DOŠLO DNE
11-10-2012

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v rozšířeném senátě složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudců JUDr. Jaroslava Vlašína, JUDr. Jakuba Camrdy, JUDr. Miluše Doškové, JUDr. Jaroslava Hubáčka, JUDr. Michala Mazance a JUDr. Dagmar Nygrínové v právní věci žalobkyně: **Telefónica Czech Republic, a. s.,** se sídlem Za Brumlovkou 266/2, Praha 4 – Michle, zastoupené JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M., Ph.D., advokátem advokátní kanceláře Kocián, Šolc, Balaštík, se sídlem Jungmanova 1, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Třída kpt. Jaroše 7, Brno, zastoupenému JUDr. Kristinou Škampovou, advokátkou se sídlem advokátní kanceláře Pellicova 8a, Brno, za účasti Vodafone Czech Republic a. s., se sídlem Vinohradská 167, Praha 10, o přezkoumání rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 9. 2004, č. j. R 36,37/2003, v řízení o kasační stížnosti žalovaného proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 5. srpna 2009, č. j. 62 Ca 39/2007 – 195,

t a k t o :

I. Součástí skutkové podstaty správního deliktu uzavření dohody narušující hospodářskou soutěž podle § 3 odst. 1 a 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, a podle § 3 odst. 1 a 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, je jak samotné uzavření takové dohody, tak i její plnění.

II. Změní-li správní orgán rozhodující o rozkladu rozhodnutí vydané o výše uvedeném správním deliktu v prvním stupni tak, že ve výroku o vině doplní do popisu skutku i plnění zakázané dohody, jedná se v případě, že s takovýmto vymezením skutku byli účastníci seznámeni již v průběhu řízení před správním orgánem rozhodujícím v prvním stupni, pouze o upřesnění popisu skutku, nikoliv o jeho rozšíření.

III. Věc **s e v r a c í** k projednání a rozhodnutí sedmému senátu.

O d ů v o d n ě n í :

I. Dosavadní průběh řízení

[1] Včas podanou kasační stížností napadl žalovaný v záhlaví uvedený rozsudek Krajského soudu v Brně, jímž byla zrušena rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15. 9. 2004, č. j. R 36,37/2003, a rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 10. 2003, č. j. S 164/03-6151/03-ORP, a věc vrácena žalovanému k dalšímu řízení.

[2] Rozhodnutím správního orgánu vydaným v prvním stupni byli žalobce a osoba zúčastněná na řízení výrokem 1. uznáni vinnými, že

a) ve Smlouvě o propojení ze dne 22. března 2001 uzavřeli
- v čl. 3.1 a na něj navazující Příloze A včetně jejích dílčích příloh dohodu, dle níž si dohodli realizaci propojení sítí výhradně v propojovacích bodech prostřednictvím propojovacích spojů, kdy propojovací body jsou popsány v Příloze A,
- v čl. 6.6 dohodu, dle níž si účastníci dohody budou po dobu neexistence přímého propojení mezi jejich sítěmi nebo v případě nedostatečné kapacity propojení poskytovat služby tranzitem, prostřednictvím sítě třetí strany, kdy tento provoz se bude řídit Smlouvou o propojení a podmínkami sjednanými každou smluvní stranou s třetí stranou,
- v čl. 8.1 a na něj navazující Příloze C včetně jejích dílčích příloh dohodu, dle níž bude každá smluvní strana účtovat za služby poskytnuté druhé smluvní straně ceny za propojení uvedené v Příloze C,

b) tedy uzavřeli zakázané dohody o nepřímém určení obchodních podmínek, které vedou k narušení hospodářské soutěže na trhu provozování veřejných telekomunikačních sítí,

c) čímž porušili v době od uzavření Smlouvy o propojení do 30. června 2001 ustanovení § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění a od 1. července 2001 ustanovení § 3 odst. 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů.

[3] Výrokem 2. uložil žalovaný za výše uvedený delikt podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb. žalobci pokutu ve výši 22.000.000 Kč a osobě zúčastněné na řízení pokutu ve výši 5.000.000 Kč. Výrokem 3. pak oběma předepsal podle § 7 odst. 1 citovaného zákona opatření k nápravě spočívající především v zákazu plnění dohod specifikovaných ve výroku 1. rozhodnutí.

[4] Rozhodnutím o rozkladu byl změněn výrok 1. předchozího rozhodnutí tak, že deliktní jednání bylo vymezeno jako „uzavření a plnění" dohod níže specifikovaných. Výrok 2. však byl potvrzen v původním znění, výrok 3 byl rovněž změněn a opatření k nápravě omezena, jejich podstata však zůstala zachována.

[5] Krajský soud po posouzení věci dospěl k závěru, že žalovaný při svém rozhodování porušil základní ústavní principy českého právního řádu, a to princip důvěry právních subjektů v právo a princip zákazu zpětné účinnosti právních norem, jakož i základní pravidla správního řízení, zejména princip právní jistoty a princip oprávněného očekávání. Konkrétně pak vyšel krajský soud z názoru, že pokud byl žalobce správním orgánem prvního stupně sankcionován za správní delikt uzavření zakázaných dohod o nepřímém určení obchodních podmínek, které vedly k narušení hospodářské soutěže na trhu provozování veřejných telekomunikačních sítí, byl takovýto delikt dokončen uzavřením Smlouvy o propojení ze dne 22. 3. 2001 a nemohl tedy na něj dopadat zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, který nabyl účinnosti až dne 1. 7. 2001, přičemž pro delikt podle zákona č. 63/1991 Sb. řízení nebylo vedeno. Fakticky tedy vytkl správnímu orgánu nesprávné posouzení právní otázky. Dále však uvedl, že teprve v rozhodnutí o rozkladu byl skutek změnou výroku 1 rozšířen na uzavření a plnění zakázaných dohod, čímž se ovšem výrok 1. a 2. dostaly do rozporu, neboť výrok 2. zůstal ohledně vymezení skutku, za nějž se trest ukládá, beze změny. Rozhodnutí se tak stalo také nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Krajský soud ve výsledku zrušil rozhodnutí vydaná žalovaným v prvním stupni i v rozkladovém řízení podle § 76 odst. 1 písm. a) a c) s. ř. s. pro podstatné porušení ustanovení o řízení před správním orgánem, které mělo za následek nezákonné rozhodnutí

ve věci samé, a pro nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů. V čem spatřuje vady řízení podle písmene c) krajský soud ve svém rozsudku neobjasnil, nezákonnost spočívající v nesprávném výběru právní normy pro posouzení věci žádnému ustanovení s. ř. s. nepodřadil.

[6] Kasační stížnost podal žalovaný (dále jen stěžovatel) z důvodů uvedených v ustanovení § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s., tedy pro nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky a pro nepřezkoumatelnost pro nedostatek důvodů. Konkrétně namítal, že krajský soud nesprávně interpretoval zásadu zákazu retroaktivity, přičemž nevzal v úvahu všechny okolnosti případu a nedostatečně svůj rozsudek odůvodnil.

[7] Podle názoru stěžovatele je třeba vycházet z toho, že obsahem generální klauzule obsažené jak v ustanovení § 3 zákona č. 63/1991 Sb., tak v § 3 zákona č. 143/2001 Sb. je zákaz takových dohod mezi soutěžiteli, které vedou nebo mohou vést k narušení hospodářské soutěže. Mimo písemných dohod jsou stejně zakázána rozhodnutí sdružení soutěžitelů i prosté jednání soutěžitelů ve shodě, přičemž všechny tři způsoby zakázaných ujednání podřadil zákonodárce pod zkratku „dohody". Pokud jsou tedy všechny tři uvedené způsoby shodného jednání uvedeny pod jednou zkratkou, nelze než přiznat všem tentýž temporální efekt, tedy konání či plnění dohody. Není to tedy jen uzavření zakázané dohody v papírové formě, ale právě její následné plnění a shodné, soutěž narušující jednání soutěžitelů, je tím zakázaným jednáním, za které následuje sankce.

[8] Skutečnost, že pojem zakázané dohody v sobě ze své podstaty zahrnuje jak její uzavření, tak plnění, tedy že se jedná o delikt trvající, jednoznačně vyplývá i z ustálené judikatury Nejvyššího správního soudu. V rozsudku ze dne 10. 4. 2009, č. j. 2 Afs 93/2008 – 920, soud uvedl, že *„v případě kartelů se jedná o delikty trvající: podniky (případně jiní soutěžitelé) nejprve vyvolají protiprávní stav (typicky uzavřením kartelové dohody s její následnou realizací projevující se omezením soutěže na relevantním trhu – přičemž protiprávní je již jen její samotné uzavření, a její realizací omezení či ohrožení hospodářské soutěže) a poté protiprávní stav (ohrožení nebo omezení hospodářské soutěže) kratší či delší dobu udržují. Toho mohou dosáhnout typicky jednáním omisivním (zdržují se obvyklého tržního jednání, např. nedodávají zboží na trh v množství odpovídajícím poptávce, nesnižují cenu výrobků a služeb tak, aby dosáhli většího obratu a zisku, neuvádějí své zboží do oběhu na určitém trhu apod.) případně i komisivním."* Jakkoliv Nejvyšší správní soud v některých případech klasifikoval dohodu jako delikt pokračující, není sporu o tom, že se nejedná o jednorázový delikt.

[9] Krajský soud spatřuje porušení zásady zákazu retroaktivity v tom, že správní delikt, který chybně zužuje pouze na uzavření nedovolené dohody, byl spáchán v době před účinností zákona č. 143/1991 Sb., a proto byla pokuta uložena podle tohoto zákona v rozporu se zásadou zákazu retroaktivity. S ohledem na výše uvedené má stěžovatel tento názor za chybný. Porušení § 3 odst. 2 písm. a) citovaného zákona je třeba spatřovat nejen v uzavření zakázané dohody, ale především v jejím plnění, neboť to způsobuje narušení hospodářské soutěže. Pokud tedy rozhodnutí stěžovatele sankcionuje porušení zákona č. 143/1991 Sb. pokutou podle téhož zákona, pak tak činí po právu, neboť v rozsahu účinnosti tohoto zákona k plnění zakázané dohody docházelo. V takovém postupu nelze spatřovat retroaktivitu. Ostatně i zde postupoval stěžovatel zcela v rámci ustálené judikatury samotného Krajského soudu v Brně, který ve svém rozsudku ze dne 22. 11. 2005, sp. zn. 31 Ca 71/2004, ve věci Oskar Mobil uvedl, že *„Úřad, vycházeje z předpokladu, že jde ve všech případech o pokračující správní delikty, zcela správně změnil výrok v tom směru, že trvání protiprávního období rozdělil na období do 30. 6. 2001 (spadající do právního režimu zákona č. 63/1991 Sb.) a období od 1. 7. 2001, spadající do účinnosti zákona č. 143/2001 Sb."*

[10] Krajský soud dále uvádí, že pro porušení zákona č. 63/1991 Sb. nebylo sankční správní řízení zahájeno ani vedeno. Toto tvrzení se nezakládá na pravdě, neboť v obou rozhodnutích

úřadu je ve výroku 1. porušení tohoto zákona konstatováno. Stěžovatel nadto zdůraznil, že předmět řízení není vymezen právní kvalifikací deliktu, ale skutkem, který je vyšetřován. Je proto zcela nesprávný závěr krajského soudu, že v průběhu řízení před stěžovatelem došlo k rozšíření předmětu řízení; z důkazů shromážděných v průběhu správního řízení a uvedených v odůvodnění prvostupňového rozhodnutí stěžovatele jednoznačně vyplývá, že posuzované jednání (skutek – zakázaná dohoda) trvalo od okamžiku uzavření předmětné smlouvy až do okamžiku vydání rozhodnutí. Je-li kartelová dohoda považována za jiný správní delikt trvající či pokračující, je celé protiprávní jednání považováno za jeden skutek.

[11] Pokud se konečně jedná o údajnou rozpornost výroků 1. a 2. rozhodnutí stěžovatele, je nezbytné dodat, že odůvodnění rozhodnutí obou stupňů jsou shodná a jednoznačně z nich vyplývá, že pokuta nebyla ukládána jen za „uzavření smlouvy", ale za zakázanou dohodu, sestávající z jejího uzavření i plnění.

[12] Vzhledem k tomu, že rozsudek krajského soudu je založen na chybném posouzení právní otázky, konkrétně výkladu § 3 odst. 2 písm. a) zákona na ochranu hospodářské soutěže, navrhl stěžovatel jeho zrušení a vrácení věci tomuto soudu k dalšímu řízení.

II. Předložení věci rozšířenému senátu

[13] Usnesením ze dne 21. 7. 2011, č. j. 7 Afs 122/2009 – 294, postoupil sedmý senát věc rozšířenému senátu k posouzení otázky *„zda změnu ve vymezení předmětu řízení z uzavření zakázaných dohod na uzavření a následné plnění, ke které došlo až v rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže o rozkladu, lze považovat za pouhé upřesnění předmětu řízení či změnu popisu skutku, či zda se jedná o zásadní rozšíření předmětu řízení a porušení práva na obhajobu"*.

[14] Ve věci vedené pod sp. zn. 5 Afs 53/2010 posuzoval pátý senát Nejvyššího správního soudu případ po skutkové i právní stránce v zásadě shodný. Jednalo se o posouzení Smlouvy o propojení telekomunikačních zařízení a sítí ze dne 20. 12. 2000 uzavřené mezi osobou zúčastněnou na řízení a společností T-Mobile Czech Republic, a. s. Rovněž v této věci byla prvostupňovým rozhodnutím uložena pokuta jen za „uzavření" zakázaných dohod a až v rozhodnutí o rozkladu byli účastníci řízení sankcionováni za „uzavření a následné plnění" z těchto dohod. Krajský soud i v tomto případě rozsudkem ze dne 11. 12. 2009, č. j. 62 Ca 50/2007 – 338, zrušil obě tato rozhodnutí, přičemž důvody, které jej k tomu vedly, se v podstatné míře shodují s důvody uvedenými v napadeném rozsudku (porušení zákazu retroaktivity).

[15] Tento rozsudek krajského soudu byl zrušen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 5. 2011, č. j. 5 Afs 53/2010 – 420, a v jeho odůvodnění bylo poukázáno na potřebu důsledného rozlišování mezi „skutkem" a „popisem skutku", na relevantní trestněprávní judikaturu, judikaturu Nejvyššího správního soudu i komunitárních soudů se závěrem, že krajský soud *„při posuzování totožnosti skutku vymezeného v oznámení o zahájení řízení a skutku, jak je popsán v napadeném rozhodnutí předsedy žalovaného, zjevně zaměnil pojmy označované českou trestněprávní teorií a praxí jako „skutek", t. j. to, co se ve vnějším světě událo, a „popis skutku", t. j. slovní vylíčení této události v aktech žalovaného a jeho předsedy.*

[16] Rovněž uvedl, že *„je evidentní, že uzavření vytýkaných dohod ve Smlouvě a následné plnění právě těchto uzavřených dohod představují dílčí jednání, která jsou součástí jediného řetězce sledujícího týž cíl. S ohledem na shora uvedenou argumentaci českých trestních soudů, evropských soudních orgánů i Nejvyššího správního soudu, se kterou se i nyní rozhodující pátý senát plně ztotožňuje, kasační soud uzavírá, že dílčí jednání spočívající*

v uzavření a v následném plnění týchž zakázaných dohod představuje jediné trvající jednání (jediný skutek) projevující se v závislosti na době v různých okamžicích různými způsoby. Uzavření vytýkaných dohod totiž zcela zjevně směřovalo k jejich plnění žalobcem a osobou účastněnou na řízení, opačně plnění dohod bylo jen důsledkem jejich uzavření."

[17] Podle názoru pátého senátu vysloveného v citovaném rozsudku tedy *„změnou popisu skutku v rozhodnutí předsedy žalovaného oproti popisu skutku, jak byl uveden v oznámení o zahájení řízení, k narušení totožnosti vytýkaného skutku nedošlo."*

[18] Dále se pátý senát v souladu dosavadní judikaturou Nejvyššího správního soudu zabýval otázkou, zda rozšíření popisu skutku i na plnění vytýkaných dohod až v rozhodnutí o rozkladu nepředstavovalo porušení práva na obhajobu, když ze správního spisu nevyplývá, že by společnost T-Mobile Czech Republic, a. s. (jako žalobce) byla na tuto změnu popisu skutku upozorněna. V této souvislosti uvedl, *„že tato změna popisu skutku nevedla k rozšíření právní kvalifikace vytýkaného jednání, kdy (jak podrobně rozvedeno výše) „uzavření" a „uzavření a plnění" vytýkaných dohod je jediným deliktem proti hospodářské soutěži, kdy jako jediný a týž delikt posoudili tato jednání i žalovaný a jeho předseda. Z obsahu správního spisu se přitom podává, že již žalovaný řízení v I. stupni (srov. např. protokol o ústním jednání 5. 9. 2003, str. 2, třetí až pátá otázka, str. 3, šestá otázka, dále rozhodnutí žalovaného ze dne 27. 10. 2003, str. 7) žalobci vytýkal i faktické jednání žalobce, nejen samotné uzavření dohod. Žalobce se k těmto otázkám již od počátku správního řízení vyjadřoval, proto je zjevné, že si byl vědom, že žalovaným je prošetřováno nejen samotné uzavření dohod, ale i jejich následné plnění. Nelze proto konstatovat, že by změnou popisu skutku až v rozhodnutí předsedy žalovaného byl žalobce poškozen v realizaci svého práva na obhajobu.*

[19] *Od shora uvedených závěrů se odvíjí i posouzení otázky, podle které právní úpravy (zákon č. 63/1991 Sb. či zákon č. 143/2001 Sb.) měla být žalobci za vytýkané protisoutěžní jednání uložena sankce. I na tomto místě kasační soud zdůrazňuje obecné zásady trestání aplikovatelné na poli trestního práva i na poli správního trestání. V souladu s trestněprávní teorií i praxí již dříve uzavřel, že trvající delikt tvoří jeden skutek a jeden delikt až do okamžiku ukončení deliktního jednání, t. j. až do okamžiku odstranění protiprávního stavu (srov. např. rozsudek ze dne 22. 2. 2005, č. j. 5 A 164/2002 - 44, Sb. NSS č. 832/2006, www.nssoud.cz). Pokud byl pokračující nebo trvající delikt páchán za účinnosti starého i nového (tzn. pozdějšího) zákona, považuje se za spáchaný za účinnosti nového zákona, třebaže jeho část proběhla před nabytím účinnosti tohoto nového (pozdějšího) zákona. Podmínkou je, že toto jednání bylo deliktem i podle zákona předchozího (srov. Císařová, D. a kol.: Trestní právo procesní, 4. vyd., Linde Praha a.s. 2006, str. 94 a násl., rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 8. 12. 1993, sp. zn. Tzn 12/93, Sb. NS č. 7/94, www.nsoud.cz, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 6. 2009, č. j. 1 As 35/2009 - 69, www.nssoud.cz).*

[20] *V nyní posuzované věci je zjevné, že trvající deliktní jednání žalobce započaté za účinnosti zákona č. 63/1991 Sb. trvalo i za účinnosti zákona č. 143/2001 Sb., proto je třeba toto jednání považovat za spáchané za účinnosti pozdějšího zákona. Je přitom zjevné a žalobcem není ani zpochybňováno, že totéž jednání bylo deliktem i podle § 3 odst. 1 předchozího zákona."*

[21] Předně je třeba zdůraznit, že sedmý senát nezpochybňuje správnost závěru vysloveného pátým senátem, že pokud byli účastníci správního řízení sankcionováni za uzavření a plnění ze zakázaných dohod, jedná se o správní delikt trvající, charakterizovaný tím, že účastníci kartelové dohody nejprve vyvolají protiprávní stav a poté jej kratší či delší dobu udržují (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 4. 2009, č. j. 2 Afs 93/2008-920). Nesouhlasí však se závěrem, že nedošlo k porušení práva účastníků správního řízení na obhajobu.

[22] V této souvislosti poukazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu, zejména na rozsudek ze dne 31. 3. 2010, č. j. 1 Afs 58/2009-541 (publikovaný pod č. 2119/2010 Sb. NSS). Závěry vyslovené v citovaném rozsudku jsou zobecněny v následujících právních větách:

„I. Předmět řízení musí být v oznámení o zahájení řízení identifikován dostatečně určitě tak, aby účastníkovi řízení bylo zřejmé, jaké jeho jednání bude posuzováno, a aby bylo zaručeno jeho právo účinně se v daném řízení hájit. II. Správní orgán může v průběhu řízení zahájeného z moci úřední upřesnit jeho předmět, nedojde-li tímto úkonem k žádné procesní újmě na straně účastníků řízení. Upřesněním předmětu řízení nesmí dojít k jeho zásadnímu rozšíření nebo změně oproti jeho vymezení v oznámení o zahájení správního řízení. Správní orgán musí s upřesněním předmětu řízení řádně seznámit účastníky řízení a musí jim dát možnost se k němu vyjádřit."

[23] Dále je třeba odkázat na rozsudek ze dne 14. 3. 2011, č. j. 2 Afs 91/2009 - 149 (dostupný na www.nssoud.cz), který rovněž obsahuje relevantní argumentaci. Závěry jsou pak shrnuty do právní věty: *„Mezi vymezením skutku, pro který je zahajováno sankční správní řízení, a popisem tohoto skutku v následném meritorním rozhodnutí nemusí existovat naprostá shoda, neboť v průběhu řízení mohou některé dílčí skutečnosti teprve vyplynout najevo či může jinak dojít ke korektuře původních skutkových předpokladů. Pokud však je v průběhu řízení zjištěn určitý aspekt jednání, který „obviněnému" dosud nebyl vytýkán, a vede-li toto nové dílčí skutkové zjištění k rozšíření právní kvalifikace postihovaného jednání, je nutno před vydáním rozhodnutí přistoupit k „rozšíření obvinění"."*

[24] Při aplikaci citovaných závěrů na danou věc, dospěl sedmý senát (na rozdíl od pátého senátu, který na citované rozsudky rovněž odkazoval) k závěru, že změnu vymezení předmětu řízení z „uzavření" zakázaných dohod na „uzavření a následné plnění", ke které došlo až v rozhodnutí o rozkladu, nelze považovat za pouhé upřesnění předmětu řízení či změnu popisu skutku, ale že se jednalo o zásadní rozšíření předmětu řízení s negativními důsledky pro účastníky správního řízení.

[25] To, zda byli účastníci správního řízení stíháni jen pro uzavření či pro uzavření a následné plnění z předmětných dohod, totiž není otázka marginální, kterou by bylo možné překlenout konstatováním, že z obsahu jednání ve věci mělo být stíhaným subjektům jasné, že předmětem řízení je i plnění z uzavřených dohod. Je povinností správního orgánu, aby po celou dobu řízení byl zcela jasně definován jeho předmět. Nelze přitom akceptovat, že o přesném vymezení předmětu řízení má jasno pouze správní orgán. Rozsah předmětu řízení musí být znám po celou jeho dobu i účastníkům, kteří musí být s každou podstatnou změnou správním orgánem seznámeni. Zejména v řízení, jež může vyústit v uložení sankce, nabývá tato povinnost správního orgánu na významu, neboť možnost vyjádřit se k předmětu řízení v celé jeho šíři ke všem aspektům, důkazům, skutečnostem či okolnostem, tvoří jednu ze složek práva na obhajobu.

[26] Stěžovatel tedy měl před rozhodnutím o rozkladu seznámit účastníky řízení s rozšířením předmětu řízení a stanovit jim přiměřenou lhůtu pro uplatnění případných námitek. To však neučinil, stejně jako ve věci rozhodnuté pátým senátem. Z obsahu správního spisu je sice možné usuzovat na to, že účastníci řízení mohli mít určité povědomí o tom, že předmět řízení byl ve skutečnosti širší, avšak pouze na základě této domněnky nelze dovodit, že jejich právo na obhajobu bylo plně respektováno. Nutno také zdůraznit, že stěžovateli v průběhu správního řízení nic nebránilo v tom, aby „obvinění" rozšířil i na plnění ze zakázaných dohod.

[27] Pátý senát však ve výše citovaném rozsudku dospěl k opačnému názoru, že správní orgán změnou popisu skutku až v rozhodnutí předsedy žalovaného nepoškodil sankcionovaného účastníka řízení v realizaci jeho práva na obhajobu.

[28] To, že uvedené pochybení stěžovatele mohlo mít vliv na zákonnost jeho rozhodnutí, pak sedmý senát dovozuje následovně. Pokud by účastníci správního řízení byli sankcionováni pouze za uzavření zakázaných dohod, tj. za správní delikt dokonaný okamžikem uzavření takových dohod (ať už poruchový či pouze ohrožovací), nepřicházela by v daném případě (stejně

jako v případě posuzovaném pátým senátem) v úvahu aplikace zákona č. 143/2001 Sb. (s výjimkou situace, kdy by tento zákon byl pro sankcionované subjekty příznivější – o takový případ se nicméně v dané věci nejedná), neboť uvedený zákon nabyl účinnosti až několik měsíců po uzavření předmětných dohod. Na daný případ by pak bylo možné aplikovat výhradně zákon č. 63/1991 Sb. Obsahově se sice vymezení zakázaných dohod v zákoně č. 143/2001 Sb. oproti zákonu č. 63/1991 Sb. nezměnilo a rovněž sankce, kterou bylo možné za takové porušení kartelového práva uložit, zůstala stejná (srov. § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb. a § 14 odst. 4 zákona č. 63/1991 Sb.), ale v případě použití dřívějšího zákona by mohly vzniknout pochybnosti týkající se dodržení lhůt pro vydání rozhodnutí. Podle § 14 odst. 5 tohoto zákona bylo totiž možné uložit pokuty do jednoho roku od zjištění porušení povinnosti, nejpozději však do tří let následujících po roce, ve kterém byla tato povinnost porušena.

[29] Při aplikaci zákona č. 63/1991 Sb. by přitom bylo přinejmenším sporné, zda byla dodržena subjektivní lhůta pro uložení pokuty. Zde je na místě poukázat na to, že před správním řízením v dané věci proběhlo řízení, jež vyústilo v rozhodnutí stěžovatele, kterým určil, že předmětné články Smlouvy o propojení jsou v rozporu se zákonem č. 143/2001 Sb. (i rozhodnutí vydaná v tomto řízení byla opakovaně předmětem přezkumu Nejvyšším správním soudem ve věcech vedených pod sp. zn. 5 Afs 4/2010 a 5 As 22/2006). Okamžik, kdy stěžovatel porušení povinnosti zjistil a kdy počala běžet jednoroční lhůta ve smyslu ust. § 14 odst. 5 zákona č. 63/1991 Sb., tedy s největší pravděpodobností spadá právě do určovacího řízení, přičemž prvostupňové rozhodnutí v této věci stěžovatel vydal již 29. 3. 2002. V této souvislosti pak sedmý senát považoval za potřebné poukázat na to, že žalobce v průběhu správního řízení vyjádřil pochybnosti o rozsahu jeho předmětu, a to v podání ze dne 9. 9. 2003, jímž dodatečně reagoval na některé otázky stěžovatele vznesené při ústním jednání dne 5. 9. 2003.

[30] Vzhledem k tomu, že sedmý senát zaujal k otázce porušení práva na obhajobu odlišný právní názor než pátý senát, a s ohledem na to, že se po skutkové i právní stránce jedná o věci v podstatě shodné, předložil sedmý senát věc podle ust. § 17 odst. 1 s. ř. s. k rozhodnutí rozšířenému senátu.

[31] Ve vyjádření k tomuto usnesení ze dne 14. 9. 2011 stěžovatel namítl, že jeho kasační stížnost samozřejmě neobsahuje jako stížní bod jakékoliv porušení práv na obhajobu žalobce a uvedená otázka nespadá ani do výčtu skutečností, k nimž může soud přihlížet při rozhodování ve věci z úřední povinnosti podle § 109 odst. 3 s. ř. s. Tato otázka tedy nemůže být předmětem řízení o kasační stížnosti, a pokud by se jí Nejvyšší správní soud zabýval, jednalo by se o zjevné překročení jeho pravomoci.

[32] Žalobce naopak ve svém vyjádření ze dne 20. 10. 2011 považoval předloženou otázku za relevantní, navíc upozornil na skutečnost, že rozdílné názory mezi sedmým a pátým senátem lze vysledovat i v právních otázkách, a to 1) zda změnu vymezení předmětu řízení z uzavření zakázané dohody na uzavření a následné plnění této dohody je nutné považovat za zásadní rozšíření předmětu řízení, 2) zda v důsledku toho jsou po změně provedené rozhodnutím stěžovatele v rozporu výroky 1. a 2. prvoinstančního rozhodnutí a také 3) zda byl při ukládání sankce porušen princip zákazu retroaktivity či nikoliv.

III. Pravomoc rozšířeného senátu

[33] Po zvážení výše uvedených skutečností dospěl rozšířený senát k závěru, že jeho pravomoc je dána. Přisvědčil sice námitce stěžovatele, že otázka práva na obhajobu žalobce není relevantní a přesahuje rámec přezkumné činnosti soudu vymezený obsahem kasační stížnosti,

vzal však v úvahu vzájemné propojení procesní otázky vymezení předmětu řízení a právní otázky výběru, výkladu a aplikace právní normy, tedy té otázky, kterou krajský soud považoval za stěžejní pro své rozhodnutí. Je přitom zřejmé, že se sedmý senát chce odchýlit od názoru pátého senátu v obou aspektech projednávané věci.

IV. Posouzení věci

[34] Ze správního spisu rozšířený senát zjistil, že dne 26. 8. 2003 bylo stěžovatelem podle § 18 odst. 1 zákona č. 71/1967 Sb. ve spojení s § 21 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, zahájeno z vlastního podnětu pod č. j. S 164/03 správní řízení ve věci narušení ustanovení § 3 odst. 1 zákona. Porušení zákona spatřoval úřad v tom, že účastníci řízení (Český Mobil, a. s. a Eurotel Praha, spol. s r. o.) uzavřeli dne 22. 3. 2001 Smlouvu o propojení, jejíž obsah je blíže popsán bod bodem 2 a) usnesení.

[35] První jednání ve věci proběhlo s žalobcem dne 5. 9. 2003, dopisem ze dne 9. 9. 2003 pak úřad požádal oba účastníky, aby sdělili pro účely řízení potřebné informace a uvedli celkový objem odchozího tuzemského hlasového provozu (v Kč a minutách) za rok 2002 a za 1. pololetí roku 2003 (pro každý rok zvlášť), které měli s jednotlivými tuzemskými operátory, a to pro každého operátora v členění na tranzit a přímé propojení.

[36] Ještě téhož dne požádal zástupce žalobce telefonicky o prodloužení stanovené lhůty k dodání požadovaných údajů a o jejich korekci, zároveň se dotázal na účel poskytnutí těchto informací. To dále stvrdil přípisem z téhož dne, kde uvedl, že na první pohled není zřejmá souvislost mezi probíhajícím řízením, jehož předmětem má být porušení zákona spočívající v uzavření Smlouvy o propojení mezi společnostmi Eurotel Praha, spol. s r. o. a Český mobil, a. s. Vyžadovány jsou totiž informace, které dle názoru žalobce nemají s uvedenou smlouvou žádnou spojitost, tedy pokud se jedná o provoz realizovaný mezi společností Eurotel a ostatními společnostmi s výjimkou Českého Mobilu. Současně není žalobci jasné, z jakého důvodu jsou požadována data za uvedené období, když předmětem šetření je pouze samotný akt uzavření dohody.

[37] V přípisu ze dne 11. 9. 2003 adresovanému žalobci a označenému jako „*Věc: Lhůta pro poskytnutí podkladů, sdělení účelu vyžádání informací*" pak úřad mimo jiné uvedl, že právním důvodem je vedení správního řízení S 164/03, účelem vyžádání těchto informací (údajů o odchozích hovorech ze sítě Eurotelu do sítí alternativních operátorů uskutečněných nepřímo tranzitem přes ČESKÝ TELECOM, a. s.) je zjištění společného podílu účastníků dohody – společností Eurotel a Český Mobil na relevantním trhu. Pro účely správního řízení je nezbytná **znalost těchto údajů za celé období, kdy byla předmětná Smlouva o propojení realizována** a dále procentní podíl této dohody na celém relevantním trhu. Podáním ze dne 17. 9. 2003 ve spojení s připojenými přílohami pak žalobce úřadu požadované údaje poskytl.

[38] Zjištěné informace se pak promítly v rozhodnutí správního orgánu vydaném v prvním stupni dne 27. 10. 2003 v části odůvodnění vymezující relevantní trh, vůči němuž **se projevují účinky jednání účastníků řízení,** a v následující části, kde byly popsány konkrétní skutečnosti spojené s plněním Smlouvy o propojení. Rovněž tak v části odůvodnění výše pokuty uložené žalobci pak správní orgán jako k přitěžující okolnosti přihlédl k tomu, že společnost Eurotel důsledně vyžadovala po druhém účastníku řízení, společnosti Český Mobil, aby tento realizoval veškerý svůj provoz do sítě společnosti Eurotel výhradně přes přímé propojení vybudované s touto společností. Dále vzal úřad v úvahu, že společnost Eurotel tehdy, když druhý účastník řízení chtěl využít i jiných způsobů propojení sítí s Eurotelem, neumožnil ve své síti „terminaci

hovorů", které byly „originovány" v síti Českého Mobilu a byly směrovány přes síť ČESKÉHO TELECOMU. Dále měl úřad za prokázané, že Smlouva o propojení uzavřená mezi účastníky řízení **nejenže mohla vést, ale v daném případě i skutečně vedla a nadále vede k narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu.** To se také projevilo i v části výroku citovaného správního rozhodnutí uvedeného bod bodem 2 b) tohoto usnesení.

[39] Rozšířený senát za daných okolností nesdílí názor sedmého senátu prezentovaný v jeho usnesení o postoupení věci, že by nedostatek formální změny oznámení o zahájení řízení ze dne 26. 8. 2003 byl takovou vadou řízení, která by bez dalšího zakládala nezákonnost správního rozhodnutí a kterou by bylo třeba napravit postupem zde navrženým. Ze všech skutečností výše uvedených je zřejmé, že již krátce po oznámení o zahájení správního řízení byl jeho předmět z podnětu samotného žalobce upřesněn a v důsledku toho zřetelně vymezen a že žádný z účastníků neměl a ani nemohl mít pochyb o tom, pro jaký skutek se řízení vede, a že šetřen a postihován je sice správní delikt označený v ustanovení § 3 odst. 1 obou zákonů na ochranu hospodářské soutěže legislativní zkratkou pouze jako „uzavření dohody narušující hospodářskou soutěž", že však správní orgán vede řízení nejen pro samotné uzavření zakázané dohody, ale především kvůli jejímu plnění. Věc byla žalobci úřadem vysvětlena, žádostem žalobce o korekci požadovaných údajů i o prodloužení lhůty k jejich poskytnutí bylo vyhověno. Jednání účastníků pak bylo podrobně popsáno i hodnoceno v odůvodnění správního rozhodnutí, a to jak k výroku 1., tak i k výroku 2. při úvahách o výši pokuty, koneckonců i z výroku 1. o vině bylo možno zčásti rozpoznat, že sankce je ukládána i za plnění dohod, nejen za jejich uzavření. Zákaz pokračovat v plnění uzavřených dohod specifikovaných ve výroku 1. byl pak obsažen přímo ve výroku 3 rozhodnutí.

[40] Rozšířený senát tak nemá za prokázanou premisu, z níž sedmý senát vycházel, a nesdílí jeho názor, že v rozkladovém řízení došlo k rozšíření předmětu řízení (či dokonce k jeho změně) z uzavření zakázaných dohod na jejich uzavření a plnění. Takovýto závěr nemá oporu ani v obsahu správního spisu, ani v obsahu správního rozhodnutí prvního stupně. Sedmému senátu lze sice přisvědčit v tom, že slovo plnění bylo do výroku 1. doplněno až rozhodnutím rozkladového orgánu, za výše uvedených okolností však považuje rozšířený senát takový postup ve shodě s názorem pátého senátu, jehož případ byl skutkově i právně prakticky totožný, pouze za upřesnění popisu skutku, nikoliv za rozšíření skutku či dokonce jeho změnu. Na výstižné odůvodnění rozsudku ze dne 27. 5. 2011, č. j. 5 Afs 53/2010 – 420, k této otázce citované obsáhle výše pak rozšířený senát ve stručnosti odkazuje.

[41] V souvislosti s předešlou otázkou vymezení předmětu řízení však považuje rozšířený senát za potřebné zdůraznit, že nesouhlasí se sedmým senátem ani v jeho názoru na význam vymezení a popisu skutku pro posouzení právní otázky výběru, výkladu a aplikace právní normy dopadající na projednávaný případ. Již ve výše citovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 4. 2009, č. j. 2 Afs 93/2008 – 920, byl správní delikt uzavření kartelové dohody klasifikován jako delikt trvající, kdy soutěžitelé uzavřením zakázané dohody vyvolají protiprávní stav a ten poté kratší či delší dobu různými prostředky udržují. I v těch případech, kdy je podle zákona protiprávní již samotné uzavření dohody, je plnění dohody součástí skutkové podstaty téhož správního deliktu a ve svém důsledku představuje těžší škodný následek deliktního jednání.

[42] Vzhledem k tomu, že chráněným zájmem, vůči němuž toto jednání směřuje, je zájem na řádné (fair) hospodářské soutěži, nesdílí rozšířený senát názor krajského soudu i sedmého senátu, že je správní delikt uzavření kartelové dohody dokonán dnem jejího podpisu. Je tomu právě naopak, neboť dnem uzavření zakázané kartelové dohody vzniká protiprávní stav, který trvá po celou dobu, po kterou účastníci tuto dohodu plní, či ji alespoň považují pro sebe za závaznou, tj. po celou dobu, kdy tato dohoda narušuje nebo alespoň je potenciálně schopna

narušit hospodářskou soutěž. Opačný názor by vedl k absurdnímu závěru, že ohrožení či narušení této soutěže vzniklé v důsledku uzavření dohody končí v témže okamžiku, kdy byla tato dohoda soutěžiteli uzavřena, a že škodný následek byl k témuž datu odstraněn či dokonce vůbec nenastal.

[43] Pro stanovení rozhodného právního předpisu je tedy v projednávané věci zcela nerozhodné, zda úřad vedl řízení pouze pro uzavření zakázané kartelové dohody či pro její uzavření a plnění, neboť v obou případech je takovýmto konáním soutěžitelů naplněna skutková podstata správního deliktu, který byl v době rozhodování správního orgánu upraven shodně jak v ustanovení § 3 odst. 1 a 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., tak i § 3 odst. 1 a 2 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb. Vzhledem k tomu, že jde o delikt trvající, dopadal za daných skutkových okolností na věc zákon pozdější, konkrétně ustanovení § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb.

V. Závěr

[44] Rozšířený senát v souhrnu uzavírá, že v projednávané věci nedošlo správním rozhodnutím vydaným v rozkladovém řízení k rozšíření ani ke změně předmětu řízení, na posouzení skutku a uložení sankce dopadá zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže.

[45] V souladu s ustanovením § 71 odst. 1 Jednacího řádu Nejvyššího správního soudu rozhodl rozšířený senát jen o předložené právní otázce. Věc se vrací k projednání a rozhodnutí sedmému senátu, který rozhodne ve věci samé v souladu s vysloveným právním názorem.

Poučení: Proti tomuto usnesení **nejsou** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3 s. ř. s.).

V Brně dne 18. září 2012

JUDr. Josef Baxa v. r.
předseda rozšířeného senátu

Za správnost vyhotovení:
Andrea Sperátová