



UOHSP000791V

62 Ca 43/2007-216



ČESKÁ REPUBLIKA

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno	
Došlo:	29-01-2009
Číslo: 145-1140209/HS	Vyřizuje: ODE bar. Vrb
Přílohy:	

OSOBNĚ

ROZSUDEK

JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Petra Sladkého a soudců JUDr. Davida Rause, Ph.D. a JUDr. Zuzany Bystřické v právní věci žalobců a) **PHARMOS a.s.**, se sídlem Ostrava, Radvanice, Těšínská ulice 1349/296, zastoupeného JUDr. Ing. Ivanem Rottem, advokátem se sídlem Brno, Křížová 18, b) **GEHE Pharma Praha, spol. s r.o.**, se sídlem Praha 5, Naskové 1, zastoupeného JUDr. Liborem Prokešem, advokátem se sídlem Praha 1, Na Příkopě 15, c) **PHOENIX lékárenský velkoobchod, a.s.**, se sídlem Praha 10 – Hostivař, K pérovně 945/7, zastoupeného JUDr. Petrem Novotným, advokátem se sídlem Praha 1, Platněřská 2, d) **Alliance Healthcare, s.r.o.**, se sídlem Praha 10 – Malešice, Podle Trati 624/7, zastoupeného Dr. Radanem Kubrem, advokátem se sídlem Praha 1, Jáchymova 2, proti žalovanému **Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem Brno, třída Kpt. Jaroše 7, o žalobách proti rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R013,021/2007-15511/2007/310 ze dne 22.8.2007, č.j. R014,026/2007-15448/2007/310 ze dne 22.8.2007 a č.j. R002,005-007/2007/01-20917/2007/310 ze dne 12.11.2007,

t a k t o :

- I. Žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R013,021/2007-15511/2007/310 ze dne 22.8.2007 **se zamítá.**
- II. Žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R014,026/2007-15448/2007/310 ze dne 22.8.2007 **se zamítá.**
- III. Žaloby proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R002,005-007/2007/01-20917/2007/310 ze dne 12.11.2007 **se zamítají.**
- IV. Žalovanému se náhrada nákladů řízení **nepřiznává.**

O d ů v o d n ě n í :

I. Procesní situace

Krajskému soudu v Brně napadlo šest samostatných žalob žalobců a) – d).

Žalovaný rozhodl v prvním stupni správního řízení *in merito* rozhodnutím č.j. S60/06-22189/06-300 ze dne 14.12.2006. Toto rozhodnutí bylo opraveno postupně dvěma opravnými usneseními žalovaného – a sice usnesením č.j. S60/06-22792/06-300 ze dne 28.12.2006 a usnesením č.j. S60/06-22806/06-300 ze dne 29.12.2006; první z těchto usnesení opravovalo výrok a druhé z těchto usnesení opravovalo odůvodnění prvostupňového rozhodnutí *in merito*. Proti prvostupňovému rozhodnutí *in merito* i pro oběma opravným usnesením byly pak podány rozklady, o nichž bylo rozhodnuto předsedou Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnutími č.j. R002,005-007/2007/01-20917/2007/310 ze dne 12.11.2007, č.j. R013,021/2007-15511/2007/310 ze dne 22.8.2007 a č.j. R014,026/2007-15448/2007/310 ze dne 22.8.2007. Proti všem těmto třem druhostupňovým rozhodnutím byly podány žaloby.

Tyto žaloby byly u Krajského soudu v Brně vedeny původně pod sp.zn. 62 Ca 43/2007, 62 Ca 44/2007, 62 Ca 52/2007, 62 Ca 5/2008, 62 Ca 6/2008 a 62 Ca 7/2008, a ty soud spojil ke společnému projednání; nadále je spojená věc vedena pod sp.zn. 62 Ca 43/2007.

II. Žaloby

Žalobce c) brojí proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R013,021/2007-15511/2007/310 ze dne 22.8.2007. Proti tomuto rozhodnutí namítá, že je nesprávné, neboť nebyly splněny zákonné podmínky pro vydání opravného rozhodnutí vyplývající z § 70 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu (dále jen „správní řád“). Z opravného rozhodnutí totiž podle žalobce c) nepochybně vyplývá, že opravným rozhodnutím nebyly opraveny zřejmé nesprávnosti výrokové části písemného vyhotovení původního rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení, a že naopak opravným rozhodnutím byl zcela změněn význam výroku tohoto rozhodnutí. Podle žalobce c) vymezení postihovaného skutkového jednání v bodě I. výrokové části původního rozhodnutí upraveného napadeným opravným rozhodnutím, kterého se měl žalobce c) a další účastníci řízení údajně dopustit, a kterým tak měli jednáním ve vzájemné shodě narušit hospodářskou soutěž, je z hlediska zajištění základních zásad činnosti správního orgánu a zaručení procesních záruk účastníků správního řízení nedostatečné a neurčité. Podle žalobce c) výrok prvostupňového rozhodnutí *in merito* nesplňuje podmínku určitého a nezaměnitelného vymezení deliktu, a to zejména z hlediska popisu vlastního jednání účastníků správního řízení a uvedení místa, času a způsobu spáchání deliktu, popřípadě i uvedení jiných skutečností, jichž je třeba k tomu, aby skutek nemohl být zaměněn s jiným. Není tedy dostatečně určité a jednoznačně vymezeno, jaké konkrétní jednání je účastníkům správního řízení kladeno za vinu, v čem konkrétně žalovaný

spatřuje jejich údajné jednání ve vzájemné shodě, co se myslí pod pojmem „zprostředkování společného zájmu“ a jakému konkrétnímu obvinění ze správního deliktu se mají účastníci procesně bránit. Další námítky žalobce c) směřují proti nesprávnému postupu žalovaného při provádění dokazování. Stejně tak žalobce c) zpochybňuje rozsah vedení správního řízení; tu žalobce c) namítá, že v průběhu řízení nedocházelo ke zpřesnění jeho předmětu, ale ke zcela jinému vymezení skutků, které byly ve správním řízení posuzovány. Podrobnější argumentací pak žalobce c) dovozuje, že žalovaný ve správním řízení o rozšířeném předmětu vůbec rozhodnout nemohl, a že ani důkazy získané v předmětném správním řízení nemohl bez dalšího použít jako podklady k rozhodnutí, kterým bylo protiprávní jednání žalobce c) a ostatních účastníků správního řízení deklarováno. Podle žalobce c) mohl žalovaný vydat opravné rozhodnutí jenom tehdy, pokud by bylo bez jakýchkoli pochybností prokázáno, že žalobce se účastnil na zcela konkrétním jednání, které lze kvalifikovat jako jednání ve shodě, že jednání ve shodě se týkalo ukončení dodávky plného sortimentu léčiv do jednotlivých nemocnic a následného poskytování jen dodávek tzv. vitálních léčiv uvedeným nemocnicím, pokud by bylo možné tento pojem přesně definovat, se zkrácenými lhůtami splatnosti, a že toto jednání ve shodě muselo vést k narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu. V případě, že by žalovaný při šetření všechny tyto skutečnosti bez jakýchkoli pochybností neprokázal, musel by podle zásady *in dubio pro reo* rozhodnout, že zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „ZOHS“) porušen nebyl. Žalobce c) je přitom přesvědčen, že žalovaný v řízení dostatečně neprokázal, že by splnění všech těchto podmínek bylo bez pochybností splněno a prokázáno, a proto navrhuje, aby rozhodnutí žalovaného č.j. R013,021/2007-15511/2007/310 ze dne 22.8.2007 i jemu předcházející opravné rozhodnutí č.j. S60/06-22792/06-300 ze dne 22.12.2006 bylo zrušeno.

Žalobce c) rovněž brojí proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R014,026/2007-15448/2007/310 ze dne 22.8.2007. Ve vztahu k tomuto rozhodnutí žalobce c) namítá, že opravné usnesení, kterým byly opravovány podle žalovaného zřejmé nesprávnosti – písařské chyby, zcela změnilo odůvodnění původního rozhodnutí vydaného *in merito*; text odůvodnění původního rozhodnutí vydaného *in merito* a text opravného usnesení směřujícího do odůvodnění prvostupňového rozhodnutí *in merito* vypovídají o zcela odlišném skutkovém ději. Napadené rozhodnutí je tak podle žalobce c) nesprávné, neboť nebyly splněny zákonné podmínky pro vydání opravného usnesení podle § 70 správního řádu. Z opravného usnesení podle žalobce c) nepochybně vyplývá, že opravným usnesením nebyly opraveny zřejmé nesprávnosti odůvodnění písemného vyhotovení původního rozhodnutí *in merito*, a že naopak opravným usnesením byl zcela změněn význam odůvodnění tohoto původního rozhodnutí. Zároveň podle žalobce c) vysoký rozsah oprav (54) způsobuje, že odůvodnění rozhodnutí se stává zcela nesrozumitelným a tudíž i nepřezkoumatelným. V další části žaloby pak žalobce c) uplatňuje tytéž žalobní body se shodnou argumentací jako v případě žaloby proti rozhodnutí č.j. R013,021/2007-15511/2007/310 ze dne 22.8.2007 a navrhuje i rozhodnutí č.j.

R014,026/2007-15448/2007/310 ze dne 22.8.2007 i jemu předcházející opravné usnesení žalovaného č.j. S60/06-22806/06-300 ze dne 29.12.2006 zrušit.

Všichni žalobci pak samostatnými žalobami napadli rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R002,005-007/2007/01-20917/2007/310 ze dne 12.11.2007.

Žalobce a) ve vztahu k tomuto rozhodnutí namítá, že výroky napadeného rozhodnutí nemají oporu v provedeném dokazování, napadené rozhodnutí spočívá na chybném právním posouzení skutkového stavu, stejně tak jsou namítány procesní vady. Napadené rozhodnutí je tak podle žalobce a) nezákonné a není v souladu s hmotným právem, trpí rozpory mezi zjištěným skutkovým stavem a jeho právním hodnocením a je věcně nesprávné a nepřezkoumatelné. Účastníci správního řízení – distributoři léčiv – podle žalobce a) nejednali ve vzájemné shodě, a tedy neporušili § 3 odst. 1 ZOHS, jejich jednání bylo samostatnou reakcí na objektivně existující podmínky na trhu velkoobchodní distribuce léčiv. Žalobce a) společně s ostatními účastníky správního řízení toliko hájil svoje zákonná práva, a sice práva chráněná i Listinou základních práv a svobod (právo na podnikání podle článku 26, právo vlastnit majetek podle článku 11 a právo nebýt podroben nucené práci či službě podle článku 9).

Žalobce a) podrobně poukazuje na problémy veřejného zdravotnictví, které jsou již několik let známé. Již několik let podle žalobce a) bojují fakultní nemocnice s nedostatkem finančních prostředků a s nepoměrem mezi zákonem nařízenými výdaji (platy zaměstnanců, odvody daní, sociálního a zdravotního zabezpečení apod.) a zdroji k těmto výdajům (zejména platby od zdravotních pojišťoven ze systému zdravotního pojištění). Stav na trhu podle žalobce a) odpovídá faktické diskriminaci soukromých věřitelů ze strany státních nemocnic a nadto lze chování některých pracovníků fakultních nemocnic podřadit pod skutkové podstaty trestních činů podle § 256 a 256a trestního zákona, tedy trestných činů poškozování a zvýhodňování některých věřitelů. Věřitelé (účastníci správního řízení dodávající léčiva) podle žalobce a) hodlali pouze uplatňovat svoje práva podle platných právních předpisů a nedopustili se protiprávního jednání. Stejně tak se totiž nedopouštějí protiprávního jednání ve shodě věřitelé, kteří podají u soudu návrh na prohlášení konkursu určitého dlužníka. Z podkladů, které žalovaný shromáždil, podle žalobce a) vyplývá, že konkrétní jednání žádného z účastníků správního řízení nevybočilo z mezí chování, jež mu předpisy práva soukromého dovolují. Jedná se zejména o právo nedodávat dlužníkům zboží, požadovat placení dluhů po lhůtě splatnosti, požadovat zajištění svých pohledávek zajišťujícími instrumenty, podávat žaloby i zveřejňovat dlužníky v médiích a uskutečňovat další jednání předvídané zákonem. Žalobce a) argumentuje v tom směru, že na takovéto právní ochraně je společenský zájem. S tímto jeho argumentem se žalovaný nezabýval buď vůbec, nebo jen velmi povrchně, a to způsobem, který na podstatu této zásadní námitky žalobce a) nereaguje. V tomto směru tedy žalobce a) zpochybňuje argumentaci a závěry, ke kterým žalovaný ohledně porušení § 3 odst. 1 ZOHS dospěl. Žalovaný napadeným rozhodnutím nechránil základní právo účastníků správního řízení, jímž je právo vlastnické, na úkor práva ochrany soutěže. Jednání

všech účastníků správního řízení, kdy tito účastníci zastavili dodávky zboží svým dlužníkům, bylo legálním krokem, v praxi zcela běžným, přitom nepůsobí proti účelu práva hospodářské soutěže. Žalobce a) pak zpochybňuje jednotlivá dílčí tvrzení žalovaného obsažená v napadeném rozhodnutí a závěr, podle něhož informoval tři fakultní nemocnice o důvodech zastavení dodávek léčiv na základě předchozí koordinace s jinými účastníky správního řízení.

Žalobce a) dále namítá, že žalovaný stanovil období, ve kterém se měli účastníci dopustit zakázaného jednání ve vzájemné shodě, v rozporu se skutkovými zjištěními. Jestliže jednáním ve vzájemné shodě mělo dojít k narušení trhu nebo alespoň k jeho ohrožení, muselo by mít toto jednání určitý zaregistrovatelný, tj. měřitelný, zjistitelný či jinak popsateľný výstup. Prvním takto hodnotitelným „výstupem“ by v tomto případě mohly být informace České tiskové kanceláře o konání tiskové konference Asociace velkodistributorů léčiv (dále též jen „AVEL“) ze dne 7.2.2006, záznam Televizních novin odvysílaný na TV Nova 7.2.2006 a informace České tiskové kanceláře o tiskové konferenci AVEL ze dne 14.2.2006. Teprve na základě těchto informací se údajně dlužníci dozvěděli, že věřitelé budou požadovat, razantněji než dosud, úhradu vzniklých několika set milionových dluhů. Z podkladu rozhodnutí však vyplývá, že ze strany dlužnických subjektů došlo k poklesu finančního objemu i činnosti odběrů všech účastníků řízení pouze za období od 15. do 20.2.2006. Pokud by žalovaný v napadeném rozhodnutí uváděl správné údaje, pak by se zjistilo, že u žádného z účastníků řízení se období jeho zakázaného jednání nekryje s jednáním ostatních účastníků. Odpadl by tak skutkový znak všech jednání, a to „ve vzájemné shodě“. Pokud žalovaný považuje za předpoklad zakázaného jednání členství účastníků správního řízení v asociaci (AVEL), pak zásadním pochybením žalovaného jsou zjištění týkající se postavení žalobce a) mezi účastníky správního řízení (členy AVEL). Žalovaný v napadeném rozhodnutí ignoruje skutečnost, že po 21.2.2006 nebyl a ani nemohl být žalobce a) účastníkem dohody či jednání ve shodě, neboť byl ostatními členy AVEL nejméně od 24.2.2006 bojkotován a izolován od ostatních účastníků. K důkazům toto prokazujícím nebylo při vydání rozhodnutí žalovaného přihlíženo. Naopak, žalovaný jediný nepřímý důkaz (e-mail obsahující vyjádření Dr. Korty, v němž je uvedeno: „...*Nás se to asi bude ještě týkat...*“) používá pro svoji účelovou argumentaci v neprospěch žalobce a), aniž by přihlédl k daleko většímu množství důkazů opačných. Z důkazů podle žalobce a) jednoznačně vyplývá, že ke dni 21.2.2006 vystoupil žalobce a) z asociace AVEL. Nezúčastňoval se žádných dalších jednání AVEL, neuzavíral s těmito dalšími účastníky žádné ústní ani jiné dohody o jakémkoli dalším postupu ve věcech, které byly předmětem správního řízení. O faktickém vyřazení žalobce a) z dalšího postupu ostatních účastníků jednoznačně svědčí i materiály shromážděné žalovaným. Pokud tyto skutečnosti žalobce a) namítal ve správním řízení, pak se s nimi žalovaný v napadeném rozhodnutí nevypořádal – a proto je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné.

Pokud žalovaný dovozuje kontakt mezi účastníky správního řízení a obsah jejich vzájemné komunikace, pak důkazy o kontaktu nesouvisí podle žalobce a) se

skutky popsanými v napadeném rozhodnutí. Nejvýše by z nich mohlo vyplývat, že mezi AVEL a jejími členy, účastníky řízení, probíhala e-mailová korespondence o záměru ministra zdravotnictví nově upravit obchodní přírážky na léčiva. Nadto je prokazatelná pouze komunikace od AVEL k jednotlivým účastníkům, a to k účastníkům, kteří jsou nyní žalobci b) a d). Nemůže však sloužit jako důkaz o komunikaci mezi účastníky řízení navzájem, což je závěr, na kterém napadené rozhodnutí stojí. Nadto se tato komunikace týkala zcela jiné záležitosti, než skutků, za které byli účastníci správního řízení potrestáni. Žalobce a) pak uvádí jednotlivé důkazy, na nichž žalovaný vystavil závěr o jednání ve shodě, a tyto důkazy zpochybňuje; buď věcně nesouvisejí s posuzovaným jednáním, nebo byly nesprávně vykládány. V některých případech se jednalo pouze o iniciativu vedení AVEL a obsah dokumentů nebyl mezi členy AVEL schválen ani jinak komunikován.

Žalobce a) rovněž zpochybňuje závěr žalovaného ohledně vymezení relevantního trhu jako „trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren“. Dodávky léčiv účastníkům správního řízení se ovšem netýkaly v předmětném případě „lékáren včetně lékáren veřejných“. Dodávky se týkaly fakultních nemocnic – konkrétně Fakultní Thomayerovy nemocnice s poliklinikou, Fakultní nemocnice Na Bulovce a Fakultní nemocnice U svaté Anny v Brně. Trh, respektive dodávky do nemocničních lékáren, nelze považovat za věcně stejný trh jako trh tzv. veřejných lékáren, kde podnikají samostatné podnikatelské subjekty. Bylo-li již ve správním řízení namítáno, že trh léčiv v České republice je trhem oligopolním, pak se s touto námitkou žalovaný v napadeném rozhodnutí nevypořádal. K obsáhlému rozkladu v této otázce se žalovaný vyjádřil stručně, odkázal na stupeň koncentrace trhu a bez dalších podrobností se ztotožnil se závěry obsaženými v prvostupňovém rozhodnutí. Stejně tak je podle žalobce třeba přesně zjistit podíl účastníků řízení na relevantním trhu.

Žalobce a) dále zpochybňuje, že by žalovaný zahájil šetření na základě informací z médií a na základě údajných podání několika subjektů, převážně fakultních nemocnic. Podle dokumentace ve spisu však žalovanému před datem 14.2.2006 žádná podání ze strany fakultních nemocnic nedošla. Podle všech okolností případu žalobce a) usuzuje na politický tlak vykonávaný tehdejším ministrem zdravotnictví.

Žalobce a) rovněž zpochybňuje splnění materiální podmínky narušení hospodářské soutěže. Podle žalobce a) není tato podmínka splněna ani v potenciální rovině.

Žalobce a) také zpochybňuje datum 30.1.2006 coby datum prvního prokázaného kontaktu účastníků řízení ohledně jejich sladěného jednání. Členové AVEL se totiž vzájemně informovali o situaci na trhu po celou dobu fungování této asociace.

Žalobce a) dále zpochybňuje formulaci výrokové části napadeného rozhodnutí, poukazuje na to, že jeho díkce je na několika místech nesrozumitelná a neurčitá.

Stejně tak žalobce a) za věcně nesprávné a nepřezkoumatelné považuje rozhodnutí o výši udělené pokuty.

Žalobce a) tedy souhrnně poukazuje na to, že paralelní jednání soutěžitelů není důkazem o jednání ve vzájemné shodě, ledaže jednání ve vzájemné shodě je jediným možným vysvětlením paralelního jednání, a že kontakty mezi soutěžiteli nejsou důkazem o koordinaci soutěžního jednání, ledaže je prokázáno, že tyto kontakty skutečně sloužily k takové koordinaci. Z toho podle žalobce a) vyplývá, že žalovaný nesprávně posoudil skutkový stav - samostatné chování žalobce a) nebylo projevem koordinovaného postupu, ale důsledkem objektivně vzniklé situace, která nevyhnutelně vyvolala obdobné paralelní reakce ostatních účastníků na trhu; vytýkané kontakty mezi jednotlivými účastníky nevedly a ani nemohly vést k vyloučení nejistoty ohledně budoucího chování, tedy nemohly být základem jakékoli vytýkané koordinace.

Proto žalobce a) navrhuje napadené rozhodnutí zrušit.

Žalobce b) namítá nezákonnost napadeného rozhodnutí pro neúplně a nesprávně zjištěný skutkový stav věcí, nesprávné právní posouzení a nepřípustný a nezákonný postup při udělení pokuty; dále namítá vady řízení, které předcházelo vydání napadeného rozhodnutí.

Důkazy, na kterých žalovaný vystavěl svůj závěr o protisoutěžním jednání žalobce b) a ostatních účastníků správního řízení, jsou důkazy nepřímými. Tyto důkazy prokazují pouze to, že účastníci řízení byli v kontaktu a vyměňovali si obecně známé informace z titulu svého členství v AVEL a následně mediálně prezentovali neudržitelnou situaci ve zdravotnictví. Tyto nepřímé důkazy vzhledem ke své nízké vypovídací schopnosti nejsou způsobilé prokázat, že se účastníci řízení při těchto kontaktech dohodli na společném postupu vůči fakultním nemocnicím. Podle žalobce b) platí, že rozhodnutí žalovaného může být založeno na nepřímých důkazech, avšak z rozhodovací praxe žalovaného je zřejmé, že aby mohl být nepřímý důkaz přijat jako podklad pro rozhodnutí, je nezbytné vyvrátit pochybnosti o tom, že ke společnému postupu soutěžitelů došlo následkem jejich přímého nebo zprostředkovaného kontaktu, a pochybnosti o tom, že jejich jednání není náhodné nebo logickým důsledkem ekonomických podmínek na trhu určitého zboží. To se podle žalobce b) nestalo. Žalobce b) tu poukazuje na to, že farmaceutický trh je trhem oligopolním, na kterém jednotlivé subjekty přizpůsobují své obchodní chování jeden druhému. V případě zastavení dodávek fakultním nemocnicím se nejednalo o jednání soutěžitelů ve shodě.

K jednotlivým důkazům žalobce b) namítá, že tyto důkazy pouze svědčí o vzájemných kontaktech účastníků správního řízení v rámci AVEL, nikoli o jednání ve shodě spočívajícím v omezení dodávek fakultním nemocnicím. Komunikace nebyla nezákonná, neboť si účastníci řízení nevyměňovali žádné obchodně citlivé informace, ani si vzájemně nezprostředkovali koordinovaný postup vůči fakultním nemocnicím.

Z důkazu č. 7 naopak podle žalobce b) přímo vyplývá, že je deklarován záměr postupovat nikoli ve shodě, nýbrž vždy individuálně podle možností a finanční situace jednotlivých účastníků. Jednání ve shodě s ostatními účastníky podle žalobce b) vyvrací rovněž jeho nesouhlasné prohlášení s obsahem zápisu z jednání členské schůze AVEL ze dne 6.2.2006 (důkaz č. 7). Žalobce b) výslovně deklaroval, že hodlá o dodávkách nebo nedodávkách léčiv rozhodovat individuálně bez ohledu na kroky ostatních členů AVEL. Chybí tedy základní znak skutkové podstaty jednání ve shodě – vůle účastníků jednat určitým způsobem s jistotou, že ostatní se budou chovat stejně, přitom toto vědomí existuje od počátku. Je totiž nemyslitelné, aby žalobce b) po tomto prohlášení mohl koordinovat svůj postup vůči fakultním nemocnicím s ostatními účastníky řízení a ostatní účastníci řízení si museli být vědomi toho, že žalobce přijme individuální rozhodnutí. Pokud jde o tiskové konference, tu žalobce b) namítá, že na nich účastníci řízení pouze vystoupili se svými argumenty proti plánovaným krokům Ministerstva zdravotnictví na veřejnosti. Obsahem prezentace bylo i vyhlášení některých nepopulárních kroků, které by jednotliví distributoři museli přijmout, pokud by Ministerstvo zdravotnictví nezačalo situaci řešit. Jelikož nedošlo k reakci ze strany dotčených státních orgánů, žalobce b) v rámci druhé tiskové konference dne 14.2.2007 samostatně rozhodl oznámit zastavení dodávek fakultním nemocnicím poté, co se ukázalo být jasným, že žalobce d) dodávky zastaví. Žalobci b) bylo známo z jednání AVEL ze dne 6.2.2007, že žalobce d) bude muset přikročit k zastavení dodávek do fakultních nemocnic, jakmile budou její kreditní limity překročeny. Toto překročení limitů bylo žalobci b) v daném okamžiku jasné. Cílem obou tiskových konferencí tedy byla společná prezentace a obhajoba individuálních kroků, které hodlali jednotliví distributoři léčiv na základě samostatného uvážení uskutečnit. Následné kroky jednotlivých žalobců, účastníků správního řízení, se pak skutečně významně lišily a nezahrnovaly veškerá možná opatření proklamovaná na těchto tiskových konferencích. Tato skutečnost podle žalobce b) svědčí nepochybně o tom, že se každý z účastníků řízení rozhodoval samostatně, jaká opatření vůči fakultním nemocnicím přijme, a že se tedy nejednalo o nařikávané jednání ve vzájemné shodě.

Pokud jde o načasování jednotlivých kroků vůči fakultním nemocnicím, to korespondovalo s objektivní situací na trhu a se stupňujícími se mediálními útoky vůči žalobci b) a nijak nebylo koordinováno s obdobnými kroky ostatních distributorů. Všechny tyto argumenty, podrobně zdůvodněné, byly již obsahem rozkladu, respektive jeho doplnění, žalovaný je však odmítl jako nedůvodné a ztotožnil se se závěry obsaženými v prvostupňovém rozhodnutí. V obou stupních správního řízení došlo k nesprávné interpretaci významu a obsahu komunikace mezi účastníky správního řízení. Kontakty nevedly ani nemohly vést k dosažení vzájemného konsenzu ohledně budoucího jednání účastníků řízení, a tak k vyloučení nejistoty o tomto jednání; nebyl tak naplněn znak jednání ve shodě. Jednání nebylo projevem koordinovaného postupu, nýbrž bylo individuální reakcí na objektivní vývoj trhu distribuce léčiv. Žalovaný podle názoru žalobce b) nezohlednil faktickou situaci na trhu, nesprávně posoudil vzájemné kontakty mezi účastníky řízení, neprokázal citelné narušení hospodářské soutěže. Tu žalobce b) zpochybňuje jednotlivé dílčí závěry obsažené v napadeném rozhodnutí a dovozuje marginální dopad posuzovaného jednání na vymezený relevantní trh.

Žalobce b) též zpochybňuje závěr o uložení pokuty. Pokuta předně neměla být vůbec uložena, neboť jednání žalobce b) nebylo jednáním protiprávním. Kromě toho je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, neboť z jeho odůvodnění není zřejmé, jak žalovaný k výsledným částkám pokuty dospěl. Žalobce b) podrobně zpochybňuje jednotlivé kroky žalovaného při stanovení konkrétní výše pokuty. Mimo jiné žalobce b) namítá likvidační účinek výše uložené pokuty, žalobce b) rovněž odmítá závěr žalovaného, že se jedná o úmyslné porušení ZOHS. Žalobce b) též namítá procesní vady napadeného rozhodnutí. Žalobce b) předložil žalovanému v rozkladu důkazy, z nichž bylo zřejmé, že informace o zadluženosti nemocnic jsou veřejně dostupné. Pokud si je mezi sebou účastníci řízení sdělovali, nemůže toto jednání být z tohoto důvodu považováno za protisoutěžní. Žalobcem b) předložené důkazy rovněž prokazovaly, že načasování zaslání těchto dopisů nebylo důsledkem koordinovaného jednání, nýbrž jednou z možností reakce na mediální tlak (tu žalobce b/ poukazuje na přílohy č. 1, 7 a 8 doplnění rozkladu). Tyto důkazy žalovaný v druhostupňovém rozhodnutí nezmínil ani je nijak nebral v úvahu.

Rovněž je namítáno, že žalobce b) nebyl řádně seznámen s podklady pro vydání rozhodnutí. Před rozhodnutím ve druhém stupni správního řízení nebyla dána žalobci možnost seznámit se s podklady, na základě kterých hodlal předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže rozhodnout. Nic na tom nemění skutečnost, že napadené rozhodnutí bylo založeno na stejných důkazech jako prvostupňové rozhodnutí.

Žalobce b) tedy navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno a věc vrácena žalovanému k dalšímu řízení, *in eventum* navrhuje, aby bylo rozhodnuto o upuštění od uložení pokuty, případně aby byla pokuta uložená žalobci b) snížena v mezích zákonem dovolených.

Žalobce c) namítá vady řízení, které předcházelo vydání napadeného rozhodnutí, a nezákonnost napadeného rozhodnutí. Žalobce c) tvrdí, že napadené rozhodnutí je nedostatečné a neurčité v otázce vymezení postihovaného skutkového jednání. Od zahájení správního řízení nebylo posuzované jednání vymezeno dostatečně; nadto bylo v průběhu správního řízení toto vymezení měněno. Kromě toho ještě napadené rozhodnutí dodatečně mění skutkové vymezení postihovaného jednání, jak bylo provedeno v prvostupňovém rozhodnutí, a i takový postup je nepřístupný. Žalovaný nebyl v druhostupňovém rozhodnutí, nyní napadeném, oprávněn jakkoli účelově doplňovat, upravovat či zpřesňovat vymezení postihovaného jednání. Tím, že tak učinil, porušil zásadu dvojinstančnosti správního řízení.

Ani po konečném „upřesnění“ vymezení postihovaného jednání nespĺňuje napadené rozhodnutí podmínku dostatečně určitého a nezaměnitelného vymezení skutků. Předně není zřejmé, co se má namysli neurčitou a nesrozumitelnou formulací, podle níž si účastníci správního řízení „navzájem zprostředkovali společný zájem“. Toto vyjádření je natolik vágní a neurčité, že samo o sobě způsobuje procesní vadnost napadeného rozhodnutí. Stejně tak za neurčitý považuje žalobce c) pojem „vitální

léčiva“; tento pojem není právními předpisy ani obchodní praxí nijak definován. Navíc ve skutkové větě absentuje i vymezení místa, kde mělo k postihovanému jednání dojít, ačkoli i toto je v odůvodněných případech nezbytnou součástí výroku rozhodnutí o správním deliktu. Účastníci správního řízení jsou tak v právní nejistotě, jaké konkrétní jednání je jim vlastně kladeno za vinu.

Dále žalobce c) namítá, že žalovaný nezákonně prováděl dokazování, když předvolával a vyslyšel jako svědky osoby v postavení statutárního orgánu, respektive člena statutárních orgánů právnických osob, které byly účastníky správního řízení. Tyto osoby však nemohly být vyslechnuty jako svědci, neboť činí úkony právnické osoby a jejich jednání je tak jednání jménem účastníka. Podle § 55 odst. 1 správního řádu lze přitom jako svědka vyslechnout každého, s výjimkou toho, kdo je účastníkem. Tím, že tyto osoby byly vyslyšány coby svědci, bylo zhoršeno a oslabeno právní postavení účastníka správního řízení.

Proti hmotněprávnímu posouzení věci žalobce c) zejména namítá, že ve správním spise nejsou žádné důkazy, které by prokazovaly, že by žalobce c) v daném období v únoru roku 2006 své dodávky plného sortimentu do některé z předmětných tří fakultních nemocnic ukončil. V uvedeném období žalobce c) příslušným třem fakultním nemocnicím dodal vždy vše, co si tyto nemocnice u něj objednaly.

Rovněž žalobce c) popírá, že by jednal ve shodě s ostatními účastníky řízení ohledně zkrácení lhůt splatnosti následných dodávek léčiv uvedeným třem fakultním nemocnicím. Především žalobce c) popírá, že by vůbec v daném období zkrátil lhůty splatnosti jakýchkoli dodávek léčiv jakýmkoli svým zákazníkům. To ostatně ani nebylo možné, neboť dodávky do nemocničních lékáren se řídí rámcovými smlouvami, které mimo jiné upravují splatnosti dodávek léčiv. Změna těchto smluv je možná pouze dohodou a žalobce si jejich změnu proti vůli zákazníka nemůže vynutit a ani v předmětném případě nevyužíval. Nadto není žalobci c) zřejmé, o jaké zkrácení splatnosti dodávek by se mělo jednat, protože ve vztahu ke svým zákazníkům nepoužívá jednotnou dobu splatnosti.

Žalobce c) pak zpochybňuje jednotlivé důkazy, na kterých žalovaný založil svůj závěr ohledně zakázaného jednání ve shodě; ve vztahu k těmto důkazům namítá, že z těch může nejvýše vyplývat, že mezi AVEL a jejími členy probíhala elektronická korespondence o záměru ministra zdravotnictví nově upravit obchodní přírážky na léčiva; kromě toho šlo často toliko o komunikaci ve směru od AVEL k jednotlivým účastníkům. Nejde tedy o důkaz týkající se komunikace mezi účastníky řízení navzájem. Kromě toho se tato komunikace týkala jiné záležitosti, než skutků popsaných v napadeném rozhodnutí. Pokud jde o zápisy z jednání AVEL, ty nevyjadřují názory všech jednotlivých členů AVEL. Někteří účastníci rovněž namítali nesprávnost některých zápisů provedených zástupcem AVEL. Zejména se tak stalo v případě zápisu ze dne 6.2.2006 (důkaz č. 7). Kromě toho z důkazů nevyplývá, že by se účastníci řízení dopouštěli koordinace ve vztahu ke konkrétním třem fakultním nemocnicím.

Za nezákonný žalobce c) považuje důkaz televizním záznamem o tiskové konferenci, která byla odvysílána dne 7.2.2006 ve večerních zprávách v 19:30 na TV Nova. Není jasné, jakým způsobem byl záznam pořízen a sestříhán, není jasné, kdo záznam pořídil, kdo jej upravil a sestříhal pro televizní vysílání, není jasné, proč byly některé pasáže vystříženy a co z nich byl vypuštěno. Rovněž není jasné, jakým způsobem se dostal datový záznam z kamery jeho pořízení na DVD ve správním spise, a není tudíž vyloučeno, že do něj bylo v mezidobí zasahováno. Tento důkaz neměl být podkladem napadeného rozhodnutí. Navíc není zřejmé, kdy se tisková konference konala. Naopak žalobce c) poukazuje na to, že listiny tvořící důkaz č. 15 (dopisy fakultním nemocnicím) prokazují, že účastníci řízení byli připraveni dodat jakákoli léčiva objednaná uvedenými třemi fakultními nemocnicemi, a to i po 30.1.2006.

Pokud jde o zaslání dopisů třem fakultním nemocnicím, jež měly stejný obsah, to bylo zcela logickým krokem účastníků správního řízení, kteří tak chtěli předejít krizi při záchraně zdraví pacientů. Žalobce c) k tomu dodává, že sama skutečnost, že se něco žalovanému zdá jako „nepravděpodobné“, bez dalšího nestačí k závěru, že tomu tak nebylo. Sama formulace dopisů též vylučuje protiprávní jednání, které bylo žalovaným deklarováno. Navíc i důkaz č. 18 prokazuje, že na jednání AVEL dne 30.1.2006 k žádnému konsenzu ohledně ukončení dodávek nedošlo. Toliko žalobce d) se rozhodl jednostranně ukončit dodávky některým dlužníkům, toto sdělil ostatním účastníkům řízení, přitom ostatní toto vzali pouze na vědomí. Z důkazů shromážděných ve správním řízení podle žalobce c) může vyplývat, že se účastníci řízení několikrát sešli na jednání AVEL, nicméně není prokázán bez pochybností obsah těchto jednání.

Samostatně brojí žalobce c) proti vymezení relevantního trhu. Na jedné straně je věcně definován jako trh velkoobchodní distribuce léčiv lékáren, na druhé straně jsou do relevantního trhu zahrnuty i dodávky od výrobců léčiv a od subjektů, které distribuují jen specializovaná léčiva. Má-li být relevantní trh definován ve vztahu k dodávkám účastníků řízení, které se vyznačují dodávkami celého sortimentu léčiv, nelze do nich zahrnovat i výrobce léčiv a specializované distributory s omezeným sortimentem. Žalovaný tak nepostupoval a do relevantního trhu zařadil i dodávky od těchto výrobců a dílčí specializované neopakující se dodávky.

Žalobce c) rovněž poukazuje na to, že trh je trhem oligopolním (společný podíl účastníků správního řízení na tomto trhu je 95 %), což usnadňuje následování vůdce na trhu. Žalobce c) v této souvislosti zpochybňuje závěr žalovaného v tom směru, že účastníci mají na trhu toliko podíl 70%.

Jednání účastníků řízení bylo podle žalobce c) logickým důsledkem ekonomických podmínek na trhu – a šlo o tedy paralelní jednání. Takové jednání není zakázané. To žalobce c) dokumentuje popisem událostí, které předcházely, a které souvisely s omezením dodávek léčiv. Veškeré jednání žalobce c) směřovalo

k ekonomicky ospravedlnitelnému důvodu, a sice vymožení pohledávek od tří dlužících fakultních nemocnic.

Žalobce též samostatně zpochybňuje výši jemu uložené pokuty. Jednak měla být pokuta počítána maximálně z obratu dodávek do nemocnic, kromě toho není jasné, jak byl stanovený základ pro uloženou pokutu, navíc zpochybňuje žalobce c) přitěžující okolnosti, které žalovaný zohlednil. V napadeném rozhodnutí též chybí konkrétní úvahy, z nichž by bylo možno závěr ohledně konkrétní výše pokuty dovodit, a tedy v této části je rozhodnutí nepřezkoumatelné.

Žalobce c) tedy navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci žalovanému k dalšímu řízení.

Žalobce d) namítá procesní vady předcházející vydání napadeného rozhodnutí, nesprávné hodnocení důkazů, nesprávné právní posouzení věci a nepřiměřenost jemu uložené pokuty.

Žalobce d) namítá, že žalovaný rozhodl v rozporu s § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu, neboť změnil rozhodnutí způsobem, kterým žádný z účastníků správního řízení nenavrhoval. Změna byla navíc provedena v neprospěch všech účastníků správního řízení, neboť délka protisoutěžního jednání byla oproti výroku rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení napadeným rozhodnutím prodloužena o 15 dní. To mohlo mít mimo jiné vliv na výši pokuty. Dále žalovaný pochybil, když jako svědka vyslyšel statutární orgán, respektive člena statutárního orgánu účastníků správního řízení.

Dále žalobce d) namítá, že v průběhu řízení byl nepřipustně změněn jeho předmět. Z původního obvinění ze dne 6.3.2006, jak bylo sděleno v oznámení o zahájení správního řízení, se připsal žalovanému ze dne 25.9.2006 stalo nové obvinění.

Dále je namítána nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí, a sice proto, že se žalovaný v napadeném rozhodnutí nevypořádal s námitkami směřujícími k tvrzení existence oligopolního trhu a paralelního jednání účastníků správního řízení. Podrobnou argumentaci pak žalobce d) brojí proti hodnocení jednotlivých důkazů a posouzení jednání žalobce d) a ostatních účastníků správního řízení. Žalobce d) uskutečňoval konkrétní kroky v důsledku koordinované mediální prezentace problému a následných kroků ostatních účastníků správního řízení, přitom každý z nich postupoval samostatně a nezávisle na ostatních. Žalobce d) pak zpochybňuje jednotlivé důkazy a proti jejich hodnocení namítá, že nesvědčí o tom, že by jednotliví účastníci správního řízení svůj postup koordinovali, že by si vyměňovali obchodně citlivé informace, že by si vyměňovali informace, které by již předtím nebyly zveřejněny v tisku, a že tedy jednali ve shodě. Žádný důkaz, o který opírá svůj závěr žalovaný, se věcně netýká jednání, na které má dopadat skutková věta napadeného rozhodnutí. Výroky o případném ukončení dodávek byly použity pouze v rámci

mediální strategie, aniž by žalobce d) zamýšlel koordinovaně vůči svým zákazníkům postupovat.

Samostatně žalobce d) též brojí proti vymezení relevantního trhu. Správně měl být trh vymezen jako trh velkoobchodní distribuce plného sortimentu léčiv do nemocničních lékáren, což by vedlo k vyššímu společnému tržnímu podílu účastníků správného řízení na relevantním trhu a k nižšímu obratu účastníků správného řízení na relevantním trhu.

Jednání žalobce d) bylo vedeno pouze snahou chránit legitimní zájmy, včetně práva věřitele domáhat se úhrady své pohledávky, které je chráněno českými právními předpisy. Navíc poukazuje žalobce d) mimo jiné na skutečnost, že ředitelé nemocnic potvrdili, že ve skutečnosti nedošlo k omezení možnosti nákupu léčiv, a že obchodní podmínky dodávek léčiv se dokonce zlepšily. Žalobce d) zpochybňuje podrobnou argumentací závěr žalovaného ohledně splnění materiální podmínky protisoutěžního charakteru jednání.

Žalobce d) též namítá nepřiměřenost výše jemu uložené pokuty. Zpochybňována je skutečnost, že pokuta byla vůbec uložená, nadto byl nesprávný i postup, na základě kterého žalovaný dospěl k její konkrétní výši. Pokuta je nepřiměřená s ohledem na dosavadní rozhodovací praxi žalovaného i na výsledky hospodaření žalobce d), nesprávně byly zohledněny i přitěžující okolnosti, nebyla zohledněna skutečnost, že se jednalo o první případ porušení ZOHS ze strany žalobce d), a dále zanedbatelná míra dotčení trhu, zanedbatelná závažnost údajného porušení ZOHS, nebylo též přihlédnuto k polehčujícím okolnostem.

Žalobce d) proto navrhuje zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k dalšímu řízení, *in eventum* navrhuje snížení pokuty, popřípadě upuštění od jejího uložení.

III. Procesní stanovisko žalovaného

K žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R013,021/2007-15511/2007/310 ze dne 22.8.2007 se žalovaný vyjádřil tak, že již v napadeném rozhodnutí uvedl, že jeho přezkumná činnost se v daném případě omezila toliko na prvostupňové rozhodnutí (opravné usnesení), nikoli na samotné rozhodnutí ve věci, které teprve bude podrobena samostatnému přezkumu. Žalobce nicméně v žalobě znovu zopakoval námitky směřující vůči zákonnosti a správnosti rozhodnutí ve věci. Podstatou opravy byla změna letopočtu z „12.3.2003“ na „12.3.2006“. Žalovaný uvádí, že již podle pravidel obecného logického uvažování nemůže rok s nižším číselným označením následovat po roce s číselným označením vyšším. Z této okolnosti, jakož i z celkových souvislostí případu, je dle názoru žalovaného zřejmé, že překlep, respektive chyba v psaní, které se správní orgán prvního stupně při označení data ukončení protisoutěžního jednání dopustil,

nepřekračuje rámeček zřejmé nesprávnosti ve smyslu § 70 správního řádu, když nemění smysl ani vlastní obsah výroku rozhodnutí ve věci. Žalovaný dodává, že z odůvodnění rozhodnutí ve věci i z podkladů, jež jsou součástí správního spisu, muselo být účastníkům správního řízení zřejmé, že správným datem ukončení protisoutěžního jednání byl myšlen konkrétní den v roce 2006. Žalobu proto žalovaný považuje za nedůvodnou a navrhuje ji zamítnout.

K žalobě proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R014,026/2007-15448/2007/310 ze dne 22.8.2007 žalovaný uvedl, že byly splněny všechny zákonné podmínky podle § 70 správního řádu pro vydání opravného usnesení, bylo rozlišeno mezi nesprávnostmi obsaženými ve výroku rozhodnutí a v jeho odůvodnění, přitom oprava celkem 54 chyb v odůvodnění původního rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení *in merito* nijak nemění obsah odůvodnění rozhodnutí ve věci, neboť se jednalo o chyby výlučně písarské. Dále žalovaný poukazuje na to, že zapracováním oprav do písemného vyhotovení odůvodnění rozhodnutí ve věci byl zachován smysl, respektive totožný obsah jak věcný, tak i právní argumentace správního orgánu prvního stupně ohledně prokázání protisoutěžního jednání účastníků správního řízení, když z kontextu celého textu písemného vyhotovení odůvodnění rozhodnutí ve věci bylo vždy seznatelné, jakou myšlenku měl správní orgán prvního stupně v úmyslu uvést. To podle žalovaného platí pro všechny provedené opravy zřejmých nesprávností. Přestože se podle žalovaného skutečně jednalo o velký počet opravovaných chyb, žalovaný se domnívá, že nelze k tomuto počtu přihlížet izolovaně bez ohledu na celkový obsah a složitost konkrétního písemného vyhotovení rozhodnutí. Písemné vyhotovení rozhodnutí ve věci bylo vypracováno na 67 stranách a se zohledněním toho nelze pravopisné chyby a jejich nápravu v opravném usnesení hodnotit jako měnící obsah odůvodnění rozhodnutí ve věci, respektive podle žalovaného provedené opravy nemají za následek nejasnost či nepřezkoumatelnost odůvodnění písemného vyhotovení rozhodnutí ve věci. Žalovaný proto navrhuje i tuto žalobu jako nedůvodnou zamítnout.

K žalobám proti rozhodnutí vydanému *in merito* č.j. R002,005-007/2007/01-20917/2007/310 ze dne 12.11.2007 žalovaný podává podrobné vyjádření k jednotlivým žalobním námitkám, zčásti odkazuje na konkrétní body napadeného rozhodnutí, některé myšlenky ve svém vyjádření zvláště zdůrazňuje. Žalovaný přitom setrvává na závěrech, které prezentoval již v napadeném rozhodnutí, i na argumentaci, na základě které k těmto závěrům dospěl. Žaloby považuje za nedůvodné a navrhuje jejich zamítnutí.

IV. Podstatné skutečnosti, správní spis

Z obsahu správního spisu zjistil soud zejména následující pro posouzení věci podstatné skutkové okolnosti a jiné skutečnosti:

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže vydal v prvním stupni správního řízení dne 14. 12. 2006 rozhodnutí č.j. S 60/06-22189/06-300, v jehož první výrokové části deklaroval, že žalobci a) - d) 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 tento koordinovaný postup od 15.2.2006 také realizovali, dopustili se zakázaného jednání ve vzájemné shodě, a tím porušili § 3 odst. 1 ZOHS, a to jednotliví účastníci řízení v období: žalobce a) od 15.2.2006 do 20.2.2006 včetně a od 1.3.2006 do 12.3.2003 včetně, resp. 12.3.2006 včetně ve znění opravného rozhodnutí č.j. S 222/06-22792/06-300 ze dne 28.12.2006, žalobci b) a c) od 15.2.2006 do 29.3.2006 včetně, žalobce d) od 15.2.2006 do 13.3.2006 včetně. Uvedeným jednáním ve vzájemné shodě žalobci narušili hospodářskou soutěž na relevantním trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren. Za toto jednání byla žalobcům uložena pokuta v souhrnné výši 113.064.000,- Kč; žalobci a) ve výši 18.638.000,- Kč, žalobci b) ve výši 16.831.000,- Kč, žalobci c) ve výši 53.736.000,- Kč a žalobci d) ve výši 23.859.000,- Kč.

Správní orgán prvního stupně dospěl ve správním řízení k hmotněprávnímu závěru, že účastníci řízení naplnili skutkovou podstatu jednání ve vzájemné shodě ve smyslu § 3 odst. 1 ZOHS jak z hlediska vzájemných kontaktů a obsahu komunikace při nich, tak i následnou realizací jejich předchozího navzájem sladěného chování. Podle správního orgánu prvního stupně byla prokázána souvislost mezi předchozí vzájemnou komunikací účastníků řízení a jejich následným chováním vůči třem fakultním nemocnicím. Účastníci řízení mezi sebou vyloučili působení nezávislého individuálního soutěžního chování ve vztahu k části relevantního trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren. V důsledku toho pak tři dotčené fakultní nemocnice současně pozbyly možnost uspokojit svou poptávku u jiného dodavatele, schopného pokrýt jejich poptávku z hlediska rozsahu sortimentu, požadovaného objemu i doby dodání za výhodnějších podmínek, neboť účastníci řízení jsou nejvýznamnějšími a fakticky jedinými dodavateli na relevantním trhu, dodávajícími plný sortiment léčiv. Správní orgán prvního stupně deklaroval a odůvodnil, že v daném případě se nemůže jednat o toliko paralelní soutěžním právem aprobované chování, vyvolané změnou vnějších podmínek na trhu, kdy každý soutěžitel adaptuje své chování na tyto vnější tržní podmínky samostatným a nezávislým postupem, byť při něm zohledňuje vlastní odhady budoucího chování konkurence.

Dne 28.12.2006 vydal správní orgán prvního stupně podle § 70 správního řádu rozhodnutí č.j. S60/06-22792/06-300, kterým opravil v první výrokové části prvostupňového rozhodnutí *in merito*, a sice v textu „...PHARMOS, a.s. od 15.2.2006 do 20.2.2006 včetně a od 1.3.2006 do 12.3.2003 včetně...“ tak, že označení roku „...2003...“ změnil na „...2006...“. Správný text tedy dle opravného rozhodnutí zní „... PHARMOS, a.s. od 15.2.2006 do 20.2.2006 včetně a od 1.3.2006 do 12.3.2006 včetně...“.

Proti tomuto rozhodnutí byly podány rozklady, které žalovaný ve druhém stupni správního řízení rozhodnutím č.j. R013,021/2007/01-15511/2007/310 ze dne 22.8.2007 zamítl a předchozí opravné rozhodnutí potvrdil.

Dne 29.12.2006 vydal správní orgán prvního stupně podle § 70 správního řádu usnesení č.j. S60/06-22806/06-300, kterým opravil chyby, jež se vyskytly v písemném vyhotovení odůvodnění rozhodnutí *in merito*. Jednalo se celkem o 54 dílčích oprav.

Proti tomuto rozhodnutí byly podány rozklady, o nichž žalovaný rozhodl dne 22.8.2007 rozhodnutím č.j. R014,026/2007/01-15448/2007/310 tak, že rozklady zamítl a předchozí opravné usnesení potvrdil.

Následně dne 12.11.2007 rozhodl žalovaný ve druhém stupni správního řízení rozhodnutím *in merito* č.j. R002,005-007/2007/01-20917/2007/310 tak, že rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení č.j. S60/06-22189/06-300 ze dne 14.12.2006, ve znění opravného rozhodnutí č.j. S60/06-22792/06-300 ze dne 28.12.2006 a opravného rozhodnutí S60/06-22806/06-300 ze dne 29.12.2006 změnil ve výrokových částech I. a II. tak, že žalobci a) – d) 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, žalobce b) od 15.2.2006 do 29.3.2006 včetně, žalobce c) od 15.2.2006 do 29.3.2006 včetně a žalobce d) od 15.2.2006 do 13.3.2006 včetně, čímž narušili hospodářskou soutěž na relevantním trhu velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren, se jednotliví účastníci dopustili v rozhodnutím specifikovaných obdobích zakázaného jednání ve vzájemné shodě, a tím porušili § 3 odst. 1 ZOHS. Za to jim byla uložena pokuta ve stejné výši jako předchozím rozhodnutím vydaným v prvním stupni správního řízení.

Napadeným rozhodnutím byl tedy potvrzen hmotněprávní závěr vyplývající z předchozího rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení; ten vystavěl žalovaný zejména na důkazech týkajících se vzájemných kontaktů účastníků řízení.

U žalobce a) zajistil žalovaný e-mail od pracovníka PR agentury poslaný dne 26.1.2006 mj. p. Suchému a žalobcům b) a d); jde o „důkaz č. 1“, str. 211 správního spisu. Tento e-mail obsahoval informaci ČTK o návrhu ministra zdravotnictví na novou úpravu obchodní přírážky na léčiva, prezentovaném ve sněmovně téhož dne. Tato přírážka měla mít degresivní charakter, u levných léčiv do 200,- Kč měla být 29 %, s rostoucí cenou léčiv by klesala až k pásmu přípravků za 5.000,- Kč, kde by činila 10 %, a dál by se již s růstem ceny neměnila. Ministr zdravotnictví uvedl, že návrh hodlá příští týden projednat s ministrem financí se záměrem jeho účinnosti od 1.7.2006, a že byl odmítnut protinávrh ČLK, který pracoval s přírážkou od 29 % do 50 %. P. Suchý e-mail poslal dne 27.1.2006 (pátek) všem účastníkům řízení a připojil

text „...Posílám pro informaci a inspiraci pro další postup. V pondělí to probereme...“.

Dne 30.1.2006 se uskutečnila členská schůze AVEL v sídle žalobce c). Zúčastnil se jí ředitel AVEL a všichni žalobci (str. 403, str. 455 a str. 1617, str. 1650 str. 1718 správního spisu). Dle zápisu bylo na programu mj. projednání výsledků modelování návrhu degresivní přírážky ministra zdravotnictví a projednání postupu delegace AVEL v rezortní komisi Ministerstva zdravotnictví. Členové předložili výsledky modelování degresivní přírážky podle návrhu ministra zdravotnictví na datech o prodejkách v r. 2005. Výsledky ze všech členských společností ukazují nižší výnosy, odpovídající společné přírážce od 22 % do 23 % v závislosti podle skladby odběratelů. Na základě dosažených výsledků testování výnosů z prodejů podle návrhu degresivní přírážky ministra zdravotnictví členové uložili zástupcům AVEL v komisi o degresivní přírážce návrh zamítnout jako nepřijatelný. Neumožňoval by pokrýt náklady na nákup, skladování a rozvoz léčiv a zcela by vylučoval možnost poskytovat současné lhůty splatnosti faktur; neumožňoval by distribuční činnost. Konstatovali, že s ohledem na reálnou možnost dalšího snížení přírážky je nutné co nejdříve vymoci největší pohledávky. Všechny členské společnosti mají největší a nejstarší pohledávky „...ve FNSA, FNB a FTN...“. Pokud se zavázaly ke splátkám, splátkové kalendáře neplní. Členské společnosti dotčené fakultní nemocnice vyzvou k úhradě dluhů. Žalovaný s těmito podklady pracuje jako s „důkazem č. 2“.

U žalobce b) byl při šetření převzat e-mail od pracovníka PR agentury poslaný dne 2.2.2006 v 15.30 hodin p. Suchému. Předmět je označen jako „...náštel k zítřejší schůzce...“. V průvodním dopisu se uvádí „...Dobrý den, doplnil jsem vše a spojil. Není to hotový materiál, který by byl komplexním návodem pro komunikaci. Berte to jako pracovní materiál, který budeme zítra doplňovat. Posílám ho už nyní k diskuzi, návrhům, připomínkám a tak dále...“. Připojený materiál je nazván „...Simulace možných situací...“. P. Suchý preposlal týž den e-mail spolu s tímto materiálem v 15.59 hodin všem účastníkům řízení. Materiál, který je v pojetí žalovaného „důkazem č. 3“, rozebírá nejrůznější modelové situace a možné reakce na ně. Zahrnuje části „Přípravná fáze“, „Horká fáze“, „Argumenty a protiargumenty“. U některých částí textu a v závěru jsou formulovány úkoly a osoby, které je zajistí. V „Přípravné fázi“ je zdůrazňována maximální vstřícnost vůči nemocnicím, listina obsahuje text „...mohou být taktně upozorněny na kroky, které mohou nastat...“, „...používejme přitom jednotnou argumentaci...“, „...není to náhoda, podívejte, co se děje v naší branži, došlo ke snížení přírážky, hrozí, že se bude snižovat i nadále, zvyšuje se riziko celého našeho podnikání, proto musíme v jiné části byznysu zatáhnout za záchranou brzdu“. Dále je v této listině obsažen text „...Nastavme správně naši interní komunikaci. Pokud nedokážeme efektivně komunikovat uvnitř, navenek to bude o to složitější...“, „...Musíme mít zajištěny následující lidi, věci, funkce, zastupování atd...“, „...mluvčí který bude mluvit za všechny distributory - Pavel Suchý, AVEL...“, „...mluvčí (styční důstojníci) jednotlivých distributorů - nemusí být nakonec využito, ale je třeba je mít v záloze...“, „...rychlé zorganizování tiskové konference, briefingu -

musíme vytipovat místo někde v centru, aby bylo rychle přístupné novinářům (AVEL je daleko)...“, „...okamžité sepsání a poslání tiskové zprávy...“, „...individuální komunikace s novináři - Pavel Suchý, šéfové firem (mohou, nemusí)...“, „...a hlavně systém komunikace, kdy si v horké fázi budeme muset vyhodnocovat situaci denně či týdně (podle situace a následných reakcí...), abychom mohli dále reagovat nebo posouvat situaci směrem k námi zamýšlenému cíli...“. V listině jsou rozebrány možné varianty „Horké fáze“ a možné reakce ve dvou alternativách: v listinách je obsažen text „...Pondělí - odpojení první nemocnice prvním distributorem...“, „...Prospělo by nám okamžité zveřejnění našeho kroku?...“, „...Nebyl by pak ohrožen dominový efekt?...“, „...Faktem je, že si musíme, možná formou hlasování Vás pěti, odpovědět na otázku, jestli bude krok distributorů pro (uveden je ministr zdravotnictví) natolik devastující. Má jakoukoliv technickou možnost zajistit dodávky jinak? Musíme si přesně říct, kolik dnů má daná nemocnice šanci na přežití bez dodávek a jak dlouho ji mohou dozajistit okolní nemocnice. A samozřejmě si také musíme říct, do jaké míry lze spor hrotit - jedna nemocnice až všechny bez dodávek...“, „Nemocnice odpojena... nic se neděje, jedná se interně...“, „...Svoláme tiskovou konferenci a oznámíme to naplno, na TK mohou být všichni distributoři, může tam být pouze šéf AVELu atd. Možností je několik...“, „...Musíme na denní bázi vyhodnocovat situaci a plánovat rychle další tahy...“.

Za stěžejní žalovaný považoval fakt, že materiál „Simulace možných situací“ byl poslán všem účastníkům řízení a měl být projednán na schůzce dne 3.2.2006.

Dále správním spisem prochází e-mail od p. Housera (žalobce c/), odeslaný dne 3.2.2006 v 9,17 jeho asistentkou p. Slanou p. Suchému a v kopii též ostatním účastníkům řízení. Jeho předmět je označen jako „...Návrh jednání...“, e-mail obsahuje přílohu „...Návrh komplexního řešení...“. V pojetí žalovaného jde o důkaz č. 4 (str. 79 správního spisu). Mimo jiné obsahuje text „...protože jednání, které jsme mezitím vedli s ohroženými FN ukazují, že nemocnice chtějí buď jednomu z nás, nebo všem doplatit, aby tak obnovily dodávky, jsme vystaveni riziku, že by připravovaná akce neměla žádný účinek. Z tohoto důvodu jsem připravil nový scénář, který bych dnes navrhnul projednat, který řeší nejprve situaci problémových lékáren, následně pak všech FN s důsledkem uzavření 3 nejzadluženějších. Těším se na naše jednání...“. V připojeném „Návrhu komplexního řešení distributorů vzniklé situace v důsledku snížení přírážky o 3 %“, se v úvodu uvádí, že v pondělí 6.2.2006, nejpozději v úterý 7.2.2006 by měla být AVEL svolána tisková konference, na které p. Suchý odprezentuje návrh řešení problémů, které vznikly distributorům po snížení obchodní přírážky. Uvádí se v něm dále, že distributoři udělali vlastní propočty, kolik lékáren je ekonomicky ohroženo v důsledku snížení obchodní přírážky, a že na základě konkurzů a ukončení činností lékáren by mohly distributorům vzniknout velké ztráty z nezaplacených pohledávek, což by určitě vedlo k tomu, že banky by je přestaly financovat v dnešní míře a distributoři by museli vycházet s výrazně nižšími úvěrovými rámci a snížit tak dobu splatnosti u všech zákazníků až na 14 dnů. Popisuje, kolika dalších lékáren by se dotklo další snížení přírážky o 2% až 3% - mohlo by být podle výpočtu distributorů ohroženo zánikem až celkem 1350 lékáren, což by mělo likvidační dopad na distributory. V textu je rovněž uvedeno: „...Z toho důvodu

distributoři rozhodli, že u všech ohrožených lékáren sníží dobu splatnosti faktur na 14 dnů. Toto snížení bude probíhat v příštích týdnech, a to podle rizikovosti jednotlivých lékáren...“, „...Zároveň se distributoři rozhodli zastavit s platností od pondělí 13.2.2006 dodávky do fakultních nemocnic FTM, FTB a FNSA. Důvodem je vysoká zadluženost těchto nemocnic a dlouhé lhůty těchto pohledávek po splatnosti...“, „... Distributoři jsou ochotni okamžitě dodávky obnovit se 14denní splatností, pokud dá ministr financí veřejný příslib, že do 10 dnů budou zaplacený všechny dluhy po splatnosti a splátkové kalendáře těchto nemocnic...“.

„Důkazem č. 5“ ohledně kontaktů žalobců je schůzka uskutečněná dne 3.2.2006. Účast na ní žalobci nezpochybnují, vyjma žalobce d); stejně tak žalobce c) při ústním jednání před žalovaným uvedl, že uvedeného jednání se nezúčastnili všichni účastníci řízení, jak vyplývá z č.l. 1650 správního spisu. Podle žalobce c) byla předmětem schůzky informace p. Suchého z AVEL o výsledcích jednání zástupců AVEL a komise Ministerstva zdravotnictví o degresivní přírážce (str. 455 a 1617 správního spisu), podle žalobce b) bylo předmětem jednání rozhodnutí o uspořádání tiskové konference (str. 403 správního spisu).

U žalobce b) byl převzat dále dokument AVEL „Tisková konference - 7.2.2006“, založený ve správním spisu na str. 29. Obsahuje text „...Zveme Vás na tiskovou konferenci distributorů léčiv, kteří reprezentují dohromady 96 procent českého trhu. Vyjádří se ze svého pohledu o vážné situaci na trhu léčiv po lednovém snížení přírážky. Po vyhodnocení aktuálních lednových čísel o přijmech lékáren musejí distributoři přijmout vážná opatření ke stabilizaci situace...“. V další části textu, označené jako „...Program tiskové konference...“, následuje „...Úvodní slovo...“ p. Suchého z AVEL. Mimo jiné je v textu uvedeno „...Každý distributor samozřejmě zvolil obrannou reakci, která odpovídá jeho situaci. Jsem o jednotlivých krocích informován, takže mohu zodpovědně prohlásit, že v globálu jde o následující opatření (právě jejich závažnost vedla ke svolání tiskové konference)...“, „...Distributoři budou od nemocničních lékáren striktně požadovat dodržování zkrácených termínů splatnosti faktur...“, „...Největším dlužníkům, jimiž jsou hlavně lékárny — oddělení velkých nemocnic, z nichž některé dluží za léky déle než rok, zastaví dodávky léků...“.

„Důkazem č. 7“ je zápis z jednání členské schůze AVEL dne 6.2.2006, které se kromě p. Suchého z AVEL účastnili zástupci všech žalobců (str. 402, 403, 448, 509, 591, 1617 a 1718 správního spisu). Mimo jiné je v zápisu obsažen text „...Po vzájemné informaci o neúspěšných jednáních o úhradě dluhů za dodávky léčiv ve FNSA, FNB a FTN diskutovali různé možnosti vymáhání dluhů i s možností zastavení dodávek v případě nedobytnosti. Po diskusi rozhodli žádat zaplacení pohledávek do jednoho týdne, tedy do 14.2.2006 s tím, že se členové spokojí i s veřejným prohlášením pana ministra Sobotky o úhradě dluhů do 14 dnů tak, aby bylo dost času k zaplacení a členové nemuseli zastavit dodávky a nedošlo k ohrožení pacientů. V případě, že dlužníci ani ministr Sobotka nebudou na výzvu reagovat, distributoři do těchto nemocnic zastaví od 15.2.2006 dodávky léčiv...“. Přítomní členové se rozhodli na

následující den 7.2.2006 svolat tiskovou konferenci a informovat média o tomto rozhodnutí vymáhat pohledávky od nejvíce zadlužených FN. Současně budou informovat i o nutnosti postupně měnit dodací podmínky včetně krácení lhůt splatnosti faktur. Členská schůze pověřila ředitele AVEL organizací tiskové konference.

Žalobci b) a c) napsali p. Suchému nesouhlas se zněním zápisu z jednání AVEL dne 6.2.2006 (str. 35 a 448 správního spisu). Je upozorňováno na formální nedostatek zápisu z „včerejší členské schůze AVELu“ a uváděno, že „...Na této schůzi nebylo domluveno, že pokud ani jeden z ministrů nebude ochoten veřejně přislíbit řešení pohledávek členů AVELu u nejzadluženějších nemocnic, zastavíme všichni od 15.2.2006 veškeré dodávky, jak uvádíte ve svém zápisu. Na schůzi jsem pouze uvedl, že v takovém případě zvážíme i možnost zabránit dalšímu růstu dluhů zastavením dodávek...“. Dále si vyhrazuje „...právo o dalších dodávkách či nedodávkách rozhodovat individuálně bez ohledu na kroky ostatních členů AVELu dle výsledků bilaterálních jednání s partnery...“. Rovněž je vyjadřován nesouhlas s tím, že členové „...se rozhodli žádat zaplacení pohledávek do jednoho týdne...“, a to i včetně věty: „...Přítomní se rozhodli na 7.2.2006 svolat TK a informovat o svém rozhodnutí vymáhat pohledávky od nejvíce zadlužených nemocnic média...“; k uvedenému postupu nebyl dán souhlas, jelikož jsou vázáni smluvními vztahy s dotčenými fakultními nemocnicemi a nemají v úmyslu je porušovat.

Dne 7.2.2006 se pak konala tisková konference za účasti všech žalobců.

Správním spisem (str. 44) prochází rovněž e-mailový dopis od žalobce c) ostatním žalobcům a AVEL zaslaný dne 8.2.2006 ve 14,42 hod. s předmětem označeným jako „...Stylmed...“. V obsahu je upozorňováno na možnost, že ministr zdravotnictví by mohl zabezpečit dodávky do ostatních fakultních nemocnic prostřednictvím tohoto dodavatele, a uveden text „...Z tohoto důvodu Vás žádám o kontrolu objemu dodávek do této společnosti...“. P. Příhoda (žalobce b/) přeposlal e-mail dne 8.2.2006 v 18,20 hod. dále v rámci žalobce b) s textem „...V případě objednávek od Stylmedu prosím informovat. Současně prosím o sdělení, zda je to náš zákazník, příp. s jakými podmínkami...“.

„Důkazem č. 12“ je e-mailový dokument ze dne 10.2.2006, odeslaný generálním ředitelem žalobce b) p. Příhodovi (žalobce b/) s předmětem „...Obchodní praktiky Phoenixu...“ s textem „...Petře, jestli ještě sedíte na Phoenixu, zeptej se Houseru, jestli o níže uvedených atacích ví a schvaluje je, či je to pouze aktivita jejich konzultantů...“.

„Důkazem č. 13“ je informace ČTK ze dne 12.2.2006 s údaji „...TK Asociace velkodistributorů léčiv, Praha, 14. února 2006, 11,00, Café Louvre, Národní 22. Praha 1. TK Asociace velkodistributorů léčiv (AVEL) o postupu vůči nezadluženějším nemocnicím...“; zdrojem informace byl podle ČTK ředitel AVEL.

Dne 14.2.2006 proběhla druhá tisková konference svolaná AVEL. Podle záznamu na DVD (str. 1734 správního spisu s přepisem na str. 1735 správního spisu)

p. Suchý za AVEL mimo jiné uvedl, že „... před sedmi dny jsme museli reagovat na chaotické a neodpovědné kroky ministra zdravotnictví ... oznámili jsme, že kvůli vysokým a velmi starým dluhům některých fakultních nemocnic za dodávky léků požadujeme zaplacení těchto dluhů do jednoho týdne, to je vlastně do dnešního dne. Byli jsme si vědomi, že tímto rozhodnutím mohou být ohroženi pacienti, a proto jsme našli transparentní mechanismus prodloužení této lhůty. Vyhlásili jsme, že se spokojíme s veřejným příslibem ministra financí Sobotky, že dluhy budou uhrazeny do 14 dnů od data veřejného příslibu... Minulý týden jsme ohlásili přitvrzení. Po týdnu je jasné, že budou jednotliví distributoři muset dále přitvrdit... do tří dnů na základě toho všeho distributoři přestanou dodávat léky do těch ohrožených nemocnic...“, v tu chvíli podle záznamu DVD do jeho projevu vstupuje jiná osoba a pošeptá p. Suchému „...od zítřka...“, poté se p. Suchý opraví a pokračuje „...pardon, do tří dnů, ...od zítřka distributoři přestanou dodávat léky do tří fakultních nemocnic - sv. Anna, Thomayerova nemocnice a Bulovka. A to do té doby, dokud dluh nebude uhrazen...znamená to, že jsou nuceni všem odběratelům, lékárnám, veřejným lékárnám, nemocničním lékárnám zkracovat lhůty splatnosti až na 14 dnů. Každý distributor podle svého hodnocení bonity lékárny a svých marketingových priorit. Tam, kde distributoři mají uzavřeny smlouvy, musí je ve výpovědní lhůtě vypovědět a po jejím vypršení pak lhůty splatnosti upraví...“.

Žalobci b), c) a d) podle obsahu správního spisu (str. 432, 434, 437, 492 – 494, 596 – 597, 611) následně poslali třem fakultním nemocnicím dopisy ze dne 17.2.2006 s následujícím textem: žalobce b) uvádí, že „...S odvoláním na některé dezinformace, probíhající v posledních dnech ohledně našich případných dodávek „vitálních léků“ pro Vaši nemocnici, bych Vás rád touto cestou ujistil, že i za současného složitého stavu rozhodně nepřipustíme případné ohrožení života kteréhokoliv z Vašich pacientů. Na základě sdělení pana ministra předpokládáme, že se až do vyřešení našich vzájemných vztahů budete obracet na jím nově určeného dodavatele SH i v těchto případech. Jestliže ale nabudete z jakéhokoliv důvodu přesvědčení, že dodávka takového léku od společnosti SH je ohrožena, jsme připraveni Vám ho zajistit, samozřejmě za předpokladu, že příslušným lékem disponujeme, příp. jej v požadované lhůtě zajistit dokážeme. Takové dodávky Vám nabízíme v dnešní situaci se splatností...“. Žalobce d) uvádí, že „...S ohledem na současnou situaci v zásobování léčiv do Vaší nemocnice Vám sdělují naše stanovisko: Abychom zabránili ohrožení života pacientů ve Vaší nemocnici v případech, kdy ministrem zdravotnictví vybraný distributor SH nebude schopen vyhovět Vaším požadavkům a požadovaný přípravek bude nezbytně nutný k záchraně zdraví pacienta, jsme připraveni dodat tento přípravek...“. Žalobce c) uvádí, že „...Společnost Phoenix prohlašuje, že je ochotna dodat životně nezbytná léčiva (vitální indikace) do Vaší nemocnice v případě, že společnost SH, která byla deklarována v médiích jako Váš nový distributor určený MZ, Vám nebude schopna tato léčiva zabezpečit...“.

Správním spisem rovněž prochází jako „důkaz č. 17“ e-mailový dokument ze dne 22.2.2006 s popisem situace, označený „...General Situation...“ poslaný p.

Příhodou (žalobce b/) generálnímu řediteli žalobce b), v němž je uvedeno: „...*Jelikož žádný z členů AVEL nedostal jakoukoliv pozitivní odpověď nebo reakci, AVEL uspořádal první tiskovou konferenci dne 7.2.2006. Opět jsme prezentovali, že očekáváme zaplacení těch dluhů do jednoho týdne, a nebo v případě veřejného příslibu bud' ministra zdravotnictví nebo ministra financí, že zaplatí státní dluhy, jsme slíbili počkat další 2 týdny... žádná pozitivní reakce od nikoho nepřišla a tak AVEL zorganizoval druhou TK...od 15. února jsme zastavili dodávky do těchto tří FN... a současně zaslali managementu všech tří FN nabídku, že v případě jejich potřeby vitálních léčiv jsou připraveni dodat jim, co budou potřebovat pro kritické případy...“.* Rovněž je v textu uvedeno, že „... od 20. února začal Pharmos zásobovat všechny tři FN bez jakékoli předchozí informace ostatním členům AVEL...“.

Dále je součástí správního spisu e-mailový dokument ze dne 27.2.2006 odeslaný p. Příhodou p. Andre Bluemelovi do Celesio (jejíž součástí je žalobce b/); mimo jiné je v něm obsažena informace o vytvoření komise pro hledání alternativních zdrojů úspor ve farmaceutické distribuci, v níž byli distributoři zastoupeni p. Suchým a p. Rohrbacherem (žalobce d/). Ministr zdravotnictví oznámil v polovině ledna 2006 dokončení návrhu na další snížení obchodní příirážky. Uvádí, že dne 30. ledna (2006) členy AVEL informoval p. Rohrbacher, člen této komise, že není šance nebo vůle z ministerské strany nalézt nějaké řešení. Jelikož žalobce d) nebyl schopen vyřešit s největšími dlužníky jejich dluhy po splatnosti během posledních týdnů, a protože neexistuje žádná šance zastavit negativní vývoj, žalobce d) rozhodl zastavit dodávky některým dlužníkům s tím, že začne u těch největších. Po této informaci zareagoval žalobce c) v tom směru, že uváděné dvě fakultní nemocnice jsou také jejich největšími dlužníky, a že jsou s nimi též v jednání a nejsou připraveni převzít tak rizikový obrat, a pokud tyto tři fakultní nemocnice nenaleznou řešení v nejbližších dnech, také jim zastaví dodávky. Dále informace uvádí, že tyto dvě fakultní nemocnice jsou také největšími dlužníky žalobce b).

Na str. 214 správního spisu je pak založena e-mailová korespondence p. Krejzlara (žalobce a/) ze dne 15.2.2006 všem ředitelům žalobce a) s předmětem „...*Dodávky do fakultních nemocnic...“*, v níž je uvedeno „...*Vážení ředitelé, informujeme Vás o současné situaci zásobování nemocnic řízených přímo MZ. K dnešnímu dni byly zastaveny dodávky do FTN, FNB a FNSA s výjimkou dodávek vitálních léků, dodávek léků dle vyhraných výběrových řízení a dalších dodávek smluvně vázaných...“*.

Ze shora uvedeného žalovaný dovodil, že žalobci měli prokazatelně v období počínaje 30.1.2006 až do dne 14.2.2006, tj. do konání druhé tiskové konference AVEL, četnější vzájemné kontakty a písemnou komunikaci. Nejméně na jednání AVEL dne 30.1.2006, dále na jednání AVEL dne 6.2.2006, na tiskové konferenci dne 7.2.2006 a rovněž na tiskové konferenci dne 14.2.2006 byli všichni žalobci přítomni; přestože je zpochybňována účast žalobce a) na tiskové konferenci uskutečněné dne 14.2.2006, žalovaný dovodil, že tohoto žalobce tam fakticky reprezentoval p. Klenc, který byl statutárním orgánem sesterské společnosti žalobce a). Schůzky dne 3.2.2006 se účastnili prokazatelně žalobci a), b) a c), schůzky dne 17.2.2006 se účastnili žalobci

a) a b). Dále žalovaný dovodil, že při těchto vzájemných kontaktech si zprostředkovali společný cíl, jímž bylo společné vymožení jejich pohledávek od největších dlužníků, a to tří fakultních nemocnic, a též zabránit realizaci nově navrhované regulace obchodní přírážky. Písemná komunikace žalobců, materiály a e-maily, které jim byly rozesílány, ukazují podle žalovaného na časovou i logicky obsahovou návaznost postupného zprostředkování si shodného zájmu (shodné vůle) též ohledně kroků, jimiž hodlali společného cíle dosáhnout. Komunikace mezi žalobci v období od 30.1.2006 do 14.2.2006 zahrnovala obchodně citlivé informace – o výsledných nižších výnosech dle nově navrhované degresivní úpravy obchodní přírážky a o nemožnosti poskytovat dosavadní dlouhé lhůty splatnosti. Žalobci se informovali, u kterých fakultních nemocnic mají největší a nejstarší pohledávky a shodli se též na konkrétních dlužnících – třech fakultních nemocnicích, informovali se, jak tyto fakultní nemocnice plní splátkové kalendáře. Rovněž se 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. Komunikace mezi žalobci zahrnovala také ukončení dodávek do tří konkrétních fakultních nemocnic a zprostředkování postoje nepřevzít zásobování takových nemocnic. To podle žalovaného vyvolalo odstranění nejistoty o budoucím tržním chování účastníků řízení při realizaci navzájem sladěného konceptu chování, a tím současně odstranění značné části rizika, jaké je obvykle obsaženo v nezávislém rozhodnutí soutěžitelů o změně chování na trhu. I když v důkazech o vzájemné komunikaci žalobců z období před ohlášeným ukončením dodávek léčiv do tří fakultních nemocnic není obsažena výslovná zmínka o zachování dodávek tzv. vitálních léčiv třem dotčeným fakultním nemocnicím, nelze podle žalovaného popsání zjištění vysvětlit jinak, než že mezi žalobci muselo dojít v období, nejméně počínaje 30.1.2006 až do oznámení ukončení dodávek léčiv dne 14.2.2006, též ke zprostředkování si společného zájmu poskytovat po ukončení dodávek plného sortimentu léčiv nadále těmito třemi fakultními nemocnicím jen tzv. vitální léčiva, a to se zkrácenou splatností. Tomuto závěru podle žalovaného nasvědčují i písemné důkazy.

Tyto závěry žalovaného jsou promítnuty do nyní napadeného rozhodnutí.

V. Právní posouzení

Žaloby byly podány včas (§ 72 odst. 1 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „s.ř.s.“), osobami oprávněnými (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), přitom jde o žaloby přípustné (§ 65, § 68, § 70 s.ř.s.).

Žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R013,021/2007-15511/2007/310 ze dne 22.8.2007 důvodná není. Pokud by z výroku prvostupňového rozhodnutí *in merito* v kombinaci s jeho odůvodněním vyplývala celková zmatečnost údajů o datech, resp. letopočtech, která by se týkala doby deklarovaného protiprávního jednání žalobců, nebylo by možné takovou zmatečnost odstranit opravným rozhodnutím. Z odůvodnění prvostupňového rozhodnutí *in merito*

a z celého zbylého obsahu jeho výroku však zřetelně vyplývá, že posuzováno bylo jednání žalobců v období roku 2006; žalovaný dovozuje a v odůvodnění opakovaně poukazuje jak na kontakty, které se měly uskutečnit v období roku 2006, tak na následný projev na trhu, který se měl uskutečnit také v období roku 2006. Pokud byla podstatou opravy změna letopočtu z „2003“ na „2006“ v údaji „12.3.2003“, správně „12.3.2006“, pak s ohledem na kontext zbylých údajů ve výroku a celého odůvodnění byl údaj „12.3.2003“ ve výroku zřejmou nesprávností; tato nesprávnost musela být žalobci c) zřejmá a je zřejmá i zdejšímu soudu. Pak tedy žalovaný správně využil prostoru, který mu nabízí § 70 správního řádu; podle tohoto ustanovení se oprava zřejmých nesprávností v písemném vyhotovení rozhodnutí může týkat i výroku rozhodnutí, přitom takto provedená oprava nemění smysl ani materiální obsah výroku rozhodnutí *in merito*. Tato oprava nemění charakter deklarovaného správního deliktu; provedená oprava neznamená, že by na žalobce c) bylo v důsledku provedené opravy nahlíženo přísněji, provedená oprava se nikterak nepromítá ani do závěru ohledně porušení § 3 odst. 1 ZOHS, ani se nepromítá v otázce sankce, která byla žalobci c) uložena. Nadto je logické, jak správně uvádí žalovaný, že rok s nižším číselným označením následovat po roce s číselným označením vyšším nemůže – právě tato skutečnost v kontextu s textem odůvodnění rozhodnutí *in merito* činí z údaje „2003“ údaj zřejmě nesprávný. Není rozhodující, že správné datum, které mělo být již od počátku uvedeno ve výroku písemného vyhotovení rozhodnutí *in merito*, vyplývá z podkladů, které jsou obsahem správního spisu (byť tomu tak je), ale že toto správné datum vyplývá z odůvodnění rozhodnutí *in merito*. Z těchto důvodů soud žalobu jako nedůvodnou zamítl.

Ani žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. R014,026/2007-15448/2007/310 ze dne 22.8.2007 důvodnou není. Tímto rozhodnutím byly opravovány výlučně chyby písařské, ať už vznikly nepozorností žalovaného či v důsledku provádění obvyklých automatických oprav, případně kombinací obojího. Celkem 54 takovýchto písařských chyb, a tím 54 oprav, sice může *prima facie* vyvolávat zkreslený dojem o zmatečnosti odůvodnění, to se však při bližším zkoumání charakteru chyb a následných oprav zmatečným ani vnitřně rozporným nejeví. Pro soud je tu rozhodující, že oprava žádné chyby jednotlivě ani všech těchto chyb v celkovém kontextu odůvodnění rozhodnutí *in merito* nijak materiálně nemění obsah původního textu odůvodnění, nadále je plně zachován věcný smysl údajů obsažených v původním textu odůvodnění, a to jak v části popisné, tak v části hodnotící, nedochází k jakémukoli materiálnímu posunu ve věcné ani v právní argumentaci žalovaného, tato argumentace se v důsledku provedených oprav nemění, ani částečně nezpůsobuje popis jiného skutku či jeho jiné hodnocení, ani nedochází v důsledku těchto oprav k přísnějšímu (či k mírnějšímu) posuzování deklarovaného jednání. Provedené opravy nadto nevyvolávají pochybnosti v tom směru, že by se snad žalovaný jejich uskutečněním snažil o umělé a skryté doplňování původního rozhodnutí o nové skutečnosti, resp. že by se snad žalovaný snažil o vyvolání dojmu jiných, nových souvislostí, jež z původního odůvodnění rozhodnutí *in merito* nevyplývaly. Rovněž žádná z provedených oprav objektivně nevyvolává žádné sporné otázky ohledně jejich pravých důvodů. Z těchto důvodů soud zamítl i tuto žalobu.

Pokud jde o věcnou argumentaci žalobce c) proti shora uvedeným opravným rozhodnutím žalovaného, resp. proti rozhodnutím o rozkladech proti těmto opravným rozhodnutím, tou se soud zabýval v rámci přezkumu napadeného rozhodnutí *in merito*.

Žaloby proti rozhodnutí vydanému *in merito* č.j. R002,005-007/2007/01-20917/2007/310 ze dne 12.11.2007 rovněž důvodné nejsou.

Nejprve se soud zabýval namítanými procesními vadami v řízení před žalovaným.

Pokud jde o otázku zahájení správního řízení před žalovaným, úvahy o „politickém tlaku“ na žalovaného jsou spekulativními. Pro soud je rozhodující, že v okamžiku zahájení správního řízení měl žalovaný dostatek vstupních indicií, na základě kterých mohl správní řízení zahájit. Ust. § 21 odst. 3 ZOHS připouští zahájení správního řízení z moci úřední – „z vlastního podnětu“. Podmínky pro jeho zahájení však v ZOHS nejsou blíže specifikovány, a tedy uplatní se procesní pravidla podávaná z obecného procesního předpisu, kterým je správní řád. Ani ten však nestanoví žádné bližší materiální podmínky pro zahájení správního řízení; v § 42 však stanoví, že správní orgán (tu žalovaný) je povinen přijímat podněty, aby bylo zahájeno řízení z moci úřední. Za jedině udržitelný a základní práva žalobce respektující lze považovat pouze takový výklad, podle kterého lze sankční delikt ní správní řízení pro porušení ZOHS zahájit pouze v případě, je-li dáno důvodné podezření z porušení ZOHS. To bylo důvodné na základě podkladů, které jsou obsaženy ve správním spisu (část „P“, která vznikla ve fázi prověřování podnětů či jiných podkladů v procesním režimu upravujícím výkon dozoru v širším smyslu podle § 20 odst. 1 písm. a/ a odst. 2 ZOHS a § 137 správního řádu a stala se po zahájení správního řízení součástí správního spisu), a které se staly faktickým návodem pro žalovaného ohledně směru dokazování v rámci správního řízení po jeho zahájení. V období od 16.2.2006 do 24.2.2006 byly do spisu „P“ založeny informace z médií (č.l. 1 – 45 spisu „P“), též podle protokolu z prvního jednání před zahájením správního řízení (ústní jednání s AVEL uskutečněné dne 24.2.2006) byly důvodem pro zahájení šetření informace z médií. V té době již byla součástí spisu „P“ i konkrétní podání poukazující na jednání žalobců (č.l. 50 a násl. spisu „P“). Na základě všech těchto podkladů pak došlo k zahájení správního řízení.

Z úkonu, jímž bylo správní řízení zahajováno, musel zřetelně vyplývat obsah a rozsah „obvinění“ ve smyslu čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (209/1992 Sb.). Tu soud připomíná, že jedním z práv, jež musí být vždy garantována, je podle uvedeného čl. 6 právo být neprodleně podrobně seznámen s povahou a důvodem obvinění, které bylo proti konkrétnímu subjektu vzneseno; toto právo je pak zdejším soudem vykládáno v tom směru, že již z prvního úkonu v rámci delikt ního sankčního správního řízení zahajovaného *ex officio* musí být zřetelně seznatelné, jaké jednání bude v rámci správního řízení posuzováno. Argumentace čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod je tu dle zdejšího soudu

důvodná proto, že z pohledu tohoto ustanovení nelze rozlišovat mezi „obviněními z trestných činů“ a „obviněními z jiných deliktů“ (jakým by tu bylo porušení ZOHS). Pak tedy platí, že v případě správního procesu při odhalování a postihování jednání, které je v rozporu se ZOHS, se nutně musí uplatnit principiálně stejné garance subjektivních práv jako v případech odhalování a postihování trestných činů. Neexistuje totiž zřetelná a nepřekročitelná hranice mezi trestním právem a úpravou správních deliktů a konkrétní subsumpce deliktu pod některou z těchto oblastí má toliko relativní hodnotu; zohledňovat je třeba obecný charakter příslušné normy a preventivní i represivní účel sankce a příslušnému správnímu deliktu přiznávat povahu trestní ve smyslu čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod bez ohledu na zkoumání dosažení určitého stupně závažnosti či společenské nebezpečnosti, tu rozhodující pro kvalifikaci jednání buď jako trestný čin, nebo jako jiný správní delikt. Ostatně i podle závěru Evropského soudu pro lidská práva, jaký učinil ve věci *Öztürk* (rozhodnutí ze dne 21.2.1984; jednalo se o případ, kdy bylo napadáno rozhodnutí o spáchání správního deliktu porušením pravidel provozu na pozemních komunikacích), by bylo v rozporu s předmětem a cílem článku 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod umožnit státu, aby odstranil z dosahu tohoto ustanovení celou skupinu deliktů, které bude charakterizovat jako „lehké“ a tedy nikoli jako trestné činy. Nadto i podle Nejvyššího správního soudu je třeba v oblasti správního trestání užít principů práva trestního (rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci 8 As 17/2007 ze dne 31.5.2007, k tomu publikovaná prejudikatura č. 565/2005 Sb. NSS, č. 772/2006 Sb. NSS a č. 832/2006 Sb. NSS). Všechny tyto principy žalovaný respektoval a obsah a rozsah „obvinění“ byl vymezen dostatečně. Z oznámení o zahájení správního řízení ze dne 6.3.2006 vyplývá, že předmětem správního řízení (předmětem posuzování z pohledu ZOHS) bylo ukončení dodávek léčiv do nemocničních lékáren, byly konkretizovány též nemocniční lékárny, jichž se mělo toto jednání týkat (ve vztahu k nimž měly být dodávky ukončeny), nadto mělo být posuzováno i nastavení obchodních podmínek pro dodávky léčiv do nemocničních lékáren obecně, a že toto jednání má být posuzováno z pohledu možného porušení § 3 odst. 1 ZOHS, specifikovány přitom byly dvě v úvahu přicházející formy koluzivního jednání podané v § 3 odst. 1 ZOHS, tj. dohoda v užším smyslu a jednání ve vzájemné shodě. Bylo tedy ve zcela odpovídajícím rozsahu zřejmé, jaký skutek má být posuzován a podle jaké právní normy jakého právního předpisu se tak má dít. Z následných reakcí žalobců nevyplývalo, že by skutkovému vymezení rozsahu správního řízení, a tedy vznesenému „obvinění“, neporozuměli, že by jim nebylo zřejmé, jakého skutku se má jejich protiargumentace týkat, žádný jejich procesní úkon navazující na oznámení o zahájení správního řízení na nejednoznačnost nemířil, a to ani formálně, ani materiálně, tj. podle obsahu jednotlivých úkonů.

Takto vymezený obsah a rozsah „obvinění“, a tím rámeček správního řízení, nebyl překročen ani následnými úkony žalovaného, tj. ani upřesněním předmětu správního řízení ze dne 25.9.2006. Pokud se žalovaný poté, co ve správním řízení shromáždil část podkladu rozhodnutí, rozhodl předmět správního řízení „upřesnit“, to samo o sobě neznamená, že by nadále hodlal řízení vést o jiném skutku, než jak byl původně vymezen v oznámení o zahájení správního řízení. Ani věcně nedošlo k žádnému takovému rozšíření; kromě ukončení dodávek léčiv do nemocničních lékáren, jak byly

konkretizovány již v oznámení o zahájení správního řízení ze dne 6.3.2006, bylo i nadále posuzováno nastavení obchodních podmínek pro dodávky léčiv do nemocničních lékáren (tj. skutek vymezený oznámením o zahájení správního řízení ze dne 6.3.2006), upřesněno bylo, že se jedná o obchodní podmínky spočívající ve zkrácení lhůt splatnosti následných dodávek tzv. vitálních léčiv, přitom posuzováno má být jednání ve vztahu k týmž fakultním nemocnicím, jak byly vymezeny již v oznámení o zahájení správního řízení, a podmínky obsahující zkrácení lhůt splatnosti ve vztahu k nemocničním lékárnám obecně (tj. ve vztahu k ostatním nemocničním lékárnám). Upřesnění předmětu správního řízení po 25.9.2006 tedy nevybočilo z vymezení vyplývajícího z oznámení o zahájení správního řízení; nadále nebylo posuzováno jednání věcné odlišné, ani jiných subjektů, ani podle jiné právní normy. Pokud došlo k jinému, přesnějšimu, formulačnímu vyjádření předmětu a rozsahu správního řízení, pak tato změna nevyvolala jakoukoli faktickou změnu směřování správního řízení, nevyvolala ani potřebu změny argumentace žalobců coby účastníků správního řízení, nejvýše mohla žalobcům umožnit optimalizaci jejich procesních úkonů v závislosti na aktuálním procesním stavu řízení před žalovaným. Pak se tedy tato změna nemohla nepříznivě projevit na procesních právech žalobců. Skutečnost, že žalovaný operoval s institutem formulačně neznámým, a sice s „upřesněním předmětu správního řízení“, neznamena sama o sobě, že by tím kteréhokoli ze žalobců na jeho procesních právech nepříznivě zasáhl, nadto ani obsahově uvedené „upřesnění“ nepřekračující původně vymezený předmět správního řízení nemohlo jít k újmě žádného ze žalobců.

Nedovoleným vychýlením z předmětu správního řízení není konečně ani změna první výrokové části prvostupňového rozhodnutí *in merito* nyní napadeným rozhodnutím; ta není porušením pořadu instancí před žalovaným ani jiným procesním pochybením žalovaného, jež by mohlo mít za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. Podstatou změny první výrokové části rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení, jak byla provedena napadeným rozhodnutím, je změna údaje o počátku trvání deklarovaného protiprávního jednání. Časově však delikt nebyl vymezen jinak, toliko se jeho časové vymezení deklarované výrokem rozhodnutí dostalo do souladu s odůvodněním; pokud totiž jednání označované jako „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 (jak bude ještě níže podrobně rozebráno), pak je třeba nejprve shody vůle (předchozí koordinace soutěžitelů) a následně jejího projevu na trhu (společně koordinovaného postupu). Tento koncept byl žalovaným jak v prvostupňovém, tak v druhostupňovém, nyní napadeném, rozhodnutí dodržen, a odpovídá tomu odůvodnění jak prvostupňového, tak druhostupňového rozhodnutí, nicméně až výrok druhostupňového rozhodnutí při popisu skutku tento koncept temporálně plně respektoval. Šlo totiž o koncept, podle něhož v období od 30.1.2006 do 14.2.2006 došlo k naplnění prvního prvku, tj. shody vůle, a od 15.2.2006 k naplnění druhého prvku, tj. jejího projevu na trhu, důsledkům na trhu. Protisoutěžní jednání, které bylo zkoumáno, a které bylo materiálně oběma rozhodnutími

deklarováno, bylo tedy zahájeno již na počátku první fáze (fáze shody vůle) a ukončeno na konci druhé fáze (fáze její realizace). Pokud by popis skutku promítnutý ve skutkové větě zahrnoval toliko druhou fázi, tj. fázi realizace shody vůle, jak bylo podáváno z výroku prvostupňového rozhodnutí, pak by to neodpovídalo odůvodnění; to v obou případech, tj. jak v prvostupňovém, tak ve druhostupňovém rozhodnutí, popisovalo správně skutek tak, že v něm byly temporálně zahrnuty obě tyto fáze. Pak tedy žalovaný změnou formulace skutkové věty v nyní napadeném rozhodnutí toliko lépe (jedině možně, a tedy jedině správně) vyjádřil popis skutku, jak vyplýval již z prvostupňového rozhodnutí. Šlo přitom stále o tentýž skutek a žalovaný v napadeném rozhodnutí nijak neměnil ani nedoplňoval žádnou ze skutkových okolností deklarovaného deliktu. I nadále v době rozhodování ve druhém stupni správního řízení žalovaný vycházel z týchž skutkových zjištění a z téže právní kvalifikace a nijak do materiální náplně deliktu nezasahoval. Za této situace nebylo důvodu rušit prvostupňové rozhodnutí a věc vracet správnímu orgánu prvního stupně, neboť ten by jen formálně opravil výrok a rozhodl by ve věci materiálně stejným způsobem jako napoprvé; správní řízení před všemi stupni je třeba vnímat jako jeden celek. Žalovaný tak postupoval procesně správně a zákonně.

Je-li namítáno, že změna rozhodnutí žalovaného je změnou v neprospěch, a tedy představuje porušení pravidla vyplývajícího z § 90 odst. 1 písm. c), popř. § 90 odst. 3 správního řádu, pak takovou změnou v neprospěch není, neboť, jak soud již shora vyložil, změna představuje pouze temporálně přesnější vyjádření popisu skutku, jak vyplýval již z prvostupňového rozhodnutí. I kdyby se však o takovou změnu v neprospěch jednalo, nešlo by o postup nezákonný, neboť podle § 25a ZOHS se ustanovení správního řádu o zákazu změny napadeného rozhodnutí v neprospěch odvolatele na řízení o porušení ZOHS neaplikují.

Výrok rozhodnutí ve znění napadeného rozhodnutí, tj. po změně, je přitom nejen výrokem odpovídajícím odůvodnění, ale též určitým a z pohledu popisu deklarovaného protiprávního jednání nezaměnitelným. Tu soud nutně musí vycházet ze dvou zdánlivě protichůdných východisek: jednak z obecné a nepochybné složitosti vtělit koncepci jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě do jazykově přijatelné skutkové věty, a jednak z toho, že z každého rozhodnutí správního orgánu o správním deliktu musí přesně, srozumitelně a určitě (nezaměnitelně) vyplývat, co je oním skutkem, za který je delikvent postihován. V tomto případě se však žalovanému podařilo obojí – skutková věta je větou jazykově přijatelnou a skutek, za který jsou delikventi postihováni, z ní vyplývá přesně, určitě a srozumitelně. Ze skutkové věty obsažené ve výroku napadeného rozhodnutí vyplývá, kteří soutěžitelé (žalobci) v jakém konkrétním období se dopustili jednání, které bylo shledáno protiprávním, na jaká jednotlivá období se skutek rozpadl (tj. v jakém období docházelo ke koordinaci a v jakém období k projevu na trhu), v čem skutek spočívá (tj. čeho se koordinace a následný projev na trhu týkal) a navíc i ve vztahu ke komu byl namířen; skutková věta přitom zahrnuje všechny znaky správního deliktu podávané z § 3 odst. 1 ZOHS, vyplývá z ní forma dohody (tj. jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě) i splnění materiální podmínky protisoutěžního charakteru dohody (tj. narušení hospodářské soutěže

na konkrétním relevantním trhu), nadto je skutková věta řádně promítnuta ve větě právní, deklarující porušení § 3 odst. 1 ZOHS.

Pokud jde o slovní vyjádření jednotlivých skutečností, jež žalobci zpochybňují, pak ani v něm neshledává soud pochybení, jež by mohlo mít vliv na srozumitelnost a určitost (nezaměnitelnost) rozhodnutí, a tím na zákonnost napadeného rozhodnutí. Dikce operující se „...zprostředkováním společného zájmu...“ prostřednictvím „...osobních a písemných kontaktů...“, kterou žalovaný důkladně osvětlil zejména v bodu 247. na str. 57 napadeného rozhodnutí, objektivně vystihuje žalovaným zjištěné skutečnosti týkající se prokázání kontaktu mezi žalobci a jeho obsahu, jak je žalovaný vyčerpávajícím způsobem podává zejména v bodech 69. až 162. na str. 16 až 37 napadeného rozhodnutí (v reakci na rozklady jednotlivých žalobců s odkazem na předchozí prvostupňové rozhodnutí). Použil-li žalovaný termín „...vitální léčiva...“, pak nemůže být rozhodující, zda tento termín je užit právními předpisy či nikoli, nýbrž skutečnost, že jde o termín používaný žalobci v jejich obchodní praxi, s jasným, konstantním a pro ně srozumitelným významem. Jak správně žalovaný konkretizuje v bodu 248. na str. 58 napadeného rozhodnutí, tento pojem žalobci používali a nebyly zjištěny žádné skutečnosti, které by nasvědčovaly tomu, že obsah a význam tohoto pojmu není žalobcům či jejich odběratelům znám. Důvodnost použití tohoto termínu je tak dána zejména tím, že žalobci sami skupinu léků, jichž se distribuční omezení nemělo týkat, nazývali „...vitálními léčivy...“ a tento termín používali pro „...léčiva životně nezbytná...“ či „...nezbytně nutná k záchraně zdraví pacienta...“. Měl-li tedy žalovaný povinnost popsat ve skutkové větě tu skupinu léčiv, jichž se dovozované distribuční omezení nemělo týkat, pak musel zvolit takový termín, jenž by tuto skupinu léčiv pro účastníky správního řízení (žalobce) i pro třetí osoby jasně definoval. Mohl přitom zvolit některé ze synonym, které žalobci v rámci své korespondence používali, a zvolil-li termín „...vitální léčiva...“, pak jde o termín výstižný, v kontextu výroku a odůvodnění napadeného rozhodnutí určitý (nezaměnitelný).

Pokud skutková věta obsažená v napadeném rozhodnutí neobsahuje údaj o „místu protiprávního jednání“, pak takového vymezení s ohledem na charakter deklarovaného protiprávního jednání a s ohledem na zbylý popis skutku v rámci výroku napadeného rozhodnutí nebylo třeba. Teritoriální vymezení jednání není obecně vždy nezbytnou součástí každého rozhodnutí ve věcech správního trestání (rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 6 As 57/2004-54 ze dne 22.9.2005, na který je zřejmě v této souvislosti odkazováno, případný opačný názor nikterak nepodpírá, ten hovoří o podmínce určitosti výroku); právě pro zakázanou dohodu podle § 3 odst. 1 ZOHS ve formě „jednání ve shodě“, což je právní kvalifikace, již žalovaný použil, je totiž typické, že její teritoriální dimenzi zpravidla již z povahy věci nelze blíže definovat. Jak bude níže uvedeno, deklarování tohoto protiprávního jednání může být založeno toliko na nepřímých či zprostředkovaných kontaktech, k nimž dochází mezi soutěžiteli postupně bez toho, že by bylo možné „místo uskutečnění takového kontaktu“ ve všech jednotlivých případech přesně a jednoznačně určit, a tedy již

z tohoto důvodu by v případě této formy zakázané dohody mohl být každý pokus o teritoriální vymezení jednání předem odsouzen k úspěšnému zpochybnění. V právě projednávané věci soud uzavírá, že i bez určení místa spáchání správního deliktu lze ze skutkové věty obsažené ve výroku napadeného rozhodnutí zřetelně seznat, kterého deliktu a jaké konkrétní povahy se žalobci dopustili. V takovém případě nedošlo k žádnému ataku principu právní jistoty (tím, že by nebylo jasné, za jaký delikt byl vlastně delikvent postižen) a konstrukce skutkové věty výroku napadeného rozhodnutí nevede k jakýmkoli pochybnostem o tom, za jaké jednání, které naplnilo skutkovou podstatu deliktu jednání ve shodě, byli žalobci potrestáni, a tedy ve vztahu k jakému jednání jde pro budoucno o věc již rozhodnutou.

Je-li dále žalobně poukazováno na údajně vadný postup žalovaného, který vyslychal jako svědky členy statutárních orgánů žalobců, pak ani tyto námitky nejsou důvodnými. Žalovaný jako svědky vyslychal člena statutárního orgánu žalobce c) – p. Houseru – a statutární orgán žalobce d) – p. Rohrbachera. Ust. § 55 správního řádu takový postup nevylučuje, neboť podle § 55 odst. 1 správního řádu je povinen vypovídat jako svědek každý, kdo není účastníkem správního řízení; těmi byli v tomto případě žalobci c) a d) a nikoli uvedené fyzické osoby – to jsou osoby od účastníků řízení odlišné, byť jsou jejich statutárním orgánem, resp. členem statutárního orgánu. Nadto dle soudu i věcně přichází v úvahu situace, za níž by bylo ve správním řízení důvodné vyslechnout osobu, která mimo jiné jedná jménem příslušné právnické osoby, o tom, co vlastními smysly vnímala, tedy vyslechnout ji jako svědku. Pokud tedy § 55 správního řádu vylučuje výslech toliko účastníků správního řízení jako svědků, pak je podle soudu třeba toto pravidlo interpretovat *a contrario* úzce a toto vyloučení vztahovat skutečně jen k účastníkům řízení, nikoli ke statutárním orgánům či jejich členům (za omezení, jaké je podáváno např. z § 126 odst. 4 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu). Pokud tyto dvě svým významem příbuzné procesní úpravy (správní řád na straně jedné a občanský soudní řád na straně druhé) v téže otázce obsahují jiná pravidla (občanský soudní řád obsahuje omezení možnosti výslechu statutárních orgánů nebo jejich členů a správní řád nikoli), pak je dostatek důvodů k odlišné interpretaci těchto ustanovení. Z toho vyplývá, že žalovaný nepochybil, pokud v případě, že shledal potřebu doplnit dokazování v otázkách zaměřených na to, co statutární orgán, resp. člen statutárního orgánu účastníka řízení vnímal vlastními smysly, se jej rozhodl vyslechnout jako svědku. I kdyby však měl být za správný považován výklad opačný (tu s využitím analogie, ohledně níž lze kontextuálním výkladem § 126 odst. 4 a § 131 odst. 1 občanského soudního řádu připustit, že by mohla být analogií ve prospěch účastníka správního řízení), byť jej zdejší soud nesdílí, ani v takovém případě by nebylo provedení výslechu obou fyzických osob coby svědků vadou řízení, jež by mohla mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí. Žalobní tvrzení uplatněná v tomto směru neuvádějí, jak konkrétně by se měl výslech obou fyzických osob na zákonnosti napadeného rozhodnutí projevit, tj. v čem konkrétně a jakým způsobem měl takový postup žalovaného jednotlivé žalobce na jejich právech zkrátit, nadto skutečnosti zjištěné v rámci těchto výslechů žalovaný skutečně nemusel použít, jak podrobně argumentuje zejména v bodu 256. napadeného rozhodnutí, kde se k této otázce vyjadřuje. Pro soud tu není rozhodující, že na protokolech týkajících se uvedených dvou výslechů svědků

na čl. 950 a 958 správního spisu je uvedena poznámka „nepřihlíží se k obsahu“, ale skutečnost, že z popisu skutečností, jež byly pro posouzení věci klíčovými, jak jsou podávány v napadeném rozhodnutí zejména v bodech 69. až 162. na str. 16 až 37 v kontextu s týmiž skutečnostmi vyplývajícími z předchozího prvostupňového rozhodnutí, nevyplývá, že by z výsledku obou fyzických osob vyplývala skutková zjištění, jež by neměla oporu v jiných důkazech; tj. na těchto důkazech žádné skutkové zjištění žalovaného nestojí. To koresponduje s vyjádřením žalovaného (bod 256. napadeného rozhodnutí), podle něhož tyto důkazy nebyly v řízení použity. Pokud tedy žalovaný k těmto důkazům podle obsahu napadeného rozhodnutí nepřihlížel a pokud ani žalobci neuvádějí nic konkrétního, co by z těchto důkazů jako jediných mělo vyplynout, pak takový postup nemohl mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí ani pro případ, že by výsledky fyzických osob – statutárního orgánu, resp. člena statutárního orgánu, byly s využitím shora uvedeného výkladu *per analogiam* nepřípustnými.

Je-li dále namítáno, že žalovaný se v napadeném rozhodnutí nevyjádřil k některým návrhům na doplnění dokazování, pak toto tvrzení je oprávněné. Skutečně žalobce b) na straně 4 rozkladu doplňoval do podkladu rozhodnutí „Přílohu č. 1“ a tento důkazní prostředek žalovanému podával v části rozkladu, která navazuje na žalobcovo vyjádření, podle něhož „...je a bylo obecně známou skutečností, že uvedené instituce patří dlouhodobě a prokazatelně k největším dlužníkům na trhu...“ (str. 4 rozkladu, třetí a čtvrtý odstavec). Kromě toho na str. 7 téhož podání doplňoval „Přílohu č. 7“ a „Přílohu č. 8“ (příspěvky Mf Dnes) a podával je žalovanému v části navazující na jeho vyjádření ohledně ostré mediální kampaně zaměřené proti distributorům a navazujících prohlášení ohledně připravenosti dodávat vitální léčiva. Žalovaný se k nim nijak nevyjádřil, přitom důvody, které žalovaný dovozuje ve svém vyjádření k žalobě žalobce b), nemohou obstát. Z kontextu rozkladu žalobce b) totiž souvislost příloh a rozkladových tvrzení vyplývá: „Přílohou č. 1“ má být prokazováno, že příslušné tři fakultní nemocnice jsou obecně známými dlužníky a „Přílohou č. 7“ a „Přílohou č. 8“ má být prokazováno, že nabídka dodávky vitálních léčiv byla reakcí na mediální tlak mimo jiné vůči žalobcům. Bylo tedy zřejmé, jaká žalobcova tvrzení mají předložené listiny podporovat. O pochybení žalovaného tedy jde, nicméně toto pochybení nedosahuje takové intenzity, aby bylo samostatným důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů procesních; materiálně bylo napadeným rozhodnutím zhojeno, aniž by tak kterýkoli ze žalobců mohl postup žalovaného důvodně považovat za nezvratně jej poškozující. Pokud by se žalovaný měl v rámci řízení o rozkladu ke skutečnostem a listinám je prokazujícím vyjádřit, musel by tak učinit v rámci hmotněprávního hodnocení jednání žalobců, neboť právě k němu se uvedená rozkladová argumentace vztahovala. Žalovaný se sice nevyjadřuje výslovně k těmto rozkladovým přílohám a související argumentaci, jak soud shora uvedl, nicméně z obsahu odůvodnění napadeného rozhodnutí je jasně patrné, že protiprávní (protisoutěžní) je koordinace postupu vůči dlužníkům, aniž by bylo zpochybňováno, že se o dlužníky jednalo. To znamená, že sama skutečnost, že zadluženost by i konkrétních nemocnic byla známa, nikterak neprolamuje závěr žalovaného ohledně

koordinace postupu (na podrobnosti hmotněprávního charakteru soud odkazuje níže). Stejně tak není rozhodující podnět, na základě kterého se žalobci rozhodli nevztáhnout distribuční omezení na vitální léčiva, nýbrž fakt, že takový postup byl realizován koordinovaně, a pokud podstatou uvedeného rozkladového tvrzení bylo popření, že by načasování dopisů s nabídkou distribuce vitálních léčiv bylo důsledkem koordinace, ale reakcí na mediální tlak vůči distributorů, tj. mimo jiné i vůči žalobcům, pak se žalovaný přesně s touto argumentací objevující se na jiném místě rozkladu vypořádává v bodu 120. a 121. na str. 28 napadeného rozhodnutí. Věcně tedy toto rozkladové tvrzení nezůstalo nevypořádáno.

Samostatně je namítáno porušení práva být před vydáním napadeného rozhodnutí seznámen s podklady rozhodnutí podle § 36 odst. 3 správního řádu. Žalobně je tvrzeno, že žalovaný měl ve druhém stupni správního řízení žalobce seznámit s podkladem rozhodnutí i přesto, že své rozhodnutí založil na týchž podkladech, na jakých bylo založeno rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení. V tomto směru však žalovaný nepochybil. Z obsahu správního spisu vyplývá, že před vydáním rozhodnutí v prvním stupni správního řízení po skončení dokazování byl dán žalobcům prostor k tomu, aby se s podkladem rozhodnutí seznámili. Toho také žalobci využili. Následně bylo *in merito* rozhodnuto a proti rozhodnutí byly podány rozklady. S těmi byli žalobci vzájemně též seznámeni. Další doplňování dokazování před vydáním napadeného rozhodnutí neprobíhalo, a tedy žalovaný rozhodl napadeným rozhodnutím na základě výlučně těch podkladů, které byly podkladem prvostupňového rozhodnutí, s nimiž se účastníci seznámili, a na základě rozkladové korespondence, s níž se žalobci též seznámili, bez doplňování dokazování. Žalobcům byl tedy znám obsah správního spisu a s veškerými podklady byli v okamžiku vydání napadeného rozhodnutí seznámeni. Skutečnost, že žalobcům za téhož souboru podkladů nebyla dána formálně opětovně příležitost se s podkladem seznámit, nepředstavuje žádné pochybení žalovaného, jež by se mohlo negativně projevit v subjektivních procesních právech jednotlivých žalobců, a nemůže mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí.

Část žalobních tvrzení rovněž zpochybňuje postup, jaký žalovaný ve druhém stupni správního řízení zvolil v okamžiku, kdy se vypořádával s jednotlivými rozkladovými tvrzeními, a napadené rozhodnutí tak považuje za nepřezkoumatelné. Soud přisvědčuje žalobcům, že žalovaný na část rozkladových námitek reagoval tak, že namísto vlastní argumentace odkázal na závěry obsažené v prvostupňovém rozhodnutí a konstatoval „i přes rozkladovou argumentaci“ jejich správnost, nicméně takový postup není postupem ani hypoteticky přivozujícím nezákonnost nebo nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí. Pokud žalovaný při rozhodování ve druhém stupni správního řízení dospěl k závěru, že rozkladová argumentace nikterak neprolamuje závěry, k nimž dospěl v prvním stupni správního řízení, pak mohl tyto závěry zopakovat (fakticky je tedy opsat) nebo na ně odkázat. Napadené rozhodnutí se nestává neodůvodněným nebo nesrozumitelným, pokud žalovaný ve druhém stupni správního řízení mechanicky neopisuje závěry, jež jsou obsaženy v předchozím rozhodnutí vydaném v prvním stupni správního řízení, nýbrž srozumitelně podává fakt, že se ztotožňuje se závěry již vyřčenými a konkrétně na ně odkazuje. Žalovaný

takto postupoval: skutečnost, že se žalovaný v konkrétních otázkách ztotožňuje se závěry již vyslovenými v předchozím řízení, z napadeného rozhodnutí jednoznačně a srozumitelně vyplývá, jasně je tedy konkretizováno, o jaké závěry jde a jak na ně žalovaný v napadeném rozhodnutí nahlíží. Pak tedy napadené rozhodnutí z tohoto důvodu není nepřezkoumatelné.

Námitkou procesního charakteru je zpochybňování zákonnosti důkazu pořízeného televizním záznamem o tiskové konferenci odvysílaným dne 14.2.2006 v televizních novinách na TV Nova na DVD. Ani ta není důvodná. Předně jde podle obsahu správního spisu o hrubý záznam z tiskové konference, který byl opatřen od CET 21 spol. s r.o., a důvodně lze tak předpokládat, že zdroj DVD je co do obsahové stránky DVD zdrojem důvěryhodným. Nadto žalobce c) namítá pouze to, že není jasné, jak byl záznam pořízen, jak byl sestříhán, kdo záznam pořídil, kdo jej upravil, kdo jej sestříhal atd.; konkrétní tvrzení proti obsahu DVD, kterými by se měl soud zabývat, však z tohoto žalobního tvrzení nevyplývají. Není rovněž zpochybňována žádná pasáž z písemného přepisu záznamu na DVD (ve správním spisu na č.l. 1735 a násl.). Pokud je v žalobní argumentaci uváděno, že není vyloučeno, že do záznamu bylo zasahováno, pak žalobce c) neuvádí žádnou skutečnost, jež by možným zásahům (zřejmě u žalovaného) nasvědčovala, případně z níž by vyplývalo, jak mělo být do záznamu zasahováno a jak by se to mělo projevit na hodnocení obsahu DVD, ani neuvádí žádné konkrétní tvrzení, podle něhož by záznam na DVD průběhu tiskové konference neodpovídal. Neuplatnil-li žádný ze žalobců konkrétní námitku proti obsahu záznamu, pak soud nemá, čeho by na jeho obsahu a tím ani na závěrech, k nimž z hlediska obsahu záznamu na DVD žalovaný dospěl, přezkoumával.

Žádná ze žalobních námitek směřujících do procesního postupu žalovaného tedy není důvodnou. Ostatní žalobní námitky již souvisejí s hmotněprávním posouzením věci.

Pokud jde o věcné vymezení relevantního trhu provedené žalovaným, pak soud nezjistil z obsahu správního spisu žádný podstatný argument, pro který by se toto vymezení mohlo jevit jako nesprávné. Naopak veškeré úvahy žalovaného, zachycené v bodech 44. a násl. od str. 10 napadeného rozhodnutí, korespondují se skutkovými zjištěními, jsou vzájemně logické a věcně konzistentní a soud je přijímá bez jakýchkoli výhrad. Relevantním trhem se v souladu s § 2 odst. 2 ZOHS rozumí trh zboží, které je z hlediska jeho charakteristiky, ceny a zamýšleného použití shodné, porovnatelné nebo vzájemně zastupitelné, a to na území, na němž jsou soutěžní podmínky dostatečně homogenní a zřetelně odlišitelné od sousedících území. Při aplikaci soutěžního práva je obecně přijímanou též definice, podle níž se relevantním trhem rozumí prostorový a časový souběh nabídky a poptávky po takovém zboží ve formě výrobků nebo služeb, které je z hlediska uspokojování určitých potřeb uživatelů těchto výrobků nebo služeb shodné nebo vzájemně zastupitelné. Vymezuje-li se relevantní trh, pak se zkoumá jak, čím a kde jsou potřeby spotřebitelů uspokojovány. Vymezení relevantního trhu po stránce věcné je založeno na posouzení věcného charakteru statků, které jsou shodné

nebo vzájemně zastupitelné, přičemž klíčovým je hledisko konečného spotřebitele; jeho pohledem je tedy určováno, zda jednotlivá nabízená plnění (zboží ve formě výrobků či služeb) jsou či mohou být využita ke stejnému účelu, zda plní stejnou funkci a zda je lze nahradit plněním, jež má z jeho pohledu týž význam a tutéž hodnotu. Plnění, které sice vykazuje podobné znaky, avšak nemá z pohledu konečného spotřebitele týž význam a tutéž hodnotu, a je tak zastupitelné toliko částečně, není plněním na témže relevantním trhu. Pokud jde konkrétně o rozdíly mezi distribucí léčiv do nemocničních lékáren na straně jedné a distribucí léčiv do jiných než nemocničních lékáren (lékáren tzv. veřejných) na straně druhé, žádné podstatné rozdíly ani soud neshledal. Sami žalobci ve správním řízení uvedli, že charakter lékárny, do níž probíhá distribuce léčiv, nemá vliv ani na obchodní podmínky, za nichž distribuce probíhá, ani na samotný charakter distribuce, ani na cenu, za niž jsou léčiva dodávána, a konečně ani na frekvenci dodávek. Stejně tak sortiment léčiv, který je dodáván do nemocničních lékáren, odpovídá sortimentu dodávanému do ostatních lékáren (odkazy žalovaného na vyjádření žalobců b/ a c/ v bodu 53. na str. 12 napadeného rozhodnutí přitom plně odpovídají skutečnostem vyplývajícím ze správního spisu). Jediné rozdíly lze snad dovést 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 (tato poptávka logicky není dána u jiných lékáren, které nedodávají léčiva přímo pro pacienty hospitalizované v souvislosti s těmito složitějšími zákroky), nicméně tyto rozdíly jsou z pohledu celkového charakteru distribuce marginálními. Nadto žádný ze žalobců nezpochybnuje skutečnost, že nemocniční lékárny soutěží v konkurenčním horizontálním vztahu s jinými lékárnami, pokud jde o přímé dodávky léčiv pacientům (jde o pultové dodávky uskutečňované přímo v těchto lékárnách). I to je důvodem pro vymezení relevantního trhu po věcné stránce společného pro dodávky všem těmto lékárnám. Jiné skutečnosti, které by odůvodňovaly užší věcné vymezení relevantního trhu, ze skutkových zjištění žalovaného podávány nejsou; skutečnost namítaná v žalobě (poukazuje na ni žalobce a/), podle níž tzv. veřejné lékárny provozují lékárníci jako podnikatelé fyzické osoby nebo obchodní společnosti, je z pohledu vymezení relevantního trhu bezvýznamná, neboť ničeho nevyovídá o charakteru dodávek. Trh velkoobchodní distribuce léčiv do lékáren byl tedy s ohledem na § 2 odst. 2 ZOHS vymezen zákonně a věcně správně.

Je-li poukazováno na skutečnost, že trh, na němž žalobci působí, je trhem oligopolním, pak žalovaný zejména v bodech 62. a 63. na str. 15 napadeného rozhodnutí zdůvodňuje, proč tato skutečnost, i kdyby její tvrzení bylo důvodným, na posouzení věci ničeho nemění. Žalovaný sám indikuje rysy oligopolnosti tohoto trhu, na druhé straně uvádí i polemický argument, nicméně stěžejním a správným závěrem je konstatování, že vyhodnocení „přesné míry“ oligopolnosti trhu není pro posouzení této věci podstatné. I kdyby se o trh oligopolní jednalo, nemohlo by to vyvracet závěr o koluzi žalobců na tomto trhu (k tomu níže); i na oligopolním trhu (a i při prokázání, že žalobci na trhu zaujímají v souhrnu silnější postavení dané podílem na tomto trhu, jak je žalobně tvrzeno) může dojít k zakázanému jednání ve shodě a skutečnost, že se jedná o oligopolní trh, by mohla být klíčovou pouze za situace, pokud by nebyl dostatek důkazů o tom, že jednání žalobců nebylo nezakázaným paralelismem (jejich

samostatným, nevědomě paralelním jednáním, či následováním trhem akceptovaného modelu soutěžního chování bez předchozí koluze), které mohlo být oligopolní strukturou trhu usnadněno. Žalovaný klíčovou část dokazování zaměřil ke skutečnosti, zda jednání žalobců bylo výlučně důsledkem objektivně existujících poměrů na trhu a okolností bezprostředně předcházejících projevu na trhu anebo zda se do jednání každého ze žalobců promítl předpoklad chování ostatních žalobců, jenž byl dán v souvislosti s jejich předchozími kontakty a částečně i jejich obsahem, a jeho závěry, jak soud níže uvede, jsou zákonnými a věcně správnými. Tvrzení (a ani samotné prokázání) oligopolního charakteru trhu na tomto závěru ničeho nemění.

Ve vztahu k jednání žalobců bylo deklarováno, že jde o dohodu narušující hospodářskou soutěž (zakázanou dohodu, kartelovou dohodu) ve formě jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě. Toto jednání coby protiprávní kodifikované v § 3 odst. 1 ZOHS koresponduje s komunitární úpravou, kde Smlouva o založení ES ve svém článku 81 hovoří o „sladěných praktikách“ bez uzavření jasné a zřetelné dohody o konkrétním budoucím jednání na trhu („*concerted practices*“). Za základní charakteristický znak takového jednání bývá doktrínou soutěžního práva i konstantní rozhodovací praxí považován jasně definovatelný (určitý) společně koordinovaný postup dvou či více účastníků trhu (soutěžitelů), kterým jsou vědomě nahrazována jinak obvyklá rizika efektivní hospodářské soutěže, přitom takový postup je založen na praktické kooperaci mezi jednotlivými soutěžiteli. Jednání ve vzájemné shodě je charakterizováno takovými, byť i nepřímými, projevy vůle, kterými je realizován protisoutěžní konsenzus, avšak prostřednictvím koordinace více samostatných úkonů jednotlivých soutěžitelů, nikoli jedním úkonem uskutečněným všemi účastníky dohody v postavení soutěžitelů. Společně koordinovaným postupem ve formě praktické kooperace se doktrínálně rozumí předávání a přijímání určitých pro budoucí soutěžní chování citlivých a účinně využitelných informací, přičemž na základě takto předaných a přijatých informací předpokládají jak autor (odesílatel, interpret) těchto informací, tak adresát, shodu ve vzájemném postupu, která s předanou a převzatou informací koresponduje. 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, tedy postup z podstatné části založený na vzájemné koordinaci dvou či více soutěžitelů založené na vzájemné informovanosti. Jde přitom 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.

Aby bylo jednání žalobců jednáním zakázaným (jednáním ve shodě podle § 3 odst. 1 ZOHS), musí v něm být zahrnuty dva druhy prvků: jednak prvek subjektivní, jímž je určité a okolnostmi odůvodněné budoucí očekávání jednotlivých soutěžitelů, a kromě toho prvky objektivní, jimiž jsou vzájemné kontakty mezi soutěžiteli a jednání na trhu, které přímo souvisí s předchozími kontakty. Je tedy třeba nejprve shody vůle (předchozí koordinace soutěžitelů) a následně jejího projevu na trhu (společně

koordinovaného postupu). Souhrnně řečeno: jednání označované jako „jednání ve vzájemné shodě“ v sobě zahrnuje vždy nejprve koordinaci stran odstraňující vzájemné pochybnosti o jejich budoucím soutěžním chování, dále faktický projev této koordinace na trhu a konečně kauzální nexus je spojující.

Žalovaný z těchto postulátů vycházel a dovedl vyjádření shodné vůle jednat určitým předem definovaným způsobem, byť i nepřímé a kontextuální, s vysokou mírou pravděpodobnosti, že ostatní budou jednat stejným, předem známým způsobem. Nic na tom nemění žalobně namítaná skutečnost, že každý ze žalobců mohl mít k takovému postupu sám (samostatně) dostatek racionálních důvodů (pohledávky po splatnosti a snaha je efektivními prostředky vymoci), ani že se snad postup žalobců v dílčích (pro soud marginálních) detailech závislých na konkrétních podmínkách obchodní spolupráce, jež měli žalobci se svými odběrateli nakontrahovány, vzájemně odlišoval.

Kontakt mezi žalobci a zčásti i jejich obsah žalovaný opřel o důkazy, jejichž provázanost a důkazní hodnotu popisuje v bodech 68. a násl. od str. 16 napadeného rozhodnutí; žádný z těchto důkazů sám o sobě není postačující k prokázání jednání ve shodě, nicméně jejich souhrn je dostatečně způsobilým k vyvození závěru, že jednání žalobců spočívající v postupu vůči třem fakultním nemocnicím, ve výroku napadeného rozhodnutí identifikovaným, byť by k němu měl každý z nich dostatek racionálních důvodů, musí být z podstatné míry důsledkem vyvolané a akceptované kooperace mezi několika soutěžiteli (žalobci) odstraňující nejistotu o tom, že ostatní žalobci budou tyto kroky také realizovat a že jeden žalobce nezůstane v realizaci svých kroků, byť jinak pro něj podnikatelsky racionálních, na trhu osamocen.

Obsah listin označovaných jako „Důkazy č. 1 – 19“ podpírá závěr žalovaného, že žalobci byli mezi sebou v období bezprostředně předcházejícím datu 15.2.2006 ve stupňujícím se kontaktu, že žalobcům bylo zřejmé, kdo jsou jejich konkrétní největší dlužníci, že žalobcům bylo zřejmé, že společným tlakem na tyto největší 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 nejnížší délce, že si žalobci vzájemně zřetelně indikovali způsob řešení své situace, že se jednalo o řešení jednotně deklarované s přispěním AVEL, že efektivita tohoto řešení předpokládala zapojení všech žalobců, a že tedy před 15.2.2006 byla míra nejistoty o tom, jak jednotliví žalobci budou situaci ve vztahu ke svým dlužníkům řešit, zřetelně odstraněna. To vyvolalo odstranění rizika odlivu odběratelů pro případ, kdy by se k těmto krokům rozhodl každý ze žalobců sám.

Konkrétně považuje soud ze zjištěného podkladu napadeného rozhodnutí a následně z napadeného rozhodnutí samotného za podstatné, že v období od 30.1.2006 do 14.2.2006 byli žalobci v osobním i distančním (elektronickém písemném) kontaktu, na tomto kontaktu se zpravidla aktivně podíleli a znali podrobnosti o úvahách týkajících se soutěžního (obchodního) chování svých konkurentů do budoucna, a to co do aktuálních problémů těchto konkurentů (pohledávky za konkrétními dlužníky)

i co do způsobu jejich řešení (volba co nejefektivnějšího způsobu k úspěšnému vymožení pohledávek). Rovněž je z obsahu těchto kontaktů nepochybné, že jednotliví žalobci hodlali své problémy řešit společně a jednotně (dostatečně efektivním tlakem v podobě restrikce dodávek). Komunikace mezi žalobci byla usnadňována a zastřešována AVEL, nicméně účastníci jednali každý sám za sebe. Všichni žalobci byli přítomni při jednáních AVEL ve dnech 30.1.2006 a 6.2.2006 a na tiskové konferenci uskutečněné dne 14.2.2006. Podklad rozhodnutí týkající se vystupování jednotlivých žalobců na tiskové konferenci (č.l. 1734 a přepis od č.l. 1735 správního spisu) nepřipouští žádné pochybnosti v tom směru, že na nich byli zastoupeni všichni žalobci, nadto zástupce AVEL jasně hovoří o všech distributorech, jejich souhrnném tržním podílu až 95%, z jeho vyjádření jasně vyplývá totožný zájem i totožný postup, který je podáván coby postup z pozice společné síly, žádný ze zbylých účastníků tiskové konference nevyjadřuje disentanční postoj, celá tisková konference nepřipouští pochybnosti o konsensu mezi jejími účastníky. Kromě toho proběhly ještě nejméně dvě schůzky, na nichž byli přítomni žalobci a), b) a c) a žalobci a) a b) – jednalo se o schůzky uskutečněné ve dnech 3.2.2006 a 17.2.2006. Obsahem všech těchto osobních setkání byly mimo jiné otázky upravující jednotný postup při vymáhání pohledávek, zahrnovaly konkrétní postupy, předpokládaly jejich jednotnost, z obsahu vyplývá snaha postupovat efektivně, z pozice jednoty – a tedy síly, jíž by žalobci nedisponovali osamoceně. Kromě těchto osobních schůzek byli žalobci v písemném kontaktu, mimo jiné obdrželi zápis z jednání AVEL ze dne 30.1.2006 („Důkaz č. 2“), klíčové materiály týkající se možného budoucího postupu - „...*Simulace možných řešení*...“ ze dne 2.2.2006 jako podklad pro schůzku uskutečněnou dne 3.2.2006 („Důkaz č. 3“), „...*Návrh komplexního řešení*...“ ze dne 3.2.2006 („Důkaz č. 4“) a „...*Tisková konference – 7.2.2006*...“ obsahující úvodní slovo společné tiskové konference zahrnující výčet jednotlivých kroků, které distributoři hodlají podniknout („Důkaz č. 6“). Přestože důkazy o vzájemné komunikaci žalobců v období bezprostředně předcházejícím datu 15.2.2006 jasně prokazují společný zájem od vyhlášení tohoto kroku dne 14.2.2006 nedodávat léčiva do konkrétních tří 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 i v reakci na mediální tlak, jak je žalobně tvrzeno, nicméně společně.

Pokud jde o podmínku realizace vzájemně koordinovaného jednání žalobců na trhu, i tu má soud za splněnou. Prokazování této podmínky (za situace, kdy je dán dostatek důkazů vztahujících se především k uskutečněným kontaktům mezi jednotlivými účastníky trhu a o jejich materiálním obsahu) je obecně založitelé 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 (srov. Bellamy, Ch. – Child, G.: *European Community Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 5. vydání, 2001, str. 70, 2-050). Pak tedy důsledek, jenž na trhu nastane, nemůže být přičitatelný výlučně existujícím objektivním podmínkám na trhu, ale právě uskutečněným

kontaktům a jejich materiálnímu obsahu. Datum 15.2.2006 coby datum zahájení realizace žalobci vyhlásili, tři fakultní nemocnice, vůči nimž bylo jednání žalobců zaměřeno, získaly jasný signál, že od tohoto data budou vůči nim konkrétním způsobem postupovat všichni jejich klíčoví dodavatelé (všichni žalobci coby nejvýznamnější dodavatelé na trhu). To vyvolalo odchylku od jinak obvyklého chování fakultních nemocnic v postavení odběratelů, byla vyvolána potřeba předzásobit se. Z podkladu rozhodnutí (tu zejména č.l. 1224 správního spisu) je dovozováno, že poslední den před datem, k němuž mělo dojít k realizaci předem vyhlášeného jednání, byly maximalizovány objednávky, jež byly vykryty následující den (15.2.2006) významným počtem jednotlivých dodávek. Všichni žalobci v období následujícím po vyhlášení postupu na tiskové konferenci uskutečněné dne 14.2.2006 zkrátily lhůty splatnosti u dodávek realizovaných, týkajících se vitálních léčiv. Nedostatek objednávek ve vztahu k žalobcům, jež by se týkaly jiných než vitálních léčiv, lze logicky vysvětlit předzásobením odběratelů, k němuž došlo v období bezprostředně předcházejícím datu 15.2.2006, resp. ještě dne 15.2.2006; vliv společného vyhlášení postupu žalobců na režim dodávek a odběrů je dokládán tím, že jakmile žalobce a) po 21.2.2006 na omezenou dobu (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. Skutečnosti popsané zejména v bodech 152. až 181. od str. 39 rozhodnutí vydaného v prvním stupni správního řízení plně odpovídají podkladu rozhodnutí a okolnosti realizace koordinovaného jednání přesvědčivě dokládají.

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 efektivním bude toliko postup společný. Žalobcům tu není vytýkáno to, že se chovali způsobem, který lze charakterizovat jako podnikatelsky racionální (tj. že již nehodlali dále za předchozích podmínek dodávat svým dlužníkům), ani to, že své zájmy zastřešovali prostřednictvím AVEL, nýbrž to, že k takovému 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 žalobní argumentace v tom směru, že žalobci toliko hájili své zájmy, a dokonce svá práva (ani s využitím argumentace normami ústavního pořádku garantovaným právem vlastnickým), ani že všichni jednali za podmínek panujících na trhu pro ně nepříznivých, neboť to jim vytýkáno není a ani žalovaný tyto skutečnosti nepopírá. Za tohoto stavu není rozhodující, jak vysoké byly pohledávky žalobců za fakultními nemocnicemi, ani není namístě úvaha v tom směru, že by liberací z protisoutěžního charakteru jednání žalobců měla způsobit existence rizika ohrožení samotné existence žalobců v důsledku neuhrazených pohledávek po splatnosti ze strany jednotlivých fakultních nemocnic. Pro právní hodnocení věci nemá rovněž význam ani tvrzení žalobců, podle něhož se žalobci rozhodli nenavyšovat svůj dluh; fakt, že se jej rozhodli dále nenavyšovat, jim vytýkáno není, vytýkána je žalobcům koordinace postupu,

bez níž by nemohli dosáhnout jistoty o tom, že v případě restrikce dodávek jedním ze žalobců nebudou tyto dodávky nahrazeny ostatními žalobci.

Rovněž neobstojí argumentace, podle níž jednání jednotlivých žalobců bylo v souladu s právem soukromým; rozpor jednání s právem soukromým (občanským, obchodním) dovozován není, přitom pravidlo, podle něhož jednání, jež je v souladu s právem soukromým, nemůže porušit právní normu právního předpisu práva veřejného (soutěžního), nemá oporu v žádné právní normě žádného právního předpisu, ani nejde o zásadu, jež by měla obecně platit, ani o pravidlo, jež by bylo uznáváno doktrínou (ať už doktrínou veřejného práva či doktrínou soukromého práva).

Na závěru ohledně koordinace jednání žalobců ničeho nemění ani dílčí zpochybňování jednotlivých důkazů (tj. že komunikace neprobíhala vždy mezi všemi žalobci, že se alespoň zpočátku týkala převážně otázek regulace obchodní přírážky, že si některý ze žalobců vyhradoval dílčí kroky při realizaci žalovaným deklarovaného společného záměru uzpůsobit svým možnostem vyplývajícím z individuálně nekontrahovaných obchodních podmínek s jednotlivými odběrateli, že žalobci neprovedli opatření, aby zabránili jiným soutěžitelům v možnostech alternativních dodávek - tu od „Stylmed H“, že načasování některé korespondence bylo vyvoláno mediálním tlakem, který nejvýše mohl spoluurčit načasování již koordinovaného jednání apod.), 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 (definování problému, koordinace jeho řešení a vyhlášení konkrétního způsobu řešení, vyvolání pocitu jednotnosti a tím i „síly“ postupu jednotlivých žalobců, vzájemná kontrola postupu jednotlivých žalobců, koordinace řešení aktuálních problémů při realizaci, to vše s využitím AVEL). Způsob, jakým tyto jednotlivé důkazy o kontaktech žalobců a jejich obsahové náplni žalovaný v napadeném rozhodnutí podal, je pro soud precizním a zjištěným skutečným plně odpovídajícím.

Z obsahové náplně komunikace mezi jednotlivými žalobci vyplývá, že restrikce dodávek plného sortimentu léčiv s výjimkou tzv. vitálních léčiv s omezenou dobou splatnosti ceny za tyto dodávky byla mezi žalobci konsensuálně považována za efektivní řešení, a že následný postup jednotlivých žalobců na trhu byl vyvolán znalostmi o principiálně též způsobu řešení téhož problému ostatními žalobci. Přestože pro kvalifikaci jednání jako zakázaného jednání ve vzájemné shodě není nezbytné, aby existoval určitý přesný, podrobný a předem vytvořený plán jednání, neboť postačuje pouhý přímý či dokonce nepřímý kontakt, který ovlivňuje chování konkurentů, jak konstatoval Evropský soud dvůr ve věci „*Sugar*“ (40/73, 1975, ECR – 1663), soudem shora popsané klíčové pasáže jednotlivé komunikace bezprostředně předcházející datu 15.2.2006 takový určitý, přesný a předem vytvořený plán jednání prokazují. Pokud Evropský soudní dvůr i bez prokázání těchto skutečností konstatoval, že „každý subjekt ... musí stanovovat svoji politiku nezávisle, což tyto subjekty nezbavuje práva přizpůsobit se rozumně současnému a předpokládanému chování

konkurentů. Toho však nelze dosáhnout přímým nebo nepřímým předchozím kontaktem mezi těmito subjekty...", pak toto konstatování je důvodné tím spíše, jsou-li právě uvedené přesné a určité podrobnosti postupu prokázány.

Pokud žalovaný považoval za datum prvního prokázaného kontaktu mezi žalobci, jenž souvisel s projevem na trhu, k němuž došlo od 15.2.2006, datum 30.1.2006, a pokud od tohoto data konstruoval řetězec důkazů, z nichž dovodil rozsah vzájemné komunikace a její obsahovou náplň, pak za situace, kdy pro období před datem 30.1.2006 nezjistil žádný kontakt, jenž by obsahově zapadal do konstrukce počínající dnem 30.1.2006, postupoval správně, pokud počátek časového vymezení skutku datoval právě ke dni 30.1.2006; vzájemná komunikace je pouze jedním z prvků správného deliktu „jednání ve vzájemné shodě“, jak je již shora uvedeno, a skutečnost, že žalobci spolu mohli komunikovat i před tímto datem, na tomto časovém vymezení skutku ničeho nemění. Pro žalobce takovéto vymezení počátku skutku, za který jsou postihováni, má význam z pohledu jasného vymezení jednání, za které již byli postiženi a vůči němuž zde platí překážka věci rozhodnuté. Časové vymezení počátku protiprávního jednání ke dni 30.1.2006 je z napadeného rozhodnutí zřetelné, skutková věta zahrnující takto stanovený počátek odpovídá odůvodnění rozhodnutí.

Pokud žalobcům byli známi největší dlužníci („Důkaz č. 2“), pokud se žalobci otázkou zastavení dodávek do konkrétních fakultních nemocnic zabývali již před 2.2.2006, neboť s tím již počítala mediální prezentace popisovaná v elektronické korespondenci („Důkaz č. 3“), a jasné úvahy v tomto směru zazněly na jednání dne 30.1.2006 („Důkaz č. 18“), které podle obsahu navazovaly na nutnou předchozí komunikaci zahrnující mimo jiné „...*Simulaci možných řešení...*“ („Důkaz č. 3“) i z pohledu dalšího postupu silně instruktivní „...*Návrh komplexního řešení...*“ („Důkaz č. 4“), pak z chování žalobců jako konkurentů na horizontální úrovni trhu je patrná zcela zřetelná a co do obsahu určitá forma koordinace, která nahrazuje jejich jinak nezávislé jednání. Přestože „Důkaz č. 8“ může vyjadřovat disentující postoj žalobců b) a c) k plánu ve všech jeho podrobnostech, je jím potvrzována komunikace, která se po obsahové stránce zřetelně týkala deklarovaného zastavení dodávek, aniž by mohl být příkládán zvláštní význam vyjádření, podle něhož část žalobců v rámci postupu bude limitována nakontrahovanými obchodními podmínkami s jednotlivými odběrateli a jejich aktuální situací. Limitace jednotlivých žalobců jimi nakontrahovanými podmínkami je logická, jinak by se totiž žalobci vystavovali riziku porušení povinností vyplývajících ze závazkových vztahů uzavřených se svými odběrateli. Ve vztahu k jiným skutečnostem nelze disentující postoj obou těchto žalobců dovozovat. Tyto skutečnosti totiž nevyvracejí zřetelný prvek ovlivnění budoucího chování žalobců v důsledku předchozí komunikace; i jednotlivými kroky v dílčích směrech se odlišujícími lze naplňovat protisoutěžní koordinaci založené na shodě v podstatných prvcích budoucího jednání na trhu. Stejně tak tiskové konference nemohou být v kontextu předchozí komunikace vnímány coby mediální prezentace individuálních postojů jednotlivých žalobců, neboť 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 – a tedy ve vztahu k odběratelům dostatečně „silně“.

Ze shora uvedeného lze tedy uzavřít, že bezprostřední příčinou jednání, jež se na trhu projevilo po 15.2.2006, nejsou objektivní podmínky na trhu, ale koordinace postupu, jež mohla být těmito objektivními podmínkami na trhu vyvolána. Tyto skutečnosti soud považuje za klíčové pro hmotněprávní posouzení věci; žádné ze žalobních tvrzení tyto skutečnosti nevyvrací. Z „Důkazu č. 2“ vyplývá shodný zájem žalobců na vymožení pohledávek – a to největších a nejstarších; výslovně se tu uvádí, že je třeba vymoci největší pohledávky, a zároveň je specifikováno, u jakých dlužníků mají žalobci největší a nejstarší pohledávky. Takovými dlužníky jsou právě tři fakultní nemocnice specifikované ve výroku napadeného rozhodnutí. Rovněž vyplývá z „Důkazu č. 2“, že žalobci přistoupí k výzvě k úhradě dluhů. „Důkaz č. 3“ zřetelně pojednává o způsobu „komunikace s novináři“, kterou kromě zástupce AVEL mohou vést i „šéfové firem“ – rozuměno žalobců. Důkazem koordinace kroků při distribučních restriktivních opatřeních vůči fakultním nemocnicím je rovněž část textu dopisu označovaného jako „Důkaz č. 3“; argumenty k obhájení tohoto kroku měly být společně připravovány a předem diskutovány mezi žalobci. Přestože se v „Důkazu č. 3“ hovoří o „odpojení“ nemocnic od dodávek bez přímé identifikace konkrétních odběratelů, skutečnosti v něm uvedené korespondují se snahou vymoci od konkrétně uvedených dlužníků, a tedy od tří zmiňovaných fakultních nemocnic, největší a nejstarší pohledávky („Důkaz č. 2“). Konsenzus na koordinovaných restriktivních opatřeních vůči odběratelům tedy zřetelně vyplývá z dílce „Důkazu č. 3“, kde je pojednáváno o základním principu odpojování, míře a důsledcích. „Důkaz č. 4“ jasně popisuje zastavení dodávek do konkrétních tří fakultních nemocnic od pondělí 13.2.2006; totéž, toliko bez uvedení konkrétního data, vyplývá z „Důkazu č. 6“. V listině tvořící „Důkaz č. 6“ se kromě data konání tiskové konference (7.2.2006) uvádí jasně, že nebude-li vydáno prohlášení o uhrazení dluhů, budou muset jednotliví žalobci u svých nejzadluženějších nemocnic zastavit dodávky; nejzadluženějšími nemocnicemi jsou logicky ty, které jsou zmiňovány v „Důkazu č. 2“ coby dlužníci, u nichž měli žalobci nejstarší a největší pohledávky, přitom se zastavením dodávek se také počítá pro období cca za týden od konání tiskové konference (7.2.2006). Podstatnou není žalobní argumentace, že zkrácení lhůt splatnosti dodávek nebylo provedeno na lhůtu 14 dnů, jak by mohlo být podáváno z „Důkazu č. 4“, nýbrž splatnosti se pohybovaly v rozpětí od dodávek „za hotové“ až po splatnost v délce 180 dní; rozhodující je skutečnost, že žalobci ohledně zkrácení splatnosti faktur byli ve vzájemné komunikaci a následně počínaje 15.2.2006 byly vyvolány na trhu efekty přímo související s vyhlášením postupu všech žalobců; tu je třeba připomenout, že veřejně žádný ze žalobců odlišný – samostatný postup nedeclaroval.

Na správnosti hodnocení žalovaného nic nemění fakt, že v „Důkazu č. 4“ je zmiňováno zkrácování splatnosti dodávek ve vztahu ke všem fakultním nemocnicím, nikoli pouze těm, které jsou uvedeny ve výroku napadeného rozhodnutí, již z „Důkazu č. 2“ vyplývá, ve vztahu ke kterým nemocnicím má být toto opatření uplatňováno

(motivováno bylo snahou vymoci pohledávky a konkrétní tři nemocnice, vůči kterým měli žalobci nejstarší a nejvyšší pohledávky, byly v té době již jasně identifikovány).

Přestože ze žádného z opatřených důkazů nevyplývá, že by byli jednotliví žalobci k postupu vzájemně koordinovanému jakkoli nuceni, ani tato skutečnost na správnosti závěru žalovaného nic nemění. I taková koordinace, která není vynucena, je plně způsobilá odstranit pochybnosti o budoucím soutěžním jednání. Jasně prvky kooperace v tomto směru jsou tedy podávány jak z „Důkazu č. 6“, tak z „Důkazu č. 14“; argumentace obsažená v listině označené jako „Důkaz č. 6“ se plně promítla v prohlášení na tiskové konferenci („Důkaz č. 14“). Z průběhu tiskové konference přitom soudu neplynou žádné pochybnosti v tom směru, že na ní jednotliví zástupci žalobců vystupovali právě jako tito zástupci a nikoli jako zástupci AVEL, jak již soud shora podal. Je-li přitom v zápisu z jednání AVEL dne 6.2.2006 („Důkaz č. 8“) uvedeno, že mezi účastníky bylo komunikováno zastavením dodávek do uvedených tří fakultních nemocnic již dříve než dne 6.2.2006, pak i nesouhlasné vyjádření žalobce c) tuto skutečnost nepřímou potvrzuje, když se v něm uvádí, „... jak jistě víte, před časem společnost ... informovala AVEL a její členy o svém rozhodnutí přerušit dodávky léků...“. O těchto skutečnostech se tedy komunikovalo mezi žalobci již před 6.2.2006 a jejich komunikace 6.2.2006 na tuto komunikaci navazovala a znalost předchozí komunikace u jednotlivých žalobců předpokládala. Je-li žalobně namítáno, že jednání ve vzájemné shodě je vyloučeno textem listiny označené jako „Důkaz č. 8“, pak je třeba mít za to, že ani nesouhlasná vyjádření k jednotlivým dílčím krokům (data konání tiskových konferencí a datum počátku realizace jednání ve vztahu k fakultním nemocnicím) nikterak vyloučení jistoty ohledně budoucího chování žalobců nevyvracejí. Šlo tu o dílčí otázky, jež na principu konsensuální realizace restriktivních opatření nic nemění.

Pokud jde o účast žalobce a) na tiskové konferenci konané dne 14.2.2006, a sice prostřednictvím p. Klence, tou se žalovaný zabýval řádně; přestože tato osoba nebyla ke dni 14.2.2006 členem statutárního orgánu žalobce (a byť by nebyla k jednání za žalobce a/ oprávněna ani na základě jakéhokoli zmocnění či pověření, jak žalobce a/ namítá v doplnění repliky), neznamená to, že se žalobcem „neměla nic společného“. V době konání tiskové konference byl totiž p. Klenc statutárním orgánem Plzeňské lékárnické s.r.o., sesterskou společností žalobce a), tiskové konference se podle fotografie pořízené z této tiskové konference zúčastnil, přitom jeho účast není přičitatelná jinému ze žalobců a zapadá do vnímání p. Klence jako zástupce žalobce a) médií (to vyplývá ze článku „Místo zrady detektivka“, který je součástí spisu a znovu jej k dokazování navrhuje žalobce a/ v doplnění repliky). Žalovaný v bodě 116 napadeného rozhodnutí posoudil otázku účasti žalobce a) na tiskové konferenci správně; správně je též v této souvislosti poukazováno na neexistenci důkazu ohledně disentančního postoje žalobce a) ve vztahu k prohlášení na tiskové konferenci konané dne 14.2.2006, na účast žalobce a) na předchozí informační výměně ohledně postupu na trhu a na skutečnost, že jednání žalobců bylo ohlášeno již na předchozí tiskové konferenci uskutečněné dne 7.2.2006, kde za žalobce vystupoval p. Krejzlar. V otázce samotného průběhu tiskové konference uskutečněné dne 14.2.2006 pak k již shora uvedenému soud dodává, že není rozhodující, zda je ve správním spisu zachycen celý

její průběh či zda je zde zmiňováno, že jednotliví žalobci mohou postupovat jednotlivě; všichni žalobci zde byli zastoupeni, celkový kontext všech výroků, které zazněly, nevyvolává pochybnost o tom, že všichni žalobci byli s pravděpodobnými kroky svých konkurentů (pokud jde o jejich obsah i načasování) srozuměni, že mělo jít v podstatných ohledech o kroky totožné, sledující tentýž cíl. Přestože kamera nesnímá všechny žalobce, žádný z nich jakýkoli disentanční postoj nevyjevil, celkový průběh tiskové konference vyvolává jednoznačně dojem jednotného postupu žalobců.

Je-li namítán nedostatek důkazů ohledně zkrácené splatnosti faktur po 15.2.2006, pak žalovaný nemusel prokázat, že by tyto splatnosti byly zkráceny shodným způsobem, to jest na stejnou konečnou délku. Rozdíl mezi splatnostmi faktur před 15.2.2006 a po 15.2.2006 představují údaje uvedené na těchto fakturách. Nemohlo jít přitom o chybu, neboť ze shromážděných podkladů vyplývá, že odběratelé na tyto odlišné lhůty splatnosti poukazovali, avšak marně. Pokud jde o otázku objemu dodávek třem fakultním nemocnicím po 15.2.2006, pak namítané předzásobení mohlo být vyvoláno právě skutečností, že již před 15.2.2006 byly připravované kroky žalobců medializovány (tisková konference dne 7.2.2006). Nadto z porovnání odběrů od jednotlivých žalobců po 15.2.2006 vyplývá, že jakmile žalobce a) prolomil koordinované jednání všech žalobců (odchýlil se od něj), odběry od žalobce a) byly realizovány v podstatně větším rozsahu než od ostatních žalobců. Pokud by tedy odběratelé byli skutečně předzásobeni, neobjednávali by zboží v době, kdy žalobce a) prolomil jednotné jednání všech žalobců, právě od tohoto žalobce. Důkazem o tom, že žalobci nejednali ve shodě, nemůže být samo o sobě ani ukončení sladěného jednání v téže době (zejména se soud ztotožňuje se závěry žalovaného obsaženými v bodu 182. napadeného rozhodnutí). Pokud jde o obsah kontaktů, který z nich činí důkazy přímé, pak tento obsah prokazuje, že ze strany žalobců byla obsahově 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 regresivní přírážky a k situaci ve zdravotnictví obecně, nepotřebovali koordinovat a vyhlášovat zastavení dodávek plného sortimentu léčiv do konkrétních nemocnic od konkrétního data a přistupovat k principiálně témuž zkrácování lhůt splatnosti faktur odběratelům.

Pokud je žalobně poukazováno na fakt, že v praxi po 15.2.2006 nedošlo k omezení možnosti nákupu léčiv, a že obchodní podmínky dodávek léčiv se dokonce zlepšily, jak vyplývá z vyjádření jednotlivých fakultních nemocnic, pak je 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. Poukazy na zlepšení podmínek se pak mohou týkat toliko období, které následovalo po úplném obnovení dodávek (po ukončení sladěného jednání žalobců). Je-li tedy žalobně namítáno, že i po 15.2.2006 bylo dodáno vždy to, co bylo u žalobců objednáno, pak toto tvrzení je nedůvodné zejména z důvodů, na které žalovaný reaguje již v rozhodnutí vydaném v prvním stupni správního řízení (jde o vyjádření příslušných

fakultních nemocnic – body 103. až 107., přípisy o nabídce toliko vitálních léčiv – body 56. a 88. téhož rozhodnutí odkazující na „Důkaz č. 15“; to koresponduje s obsahem vyjádření předneseného na tiskové konferenci dne 14.2.2006 – „Důkaz č. 14“, popis zkrácení splatnosti dodávek vůči fakultním nemocnicím s odkazem na bilanci vývoje lhůt splatnosti v případě žalobce c/ – body 153., 157. a 161. téhož rozhodnutí). Ani skutečnost, že k obnovení dodávek došlo jednotlivými žalobci vždy poté, kdy jim příslušené 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.

V napadeném rozhodnutí je jasně deklarováno i to, že žalobce a) od 21.2.2006 prolomil shodný postup a poté se k němu 28.2.2006 vrátil; do 21.2.2006 a od 28.2.2006 tak postupoval s vědomím postupu ostatních žalobců. Návrhy na doplnění dokazování disentního postoje žalobce a) v období po 21.2.2006 není třeba provádět, neboť tento disentní postoj byl i žalovaným deklarován a byl dán do souvislosti s výsledky jednání žalobce a) na Ministerstvu zdravotnictví (20.2.2006). Pro období mezi 21.2.2006 a 28.2.2006 není tedy ze strany žalovaného deklarováno jednání žalobce v rámci kartelu. Následně byly dodávky dne 28.2.2006 zastaveny a jejich obnovení podmiňováno týmiž podmínkami jako před 21.2.2006; žalovaný se k této otázce podrobně vyjadřuje v bodech 146. až 151. napadeného rozhodnutí, navrhované důkazy žalobcem a) by mohly nejvýše potvrdit disentní postoj žalobce a) v období od prolomení kartelu do okamžiku, než žalobce a) znovu začal dodávky podmiňovat. Pokračování v jednání, které bylo uskutečněno již před 21.2.2006, je přitom důvodné stavět též do příčinné souvislosti s tlakem, který mohl být na žalobce a) vyvíjen, jak žalovaný popisuje v napadeném rozhodnutí (zejména tu soud poukazuje na „Prohlášení Grémia majitelů lékáren“, ve správním spisu na str. 111).

Žalovaný všechny podstatné skutečnosti důkladně popsal v napadeném rozhodnutí a jeho úvahám od bodu 44. napadeného rozhodnutí, v nichž reaguje na věcně obdobná tvrzení, jaká jsou nyní žalobně uplatňována, je třeba ve všech ohledech přisvědčit. Soud by je mohl zopakovat, případně je parafrázovat, nic podstatného by však do nich nedoplnil, proto se s nimi co do hodnocení zjištěných skutečností ztotožňuje a deklaruje jejich absolutní věcnou správnost. Žalovaný po stránce hmotněprávní správně aplikoval koncept zakázaného jednání ve shodě, a sice přesně v souladu s jeho konstantně traktovaným doktrinálním pojetím i se závěry podávanými z judikatury soudů rozhodujících na komunitární úrovni (souhrnně včetně odkazů na judikaturu např. in: Bellamy, Ch. – Child, G.: European Community Law of Competition, London, Sweet & Maxwell, 5. vydání, 2001, zejm. str. 61 - 70). I zdejší soud tedy považuje za prokázané, že žalobci naplnili skutkovou podstatu jednání ve vzájemné shodě podle § 3 odst. ZOHS, 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, pristoupení k výslechů svědků, jak navrhoval žalobce a), by bylo s ohledem na shora uvedené dílčí závěry soudu nadbytečné.

Rovněž materiální podmínku narušení hospodářské soutěže podle § 3 odst. 1 ZOHS má soud za splněnou. Rozhodnutí vydané v prvním stupni správního řízení se k této otázce vyjadřuje v bodech 206. až 208. na str. 49, napadené rozhodnutí pak vyčerpávajícím způsobem v bodech 184. a násl. od str. 43. Argumentace žalovaného má oporu v podkladu rozhodnutí a soud ji považuje i za zákonnou a věcně správnou. Za podstatnou z ní soud považuje zejména skutečnost, že 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. Tím je jasně dána efektivita jednání žalobců. Nepochybně bylo prokázáno, že žalobci realizovali postup, kterým omezili dodávky plného sortimentu léčiv konkrétním třem odběratelům a poskytovali jim toliko vitální léčiva s omezenou lhůtou splatnosti; je tak logické, že dokazování týkající se poklesu objemu odběrů jednotlivými nemocnicemi se vztahovalo právě k období od 15.2.2006 do 20.2.2006. Tito odběratelé měli důvodně za to, že nebude možné po zahájení realizace předem ohlašovaného jednání získat plný sortiment léčiv od žalobců coby čtyř největších dodavatelů, to přitom vyvolalo potřebu předzásobení. Poté byl rozsah objednávek od žalobců omezen a zvýšil se poté, kdy žalobce a) dočasně obnovil dodávky, a to právě ve vztahu k žalobci a); zjištěné skutečnosti ohledně poklesu odběrů do konstrukce žalovaného ohledně otázky předzásobení logicky zapadají. Tím je dán faktický negativní dopad jednání žalobců; prokázán je faktický dopad na tři konkrétní subjekty v rozsahu cca 1,7 % celkového finančního objemu daného trhu. Jak správně uvádí žalovaný v bodu 192. napadeného rozhodnutí, nic na tom nemění fakt, že k úplnému zastavení dodávek vůči žádnému ze tří ve výroku napadeného rozhodnutí uvedených subjektů nedošlo. Předmětem správního řízení totiž nebylo úplné zastavení dodávek, ale výrazné omezení dodávek (omezenost dodávkami vitálních léčiv v kombinaci se zkrácenou splatností ceny za tyto dodávky). V tomto rozsahu bylo jednání žalobců prokázáno.

Nemohlo se přitom jednat o paralelní chování žalobců, vyvolané pouze a jedině změnou vnějších podmínek na trhu (vývoj úpravy regulace obchodní přírážky), kdy každý soutěžitel adaptuje své chování na tyto vnější tržní podmínky samostatným a nezávislým postupem, byť při něm zohledňuje vlastní odhady budoucího chování konkurence, neboť zatímco paralelní chování předpokládá, že postup jednotlivých soutěžitelů není přímo ani zprostředkovaně koordinován, důkazy ve správním řízení shromážděné prokazují, že jednání žalobců bylo výsledkem jejich předchozích kontaktů a z nich vzešlého vzájemného srozumění ohledně dalšího soutěžního (obchodního) chování. Citelnost narušení hospodářské soutěže je dána již samotným horizontálním charakterem vztahu mezi jednotlivými žalobci a jejich souhrnným významným postavením na vymezeném relevantním trhu.

Důvodnými nejsou žaloby ani v otázce sankcí, které byly žalobcům uloženy. Pokud jde o výši pokuty, jež byla každému žalobci za jeho jednání uložena, ta byla výsledkem správního uvážení žalovaného. Tu soud připomíná, že je-li rozhodnutí vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece správního orgánu, je povinností správního orgánu předepsané volné úvahy užít; to znamená, že se správní orgán musí zabývat všemi hledisky, která jsou pro posouzení konkrétní výše pokuty nezbytná (zákonem předepsaná), nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti, a aby nebyla ve vztahu k žádnému delikventovi pokutou likvidační. Podle § 22 odst. 2 ZOHS lze za porušení zákazu podle § 3 odst. 1 ZOHS uložit pokutu do výše 10 000 000,- Kč nebo do výše 10% z čistého obratu dosaženého za poslední ukončené účetní období. Při rozhodování o výši pokuty žalovaný přihlédne zejména k závažnosti, případnému opakování a délce trvání porušování ZOHS. Žalovaný tedy musí zvolit, zda pokuta bude ukládána podle kritéria procenta z obratu nebo podle kritéria limitace absolutní částkou. Tu žalovaný zvolil kritérium procenta z obratu, a sice z celkového obratu, nikoli výlučně z obratu, jehož bylo dosaženo hospodářskou činností s komoditami, jichž se týkalo protiprávní jednání. V této otázce je postup žalovaného zákonný. Pokud jde o kritéria, pak se musel žalovaný zabývat závažností, otázkou případného opakování závažného jednání a délkou trvání porušování ZOHS - a nadto dalšími kritérii, která namítali žalobci, či která sám žalovaný považoval za podstatná. Všemi těmito otázkami se žalovaný zabýval v bodech 203. až 241. na str. 47 až 56 napadeného rozhodnutí. Ohledně závažnosti je podrobně argumentováno od bodu 209. napadeného rozhodnutí, samostatně byla zvažována též délka protiprávního jednání a reagováno bylo na rozkladová tvrzení žalobců (od bodu 216. napadeného rozhodnutí), protisoutěžní recidiva žalobců nebyla dovozena, a proto k opakování protisoutěžního jednání nebylo správně přihlédnuto (skutečnost, že žalobci porušili ZOHS poprvé, nemůže být sama o sobě vždy považována za polehčující okolnost), žalovaný se též podrobně zabýval subjektivní stránkou deliktu (od bodu 220. napadeného rozhodnutí), analýzou okolností polehčujících a přitěžujících (od bodu 227. napadeného rozhodnutí), nadto věnoval značnou část svých úvah proporcionalitě pokut a zabýval se též úvahami ohledně likvidačního charakteru pokuty (od bodu 230. napadeného rozhodnutí). Na žalobní tvrzení týkající se jednotlivých kritérií již žalovaný reagoval v napadeném rozhodnutí, neboť byla principiálně obsažena již v rozkladech.

Za stěžejní úvahy, které rozhodnutí v otázce pokuty činí přezkoumatelným a při dodržení mantinelů soudního přezkumu správního uvážení též zákonným, soud považuje ty úvahy žalovaného, v nichž poukazuje na úmyslné jednání žalobců, na skutečnost, že jde o závažné porušení ZOHS s ohledem na horizontální rozměr jednání žalobců (ti jsou přímými konkurenty na horizontální úrovni trhu) i na jejich souhrnné postavení na trhu (žalovaný tu dovozuje společný tržní podíl ve výši 70%, žalobci dokonce mají za to, že jejich podíl je vyšší, když v žalobě argumentují oligopolní strukturou trhu), a v nichž podrobně popisuje, jak se ze základní výše pokuty stanovené s ohledem na popsanou závažnost jednání postupně zohledňováním

jednotlivých kritérií, jimž přiřazoval jednotné procentuální hodnoty, dobral konečné výše pokuty. Veškeré úvahy žalovaného jsou logické, v napadeném rozhodnutí transparentně podané, přitom pokuty uložené v rozmezí do 0,3% čistého obratu za rok 2005 (rok předcházející vydání prvostupňového rozhodnutí) nepůsobí nikterak nespravedlivě a naplňují jak funkci represivní, tak preventivní. Konkrétní forma postihu (tu pokuta) a jeho výše musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností, jaké svědčí žalobcům, zároveň musí být postih dostatečně znatelný v materiální sféře žalobců, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro žalobce likvidačním. Byl-li žalovaný limitován hranicí 10% čistého obratu, pak není rozhodující zisk jednotlivých žalobců, z něhož má být pokuta placena, ale čistý obrat. Stanovil-li žalovaný konečnou výši pokut v rozmezí nepřesahujícím 0,3% čistého obratu každého jednotlivého žalobce, pak je-li horní hranice pokuty omezena 10% čistého obratu a souhlasí-li soud se závěrem žalovaného, že se jednalo o závažnější porušení ZOHS (horizontální kartel čtyř nejvýznamnějších účastníků trhu), pak rozhodnutí v otázce pokuty je přezkoumatelné a při dodržení mantinelů soudního přezkumu správního uvážení též zákonné, nadto již samo absolutní vyjádření poměru výše uložených pokut (do 0,3% čistého obratu) k možné horní sazbě (10% čistého obratu) nečiní výši pokut nepřiměřenou.

Pokud tedy žalobci b) a d) dovozují nepřiměřenost výše uložené pokuty a uplatňují moderační návrh ve smyslu § 78 odst. 2 s.ř.s., pak ani tyto návrhy nejsou důvodnými. Podle § 78 odst. 2 s.ř.s. soud může, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí podle § 78 odst. 1 s.ř.s., od trestu za správní delikt upustit nebo jej v mezích zákonem dovolených snížit, pokud byl trest uložen ve zjevně nepřiměřené výši. Jak soud již shora uvedl, pokuta se nejvíce může jevit nepřiměřenou ve vztahu k žádnému jednání žádného ze žalobců. Klíčovými argumenty tu jsou zejména charakter a závažnost jednání, popsáné v napadeném rozhodnutí, a absolutní vyjádření poměru výše uložených pokut (do 1% čistého obratu) k možné horní sazbě (10% čistého obratu). Skutečné hospodářské výsledky žalobců je třeba poměřovat kritériem objektivním, jímž může být jedině čistý obrat žalobců, který je zákonem stanoveným kritériem, nikoli jejich zisk. Jak žalovaný podrobně uvádí v bodech 230. a násl. napadeného rozhodnutí, žalobcům (tu žalobcům b/ a d/) byly uloženy pokuty pod hranicí 1% čistého obratu, a tedy již tento důvod (pokuta byla napadeným rozhodnutím uložena při spodní hranici zákonného rozpětí) v kontextu charakteru a závažnosti jednání nečiní pokuty nepřiměřenými. Pak tedy ani moderační návrhy nejsou důvodnými a soud jim nevyhověl.

VI. Závěr

Ze shora uvedeného tedy soud uzavírá, že žalovaný se ve správním řízení, jež předcházelo vydání napadeného rozhodnutí, nedopustil procesních excesů, jež by mohly mít vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, a že i z pohledu hmotněprávního je napadené rozhodnutí ve všech otázkách přezkoumatelným, zákonným a věcně správným.

Žalovaný tu aplikoval správný právní předpis (ZOHS), v jeho rámci správnou právní normu (§ 3 odst. 1 ZOHS), přitom ji vyložil zcela správným způsobem. Napadené rozhodnutí nepředstavuje ani odklon od konstantně traktované doktríny soutěžního práva v oblasti kartelových dohod, ani odklon od dosavadní judikatorní praxe vztahující se k jednání ve vzájemné shodě.

Žaloby jak proti rozhodnutím týkajícím se provedených oprav v prvostupňovém rozhodnutí *in merito*, tak proti druhostupňovému rozhodnutí žalovaného *in merito* tedy důvodné nejsou, a proto je soud podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

VII. Náklady řízení

Výrok o nákladech řízení se opírá o § 60 odst. 1 a 7 s.ř.s. Žalobci ve věci úspěšnými nebyli, proto jim náhrada nákladů řízení nepřísluší. Ta by příslušela žalovanému, neboť ten měl plný úspěch. Soud však neshledal, že by žalovanému vznikly náklady, jež by významně převyšovaly náklady jeho jinak běžné administrativní činnosti, nadto přiznání náhrady žádných nákladů žalovaný nepožadoval. Proto soud rozhodl, že žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.

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

V Brně dne 20. ledna 2009



JUDr. Petr Sladký
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Lucie Brdičková