnout přehled veškerých marketingových a tzv. promo akcí vztahujících se k produktům včetně jejich podrobného popisu, zejména měl žalobce uvést, kterého produktu se daná akce týkala, odkdy a dokdy bylo možné akci využít, jaké byly její podmínky, o jaké zvýhodnění se jednalo, zda byla akce nabízena jen určité skupině zákazníků, a počet přípojek, které byly v rámci dané akce zapojeny. Žalobce má žalovanému vytvářet tabulky podle jeho pokynů a do nich uvádět údaje podávající podle zdejšího soudu velmi ucelený obraz o podmínkách žalobcovy působení na trhu – mimo jiné o tržbách, počtech zákazníků a přípojek, kapacitě sítě, cenících, součástí žalobcovy reakce má být i podrobné vysvětlení k jednotlivým položkám, žalobce má podrobně popsat např. všechny metody a postupy, které byly použity při alokaci nákladů a příjmů k jednotlivým položkám, a předložit veškeré obchodní plány, strategické plány, interní strategie, reporty a analýzy, veškeré dostupné analýzy a průzkumy trhu, analýzy externích poradců, spotřebitelské průzkumy, plány a kalkulace

spojené se zavedením a realizací nabídky ADSL služeb a dále má podrobně rozepisovat v žalovaným požadované strukturu jednotlivé konkrétní nákladové položky.

Zohlední-li zdejší soud rozsah a materiální náplň uvedených podkladů, pak je toho názoru, že pokud by žalovaný disponoval konkrétním podezřením z konkrétního porušení konkrétní povinnosti stanovené zákonem o ochraně hospodářské soutěže (nezneužívat dominantní postavení), a to ve vztahu ke konkrétnímu chování konkrétního subjektu (žalobce), pak požadované podklady, aniž by je zdejší soud v tuto chvíli jakkoli hmotněprávně hodnotil, svým charakterem vykazují znaky fakticky veškerého potřebného podkladu rozhodnutí žalovaného ve správním řízení zahájeném pro podezření z porušení zákazu zneužívat dominantního postavení, které už žalovanému zbývá pouze analyzovat a dospět ke konečnému rozhodnutí, aniž by další dokazování musel vést. Vyžadování těchto podkladů ve shora uvedeném rozsahu a s průběžnými změnami předmětu šetření není přiměřené povaze a účelu předběžného šetření mimo správní řízení, a to i přes obecná specifika odhalování protisoutěžního jednání i konkrétní specifika šetření na trzích informačních a komunikačních technologií, které se podle žalovaného vyznačují zvláštní složitostí a vysokou dynamičností, kdy pro posouzení soutěžních podmínek je běžně nezbytný větší objem kvalitativních a kvantitativních dat.

Nelze rovněž souhlasit s názorem žalovaného, podle něhož žalobce nemůže být na svých právech zasažen žádostmi o poskytnutí podkladů, neboť k takovému zásahu by mohlo dojít teprve následně, a sice užitím takto získaných podkladů. Neprobíhá totiž správní řízení a postup žalovaného není fakticky pod účinnou kontrolou z pohledu dodržení procesních postupů. Pokud by žalobce postupoval v souladu s poučením žalovaného a podklady by poskytoval a pokud by poskytnuté podklady nebyly užity, tj. nevedly by k zahájení správního řízení, pak by, názor žalovaného doveden *ad absurdum*, mohl žalovaný zasahovat do sféry žalobce průběžně bez mantinelů věcných i časových, srozumitelně řečeno: „jakkoli“ a „navždy“.

Argumentace žalovaného, podle níž nelze namítat neadekvátní množství detailních informací, požadovaných žalovaným, jak činí žalobce, neboť data obdobného rozsahu byla vyžadována výzvou žalovaného ze dne 22.10.2010 i od T-Mobile Czech Republic a.s., která nenamítala nepřiměřenost vyžádaných dat a pouze požádala o prodloužení lhůty o 11 dnů, rovněž v posouzení věci není podle zdejšího soudu podstatnou. Jak bylo prokázáno, žalovaný vede předběžné šetření ve vztahu k podezření z porušení zákazu zneužívat dominantní postavení žalobcem, pouze ve vztahu k němu je předběžné šetření vedeno. Jiní soutěžitelé (a tedy i T-Mobile Czech Republic a.s.) se tedy nacházejí ve zcela odlišném postavení než žalobce. Tu soudu nepřísluší zabývat se tím, zda to byl právě T-Mobile Czech Republic a.s., který ať už sám či „prostřednictvím jiného subjektu“ (ať už se jedná o kohokoli) byl autorem onoho podnětu vůči žalobci, který žalovaného vedl k zahájení předběžného šetření ve vztahu k žalobci, anebo zda T-Mobile Czech Republic a.s. byl žalovaným osloven pouze coby možný konkurent žalobce (popř. obecně coby jiný soutěžitel poskytující na

trhu obdobné plnění jako žalobce) za účelem porovnání postupu žalobce s jinými soutěžiteli pohybujícími se na trhu, a spekulovat např. v tom směru, co vedlo T-Mobile Czech Republic a.s. k tomu, že požadované podklady žalovanému řádově ve lhůtě stanovené žalovaným „rád poskytl“. Podstatné je, že podle argumentace žalovaného byla T-Mobile Czech Republic a.s. adresována jediná výzva (ze dne 22.10.2010) oproti řadě předchozích výzev adresovaných žalobci v období od 19.11.2008 (a jejich souhrn zdejší soud zohledňuje), navíc T-Mobile Czech Republic a.s. není v tomto případě podle žalovaného podezřelým z porušení zákazu zneužívat dominantní postavení a pro případ, že by obdobné podklady byly žalovaným shromažďovány v již zahájeném správním řízení a nikoli tedy nyní ve stádiu předběžného šetření, nedisponoval by oproti žalobci srovnatelnými procesními právy vážícími se na postavení účastníka správního řízení.

Stejně tak není třeba zabývat se podrobněji argumentací žalovaného, že podklady, které žalovaný po žalobci požaduje, je žalobce povinen sdělovat pravidelně Českému telekomunikačnímu úřadu, bez ohledu na to, zda ve „stejném“ rozsahu či pouze v „obdobném“ rozsahu – a tedy nebylo třeba směrem k rozsahu takto poskytovaných informací Českému regulačnímu úřadu žalobcem dokazování doplňovat, jak navrhoval žalovaný. Pokud by totiž informace poskytované Českému telekomunikačnímu úřadu nebyly týmiž informacemi v podstatném rozsahu, pak případnost této argumentace žalovaného by odpadla – jednoduše řečeno by se nejednalo o tytéž informace. Pokud by naopak informace poskytované Českému telekomunikačnímu úřadu byly týmiž informacemi v podstatném rozsahu, pak by bylo namísto tyto informace žalovaným nepožadovat po žalobci samotném, nýbrž vyžádat si je přímo od Českého telekomunikačního úřadu podle § 21e odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže v současném jeho znění (resp. podle § 21 odst. 7 věty druhé zákona o ochraně hospodářské soutěže ve znění účinném před novelou provedenou zákonem č. 155/2009 Sb.).

Pokud tedy zdejší soud uváží, že žalovaný po dobu cca 26 měsíců vyžaduje od žalobce strukturované a velmi detailní podklady, které má žalobce pro žalovaného zpracovat ve formě pro žalovaného velmi komfortní, že ani po takto dlouhé době vedení předběžného šetření žalovaný nedospěl k jakémukoli výsledku, který by se projevil v ukončení předběžného šetření, ať už se zahájením správního řízení či nikoli, že průběžně mění věcný rozsah požadovaných podkladů i období, za něž žádá o předložení podkladů, přitom ve všech výzvách určených žalobci je uváděno, že jde o šetření ve věci možného zneužití dominantního postavení žalobcem, a že požadované podklady vykazují znaky fakticky veškerého potřebného podkladu rozhodnutí žalovaného ve správním řízení zahájeném pro podezření z porušení zákazu zneužívat dominantního postavení, které už žalovanému zbývá pouze analyzovat a dospět ke konečnému rozhodnutí, aniž by další dokazování musel vést, pak zdejší soud dospívá k závěru, že žalovaný těžiště dokazování v této věci skutečně přenáší z formalizované procedury správního řízení do předběžného šetření, v němž žalobce nedisponuje (oproti stavu, kdy by správní řízení již bylo zahájeno) fakticky žádnými procesními právy, a procesní postupy v rámci správního řízení nahrazuje postupy v rámci předběžného šetření.

Zdejší soud tedy v žádném směru nezpochybňuje obecnou potřebu předběžného šetření coby legitimního nástroje, který žalovaný může důvodně využívat v rámci zajišťování dostatečně efektivního soutěžního prostředí, ani nezpochybňuje fakt, že předběžná šetření trávající po delší časový úsek jsou soutěžními úřady využívána, avšak v právě souzené věci (tj. výlučně ke skutkovému stavu shora popsanému) dospívá k závěru, že toto předběžné šetření vybočilo z rámce, který je pro jeho uskutečňování přiměřený. Z tohoto důvodu zdejší soud považuje vedení předběžného šetření způsobem, jak je konkretizován shora, za nezákonný zásah, jímž žalovaný porušuje žalobcova práva.

Podle § 87 odst. 2 s.ř.s. rozsudkem zakáže správnímu orgánu, aby v porušování žalobcova práva pokračoval, a přikáže, aby, je-li to možné, obnovil stav před zásahem.

Jestliže žalobce požadoval, aby zdejší soud žalovanému zakázal pokračovat v provádění předběžného šetření, vedeného žalovaným pod sp. zn. P615/2008/DP, a jestliže zdejší soud shora dovedl, že vedení předběžného šetření způsobem, jak je konkretizován shora, je nezákonným zásahem, jímž žalovaný porušuje žalobcova práva, a pokud je zároveň z vyjádření žalovaného najisto postaveno, že toto předběžné šetření je vedeno výlučně se žalobcem coby se subjektem podezřelým z porušení pravidel hospodářské soutěže, pak podmínky pro to, aby zdejší soud tomuto žalobcovu požadavku vyhověl, jsou splněny. Ve vztahu k tomuto požadavku žalobce tedy zdejší soud žalobě vyhověl.

Žalovaný je tedy povinen předběžné šetření ukončit. Nezáskal-li žalovaný dosud shora popsaným postupem žádné konkrétní podezření na konkrétní porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže ze strany žalobce, není přiměřené, aby se toto konkrétní podezření snažil hledat v podkladech, k jejichž předkládání by žalobce dále vyzýval. Má-li naopak žalovaný takové konkrétní podezření, nechť zahájí se žalobcem správní řízení, v němž budou žalobci garantována jeho procesní práva.

Požadoval-li dále žalobce, aby bylo žalovanému zakázáno vyžadovat po žalobci informace a podklady v rozsahu odpovídajícím žádosti žalovaného č.j. ÚOHS-P615/2008/DP-15953/2010/820/JKo ze dne 22.10.2010, pak tomuto požadavku v takto obecné rovině vyhovět nelze. Takto obecně formulovaný zákaz by překročil omezení žalovaného ve vztahu k předběžnému šetření (jednalo by se o zákaz vykonatelný ve vztahu k jakémukoli požadavku v rozsahu odpovídajícím uvedené žádosti žalovaného, což například právě pro případ zahájeného správního řízení takto předem a obecně nelze žalovanému upírat), navíc je-li žalovanému ukládáno, aby předběžné šetření ukončil, je takový zákaz z pohledu ukončení porušování žalobcových práv dostatečný. Ohledně tohoto návrhu, vyjádřeného v části II. petitu žaloby, tedy zdejší soud žalobu zamítl.

V. Náklady řízení

O nákladech řízení soud rozhodl podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce byl procesně úspěšným, náleží mu tedy právo na náhradu nákladů proti žalovanému. Z obsahu soudního spisu vyplývá, že žalobci vznikly náklady řízení ve výši 1 500,- Kč za zaplacené soudní poplatky, právo na jejich náhradu tedy soud přiznal společně s náklady právního zastoupení ve výši, v níž se těchto nákladů domáhal žalobce při jednání soudu dne 13.1.2011. Tu tvoří odměna advokáta za 5 úkonů právní služby (převzetí a příprava zastoupení, 3x písemné podání soudu, účast na jednání soudu) ve výši 5 x 2 100,- Kč podle § 11 odst. 1 písm. a), d) a g) advokátního tarifu společně s 5 režijními paušály ve výši 300,- Kč podle § 13 odst. 3 advokátního tarifu, s navýšením o částku odpovídající DPH, neboť bylo doloženo osvědčení o registraci k DPH pro WEIL, GOTSHAL & MANGES s.r.o. advokátní kancelář. Celkem tedy byla přiznána náhrada nákladů řízení ve výši 15 900,- Kč; k zaplacení zdejší soud stanovil přiměřenou lhůtu.

P o u ě n í : Proti tomuto rozhodnutí je přípustná kasační stížnost za podmínek § 102 a násl. s.ř.s., kterou lze podat do dvou týdnů po jeho doručení k Nejvyššímu správnímu soudu prostřednictvím Krajského soudu v Brně. Podmínkou řízení o kasační stížnosti je povinné zastoupení stěžovatele advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání (§ 105 odst. 2 a § 106 odst. 2 a 4 s.ř.s.).

V Brně dne 13. ledna 2011

David Raus, v.r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:

Lucie Gazdová

