

U S N E S E N Í

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Josefa Baxy a soudkyň Mgr. Sylvy Šiškeové a JUDr. Lenky Kaniové v právní věci navrhovatelky: **T-Mobile Czech Republic a.s.**, se sídlem Tomíčková 2144/1, Praha 4, zastoupené JUDr. Robertem Nerudou, Ph.D., advokátem se sídlem Na Florenci 2116/15, Praha 1, proti odpůrci: **Český telekomunikační úřad**, se sídlem Sokolovská 219, Praha 9, zastoupenému Mgr. Janou Pattynovou, LL.M., advokátkou se sídlem Perlová 371/5, Praha 1, o návrhu na zrušení opatření obecné povahy ze dne 7. 8. 2020, č. j. ČTÚ-38 426/2020-613, *in eventum* o žalobě na ochranu před nezákonným zásahem odpůrce, v řízení o kasační stížnosti navrhovatelky proti usnesení Městského soudu v Praze ze dne 23. 9. 2020, č. j. 15 A 90/2020 – 76, o návrhu na vydání předběžného opatření,

t a k t o :

Návrh navrhovatelky na vydání předběžného opatření ze dne 7. 10. 2020, jímž by se odpůrci uložilo, aby se zdržel dalšího konání výběrového řízení pro přiděl rádiových kmitočtů, které bylo zahájeno Vyhlášením výběrového řízení za účelem udělení práv k využívání rádiových kmitočtů pro zajištění sítí elektronických komunikací v kmitočtových pásmech 700 MHz a 3.400-3.600 MHz ze dne 7. 8. 2020, č. j. ČTÚ-38 426/2020-613, **s e z a m í t á .**

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] Navrhovatelka se u Městského soudu v Praze (dále jen „městský soud“) domáhala zrušení opatření obecné povahy spočívajícího ve vyhlášení výběrového řízení ze dne 7. 8. 2020, č. j. ČTÚ-38 426/2020-613. Pro případ, že by městský soud shledal, že napadený úkon není opatřením obecné povahy, se *in eventum* domáhala nápravy žalobou na ochranu před nezákonným zásahem odpůrce spočívajícím ve vyhlášení nezákonných podmínek výběrového řízení (aukce). Současně navrhla, aby městský soud vydal předběžné opatření, kterým by odpůrci uložil zdržet se dalšího konání výběrového řízení. Městský soud odmítl jak návrh na zrušení opatření obecné povahy, tak *in eventum* uplatněnou žalobu na ochranu před nezákonným zásahem odpůrce. Z tohoto důvodu nevyhověl ani návrhu na vydání předběžného opatření.

[2] Rozsudek městského soudu navrhovatelka (dále jen „stěžovatelka“) napadla kasační stížností, se kterou spojila návrh na vydání předběžného opatření podle § 38 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“). Navrhla, aby Nejvyšší správní soud odpůrci uložil zdržet se dalšího konání výběrového řízení pro přiděl rádiových kmitočtů, které

bylo zahájeno vyhlášením výběrového řízení za účelem udělení práv k využívání rádiových kmitočtů pro zajištění sítí elektronických komunikací v kmitočtových pásmech 700 MHz a 3.400-3.600 MHz ze dne 7. 8. 2020, č. j. ČTÚ-38 426/2020-613.

[3] V odůvodnění návrhu stěžovatelka uvedla, že ve věci jsou splněny všechny potřebné podmínky ve smyslu § 38 s. ř. s. V důsledku uskutečnění výběrového řízení by jí hrozila rozsáhlá újma, kterou není možné efektivně zhojit opravnými prostředky proti konečným rozhodnutím. Jedná se o náklady spojené s výstavbou sítě, jejichž vynaložení do doby vydání konečného rozhodnutí bude nutné, a dopady spojené s cenovou regulací velkoobchodního přístupu k mobilním sítím, které odpůrce prostřednictvím podmínek výběrového řízení ukládá. Po uskutečnění výběrového řízení stěžovatelka nebude mít možnost bránit se jeho podmínkám. Za absurdní označila situaci, v níž by ve výběrovém řízení usilovala o uložení povinnosti národního roamingu sama sobě, aby se následně proti jeho podmínkám mohla bránit prostřednictvím rozkladu a správní žaloby. Stěžovatelce proto hrozí vznik bezprostřední, závažné a nevratné majetkové újmy, kterou lze pořadit pod pojem „vážné újmy“ ve smyslu § 38 odst. 1 s. ř. s.

[4] Tvrzené negativní následky stěžovatelka blíže popsala v samotné kasační stížnosti. Podmínky výběrového řízení budou mít v budoucnu dopady do její majetkové sféry, a to bez ohledu na účast stěžovatelky ve výběrovém řízení. Vydražením spektra v pásmu 700 MHz kterýmkoliv z operátorů dojde k uplatnění cenově regulovaného národního roamingu, který v důsledku povede k významnému snížení velkoobchodních cen služeb, které stěžovatelka poskytuje. Jelikož potenciální uživatelé národního roamingu budou schopni mobilní službu stávajícího operátora využívat bez svých vlastních podstatných investic, stěžovatelka bude nucena snížit své velkoobchodní ceny na odpůrcem stanovenou úroveň. Uvedené povede ke snížení jejich velkoobchodních výnosů, bez ohledu na to, zda se výběrového řízení sama zúčastní. Stěžovatelka bude rovněž nucena bezodkladně zahájit investice do budování pokrytí ve standardu 5G, a to neohledně na to, zda ve výběrovém řízení uspěje a získá spektrum určené pro výstavbu 5G sítí (na základě uložených rozvojových kritérií), nebo nikoliv (v důsledku konkurenčního tlaku ostatních operátorů). Náklady na vybudování takové sítě se přitom pohybují v řádu miliard korun českých.

[5] Odpůrce ve vyjádření k návrhu na vydání předběžného opatření navrhl jeho zamítnutí, jelikož nejsou naplněny předpoklady podle § 38 odst. 1 s. ř. s. a požadované předběžné opatření nahrazuje rozhodnutí ve věci samé. Odpůrce je povinen vykonávat úkony v zahájeném správním řízení. Pokud by Nejvyšší správní soud návrhu na vydání předběžného opatření vyhověl, musel by odpůrce výběrové řízení zrušit; v opačném případě by jednal v rozporu se zákonem č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích, který mu neumožňuje měnit podmínky výběrového řízení. V konečném důsledku by tak soud vydáním předběžného opatření nahradil rozhodnutí ve věci samé, neboť zrušení výběrového řízení se stěžovatelka domáhá v návrhu ve věci samé v řízení před městským soudem i nyní v kasační stížnosti.

[6] K podmínkám pro vydání předběžného opatření odpůrce předně uvedl, že při rozhodování o návrhu na jeho vydání musí soud zohlednit nejen práva stěžovatelky, ale i veřejný zájem a rovněž práva a oprávněné zájmy dalších osob, které by mohly být dotčeny vydáním předběžného opatření. Zdůraznil, že existuje podstatný veřejný zájem na uskutečnění výběrového řízení, neboť jím dojde k udělení práv k rádiovým kmitočtům, které jsou primárně určeny pro rozvoj nových technologií, služeb a sítí elektronických komunikací. Naopak stěžovatelka má přímý finanční zájem na zachování stávajícího oligopolního trhu a zabránění posílení hospodářské soutěže vstupem dalších operátorů na trh. Stěžovatelka navíc nekvalifikuje

vážnou újmu, která by jí nebo jiným účastníkům výběrového řízení měla bezprostředně vzniknout. Podle mínění odpůrce jí tvrzená újma nehrozí, tím méně pak bezprostředně.

[7] Odpůrce se dále podrobněji vyjádřil k otázce újmy. K tvrzené újmě spočívající v nákladech na budování sítí uvedl, že se jedná o hypotetickou situaci, která nemůže nastat před právní mocí rozhodnutí o přidělu rádiových kmitočtů. Údajná bezprostředně hrozící vážná újma spočívající v povinnosti budovat sítě by stěžovatelce mohla vzniknout teprve za splnění řady nejistých podmínek a nikoliv dříve než v roce 2022. Stěžovatelka navíc může případné újme předejít pomocí opravných prostředků proti meritornímu rozhodnutí. K tvrzené újmě spočívající ve snížení výnosů z velkoobchodního trhu odpůrce uvedl, že neprovádí cenovou regulaci velkoobchodního trhu, ale pouze uděluje práva k využívání rádiových kmitočtů uchazečům z výběrového řízení, kteří se dobrovolně rozhodli tohoto řízení účastnit a převzít na sebe práva a závazky spojené s přiděly. V současné době navíc stěžovatelka žádné velkoobchodní služby národního roamingu neposkytuje, její výnosy z tohoto trhu jsou proto nulové. Odpůrce dodal, že zajištění efektivní hospodářské soutěže na trhu elektronických komunikací je jednou z jeho hlavních zákonných úloh; musí proto své pravomoci vykonávat tak, aby byla podporována hospodářská soutěž, a to i tehdy, pokud její vyšší míru někteří hráči na trhu vnímají jako subjektivní újmu. Jakékoliv dopady související se závazkem národního roamingu na trhu elektronických komunikací mohou vzniknout rovněž pouze za splnění řady předpokladů. Opět se tedy jedná o hypotetickou situaci, která není bezprostřední ani hrozící.

[8] Vyhlášení výběrového řízení navíc nedeterminuje jeho výsledek. Odpůrce poukázal na podobnou situaci v roce 2013, kdy se operátoři rovněž bránili proti vyhlášení výběrového řízení. To nakonec dopadlo pro stávající operátory pozitivně, neboť spektrum nezískal žádný nový operátor. Uvedené svědčí o tom, že nelze předem činit závěry o výsledku výběrového řízení, dovozovat z nich potenciální újmu a takové hypotetické újme předcházet prostřednictvím návrhu na vydání předběžného opatření. Závěrem vyjádření odpůrce zopakoval, že stěžovatelce vyhlášením výběrového řízení nevzniká jakákoliv újma, a dodal, že podmínky výběrového řízení konzultoval s Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže.

II. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[9] Podle § 38 odst. 1 s. ř. s. „*byl-li podán návrh na zabavení řízení a je potřeba zatímně upravit poměry účastníků pro hrozící vážnou újmu, může usnesením soud na návrh předběžným opatřením účastníkům uložit něco vykonat, něčeho se zdržet nebo něco snášet. Ze stejných důvodů může soud uložit takovou povinnost i třetí osobě, lze-li to po ní spravedlivě žádat.*“

[10] I v řízení o kasační stížnosti je založena pravomoc Nejvyššího správního soudu k případnému vydání předběžného opatření (srov. usnesení ze dne 24. 5. 2006, č. j. Na 112/2006 – 37, č. 910/2006 Sb. NSS). Pro jeho vydání musí být podle citovaného usnesení současně (kumulativně) splněny následující podmínky: „*1) podaná kasační stížnost, řízení, o níž nebylo zastaveno, a to zásadně včetně kasační stížnosti mající vady, s výjimkou takových vad, že by z povahy věci bránilo o předběžném opatření rozhodnout (např. vada spočívající v tom, že by z kasační stížnosti nebylo zřejmé, jaké rozhodnutí krajského soudu se jí napadá); vadu bránící o předběžném opatření rozhodnout se soud pokusí odstranit, jde-li o vadu odstranitelnou, a pokud se mu to podaří, o předběžném opatření poté rozhodne, jakmile to bude možné; 2) návrh na vydání předběžného opatření; 3) potřeba zatímně upravit poměry účastníků pro hrozící vážnou újmu; 4) podané vyjádření ostatních účastníků k návrhu na vydání předběžného opatření, je-li takového vyjádření potřeba; 5) přípustnost návrhu, tj. neexistence důvodů nepřípustnosti (zejm. § 38 odst. 3 s. ř. s.)*“: Tyto podmínky, mimo podmínky č. 5 (která byla zákonem č. 303/2011 Sb. novelizujícím § 38 odst. 3 s. ř. s. odstraněna), jsou aplikovatelné i na nyní posuzovaný případ. Současně je třeba zdůraznit smysl a účel předběžného opatření, kterým

je „*zatímní úprava poměrů účastníků jen ve výjimečných případech, a sice brozí-li pokračováním dosavadního stavu věci nebo naopak jejich změnou vážná újma, tj. je-li vzhledem k okolnostem případu pravděpodobné, že taková újma nastane, nedojde-li k zatímní úpravě poměrů účastníků předběžným opatřením.*“

[11] Při rozhodování o předběžném opatření soud „[...] vychází v první řadě z tvrzení navrhovatele a z obsahu spisu, přičemž v případě pochyb o pravdivosti skutkových tvrzení bude zpravidla vhodné vyžádat si vyjádření ostatních účastníků či některých z nich. Není vyloučeno, aby si soud z vlastní iniciativy za účelem řádného posouzení návrhu opatřil další podklady či informace a aby případně i provedl důkazy. Rozhodování o vydání předběžného opatření je rozhodováním pod intenzívním časovým tlakem, neboť ochrana práv formou předběžného opatření má smyslu pouze tehdy, je-li poskytnuta relativně rychle, zpravidla v horizontu dní či maximálně několika málo týdnů. S ohledem na to nebude zpravidla možno skutečnosti, které soud vezme za rozhodné pro posouzení věci, postavit najisto, nybrž bude nutno v řadě obledů vycházet pouze ze skutečností účastníky osvědčených (učiněných pravděpodobnými) či jen tvrzených, nebudou-li v rozporu s dalšími informacemi o věci, které soud bude mít k dispozici“.

[12] V tomtéž rozhodnutí se Nejvyšší správní soud detailně zabýval i výkladem klíčového pojmu „vážná újma“, který je „[...] nutno vykládat relativně autonomně a izolovaně od předběžného posuzování (přesněji řečeno odhadování) budoucí úspěšnosti navrhovatele předběžného opatření v řízení ve věci samé. Vážnou újmu je v případě, že předběžným opatřením má být podle návrhu účastníka-soukromé osoby uložena povinnost správnímu orgánu, nutno rozumět zejména takový zásah do právní sféry účastníka (resp. pokyn či donucení s obdobnými důsledky), který – v případě že by byl v řízení ve věci samé shledán sám o sobě nezákonným či shledán součástí nezákonného komplexnějšího postupu správního orgánu – představuje natolik zásadní narušení této jeho sféry, že po účastníkovi nelze spravedlivě požadovat, aby jej, byť dočasně, snášel. Vážnou újmu tedy budou zejména intenzívní zásahy do intimní sféry navrhovatele, do jeho vlastnických práv či do jiných jeho subjektivních práv, zejména těch, která mají povahu práv ústavně zaručených [...]. V praxi půjde zejména o snahy správního orgánu proti vůli účastníka-soukromé osoby získat o účastníkovi informace, jež má k dispozici jen on, odejmout mu věci, které oprávněně drží či má v oprávněné detenci, či zabránit mu ve výkonu jeho práv nebo jej v něm citelně omezit (např. v právu užívat vlastněnou či pronajatou věc, v právu podnikat či provozovat jinou hospodářskou činnost)“.

[13] Odborná literatura dále dodává, že „potřeba zatímní úpravy poměrů odůvodněná brozící vážnou újmu klade na navrhovatele nároky především v úrovni povinnosti tvrdit všechny rozhodné skutečnosti, a to v dostatečné míře konkrétnosti. Nesplnění této povinnosti ovšem neznamená, že by návrh nebyl projednatelný, a měl tedy být odmítnut. Neunesení břemene tvrzení má za následek zamítnutí návrhu z důvodu, že navrhovatel nesnel taková tvrzení, z nichž by vyplývala potřeba zatímní úpravy poměrů pro brozící vážnou újmu. Vedle toho je však navrhovatel povinen svá tvrzení i osvědčit, tj. důkazně podložit. Osvědčení tvrzení je méně kvalifikovanou formou prokázání a je založeno na listinách. Neosvědčení uvedených tvrzení lze považovat za neunesení důkazního břemene, následkem čehož je zamítnutí návrhu na vydání předběžného opatření. Na splnění povinnosti tvrzení a povinnosti důkazní (osvědčení tvrzených skutečností) je třeba beze zbytku trvat. Je třeba si totiž uvědomit, že nařízením předběžného opatření může být zasaženo do majetkové sféry dotčených osob. Navrhovatel předběžného opatření přitom není povinen na rozdíl od občanského soudního řízení složit spolu s podáním návrhu jistotu sloužící k zajištění nároku na náhradu újmy způsobené nařízeným předběžným opatřením.“ (viz Kühn, Z., Kocourek, T. a kol. *Soudní řád správní: komentář*. Praha: Wolters Kluwer 2019, s. 293).

[14] V nyní posuzované věci stěžovatelka podala kasační stížnost a návrh na vydání předběžného opatření, a splnila tak první i druhou podmínku pro vydání předběžného opatření (viz bod [10] výše). Nejvyšší správní soud však neshledal naplnění třetí podmínky, tedy existenci hrozící vážné újmy, pro kterou by bylo nutno zatímně upravit stěžovatelčiny poměry.

[15] Stěžovatelka spatřuje hrozící újmu v zásahu do své majetkové sféry, resp. vlastnického práva, který spočívá ve vynaložení nákladů spojených s výstavbou sítí (pokrytí signálem

ve standardu 5G) a ve snížení výnosů. Vydání předběžného opatření ovšem odůvodňuje pouze hrozba zásahu takové intenzity, že by nebylo možné po stěžovatelce spravedlivě požadovat, aby tento zásah snášela, a že by v důsledku takového zásahu mohlo dojít k nenávratným škodám. V případě stěžovatelky však nelze učinit závěr o tom, že k negativnímu zásahu do její majetkové sféry v podobě zmařených investic na výstavbu sítí skutečně dojde, tím méně pak, že by se jednalo o zásah intenzivní. Sama stěžovatelka ostatně přiznává, že se jedná o teoretický scénář, který se zakládá na předpokladech, že stěžovatelka se výběrového řízení zúčastní a nezíská v něm žádné spektrum v pásmu 700 MHz, následně se jí s časovým odstupem podaří dosáhnout zrušení výsledku výběrového řízení a (ještě) na základě soudem korigovaných podmínek v novém výběrovém řízení spektrum v uvedeném pásmu získá. V takové situaci by teoreticky mohla být do určité míry zmařena původní investice do v mezidobí instalovaného zařízení (pro vysílání signálu 5G v pásmech 800 MHz a 900 MHz místo v pásmu 700 MHz). Účel předběžného opatření však nespočívá v poskytování ochrany před teoretickými zásahy do právní sféry navrhovatele, nýbrž k zabránění újmy, která by mohla s rozumnou mírou pravděpodobnosti nastat (srov. usnesení Nejvyššího správního soudu č. j. Na 112/2006 – 37 nebo usnesení ze dne 26. 4. 2017, č. j. 6 As 113/2017 – 61).

[16] V nyní posuzovaném případě stěžovatelka vylíčila újmu toliko hypotetickou, která se míjí se smyslem institutu předběžného opatření. Předně platí, že zákon stěžovatelce neukládá povinnost účasti ve výběrovém řízení; zúčastní-li se jej, přesto se nemusí ucházet o bloky rádiových kmitočtů, s nimiž je primárně spojen případný závazek národního roamingu (tj. bloky v pásmu 700 MHz). Rozhodne-li se stěžovatelka vybudovat pokrytí ve standardu 5G po uskutečnění výběrového řízení i tehdy, pokud potřebné spektrum nezíská, jedná se o její podnikatelské rozhodnutí, resp. součást obchodní strategie. V tvrzeném konkurenčním tlaku ostatních soutěžitelů na trhu však nelze spatřovat zásah odpůrce do veřejných subjektivních práv stěžovatelky. Stejně tak údajná újma spočívající ve snížení výnosů z velkoobchodního trhu může vzniknout pouze při splnění řady podmínek a až po právní moci rozhodnutí o přidělu. Možné posílení hospodářské soutěže na mobilním trhu, které vedlo k navýšení konkurence a tím i případnému snížení výnosů stávajících operátorů, nelze považovat za újmu na veřejných subjektivních právech stěžovatelky. Právní řád stěžovatelce nezaručuje právo na udržení zisku či výnosů ve výši pro ni vyhovující.

[17] Stěžovatelka v návrhu uvedla, že při výše nastíněném teoretickém scénáři by jí vznikla újma v řádech miliard korun v souvislosti s pořízením a instalací nového zařízení. Tvrzené dopady podmínek výběrového řízení na její velkoobchodní výnosy konkrétněji nespécifikovala. Bez ohledu na hypotetický charakter tvrzené újmy stěžovatelka dostatečně nekvantifikovala škodu, která jí v důsledku uskutečnění výběrového řízení podle jejího mínění hrozí. Současně nepopsala své majetkové poměry způsobem, který by soudu umožňoval posoudit závažnost dopadu podmínek výběrového řízení do její právní sféry. Bez dalšího tedy nelze konstatovat, že by byl teoreticky hrozící zásah dostatečně intenzivní, a to i s ohledem na povahu stěžovatelky jakožto obchodní korporace tvořící součást nadnárodního koncernu a současně jednoho ze stávajících zavedených mobilních operátorů. Je přitom třeba připomenout, že je zásadně na navrhovateli, aby v návrhu na vydání předběžného opatření svá tvrzení důkazně podložil. Pokud neunese důkazní břemeno ohledně tvrzených skutečností, nezbyvá soudu, než jeho návrh zamítnout. Na splnění povinnosti tvrzení a povinnosti důkazní je nutno beze zbytku trvat, a to rovněž s ohledem na skutečnost, že nařízením předběžného opatření může být zasaženo do majetkové sféry jiných dotčených osob.

[18] Nelze odhlížet ani od dalších argumentů odpůrce, jakými jsou jemu zákonem svěřená pravomoc, veřejný zájem na realizaci výběrového řízení nebo skutečnost, že uložením povinnosti odpůrci, aby se zdržel dalšího konání výběrového řízení, by Nejvyšší správní soud *de facto* rozhodl

o věci samé. Nejvyšší správní soud v citovaném usnesení č. j. Na 112/2006 – 37 konstatoval, že soud může předběžné opatření uložit proto, aby účel soudního řízení před krajským soudem či kasačním soudem nebyl zmařen (obdobně např. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 1. 2. 2017, č. j. 6 As 6/2017 – 75); v nyní řešené věci by naopak vyhověním návrhu ke zmaření účelu soudního řízení došlo.

[19] Při rozhodování o stěžovatelčině návrhu z hlediska kritérií stanovených usnesením č. j. Na 112/2006 – 37 však Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že ve věci není naplněno již třetí kritérium v podobě hrozící vážné újmy. Stěžovatelka ve svém návrhu neuvedla a neprokázala skutečnosti, které by svědčily o natolik intenzivní hrozící újmě, jež by odůvodňovala potřebu zatímní úpravy poměrů účastníků prostřednictvím institutu předběžného opatření. Jelikož nebyla splněna jedna ze zákonem požadovaných podmínek pro vydání předběžného opatření, Nejvyšší správní soud návrh na jeho vydání zamítl. Závěrem Nejvyšší správní soud dodává, že rozhodnutím o předběžném opatření žádným způsobem nepředjímá, jak rozhodne ve věci samé.

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

V Brně dne 4. listopadu 2020

JUDr. Josef Baxa
předseda senátu