ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Miluše Doškové a soudců JUDr. Karla Šimky a Mgr. Evy Šonkové v právní věci žalobce: **O2 Czech Republic a. s.,** se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4, zast. JUDr. Ing. Petrem Přecechtělem, advokátem se sídlem Klimentská 1207/10, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem žalovaného, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 10. 2017, č. j. 62 A 175/2017 – 192,

takto:

Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 10. 2017, č. j. 62 A 175/2017 – 192, **se** ve výroku I., II., IV. a V. **zrušuje** a **věc se v této části vrací** tomuto soudu k dalšímu řízení.

Odůvodnění:

I. Vymezení věci

[1] Kasační stížností podanou v zákonné lhůtě žalovaný jako stěžovatel napadá výroky I., II. a V. shora označeného rozsudku krajského soudu, jímž mu byla uložena povinnost: I. *„zdržet se poskytnutí či zpřístupnění jakýchkoli informací a dokumentů nacházejících se ve spisu správního řízení vedeného žalovaným pod sp. zn. S109/2011/DP nebo jiného s ním přímo souvisejícího řízení týkajícího se žalobce společnosti CRS Economics s. r. o. vyjma postupu na základě zákonem přímo stanovené povinnosti“*, II. *„zajistit, aby společnost CRS Economics s. r. o. a třetí osoby, kterým je společnost CRS Economics s. r. o. poskytla nebo jinak zpřístupnila, nedržely nebo jinak neměly přístup k žádným kopiím (v písemné, elektronické či jiné podobě) informací, výstupů, podkladů a dokumentů vztahujícím se ke správnímu řízení vedenému žalovaným pod sp. zn. S109/2011/DP.* Výrokem III. pak byla žaloba ve zbytku odmítnuta,

výrokem IV. nebylo žalovanému přiznáno právo na náhradu nákladů řízení a výrokem V. mu byla uložena povinnost nahradit žalobci náklady řízení ve výši 23 351 Kč.

[2] Žaloba stála na tvrzení, že žalovaný (Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, dále též „Úřad“) vede se žalobcem správní řízení o správním deliktu pod sp. zn. S109/2011/DP ve věci údajného zneužití dominantního postavení formou tzv. stlačování marží při poskytování služeb připojení k síti internet prostřednictvím širokopásmové technologie xDSL. V rámci jiného žalobcova soudního řízení vedeného u téhož soudu (sp. zn. 62 Af 43/2016) žalobce zjistil, že žalovaný na základě smlouvy o spolupráci uzavřené v roce 2014 spolupracuje s poradenskou společností CRS Economics s. r. o. (dále jen „společnost CRS“), přičemž žalobci tuto spolupráci popírá. Správní spis vedený o správním deliktu obsahuje jednak velmi důvěrné a citlivé údaje o žalobcově ekonomické činnosti jím chráněné jako obchodní tajemství, jednak informace o jeho procesním postupu v řízení. Zveřejněním nebo zpřístupněním těchto informací by byl žalobce významným způsobem poškozen na svém podnikání. V přímé souvislosti se zahájením řízení byly proti žalobci podány tři civilní žaloby o náhradu škody ze strany jeho konkurentů. Na přípravě znaleckých posudků pro dva z nich se podílela i společnost CRS. Žalobce se cítil poškozen zapojením společnosti CRS do svého řízení a v podstatě přenesením části rozhodovací činnosti ze správního orgánu na jiný subjekt. Přitom společnost CRS nemá postavení znalce a navíc je ve střetu zájmů pro spolupráci se žalobcovými konkurenty. Proto požadoval, aby žalovanému: 1) byla zakázána jako nezákonná spolupráce s tímto subjektem, 2) bylo zakázáno vycházet v řízení z informací a dokumentů od společnosti CRS pocházejících, 3) bylo zakázáno přenášet své povinnosti při prošetřování správních deliktů na třetí osoby, 4) bylo uloženo založit do správního spisu veškeré informace a dokumenty týkající se spolupráce s CRS, a 5) bylo uloženo vyžádat od společnosti CRS a od třetích osob veškeré informace a dokumenty vztahující se k řízení sp. zn. S109/2011/D a zajistit, aby tyto byly následně zařazeny do správního spisu. Žalobu později doplnil o požadavek, aby se žalovaný zdržel poskytnutí či jakéhokoliv zpřístupnění kopií informací a dokumentů souvisejících se správním řízením společnosti CRS. K žalobě žalobce připojil žaloby vůči němu podané společností Volný, a. s., (Městský soud v Praze, sp. zn. 41 Cm 13/2011), společností Vodafone, a. s., (Městský soud v Praze sp. zn. 15 Cm 7/2015), rozsudek Městského soudu v Praze č. j. 15 Cm 56/2012 - 932 zamítající žalobu společnosti České Radiokomunikace, a. s., proti němu, rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 103/2012 - 133, č. j. 62 Af 43/2016 - 191, č. j. 62 Af 8/2014 - 144, č. j. 62 As 36/2016 - 72, Smlouvu o poskytování poradenských služeb uzavřenou mezi Úřadem a společností CRS v roce 2009 včetně dodatku z roku 2011, úvodní stránky znaleckých posudků zpracovaných pro Vodafone, a. s., a pro České Radiokomunikace, a. s., včetně prohlášení společnosti NSG Morison, dokladující spolupráci společnosti CRS na zpracování posudků, a oznámení o zahájení řízení sp. zn. S109/2011/DP. Žalovaný do soudního spisu založil Smlouvu o poskytování poradenských služeb uzavřenou mezi Úřadem a společností CRS v roce 2009 včetně dodatků z roku 2009 a 2011, Smlouvu o dílo uzavřenou mezi Úřadem a společností CRS v r. 2013 na zpracování analýzy na téma „*Analýza vhodnosti použití institutu významné tržní síly*“, Smlouvu o poskytnutí odborných konzultačních služeb uzavřenou mezi týmiž subjekty v r. 2014 s dodatky pro r. 2015 a r. 2016 a Memorandum (závěrečnou zprávu) z 25. 4. 2012 pro Fázi 3 zpracované v rámci smlouvy o poskytování poradenských služeb.

[3] Krajský soud v napadeném rozsudku vyslovil, že v rámci žaloby proti nezákonnému zásahu podle § 82 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“) nelze zasahovat do průběhu vedeného správního řízení, a proto žalobu v části k tomu směřující odmítl. Prostor pro ochranu před nezákonným zásahem pak shledal pouze tam, kde důsledky jednání žalovaného mohou působit vně tohoto řízení, tedy tam, kde dochází ke zpřístupnění informací a dokumentů ze spisu třetím subjektům (zejména společnosti CRS), které je mohou bez jakékoliv kontroly využívat ke své činnosti. Vycházel z podmínek vymezených v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 8. 2005, č. j. 2 Aps 3/2004 - 42, publ. pod č. 720/2005 Sb. NSS, a jejich pohledem posoudil doklady stranami předložené. Smlouva uzavřená v r. 2009 (prodlužovaná do roku 2012) mezi Úřadem a společností CRS o poradenských službách se výslovně týkala ekonomického posouzení soutěžního chování žalobce a jeho přidružených společností na trzích velkoobchodního a maloobchodního širokopásmového přístupu v sítích elektronických komunikací (...) a obsahovala ujednání o povinnosti zachovávat mlčenlivost, omezení využití informací při poradenských službách; tato ujednání byla změněna tak, že Úřad se zavázal nezpřístupnit společnosti CRS žádné citlivé, důvěrné či obchodní tajemství obsahující údaje o soutěžitelích, vyjma těch, které jsou veřejně známé. Krajský soud dále konstatoval smlouvu k vypracování odborné analýzy z 10. 6. 2013 a smlouvu o poskytnutí odborných konzultačních služeb z 18. 4. 2014, jejichž předmětem sice nebyla činnost žalobce, ale nebylo vyloučeno, že by se jím mohla stát. Ve vztahu ke smlouvě z 12. 6. 2009 krajský soud poukázal na skutečnost, že plnění podle ní již bylo formálně ukončeno, ovšem soud v řízeních vedených pod sp. zn. 62 Af 103/2012, sp. zn. 62 Af 43/2016 a sp. zn. 62 As 36/2016 zjistil, že komunikace žalovaného ohledně žalobce navenek je součástí jeho administrativní praxe, aniž by to v žalobcově řízení zanechalo procesní stopu. Nelze tak vyloučit zpřístupňování informací i do budoucna, přičemž smlouvy uzavřené Úřadem se společností CRS na roky 2013 a 2014 k tomu vytvářejí prostor. Krajský soud přisvědčil argumentaci žalobce, že žalovaný přenáší část své úřední činnosti na cizí soukromou osobu, aniž by její konzultační činnost měla oporu ve veřejném právu; tuto součinnost přitom tají. Nelze vyloučit, že v rámci spolupráce jsou poskytovány informace citlivého charakteru, ohledně nichž tento soukromý subjekt nemá veřejnoprávní povinnost odpovídající zákazu zneužití informací a ani by nemohl být podroben veřejnoprávním důsledkům porušení povinností. Postup žalovaného označil za snahu o privatizaci veřejné moci bez rovnocenné ochrany dotčených osob, přičemž poukázal na právní názory Ústavního soudu vyslovené v nálezech ze dne 10. 5. 2017, sp. zn. III. ÚS 532/17, a ze dne 13. 6. 2017, sp. zn. Pl. ÚS 29/16. Proto krajský soud dospěl k závěru, že je třeba vyhovět žalobci v požadavku, aby žalovaný zamezil zpřístupnění informací a dokumentů nacházejících se v žalobcově správním spise společnosti CRS, vyjma poskytování informací na základě zákonné povinnosti. Dále považoval za oprávněný i požadavek, aby společnost CRS ani jiné subjekty neměly přístup k žádným kopiím informací či dokumentů vztahujícím se ke správnímu řízení sp. zn. S109/2011/DP, neboť je nezískaly na základě zákonného podkladu. Proto krajský soud uložil žalovanému povinnosti specifikované v odstavci [1].

II. Kasační stížnost žalovaného a vyjádření žalobce

II.1. Kasační stížnost žalovaného

[4] Stěžovatel kasační stížnost podanou proti výrokům I., II. a V. rozsudku krajského soudu opírá o kasační důvody podle § 103 odst. 1 písm. a), a d) s. ř. s. Namítá tedy nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem a nepřezkoumatelnost rozsudku spočívající nesrozumitelnosti nebo nedostatku odůvodnění, popřípadě jinou vadu řízení schopnou ovlivnit zákonnost rozsudku.

[5] Nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu stěžovatel vidí v tom, že ten sice vymezil kumulativní podmínky judikaturou stanovené pro naplnění pojmu nezákonného zásahu, ale jejich naplnění nijak neprokazoval. Zabýval se jen splněním podmínky nezákonnosti zásahu, což ovšem posoudil nesprávně, a pak se zabýval pouze odlišením jednání, které by zasahovalo do průběhu správního řízení. Nadto krajský soud identifikoval pět podmínek po posouzení daného pojmu, přestože judikaturou je jich vymezeno šest, přičemž šestá podmínka (trvání zásahu, jeho důsledků, hrozba jeho opakování) má u trvajícího zásahu stále svůj význam. Krajský soud dospěl k závěru, že se žalovaný dopustil nezákonného zásahu a ten dosud trvá, aniž je jasné, z čeho to dovodil.

[6] Nezákonnost stěžovatel spatřuje v nesprávném právním posouzení. Žalobce nesprávně založil své žalobní tvrzení na skutečnosti, že žalovaný ve správním řízení sp. zn. S109/2011/DP spolupracuje se společností CRS a poskytuje jí důvěrné a citlivé informace a krajský soud tomu nekriticky přisvědčil. Domněnka žalobce, že smlouva o spolupráci žalovaného s touto společností uzavřená v roce 2014 je pokračováním smlouvy z r. 2009, je mylná. Žalovaný uzavřel se společností CRS v r. 2009 smlouvu o poskytování poradenských služeb (dále jen „Smlouva 2009“) a ta byla čtyřmi dodatky prodloužena až do 31. 12. 2012. Týkala se poskytnutí ekonomických poradenských služeb v souvislosti s prošetřováním chování soutěžitele v oblasti elektronických komunikací. Poradenství se týkalo identifikace potřebných dat a provedení jejich úpravy k získání datového souboru vhodného k provedení ekonomických analýz a navržení vhodných metod k provedení vhodných testů pro určení relevantního trhu, posouzení tržní síly soutěžitelů a posouzení soutěžního chování soutěžitele, zpracování analýz, formulce závěrů a předložení výsledků formou závěrečné zprávy na konci každé fáze (čl. 1.3 smlouvy). Smlouva 2009 naopak výslovně nezahrnovala získávání a shromažďování dat od soutěžitelů ani případné převedení dat do elektronické podoby, analýzu a kalkulaci škody způsobené případným protisoutěžním jednáním (čl. 1.4 smlouvy). Ve smlouvě byla rovněž vymezena důvěrnost informací a mlčenlivost společnosti CRS, stejně jako střet zájmů. Společnost CRS tak měla poskytovat Úřadu podrobnou metodickou pomoc pro práci s reálnými daty, aniž by k nim měla přístup.

[7] Spolupráce žalovaného se společností CRS v rámci správního řízení sp. zn. S109/2011/DP byla ukončena ke dni 25. 4. 2012, což je zřejmé z Memoranda - Závěrečné zprávy pro fázi 3; další spolupráce v tomto řízení již neprobíhala přesto, že smlouva byla formálně ukončena až k 31. 12. 2012. Plnění ze Smlouvy 2009 bylo rozloženo do čtyř fází, přičemž fáze 4 již nebyla zapotřebí.

[8] Dne 10. 6. 2013 byla mezi Úřadem a společností CRS uzavřena další smlouva (dále též „Smlouva 2013“), jejímž předmětem bylo vypracování odborné analýzy na téma „*Analýza vhodnosti použití institutu významné tržní síly*“. Tento smluvní vztah se nijak nevztahoval k žalobci ani ke správnímu řízení sp. zn. S109/2011/DP.

[9] Dne 18. 4. 2014 byla mezi Úřadem a společností CRS uzavřena další smlouva o poskytnutí odborných konzultačních služeb za účelem aktualizace a zpracování aktualizované podoby interních metodik (dále též „Smlouva 2014“), která se opět nijak netýkala žalobce ani správního řízení sp. zn. S109/2011/DP. Smlouva 2014 tedy skutečně existuje, ale nijak se netýká žalobce ani jeho správního řízení (stejně jako Smlouva 2013). Úřad od roku 2013 do roku 2016 uzavřel se společností CRS další smlouvy, které ale neměly nic společného se žalobcem. S ním byly spojeny pouze výstupy ze Smlouvy 2009.

[10] Krajský soud navzdory tomu přisvědčil ničím nepodloženým domněnkám žalobce. Vůči žalobci není prováděn žádný zásah ani žádný takový nehrozí. Z pouhé existence smluv mezi Úřadem a společností CSR nic takového nelze dovozovat. Existoval-li dříve, pak bylo možné pouze deklarovat jeho nezákonnost. Z existence Smlouvy 2013 a Smlouvy 2014 nelze dovodit hrozbu opakování zásahu, jak učinil krajský soud. Ve skutečnosti v době rozhodnutí soudu žádný zásah neexistoval, netrval, ani nehrozilo jeho opakování, neboť žalovaný si je dobře vědom nutnosti ochrany údajů. Neexistence zásahu přitom neplynula z předběžného opatření vydaného soudem, jímž byla zakázána činnost, která neexistovala. Krajský soud se řádně nevypořádal ani s obsahem smluv z r. 2013 a z r. 2014 ani s důkazy uvedenými již ve vyjádření k žalobě.

[11] Krajský soud byl povinen posoudit všechny definičními znaky zásahu a při neexistenci byť jen jediného z nich měl žalobu zamítnout. Krajský soud konstatoval ukončení nezákonného poskytování údajů společnosti CRS, přičemž stěžovatel popírá, že by vůbec šlo o nezákonné jednání. Z dodatku 1 Smlouvy 2009 cituje čl. 7.1, v němž bylo uvedeno, že Úřad společnosti CRS nezpřístupní žádné citlivé údaje o soutěžitelích, pokud nepůjde o údaje veřejně známé, a stejně tak neposkytne údaje důvěrné či představující obchodní tajemství. Podle tohoto ujednání žalovaný postupoval. Smlouvy z r. 2013 a 2014 nebyly uzavírány za účelem analýzy jednání konkrétního soutěžitele na trhu, tedy ani žalobce. Krajský soud označil stěžovatelovo jednání za „hru na schovávanou“ s poukazem na jednání ve věcech vedených u téhož soudu pod sp. zn. 62 Af 103/2012, sp. zn. 62 Af 43/2016 a sp. zn. 62 As 36/2016, z nichž dovodil shodný postup žalovaného i v budoucnu. Všechny citované případy se týkaly řízení sp. zn. S109/2011/DP a z ničeho soud nemohl dovodit souvislost se Smlouvami 2013, 2014. Krajský soud tak vzal za prokázanou pouhou domněnku, či dokonce pouhý pocit. Z těchto důvodů považuje stěžovatel rozsudek krajského soudu za nepřezkoumatelný a rovněž nezákonný, neboť je založen na nesprávném právním posouzení.

[12] Stěžovatel dále míní, že při odvození nezákonného zásahu od Smlouvy 2009 nevzal krajský soud vůbec v potaz jeho argumentaci, že žaloba byla podána opožděně. Nemůže se jednat o zásah trvající a nehrozí jeho opakování. Žalobci byla známa existence smlouvy se společností CRS a její spojení s jeho správním řízením nejpozději k datu 18. 6. 2012. Tehdy mu byla poskytnuta dokumentace i Smlouva 2009 včetně příloh a dodatků. Byla tak překročena lhůta stanovená v 84 odst. 1 s. ř. s., přičemž její zmeškání nelze prominout.

[13] Stěžovatel nesouhlasí ani s výrokem o náhradě nákladů řízení. Odborná literatura předpokládá náhradu nákladů řízení podle míry úspěšnosti žaloby. Za procesně úspěšnou stranu však nelze považovat žalobce navrhujícího sedm výroků při úspěchu dvou z nich.

Čtyři byly odmítnuty proto, že je lze uplatnit až při přezkumu vydaného rozhodnutí v řízení sp. zn. S109/2011/DP, jeden pak byl z téhož důvodu byl odmítnut částečně.

[14] Ze všech těchto důvodů stěžovatel navrhuje zrušení rozsudku krajského soudu a vrácení tomuto soudu k dalšímu řízení.

II.2. Vyjádření žalobce ke kasační stížnosti

[15] Žalobce ve svém vyjádření ke kasační stížnosti označil napadený rozsudek krajského soudu za řádně odůvodněný a přezkoumatelný. Zcela odpovídá zákonným požadavkům; stěžovatel mylně zaměňuje stručnost a výstižnost s nepřezkoumatelností. Za správné považuje i právní hodnocení. Stěžovatel proti němu argumentuje zejména nezávislostí Smluv 2013 a 2014. Krajský soud však riziko z nich plynoucí v rozsudku popsal. Rozsudek krajského soudu stěžovateli ukládá jen to, co je jeho zákonnou povinností. Již to, že stěžovatel proti tomu brojí, potvrzuje obavu, že nezákonný zásah, k němuž v minulosti již došlo, se může opakovat. Předmět Smlouvy 2009 se týkal žalobce a předmět Smluv 2013 a 2014 je natolik široký, že nevylučuje analytickou činnost společnosti CRS ve vztahu k žalobci či využití dříve získaných údajů. Stěžovatel sám připustil, že dříve získané informace mohou mít vliv na řízení jím vedená. Na jednání stěžovatele je třeba nahlížet i tak, že stěžovatel plněním všech uzavřených smluv nepřípustně přenáší úřední činnost na soukromý subjekt na základě soukromoprávních smluv, a to bez zákonného zmocnění. V takové situaci je nezákonným poskytování jakýchkoliv informací společnosti CRS získaných při výkonu veřejné moci, neboť stěžovatel je vázán povinností mlčenlivosti. Zde žalobce poukazuje na argumentaci krajského soudu plynoucí z informací z řízení u něj vedených pod sp. zn. 62 Af 103/2012, sp. zn. 62 Af 43/2016 a sp. zn. 62 As 36/2016. Pravděpodobnost použití informací a údajů poskytnutých společnosti CRS je velká, ostatně je nepravděpodobné, že by výsledky analýz neměly pro řízení význam. Žalobce považuje svou žalobu za včasnou, neboť ze strany stěžovatele se jedná o zásah trvající. Stěžovatel stále vede řízení, v souvislosti s nímž se společností CRS komunikuje. Žalobce považuje za správný i výrok o náhradě nákladů řízení. Kromě úspěšnosti v řízení je třeba aplikovat i § 60 odst. 3 s. ř. s., v části, v níž byla žaloba odmítnuta. Z těchto důvodů žalobce navrhuje zamítnutí kasační stížnosti.

III. Posouzení kasační stížnosti Nejvyšším správním soudem

III.1. Podmínky projednání kasační stížnosti

[16] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil formální náležitosti kasační stížnosti a konstatoval, že kasační stížnost je podána osobou k tomu oprávněnou, je podána včas, jde o rozhodnutí, proti němuž je kasační stížnost přípustná, a stěžovatel jedná osobou s právnickým vzděláním. Kasační stížnost je přípustná a projednatelná.

[17] Důvodnost kasační stížnosti pak Nejvyšší správní soud posoudil v mezích jejího rozsahu a uplatněných důvodů (§ 109 odst. 3, 4 s. ř. s.). Ve věci přitom rozhodl bez nařízení jednání za podmínek vyplývajících z ustanovení § 109 odst. 2 věty první s. ř. s.

III.2. Posouzení důvodnosti kasačních námitek

III.2.a) Námitka nepřezkoumatelnosti rozsudku

[18] Nejvyšší správní soud nejprve posoudil rozsudek krajského soudu z hlediska namítané nepřezkoumatelnosti, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je zpravidla způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností a vad řízení (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 8. 2009, č. j. 2 Azs 47/2009 - 71. K nepřezkoumatelnosti rozsudků správních soudů i rozhodnutí správních orgánů je Nejvyšší správní soud dokonce povinen přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 4 s. ř. s.). Při posuzování nepřezkoumatelnosti Nejvyšší správní soud vychází z ustálené judikatury Ústavního soudu (např. nález Ústavního soudu ze dne 20. 6. 1996, sp. zn. III. ÚS 84/94, uveřejněný pod č. 34 ve svazku č. 3 Sbírky nálezů a usnesení Ústavního soudu, nález Ústavního soudu ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. III. ÚS 94/97, uveřejněný pod č. 85 ve svazku č. 8 Sbírky nálezů a usnesení Ústavního soudu) i z ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu (např. rozsudek ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003 - 75, publ. pod č. 133/2004 Sb. NSS, rozsudek ze dne 27. 6. 2007, č. j. 3 As 4/2007 - 58, rozsudek ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004 - 73, publ. pod č. 787/2006 Sb. NSS, rozsudek ze dne 8. 4. 2004, č. j. 4 Azs 27/2004 - 7, a další).

[19] Stěžovatel spatřuje nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku v tom, že krajský soud neúplně vymezil definiční znaky nezákonného zásahu, a dále že se nezabýval naplněním každého z nich, ale spokojil se pouze s naplněním znaku nezákonnosti údajného stěžovatelova jednání.

[20] K tomu je třeba nejprve konstatovat zákonnou úpravu ochrany před nezákonným zásahem, judikaturní vymezení pojmu „nezákonný zásah“ a teprve poté se lze zabývat úplností argumentace krajského soudu z hlediska přezkoumatelnosti rozsudku.

[21] Podle § 82 s. ř. s. se každý může žalobou u soudu domáhat ochrany, pokud byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným pokynem nebo donucením (zásahem) správního orgánu, který není rozhodnutím a byl zaměřen přímo proti němu, nebo bylo proti němu zasaženo v jeho důsledku; může se domáhat i jen určení, že zásah byl nezákonný.

[22] Soudní řád správní tedy nezákonný zásah blíže nespecifikuje a krajský soud správně vycházel ze stávající judikatury, zejména z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 3. 2005, č. j. 2 Aps 1/2005 – 65, publ. pod č. 603/2005 Sb., vytyčujícího pět dodnes aktuálních podmínek pro určení, že se jedná o nezákonný zásah: (1) žalobce musí být přímo zkrácen na svých právech, (2) nezákonným (3) zásahem, pokynem nebo donucením správního orgánu, (4) která nejsou rozhodnutím a (5) byla zaměřena přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu zasaženo. Dále krajský soud poukázal na rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 1. 2007, č. j. 2 Aps 1/2006 – 80, a ze dne 17. 7. 2007, č. j. 2 Aps 1/2007 - 58, podle nichž musí mezi napadeným zásahem a tvrzeným porušením práv existovat bezprostřední vztah, a tedy poskytnutí ochrany soudem (zákaz pokračování v zásahu) se může bezprostředně projevit v žalobcově právní sféře.

[23] Stěžovatel v tomto ohledu krajskému soudu vytýká, že nevzal v úvahu šestou podmínku vytýčenou rozsudkem sp. zn. 2 Aps 1/2005, neboť i v současné době, pokud je předmětem řízení trvající zásah, platí, že zásah nebo jeho důsledky musí trvat, nebo musí hrozit opakování zásahu. Následně pak poukazuje na to, že krajský nehodnotil naplnění všech těchto podmínek. Stěžovateli lze přisvědčit v názoru, že v případě, kdy je žalobou požadován zákaz trvajícího zásahu či zásahu, u něhož hrozí opakování, musí být soudem zkoumáno, zda tvrzený zásah skutečně trvá či zda hrozí jeho opakování. Neuvedení této podmínky v jejich výčtu však samo o sobě nečiní rozsudek nepřezkoumatelným; podstatné je, zda soud zkoumal splnění všech podmínek. Přitom není třeba, aby vyjmenovával jednu podmínku za druhou v posloupnosti dané judikaturou, podstatné je, aby z rozsudku bylo zřejmé naplnění těchto podmínek, a aby z toho plynul správný závěr.

[24] Nejvyšší správní soud konstatuje, že krajský soud posoudil existenci všech výše uvedených podmínek v části V. odůvodnění napadeného rozsudku. Stručně shrnuto: za zásah považoval spolupráci se soukromou společností CRS (podmínka 3), jeho nezákonnost v tom, že žalovaný spoluprací se soukromou společností přenesl část svých povinností na soukromý subjekt (podmínka 2), dopad do žalobcových práv (podmínka 1) spatřoval ve využitelnosti informací a dokladů poskytnutých společnosti CRS v neprospěch žalobce, zaměření proti žalobci (podmínka 5) shledal v širokém rozpětí Smlouvy 2013 a Smlouvy 2014 a v jejich návaznosti na Smlouvu 2009 a trvání zásahu viděl rovněž v existenci Smluv 2013 a 2014 a v jejich návaznosti na Smlouvu 2009. Podmínka 4 pak byla zcela jednoznačná, neboť záměna s rozhodnutím nepřicházela v úvahu. Všechny tyto názory krajský soud podrobně rozvedl a nelze mu vytýkat opomenutí některé z podmínek pro posouzení existence nezákonného zásahu a dalších podmínek pro vydání rozhodnutí, jež učinil. Jejich skutečné naplnění je pak otázkou správnosti právního názoru, což bude posouzeno níže.

III.2.b) Námitka nesprávného posouzení právních otázek

[25] Kasační námitky směřující proti správnosti posouzení právní otázky soudem míří jak proti existenci zásahu, tím spíše nezákonného, tak i proti jeho trvání či hrozbě opakování. Ve vztahu k zásahu plynoucímu ze Smlouvy 2009 pak stěžovatel považuje žalobu za opožděnou.

[26] V prvé řadě je třeba posoudit, zda jednání, které je přičítáno stěžovateli může být nezákonným zásahem. Krajský soud nezákonný zásah spatřuje v poskytování informací souvisících se správním řízením soukromému subjektu. V pravomoci žalovaného podle zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“), je zejména vykonávat dozor, vést šetření, vést správní řízení a rozhodovat na tomto úseku státní správy. Informace v rámci své působnosti zjištěné může poskytovat Komisi či jiným soutěžním úřadům [§ 20a odst. 3 písm. b), c), odst. 4 cit. zákona]. Řízení u něho vedené je upraveno v § 21 an. cit. zákona a vyskytují se v něm určité odlišnosti oproti řízení vedenému podle zákona č. 500/2004 Sb., správní řád (§ 25a zákona o ochraně hospodářské soutěže). Tyto odlišnosti plynou mj. z toho, že předmětem šetření jsou obchodní, bankovní nebo jiná zákonem chráněná tajemství, a projevují se např. v pravidlech pro nahlížení do spisu (§ 21c odst. 3 cit. zákona) či v úpravě zpřístupnění informací obsažených ve spise (§ 21ca).

[27] Krajský soud spatřuje podmínky pro nezákonný zásah v uzavření Smlouvy 2009, Smlouvy, 2013 a Smlouvy 2014. K tomu poukazuje na rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 10. 5. 2017, sp. zn. III. ÚS 532/17, a ze dne 13. 6. 2017, sp. zn. Pl. ÚS 29/16. V nálezu sp. zn. III. ÚS 532/17 Ústavní soud posuzoval hrazení nákladů řízení spojených s advokátním zastoupením státu v soudním řízení. Poukázal na vlastní prejudikaturu, z níž plyne, že stát je k hájení svých zájmů vybaven personálně a finančně zajištěnými organizačními složkami a není důvod, aby výkon svých práv přenášel na soukromý subjekt, vyjma případů, kdy je to odůvodněno (odst. 14 nálezu). Usnesení sp. zn. Pl. ÚS 29/16 odmítající návrh na zrušení § 4 odst. 2 a § 133 odst. 2 zákona č. 182/1993 Sb. však pro danou věc krajským soudem tvrzený význam nemá. Státní moc jistě nemůže být vyprázdněna; zde lze přisvědčit odkazu krajského soudu na čl. 2 odst. 2 Listiny a na nález Ústavního soudu ze dne 25. 4. 2012, sp. zn. I. ÚS 2989/09.

[28] Tyto výše uvedené zásady ovšem nevylučují využívání soukromých subjektů státem či jeho orgány. Naopak je poměrně běžné, že stát či správní orgány využívají technického či jiného zajištění své činnosti soukromými subjekty (např. vytváření a správa systému ADIS využívaného finanční správou) a že je to spojeno i s přístupem těchto soukromých subjektů k informacím, které nejsou informacemi veřejnými. Ostatně ani zákon o ochraně hospodářské soutěže součinnost s jinými subjekty nevylučuje, což lze dovodit ze znění § 24, podle něhož je osoba *v pracovněprávním nebo jiném vztahu k Úřadu* (zvýrazněno NSS), *na jehož základě vykonává činnost pro Úřad, při nichž se dozví skutečnost tvořící předmět obchodního tajemství nebo důvěrnou informaci, povinna o nich zachovat mlčenlivost, a to i po skončení tohoto vztahu*. Povinnost zachovávat služební mlčenlivost tedy zákon předpokládá nejen u pracovníků úřadu, ale i u jiných osob, které se dozví určité informace na základě jiného než pracovněprávního vztahu. Zajištění činnosti žalovaného může být spojeno s činností expertů, může vyžadovat zpracování posudků či stanovisek, spotřebitelských výzkumů aj., a to i při využití soukromých subjektů (k tomu srovnej Komentář: Zákon o ochraně hospodářské soutěže, David Raus, Andrea Oršulová, Wolters Kluver, Praha 2014, s. 533). Zpracování analýz, provedení výzkumů či zpracování metodiky, nejsou-li poskytovány v mezích předpokládaných zákonem (např. jako znalecký posudek podle § 56 správního řádu), působnost správního orgánu na soukromý subjekt do jisté míry přenášejí. Nelze ovšem odhlédnout od skutečnosti, že výstupy ze smluvní spolupráce nejsou pro Úřad závazné a je jeho věcí, zda jich v konkrétním správním řízení využije, či nikoliv. Pokud tak v nějakém správním řízení učiní, je jeho věcí, aby tento postup obhájil. V obecné poloze tedy spolupráce žalovaného se soukromými subjekty není nezákonná.

[29] Krajský soud ovšem zásah spojuje s poskytováním informací soukromému subjektu v rámci správního řízení vedeného se žalobcem, a to způsobem, že tato součinnost není podchycena ve správním spise. Krajský soud v rozsudku konstatoval zjištění z předchozích soudních řízení a poukázal na své rozsudky sp. zn. 62 Af 103/2012, sp. zn. 62 Af 43/2016 a sp. zn. 62 As 36/2016. Z nich dovozoval existenci zásahu a na ně navazoval v tvrzení o jeho pokračování, přičemž zásah nespojoval výslovně s řízením vedeným žalovaným pod sp. zn. S108/2011/DP, ale spatřoval jej v samotné možnosti zpřístupnění údajů ze správního řízení, o tomto správním řízení či jiném obdobném řízení, včetně využití podkladů ze správního řízení třetími osobami, zde společností CRS. Rozsudek ve věci sp. zn. 62 Af 103/2012 se týkal poskytnutí informací vztahujících se ke správnímu řízení

vedenému u žalovaného pod sp. zn. S109/2011/DP, které nejsou součástí správního spisu. Krajský soud v rozsudku konstatoval, že žalovaný přenesl část své působnosti na soukromý subjekt - společnost CRS, přičemž informace získané touto spoluprací nezanesl do spisu. Soud dále uvedl, že žalovaný navenek s tímto subjektem komunikoval o žalobci a poskytoval mu o něm informace, přičemž žalobce neměl možnost rozsah těchto informací seznat; kasační stížnost proti tomuto rozsudku byla zamítnuta rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 6 As 136/2014. Rozsudek krajského soudu sp. zn. 62 Af 43/2016 na jeho předchozí rozsudek navazoval a zopakoval, že i při tak nestandardním postupu, jakým je přenesení výkonu činnosti správního orgánu na soukromý subjekt, musí o tom být ve spise, s nímž souvisí, zřejmá procesní stopa. Žalovaný na tento subjekt přenášel informace vztahující se k podnikání žalobce v souvislosti s jeho možným zneužitím dominantního postavení na trhu. Výslovně je zde poukázáno na Smlouvu 2009 a její obsah. Rozsudek sp. zn. 62 As 36/2016 se týkal žádosti o informace – obsahu spisového řádu žalovaného včetně skartačního plánu a vycházel ze stejných skutkových okolností. Tyto rozsudky jsou podkladem pro závěr, že informace byly poskytovány soukromému subjektu, aniž by se jednalo o zákonný procesní postup ve správním řízení.

[30] Tyto rozsudky shodně staví na obsahu Smlouvy 2009 a jejím dopadu do řízení vedeného u žalovaného pod sp. zn. S109/2011/DP. Smlouva 2009 byla uzavřena mezi žalovaným a CRS a jejím předmětem bylo poskytování poradenských služeb žalovanému a měla spočívat v *ekonomickém posouzení soutěžního chování Telefónica O2 Czech Republic, a. s., či jeho přidružených společností na trzích velkoobchodního a maloobchodního širokopásmového přístupu v sítích elektronických komunikací případně na trzích hlasové telefonie, konkrétně v posouzení možného zneužití dominantního postavení formou uplatňování zakázané praktiky stlačování marže (margin squeeze) a/nebo balíčkování (bundling) vůči konkurentům.* Podle bodu 1.3 Smlouvy 2009 poradenské služby zahrnovaly poradenství při identifikaci potřebných dat a spolupráci při výběru a formulaci vhodné metody pro získání a shromáždění potřebných dat (a), provedení úpravy dat s cílem získat vhodný datový soubor vhodný k provedení ekonomických analýz (b), navržení vhodných metod a modelů, aplikace testů pro definici relevantního trhu a posouzení tržní síly soutěžitele a posouzení jeho soutěžního chování (c), zpracování analýz a formulce závěrů, předložení výsledků formou závěrečné zprávy na konci každé z fází (d). Poradenské služby přitom neměly zahrnovat získávání a shromažďování dat od soutěžitelů či spotřebitelů ani jejich převedení do elektronické podoby. Smlouva 2009 obsahovala ujednání o důvěrnosti informací (bod 7) a závazek společnosti CRS poskytovat služby ve vztahu k této věci výhradně žalovanému, a to i po skončení smlouvy (bod 8). Smlouva byla uzavřena na dobu do 31. 12. 2009, přičemž dodatkem 1 byla upravena spolupráce s ohledem na citlivost shromažďovaných údajů tak, že poradci nebudou zpřístupněna žádná důvěrná či obchodně citlivá data soutěžitelů včetně údajů obsahujících obchodní tajemství, což bylo promítnuto do sjednaných forem spolupráce. Dodatkem 2 byla Smlouva 2009 prodloužena do 31. 12. 2010, dodatkem 3 do 30. 9. 2011 a dodatkem 4 do 31. 12. 2012. Memorandum ze dne 25. 4. 2012 je hodnocením závěrečné Fáze 3 v rámci Smlouvy 2009 a posuzuje možnost praktického provedení tzv. imputačních testů a posouzení délky trvání protisoutěžních praktik. Zpráva má metodický charakter a neobsahuje konkrétní data o žalobci, což ovšem nic nevypovídá o obsahu poskytovaných informací.

[31] Pokud by zásah žalovaného měl spočívat v poskytování informací v rámci Smlouvy 2009, byla by žaloba podaná 20. 7. 2017 opožděná podle § 84 odst. 1 s. ř. s.; pokud by ovšem šlo o zásah trvající, byla by včasná (k tomu srovnej nález Ústavního soudu ze dne 23. 5. 2018, sp. zn. II. ÚS 635/18, bod 43, podle něhož [v] *řízení o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem správního orgánu podle § 82 a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, je důležité rozlišovat různé typy zásahů a zohledňovat specifika tzv. trvajících zásahů. K posouzení povahy zásahu nestačí pouze tvrzení žalobce. Správní soud musí při hodnocení povahy zásahu vycházet z objektivních skutečností a musí na jejich základě vyhodnotit, jakou povahu zásah má. Pokud v té souvislosti ovšem dojde k opačnému závěru než žalobce (např. nebude mít za to, že napadený zásah je trvající, což bude mít dopad na počítání lhůty k podání žaloby a její včasnost), musí dát žalobci možnost na tento odlišný pohled soudu reagovat. Držení dokumentů převzatých při místním šetření v tomto konkrétním případě představovalo trvající zásah. V případě těchto zásahů obecně musí s ohledem na zásadu bezrozpornosti právního řádu platit pravidlo, podle kterého časové právní následky včetně dopadu na počátek běhu lhůty k podání zásahové žaloby má až ukončení takového zásahu. V případě stále neukončeného trvajícího zásahu pak ústavně-konformní výklad pojmu „došlo", se kterým pracuje § 84 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, odpovídá pojmu „dochází". Obdobný princip musí platit i pro běh subjektivní lhůty podle § 84 odst. 1 věta první s. ř. s., protože o neukončeném trvajícím zásahu se dotčený jednotlivec znovu a znovu „dozvídá". V souladu s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva lhůta k podání žaloby proti neukončenému trvajícímu zásahu ve skutečnosti začíná každý den znovu).*

[32] Krajský soud zásah spatřoval ve zpřístupnění údajů o žalobci ze správního řízení či údajů s ním souvisejících soukromému subjektu společnosti CRS, což se stalo na základě Smlouvy 2009, přičemž společnost CRS tyto údaje stále drží, případně jí mohou být poskytovány údaje další, a to na základě Smlouvy 2013 a Smlouvy 2014.

[33] Pokud by trvání zásahu bylo postaveno na skutečnosti, že společnost CRS stále drží informace či doklady získané na základě Smlouvy 2009, nemá k tomuto závěru krajský soud žádnou oporu. Žalobce sice tvrdil a dokládal informací o součinnosti pracovníka společnosti CRS při zpracování znaleckých posudků, že společnost CRS tyto informace stále drží a využívá jich proti němu, krajský soud však k těmto tvrzením žádné dokazování neprováděl. Vycházel totiž z toho, že dokladem trvalosti zásahu či rizika jeho opakování je samotná existence Smlouvy 2013 a Smlouvy 2014.

[34] Smlouva 2013 byla žalovaným uzavřena za účelem zpracování odborné analýzy na téma *Analýza vhodnosti použití institutu významné tržní síly*. Pokud jde o vymezení obsahu analýzy, poukazuje smlouva na „Výzvu objednatele ze dne 21. května 2013", aniž je ta součástí spisu. Krajský soud tedy ani neměl bližší informace o předmětu této smlouvy. Analýza měla být podle smlouvy předána do 60 dnů ode dne její účinnosti; ta nastala 10. 6. 2013. Smlouva 2013 obsahuje ujednání o zákazu poskytovat předané informace třetí osobě vyjma na základě výslovné dohody. Smlouva 2014 byla uzavřena k *poskytnutí odborných konzultačních služeb za účelem aktualizace a zpracování aktualizované podoby interních metodik pro uplatňování tzv. effect based approach v oblasti fúzí a antitrustu v podmínkách UOHS*. Předmětem smlouvy byla odborná korekce a konzultace k osmi odborným textům k problematice uvedené v článku II/3 smlouvy, přičemž žalovaný se

zavázal poskytnout podklady k účelu plnění smlouvy. Cílem bylo zapojení předmětných metod do šetření případů a rozhodovací činnosti. Termíny plnění byly sjednány odlišně pro jednotlivé úkoly, přičemž nejzazší z nich byl do 31. 12. 2014. Dodatkem č. 1 byly nově stanoveny dílčí termíny splnění do 31. 12. 2015, následně dalším dodatkem rovněž označeným jako č. 1 byly tyto termíny změněny na 1. 12. 2016. Trvalost zásahu krajský soud mj. stavěl na tom, že poskytování informací na základě Smlouvy 2013 a Smlouvy 2014 navazuje na poskytování informací podle Smlouvy 2009; to však z ničeho neplyne. Smlouva 2009 se výslovně týká žalobce, předmět Smlouvy 2013 není dostatečně znám a předmět Smlouvy 2014 je odlišný od předmětu Smlouvy 2009. Riziko shodného postupu, a tedy nezákonného zásahu vůči žalobci není soudem dostatečně podloženo.

[35] Nejvyšší správní soud akceptuje, že na základě výše označených rozsudků krajského soudu, v jednom případě včetně rozsudku Nejvyššího správního soudu, je třeba považovat za prokázané, že v minulosti (na základě Smlouvy 2009) poskytoval žalovaný v souvislosti se správním řízením vedeným se žalobcem informace či doklady o něm společnosti CRS. V tomto soudním řízení však nebylo prokázáno, že ta je dosud drží, a že jich dokonce využívá proti žalobci. Není tedy prokázáno, že zásah dosud trvá či že hrozí nebezpečí opakování, a tedy že žaloba byla podána v zákonné lhůtě. Je ovšem pravdou, že žalobce k tomuto svému tvrzení nabízel důkazy, které krajský soud neprovedl, přičemž jejich provedení by otázku trvání zásahu mohlo objasnit. Stejně tak není prokázáno, že od pozbytí účinnosti Smlouvy 2009 (tj. od r. 2012) poskytoval žalovaný společnosti CRS informace či doklady související se správním řízením zn. S109/2011/DP. Neobstojí tedy výrok I. ani výrok II. napadeného rozsudku krajského soudu. Právní závěr krajského soudu není podložený a je dán kasační důvod podle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

IV. Závěr a náhrada nákladů řízení

[36] Z důvodů výše uvedených dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost je důvodná. Proto výroky I. a II. napadeného rozsudku krajského soudu podle § 110 odst. 1 věta první s. ř. s. zrušil a v této části věc vrátil krajskému soudu k dalšímu řízení; podle odst. 4 téhož ustanovení je krajský soud vázán právním názorem v tomto rozsudku vysloveným. Vzhledem k tomu, že může být dalším dokazováním prokázáno trvání nezákonného zásahu, nepřistoupil současně k odmítnutí žaloby.

[37] Výroky IV. a V. napadeného rozsudku jsou závislé na věcných výrocích. Není tedy rozhodné, že stěžovatel výslovně napadl pouze jeden z nich. Vzhledem k tomu, že věcné výroky I. a II. byly zrušeny a krajský soud bude ve věci znovu rozhodovat, projeví se to i na posouzení úspěšnosti žaloby, což má vliv na rozhodnutí o nákladech (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

[38] Krajský soud současně rozhodne i o náhradě nákladů této kasační stížnosti (§ 110 odst. 3 s. ř. s.).

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

pokračování

V Brně dne 28. června 2018

JUDr. Miluše Došková
předsedkyně senátu