ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedkyně JUDr. Lenky Kaniové a soudců JUDr. Marie Žiškové a JUDr. Zdeňka Kühna v právní věci žalobců: **a) PHARMOS, a. s.,** se sídlem Těšínská ulice 1349/296, Ostrava, zastoupeného JUDr. Ing. Ivanem Rottem, advokátem se sídlem Křížová 18, Brno, **b) GEHE Pharma Praha, spol. s r. o.,** se sídlem Nádražní 344/23, Praha 5, zastoupeného Liborem Prokešem, advokátem se sídlem Na Poříčí 1079/3a, Praha 1, **c) PHOENIX lékárenský velkoobchod, a. s.,** se sídlem K pérovně 945/7, Praha 10, zastoupeného JUDr. Petrem Novotným, advokátem se sídlem Platnéřská 2, Praha 1, **d) Alliance Healthcare s. r. o.,** se sídlem Podle Trati 624/7, Praha 10, zastoupeného Dr. Radanem Kubrem, advokátem se sídlem Jáchymova 2, Praha 1, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže,** se sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno, o žalobách proti rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 22. 8. 2007, č. j. R 013, 021/2007/01-15511/2007/310, č. j. R 014, 026/2007/01-15448/2007/310, a ze dne 12. 11. 2007, č. j. R 002, 005-007/2007/01-20917/2007/310, v řízení o kasačních stížnostech žalobců proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 20. 1. 2009, č. j. 62 Ca 43/2007 - 216,

takto:

I. Kasační stížnosti **se zamítají.**

II. Žalobci **nemají** právo na náhradu nákladů řízení o kasačních stížnostech.

III. Žalovanému **se nepřiznává** právo na náhradu nákladů řízení o kasačních stížnostech.

Odůvodnění:

I. Rozhodnutí správního orgánu

[1] Výše uvedeným rozhodnutím ze dne 12. 11. 2007 předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „předseda Úřadu") změnil výrokové části č. I. a II. rozhodnutí

žalovaného ze dne 14. 12. 2006, č. j. S60/06-22189/06-300 (dále též „meritorní rozhodnutí žalovaného"), tak, že deklaroval porušení zákazu jednání ve vzájemné shodě stanoveného v § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), v období od 30. 1. 2006 do 29. 3. 2006 (rozsah tohoto období se u jednotlivých žalobců lišil), žalobci tím, že svým jednáním narušili hospodářskou soutěž na relevantním trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren, a dále podle § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže uložil žalobci a) pokutu 18 638 000 Kč, žalobci b) pokutu ve výši 16 831 000 Kč, žalobci c) pokutu ve výši 53 736 000 Kč a žalobci d) pokutu ve výši 23 859 000 Kč. Zakázaného jednání se žalobci dopustili tím, že v období od 30. 1. 2006 do 14. 2. 2006 si při svých osobních a písemných kontaktech navzájem zprostředkovali společný zájem koordinovaným postupem ukončit od 15. 2. 2006 dodávky plného sortimentu léčiv do Fakultní Thomayerovy nemocnice s poliklinikou v Praze, Fakultní nemocnice Na Bulovce v Praze a do Fakultní nemocnice u sv. Anny v Brně, a následně poskytovat uvedeným nemocnicím jen dodávky tzv. vitálních léčiv se zkrácenými lhůtami splatnosti, a tím, že tento koordinovaný postup od 15. 2. 2006 také realizovali, a to žalobce a) od 15. 2. 2006 do 20. 2. 2006 včetně a od 1. 3. 2006 do 12. 3. 2006 včetně, žalobci b) a c) od 15. 2. 2006 do 29. 3. 2006 včetně, a žalobce d) od 15. 2. 2006 do 13. 3. 2006 včetně.

[2] Již předtím předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 22. 8. 2007, č. j. R 013, 021/2007/01-15511/2007/310, zamítl rozklady žalobců a) a c) a potvrdil opravné rozhodnutí žalovaného ze dne 28. 12. 2006, č. j. S 60/06-22792/06-300. Jím žalovaný dle § 70 správního řádu ve výrokové části I. svého meritorního rozhodnutí ze dne 14. 12. 2006, v textu *„PHARMOS, a. s. od 15. 2. 2006 do 20. 2. 2006 včetně a od 1. 3. 2006 do 12. 3. 2003 včetně"* opravil označení roku 2003 na 2006.

[3] Dále předseda Úřadu rozhodnutím ze dne 22. 8. 2007, č. j. R 014, 026/2007/01-15448/2007/310, zamítl rozklady žalobců a) a c) a potvrdil opravné usnesení žalovaného ze dne 29. 12. 2006, č. j. S 60/06-22806/06-300. Jím žalovaný dle § 70 správního řádu v odůvodnění svého meritorního rozhodnutí ze dne 14. 12. 2006 opravil 54 písařských chyb (zřejmých nesprávností).

II. Rozsudek krajského soudu

[4] Žaloby, jimiž žalobci brojili proti výše uvedeným rozhodnutím předsedy Úřadu [proti rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 12. 11. 2007 (dále též „meritorní rozhodnutí předsedy Úřadu") podali jednotlivé žaloby všichni žalobci, obě rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 8. 2007 pak žalobou napadl pouze žalobce c)], krajský soud zamítl v záhlaví označeným rozsudkem.

[5] Pokud jde o rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 8. 2007, č. j. R 013, 021/2007/01-15511/2007/310, krajský soud v odůvodnění rozsudku uvedl, že jak z odůvodnění, tak z celého zbylého obsahu výroku meritorního rozhodnutí žalovaného, zřetelně vyplývá, že posuzováno bylo jednání žalobců v období roku 2006. S ohledem na tento kontext pak byl údaj „12. 3. 2003" ve výroku zřejmou nesprávností. Oprava se přitom nedotkla smyslu ani materiálního obsahu výroku meritorního rozhodnutí žalovaného a nezměnila tak charakter deklarovaného správního deliktu. Oprava odpovídá též logice, neboť rok s nižším číselným označením nemůže následovat po roce s číselným označením vyšším.

[6] Co se týče rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 8. 2007, č. j. R 014, 026/2007/01-15448/2007/310, krajský soud shledal, že byly opravovány výlučně chyby písařské, ať už vznikly nepozorností žalovaného, v důsledku provádění obvyklých

automatických oprav či kombinací obojího. Celkem 54 písařských chyb sice může *prima facie* vyvolávat dojem zmatečnosti odůvodnění, nicméně při bližším zkoumání jejich charakteru je rozhodující, že oprava žádné chyby jednotlivě ani všech těchto chyb v celkovém kontextu odůvodnění meritorního rozhodnutí žalovaného nijak materiálně nezměnila obsah původního textu odůvodnění. Žádná z provedených oprav zároveň objektivně nevyvolala sporné otázky ohledně jejích pravých důvodů.

[7] Při přezkumu meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu se krajský soud zabýval v prvé řadě namítanými procesními vadami v řízení před žalovaným. Pokud šlo o otázku zahájení správního řízení, označil úvahy o „politickém tlaku" na žalovaného spekulativními. Pro soud bylo rozhodující, že v okamžiku zahájení správního řízení měl žalovaný dostatek vstupních indicií, přičemž § 21 odst. 3 zákona o ochraně hospodářské soutěže připouští zahájení správního řízení z moci úřední. Bližší podmínky však zákony neupravují, jediný udržitelný je proto takový výklad, podle něhož lze sankční deliktní správní řízení pro porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže zahájit pouze v případě, je-li dáno důvodné podezření z porušení tohoto zákona. Tak tomu bylo i v souzené věci, o čemž svědčí podklady obsažené ve správním spisu (viz jeho část „P"), jež se posléze staly faktickým návodem pro žalovaného ohledně směru dokazování v rámci správního řízení po jeho zahájení. Šlo zejména o informace z médií, ale i o konkrétní podání poukazující na jednání žalobců.

[8] Dále se soud obšírně zabýval povahou samotného oznámení o zahájení správního řízení, přičemž zejména konstatoval, že z tohoto úkonu musí zřetelně vyplývat obsah a rozsah „obvinění" ve smyslu čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (publ. pod č. 209/1992 Sb.), tedy již z prvního úkonu v rámci deliktního sankčního správního řízení zahajovaného *ex offo* musí být jasně seznatelné, jaké jednání bude v rámci správního řízení posuzováno. V daném případě byl rozsah a obsah „obvinění" vymezen dostatečně a žalovaný respektoval i principy plynoucí k této problematice z judikatury Evropského soudu pro lidská práva i Nejvyššího správního soudu. Z oznámení o zahájení správního řízení ze dne 6. 3. 2006 je zřejmé, že předmětem správního řízení bylo ukončení dodávek léčiv do nemocničních lékáren, byly konkretizovány též dotčené nemocniční lékárny, dále mělo být posuzováno i nastavení obchodních podmínek pro dodávky léčiv do nemocničních lékáren obecně, přičemž tato jednání měla být posuzována z pohledu možného porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, a to buď jako dohoda v užším smyslu nebo jednání ve vzájemné shodě. Z následných reakcí žalobců nevyplynulo, že by skutkovému vymezení rozsahu správního řízení neporozuměli.

[9] Takto vymezený obsah a rozsah „obvinění", a tím i rámec správního řízení, nebyl překročen ani následnými úkony žalovaného, tj. ani upřesněním předmětu správního řízení ze dne 25. 9. 2006. Žalovaný tedy dále vedl řízení o stejném skutku, pouze k vymezení obchodních podmínek upřesnil, že se jedná o obchodní podmínky spočívající ve zkrácení lhůt splatnosti následných dodávek tzv. vitálních léčiv. Tato změna nevyvolala jakoukoli faktickou změnu směřování správního řízení, nejvýše žalobcům umožnila optimalizaci procesních úkonů. Nijak se tak nemohla nepříznivě projevit na procesních právech žalobců. Újmu na právech žalobců pak nemohla způsobit ani skutečnost, že žalovaný operoval s institutem formulačně neznámým, a sice s „upřesněním předmětu správního řízení".

[10] Nedovoleným vychýlením z předmětu správního řízení konečně nebyla ani změna první výrokové části meritorního rozhodnutí žalovaného provedená meritorním rozhodnutím předsedy Úřadu. Zároveň se nejedná ani o porušení pořadu instancí. Podstatou změny zde byla změna údaje o počátku trvání deklarovaného protiprávního jednání. Časově však delikt nebyl vymezen jinak, toliko se jeho časové vymezení ve výroku dostalo do souladu s odůvodněním. „Jednání ve vzájemné shodě" v sobě zahrnuje vždy nejprve koordinaci soutěžitelů odstraňující vzájemné

pochybnosti o jejich budoucím soutěžním chování, dále faktický projev této koordinace na trhu a konečně kauzální nexus je spojující. Tento koncept byl správními orgány dodržen, čemuž odpovídá odůvodnění obou meritorních rozhodnutí, nicméně až výrok meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu tento koncept temporálně plně respektoval. V období od 30. 1. 2006 do 14. 2. 2006 došlo k naplnění prvního prvku (shody vůle) a od 15. 2. 2006 k naplnění druhého prvku, tj. jejího projevu či důsledků na trhu. Posuzované protisoutěžní jednání bylo tedy zahájeno již na počátku první fáze (fáze shody vůle) a ukončeno na konci druhé fáze (fáze její realizace). Předseda Úřadu tak změnou formulace skutkové věty toliko lépe vyjádřil popis skutku, jak vyplýval již z meritorního rozhodnutí žalovaného.

[11] Krajský soud též odmítl, že by se jednalo o změnu v neprospěch, neboť šlo pouze o temporálně přesnější vyjádření popisu téhož skutku. Podle § 25a zákona o ochraně hospodářské soutěže se navíc ustanovení správního řádu o zákazu změny napadeného rozhodnutí v neprospěch odvolatele na řízení o porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže neaplikují.

[12] Výrok napadeného rozhodnutí je pak nejen výrokem odpovídajícím odůvodnění, ale též určitým a z pohledu popisu deklarovaného protiprávního jednání nezaměnitelným. Skutková věta je větou jazykově přijatelnou a skutek, za který byli delikventi postiženi, z ní vyplývá přesně, určitě a srozumitelně. Skutková věta je též řádně promítnuta ve větě právní, deklarující porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Vliv na srozumitelnost rozhodnutí krajský soud neshledal ani ve slovním vyjádření jednotlivých skutečností, jež žalobci zpochybnili. Znění operující se *„zprostředkováním společného zájmu"* při *„osobních a písemných kontaktech"*, které předseda Úřadu osvětlil zejména v odst. 247. napadeného rozhodnutí, objektivně vystihuje žalovaným zjištěné skutečnosti týkající se prokázaného kontaktu mezi žalobci a jeho obsahu. Pokud jde o pojem *„vitální léčiva"*, jde o termín používaný žalobci v jejich obchodní praxi, s jasným, konstantním a pro ně srozumitelným významem. Tento pojem sami žalobci ve své korespondenci používali jako synonyma pro *„léčiva životně nezbytná"* či *„nezbytně nutná k záchraně zdraví pacienta"*.

[13] Jestliže pak skutková věta neobsahuje údaj o místu protiprávního jednání, pak takového vymezení nebylo s ohledem na charakter deklarovaného protiprávního jednání a s ohledem na zbylý popis skutku v rámci výroku napadeného rozhodnutí třeba. Teritoriální vymezení jednání není obecně vždy nezbytnou součástí každého rozhodnutí ve věcech správního trestání. Právě pro zakázanou dohodu ve formě „jednání ve shodě" je typické, že její teritoriální dimenzi nelze již z povahy věci zpravidla blíže definovat. V daném případě lze ze skutkové věty i bez určení místa spáchání správního deliktu zřetelně seznat, kterého deliktu a jaké konkrétní povahy se žalobci dopustili.

[14] Důvodnými soud neshledal ani námitky ohledně postupu žalovaného, který vyslýchal jako svědky členy statutárních orgánů žalobců [předsedu představenstva žalobce c) Jiřího Housera a jednatele žalobce d) Ing. Jana Rohrbachera]. Ustanovení § 55 správního řádu totiž takový postup nevylučuje, narozdíl od omezení, jak je podáváno např. v § 126 odst. 4 o. s. ř. Jestliže tyto dvě svým významem příbuzné procesní úpravy obsahují v téže otázce jiná pravidla, pak je dostatek důvodů k jejich odlišné interpretaci. Žalobci ostatně v této souvislosti ani neuvedli, jak konkrétně se měl výslech obou fyzických osob projevit na zákonnosti napadeného rozhodnutí a v čem mohl žalobce zkrátit na jejich právech. Navíc správní orgány skutečnosti zjištěné z těchto výslechů nemusely použít (viz odst. 256. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu). Ani ze správního spisu pak nevyplývá, že by z předmětných výslechů vyplývala skutková zjištění, jež by neměla oporu v jiných důkazech.

[15] Naopak za oprávněnou soud uznal námitku, že se předseda Úřadu v napadeném rozhodnutí nevyjádřil k některým návrhům žalobce b) na doplnění dokazování (jednalo se o Přílohu č. 1 rozkladu tohoto žalobce, jíž mělo být prokazováno, že příslušné tři fakultní nemocnice jsou obecně známými dlužníky, a dále o Přílohy č. 7 a 8, jimiž mělo být prokazováno, že nabídka dodávky vitálních léčiv byla reakcí na mediální tlak mimo jiné vůči žalobcům). Současně však shledal, že toto pochybení nedosahuje takové intenzity, aby bylo samostatným důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů procesních. Předseda Úřadu totiž při hmotněprávním hodnocení jednání žalobců nijak nezpochybňoval, že se jednalo o dlužníky, tedy sama skutečnost, že zadluženost konkrétních nemocnic byla známa, nikterak neprolamuje závěr ohledně koordinace postupu žalobců. Stejně tak nebyl rozhodující podnět, na jehož základě se žalobci rozhodli nevztáhnout distribuční omezení na vitální léčiva, nýbrž fakt, že takový postup byl realizován koordinovaně. S argumentací žalobců, že jejich jednání bylo reakcí na mediální tlak vůči distributorům léčiv, se předseda Úřadu vypořádal v odst. 120. a 121. napadeného rozhodnutí.

[16] Dále krajský soud konstatoval, že předseda Úřadu neporušil právo žalobců být před vydáním rozhodnutí napadeného rozhodnutí seznámen s jeho podklady podle § 36 odst. 3 správního řádu. Rozhodoval totiž výlučně na základě těch podkladů, které již byly podkladem meritorního rozhodnutí žalovaného, s nimiž se žalobci seznámili a dále na základě rozkladové korespondence, s níž se žalobci také seznámili, tedy bez doplnění dokazování. Žalobcům tak byl obsah správního spisu znám.

[17] Krajský soud přisvědčil žalobcům, že předseda Úřadu na část rozkladových námitek reagoval tak, že namísto vlastní argumentace odkázal na závěry obsažené v meritorním rozhodnutí žalovaného a konstatoval jejich správnost i přes argumentaci žalobců. V tomto postupu však soud neshledal žalobci tvrzenou nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, neboť jím bylo srozumitelně podán fakt, že se předseda Úřadu ztotožnil se závěry již vyřčenými a konkrétně na ně odkázal, namísto aby je mechanicky opsal.

[18] Soud se též neztotožnil se zpochybňováním zákonnosti důkazu pořízeného televizním záznamem o tiskové konferenci, odvysílaným dne 14. 2. 2006 v televizních novinách na TV Nova, na DVD.

[19] Dále se již krajský soud zabýval hmotněprávním posouzením věci. Pokud jde o věcné vymezení relevantního trhu provedené žalovaným, nezjistil z obsahu správního spisu žádný podstatný argument, pro nějž by se toto vymezení mohlo jevit jako nesprávné, a ztotožnil se v tomto směru s úvahami předsedy Úřadu v odst. 44. a násl. napadeného rozhodnutí. Soud neshledal žádné podstatné rozdíly mezi distribucí léčiv do nemocničních lékáren a distribucí léčiv do jiných než nemocničních lékáren (lékáren tzv. veřejných). Sami žalobci ve správním řízení uvedli, že charakter lékárny nemá vliv na obchodní podmínky, na povahu distribuce, na cenu, ani na frekvenci dodávek. Stejně tak odpovídá sortiment léčiv. Jediné rozdíly lze dovodit v délce splatnosti ceny za jednotlivé dodávky (i v té se však logicky odráží objem dodávek) a ve větší poptávce nemocničních lékáren po zvláštních druzích léčiv, využitelných nemocnicemi při složitějších zákrocích, nicméně tyto rozdíly jsou z pohledu celkového charakteru distribuce marginální. Nadto žádný ze žalobců nezpochybnil skutečnost, že nemocniční lékárny soutěží v konkurenčním horizontálním vztahu s jinými lékárnami, pokud jde o přímé dodávky léčiv pacientům (tzv. pultové dodávky). Povaha provozovatelů tzv. veřejných lékáren pak je z pohledu vymezení relevantního trhu bezvýznamná, neboť ničeho nevypovídá o charakteru dodávek.

[20] Co se týče námitky, že předmětný trh je trhem oligopolním, předseda Úřadu zejména v odst. 62. a 63. napadeného rozhodnutí zdůvodnil, proč vyhodnocení „přesné míry“

oligopolnosti trhu není pro posouzení věci podstatné. I na oligopolním trhu může dojít k zakázanému jednání ve shodě a oligopolní struktura trhu by mohla být klíčovou pouze za situace, pokud by nebyl dostatek důkazů o tom, že jednání žalobců nebylo nezakázaným paralelismem. Žalovaný klíčovou část dokazování zaměřil na skutečnosti, jejichž bylo jednání žalobců důsledkem. Ani případná oligopolní povaha trhu tak nevyvrací závěr o koluzi žalobců.

[21] Krajský soud dále definoval koncept „jednání ve vzájemné shodě". Zdůraznil, že podstatou tu není vždy jen „shodný" postup soutěžitelů, ale postup jednoho soutěžitele založený na informaci o budoucím jednání jiného soutěžitele a uskutečněný s vědomím této informace. Jde tedy o formu koordinace mezi soutěžiteli, která, aniž by bylo dosaženo stádia uzavření konkrétní dohody, vědomě nahrazuje rizika vzájemné konkurence, a to v rozporu s požadavky hospodářské, obchodní a soutěžní nezávislosti na trhu.

[22] Toto zakázané jednání v sobě zahrnuje vždy nejprve koordinaci stran odstraňující vzájemné pochybnosti o jejich budoucím soutěžním chování, faktický projev této koordinace na trhu a kauzální nexus je spojující.

[23] Kontakt mezi žalobci a zčásti i jejich obsah správní orgány opřely o důkazy, jejichž provázanost a důkazní hodnota je popsána v odst. 68. a násl. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu. Žádný z těchto důkazů není sám o sobě postačující k prokázání jednání ve shodě, nicméně jejich souhrn je dostatečně způsobilý k vyvození závěru, že předmětné jednání žalobců, byť by k němu měl každý z nich dostatek racionálních důvodů, muselo být z podstatné míry důsledkem vyvolané a akceptované kooperace mezi žalobci odstraňující nejistotu o tom, že ostatní žalobci budou tyto kroky také realizovat a že jeden žalobce nezůstane v realizaci svých kroků na trhu osamocen.

[24] Obsah listin označovaných jako „Důkazy č. 1 – 19" podpírá závěr předsedy Úřadu, že žalobci byli mezi sebou v období bezprostředně předcházejícím datu 15. 2. 2006 ve stupňujícím se kontaktu, že jim bylo zřejmé, kdo jsou jejich největší dlužníci a že společným tlakem na tyto dlužníky mohou dosáhnout vyšší efektivity při vymožení svých pohledávek, že se žalobci shodli na nutnosti snížení nákladů na financování dlouhých lhůt splatnosti dodávek a zrychlení návratnosti finančních prostředků, snížení lhůt splatnosti dodávek i na jejich možné nejnižší délce, že si žalobci vzájemně zřetelně indikovali způsob řešení své situace, že se jednalo o řešení jednotně deklarované s přispěním Asociace velkodistributorů léčiv (dále též „AVEL"), že efektivita tohoto řešení předpokládala zapojení všech žalobců, a tedy že před 15. 2. 2006 byla míra nejistoty o tom, jak jednotliví žalobci budou situaci ve vztahu ke svým dlužníkům řešit, zcela odstraněna. To vyvolalo odstranění rizika odlivu odběratelů pro případ, kdy by se k těmto krokům rozhodl každý ze žalobců sám.

[25] Přestože důkazy o vzájemné komunikaci žalobců jasně prokazují společný zájem nedodávat léčiva do konkrétních nemocnic, není z nich podáváno pravidlo o dodávkách tzv. vitálních léčiv. Ze způsobu vyhlášení tohoto pravidla vůči odběratelům však vyplývá, že i toto pravidlo bylo nastaveno koordinovaně, byť v reakci na mediální tlak, nicméně společně.

[26] Krajský soud dále považoval za splněnou i podmínku realizace vzájemně koordinovaného jednání žalobců na trhu. Prokazování této podmínky je obecně založitelné na předpokladu, že zůstávají-li po uskutečnění kontaktů ti účastníci trhu, kteří v takovém kontaktu byli, nadále na trhu, pak při svém působení na trhu nutně vycházejí z informací, které byly v rámci kontaktů zprostředkovány. Pak tedy důsledek, jenž na trhu nastane, nemůže být přičitatelný výlučně existujícím objektivním podmínkám na trhu, ale právě uskutečněným kontaktům a jejich materiálnímu obsahu.

[27] Oznámení společného postupu žalobců, vyvolalo u dotčených fakultních nemocnic v postavení odběratelů odchylku od jejich obvyklého chování, totiž potřebu předzásobit se. Jakmile žalobce a) v období od 21. 2. 2006 do 28. 2. 2006 obnovil dodávky plného sortimentu léčiv za obchodních podmínek jinak obvyklých před 15. 2. 2006, došlo k nárůstu objednávek od tohoto žalobce.

[28] Přestože tedy motivem koordinace mohly být objektivně existující podmínky na trhu, které souvisely s neuhrazenými pohledávkami za konkrétními třemi fakultními nemocnicemi, a tedy k razantnímu postupu mohl mít každý ze žalobců dostatek podnikatelsky racionálních důvodů, postup vůči těmto nemocnicím již nebyl výlučným důsledkem těchto podmínek na trhu, ale důsledkem shody všech žalobců v otázce, jakým způsobem existující situaci na trhu řešit, a v otázce, že dostatečně efektivní bude toliko postup společný. Žalobcům tedy bylo vytýkáno, že k předmětnému kroku přistoupili koordinovaně, tj. že nehodlali dále za předchozích podmínek dodávat svým dlužníkům s vědomím, že jim nebude dodáváno ani konkurenčními dodavateli (ostatními žalobci). Pak nemůže obstát argumentace, že žalobci pouze hájili své zájmy, a dokonce svá práva, ani že všichni jednali za podmínek panujících na trhu pro ně nepříznivých, neboť to jim vytýkáno nebylo a ani správní orgány tyto skutečnosti nepopíraly.

[29] Podle krajského soudu rovněž neobstojí argumentace, že jednání jednotlivých žalobců bylo v souladu s právem soukromým a jako takové nemohlo být v rozporu s právem veřejným. Takové pravidlo nemá oporu v žádném právním předpisu, ani nejde o zásadu, jež by měla obecně platit, ani o pravidlo, jež by bylo uznáváno doktrínou.

[30] Na závěru ohledně koordinace jednání žalobců ničeho nemění ani dílčí zpochybňování jednotlivých důkazů, neboť z obsahu podstatné části komunikace doložené coby „Důkazy č. 1 - 19" jasně vyplývá, že jednotliví žalobci věděli o společném cíli i o tom, jak jej v principu hodlají ostatní žalobci dosáhnout. Z důkazů plyne, že restrikce dodávek plného sortimentu léčiv, s výjimkou tzv. vitálních léčiv s omezenou splatností ceny za tyto dodávky, byla mezi žalobci konsenzuálně považována za efektivní řešení, a že následný postup jednotlivých žalobců na trhu byl vyvolán znalostmi o principiálně témže způsobu řešení téhož problému ostatními žalobci.

[31] Klíčové pasáže komunikace bezprostředně předcházející datu 15. 2. 2006 prokazují určitý, přesný a předem vytvořený plán jednání.

[32] Krajský soud se též ztotožnil s předsedou Úřadu v časovém vymezení počátku protiprávního jednání ke dni 30. 1. 2006, tedy k datu prvního prokázaného kontaktu mezi žalobci, jenž souvisel s projevem na trhu.

[33] Dodal, že s ohledem na „Důkazy č. 2, 3, 4 a 18" pak byla z chování žalobců jako konkurentů na horizontální úrovni trhu patrná zcela zřetelná a co do obsahu určitá forma koordinace, která nahradila jejich jinak nezávislé chování. I „Důkazem č. 8", jenž by mohl vyjadřovat disentující postoj žalobců b) a c) k plánu ve všech podrobnostech, byla potvrzována komunikace, která se po obsahové stránce zřetelně týkala deklarovaného zastavení dodávek. Ani těmito žalobci tvrzená limitace jimi nakontrahovanými obchodními podmínkami nevyvrací zřetelný prvek ovlivnění jejich budoucího chování v důsledku předchozí komunikace. Stejně tak tiskové konference nemohou být v kontextu předchozí komunikace vnímány coby mediální prezentace individuálních postojů jednotlivých žalobců. Z jejich průběhu jasně vyplývá, že zde byly jednotlivými žalobci shodně a společně mediálně prezentovány předem koordinované kroky, přitom mediální efekt měla vyvolat právě skutečnost, že žalobci hodlají postupovat ve všech podstatných ohledech vůči svým dlužníkům jednotně, společně a totožně.

[34] Z uvedeného krajský soud uzavřel, že bezprostřední příčinou jednání, jež se na trhu projevilo po 15. 2. 2006, nebyly objektivní podmínky na trhu, ale koordinace postupu, jež mohla být těmito objektivními podmínkami na trhu vyvolána. Tyto skutečnosti považoval krajský soud za klíčové pro hmotněprávní posouzení věci a žádné ze žalobních tvrzení tyto skutečnosti nevyvrátilo. V této souvislosti se následně soud zabýval „Důkazy č. 2, 3, 4, 6, 8 a 14", z nichž zřetelně vyplynuly jasné prvky kooperace mezi žalobci a konsenzus na koordinovaných restriktivních opatřeních vůči odběratelům.

[35] K jednotlivým žalobním námitkám pak krajský soud dále uvedl, že předseda Úřadu v odst. 116. napadeného rozhodnutí posoudil správně otázku účasti žalobce a) na tiskové konferenci konané dne 14. 2. 2006, a sice prostřednictvím Jindřicha Klence, jenž byl v té době statutárním orgánem Plzeňské lékárnické s. r. o., sesterské společnosti žalobce a). K otázce samotného průběhu tiskové konference uskutečněné dne 14. 2. 2006 soud dodal, že celkový kontext všech výroků, které zazněly, nevyvolává pochybnost o tom, že všichni žalobci byli s pravděpodobnými kroky svých konkurentů srozuměni. Žádný ze žalobců nevyjevil jakýkoli disentní postoj, celkový průběh tiskové konference vyvolává jednoznačný dojem jednotného postupu žalobců.

[36] Pokud šlo o namítaný nedostatek důkazů ohledně zkrácené splatnosti faktur po 15. 2. 2006, soud konstatoval, že správní orgány nemusely prokazovat, že by tyto splatnosti byly zkráceny shodným způsobem. Rozdíl mezi splatnostmi faktur před a po 15. 2. 2006 představují údaje uvedené na těchto fakturách, sami odběratelé pak na tyto odlišné lhůty splatnosti poukazovali.

[37] Co se týče objemu dodávek dotčeným fakultním nemocnicím po 15. 2. 2006, namítané předzásobení mohlo být vyvoláno právě skutečností, že již před tím byly připravované kroky žalobců medializovány. Jakmile se pak žalobce a) odchýlil od koordinovaného jednání, odběry od něj byly realizovány v podstatně větším rozsahu než od ostatních žalobců.

[38] Obsah kontaktů prokázal, že ze strany žalobců byla překročena pouhá komunikace o návrzích v oblasti regulace; stejně tak byla překročena míra pouhé společné mediální prezentace situace ve zdravotnictví. K tomu, aby jednotliví žalobci mohli prostřednictvím médií sdělovat svůj postoj k připravované úpravě degresivní přirážky a k situaci ve zdravotnictví obecně, nepotřebovali koordinovat a vyhlašovat zastavení dodávek plného sortimentu léčiv do konkrétních nemocnic od konkrétního data a přistupovat k principiálně témuž zkracování lhůt splatnosti faktur odběratelům.

[39] K námitce, že v praxi k omezení možnosti nákupu léčiv po 15. 2. 2006 nedošlo, soud považoval za klíčové, že objednávky byly uskutečňovány až poté, co v důsledku jednání realizovaném po 15. 2. 2006 byly vytvořeny bariéry pro „rozsáhlejší" objednávání zboží od žalobců.

[40] Ani skutečnost, že k obnovení dodávek došlo jednotlivými žalobci vždy poté, kdy jim příslušné nemocnice uhradily nebo se zavázaly uhradit dlužné částky, nevylučuje koordinaci v postupu žalobců. Jednotným účelem jednání žalobců bylo vymožení pohledávek, a tedy poté, kdy každý ze žalobců dosáhl tohoto účelu, mohl jednání ukončit, aniž by to popíralo předchozí koordinaci restriktivních opatření.

[41] Pokud šlo o prolomení shodného postupu ze strany žalobce a) v období od 21. 2. 2006 do 28. 2. 2006, správní orgány je deklarovaly jako jednání mimo kartel.

[42] K hmotněprávnímu posouzení věci poté krajský soud uzavřel, že žalobci naplnili skutkovou podstatu jednání ve vzájemné shodě podle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, a to jak z hlediska vzájemných kontaktů a obsahu komunikace při nich, tak i následné realizace jejich předchozího navzájem sladěného chování, nadto je zřetelná i příčinná souvislost mezi komunikací žalobců a následným jednáním na trhu. Tento závěr lze spolehlivě učinit na základě zjištěného skutkového stavu. Přistoupení k výslechu svědků dle návrhu žalobce a) tak soud hodnotil jako nadbytečné.

[43] Za splněnou pak soud považoval i materiální podmínku narušení hospodářské soutěže podle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Žalobci v důsledku předchozí koordinace dosáhli stavu, kdy si mezi sebou vyloučili působení nezávislého individuálního soutěžního chování ve vztahu k části relevantního trhu. V důsledku toho dotčené tři fakultní nemocnice pozbyly možnost uspokojit svoji poptávku jinak obvyklým („plynulým") způsobem a u jiného dodavatele, schopného pokrýt jejich poptávku z hlediska rozsahu sortimentu, požadovaného objemu i doby dodání za výhodnějších podmínek, neboť žalobci jsou nejvýznamnějšími dodavateli na trhu, kteří jsou schopni jejich poptávku uspokojit.

[44] Nepochybně bylo prokázáno, že žalobci realizovali postup, kterým omezili dodávky plného sortimentu léčiv třem konkrétním odběratelům a poskytovali jim toliko vitální léčiva s omezenou lhůtou splatnosti. Postup žalobců vyvolal potřebu předzásobení, poté byl rozsah objednávek omezen a zvýšil se ve vztahu k žalobci a) poté, kdy tento žalobce dočasně obnovil dodávky. Tím je dán faktický dopad jednání žalobců, a to na tři konkrétní subjekty v rozsahu cca 1,7% celkového finančního objemu daného trhu. Předmětem správního řízení přitom nebylo úplné zastavení dodávek, ale jejich výrazné omezení, které bylo prokázáno.

[45] Nemohlo se přitom jednat o paralelní chování, neboť jednání žalobců bylo výsledkem jejich předchozích kontaktů a z nich vzešlého vzájemného srozumění ohledně dalšího soutěžního (obchodního) chování. Citelnost narušení hospodářské soutěže je pak dána již samotným horizontálním charakterem vztahu mezi jednotlivými žalobci a jejich souhrnným významným postavením na vymezeném relevantním trhu.

[46] Krajský soud dále neshledal žaloby důvodnými ani v otázce uložených sankcí. Poukázal na konkrétní odstavce napadeného rozhodnutí, v nichž se předseda Úřadu podrobně zabýval kritérii pro uložení pokut. Za stěžejní pak soud považoval úvahy správního orgánu o úmyslném jednání žalobců, o závažném porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže s ohledem na horizontální rozměr tohoto jednání, a o zohledňování jednotlivých kritérií a okolností. Dále uvedl, že pokuty uložené v rozmezí do 0,3% čistého obratu žalobců za rok 2005 nepůsobí nikterak nespravedlivě a naplňují jak funkci represivní, tak preventivní. Absolutní vyjádření poměru výše uložených pokut k možné horní sazbě (10% čistého obratu) nečiní výši pokut nepřiměřenou. Proto soud neshledal důvodnými ani moderační návrhy žalobců b) a d).

III. Důvody uplatněné v kasačních stížnostech a jejich posouzení Nejvyšším správním soudem

[47] Proti tomuto rozsudku podali všichni žalobci (dále též „stěžovatelé") včas kasační stížnosti. K nim se pak řádně vyjádřil předseda Úřadu. K těmto vyjádřením následně podali repliku žalobci a) a c).

III.A. Procesní vady

i.) Vymezení skutku, oznámení o zahájení správního řízení, upřesnění předmětu správního řízení, zásada dvojinstančnosti řízení.

Argumentace žalobců

[48] Žalobce c) uvedl, že ve správním řízení došlo k hrubému porušení principů správního trestání dle čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Vymezení předmětu správního řízení („trestního obvinění") bylo nejen od počátku zcela nedostatečné, ale v průběhu správního řízení bylo opakovaně zcela nepřípustně měněno, upravováno a „upřesňováno". Šlo o postup, který byl objektivně v neprospěch žalobce c).

[49] Obsah a rozsah „obvinění" vymezeného v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 6. 3. 2006 byl překročen nejen v úkonu nazvaném „Upřesnění předmětu správního řízení" ze dne 25. 9. 2006 (kterýžto institut správní řád vůbec nezná), ale i změnou první výrokové části meritorního rozhodnutí žalovaného v následném meritorním rozhodnutí předsedy Úřadu. Jde o naprostou absenci vymezení místa postihovaného jednání, opakovanou změnu jeho časového vymezení a zásadní změny věcného vymezení tohoto jednání žalobců, což mělo za důsledek, že v dané věci nebyla zcela zjevně zachována „totožnost skutku", resp. předmětu řízení.

[50] V oznámení o zahájení správního řízení zcela absentovalo jakékoli konkrétní vymezení „jednání" žalobců, které jim bylo kladeno za vinu, a omezilo se na pouhou citaci zákona, když mělo spočívat *„v zakázané dohodě nebo v jednání ve vzájemné shodě"*. Při takto ne/vymezeném skutkovém jednání účastníka řízení je pak v zásadě možné jakkoli dle potřeby správního orgánu postupně upřesňovat vymezení obvinění tak, aby mohlo dojít k postihu účastníka řízení. Od počátku řízení existující vada, spočívající v neurčitosti vymezení postihovaného jednání, nemůže být ani dodatečně zhojována dalšími účelovými úkony správních orgánů. Takové „obvinění" by nemohlo obstát v žádném trestním řízení a je porušením práva na spravedlivý proces (viz nález Ústavního soudu ze dne 7. 12. 2006, sp. zn. II. ÚS 544/05).

[51] Vymezení postihovaného jednání pak bylo zcela nepřípustně, bezprecedentně a bez zajištění realizace práv účastníků řízení změněno i meritorním rozhodnutím předsedy Úřadu. Tuto otázku zásadního významu krajský soud odmítl zcela formalistickým odkazem na skutečnost, že zákon o ochraně hospodářské soutěže vylučuje aplikaci § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, jenž zakazuje změnu rozhodnutí v neprospěch účastníka řízení. Postup předsedy Úřadu byl též zcela jasným popřením zásady dvojinstančnosti správního řízení.

[52] Ani takto „upřesněné" vymezení postihovaného jednání však nutnost dostatečně určitého a nezaměnitelného vymezení zjevně nesplňuje, a to zejména z hlediska popisu vlastního jednání účastníků řízení a uvedení místa, času a způsobu spáchání postihovaného deliktu. Správní orgány nerespektovaly požadavky na popis skutku plynoucí z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 9. 2006, č. j. 31 Ca 84/2004 - 236. Z výroku č. I. napadeného rozhodnutí nelze vůbec dovodit, jakým konkrétním jednáním měli žalobci porušit zákaz dohod mezi soutěžiteli narušujících hospodářskou soutěž. Slovní spojení *„zprostředkovat společný zájem"* je vágní, neurčité a nesrozumitelné. Není ani jasné, jakým způsobem mělo dojít ke zprostředkování společného zájmu. Pojem zprostředkování naznačuje, že společný zájem měl být mezi žalobci sdělen nepřímo skrze nějakého zprostředkovatele.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[53] K těmto námitkám je v prvé řadě nutno v souladu s názorem krajského soudu konstatovat, že v oznámení o zahájení řízení ze dne 6. 3. 2006 byl předmět řízení vymezen dostatečně. V oznámení je skutečně uvedeno, že předmětem zájmu správního orgánu bude některá z forem koluzivního jednání (dohoda v užším smyslu nebo jednání ve shodě), nicméně v něm jsou obsaženy i další údaje specifikující předmět řízení. Zejména tak je patrné,

kteří soutěžitelé se měli zakázaného jednání dopustit, dále, že zakázaného jednání se měli dopustit ohledně ukončení dodávek plného sortimentu léčiv, je zřejmé též vůči komu se tohoto jednání měli dopustit (nemocniční lékárny tří konkrétně uvedených fakultních nemocnic), a také kdy k danému jednání mělo dojít („*v únoru t. r.*"). Dostatečně je specifikována též druhá část vytýkaného jednání, totiž dohoda či jednání ve shodě ohledně obchodních podmínek pro dodávky léčiv nemocničním lékárnám.

[54] Pokud jde o samotnou povahu oznámení o zahájení správního řízení, je nutno vzít v potaz, že na samém počátku řízení není možné jeho předmět zcela přesně vymezit. V této fázi má správní orgán pouze informace plynoucí z jeho postupu před samotným zahájením správního řízení a z případných vnějších podnětů. Nicméně předmět jakéhokoliv zahajovaného řízení (a pro oznámení o zahájení správně-trestního řízení to platí zvláště) musí být 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.

[55] V daném případě nelze o nevědomosti žalobců o předmětu řízení a z toho vyplývající újmě na možnosti se v řízení účinně hájit hovořit. Žalobcům bylo zřejmé, o čem se bude řízení vést a v něm rozhodovat, a byla jim též dána možnost se k tomu vyjádřit a uplatnit svá práva. Z reakcí žalobců na obdržené oznámení o zahájení správního řízení nijak nevyplývá, že by měli jakoukoli pochybnost o tom, jaký skutek je předmětem řízení.

[56] Pokud jde o tzv. upřesnění předmětu řízení, i zde se kasační soud ztotožnil se závěrem krajského soudu. Předmět řízení upřesnil žalovaný přípisem ze dne 25. 9. 2006. Při posouzení tohoto úkonu je podstatný jeho obsah, nemělo by jím totiž dojít k rozšíření předmětu řízení nebo jeho zásadní změně. Jinak řečeno ve věcech správního trestání musí být takovýmto úkonem zachována totožnost skutku. Procesní předpisy sice takový institut výslovně neupravují, v daném případě je však podstatné, že jím nedošlo k žádné procesní újmě na straně žalobců. Fakticky došlo k zúžení vymezeného předmětu řízení, a to ve vztahu ke druhé části předmětu řízení, týkající se zakázaného jednání žalobců ohledně obchodních podmínek pro dodávky léčiv nemocničním lékárnám. Toto vymezení bylo blíže specifikováno tak, že se jedná o obchodní podmínky týkající se zkrácení lhůt splatnosti následných dodávek (vitálních) léčiv uvedeným třem fakultním nemocnicím a obchodní podmínky týkající se zkrácení lhůt splatnosti dodávek léčiv ostatním nemocničním lékárnám. Tímto aktem tak žalovaný nevybočil z vymezení předmětu řízení stanoveného v oznámení o zahájení správního řízení. Zároveň jím žalobcům, jež s upřesněním předmětu řízení řádně seznámil a dal jim možnost se k němu vyjádřit, umožnil lépe směřovat kroky k jejich obraně.

[57] V této souvislosti lze též odkázat na právní názor uvedený v rozsudcích Vrchního soudu v Olomouci ze dne 11. 12. 1997, sp. zn. 2 A 10/97, ve věci *Pražské kanalizace a vodní toky, s. p.*, a ze dne 15. 5. 2001, č. j. 2 A 10/2000 - 58, ve věci *ČESKÝ TELECOM, a. s.*, citovaných předsedou Úřadu v odst. 262. jeho meritorního rozhodnutí (oba rozsudky jsou dostupné např. na www.compet.cz). V nich vrchní soud konstatoval, že pokud nedošlo k zásadní změně vymezení předmětu řízení, která by si vyžádala zastavení původního řízení a eventuální zahájení řízení nového, tak „*[n]ení chybou, jestliže žalovaný v průběhu správního řízení upřesňoval předmět řízení, neboť k tomu nepochybně správní řízení slouží. Stěží si lze představit, jak by mohl žalovaný bez provedení důkazů přesně definovat předmět řízení před jeho zahájením, jestliže teprve řádně provedené důkazy mu umožní učinit si závěr o porušení zákona, o němž získal vědomost do zahájení toliko z podnětů, které nemusí exaktně vyjadřovat objektivní skutečnost.*"

[58] Co se týče vymezení skutku v rozhodnutí správního orgánu, je nutno v prvé řadě poukázat na usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 1. 2008,

č. j. 2 As 34/2006 - 73, ve věci *AQUA SERVIS, a. s.*, publ. pod č. 1546/2008 Sb. NSS (citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz), podle něhož „*[v]ýrok rozhodnutí o jiném správním deliktu musí obsahovat popis skutku uvedením místa, času a způsobu spáchání, popřípadě i uvedením jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby nemohl být zaměněn s jiným*".

[59] Popis skutku je odrazem skutkové podstaty deliktu. V daném případě je sice skutek vymezen poměrně obecně, ještě stále se však jedná o vymezení dostatečně určité. Z meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu je totiž jednoznačně identifikovatelné kdo delikt spáchal, v jakém období se tak stalo, včetně rozlišení a časového určení jednotlivých fází (koordinace a realizace), jaký byl způsob útoku, vůči komu (předmět útoku) a kde (na jakém relevantním trhu).

[60] Pokud jde o námitku nevymezení místa protiprávního jednání, nutno uvést, že vzhledem k povaze zakázaného jednání ve shodě není u tohoto deliktu určení konkrétního místa protiprávního jednání absolutním požadavkem, jestliže teritoriální rámec je dán jinými skutečnostmi, zde např. jmenovitým uvedením dotčených odběratelů. Fáze koluzivního jednání též může být naplněna řadou postupných kroků v rozličných místech (nepřímé, zprostředkované či dovozené kontakty).

[61] Ve shodě s krajským soudem považuje i kasační soud frázi „*při svých osobních a písemných kontaktech navzájem zprostředkovali společný zájem*" za dostatečně určitou a zejména poměrně výstižně vyjadřující způsob spáchání deliktu v jeho koordinační fázi. Ze skutkové věty jako celku je zřejmé období, v němž k jednání došlo, jakož i jeho subjekty. Bližší popis těchto kontaktů je pak velmi podrobně popsán v odůvodnění správního rozhodnutí (odst. 69. až 162. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu). Slovní spojení „*zprostředkovat společný zájem*" pak předseda Úřadu přesvědčivým způsobem vysvětlil v odst. 247. svého meritorního rozhodnutí.

[62] Co se týče namítaného porušení dvojinstančnosti řízení spočívajícího v údajné změně vymezení skutku předsedou Úřadu, nelze souhlasit s žalobci, že se krajský soud s touto námitkou vypořádal pouze formálně. Naopak, krajský soud na str. 27 a 28 rozsudku podrobně uvedl, proč formální opravu výroku nepovažoval za nezákonnou. Výslovně konstatoval, z jakých důvodů nelze upřesnění údaje o počátku trvání deklarovaného protiprávního jednání, jímž se časové vymezení deklarované výrokem meritorního rozhodnutí žalovaného dostalo do souladu s odůvodněním, považovat za jiné časové vymezení deliktu.

[63] Zásada dvojinstančnosti znamená, že „*řízení probíhá ve dvou stupních (instancích), že tedy řízení a rozhodnutí správního orgánu prvního stupně podléhá kontrole odvolacího orgánu, nikoliv, že každý závěr musí být vždy vysloven jednou instancí a vždy prověřen a akceptován instancí vyšší. Dvojinstančnost totiž zajišťuje nejen dvojí posouzení věci, ale je také cestou k nápravě a odstranění vad, které se vyskytly v řízení před prvním stupněm*" (viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 4. 2009, č. j. 8 Afs 15/2007 - 75, odst. 51.). Nejvyšší správní soud shledal nejen, že postup předsedy Úřadu v předmětné otázce byl právě naplněním uvedené charakteristiky zásady dvojinstančnosti, ale též (ve shodě s pro věc podstatným závěrem krajského soudu), že tímto postupem předsedy Úřadu v žádném případě nedošlo ani ke změně totožnosti skutku, ani ke zhoršení postavení žalobců. Postup předsedy Úřadu tak byl v souladu i s právními závěry poukazovanými žalobcem c), uvedenými v nálezu Ústavního soudu ze dne 7. 12. 2006, sp. zn. II.ÚS 544/05, N 220/43 SbNU 437 (rozhodnutí Ústavního soudu jsou dostupná na http://nalus.usoud.cz).

ii.) Opravy rozhodnutí

Argumentace žalobců

[64] Žalobce c) brojil i proti výrokům č. I. a II. napadeného rozsudku. Uvedl, že obě rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 22. 8. 2007, jež byla těmito výroky fakticky potvrzena, je nutno spolu s jim předcházejícími opravným rozhodnutím a opravným usnesením žalovaného posuzovat v širším kontextu předmětného správního řízení. Toto řízení vykazuje tak nestandardní množství nesprávností a vad, že nemůže splňovat přísné požadavky na zákonnost a „dobrou správu" stanovené ve správním řádu. Nejde zde o otázku čistě formalistického posouzení povahy jednotlivých „zřejmých nesprávností v písemném vyhotovení rozhodnutí" a zda se ještě vůbec jedná o „pouhé" nesprávnosti, ale i o to, zda mohla tato „upřesnění" rozhodnutí vést k jeho celkové zmatečnosti a nepřezkoumatelnosti. Komplexní stránkou věci se však krajský soud nezabýval. Jednotlivá rozhodnutí od sebe tedy nelze oddělovat a meritorní rozhodnutí předsedy Úřadu tak bylo již jen vyvrcholením od počátku nesprávně a zmatečně vedeného správního řízení. Zcela zarážející počet celkový počet chyb v písemném vyhotovení meritorního rozhodnutí žalovaného byl jen odrazem nejrůznějších změn a „upřesňování" ve správním řízení, jež ve svém důsledku vedly i ke změnám vymezení postihovaného jednání a k porušení práv žalobců.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[65] K uvedeným námitkám nutno uvést, že kasační soud se zcela ztotožnil s přiléhavým odůvodněním krajského soudu ve vztahu k odpovídajícím žalobním bodům. Institut opravy zřejmých nesprávností v písemném odůvodnění rozhodnutí podle § 70 správního řádu lze aplikovat pouze na zjevné omyly ohledně údajů, které jsou však dostatečně podloženy zjištěními prokazujícími jejich správné znění. S odkazem na toto ustanovení nelze naopak měnit vlastní skutková zjištění či jejich již provedené právní hodnocení, na jejichž základě bylo ve věci rozhodnuto. Není tedy možné, aby se z odkazem na uvedené ustanovení měnil obsah rozhodnutí. Takový postup by nasvědčoval libovůli rozhodování správního orgánu a byl by jednoznačně v rozporu s principem právní jistoty (obdobně viz např. nález Ústavního soudu ze dne 11. 3. 2003, sp. zn. II. ÚS 237/02, N 38/29 SbNU 327). Tento institut tak umožňuje jen odstraňování chyb, kterých se dopustil správní orgán ve vydaných rozhodnutích, tedy opravy různých méně významných překlepů a zkomolenin, opravy dat a rodných čísel, ale také opravy početních chyb. Opravným rozhodnutím (usnesením) však nemůže dojít ke změně vlastních, opravovaným rozhodnutím stanovených, práv a povinností.

[66] Opravným rozhodnutím žalovaného došlo k nápravě zřejmé chyby v psaní, kde ve výrokové části meritorního rozhodnutí žalovaného, v textu: „PHARMOS, a. s. od 15. 2. 2006 do 20. 2. 2006 včetně a od 1. 3. 2006 do 12. 3. 2003 včetně", bylo označení roku 2003 opraveno na 2006. Tato oprava nijak nezasáhla do smyslu ani obsahu výroku. Předmětná chyba byla patrná na první pohled. Je zřejmé, že při chronologickém popisu jednání žalobce nemohlo datum s nižším letopočtem následovat po datu s letopočtem vyšším.

[67] Pokud jde o opravné usnesení žalovaného, je nutno souhlasit se žalobcem, že počet 54 oprav odůvodnění meritorního rozhodnutí žalovaného je i přes přihlédnutí k počtu stran tohoto rozhodnutí (68) poměrně zarážející. Nicméně, po bližším zkoumání jednotlivých chyb je nutno konstatovat, že všechny opravy byly provedeny v souladu se smyslem § 70 správního řádu (viz výše), přičemž žádná z oprav a ani všechny opravy v celku nevedly ke změně materiálního obsahu odůvodnění rozhodnutí. Nedošlo tak k transformaci skutkových ani právních závěrů žalovaného.

[68] V této souvislosti nutno konstatovat nepřípustnost kasační stížnosti žalobce a) v rozsahu napadení výroků č. I. a II. předmětného rozsudku, neboť proti rozhodnutím týkajícím se oprav, o nichž bylo uvedenými výroky rozsudku rozhodnuto, tento žalobce v žalobě nebrojil.

iii.) Výslech svědků – statutárních orgánů

Argumentace žalobců

[69] Další procesní námitkou je postup žalovaného při provádění dokazování. Žalovaný dle žalobců předvolával a vyslýchal osoby v postavení statutárního orgánu, resp. člena statutárního orgánu právnických osob, jako svědky podle § 55 správního řádu. Závěr krajského soudu v této otázce nemá žádnou oporu ve stávající právní úpravě a takový výklad zhoršuje a oslabuje právní postavení účastníka řízení. Předmětné ustanovení vylučuje vyslechnout takovou osobu jako svědka, neboť tato osoba činí úkony právnické osoby a její jednání je tak jednáním jménem účastníka. Výslechy statutárních orgánů (či jejich členů) žalobců, které provedl žalovaný, jsou proto neúčinné a nelze je v dalším řízení použít. Protokoly o výsleších těchto „svědků" zůstaly po celou dobu řízení součástí správního spisu a tvrzení, že k jejich použití nedošlo, nelze ověřit. K otázce zákonnosti postupu žalovaného v této otázce se věcně nevyjádřil ani předseda Úřadu, ani krajský soud. Trestání za správní delikty musí podléhat stejnému režimu jako trestání za trestné činy a tak je třeba vykládat i všechny záruky, které se podle vnitrostátního práva poskytují obviněnému z trestného činu (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 10. 2004, sp. zn. 6 A 126/2002). Takový důkaz proto musí být ze spisu bez zbytečného odkladu vyloučen.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[70] Ve vztahu k těmto námitkám nutno v prvé řadě uvést, že jak předseda Úřadu, tak krajský soud se zabývali odpovídajícími rozkladovými, resp. žalobními tvrzeními nezákonnosti svědeckých výslechů statutárních orgánů (či jejich členů) žalobců - předsedy představenstva žalobce c) Jiřího Housera a jednatele žalobce d) Ing. Jana Rohrbachera, neshledali je však důvodnými, přičemž tento svůj závěr vždy dostatečně odůvodnili (viz odst. 253. – 256. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu, či str. 30, 31 napadeného rozsudku). Námitka nepřezkoumatelnosti rozhodnutí tak zde nemá místo.

[71] Se samotným právním závěrem krajského soudu, potažmo předsedy Úřadu, ohledně možnosti svědeckého výslechu člena statutárního orgánu právnické osoby, s níž je vedeno řízení o jiném správním deliktu, dle § 55 správního řádu, se však Nejvyšší správní soud neztotožnil.

[72] Ustanovení § 55 správního řádu skutečně výslovně neobsahuje (stejně jako např. § 8 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, či § 96 zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, účinného od 1. 1. 2011) omezení zakotvené v § 126 odst. 4 (a nyní i v § 126a) o. s. ř., umožňující pouze provedení účastnického výslechu fyzické osoby, která je statutárním orgánem právnické osoby (členem tohoto orgánu), v řízení, jehož účastníkem je tato právnická osoba. To však neznamená, že bližší podmínky pro výslech takové osoby nejsou v zákoně stanoveny *implicite*, tedy že neplynou z povahy věci.

[73] Obdobným problémem se zabývaly již civilní soudy na půdorysu § 126 o. s. ř., ve znění účinném do 31. 12. 2000, který předmětné omezení taktéž neznal. Nejvyšší soud (viz zejména usnesení ze dne 15. 4. 1999, sp. zn. 21 Cdo 2368/98, in Soudní rozhledy 8/1999, str. 246; dále též např. usnesení ze dne 22. 11. 2001, sp. zn. 21 Cdo 2678/2000, či rozsudek ze dne 11. 4. 2007, sp. zn. 21 Cdo 1397/2006, www.nsoud.cz) zde dospěl k závěru, že nařídil-li soud v řízení,

jehož účastníkem je právnická osoba, jako důkaz výslech jejího pracovníka nebo člena, jenž je jejím statutárním orgánem, musí být tato osoba vyslechnuta jako účastník řízení ve smyslu § 131 o. s. ř. a nikoli jako svědek (§ 126 o. s. ř.). Vyslechl-li totiž soud účastníka řízení jako svědka, provedl tento výslech způsobem, který je v rozporu se zákonem. Promítne-li soud takovou vadu řízení do svého skutkového zjištění tím, že výpovědi účastníka řízení nesprávně vyslechnutého jako svědka přikládá váhu svědecké výpovědi, pak toto skutkové zjištění jako výsledek hodnocení důkazů soudem neodpovídá postupu vyplývajícímu z § 132 o. s. ř.

[74] Teprve na judikaturu civilních soudů zareagoval zákonodárce (viz důvodová zpráva k návrhu novely občanského soudního řádu, konkrétně k § 126 a § 131, sněmovní tisk 257/0, 3. volební období 1998 – 2002, www.psp.cz) a zákonem č. 30/2000 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, doplnil v jejím smyslu § 126 a § 131 o. s. ř. (§ 126a byl do občanského soudního řádu doplněn s účinností od 1. 7. 2009 zákonem č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony).

[75] Kasační soud se závěry Nejvyššího soudu bezvýhradně souhlasí. Pro posouzení věci je podstatné, že osoba, která je statutárním orgánem nebo jeho členem, jedná jménem právnické osoby [§ 20 odst. 1 občanského zákoníku, § 13 odst. 1 obchodního zákoníku, § 21 odst. 1 písm. a) o. s. ř., apod.]. Pokud by tedy byla připuštěna možnost svědecké výpovědi osob, které jsou statutárním orgánem právnické osoby či jeho členem, byly by právnické osoby ve správním řízení znevýhodněny oproti osobám fyzickým, což by však bylo v rozporu se zásadou rovného postavení dotčených osob při uplatňování svých procesních práv (čl. 37 odst. 3 Listiny základních práv a svobod, § 7 odst. 1 správního řádu). Jak uvedl Nejvyšší soud v prvně zmiňovaném usnesení, *„[ú]častník totiž na rozdíl od svědka není povinen vypovídat pravdivě v tom smyslu, že by mohl být za vědomě nepravdivou výpověď trestně stíhán (srov. § 175 TrZ); tomu odpovídá i rozdílný obsah poučení, které účastníku řízení a svědku poskytne soud před započetím jejich výslechu a pod jehož vlivem účastník a svědek vypovídají. Okolnost, že účastník řízení nemůže být na rozdíl od svědka za vědomě nepravdivou výpověď trestně stíhán, je tak významná pro hodnocení důkazů provedených výpověďmi těchto osob z hlediska jejich věrohodnosti (§ 132 OSŘ).“*

[76] Je zřejmé, že takovýto „tlak“ na výpověď osoby v postavení statutárního orgánu hraničí též s trestněprávní zásadou zákazu sebeobviňování vyplývající např. z čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (k uvedené zásadě viz např. nález Ústavního soudu ze dne 23. 3. 2006, sp. zn. III. ÚS 451/04, N 68/40 SbNU 677), která se nepochybně užije též v řízení o správních deliktech.

[77] Z uvedených důvodů je tak nutno dospět k závěru, že i ve správním řízení vedeném s právnickými osobami je nutno respektovat specifické postavení osob v pozici statutárních orgánů těchto právnických osob a při jejich výsleších je třeba postupovat analogicky podle § 141 odst. 6 správního řádu a § 126 odst. 4, § 126a a § 131 o. s. ř., tedy jako při výslechu účastníka řízení.

[78] Z hlediska posouzení zákonnosti stanovení skutkového stavu věci by však provedení výpovědi osoby v postavení statutárního orgánu právnické osoby, s níž je vedeno správní řízení, formou výslechu svědka, mohlo mít negativní dopad pouze v případě, pokud by správní orgán takové výpovědi přikládal váhu svědecké výpovědi [z hlediska věrohodnosti by jí tedy přisoudil jiný (větší) význam, než který by měla s ohledem na procesní postavení vyslýchaného mít]. Takový postup by neodpovídal požadavku řádného hodnocení důkazů. Rozhodnutí založené na takovém skutkovém zjištění by nemělo oporu v provedeném dokazování.

[79] Pro souzenou věc je tedy podstatné, do jaké míry správní orgány z informací získaných při výsleších Ing. Jana Rohrbachera (ze dne 16. 6. 2006) a Jiřího Housera (ze dne 21. 6. 2006) skutečně vycházely. Zde se již kasační soud se závěry předsedy Úřadu i krajského soudu ztotožnil. Ze správního spisu je zřejmé, že tyto výpovědi nebyly pro věc klíčové, sám žalovaný je označil *„nepřihlíží se k obsahu"* a dle obsahu napadených meritorních rozhodnutí z těchto podkladů ani nevycházel (viz odst. 256. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu). Ze správního spisu též nevyplývá, že by z předmětných výslechů plynula skutková zjištění, jež by neměla oporu v jiných důkazech. Výslech Jiřího Housera byl navíc dne 7. 7. 2006 proveden již procesně vyhovujícím způsobem. Nutno dodat, že žalobci v uvedených souvislostech ani neuvedli, jak konkrétně se měl původní výslech obou fyzických osob projevit na nezákonném stanovení skutkového stavu.

[80] Lze uzavřít, že vadný právní názor předsedy Úřadu i krajského soudu v předmětné dílčí otázce nemohl mít vliv na celkovou zákonnost jejich rozhodnutí.

[81] Námitka nevyloučení těchto podkladů (protokolů o dotčených svědeckých výpovědích) ze správního spisu pak také není důvodná. Jak plyne z § 65 odst. 1 zákona č. 499/2004 Sb., o archivnictví a spisové službě a o změně některých zákonů, § 4 odst. 4 vyhlášky č. 646/2004 Sb., o podrobnostech výkonu spisové služby (v současnosti již jde o vyhlášku č. 191/2009 Sb., o podrobnostech výkonu spisové služby), jakož i z § 17 odst. 1 správního řádu, správní spis tvoří všechny dokumenty týkající se téže věci. Toto pravidlo se neuplatní pouze tehdy, stanoví-li zákon jinak. Je to ostatně i logické, ve spisu musí zůstat vše, co svědčí o úkonech správního orgánu a účastníků řízení, neboť jde o materiální „stopu" postupu řízení. Zničení určitých důkazních materiálů, a to i zákonně pořízených, nařizují pouze některá ustanovení trestního řádu (např. § 88, § 158d), vzhledem ke specifické povaze některých důkazních prostředků dosahující ústavní dimenze (čl. 13 Listiny). Na předmětné protokoly o výsleších „svědků", byť nezákonně pořízené, se však žádná taková výjimka nevztahuje, a postup žalovaného, který tyto protokoly ve spisu ponechal, tak byl zcela v souladu se zákonem. Nutno podotknout, že výklad žalobců by vedl k absurdnímu závěru, který by ve svém důsledku znamenal kupříkladu zničení „důkazů" možné libovůle a šikany správního orgánu vůči účastníku řízení, tedy „důkazů" o případném nezákonném postupu správních orgánů.

III.B. Zjištění skutkového stavu a hmotněprávní posouzení věci

[82] Nejvyšší správní soud se ztotožnil se závěry správních orgánů i krajského soudu ohledně stanovení skutkového stavu věci a jeho podřazení hmotněprávním normám. Rozhodnutí správních orgánů i krajského soudu jsou přitom i v této části odůvodněna dostatečně pregnantním, racionálně přesvědčivým a logicky věcně odpovídajícím způsobem.

i.) Vymezení relevantního trhu

Argumentace žalobců

[83] Žalobci brojili proti vymezení relevantního trhu jako trhu „velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren". Na takovém trhu se pohybuje několik druhů subjektů na straně spotřebitelů. Jde jednak o klasické veřejné lékárny v soukromém vlastnictví a dále nemocnice v podobě obchodních společností nebo příspěvkových organizací. Zcela svébytnou a autonomní část trhu pak představují fakultní nemocnice, které jsou nepodnikatelskými subjekty. Z trhu se tak vymykají zejména v oblasti zdrojové, a to svým napojením na státní rozpočet. Paralelní chování žalobců vycházelo právě ze specifického postavení těchto fakultních nemocnic, chovajících se naprosto odlišně od podnikatelských subjektů.

[84] Podle žalobce a) tak měl být jako relevantní označen trh, na kterém na straně odběratelů vystupují pouze fakultní nemocnice (jejichž status upravuje vyhláška Ministerstva zdravotnictví České republiky č. 394/1991 Sb., o postavení, organizaci a činnosti fakultních nemocnic a dalších nemocnic, vybraných odborných léčebných ústavů a krajských hygienických stanic v řídící působnosti ministerstva zdravotnictví České republiky), resp. jejich lékárny. Definice trhu na straně „spotřebitelské" v rozhodující míře ovlivnila chování žalobců, ale přes uvedená specifika nebyla v napadeném rozsudku zohledněna.

[85] Navíc veřejná nezisková ústavní zdravotnická zařízení, zřízená podle zvláštního zákona, jsou podle § 6 odst. 1 písm. g) zákona č. 182/206 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), vyjmuta z působnosti tohoto zákona. Takový subjekt je natolik specifickým subjektem trhu, že jej nelze považovat za „rovnoprávného" s ostatními subjekty na tomto trhu. I v této otázce krajský soud pochybil, když vymezení relevantního trhu posoudil pouze v intencích tzv. charakteru dodávek.

[86] S otázkou privilegovaného postavení státu mezi dlužníky, na niž dopadají i závěry nálezu Ústavního soudu ze dne 2. 7. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 12/06, ani s otázkou, že k narušení „férové soutěže" došlo nikoliv ze strany žalobců, ale ze strany fakultních nemocnic, se krajský soud nevypořádal.

[87] Podle žalobce d) měl být relevantní trh vymezen jako trh velkoobchodní distribuce plného sortimentu léčiv do nemocničních lékáren. Soud zde nedostatečně posoudil specifika distribuce léčiv do nemocničních lékáren, a to specifickou skladbu produktů dodávaných do nemocnic, které odpovídá i odlišná dynamika trhu, objemy dodávek a lhůty splatnosti. Nemocnice vyžadují speciální léčebné prostředky, které se ve veřejných lékárnách nenabízejí. Nemocniční lékárenství má nezastupitelnou úlohu v zajišťování komplexní lékárenské péče, především pro lůžková zdravotnická zařízení. Objem zboží je pak zásadně vyšší než u jiných druhů lékáren. Nemocnice pak většinou nakupují léčiva na základě výběrových řízení. Lhůty splatnosti jsou sjednávány individuálně, nicméně pro nemocniční lékárny jsou významně delší. Ani takto sjednané lhůty přitom nebyly nemocnicemi dlouhodobě dodržovány. Ačkoliv tedy dodávky do nemocničních lékáren mohou vykazovat podobné rysy jako dodávky do ostatních lékáren, z pohledu pacientů nemocnice nejsou tato plnění plně zastupitelná.

[88] Dále žalobci namítli, že do trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren nelze zahrnout i dodávky od distributorů s omezeným sortimentem, tedy dodávky od výrobců léčiv a od subjektů, které distribuují jen specializovaná léčiva. Dodávky dostupné na relevantním trhu totiž musí být svou povahou z pohledu zákazníka homogenní.

[89] Celkový trh s léčivy probíhá na třech úrovních. Na úrovni distribuce, v níž jsou zásobovány lékárny a nemocnice ze strany distributorů, je trh velmi omezen a oligopolní, s tím, že žalobci zásobují lékárny a nemocnice minimálně z 95 %, a to podle celosvětově uznávané společnosti IMS Health. Závěr žalovaného, že žalobci mají na relevantním trhu podíl jen 70 % (viz odst. 200. meritorního rozhodnutí žalovaného), je tak nesprávný. Podklady Státního ústavu pro kontrolu léčiv nelze použít, jelikož nezohledňují dodávky do nemocničních a veřejných lékáren, které se od sebe podstatně liší.

[90] Soud se dle žalobců též nevypořádal s námitkou, že do relevantního trhu nelze zahrnout dodávky od distributorů speciálních léčiv (tzv. short-line distributors) a od výrobců. Short-line distributors poskytují pouze omezený sortiment lékárenského zboží a stejně tak i množství dodávek je limitované. Rozdílné znaky vykazuje i způsob dodávání a obchodování.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[91] Vymezením relevantního trhu se řádně zabývaly jak správní orgány, tak krajský soud. Pro jeho věcné vymezení je v daném případě rozhodující hledisko odběratelů, tedy jakým zbožím jsou uspokojovány jejich potřeby pro jimi zamýšlený účel užití. V poptávce realizované odběrateli – lékárnami se přitom logicky odráží poptávka konečných spotřebitelů pro jimi realizovaný účel užití. Právě z hlediska konečného spotřebitele pak námitky žalobců postrádají relevanci.

[92] Žalovaný zkoumal, zda jsou dány charakteristické odlišnosti ve vztahu nabídky a poptávky nemocničním a ostatním lékárnám. Šlo o odlišnosti v šíři sortimentu, četnosti závozu, velikosti balení a v obchodních podmínkách (splatnost, odlišné ceny, výše obchodní přirážky). Sami žalobci neuvedli ve svých vyjádřeních zásadní odlišnosti (výjimkou byly delší lhůty splatnosti u nemocničních lékáren a dále jejich poptávka po speciálních preparátech využívaných nemocnicemi při složitějších zákrocích) odůvodňující vymezení dvou samostatných a nezávislých relevantních trhů dle skupin odběratelů (blíže viz odst. 189. - 192. meritorního rozhodnutí žalovaného, či odst. 52., 53. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu).

[93] Tedy v podstatě týž sortiment, jaký odebírají tzv. veřejné lékárny, je za srovnatelných podmínek odebírán i nemocničními lékárnami. Také nemocniční lékárny zohledňují konečného spotřebitele - prodávají jim léčiva přímo pultovým způsobem, a to bez ohledu na to, zda se jedná o pacienty nemocnice, pacienti lůžkových oddělení nemocnic pak ve značném rozsahu spotřebovávají shodná léčiva, jaký je dodáván do veřejných lékáren. V tomto ohledu spolu veřejné a nemocniční lékárny soutěží na maloobchodním trhu. Z hlediska účelu užití konečného spotřebitele jde tedy o zboží plně zastupitelné.

[94] Lékárnami požadovaný sortiment se významně neliší ani v závislosti na charakteru jejich vlastníků ani dle právní formy, pod kterou lékárna působí. O privilegovaném postavení státu nelze v daném případě hovořit. V této souvislosti nutno uvést, že dotčené fakultní nemocnice v předmětném období byly (a jsou dosud) státními příspěvkovými organizacemi zřízenými Ministerstvem zdravotnictví. Nejedná se tak o veřejná nezisková ústavní zdravotnická zařízení zřízená podle zákona č. 245/2006 Sb., o veřejných neziskových ústavních zdravotnických zařízeních a o změně některých zákonů, ve znění zejména nálezu Ústavního soudu ze dne ze dne 27. 9. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 51/06, 483/2006 Sb., N 171/42 SbNU 471. Ostatně v době spáchání správního deliktu jimi fakultní nemocnice ani nemohly být, neboť tento zákon nabyl účinnosti až dnem 31. 5. 2006. Stejně tak insolvenční zákon, z jehož působnosti jsou veřejná nezisková ústavní zdravotnická zařízení vyjmuta, nabyl účinnosti až dne 1. 1. 2008.

[95] Zužování relevantního trhu na vztah nabídky a poptávky probíhající mezi dodavateli léčiv a lékárnami fakultních nemocnic není opodstatněné ani z důvodu jejich napojení na státní rozpočet. Obdobně jsou napojeny jiné nemocnice a jejich lékárny na rozpočet krajů či obcí.

[96] Správní orgány se též přesvědčivým způsobem zabývaly otázkou vymezení trhu z hlediska dodavatelského, tedy důvody, pro něž byly do vymezení zahrnuty i dodávky od tzv. neplnosortimentních dodavatelů a výrobců (odst. 196. - 203. meritorního rozhodnutí žalovaného, odst. 49., 50., 54. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu). Krajský soud se touto otázkou sice zabýval jen nepřímo, z odůvodnění rozsudku je však zřejmé, že se vymezení relevantního trhu věnoval komplexně, přičemž závěry správních orgánů aproboval. Je zcela logický závěr, že v případě dlouhodobé nemožnosti dosáhnout dodávky od plnosortimentních dodavatelů by odběratelé zjevně hledali jiné možnosti pokrytí poptávky a obraceli by se na dodavatele s menším rozsahem sortimentu či hledali spolupráci s výrobci realizujícími přímé dodávky.

[97] V tomto ohledu je též podstatné, že zahrnutím dodávek od neplnosortimentních dodavatelů a výrobců, a to do všech lékáren (tedy nikoli jen do lékáren nemocničních), se snížil podíl žalobců na relevantním trhu (sami svůj podíl na takto úžeji stanoveném trhu odhadli na cca 95 %). Dopad jejich jednání na soutěž se na takovém širším trhu výrazně snížil, což mělo vliv na odlišnou výši základní částky pokuty. Tento postup tak byl jednoznačně ve prospěch žalobců.

[98] Vzhledem k uvedenému tedy správní orgány nepochybily, pokud vycházely z údajů Státního ústavu pro kontrolu léčiv zahrnujících údaje od všech distributorů o dodávkách léčiv do všech lékáren jako zdravotnických zařízení, s vyloučením vzájemných přeprodejů, a zachycujících zásadně veškeré dodávky léčiv do lékáren na tuzemském trhu (viz odst. 196. - 203. meritorního rozhodnutí žalovaného, odst. 56. - 60. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu).

ii.) Oligopolní povaha relevantního trhu

Argumentace žalobců

[99] V uvedených souvislostech žalobci též namítli, že i kdyby jejich jednání vykazovalo společné znaky, nemohlo by se jednat o jednání ve shodě ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, protože relevantní trh je trhem oligopolním, jehož esenciální podstatou je následování dominantní firmy (vůdce) na trhu ostatními. Tento jev je zpravidla projevem působení konkurence. V řízení nebyl proveden žádný důkaz, který by odůvodňoval závěr žalovaného (viz např. odst. 238. jeho meritorního rozhodnutí), že jednání žalobců bylo výsledkem jejich předchozích kontaktů.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[100] V otázce případné oligopolní povahy relevantního trhu se kasační soud ztotožnil se závěrem správních orgánů (např. odst. 61. – 63. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu), jakož i krajského soudu (str. 34, 35 rozsudku), že vyhodnocení přesné míry oligopolnosti trhu nebylo pro posouzení věci podstatné. I na oligopolním trhu může docházet k zakázanému jednání ve shodě. V daném případě správní orgány prokázaly (viz níže), že jednání žalobců bylo výsledkem jejich předchozího vzájemného srozumění o chování na trhu, nikoli nevědomým (a nezakázaným) paralelismem, který by byl výlučně důsledkem objektivně existujících poměrů na trhu.

iii.) Jednání žalobců ve shodě

[101] Nejvyšší správní soud se zcela ztotožnil s výkladem krajského soudu ohledně zakázaného jednání soutěžitelů ve shodě dle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže (str. 35, 36 napadeného rozsudku). Pojem „jednání ve vzájemné shodě" spočívá ve formě koordinace mezi soutěžiteli, která, aniž by byla dovedena k uzavření dohody ve vlastním slova smyslu, nahrazuje rizika hospodářské soutěže praktickou jejich spoluprací. Požadavek autonomního určování vlastní hospodářské politiky nevylučuje právo soutěžitelů na rozumné přizpůsobení se existujícímu nebo očekávanému chování svých konkurentů, striktně však brání všem přímým nebo nepřímým kontaktům mezi těmito subjekty, jejichž cílem nebo výsledkem je ovlivnění tržního chování skutečného nebo potenciálního soutěžitele či odhalení tržního chování, o kterém tyto subjekty samy rozhodly nebo mají v úmyslu rozhodnout, takovému soutěžiteli.

[102] Za účelem prokázaní jednání ve vzájemné shodě není nutné dokázat, že se daný soutěžitel formálně zavázal vůči jinému či několika jiným soutěžitelům k tomu či onomu chování

nebo že soutěžitelé společně stanovili své budoucí chování na trhu. Postačí, aby soutěžitel prostřednictvím prohlášení o úmyslu vyloučil či alespoň podstatně snížil nejistotu ohledně chování na trhu, jež lze od něj očekávat. Pokud se soutěžitel účastní, i když nikoli aktivně, setkání soutěžitelů, jež mají protisoutěžní cíl, a sám se veřejně nedistancuje od obsahu těchto setkání, čímž vede ostatní účastníky k domnění, že souhlasí s výsledky setkání a že se jimi bude řídit, lze považovat za prokázané, že se účastní kartelové dohody vyplývající z uvedených setkání. Jednání ve vzájemné shodě kromě dohody mezi soutěžiteli předpokládá i chování na trhu v návaznosti na tuto vzájemnou shodu a příčinnou souvislost mezi oběma skutečnostmi. Neexistuje-li důkaz o opaku, jehož předložení přísluší zúčastněným subjektům, je namístě se domnívat, že soutěžitelé, kteří jednají ve vzájemné shodě, a kteří zůstávají na trhu aktivní, zohledňují při určování svého chování na trhu informace, které si vyměnily se svými konkurenty (k uvedenému viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 2. 2005, č. j. 2 A 18/2002 - 58, publ. pod č. 580/2005 Sb. NSS; srov. též body 132 - 136 rozsudku Soudu prvního stupně ze dne 5. 4. 2006 ve věci *Degussa AG*, T-279/02, Sb. rozh. s. II - 897, a odkazy v nich uvedené; tento rozsudek byl potvrzen rozsudkem Soudního dvora ze dne 22. 5. 2008, C - 266/06, Sb. rozh. s. I - 81).

[103] Jak správně uzavřel krajský soud, správní orgány z těchto postulátů vycházely, kontakty mezi žalobci (a zčásti i jejich obsah), jakož i realizace takto společně koordinovaného postupu, byly prokázány. Pokud jde o fázi koordinační, žádný ze shromážděných důkazů sice není sám o sobě dostačujícím, z jejich uceleného souhrnu je však bez pochyb patrné, že následně realizovaný postup žalobců vůči určitým fakultním nemocnicím byl z podstatné části důsledkem jejich předchozí vzájemné spolupráce, jíž mezi sebou odstranili nejistotu ohledně svých budoucích kroků na trhu. Na tomto závěru nic nemění skutečnost, že prvotní motiv každého ze žalobců, tedy domoci se pohledávek po splatnosti, byl v zásadě legitimní a ekonomicky racionální.

- Hodnocení důkazů a stanovení skutkového stavu

Argumentace žalobců

[104] Žalobci namítli nesprávné zjištění skutkového stavu. Důkazy č. 1 a 2 svědčí pouze o existenci vzájemné komunikace mezi distribučními společnostmi v rámci AVEL, nikoliv však již o vytýkaném jednání ve vzájemné shodě. Návrh mediální prezentace (Důkaz č. 3) byl vypracován pouze pro eventuální případ, kdy by některá z distribučních společností v napjaté situaci na trhu léčiv omezila dodávky léčiv svým dlužníkům, což by vyvolalo přelití objednávek k ostatním distributorům a znatelné ovlivnění jejich cash flow. Důkazy č. 4, 5, 6 a 7 prokazují pouze to, že mezi distribučními společnostmi jako členy AVEL docházelo ke kontaktům ohledně jednání mezirezortní komise o distribuční přirážce. Nesouhlasné prohlášení žalobce b) (Důkaz č. 8) s obsahem zápisu (Důkazu č. 7) bezpochyby vyvrací jeho úmysl jednat ve shodě s ostatními žalobci. Tato deklarace individuálního postupu bez ohledu na kroky ostatních svědčí o tom, že v jeho případě chybí subjektivní znak skutkové podstaty jednání ve shodě.

[105] Obě tiskové konference (Důkazy č. 9, 10, 13 a 14) měly za cíl především mediálně prezentovat obecné zájmy a argumenty žalobců proti plánovaným krokům Ministerstva zdravotnictví. Obsahem bylo i vyhlášení některých nepopulárních kroků, které museli jednotliví žalobci individuálně a nezávisle na sobě přijmout. Žalobce b) např. v rámci tiskové konference dne 14. 2. 2006 oznámil omezení dodávek fakultním nemocnicím poté, co se mu ukázalo být jasným, že žalobce d) dodávky omezí pro vysoce pravděpodobné překročení svých kreditních limitů. Důkaz č. 11 pak neprokazuje, že by sám žalobce b) jakkoliv fakticky realizoval omezení dodávek nebo kontrolu objemu dodávek společnosti STYLMED H, a. s., která oznámila zajištění

dodávek léčiv do fakultních nemocnic. Důkaz č. 12 nesvědčí o ničem, co by mělo vztah k tvrzenému jednání ve shodě.

[106] Podobnost dopisů zaslaných fakultním nemocnicím (Důkaz č. 15) byla s vysokou pravděpodobností dána situací, v níž se všichni žalobci v dané chvíli nacházeli, tedy pod tlakem učinit účinné kroky k ochraně svých zájmů, pod silným mediálním tlakem a též museli dbát oprávněných zájmů konečných uživatelů léčiv – pacientů. K Důkazům č. 17 a 18 žalobce b) uvedl, že neměl jediný důvod poskytovat své mateřské společnosti nepravdivé údaje s cílem vytvářet si alibi pro případné budoucí řízení před žalovaným.

[107] Žalobce c) pak namítl, že ve správním spisu nejsou žádné důkazy, které by prokazovaly nebo alespoň osvědčovaly existenci jednání ve shodě mezi žalobcem c) a ostatními žalobci, a to zejména ohledně ukončení dodávek plného sortimentu léčiv do předmětných nemocničních lékáren. V období února roku 2006 žalobce c) dotčeným fakultním nemocnicím dodal vždy vše, co si u něj objednaly. Žalobce c) též nejednal ve shodě s ostatními žalobci ohledně zkrácení lhůt splatnosti následných dodávek léčiv dotčeným fakultním nemocnicím, jelikož splatnost dodávek se řídí podle platných rámcových smluv. Splatnost faktur sjednaná ve smlouvách však vymezuje pouze mezní lhůtu, ve které musí fakultní nemocnice dodávky uhradit, což neznamená, že by nemocnice nemohla za dodávky léčiv zaplatit dříve nebo ihned.

[108] K pojmu „vitální léčiva" žalobce c) konstatoval, že není jasně definován; sám jej v dopise použil jen proto, že tušil nižší rozsah objednávek od fakultních nemocnic vzhledem k jejich předzásobení na dobu nejméně 14 dnů. Logicky tak dovodil, že tyto nemocnice učiní jen objednávku léčiv, které nezbytně a rychle potřebují k záchraně života nebo k doplnění zásob. Přitom by splnil objednávku jakéhokoli léku.

[109] Správním orgánům se dále nepodařilo bez pochybností prokázat obsah společných jednání asociace AVEL v předmětném období a tedy ani to, že by se žalobci shodli na nějakém konkrétním postupu. Samotnou realizaci se pak žalovaný snažil dokázat z faktur vystavených žalobci a z poklesu dodávek od druhé poloviny února 2006 nesprávně dovodil, že tito přerušili své dodávky. Tento pokles objemů dodávek však byl způsoben předzásobením nemocnic. Ze značně rozkolísaných splatností předmětných faktur správní orgány dovodily, že žalobci lhůty splatnosti zkrátili společně.

[110] V odst. 224. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu je pak absurdně a bez důkazní opory uvedeno, že „*...účastníci si vytipovali tři fakultní nemocnice bez toho, že by šlo o jejich největší dlužníky*".

Závěry Nejvyššího správního soudu

[111] K námitkám, že skutková podstata nemá oporu ve spisech a je s nimi v rozporu, nutno konstatovat, že s obdobnými námitkami se již vyčerpávajícím způsobem vypořádal předseda Úřadu v odst. 68. až 128. svého meritorního rozhodnutí, jakož i krajský soud na str. 36 až 44 napadeného rozsudku.

[112] Pokud jde o koordinační fázi, z devatenácti důkazů shromážděných správními orgány vyplynulo, že v období od 30. 1. do 14. 2. 2006 byli žalobci ve vzájemném osobním i písemném (ve formě e-mailů) kontaktu. Na tomto kontaktu se aktivně podíleli a sdělovali si při něm podrobnosti o svých úvahách ohledně budoucího jednání na trhu. Předmětem těchto kontaktů přitom byly dvě oblasti aktuálních problémů, totiž probíhající jednání s Ministerstvem zdravotnictví ohledně nové úpravy obchodní přirážky na léčiva a dále výše splatných pohledávek

za konkrétními dlužníky a možnosti postupu pro jejich úspěšné vymožení. Z provedených důkazů je zřejmé, že tyto problematické oblasti chtěli žalobci řešit společně a jednotně za účelem zvýšení efektivity jejich postupu. Všichni žalobci se zúčastnili jednání AVELu ve dnech 30. 1. a 6. 2. 2006 a na tiskové konferenci dne 14. 2. 2006. Dále proběhly ještě nejméně dvě schůzky (ve dnech 3. 2. a 17. 2. 2006, na nichž byli přítomni žalobci a), b) a c), resp. žalobci a) a b). Co se týče písemného kontaktu, podstatnými materiály ohledně vzájemného budoucího postupu jsou zejména zápis z jednání AVELu ze dne 30. 1. 2006 (Důkaz č. 2), příloha k e-mailu (Předmět: nástřel k zítřejší schůzce) pracovníka PR agentury Uryče označená jako „Simulace možných situací" (Důkaz č. 3), příloha k e-mailu Jiřího Housera ze dne 3. 2. 2006 nazvaná „Návrh komplexního řešení" (Důkaz č. 4), a dokument označený „Tisková konference – 7. 2. 2006" (Důkaz č. 6).

[113] Co se týče fáze realizace vzájemně koordinovaného postupu žalobců, bylo prokázáno, že ohlášením dne 15. 2. 2006 za datum počátku změny v podmínkách poskytování léčiv žalobci, získaly dotčené fakultní nemocnice jasný signál, jak budou postupovat jejich klíčoví dodavatelé. To vyvolalo jejich předzásobení se, tedy odchylku od jinak obvyklé praxe při objednávání léčiv. V období po vyhlášení postupu na tiskové konferenci dne 14. 2. 2006 pak všichni žalobci skutečně zkrátili lhůty splatnosti u realizovaných dodávek vitálních léčiv. Žalobce a) následně v období od 21. 2. do 28. 2. 2006 obnovil dodávky plného sortimentu léčiv za předchozích obchodních podmínek, přičemž došlo k nárůstu objednávek u tohoto žalobce. Jednotliví žalobci poté upustili od nově uplatňovaných opatření v momentě, kdy jim byly uhrazeny splatné pohledávky.

[114] K námitkám vůči jednotlivým důkazům lze dále v krátkosti uvést: k Důkazu č. 2, že na jednání AVELu dne 30. 1. 2006 žalobci též navzájem identifikovali své dlužníky a shodli se na dalším postupu; k Důkazu č. 3, že žalobci zadáním zpracování optimálního vysvětlení ukončení dodávek plného sortimentu léčiv PR agentuře dali najevo, že počítali se společným postupem, který též následně realizovali; k Důkazu č. 4, že tento se netýkal pouze kontaktů mezi žalobci ohledně jednání mezirezortní komise o distribuční přirážce, přičemž souvislost s Důkazy č. 6 a 7 je nepochybná; k Důkazům č. 9, 10, 13 a 14, že tvrzení o individuálním a nezávislém rozhodování bylo vyvrácena řadou důkazů dokládajících ucelenou fázi jejich společné koluzivní komunikace; k Důkazu č. 11, že z obsahu přípisu žalobce c) vyplývá nepochybný záměr, který jím byl sledován a také byl žalobcem b) ve sledovaném směru pochopen, faktické omezení či kontrola dodávek společnosti STYLMED H, a. s, pak nebyla předmětem řízení, ve věci je podstatné, že žalobce b) se zachoval v duchu pokynu žalobce c) a podřízeným pracovníkům zadal úkol, celkový kontext důkazu pak zapadá do uceleného souboru ostatních důkazů o koluzivní komunikaci mezi žalobci – konkurenty; k Důkazu č. 12, že tento důkaz prokazuje existenci kontaktů mezi žalobci i mimo rámec AVELu; k Důkazu č. 15, že tyto dopisy nemohou být výsledkem individuálního a navzájem neovlivněného jednání žalobců, kteří na tiskové konferenci dne 7. 2. 2006 vyhlásili podmíněně své kroky a na další tiskové konferenci dne 14. 2. 2006 ohlásili jejich realizaci vůči konkrétním odběratelům a od konkrétního data, přitom v souvislosti s chystanými kroky předem koordinovali i svá vysvětlení a argumenty pro média (viz Důkaz č. 3), pokud jde o pojem „vitální léčiva", jedná se o pojem používaný žalobci v jejich obchodní praxi, s jasným a pro ně srozumitelným významem (touto otázkou se řádně zabýval předseda Úřadu v odst. 248., 249. svého meritorního rozhodnutí); k Důkazům č. 17 a 18, že správní orgány v žádném z rozhodnutí neuvedly, že by žalobce b) sděloval mateřské společnosti nepravdivé údaje (obdobnou námitkou se zabýval předseda Úřadu v odst. 123. – 125. svého meritorního rozhodnutí).

[115] Ani Důkaz č. 8 [nesouhlasné vyjádření žalobce c) ze dne 20. 2. 2006; tímto důkazem se žalovaný podrobně zabýval v odst. 49., 72. až 78. svého meritorního rozhodnutí] nemůže vyvrátit

závěr žalovaného ohledně žalobcovy účasti na jednání ve shodě. Důkazy č. 11 a 15 a obě tiskové konference prokazují, že žalobce c) se po jednání členské schůze AVEL dne 6. 2. 2006 svým nesouhlasným vyjádřením (učiněným až pozdějšího data) neřídil, o čemž svědčí i prokázaná realizace sladěného postupu žalobcem c).

[116] Námitku, že pokles objemů dodávek po 15. 2. 2006 byl způsoben předzásobením, předseda Úřadu vypořádal v odst. 130. a 185. svého meritorního rozhodnutí. Předzásobení bylo vyvoláno sladěným postupem žalobců (oznámením na tiskových konferencích a informováním dotčených fakultních nemocnic). Ani toto předzásobení plně nekompenzovalo denní potřebu léčiv těchto odběratelů, což dokládá zvýšená úroveň odběrů léčiv po dočasném obnovení dodávek plného sortimentu za obvyklých splatností ze strany žalobce a) (viz tabulky na str. 2063X – 2066X spisu S). Faktury založené ve spisu příloh č. 1 pak prokazují realizaci zkrácených lhůt splatností všemi žalobci.

[117] Co se týče námitky proti odst. 224. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu, nutno uvést, že žalobce a) jej cituje nepřesně. Předseda Úřadu konstatoval, že žalobci si vytipovali tři významné fakultní nemocnice v zásadě *„bez toho, že by se v každém jednotlivém případě jednalo vždy o jejich největší dlužníky či nejvýznamnější odběratele..“*. Takový závěr přesně odpovídá zjištěním, uvedeným žalovaným v části XIII. „Výše pohledávek účastníků řízení u FTN, FNSA a FNB“ jeho meritorního rozhodnutí (odst. 142. až 147.). Zde se žalovaný zabývá i pořadím dotčených fakultních nemocnic mezi dalšími dlužníky žalobců s odkazy na příslušné strany správního spisu, na nichž jsou založeny podklady doložené žalobci.

- Výměna informací

Argumentace žalobců

[118] Žalobce b) dále namítl nesprávné právní posouzení svého jednání. Žalobci si v období od 30. 1. 2006 do 14. 2. 2006 vyměňovali informace a navenek společně prezentovali postup jednotlivých distributorů ve vztahu ke krizové situaci, zejména co se týče předluženosti sektoru zdravotnictví. Provedené důkazy však nesvědčí o tom, že by jakékoliv informace byly mezi žalobci sdělovány s cílem zmenšit mezi nimi nejistotu ohledně jejich budoucího tržního chování. Podle Důkazu č. 8 se sám žalobce b) vyjádřil, že bude vůči svým dlužníkům postupovat vždy výhradně individuálně.

[119] Výměna informací byla předurčena tehdejší situací v oboru distribuce humánních léčiv, zejména pak tlakem Ministerstva zdravotnictví na snížení distribuční přirážky. Žalobci pak za účelem společného vyjádření k návrhům ministerstva museli sdělit AVELu některé obecně nedostupné údaje, na jejich základě však nemohlo dojít k odstranění nejistoty ohledně jejich dalšího postupu.

[120] Ani žalobce d) nepopírá komunikaci mezi účastníky řízení, tato však nijak nesvědčí o zakázané koordinaci jejich jednání nebo o výměně informací ohledně konkrétní výše jejich pohledávek. AVEL je zájmové sdružení vytvořené na dobrovolném základu za účelem ochrany a podpory společných zájmů svých členů. S tím souvisí i společná mediální strategie a jednotný postup při mediální prezentaci problému, na který chtěli žalobci upozornit státní orgány i veřejnost. Veškeré podklady pro veřejná vystoupení byly použity toliko pro účely mediální strategie žalobců bez úmyslu jednat ve vzájemné shodě vůči svým zákazníkům. Cílem tedy bylo upozornit stát na neřešený problém platební neschopnosti fakultních nemocnic a zároveň přimět státní správu k zaplacení pohledávek po splatnosti a ke změně konstrukce obchodní přirážky.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[121] Koncept jednání ve shodě zahrnuje nejrůznější formy vzájemné (přímé či nepřímé) komunikace soutěžitelů, při níž dochází k vyjádření shodné vůle jednat určitým způsobem, ke vzájemnému srozumění o jejich budoucím chování. Tato koordinace umožní každému z nich upravit své soutěžní jednání s jistotou či vysokou mírou předpokladu, že ostatní budou jednat stejným, předem známým či logicky očekávaným způsobem.

[122] Žalobcům byla prokázána zakázaná spolupráce při výměně informací, která tvořila koordinační fázi jejich sladěného chování. Důkazy vyvracejí, že by se mohlo jednat o pouhou mediální strategii. Žalobci nezůstali jen u přípravy mediální prezentace, ale pokročili i k realizaci sladěného jednání. Došlo k zablokování obvyklého způsobu objednávání léků, dotčené fakultní nemocnice byly vyrozuměny o možnosti dodávek tzv. vitálních léčiv a o výrazném zkrácení lhůt splatnosti těchto dodávek. Pokud pak žalobci objednávku dostali, uspokojili ji s velmi krátkou lhůtou splatnosti.

- Žalobci a) a c) nikdy nepřestali dodávat

Argumentace žalobců

[123] Žalobce a) nikdy nepřestal dodávat do tří fakultních nemocnic, jeho tržby před a po 14. 2. 2006 jsou v podstatě stejné. Již v průběhu týdne 14. – 21. 2. 2006 pak jednal s Ministerstvem zdravotnictví o dodávkách do nemocnic. Další zastavení dodávek bylo zapříčiněno podezřením z korupce. Další účast na kartelovém jednání po 14. 2. 2006 (realizační fáze) je tedy neprokazatelná. V doplnění kasační stížnosti ze dne 24. 6. 2009 žalobce a) v této souvislosti navrhl provedení důkazu prohlášením MUDr. Vladimíra Drymla, jenž jím měl jakožto tehdejší náměstek ministra zdravotnictví potvrdit, že tento žalobce se nezúčastnil společného postupu velkodistributorů léčiv vůči fakultním nemocnicím, nejméně od 14. 2. 2006 jednal s ministerstvem zdravotnictví o dalších podmínkách dodávek léčiv, přičemž tyto dodávky nikdy nezastavil ani neomezil.

[124] S touto problematikou je pak spojena i otázka stanovení období, v němž se měl žalobce a) účastnit společného a koordinovaného jednání s ostatními žalobci. Z výše uvedeného plyne, že nejméně od 21. 2. 2006 se zakázaného jednání neúčastnil a tedy, na jeho straně mohlo toto období trvat maximálně tři týdny (a nikoli čtyři a půl týdne jak dovodily správní orgány), což je klíčové z hlediska stanovení výše pokuty.

[125] I žalobce d) namítl, že k ukončení dodávek léčiv do tří fakultních nemocnic nikdy nedošlo a sám byl připraven dostát svým smluvním závazkům. I ředitelé těchto nemocnic potvrdili, že jim žalobce žádnou dodávku léčiv neodepřel a z toho titulu jim nevznikla žádná újma.

[126] Ke zkrácení lhůt splatnosti pak byl žalobce d) nucen přistoupit ze zcela objektivních důvodů, jimiž byly situace na trhu (oznámení ministra zdravotnictví o snížení maximální obchodní přirážky) a předpokládaný další nárůst zadluženosti fakultních nemocnic, a to v již kritickém hospodářském stavu. Nejvyšším zájmem žalobce d) tak bylo uhrazení značných pohledávek za svými dlužníky. Přitom nedošlo k žádnému zhoršení obchodních podmínek pro dodávku léčiv do fakultních nemocnic.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[127] Při posouzení této námitky je podstatná skutečnost, že předmětem řízení nebylo úplné přerušení dodávek léčiv, nýbrž koordinované ukončení dodávek plného sortimentu léčiv žalobci třem dotčeným fakultním nemocnicím za původních obchodních podmínek.

[128] Pokud jde o žalobce a), provedené důkazy (zejména č. 2 a 7 – zápisy z jednání AVELu ze dne 30. 1. 2006 a ze dne 6. 2. 2006) vyvracejí jeho tvrzení, že se od akce týkající se problematiky úhrady dluhů distancoval. Žalobce a) se po celou dobu účastnil koluzivní komunikace, účastnil se společného vyhlášení ukončení dodávek plného sortimentu léčiv na dvou tiskových konferencích, informoval dotčené odběratele o ukončení dodávek plného sortimentu léčiv a dodávkách jen tzv. vitálních léčiv se zkrácenou splatností, také on používal v souvislosti s dodávkami dotčeným fakultním nemocnicím pojem „vitálky", znemožnil běžné elektronické objednávání zboží, zkrátil podobně jako ostatní žalobci výrazně lhůty následných dodávek těchto vitálních léčiv (s výjimkou krátkého období jeho dočasného prolomení sladěného chování), požadoval úhradu pohledávek včetně hodnoty splátkových kalendářů, objednávky obdržené po opětovném oznámení o zastavení dodávek po 1. 3. 2006 realizoval s velmi krátkou lhůtou splatnosti. Předzásobení nemocničních lékáren přitom bylo vyvoláno žalobci a nebylo možné předvídat, jak dlouho bude situace trvat. Vzhledem k dostatečným způsobem stanovenému skutkovému stavu nevyvolávajícímu žádné pochybnosti považoval Nejvyšší správní soud provedení důkazu prohlášením MUDr. Vladimíra Drymla za nadbytečné.

[129] Co se týče žalobce c), lze odkázat např. na jeho korespondenci s dotčenými fakultními nemocnicemi týkající se obnovení/uvolnění jeho dodávek léků za tam uvedených podmínek (viz odst. 122. a 133. meritorního rozhodnutí žalovaného s odkazy na důkazy ve spisu). Pokud by žalobce c) neukončil dodávky plného sortimentu léčiv za předchozích obvyklých podmínek splatnosti, neměl by důvod je obnovovat.

[130] Skutečnost, že žalobce c) jednal ve shodě s ostatními žalobci i ohledně zkrácení lhůt splatnosti a že zkrátil splatnost následných dodávek léčiv dotčeným fakultním nemocnicím, prokazují důkazy zajištěné ve spisové dokumentaci a podrobně popsané v meritorním rozhodnutí žalovaného (např. v odst. 105., 153., 157., 161. či 137.). Pokud žalobce c) zpochybňoval sladěné chování poukazem na smluvní ujednání, lze připomenout, že např. s Fakultní nemocnicí Bulovka, jíž též krátil lhůty, neměl platnou smlouvu (odst. 150. meritorního rozhodnutí žalovaného).

- Důvodem paralelismu byly objektivní podmínky na trhu

Argumentace žalobců

[131] Žalobce b) též namítl, že bezprostřední příčinou k paralelnímu postupu žalobců byly objektivní podmínky na trhu velkodistribuce léčiv a nikoliv jejich vzájemná komunikace. Faktickým impulsem pro omezení dodávek byla odůvodněná obava žalobce z nastoupení tzv. dominového efektu v důsledku přelití objednávek od distributora, který by jako první dodávky do fakultních nemocnic omezil či zastavil. Např. žalobce b) takové jednání důvodně očekával od žalobce d) a proto se samostatně rozhodl dodávky také omezit. Nárazovitému zvýšení objednávek by odpovídal zvýšený objem dodávek, které by však žalobce b) musel sám financovat formou obchodního úvěru. Jeho pohledávky vůči fakultním nemocnicím by tak neúnosně vzrostly a neúměrně zvýšená úvěrová angažovanost by mohla ohrozit jeho hospodářskou stabilitu. Krajský soud se k této argumentaci blíže nevyjádřil, pouze konstatoval, že předseda Úřadu tuto otázku posoudil správně. Předseda Úřadu však v odst. 170. svého meritorního rozhodnutí argumentoval nesrozumitelně a zaměřil se nikoli na existenci oprávněné obavy z dominového efektu, ale pouze na možnou predikci vývoje, aniž by však k ní měl spolehlivé podklady. V jednání žalobců se tak jednalo o pouhý paralelismus.

[132] Žalobce c) pak popřel hypotézu správních orgánů, že nezávislý podnikatel by jednal jinak, než žalobci. Např. závěr v odst. 129. meritorního rozhodnutí žalovaného je podle tohoto žalobce dětinsky naivní a neodpovídal by ani stavu dokonalé konkurence. Nikdo by totiž nedodával zboží, za něž by nedostal zaplaceno.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[133] K uvedeným námitkám je v prvé řadě nutno uvést, že tzv. paralelní chování předpokládá, že postup jednotlivých soutěžitelů není ani nepřímo koordinován a každý z nich se tak na změny podmínek na trhu adaptuje samostatným a nezávislým postupem. Tak tomu však v daném případě nebylo. Bylo prokázáno, že jednání žalobců bylo výsledkem jejich předchozích kontaktů a z nich vzešlého srozumění ohledně jejich budoucího soutěžního chování.

[134] Ukončení dodávek tedy nebylo individuálním krokem žalobce b) a jeho tvrzení o hrozbě přelití objednávek a tím vzniku tzv. dominového efektu je z tohoto úhlu pohledu liché. Je též zřejmé, že žalobce b) by při pokračování dodávek neměl povinnost navyšovat svůj stávající objem dodávek a převzít tak uspokojení poptávky za jiné dodavatele, jestliže pro takové navýšení objemu zásobování neměl podmínky (např. možnost zajistit dostatečné úvěrové krytí). Žalobce b) však nejen že nenavýšil svůj stávající objem dodávek o domněle ukončené dodávky žalobce d), nýbrž ukončil i dodávky svého stávajícího objemu plného sortimentu léčiv za obvyklých splatností, a to k témuž datu jako ostatní žalobci. Dočasné obnovení dodávek žalobcem a) pak argument žalobce b) vyvrací.

[135] O paralelním jednání žalobců nesvědčí ani fakt, že všichni žalobci ukončili omezení dodávek dotčeným fakultním nemocnicím ihned po uhrazení veškerých splatných pohledávek. Obnovení dodávek plného sortimentu léčiv za obvyklých splatností až po uhrazení dluhů bylo součástí sladěného konceptu chování a zaznělo i na tiskové konferenci dne 14. 2. 2006. Čtyři nezávislí konkurenti mohli mít každý nezávisle stejný cíl, tedy vymoci své pohledávky, avšak každý jednotlivě nemohl nezávisle na ostatních jen na základě popisované situace na trhu postupovat vůči stejným třem odběratelům (ač tito nebyli u všech žalobců největšími dlužníky), zvolit týž způsob dosažení daného cíle, a to v témže čase jako ostatní žalobci.

[136] Kasační soud pak neshledal odst. 170. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu nesrozumitelným. Na daném trhu docházelo ke zpožďování plateb, nemůže však být pochyb, že v případě nekoordinovaného jednání by případné převzetí zásobování za dodavatele, jež je ukončil, přineslo pokračovateli vyšší poptávku, vyšší tržby i vyšší podíl na trhu. S takovou situací by se však každý žalobce vyrovnával individuálně pomocí nástrojů své vlastní obchodní politiky.

[137] K námitce proti odst. 129. meritorního rozhodnutí žalovaného lze uvést, že převzetí dodávek odběrateli jiným distributorem je běžná podnikatelská praktika i pro daný relevantní trh, jak ostatně žalobce c) sám konstatoval ve svém vyjádření na str. 1616 správního spisu.

- Nesoulad práva soukromého a veřejného

Argumentace žalobců

[138] Žalobce a) dále namítl, že charakter jednání žalobců je nutno posuzovat nejen z hlediska možného porušení pravidel hospodářské soutěže, ale i z hlediska legality jejich chování podle platného práva, zejména předpisů práva ústavního, občanského a obchodního. Žalobci pouze hájili svoje zákonná práva, a to práva chráněná dokonce Listinou (konkrétně právo

podnikání dle čl. 26 Listiny, právo vlastnit majetek podle čl. 11 Listiny a právo nebýt podroben nucené práci či službě dle čl. 9 Listiny).

[139] Žalobce a) poukázal na notorickou známost jak problémů veřejného zdravotnictví spočívajících v nedostatku finančních prostředků a v nepoměru mezi zákonem nařízenými výdaji a jejich zdroji, tak skutečnosti, že ze strany státem řízených nemocnic docházelo k upřednostňování určitých plateb (např. za energie) na úkor plateb za léky a zdravotnický materiál. Jednalo se o faktickou diskriminaci soukromých věřitelů (obchodních společností distributorů léků a zdravotnického materiálu). Zároveň lze chování některých pracovníků fakultních nemocnic podřadit pod skutkové podstaty trestných činů dle § 256 a § 256a trestního zákona, tedy trestných činů poškozování a zvýhodňování věřitelů.

[140] Vztahy mezi distributory a státními nemocnicemi jsou vztahy, které lze podřadit pod úpravu práva soukromého. Dlužníci – státní nemocnice se výší svých dluhů po splatnosti dopouštěly zřejmého porušení zákonem garantovaných práv svých věřitelů. Věřitelé pak hodlali pouze a jen uplatňovat svoje práva a nemohli se tak v tomto specifickém případě dopustit protiprávního jednání. Stejně tak se nedopouštějí protiprávního jednání ve shodě věřitelé, kteří podají u soudu návrh na konkurs určitého dlužníka. Předpisy práva soukromého povolené jednání nemůže být předpisem práva veřejného kvalifikováno jako jeho porušení. V takovém případě by se jednalo o rozpor právní úpravy předpisů (práva občanského, resp. obchodního a práva veřejného, resp. soutěžního) stejné právní síly.

[141] Konkrétní jednání žalobců nevybočilo z mezí chování, jež mu dovolují předpisy soukromého práva. Jde zejména o právo nedodávat dlužníkům zboží, požadovat placení dluhů po lhůtě, požadovat zajištění svých pohledávek, podávat žaloby či zveřejňovat dlužníky v médiích. Je tedy nutno vyřešit otázku priority, tedy jaký společenský zájem (zájem na ochraně vlastnického práva nebo zájem na ochraně hospodářské soutěže) má v tomto konkrétním případě požívat větší právní ochrany. Správní orgány ani krajský soud se touto otázkou nezabývaly. Z logiky meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu však plyne, že ochrana majetku státního je přednější než ochrana majetku věřitelů.

[142] V této souvislosti žalobce a) zdůraznil, že s ohledem na mimořádnost vzniklé situace je třeba zkoumat, kdo je porušovatelem hospodářské soutěže a kdo narušuje trh. Předmětný trh byl trhem značně deformovaným.

[143] Žalobce a) též kasačnímu soudu položil otázku, „*[j]ak je možné vymáhat od dlužníků stamilionové dluhy po splatnosti, když zastavení dodávek ani zkrácení doby splatnosti faktur těmto dlužníkům není legální, a dle Úřadu narušuje hospodářskou soutěž*“, přičemž zdůraznil, že na žádnou ze tří dlužnických organizací nelze prohlásit konkurs. Napadené rozhodnutí tedy kriminalizovalo legální kroky a postupy žalobců vůči jejich dlužníkům. Stejně by pak žalovaný musel hodnotit i skutečnost, pokud by žalobci podali na tři dlužnické nemocnice žaloby. Postup při vymáhání pohledávek věřitelů vůči dlužníkům nemůže být porušením hospodářské soutěže, protože nepůsobí proti účelu soutěžního práva, jak ho lze definovat např. z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 12. 9. 1996, sp. zn. 2 A 5/96, či z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2005, sp. zn. 2 A 19/2002-OL. V daném případě nedošlo k selhávání trhu, k omezení nabídky, ani ke zvýšení cen. I tato námitka však zůstala krajským soudem nepovšimnuta.

[144] Podle žalobce a) se krajský soud rovněž nevypořádal s námitkami týkajícími se citací z části IV. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu (odst. 174.). Ani jeden ze zde citovaných judikátů zabývajících se zneužíváním dominantního postavení nedopadá na situaci žalobců

a ani neřeší námitky žalobce a) vznesené ve správním řízení. Postup žalovaného i soudů by však měl vycházet z principů výkladu práva vyslovených v nálezech Ústavního soudu „*ÚS 15/96 a zejména I. ÚS 367/03*", v nichž je zakotven postup při řešení kolize protichůdných práv a svobod. Základní je v této souvislosti maxima, podle které základní právo či svobodu lze omezit pouze v zájmu jiného základního práva či svobody nebo veřejného statku. „Ochrana hospodářské soutěže" není individuálním právem ani svobodou ve smyslu jejího výslovného chránění ústavními předpisy, naopak takovým základním právem je právo vlastnické.

[145] Žalobce a) dále poukázal na odst. 175. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu, v němž se mimo jiné uvádí: „*...což potvrdil i Soud prvního stupně ve svém rozsudku T-217/03 a T-245/03 F.N.C.B.V. – viz odst. (90).*" V této souvislosti žalobce a) konstatoval, že „*[v] odstavci 90 napadeného rozhodnutí však žádná argumentace ve prospěch Úřadem přijaté konstrukce není*", a dodal, že ani s touto námitkou se krajský soud nevypořádal.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[146] S namítaným rozporem mezi předpisy práva soukromého a veřejného se předseda Úřadu řádně zabýval v odst. 174. svého meritorního rozhodnutí, krajský soud pak na str. 38 a 39 rozsudku. Nejvyšší správní soud již ve svých předchozích rozhodnutích poukazoval na princip jednoty a bezrozpornosti právního řádu (např. rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 10. 2005, č. j. 1 Afs 86/2004 - 54, ve věci *MILO tuky a. s. v likvidaci*, publ. pod č. 792/2006 Sb. NSS). Právní řád České republiky tvoří jednotný celek, jehož jednotlivé části jsou spolu ve vzájemných systémových souvislostech. Konkrétní pravidlo chování proto bývá vyjádřeno často nikoliv v jediném předpise, ale v několika předpisech, případně neposkytuje-li jeden právní předpis jednoznačnou odpověď na určitou právní otázku, je nezbytné vyložit ji v systémových souvislostech s předpisy ostatními tak, aby tato otázka byla spravedlivě a rozumně zodpovězena (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 5. 2004, č. j. 1 As 9/2003 - 90, publ. pod č. 360/2004 Sb. NSS). Tomuto chápání se však námitka žalobců, postavená na příkrém dělení předpisů na soukromoprávní a veřejnoprávní, vymyká.

[147] V daném případě je podstatné, že se zde nejedná o kolizi soukromoprávní úpravy s veřejnoprávním zákazem protisoutěžního jednání, tedy o rozpor, kdy by jedna právní norma určité chování umožňovala a jiná je zakazovala, nýbrž o situaci popsanou výše, kdy je konkrétní pravidlo chování vyjádřeno ve více předpisech (tyto normy se tak doplňují). Hodlali-li tedy žalobci dosáhnout úhrady svých pohledávek po splatnosti např. cestou omezení dodávek či změnou obchodních podmínek, měla se jejich právní úvaha o povaze nutných kroků ubírat nejen prozkoumáním právních předpisů, upravujících dodavatelsko-odběratelské smluvní vztahy, ale též kupříkladu i soutěžními předpisy, které se na právní vztahy na trzích nepochybně také vztahují, a bez jejichž uplatnění (jako v daném případě) by konkrétní pravidlo chování nebylo komplexní.

[148] Jak výstižně uvedl krajský soud, žalobcům není vytýkáno, že se chovali způsobem, který lze charakterizovat jako podnikatelsky racionální a legitimní, nýbrž to, že k takovému kroku přistoupili koordinovaně (samo zastavení dodávek či zkracování lhůt splatnosti v rámci smluvních vztahů ilegální není). Tedy že nehodlali dále za předchozích podmínek dodávat svým dlužníkům, to však s vědomím, že jim nebude dodáváno ani konkurenčními dodavateli (ostatními žalobci). Takové jednání je bez pochyb proti účelu soutěžního práva, jak byl naznačen např. v žalobci zmiňovaném rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2005, č. j. 2 A 19/2002 - 141, neboť jím dochází k deformaci tržních mechanizmů, k selhávání trhu a tedy k narušení soutěže.

[149] Od takového postupu je pak nutno odlišit podání společného konkursního návrhu (resp. dohody věřitelů o podání jednotlivých návrhů) či společné žaloby na plnění. V takovém případě je zásadní odlišností skutečnost, že takové vymáhání pohledávek probíhá prostřednictvím soudu, tedy nezávislého orgánu, a to zákonem stanovenou a předvídanou procedurou, v níž má dlužník zajištěno právo obrany.

[150] Námitka, že k narušení „férové soutěže" došlo ze strany fakultních nemocnic, nikoliv žalobců, je pak s ohledem na vymezený předmět správního řízení a rozsah přezkumné pravomoci soudu irelevantní. Nic však nebránilo žalobcům oznámit podezření ze zvýhodňování věřitelů fakultními nemocnicemi orgánům činným v trestním řízení.

[151] Právní závěry citované v judikátech specifikovaných v odst. 174. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu mají zcela zjevně obecnou platnost pro vztah předpisů práva soukromého a veřejného stejné právní síly. Na tento vztah nemá vliv, zda k porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže došlo naplněním skutkové podstaty ve smyslu § 3 odst. 1 nebo § 11 odst. 1. V odst. 175. tohoto rozhodnutí se pak nejedná o odkaz na odst. 90. téhož rozhodnutí předsedy Úřadu, nýbrž na příslušnou část rozsudku Soudu prvního stupně ze dne 13. 12. 2006 ve spojených věcech T-217/03 a T-245/03, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV), Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA) a další*, Sb. rozh. s. II-4987, což je dostatečně zřejmé z kontextu odst. 175.

- Disentní jednání žalobce a)

Argumentace žalobců

[152] Krajský soud dle žalobce a) pochybil též při posouzení jeho disentního jednání. Skutečnost, že žalobce následně v období od 1. 3. 2006 do 12. 3. 2006 omezil dodávky léků do fakultních nemocnic, byla žalovaným zcela nesprávně vyhodnocena jako pokračování uplatňování sladěného postupu. Žalovaný přitom nesprávně zhodnotil důkazy předložené mu žalobcem a) objasňující příčinu omezení dodávek léků, a to zejména podezření z trestné činnosti související s těmito dodávkami. Navíc žalovaný nijak neprokázal existenci údajného úmyslu pokračovat v omezení dodávek léků společně a sladěně s ostatními žalobci.

[153] Opětovné omezení dodávek léků od 1. 3. 2006 bylo vlastním a samostatným obchodním rozhodnutím žalobce a), jímž nijak nenavázal na údajnou předchozí koordinaci. Pokud by tak žalobce a) neučinil, došlo by k přelévání dluhů mezi velkodistributory léků v jeho neprospěch a k neúměrnému navyšování již tak velkých pohledávek.

[154] V této souvislosti žalobce a) soudu navrhoval již předložené písemné důkazy, jakož i výslechy svědků Oldřicha Fialy, v současnosti člena dozorčí rady žalobce, a PharmDr. Lubomíra Chudoby, v únoru 2006 prezidenta České lékárnické komory. Návrhy na doplnění dokazování a provádění důkazů však krajský soud nepřipustil.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[155] Co se týče důvodů opětovného ukončení dodávek léčiv žalobcem a) ode dne 1. 3. 2006, zabýval se jimi řádně jak předseda Úřadu (v odst. 146. až 151. svého meritorního rozhodnutí), tak krajský soud (str. 44 rozsudku). Žalobci se nepodařilo prokázat, jak mu mohlo podání trestních oznámení či požadování korupčních plateb bránit v pokračování dodávek, že musel své dlouhodobé odběratele opětovně vystavit krizové situaci v zásobování, ale také se sám připravit o tržby. Důvodem pak nemohla být ani tvrzená obava z přelévání dluhů

v jeho neprospěch. Správní orgány z interních dokumentů žalobce a) prokázaly, že již v době jeho jednání na Ministerstvu zdravotnictví měl povědomost o skutečných dluzích nemocnic a nijak mu to v obnovení zásobování za předchozích lhůt splatnosti nebránilo. Bylo též prokázáno, že žalobce měl snahu podmiňovat další pokračování dodávek jednáním o degresivní obchodní přirážce. Následně postupoval jako ostatní žalobci, tedy znovu dle konceptu sladěného chování (s vědomím budoucího chování ostatních žalobců na trhu); pokud po 1. 3. 2006 obdržel objednávku od dotčených fakultních nemocnic, uspokojil ji s velmi krátkou lhůtou splatnosti, požadoval po dotčených nemocnicích úhradu svých pohledávek a dodávky za obvyklých podmínek splatnosti obnovil až po obdržení prostředků uvolněných Ministerstvem zdravotnictví.

[156] Pokud jde o námitku nepřipuštění návrhů na doplnění dokazování (výslechy svědků PharmDr. Chudoby a Ing. Fialy) krajským soudem, souhlasí kasační soud se závěrem na straně 44 napadeného rozsudku, že provedení těchto výslechů by bylo s ohledem na ostatní zajištěné důkazy nadbytečné, neboť by mohly nejvýše potvrdit disentní postoj žalobce a nemohly by tak nijak zvrátit učiněná skutková zjištění.

- Účast žalobce a) na tiskové konferenci dne 14. 2. 2006

Argumentace žalobců

[157] Pokud jde o Jindřicha Klence, jednatele společnosti Plzeňská lékárnická s. r. o., který byl v článku „Místo zrady detektivka", otištěném dne 21. 2. 2006 v týdeníku EURO a pojednávajícím o jednání představitelů distributorů léčiv, označen jako „Jindřich Klenc z Pharmosu", tato osoba nikdy nebyla zaměstnancem, statutárním zástupcem nebo zmocněncem žalobce a) a neměla tak s žalobcem nic společného. Z tohoto pohledu jsou důkazy obsažené v odst. 97. – 118., 128., 138. – 161. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu ve vztahu k prokázání deliktního jednání žalobce a) naprosto irelevantní. Jindřich Klenc též dne 27. 2. 2006 rozeslal členům statutárního orgánu společnosti Česká lékárnická, a. s., dopis, v němž nesouhlasil s jednáním žalobce a). Krajský soud však zcela rezignoval na možnost zjistit jiný skutkový stav.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[158] Otázkou, zda Jindřich Klenc vystupoval na tiskové konferenci dne 14. 2. 2006 jako zástupce žalobce a), se předseda Úřadu i krajský soud řádně zabývali (odst. 116. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu, str. 42 rozsudku) a jejich závěrům nelze ničeho vytknout. Žalobce a) byl na předmětné tiskové konferenci účasten, přičemž bylo jeho věcí, koho za sebe na akci vyslal. DVD záznam z konference prokazuje, že za jednacím stolem sedí spolu s žalobci Jindřich Klenc, s označením u své osoby „PHARMOS, Jindřich Klenc". Jeho účast přitom není přičitatelná jinému ze žalobců.

[159] Důležitá je též skutečnost, že správními orgány nebylo zaznamenáno prohlášení žalobce a) (např. v médiích), že kroky ohlášené na předmětné tiskové konferenci se jej netýkají z důvodu, že za něj vystupovala neoprávněná osoba. Zastavení dodávek léčiv a zkracování lhůt splatnosti bylo navíc podmíněně ohlášeno všemi žalobci již na tiskové konferenci dne 7. 2. 2006, na níž žalobce a) zastupoval tehdejší předseda představenstva Ing. Roman Kejzlar. Podstatné však je, že účast žalobce a) na jednání ve shodě nestojí pouze na jeho účasti na tiskové konferenci konané dne 14. 2. 2006, nýbrž je prokázána řadou dalších důkazů, z nichž je zřejmé, že žalobce a) se účastnil koluzivní komunikace a předchozí vzájemně sladěný postup také realizoval. Z tohoto důvodu nebylo třeba provádět v této otázce další dokazování [např. žalobcem a) citovaným dopisem, který měl Jindřich Klenc dne 27. 2. 2006 rozeslat členům statutárního orgánu České lékárnické, a. s.].

- Výhody získané žalobci

Argumentace žalobců

[160] Pokud předseda Úřadu v odst. 240. rozhodnutí shrnul, že účastníci řízení získali na trhu konkurenční výhodu v porovnání s velkodistributory na protisoutěžním jednání nezúčastněnými, jednalo o závěr nesprávný. Z užité definice relevantního trhu a konstatování, že čtyři žalobci představují *de facto* veškeré dodavatele do tří fakultních nemocnic, je zřejmé, že žádní další distributoři na tomto trhu nemohou být. Vůči neexistujícím distributorům tak žalobci nemohli získat žádnou výhodu. Jedinou „výhodou" v daném případě bylo dosažení úhrady pohledávek přesahujících 400 milionů Kč a jsoucích mnoho měsíců po lhůtě splatnosti.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[161] Předmětná námitka poněkud vytrhává závěry předsedy Úřadu z kontextu. Nutno tedy odkázat na část XIX. „Vymezení relevantního trhu", „Kvalita soutěžního prostředí" (odst. 201. až 203.) meritorního rozhodnutí žalovaného, z níž plyne, kolik velkoobchodních distributorů léčiv na trhu působí dle údajů Státního ústavu pro kontrolu léčiv. Žalobci byli sice prakticky jedinými plnosortimentními dodavateli, vedle nich však na trhu existovali další distributoři s menší šíří sortimentu léčiv (cca 140 těchto distributorů se dělilo o zbývajících 30% trhu).

[162] Jinak se Nejvyšší správní soud ztotožnil se závěrem předsedy Úřadu uvedeným v odst. 240. jeho meritorního rozhodnutí. I výhoda dosažení dřívější úhrady pohledávek žalobci je bezpochyby výhodou soutěžní. Získané finanční prostředky dávají žalobcům konkurenční nástroj oproti konkurentům, kteří takovou výhodu nezískali.

- Odlišnosti v postupu žalobců

Argumentace žalobců

[163] Podle žalobce a) bylo samotné jednání žalobců vůči fakultním nemocnicím nesprávně vyhodnoceno jako kooperativní. V postupu jednotlivých žalobců lze přitom nalézt řadu odlišujících znaků: žalobce a) začal opět dodávat fakultním nemocnicím objednaná léčiva, lišila se délka splatnosti plateb za léčiva objednaná v době omezení dodávek, každý ze žalobců obnovil dodávky do fakultních nemocnic samostatně a v jinou dobu, žalobce a) dodával nadále též léky v tzv. AIDS programu.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[164] Jak bylo již uvedeno výše, podstatou zakázaného jednání ve shodě je koordinovaný postup soutěžitelů spočívající ve vyloučení nevědomosti o jejich budoucích krocích na trhu. Jak správně uvedl krajský soud (str. 35 rozsudku), podstatou tu není vždy jen shodný postup soutěžitelů, ale postup jednoho soutěžitele založený na informaci o budoucím jednání jiného soutěžitele. Taková koordinace založená na vzájemné informovanosti soutěžitelů odstraňuje rizika jejich vzájemné konkurence. Jak bylo v řízení prokázáno, žalobci vůči dotčeným fakultním nemocnicím postupovali na základě informací, které si zejména ve fázi koordinační sdělovali. Jejich v dílčích podrobnostech (závislých na konkrétních smluvních podmínkách obchodní spolupráce s dotčenými fakultními nemocnicemi) odlišný postup nemůže tento závěr zvrátit.

iv.) Materiální znak zakázané dohody

Argumentace žalobců

[165] Žalobci poukázali též na neexistenci tzv. materiálního znaku zakázané dohody, jejich jednání nemohlo vést k narušení hospodářské soutěže. Narušení cash flow či ztížení provozu nemocničních lékáren (aniž by bylo kvantifikováno nebo srozumitelně popsáno) je na pozadí více než 400 milionového dluhu po splatnosti vůči žalobcům naprosto zanedbatelnou „újmou" a působí tak spíše ironicky. V meritorním rozhodnutí předsedy Úřadu není uveden žádný v judikatuře popisovaný materiální znak zakázané dohody, odstavec 117. tohoto rozhodnutí pak je nepřezkoumatelný. V této souvislosti žalobce a) napadl způsob, jak se s touto otázkou vypořádal krajský soud, jehož argumentace a zejména odkazy na napadené meritorní rozhodnutí předsedy Úřadu je nepřípustná a v přímém rozporu s ustálenou judikaturou Nejvyššího správního soudu (např. rozsudky ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 - 52, nebo ze dne 8. 4. 2004, č. j. 4 Azs 27/2004 - 74).

[166] Žalobci upozornili dopředu fakultní nemocnice na možnost omezení dodávek léčiv a chovali se tak, aby předešli jakýmkoli škodám, například jim dodávali „vitální léčiva". Také jim umožnili, aby se předzásobily. V důsledku tohoto předzásobení se pak nemohl být zásadně ovlivněn jejich cash flow, neboť své závazky hradily zpravidla se zpožděním a splatnost pohledávek, které neplnily včas, jej tedy nemohla zásadně ovlivnit.

[167] Dotčené fakultní nemocnice tak nebyly vytýkaným postupem žalobců nijak poškozeny. Případný dopad na relevantní trh, pokud se vůbec projevil, byl marginální. Segment trhu ovlivněný jednáním žalobců představoval podle údajů předsedy Úřadu jen 1,7 % celkového objemu trhu a byl tak zcela nepatrný. Omezení dodávek se navíc týkalo jen části dodávek, které nebyly označeny jako vitální, faktický dopad na trh tak byl ještě menší.

[168] Pokud pak předseda Úřadu v odst. 240. rozhodnutí shrnul, že účastníci řízení získali na trhu konkurenční výhodu v porovnání s velkodistributory na protisoutěžním jednání nezúčastněnými, jednalo o závěr nesprávný. Z užité definice relevantního trhu a konstatování, že čtyři žalobci představují *de facto* veškeré dodavatele do tří fakultních nemocnic, je zřejmé, že žádní další distributoři na tomto trhu nemohou být. Vůči neexistujícím distributorům tak žalobci nemohli získat žádnou výhodu. Jedinou „výhodou" v daném případě bylo dosažení úhrady pohledávek přesahujících 400 milionů Kč a jsoucích mnoho měsíců po lhůtě splatnosti. Krajský soud se však touto argumentací brojící proti nesprávnému posouzení skutkového stavu nezabýval.

[169] Podstatná je též skutečnost, že přes deklaraci zastavení dodávek do fakultních nemocnic, nebyly nikdy tyto výroky naplněny a odběratelé byli vždy uspokojeni. Neexistuje jediný faktický důkaz o odmítnutí prodeje léků. Celá akce měla převážně politický charakter, jejím cílem bylo odvolání dr. Ratha z funkce ministra zdravotnictví a úhrada dluhů fakultních nemocnic vůči distributorům.

[170] Žalobce d) pak zdůraznil, že nedošlo k žádné nepříznivé změně obchodních podmínek při dodávání léčiv. Zkrácení lhůty splatnosti za dodávky vitálních léčiv nijak neohrozilo plynulé uspokojování poptávky, neboť fakultní nemocnice nedodržovaly ani předchozí dlouhé lhůty splatnosti. Pojem „vitální léčiva" nemá jednotný výklad a bylo na zvážení nemocnic, která léčiva do této kategorie zahrnou.

[171] Konstantní evropská judikatura vychází z principu, že každá protisoutěžní dohoda se musí vyznačovat určitou mírou podstatnosti („appreciable"). Jednání žalobců bylo pouze snahou o ochranu svých legitimních zájmů a pokud by i došlo k narušení hospodářské soutěže, pak se

jednalo o průvodní jev, který nebyl v žádném případě úmyslný. Tento stav trval velmi omezenou dobu a i v této době byli žalobci připraveni k dodávkám.

[172] Jednání žalobců pak nemohlo porušit § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže i vzhledem k tomu, že nebylo způsobilé ovlivnit ani strukturu trhu, ani parametry soutěže. Jednání žalobců se netýkalo stanovení cen, rozdělení trhu, bojkotu soutěžitele, ani nemohlo jinak ovlivnit hospodářskou soutěž na relevantním trhu.

[173] Žalobce d) též uvedl, že se nemohl dopustit protisoutěžního deliktu, neboť jednal ve stavu krajní nouze a v sebeobraně v reakci na protizákonný postup státu.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[174] V prvé řadě zde kasační soud nesouhlasí s námitkou nepřezkoumatelnosti rozsudku v jeho části zabývající se materiální podmínkou zakázané dohody. Poukazovaná judikatura zdejšího soudu přitom stojí na tezi, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné, neuvede-li soud v jeho odůvodnění konkrétní jeho důvody a nevyjádří-li se v něm ke všem uplatněným námitkám. Tak tomu však v daném případě nebylo. Krajský soud v dotčené části odůvodnění (str. 45) rozsudku (stejně jako i na jiných místech) poukázal na relevantní odstavce meritorních rozhodnutí žalovaného a předsedy Úřadu, a následně se komplexním způsobem zabýval danou problematikou, a to i z hlediska otázek vznesených žalobci. Krajský soud se tedy s žalobními námitkami vypořádal pro přezkoumatelnost rozsudku zcela dostačujícím způsobem. Ani určité ztotožnění se se závěry žalovaného přitom samo o sobě neznamená, že by se krajský soud danou věcí nezabýval.

[175] K věcným námitkám pak kasační soud ve shodě s krajským soudem primárně uvádí, že podstatou narušení hospodářské soutěže byla v daném případě skutečnost, že žalobci (konkurenti) svým jednáním mezi sebou vyloučili působení nezávislého a individuálního soutěžního chování vůči části relevantního trhu. Jednalo se přitom o nejvýznamnější dodavatele nejširšího sortimentu na trhu. Dopad na možnost uspokojení poptávky dotčených fakultních nemocnic je tak zcela nezpochybnitelný. Zde je též třeba opětovně zdůraznit, že žalobcům ve správním řízení nebylo vytýkáno úplné zastavení dodávek, ale jejich výrazné omezení spočívající v dodávkách vitálních léčiv v kombinaci se zkrácenou splatností.

[176] V daném případě došlo k narušení soutěže v horizontální úrovni mezi žalobci ve vztahu k části relevantního trhu. Narušení cash flow fakultních nemocnic a obtíže způsobené jim při vynuceném předzásobení se jsou z tohoto pohledu druhotné. K tomu lze dodat, že žalobci sice dotčeným fakultním nemocnicím umožnili předzásobení se, toto však sami vyvolali. Ani to však zjevně nedostačovalo plné potřebě léčiv, čemuž svědčí zvýšené objemy poptávky léčiv od žalobce a) v momentě, kdy prolomil sladěné chování (viz tabulky denních odběrů léčiv fakultními nemocnicemi na str. 2063X - 2066X spisu S). Skutečnost, že fakultním nemocnicím nebyla způsobena škoda, pak není náležitostí materiální podmínky skutkové podstaty jednání ve shodě. Dodávky „vitálních léčiv" byly přitom součástí sladěného konceptu chování.

[177] Vytýkané jednání bylo způsobilé ovlivnit strukturu soutěže, neboť sledovalo zachování stávajících podílů na trhu, tj. aby při individuálním pokračování dodávek nedošlo k přechodu odběratelů a tím k navýšení podílu pokračovatele dodávek na trhu. Taková změna byla prokázána při prolomení sladěného chování žalobcem a).

[178] Jednání žalobců pak ovlivnilo i parametry soutěže, neboť všichni žalobci shodně ve stejném čase přistoupili k výraznému zkrácení splatnosti dodávek tzv. vitálních léčiv. Lhůty

splatnosti dodávek jsou významným konkurenčním parametrem, ovlivňujícím rozhodování odběratelů o volbě dodavatele.

[179] Pokud jde o dopad na trh, nelze jednání žalobců poměřovat jen finančními hledisky; významným kritériem je i charakter trhu a význam dotčených odběratelů. Daný trh je trhem významným, neboť protisoutěžní jednání dopadají i na spotřebitele z hlediska uspokojování jejich zdravotních potřeb. Z uvedených hledisek nelze tedy dopad na trh hodnotit jako marginální. Míra dotčení trhu pak nemá vliv na naplnění skutkové podstaty samotné, projeví se však ve výši sankce. Tady správní orgány hodnotily míru dotčení jako nízkou a zohlednily ji v základní částce pokuty (viz níže).

[180] Námitku postupu ve stavu krajní nouze a v sebeobraně vypořádal předseda Úřadu v odst. 175. svého meritorního rozhodnutí. Jak uvedl Soud prvního stupně v bodech 90 a 91 rozsudku ze dne 13. 12. 2006 ve spojených věcech T-217/03 a T-245/03, *FNCBV*, Sb. rozh. s. II-4987, ani krize odvětví či údajná nedostatečnost veřejnoprávních opatření k vyřešení problémů určitého odvětví *„nemůže být důvodem toho, aby dotčené soukromé subjekty prováděly praktiky odporující pravidlům hospodářské soutěže."*

III.C. Stížní námitky vztahující se k uloženým pokutám

[181] K námitkám týkajícím se uložených pokut je v prvé řadě nutno uvést, že ukládání pokut za správní delikty se děje ve sféře volného správního uvážení (diskrečního práva správního orgánu), tedy zákonem dovolené volnosti správního orgánu rozhodnout ve vymezených hranicích, resp. volit některé z více možných řešení, které zákon dovoluje.

[182] Podrobit volné správní uvážení soudnímu přezkoumání lze však jen potud, překročil-li správní orgán zákonem stanovené meze tohoto uvážení (v prvé řadě jde ale o meze vyplývající z ústavních principů zákazu libovůle, principu rovnosti, zákazu diskriminace, příkazu zachovávat lidskou důstojnost, principu proporcionality, apod.) a nebo správní orgán volné uvážení zneužil. Soud tedy musel posoudit, zda rozhodnutí správních orgánů nevybočila z mezí stanovených zákonem.

[183] Z rozhodnutí správních orgánů je zřejmá pečlivá snaha o individualizaci pokut a o jejich řádné zdůvodnění. V důvodech rozhodnutí vyložily, jaká kritéria byla vzata v úvahu [při stanovení výše pokut správní orgány vycházely i z jiných než v zákoně demonstrativně zakotvených kritérií (§ 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže – závažnost, případné opakování a délka trvání porušování tohoto zákona)], proč a jakým způsobem, ke kterému okamžiku byly ty které skutkové okolnosti zjišťovány a s jakým výsledkem, co význam deliktu zvyšuje a co jej naopak snižuje. Ani Nejvyšší správní soud tu nemá důvod vytýkat žádné nedostatky v užití správního uvážení, protože správní orgány svého diskrečního práva užily podle zákonného příkazu a také z mezí zákonem vytyčených nijak nevybočily. Při přezkumu správního uvážení správních orgánů pak nepochybil ani krajský soud.

i.) Nepřezkoumatelnost rozsudku krajského soudu

Argumentace žalobců

[184] Žalobce b) namítl, že otázce uložení pokuty a určení její výše se krajský soud věnoval pouze tak, že na str. 46 a 47 rozsudku bez dalšího odkázal na meritorní rozhodnutí předsedy Úřadu, tedy nepřezkoumatelným způsobem. Žalobce b) přitom již v žalobě namítl nepřiměřenou výši pokuty, nezohlednění všech okolností při jejím ukládání, nedodržení principu subsidiarity

postihu za správní delikt, když existoval adekvátnější prostředek státního donucení (např. pouhé konstatování porušení zákona nebo uložení symbolické pokuty), který by byl odůvodněn nízkou společenskou nebezpečností jednání žalobců.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[185] K námitce nepřezkoumatelnosti části odůvodnění (str. 46, 47) napadeného rozsudku, v níž se krajský soud vypořádal s žalobními body ohledně otázek souvisejících s uloženými pokutami, nutno uvést, že soudní řád správní a povaha a smysl soudnictví jako takového klade určitou míru požadavků na kvalitu postupu při tvorbě rozhodnutí a následně rozhodnutí samého. Z odůvodnění rozsudku musí jednoznačně vyplývat, že se soud posuzovanou věcí zabýval, neopomenul žádné žalobcovy námitky a přihlédnul i k námitkám strany druhé. Užité argumenty a závěry soudu nesmí vzbudit pochybnosti o nezávislosti soudu a odbornosti soudců. Kvalita rozhodování soudních orgánů je veřejným zájmem, rozhodování nesmí být ani nerozumné ani svévolné.

[186] V daném případě krajský soud v dotčené části odůvodnění rozsudku poukázal na konkrétní odstavce meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu, v nichž se správní orgán zabýval jednotlivými rozkladovými námitkami žalobců ohledně posouzení kritérií pro uložení pokuty. Konstatoval přitom, že žalobci tyto rozkladové námitky transformovali v žalobní body. Následně pak uvedl, které úvahy správních orgánů považoval pro kladný závěr o přezkoumatelnosti a zákonnosti správních rozhodnutí v otázkách pokut, za stěžejní. Nutno uvést, že zde krajský soud, byť s jistou mírou zobecnění, vystihl všechny zásadní momenty, pro něž i kasační soud považuje rozhodnutí správních orgánů v části týkající se uložených pokut za souladná se zákonem. Krajský soud se tedy s žalobními námitkami vypořádal sice ne zcela vyčerpávajícím, avšak pro přezkoumatelnost rozsudku zcela dostačujícím způsobem. Ani určité ztotožnění se se závěry žalovaného samo o sobě neznamená, že by se krajský soud danou věcí nezabýval. Vzal v úvahu jak námitky žalobců, tak i žalovaného, vyšel z dostatečně a spolehlivě zjištěného skutkového stavu a na tomto základě dospěl k závěru o nedůvodnosti podaných žalob. V této souvislosti lze odkázat např. na nález Ústavního soudu ze dne 21. 12. 2004, sp. zn. II. ÚS 67/04 (N 194/35 SbNU 551), v němž bylo zdůrazněno, že z hlediska splnění náležitostí rozhodnutí není povinností soudu se v odůvodnění rozhodnutí speciálně vyjadřovat ke všem jednotlivým argumentům účastníka, podporujícím jeho konkrétní a z hlediska sporu pouze dílčí tvrzení, pokud stanovisko k nim jednoznačně a logicky vyplývá ze soudem učiněných závěrů.

ii.) Stanovení základní a výchozí částky pokuty

Argumentace žalobců

[187] Žalobce a) namítl, že nikdy nepřestal dodávat do tří fakultních nemocnic, jeho tržby před a po 14. 2. 2006 jsou v podstatě stejné. Již v průběhu týdne 14. – 21. 2. 2006 pak jednal s Ministerstvem zdravotnictví o dodávkách do nemocnic. Další zastavení dodávek bylo zapříčiněno podezřením z korupce. Další účast na kartelovém jednání po 14. 2. 2006 (realizační fáze) je tedy neprokazatelná. S touto problematikou je spojena i otázka stanovení období, v němž se měl žalobce a) účastnit společného a koordinovaného jednání s ostatními žalobci. Z výše uvedeného plyne, že nejméně od 21. 2. 2006 se zakázaného jednání neúčastnil a tedy, na jeho straně mohlo toto období trvat maximálně tři týdny (a nikoli čtyři a půl týdne jak dovodily správní orgány), což je klíčové z hlediska stanovení výše pokuty. Krajský soud se nezabýval způsobem, jakým správní orgány zacházely s důkazy, jež žalobce a) předložil ohledně jeho ukončení členství ve sdružení AVEL, tedy s trestními oznámeními na pracovníky

Ministerstva zdravotnictví a na předsedu sdružení AVEL Mgr. Suchého. Soud též pominul ojedinělý a vyhrocený charakter situace počátku roku 2006, jakož i politický tlak na žalovaného.

[188] Žalobce a) dále uvedl, že žalovaný nesprávně stanovil již výchozí (tzv. základní) částku pokuty. Žalovaný v odst. 317. až 319. svého meritorního rozhodnutí konstatoval, že z hlediska délky trvání se jedná o porušení zákona krátkodobé, jež se hodnotí na roveň doby trvání v délce 1 roku. V bodě 27. Zásad postupu Úřadu při stanovování výše pokut je odkazováno na postup Evropské komise. Ta vydala dne 1. 9. 2006 Pokyny pro výpočet pokut podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení č. 1/2003, podle jejichž bodu 24. by se období kratší než šest měsíců mělo počítat jako půl roku. Z toho plyne, že v případě žalobce a) by se měla výše částky vypočtené podle hodnoty tržeb vynásobené počtem let, během nichž se žalobce na jednání podílel, dělit dvěma. Posouzení trvání údajného porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže v délce tří týdnů se ve vztahu k výši pokuty, uložené ve stejném rozsahu, jako by to bylo u deliktu trvajícího až jeden rok, jeví jako zcela nepřiměřené a v rozporu s § 22 odst. 2 uvedeného zákona.

[189] Žalobce b) namítl, že z odůvodnění rozhodnutí správních orgánů není zřejmé, jak dospěly k výsledným částkám pokuty. Hlavním důvodem pro tento závěr je srovnání relativní výše pokuty žalobce b) a žalobce c). Základní výše pokuty činila 0,3% čistého obratu, porušení trvalo u obou žalobců 8,5 týdne. Podle odst. 324. meritorního rozhodnutí žalovaného byla základní částka pokuty zvýšena s přihlédnutím ke všem polehčujícím a přitěžujícím okolnostem žalobci c) o 30 % a žalobci b) o 10 %. Procentuální výše pokuty u žalobce c) by měla být o 20 % vyšší než u žalobce b). Podle odst. 326. meritorního rozhodnutí žalovaného je však procentuální výše uložené pokuty u obou žalobců shodná a činí 0,29 % jejich čistého obratu. Předseda Úřadu se však tomuto rozporu nevěnoval a krajský soud se jím nezabýval ani k žalobní námitce.

[190] Podle žalobce b) je dále je zcela nesrozumitelné, proč žalovaný při zohlednění délky trvání jednání žalobců této okolnosti přiřadil váhu cca 10 % základní částky pokuty (odst. 320. meritorního rozhodnutí žalovaného). Článek 19. Pokynů Komise i bod 31. Zásad jasně deklarují princip násobení stupně závažnosti počtem let, během nichž k vytýkanému jednání docházelo, žalovaný deklaroval přiřazení váhy cca 10 % v základní částce pokuty a promítnutí koeficientu podílu počtu týdnů trvání sladěného postupu k celkovému počtu týdnů v roce u každého žalobce. Takový mechanismus je nejasný a nepřezkoumatelný. Žalovaný navíc nikde neuvedl, k jaké základní výši pokuty u jednotlivých žalobců došel.

[191] Pokud jde o posouzení jednání žalobců jako závažný delikt, nezohlednily správní orgány ani krajský soud řadu okolností, např. situaci na trhu distribuce léčiv, silnou deformaci tohoto trhu, která je důsledkem státní intervence a platební neschopnosti poptávkové strany. Jednání žalobce b) bylo vynuceno objektivní situací a nikoliv jeho svobodným rozhodnutím či motivací omezit hospodářskou soutěž na trhu. K tomuto jednání musel přistoupit, aby ochránil své majetkové zájmy a domohl se svého ústavně garantovaného práva na vlastnictví. Vinu na neudržitelné situaci ve zdravotnictví neslo Ministerstvo zdravotnictví, jež mělo zajistit financování fakultních nemocnic, aby nenutilo žalobce nedobrovolně úvěrovat jejich činnost. Zároveň ovšem jednostranně tlačilo na snížení distribuční přirážky u léčiv, čímž žalobcům bralo jediný zdroj financování tohoto úvěrování. Žalobcům tak hrozily značné hospodářské ztráty.

[192] Dopad jednání žalobců byl z hlediska objemu trhu zcela marginální (1,7 %). Tomu svědčí i skutečnost, že nebylo prokázáno, že by během omezení dodávek do fakultních nemocnic byla někomu způsobena jakákoliv škoda. Omezení dodávek se navíc týkalo jen části dodávaných léčiv, nadále byly dodávány takzvané „vitální léky". Stát, který odpovídá za provoz fakultních nemocnic a ručí za jejich závazky, svou chybu fakticky připustil a nakonec žalobcům uhradil či přislíbil uhradit jejich splatné pohledávky.

[193] Dopady jednání žalobců tak byly nepatrné, a to vzhledem k absenci motivu typického pro všechna protisoutěžní jednání – snahy o neoprávněný zisk či jinou výhodu. Nemocnicím ani pacientům nebyla způsobena jakákoliv škoda, zároveň žalobci neuskutečnili žádný zisk. Lze tak připustit nanejvýš potenciální narušení hospodářské soutěže.

[194] Zásadně lze zpochybnit též způsob zohlednění trvání jednání jednotlivých žalobců. Žalobce b) nemohl jednat ve shodě 8,5 týdne, neboť od okamžiku, kdy žalobci a) a d) obnovili plnohodnotnou spolupráci s fakultními nemocnicemi, nemohlo se již logicky jednat o jednání ve shodě, ale o samostatné obchodní rozhodnutí žalobce b). Fakultní nemocnice si u něj po tuto dobu neobjednávaly léčiva. Žalovaný rovněž nevzal v úvahu, že délka sankcionovaného jednání nebyla určena koordinací jednání žalobců, ale dobou, po kterou fakultní nemocnice neplnily své závazky.

[195] Žalobce c) pak namítl, že ve vztahu k výši uložené pokuty mu není jasné, proč základem pro její stanovení je právě částka ve výši 0,3% čistého obratu žalobců dosaženého za rok 2005 z dodávek léčiv. V meritorním rozhodnutí žalovaného chybí jak bližší důvody, tak konkrétní údaje k tomuto „společnému obratu" z dodávek léčiv za rok 2005. Z odůvodnění též není zřejmé, zda pro účely výpočtu výše pokuty správní orgány vzaly jako základ celkový obrat žalobce c) nebo jen obrat z dodávek nemocnicím. Pokuta přitom měla být vypočtena pouze z obratu z dodávek do nemocnic, které představují maximálně 25% celkového obratu žalobce. Pokutu nelze určovat z obratu za jiné aktivity žalobce c) nesouvisející s distribucí léčiv do nemocnic (logistické služby, provozování konsignačních skladů).

[196] Žalobce d) k otázce zákonnosti pokuty uvedl, že v daném případě došlo ke zneužití správního uvážení, čímž byl zásadním způsobem porušen princip proporcionality. V úvahu nebyly vzaty podstatné okolnosti, a to především situace na trhu s léčivy, která byla vyprovokována státem a legitimní cíle, které žalobce d) sledoval. Narušení soutěže mohlo být pouze průvodním jevem, z hlediska subjektivní stránky se tak mohlo jednat o nedbalost.

[197] Při určení závažnosti jednání pak měly být vzaty do úvahy i dopady na soutěž a na spotřebitele. Výše pokuty musí odrážet získaný prospěch nebo způsobenou škodu. Žalobce d) však nezískal žádný neoprávněný prospěch a ani nemocnicím nevznikla žádná škoda.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[198] Nejvyšší správní soud se v prvé řadě ztotožnil s posouzením jednání žalobců jako závažného deliktu. Pro tento závěr je podstatné, že k jednání ve shodě došlo mezi soutěžiteli na horizontální úrovni, účastnili se ho všichni nejvýznamnější plnosortimentní dodavatelé, jejichž tržní podíl na vymezeném relevantním trhu činil 70%. Míře závažnosti odpovídá též charakter trhu (léčiv), o jehož významnosti nelze, zejména s ohledem na důležitost navazujícího trhu poskytování služeb zdravotní péče přímým spotřebitelům, pochybovat. Již z těchto charakteristik je zřejmé, že se nejednalo o delikt nižší závažnosti. Nešlo však ani o delikt s vyšší mírou závažnosti. Zde správní orgány správně přihlédly k tomu, že sladěné chování žalobců nesměřovalo vůči všem odběratelům na velkoobchodním trhu léčiv, a dále k nízké míře dotčení soutěže.

[199] Tvrzení žalobců, že dopad jejich jednání na trh byl marginální, lze však přisvědčit pouze z hlediska jeho poměru k ročnímu objemu trhu (1,7%). Z jiných hledisek (krátkodobý objem trhu, postavení a význam tří dotčených odběratelů) se však již předmětné jednání marginálním nejeví.

[200] Kasační soud se dále ztotožnil se závěry, jimiž se předseda Úřadu v odst. 240. jeho meritorního rozhodnutí vypořádal s námitkou nedosažení zisku žalobci a nezpůsobení škody odběratelům či spotřebitelům. Způsobení škody či konkretizace újmy není podmínkou naplnění skutkové podstaty porušení zákazu zakotveného v § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Je zřejmé, že žalobci svým jednáním získali na relevantním trhu konkurenční výhodu oproti na jednání nezúčastněným velkoobchodním distributorům, spočívající v dosažení dřívější úhrady či dřívějšího snížení pohledávek, než jak by tomu bylo v případě jejich samostatného a nezávislého postupu.

[201] Tuzemský trh léčiv byl sice v roce 2006 do určité míry specifický v ohledech naznačovaných žalobci (platební neschopnost odběratelů), tato specifika však nedeformovala trh způsobem, který by snižoval závažnost protisoutěžního jednání žalobců.

[202] Pokud žalobci v této souvislosti uvedli, že se za dané situace nemohli chovat jinak, tak se mýlí. Mohli totiž jednotlivě využít soukromoprávních instrumentů k vymožení pohledávek, nebyli tedy nuceni využít protisoutěžního postupu. Na relevantním trhu nebyl stanoven žádný právní rámec, který by žalobce významně omezoval v jejich nezávislém soutěžním chování.

[203] Nízký dopad na soutěž pak byl výslovně zohledněn v základní částce pokuty, jež byla v rámci povoleného zákonného rozpětí stanovena velmi nízká. Navíc celkový objem velkoobchodního trhu léčiv byl stanoven s využitím tzv. kvalifikovaného odhadu výše obchodní přirážky připadající na velkoobchodní úroveň, která byla stanovena na 8% (viz odst. 196. až 200. meritorního rozhodnutí žalovaného), což bylo ve prospěch žalobců, kteří svou průměrnou obchodní přirážku uváděli výrazně nižší.

[204] Co se týče námitky nepřihlédnutí k délce trvání deliktního jednání, správní orgány v daném případě neměly povinnost postupovat podle *Pokynů pro výpočet pokut uložených podle čl. 23 odst. 2 písm. a) nařízení č. 1/2003*, vydaných Evropskou komisí dne 1. 9. 2006 (2006/C 210/02; dále jen „Pokyny Komise"), neboť ve věci nebyly aplikovány komunitární předpisy. Správní orgány však v souzené věci nepostupovaly ani podle dokumentu „*Zásady postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle § 22 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění*", vydaného žalovaným za účelem veřejné deklarace postupu při stanovování pokut soutěžitelům v řízeních vedených podle zákona o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „Zásady"; dokument je dostupný na www.compet.cz). V tomto dokumentu se žalovaný přihlásil k principům obsaženým ve výše uvedených Pokynech Komise, avšak se zohledněním specifik českého právního prostředí a stupně soutěžní kultury v České republice (bod 10. Zásad). Upozornil též na nutnost diferenciace ukládaných pokut a poukázal na s tím související odstoupení od stávající praxe jejich ukládání pouze v dolní polovině zákonné sazby (body 11., 12. Zásad). Ve druhém bodu tohoto dokumentu však žalovaný uvedl, že „*[t]ěmito zásadami se bude Úřad řídit ve všech správních řízeních zahájených po dni publikování tohoto materiálu, v nichž bude ukládána pokuta.*" Vydáním dotčených zásad žalovaný přistoupil ke změně (či spíše úpravě) dosavadní správní praxe při ukládání pokut podle § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže v otázkách zákonem blíže neupravených a stanovením jejich účinnosti *pro futuro* splnil tuto podmínku kladenou na takovou změnu správní praxe judikaturou (srov. např. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, č. j. 6 Ads 88/2006 - 132, ve věci *L'ORÉAL Česká republika s. r. o.*, publ. pod č. 1915/2009 Sb. NSS). Z tohoto hlediska správní orgány těchto Zásad jako celku (tedy k tíži žalobců) v daném řízení, zahájeném ještě před jejich vydáním, ani nemohly použít.

[205] Ani v konkrétní a izolované otázce přihlédnutí k délce deliktu by použití Zásad nebylo ve prospěch žalobců. Jak plyne z jejich bodů 27. a 31., do výše pokuty se má promítat délka účasti

na protisoutěžním jednání se zaokrouhlením na jeden rok (koeficientem času je počet let). V tomto ohledu se bod 27. Zásad skutečně liší od bodu 24. Pokynů Komise, jež období kratší šesti měsíců počítá jako půl roku. Vzhledem k neaplikování Pokynů Komise v dané věci je však tato odlišnost nepodstatná. Jak je zřejmé z odst. 320. meritorního rozhodnutí žalovaného, správní orgány nepřistoupily k zaokrouhlení délky trvání deliktního jednání na jeden rok. Naopak, přiřadily časovému hledisku váhu 10 % základní částky pokuty, a v nich promítly koeficient podílu počtu týdnů trvání deliktního jednání k celkovému počtu týdnů v kalendářním roce. Vzhledem k trvání sladěného jednání v řádu jednotek týdnů tak u všech žalobců došlo ke snížení základní částky pokuty. Podle Zásad by přitom tato základní částka byla násobena koeficientem 1 a zůstala by tak stejná. Postup správních orgánů byl tedy k žalobcům příznivější.

[206] Nutno uzavřít, že správní orgány při stanovení pokuty zohlednily skutečnou dobu trvání deliktního jednání jednotlivých žalobců, a to způsobem, jímž se tato veličina dostatečným způsobem odrazila ve výši pokuty. Konkrétní postup, jakým došlo promítnutím koeficientu času k transformaci primárně stanovené **základní** částky pokuty ve **výchozí** částku pokuty pro další úpravy dle přitěžujících a polehčujících okolností zjištěných u jednotlivých žalobců, žalovaný poměrně jednoznačně popsal v odst. 320. svého meritorního rozhodnutí.

[207] Co se týče délky trvání deliktního jednání žalobce a), tak již z výše uvedeného je zřejmé, že žalobce a) se realizační fáze účastnil od 14. 2. 2006 do 20. 2. 2006 a dále od 1. 3. 2006 do 12. 3. 2006 včetně (bez ohledu na jím tvrzené důvody, pro něž v nezákonném jednání pokračoval, byl žalobce při určování svého chování na trhu ovlivněn informacemi, které si dříve vyměnil se svými konkurenty), tedy v délce cca 4,5 týdne. Z tohoto hlediska by provádění důkazů navržených žalobcem (výše zmiňovaná trestní oznámení) bylo nadbytečné.

[208] Žalobci b) a c) pak uplatňovali v době, kdy již žalobci a) a d) obnovili plnohodnotnou spolupráci s nemocnicemi, koordinovaný postup vůči témuž odběrateli (Fakultní nemocnici u sv. Anny), a to dokud nedosáhli společně sledovaného cíle. Žalobce b) pak nebyl sankcionován za to, že u něj fakultní nemocnice ve sledovaném období neobjednávaly léčiva. Odběratelé, srozumění s novými podmínkami, k tomu ani neměli důvod, pokud chtěli dodávky za obvyklých podmínek. Ve sledovaném období uplatnila u žalobce b) objednávku Fakultní nemocnice u sv. Anny a léčiva jí byla dodána s výrazně zkrácenou lhůtou splatnosti. Postup žalobce b) se tak nelišil od postupu ostatních žalobců při dodávkách dotčeným fakultním nemocnicím.

[209] Pokud jde o údajný rozpor v procentuální výši pokut mezi žalobcem b) a žalobcem c), jedná se o nesoulad pouze zdánlivý. Vzorec, použitý žalovaným pro výpočet jednotlivých pokut, je zcela transparentní a je jednoznačně popsán v odst. 316. až 324. meritorního rozhodnutí žalovaného. Základní částku pokuty žalovaný stanovil ve výši 0,3 % čistého obratu dosaženého jednotlivými žalobci v roce 2005 z dodávek léčiv (tedy **z obratu dosaženého na relevantním trhu**). Tyto obraty nebyly shodné. U žalobců b) a c) pak byl stejný koeficient času, transformující základní částku pokuty v částku výchozí. Tato výchozí částka pokuty byla vzhledem k přitěžujícím okolnostem u žalobce b) zvýšena o 10 % a u žalobce c) o 30 %. Celková částka pokuty tak v absolutním vyjádření činila u žalobce b) 16 831 000 Kč a u žalobce c) 53 736 000 Kč (viz odst. 325. meritorního rozhodnutí žalovaného). V odst. 326. meritorního rozhodnutí žalovaného, z něhož žalobce b) dovozuje nesprávnost výpočtu, žalovaný již sdělenou výši pokut ještě vyjádřil relativně, tentokráte však jako jejich poměr k celkovému čistému obratu jednotlivých žalobců dosaženému v roce 2005 **z veškerých jejich činností**. Tím chtěl žalovaný právě ve vztahu k tomuto údaji, z něhož je odvozována zákonná sazba pokuty, nepochybně (a správně) poukázat na skutečnost, že pokuty byly uloženy v dolní sazbě, konkrétně řečeno v rozmezí 1,7 - 2,9 % zákonné sazby. Skutečnost, že u žalobců b) a c) činí jim udělené rozdílné pokuty

shodné relativní vyjádření k jejich rozdílným čistým obratům dosaženým jimi v roce 2005 z veškerých činností, je tak pouze dílem náhody.

[210] S námitkou, že žalovaný nikde neuvedl absolutní vyjádření základní částky pokuty, se předseda Úřadu vyčerpávajícím způsobem vypořádal v odst. 232. svého meritorního rozhodnutí, a kasační soud nemá k jeho závěrům co dodat. Ve zkratce shrnuto, tímto důvodem byla skutečnost, že sami žalobci své čisté obraty dosažené jimi v roce 2005 na relevantním trhu označili za obchodní tajemství.

[211] K uvedeným námitkám nutno opětovně odkázat na již výše uvedené, totiž že stanovení výše pokuty náleží správnímu uvážení správních orgánů. Toto správní uvážení bylo řádně odůvodněno. Určení základní částky ve výši 0,3 % čistého obratu žalobců dosaženého z dodávek léčiv za rok 2005 bylo odrazem nízké míry dotčení soutěže na relevantním trhu. Stanovená základní částka též zohlednila ekonomickou výkonnost každého účastníka řízení na daném trhu i rozdíly výše podílů účastníků na trhu. V odst. 326. svého meritorního rozhodnutí pak žalovaný u každého žalobce orientačně vyjádřil i podíl pokuty k celkovému čistému obratu dosaženému z veškeré činnosti, neboť právě ve vztahu k tomuto obratu je stanovena zákonná sazba (§ 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže; k tomu srov. obdobně bod 96 rozsudku Soudu prvního stupně ze dne 5. 4. 2006 ve věci *Degussa AG*, T-279/02, Sb. rozh. s. II-897).

[212] Nejvyšší správní soud se dále ztotožnil i s posouzením subjektivní stránky předmětného deliktu správními orgány (odst. 311. meritorního rozhodnutí žalovaného, odst. 220. - 226. meritorního rozhodnutí předsedy Úřadu). Jednání žalobců bylo vedeno vědomým cílem spočívajícím v narušení hospodářské soutěže vyloučením vzájemné konkurence vůči dotčeným odběratelům, a to za účelem vymožení splatných pohledávek. Žalobci tudíž jednali v úmyslu přímém.

[213] Pokud jde o údajné nepřihlédnutí k vyhrocené situaci na trhu či k politickému nátlaku, lze se ztotožnit se správními orgány v tom, že tato situace nedosáhla intenzity krize odvětví, k níž by měl soutěžní úřad při ukládání pokuty přihlédnout (srov. např. bod 90 rozsudku Soudu prvního stupně ze dne 13. 12. 2006 ve spojených věcech T-217/03 a T-245/03, *FNCBV*, Sb. rozh. s. II-4987).

iii.) Polehčující a přitěžující okolnosti

Argumentace žalobců

[214] Žalobce a) namítl, že při hodnocení polehčujících a přitěžujících okolností nelze považovat za dostatečné snížení částky pokuty o 10 % s ohledem na jeho prolomení sladěného chování v období od 21. 2. do 28. 2. 2006. Žalovaný nedostatečně zhodnotil skutečnost, že žalobce a) dobrovolně a z vlastní iniciativy vystoupil z AVELu, ale zejména obnovil dodávky do nemocnic, a to i přesto, že to znamenalo jeho bojkotování a izolaci ze strany ostatních žalobců. Nadto nebylo přihlédnuto k tomu, že se jednalo o první a jednorázové porušení zákona o ochraně hospodářské soutěže ze strany žalobce a). Krajský soud pak k těmto argumentům nepřihlédl.

[215] Ani podle žalobce b) se krajský soud blíže nevyjádřil k žalobním námitkám ohledně přihlédnutí k polehčujícím a přitěžujícím okolnostem. Jednání žalobců nebylo primárně zaměřeno na narušení hospodářské soutěže a nebylo tak učiněno v přímém úmyslu. Žalobci b) lze přičítat maximálně nedbalost a ta měla být vzata v úvahu jako polehčující okolnost podle čl. 34 Zásad. Přičítání úmyslu jako přitěžující okolnosti je pak v rozporu s Pokyny Komise. Jako polehčující

okolnosti měly být vzaty v úvahu i skutečnost, že se žalobce b) k takovému jednání uchýlil poprvé, jakož i to, že preventivně přijal taková opatření, aby nemohlo dojít k ohrožení práv a zájmů třetích osob. Žalobce b) nikdy dodávky léčiv do fakultních nemocnic zcela nezastavil a dle jejich objednávek nadále dodával tzv. vitální léčiva.

[216] Kdyby fakultní nemocnice měly nedostatek léčiv, tak by se v období, kdy žalobce a) krátkodobě obnovil dodávky musel několikanásobně zvýšit objem objednávek a nikoliv se pouze vrátit na dříve obvyklé denní objednávky. Z toho plyne, že se lékárny fakultních nemocnic dostatečně předzásobily. Díky mediální strategii žalobců byla veřejnost upozorněna na neudržitelnou situaci ve zdravotnictví. V návaznosti na předmětné události pak došlo i ke změnám celkového konceptu financování zdravotnictví, jakož i ke zlepšení postavení fakultních nemocnic. Jednání žalobců tak celkovou situaci na trhu spíše uklidnilo. Došlo ke zlepšení klimatu na tomto trhu a fakultní nemocnice jsou nuceny za dodané léky platit včas, z čehož těží i ostatní účastníci trhu.

[217] Podle žalobce c) je neodůvodněno též přihlédnutí k údajné „přitěžující okolnosti" v odst. 322. meritorního rozhodnutí žalovaného. Tvrzení o jakýchsi „aktivních krocích" žalobce c) k „ochraně vzájemně sladěného postupu účastníků před vnějším vlivem" je nedostatečné. Přitom tato přitěžující okolnost zvýšila výchozí částku pokuty o 2 x 10 %. Rozhodnutí správních orgánů jsou tak i v této části nepřezkoumatelná.

[218] Dle žalobce d) se krajský soud nevypořádal ani s námitkou týkající se úmyslu jako přitěžující okolnosti. Ustanovení § 22 odst. 2 zákona o ochraně hospodářské soutěže postihuje každou z forem zavinění. Zatímco nedbalost může být považována za polehčující okolnost, úmysl nemůže být považován za okolnost přitěžující (viz bod 29. Pokynů Komise). Krajský soud též chybně pominul další významné polehčující okolnosti, které žalobce d) podrobně uvedl na straně 28 žaloby.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[219] Pokud jde o námitku týkající se míry přihlédnutí k polehčující okolnosti prolomení sladěného chování žalobcem a) v období od 21. 2. 2006 do 28. 2. 2006, i tuto otázku správní orgány posuzovaly v rámci správního uvážení. Konkrétní úvahu pak dostatečně odůvodnily v odst. 323. meritorního rozhodnutí žalovaného. Nelze tak dospět k závěru o vybočení z mezí či zneužití správního uvážení. K samotným důvodům lze dodat, že shodně s žalovaným shledal i kasační soud, že tato pozitivní aktivita žalobce a) trvala jen krátkou dobu a byla devalvována opětným ukončením dodávek a pokračováním ve sladěném postupu. V této souvislosti nutno uvést, že členství v AVELu nebylo nutným předpokladem faktického protisoutěžního jednání žalobce a), stejně tak ukončení členství v této asociaci neznamenalo automatické zanechání sladěného jednání. Z tohoto hlediska bylo prokazování souvislostí (trestní oznámení) ukončení členství žalobce a) v AVELu irelevantní.

[220] Lze se též ztotožnit se závěrem krajského soudu, že skutečnost prvního porušení zákona není sama o sobě vždy polehčující okolností. Její automatické uplatnění by zejména u porušení zákona spáchaného v úmyslu přímém bylo velmi sporné. Ostatně kupř. nový trestní zákoník [zákon č. 40/2009 Sb., účinný od 1. 1. 2010; § 41 písm. a)] považuje první spáchání trestného činu za polehčující okolnost pouze v případě, že tak pachatel učinil pod vlivem okolností na něm nezávislých.

[221] I přihlédnutí k předmětným přitěžujícím okolnostem u žalobce c) shledal kasační soud důvodným a též řádně odůvodněným. V odst. 322. svého meritorního rozhodnutí žalovaný

výslovně poukázal na Důkazy č. 4 (email ředitele Housera ze dne 3. 2. 2006 s připojeným „Návrhem komplexního řešení distributorů vzniklé situace v důsledku snížení přirážky o 3 %") a č. 11 (email ředitele Housera ze dne 8. 2. 2006, předmět: Stylmed H) a odkázal na hodnocení těchto důkazů v odst. 63. - 66. a 80. téhož rozhodnutí. I podle Nejvyššího správního soudu z obou důkazů plyne aktivní snaha žalobce c) vedoucí k ochraně vzájemně koordinovaného postupu žalobců před vnějšími vlivy.

[222] Kasační soud má též za to, že vzhledem k vymezení skutku nebylo možné za polehčující okolnosti považovat dodávky tzv. vitálních léčiv ani okolnost předzásobení se nemocnic. Zlepšení podmínek na trhu, na něž žalobci poukazovali jako na výsledek svého jednání, se pak mohlo týkat pouze období, které následovalo po úplném obnovení dodávek všemi žalobci.

[223] Pokud jde o námitku přihlédnutí k úmyslnému porušení zákona jako k přitěžující okolnosti, nutno v prvé řadě uvést, že správní orgány při uložení pokuty nepostupovaly (a ani nebyly povinny postupovat) podle výše uvedených Pokynů Komise.

[224] Pro určení druhu a výměry trestu mají význam zejména okolnosti charakterizující stupeň nebezpečnosti činu pro společnost. Okolnosti spoluurčující společenskou nebezpečnost se v konkrétním případě mohou jevit i jako polehčující a přitěžující okolnosti. Hodnocení konkrétního stupně nebezpečnosti pro společnost, má podstatný význam nejen pro úvahu, zda jde vůbec o delikt, ale rozhodujícím způsobem zasahuje i do úvah o tom, zda jde o delikt závažnějšího nebo méně závažného charakteru.

[225] U každé přitěžující či polehčující okolnosti je nutno konkrétně zhodnotit její význam pro zvýšení či snížení stupně nebezpečnosti činu pro společnost. Při určování stupně nebezpečnosti deliktu pro společnost se nepřihlíží jen k okolnostem, které zakládají znaky deliktu, kterým byl účastník řízení uznán vinným, nýbrž i k dalším okolnostem, které sice nejsou nutné k naplnění znaků deliktu, které však charakterizují spáchaný skutek nebo jeho pachatele a mají vliv na jejich konkrétní společenskou nebezpečnost.

[226] Jednou z okolností, kterou je nutno brát v úvahu při stanovení míry nebezpečnosti činu pro společnost, je i míra zavinění. Ta je stanovena jak ve vztahu k formě zavinění, tak i k jeho obsahu. Úmysl je těžší forma zavinění než nedbalost. Čím je pachatel lépe obeznámen se všemi rozhodujícími skutečnostmi naplňujícími znaky deliktu, tím vyšší je míra zavinění a naopak. Při jinak stejných okolnostech má vyšší míra zavinění za následek vyšší trest.

[227] Z hlediska míry zavinění je pak třeba především hodnotit, které skutečnosti zahrnuje zavinění pachatele (např. představa pachatele o rozsahu následků způsobených jeho deliktem, úmysl předem uvážený je nebezpečnější než úmysl náhle pojatý, apod.).

[228] V přihlédnutí správních orgánů k formě zavinění jakožto k „přitěžující okolnosti", tedy přesněji řečeno k okolnosti zvyšující nebezpečnost předmětného deliktu pro společnost, proto nelze spatřovat porušení zákona.

iv.) Předvídatelnost a přiměřenost pokut

Argumentace žalobců

[229] Podle žalobců se správní orgány odchýlily od své vlastní rozhodovací praxe v obdobných případech, jakož i od ustálených rozhodnutí evropských soudů a Evropské komise

a jejích směrnic a pokynů pro ukládání pokut, ale i od vlastních Zásad postupu při stanovování výše pokut.

[230] Žalovaný tak porušil zásadu předvídatelnosti výše uložené pokuty, jež je inherentní principu generální prevence. Stanovil pokutu nepřezkoumatelným způsobem a uložená sankce ve výsledku převýšila výši sankcí ukládaných jím v případech obdobného porušení předpisů kartelového práva, a dokonce též i v případech, kdy došlo k mnohem závažnějšímu narušení hospodářské soutěže (v řízení č. j. S 233/03 byla společnostem DELTA PEKÁRNY a. s., ODKOLEK a. s. a PENAM spol. s r. o. uložena pokuta 66 000 000 Kč za cenový kartel).

[231] Rozsudek krajského soudu je nepřezkoumatelný též ohledně nepřiměřenosti uložené pokuty. Při jejím ukládání byla porušena zásada subsidiarity správního trestání, podle níž má uložení pokuty smysl pouze v těch případech, kdy jiné prostředky nemohou vést ke kýženému cíli a jeví se nedostatečné. Uložená pokuta je nespravedlivá, nepředvídatelná a diskriminační s ohledem na dosavadní sankce ukládané žalovaným za porušení § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže, což je zcela evidentní ve srovnání s pokutou uloženou dříve výrobcům pečiva za cenový kartel, který měl bezprostřední a konkrétní negativní dopad na spotřebitele.

[232] Podle žalobce b) žalovaný při stanovení výše pokuty vycházel pouze z absolutní hodnoty jeho obratu, opomenul však zohlednit okolnosti, jak je obrat distribučními společnostmi na trhu distribuce léčiv dosahován. Je totiž třeba rozlišovat výši obratu s ohledem na druh činnosti ekonomického subjektu. Subjekty zabývající se obchodní činností budou vždy vykazovat obraty několikanásobně vyšší než subjekty zabývající se poskytováním služeb nebo výrobní činnosti. Náklady na pořízení zboží jsou u subjektů zabývajících se obchodní činností nejvýznamnější nákladovou položkou. U výrobních podniků či u poskytovatelů služeb není rozdíl mezi primární nákladovou složkou a ostatními nákladovými položkami zdaleka tak významný. To se zákonitě projevuje ve výši tržeb a potažmo i na výši obratu tak, že subjekty obchodního charakteru budou vždy vykazovat nejvyšší obraty. Z tohoto obratu však bude relativně menší část činit přidaná hodnota a ještě menší část zisk.

[233] Nebyla též zohledněna specifická výše ziskovosti oboru distribuce léčiv, která ve vztahu k výši obratu dosahuje desetin procenta. Při takovém postupu by účastníci trhů s nízkými maržemi byli sankcionováni v nepoměrně větším rozsahu než soutěžitelé v jiných oborech.

[234] Při výpočtu pokuty tak měl žalovaný zohlednit i skutečné hospodářské výsledky. V distribuci léčiv dosahuje hrubá marže cca 4 % obratu a zisk je tak v řádech do desetin procenta obratu. Předsedou Úřadu zmiňovaná výše základního kapitálu nemá k obratu či ziskovosti společnosti žádný přímý vztah. Postup správních orgánů tedy nutí žalobce za účelem placení pokuty prodat část svých aktiv.

[235] Dále byl porušen i princip spravedlnosti správního trestání. Stát jako osoba zodpovědná za řádný chod zdravotnictví a zřizovatel fakultních nemocnic přinutil žalobce k vytýkanému jednání a následně je za jím vyvolané chování potrestal vysokými pokuty, které jsou paradoxně příjmem státního rozpočtu.

[236] Soud též nepřihlédl k žalobním námitkám ohledně likvidačního účinku pokuty. Uložená pokuta dvaapůlkrát přesahuje výsledek hospodaření žalobce b) za rok 2005 (čistý zisk ve výši 6 565 000 Kč). Do splácení pokuty tak žalobce b) bude muset „investovat" veškerý svůj zisk po zdanění za víceleté období. V úvahu měly být vzaty též další významné nákladové položky, zejména výše mzdových nákladů [uložená sankce převyšuje měsíční mzdové náklady žalobce b) o 200,07 %]. Pokuta též představuje 121,02 % čisté hodnoty dlouhodobého majetku žalobce b)

a je tak zcela nepřiměřená. Ústavní soud pak v nálezu ze dne 9. 3. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 38/02, uvedl, že *„má-li být pokuta individualizovaná a přiměřená, musí reflektovat i majetkové poměry potrestaného"*.

Závěry Nejvyššího správního soudu

[237] Ohledně otázky přiměřenosti a předvídatelnosti uložených pokut je třeba v prvé řadě zdůraznit, že jakkoliv má správní orgán při ukládání pokuty volnost správního uvážení, je současně vázán elementárními principy správního rozhodování, včetně povinnosti rozhodovat v obdobných případech obdobným způsobem (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 6. 2005, č. j. 8 As 5/2005 - 53, ve věci *SELF servis, spol. s r. o.*, publ. pod č. 1062/2007 Sb. NSS).

[238] K bližšímu pochopení aplikace zásady rovného zacházení při ukládání pokut v rámci ochrany hospodářské soutěže lze podpůrně použít inspirativní judikaturu komunitárních soudů, které mají s otázkami týkajícími se ukládání pokut za porušení soutěžního práva bohaté zkušenosti. Soud prvního stupně tak např. uvedl, že *„při stanovování pokut [...] je Komise povinna dodržovat obecné právní zásady, obzvláště zásady rovného zacházení a proporcionality, jak je vymezila judikatura Soudního dvora a Soudu"* (viz bod 77 rozsudku ze dne 5. 4. 2006 ve věci *Degussa AG*, T-279/02, Sb. rozh. s. II-897). Podle bodu 80 téhož rozsudku *„[p]řestože rozhodovací praxe Komise sama o sobě nevytváří právní rámec pro pokuty v oblasti hospodářské soutěže (viz rozsudek Soudu ze dne 18. července 2005, Scandinavian Airlines System v. Komise, T-241/01, Sb. rozh. s. II-2917, bod 87 a citovaná judikatura), nic to nemění na skutečnosti, že podle zásady rovného zacházení Komise nesmí zacházet se stejnými situacemi odlišně anebo s odlišnými situacemi stejně, není-li takové zacházení objektivně odůvodněné (rozsudek Soudního dvora ze dne 13. prosince 1984, Sermide, 106/83, Recueil, s. 4209, bod 28, a rozsudek Soudu ze dne 14. května 1998, BPB de Eendracht v. Komise, T-311/94, Recueil, s. II-1129, bod 309)."*

[239] Za objektivně odůvodněné odlišné zacházení pak Soud prvního stupně v bodě 81 rozsudku ve věci *Degussa AG* považuje pozměnění správní praxe za účelem všeobecné ochrany před protiprávními jednáními porušujícími pravidla v oblasti hospodářské soutěže. Komise tedy *„může kdykoli přizpůsobit výši pokut, pokud tak vyžaduje účinné použití pravidel Společenství v oblasti hospodářské soutěže"*.

[240] K uvedenému doplnil Soudní dvůr (rozsudek ze dne 7. 6. 2007 ve věci *Britannia Alloys & Chemicals Ltd*, C-76/06 P, Sb. rozh. s. I-4405, bod 60), že *„rozhodovací praxe Komise nemůže sama o sobě vytvářet právní rámec pro pokuty v oblasti hospodářské soutěže a že rozhodnutí týkající se jiných věcí mají ohledně případné existence diskriminace pouze orientační povahu, protože je málo pravděpodobné, že okolnosti jim vlastní, jako jsou trhy, výrobky, podniky a dotyčné doby trvání, jsou totožné."* I podle Soudního dvora je pak (viz bod 44 rozsudku ve věci *Britannia Alloys & Chemicals Ltd*) Komise v rámci svého prostoru pro uvážení *„povinna individualizovat sankci v závislosti na jednání a vlastnostech dotyčných podniků, aby zajistila v každém projednávaném případě plnou účinnost pravidel Společenství v oblasti hospodářské soutěže (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 29. června 2006, SGL Carbon v. Komise, C-308/04 P, Sb. rozh. s I-5977, bod 46 a uvedená judikatura)."*

[241] V bodě 61 téhož rozsudku pak Soudní dvůr dokonce uvedl, že *„podniky, vůči nimž se vede správní řízení, jež může vyústit v uložení pokuty za porušení pravidel Společenství v oblasti hospodářské soutěže, nemohou nabýt legitimního očekávání ohledně skutečnosti, že Komise nepřekročí dříve používanou úroveň pokut ani ohledně metody výpočtu pokut. Soudní dvůr v tomto ohledu zejména upřesnil, že uvedené podniky tedy musí vzít v úvahu možnost, že se Komise kdykoli rozhodne zvýšit úroveň výše pokut ve srovnání s úrovní používanou v minulosti (viz rozsudek ze dne 28. června 2005, Dansk Rørindustri a další v. Komise, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P až C-208/02 P a C-213/02 P, Sb. rozh. s. I-5425, body 228 a 229)."*

[242] Z uvedeného lze dovodit, že známá a dostupná správní praxe soutěžního úřadu sice nepředstavuje právní rámec pokut, ale slouží jako referenční hledisko ve vztahu k dodržování zásady rovného zacházení, přičemž je nadále možné i zvýšení úrovně pokut v mezích stanovených právními předpisy, pokud je to nutné za účelem zajištění účinnosti aplikace pravidel v oblasti hospodářské soutěže. Jde tedy spíše o vyjádření zákazu libovůle při stanovení pokut. V tomto ohledu může být dřívější praxe soutěžního úřadu významným vodítkem bránícím neodůvodněným excesům při správním trestání. Tento obecný závěr se přitom uplatní i v případech, na něž se vztahuje pouze české soutěžní právo.

[243] V daném případě však není zřejmé, že by k porušení výše uvedených zásad došlo. Žalobci v této souvislosti poukázali na kauzu výrobců pečiva. Zde se však mýlí. Nejen, že oba případy vykazují řadu skutkových odlišností, zejména však není pravdou, že by dotčeným výrobcům pečiva byla žalovaným udělena nižší pokuta za závažnější delikt. Jak totiž plyne z odst. 271. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 2. 2. 2009, č. j. R020,021,022/2004-1249/2009/31, ve věci *DELTA PEKÁRNY, a. s., ODKOLEK a. s., a PENAM, a. s.* (www.compet.cz), byly účastníkům řízení v tomto případě uděleny pokuty ve výši 0,7 – 1,3 % jejich ročního čistého obratu. Jedná se tedy o násobky pokut udělených v nyní souzené věci. Mají-li být totiž pokuty přiměřené nejen k závažnosti a délce protisoutěžního jednání, ale i k celkovému významu soutěžitele, jenž se takového jednání dopustil, je relevantním kritériem poměr výše uložené pokuty k celkovému čistému obratu soutěžitele za poslední ukončené kalendářní období a porovnávání absolutní výše ukládaných pokut nemá praktického významu.

[244] K nezohlednění specifičnosti tvorby obratu žalobců jako subjektů s obchodní činností a k nezohlednění nižší ziskovosti velkoobchodní distribuce léčiv nutno konstatovat, že kritérium čistého obratu je stanoveno zákonem. Ke skutečným hospodářským (účetním) výsledkům nelze při stanovení výše pokuty bez dalšího přihlížet, neboť dostatečně neodrážejí sílu a velikost narušitele soutěžního prostředí. Výši pokuty též nelze srovnávat s dílčími údaji vybranými z účetních výkazů. Např. ze samotné skutečnosti, že pokuta je vyšší než zisk společnosti v daném roce, nemůže být vyvozován její likvidační charakter.

[245] Uvedené však neznamená, že by soutěžní úřad neměl brát v úvahu finanční způsobilost a skutečné zdroje soutěžitele v době uložení pokuty. Řádně zhodnotit finanční prostředky soutěžitele musí na jedné straně proto, aby pokuta byla dostatečně odrazující, na druhé straně proto, aby nebyla pro soutěžitele likvidační.

[246] V daném případě se posouzením přiměřenosti pokut a jejich případného likvidačního charakteru předseda Úřadu v souladu se závěry Ústavního soudu (nálezy ze dne 9. 3. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 38/02, N 36/32 SbNU 345, a ze dne 13. 8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02, N 105/27 SbNU 177, též pod č. 405/2002 Sb.) vyčerpávajícím způsobem zabýval v odst. 230. až 240. (str. 52 až 56) svého meritorního rozhodnutí. A právě při zkoumání likvidačního charakteru pokut hodnotil i celkovou hospodářskou situaci žalobců.

[247] Úhrada pokuty se zpravidla vždy negativně odrazí v některé oblasti hospodaření společnosti. Citelnost pokuty je jejím zamýšleným účinkem, aby odradila soutěžitele od opakování porušení zákona. Jen tak může plnit funkci preventivní a represivní. Pokud jde o tvrzené nevyužití zásady subsidiarity správního trestání, ani Nejvyšší správní soud s ohledem na všechny skutkové okolnosti neshledal, že by k naplnění účelu ochrany veřejného statku (férové soutěže pro všechny účastníky trhu), jakož i zmíněné funkce preventivní i represivní, bylo dostatečným neuložení sankce. Obecně je při ukládání pokut žádoucí zohledňovat výši zisku dosaženého porušením zákona, aby soutěžitelům nezůstala protiprávně dosažená konkurenční

výhoda. To však neznamená, že tam, kde se nepodaří vyčíslit zisk z kartelového jednání či kde je dosaženo jiné výhody nežli zisku, by měly být ukládány jen symbolické sankce.

IV. Závěr a náklady řízení o kasačních stížnostech

[248] Nejvyšší správní soud shledal námitky žalobců nedůvodnými. Jelikož v řízení nevyšly najevo ani žádné vady, k nimž musí kasační soud přihlížet z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 s. ř. s.), zamítl kasační stížnosti jako nedůvodné (§ 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s.).

[249] O náhradě nákladů řízení bylo rozhodnuto podle § 60 odst. 1 za použití § 120 s. ř. s. Žalobci nemají právo na náhradu nákladů řízení o kasačních stížnostech, neboť ve věci neměli úspěch. Žalovanému, kterému by jinak jakožto úspěšnému účastníku řízení právo na náhradu nákladu řízení příslušelo, náklady řízení nevznikly.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí **nejsou** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 31. března 2010

JUDr. Lenka Kaniová, v. r.
předsedkyně senátu

Za správnost vyhotovení:
Eva Kloudová, DiS.