

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy JUDr. Jaroslava Hubáčka a soudců JUDr. Elišky Cihlářové a JUDr. Karla Šimky v právní věci žalobkyně: **Česká lékárnická komora**, se sídlem Antala Staška 80, Praha 4, zastoupena Mgr. MUDr. Jaroslavem Maršíkem, advokátem se sídlem nám. Svobody 1, Teplice, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, se sídlem třída Kpt. Jaroše 1926/7, Brno v řízení o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 12. 4. 2011, č. j. 62 Ca 33/2009 - 50,

takto:

I. Kasační stížnost **se zamítá**.

II. Žádný z účastníků **nemá** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

Včas podanou kasační stížností se žalobkyně Česká lékárnická komora domáhá u Nejvyššího správního soudu vydání rozsudku, kterým by byl zrušen rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. 4. 2011, č. j. 62 Ca 33/2009 - 50, a věc vrácena tomuto soudu k dalšímu řízení.

Krajský soud v Brně (dále také „krajský soud“) napadeným rozsudkem zamítl žalobu, kterou se žalobkyně domáhala zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 29. 4. 2009, č. j. UOHS-R164/2008/01-4652/2009/310/ADr, kterým byl zamítnut rozklad žalobkyně a potvrzeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 8. 2008, č. j. S 284/2007/KD-13557/2008/850. V tomto rozhodnutí bylo deklarováno, že žalobkyně přijala a uplatňovala zakázané a neplatné rozhodnutí sdružení soutěžitelů, které mohlo vést k narušení hospodářské soutěže na trhu lékárenské péče, čímž porušila v období od 20. 8. 2007 do 13. 5. 2008 zákaz uvedený v ust. § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých

zákonů, ve znění účinném do 31. 8. 2009 (dále jen „zákon o ochraně hospodářské soutěže“). Toto jednání bylo zároveň žalobkyni do budoucna zakázáno a za porušení ust. § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže byla žalobkyni uložena pokuta ve výši 1 000 000 Kč. Tvrzené porušení zákona mělo konkrétně spočívat v tom, že představenstvo žalobkyně vydalo dokument „Stanovisko představenstva ČLK k postupu lékáren, které pacientům za předložený recept vyplácejí finanční hotovost“ ze dne 20. 8. 2007 určený členům žalobkyně, tento dokument uveřejnilo na internetových stránkách a v Časopise českých lékárníku, přičemž platnost tohoto dokumentu žalobkyně opakovaně až do 13. 5. 2008 potvrzovala. V daném dokumentu představenstvo žalobkyně vyjadřuje nesouhlas s postupem lékáren nabízejících pacientům za předložení receptu finanční hotovost nebo jinou pozornost a informuje, že tento postup bude nadále považovat za porušení povinností lékárníka vyplývajících z ustanovení Etického kodexu České lékárnické komory.

Krajský soud při rozhodování nejprve poukázal na to, že se nemohl zabývat námitkami obsaženými ve „Vyjádření účastnice k výhradám ze dne 12. 5. 2008 k dohodě a návrh opatření“ a v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí, přestože žalobkyně v žalobě uvedla, že tvrzení obsažená v obou těchto dokumentech činí obsahem žaloby a odkazuje na ně. Nejedná se totiž o žalobní body, nýbrž o podání určená žalovanému, resp. jeho předsedovi. Při posuzování věci samé vyšel krajský soud z toho, že není sporu, že předmětné stanovisko lze považovat za rozhodnutí sdružení soutěžitelů; sporné je, zda se jedná o rozhodnutí, které vede nebo může vést k narušení hospodářské soutěže. Žalobkyně je stavovskou organizací, která má charakter veřejnoprávní korporace, disponuje vlastními samosprávnými orgány a sdružuje povinně všechny soutěžitele působící na trhu lékárenských služeb. Její stanovisko bylo adresným úkonem určeným jejím členům a do jejich dispozice se prokazatelně dostalo. Ve stanovisku je jednoznačně uvedeno, jakého jednání se mají členové žalobkyně vyvarovat, aby jim nehrozil disciplinární postih, přičemž snahu o unifikaci žalobkyně výslovně v žalobě přiznává. Přestože z úkonu sdružení nemusí vyplývat závaznost, je i tato podmínka splněna, neboť jednání v rozporu se stanoviskem může vyústit v disciplinární postih členů žalobkyně. Ačkoliv drtivá většina oslovených lékárníků uvedla, že praxi zakazovanou stanoviskem neprováděla, neprovádí a provádět nebude, a navíc i ta mizivá část členů, která se k této praxi přihlásila, sdělila, že v této praxi nepřestala ani po vydání stanoviska, nic to nemění na tom, že Česká lékárna, a. s. uvedla, že na základě stanoviska začala zvažovat, zda nevystavuje svoje zaměstnance (lékárníky) možnosti sankce a zda i nadále má zakazovaný marketingový nástroj používat. Hrozba disciplinárních sankcí tak mohla od žalobkyní zakázaných praktik odrazovat. Kdyby některý z oslovených lékárníků uvedl, že dané praktiky vykonával a v důsledku stanoviska je vykonávat přestal, nejednalo by se již o potenciální narušení hospodářské soutěže, ale o její narušení faktické. Ze stanoviska vyplývá, že zapovídá nejen poskytování hotovosti oproti receptu, nýbrž i poskytování jiných pozorností. Je právem žalobkyně stanovit pravidla související s respektováním zásad etiky výkonu lékárnické profese i nad rámec zvláštního právního předpisu, vždy však při jejich stanovení musí respektovat zákonná omezení – v tomto případě omezení vyplývající z § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Poukázala-li žalobkyně na to, že vyplácení hotovosti pacientům u lékaře by bylo také posouzeno jako neetické jednání ze strany lékaře, tato otázka není předmětem daného řízení. Důvodnou není ani námitka, že se předseda žalovaného nezabýval tvrzeními žalobkyně, která se týkala sankcí. Pro posouzení otázky, jestli

žalobkyně porušila pravidla hospodářské soutěže, je vyjádření ředitele Státního ústavu pro kontrolu léčiv k etice lékárnické profese irelevantní. Jednání žalobkyně mohlo ovlivnit cenotvorbu i marketingové postupy jejích členů. Je-li oproti ceně poskytována provozovatelem lékárny, resp. lékárníkem konkrétní hotovost, a tedy *de facto* sleva, jistě se odráží ve výsledné ceně, kterou zákazník platí. Žalovaný proto nepochybil, pokud považoval předmětné stanovisko za zakázané a neplatné rozhodnutí sdružení soutěžitelů. Krajský soud proto žalobu jako nedůvodnou zamítl.

Proti tomuto rozsudku krajského soudu podala žalobkyně jako stěžovatelka (dále jen „stěžovatelka“) v zákonné lhůtě kasační stížnost z důvodů, které lze podřadit pod ust. § 103 odst. 1 písm. a) a d) s. ř. s.

Stěžovatelka namítla, že krajský soud si nepřípustně zjednodušil svou rozhodovací činnost, když paušálně z žalobních tvrzení vyloučil obsah podání, na něž žalobkyně odkazovala v bodě III své žaloby. Krajský soud byl povinen vypořádat se přinejmenším s těmi námitkami, které zcela zjevně oponují závěrům předsedy žalovaného uvedeným v napadeném rozhodnutí. Ust. § 71 odst. 1 písm. d) s. ř. s. nevylučuje, že formálně může být v žalobním bodě odkaz na jiný text žalobce, který je současně soudu dán k dispozici. Od počátku byly postoje žalobkyně a žalovaného neměnné a ani předseda žalovaného nevnesl v napadeném rozhodnutí do věci žádné nové argumenty. Námitky žalobkyně vyslovené již v průběhu řízení proto byly způsobilé vyvracet závěry v napadeném rozhodnutí. Krajský soud dále mylně posoudil žalobkyni jako sdružení sdružující povinně všechny soutěžitele na trhu lékárenských služeb. Z celkového počtu lékáren je členy žalobkyně provozováno cca 39%. Ostatní lékárny jsou provozovány subjekty, které nejsou členy žalobkyně. Soud tedy vycházel z mylného předpokladu a zatížil řízení vadou, která činí napadený rozsudek nepřezkoumatelným. Stěžovatelka dále trvá na tom, že nebylo prokázáno, že by vydání předmětného stanoviska potenciálně narušilo hospodářskou soutěž. Respektive, v řízení bylo jakékoli ohrožení vyvráceno samotnou činností žalovaného. Potenciální ohrožení je zatíženo rizikem omylu v posouzení, které ale zákon připouští, zachová-li správní orgán přijatelnou míru správního uvážení. Tato míra se však musí měnit v průběhu řízení pod vlivem zjištěných skutečností. Správní orgán nemůže setrvávat na svém, na počátku řízení třeba i zákonném, názoru na potenciální ohrožení soutěže, pokud se v průběhu řízení ukáže, že výchozí předpoklad je nesprávný. V dané věci omyl správního orgánu na počátku řízení spočíval v předpokladu, že stanovisko představenstva žalobkyně je způsobilé mít vliv na chování soutěžitelů, a tím ohrozit hospodářskou soutěž. Všichni soutěžitelé se však vyjádřili tak, že na jejich soutěžní chování nemělo stanovisko žádný vliv, a to včetně soutěžitele, který svým jednáním stěžovatelku k vydání stanoviska inspiroval. Zatímco omyl správního orgánu na počátku řízení byl z hlediska zákona akceptovatelný, po zjištění stanovisek soutěžitelů již nikoliv. Pokud se v průběhu řízení prokázalo, že správní uvážení vycházelo z mylného předpokladu, nemůže správní orgán na tomto mylném předpokladu setrvávat. Správní orgán nade vší pochybnost zjistil, že stanovisko žalobkyně nebylo způsobilé nikoho ovlivnit. Pak nejenže nemohlo narušit soutěž, ale nemohlo ji ani potenciálně ohrozit. Vliv stěžovatelky je v této oblasti tak malý, že na hospodářskou soutěž nedopadá. Právě Česká lékárna, a. s. svým chováním zavdala příčinu ke vzniku stanoviska stěžovatelky. Tato společnost není členem stěžovatelky, na trhu lékárenských služeb se chová zcela svébytně a není znám jediný příklad změny chování této společnosti na základě činnosti stěžovatelky. Z jejích slov o

zvažování toho, zda nevystavuje svoje zaměstnance možnosti sankce ze strany stěžovatelky, proto nelze dospět k závěru, že se skutečně cítila stanoviskem ohrožena. Krajský soud navíc nepřihlédl i k další části sdělení České lékárny, a. s., že by o upuštění od marketingové aktivity uvažovala až v případě reálného uplatňování sankcí. Soud znehodnocuje důkazy zajištěné ve správním řízení a činí ze zákonné domněnky dogma, které nelze vyvrátit. Snad jedině tím, že v řízení bude vyžádáno stanovisko všech soutěžitelů. Stěžovatelka proto navrhla, aby Nejvyšší správní soud zrušil napadený rozsudek krajského soudu, a věc vrátil tomuto soudu k dalšímu řízení.

Žalovaný se ke kasační stížnosti vyjádřil tak, že napadený rozsudek považuje za správný, dostatečně a přezkoumatelně odůvodněný a nevykazující žádné vady. Potenciál jednání žalobkyně narušit hospodářskou soutěž byl skutečně důvodně dán, o čemž svědčí vyjádření společnosti Česká lékárna, a. s. To, společně se skutečností, že šlo o dohodu zakázanou již pro svůj cíl, potvrzuje závěr, že ohrožení hospodářské soutěže přijetím či vydáním předmětného stanoviska bylo reálné. Pokud jej některý soutěžitel bral v potaz při své soutěžní činnosti ve spojení s důrazným upozorněním stěžovatelky na sankcionovatelnost předmětného postupu, pak je nepochybné, že stanovisko mělo přinejmenším potenciál soutěž narušit. Šlo tak o reálnou a pravděpodobnou hrozbu, tedy o následek objektivně způsobilý nastat. Tvrzení, že krajský soud nepřihlédl k části sdělení společnosti Česká lékárna, a. s., která by od své marketingové aktivity upustila až v případě reálného uplatňování sankcí, nijak nevyvrací závěry potenciálu soutěž narušit, spíše naopak. Tato námitka by mohla dávat smysl, pokud by žalobou napadené rozhodnutí deklarovalo rovněž faktický dopad, což ovšem nečiní. Ani námitka, že krajský soud stěžovatelku mylně posuzuje jako sdružení povinně sdružující všechny soutěžitele působící na trhu lékárenských služeb, není na místě. Každý absolvent vysokoškolského studia v oboru farmacie, který vykonává své povolání v lékárenském zařízení na území České republiky, musí být členem stěžovatelky. Vlastnit a provozovat lékárnu může kdokoli i bez farmaceutického vzdělání. V takové lékárně však musí být zaměstnán alespoň jeden lékárník vykonávající funkci tzv. odborného zástupce, který současně musí být členem stěžovatelky. Výdej léčivých přípravků na předpis provádí pouze lékárník, který musí být členem stěžovatelky. Nelze tedy provozovat lékárnu bez člena stěžovatelky, který podléhá disciplinární pravomoci stěžovatelky, která jej může i vyloučit, a tím provozovateli lékárny znemožnit její provozování. Věta v napadeném rozsudku nemůže být vnímána jako nesrozumitelná a zatěžující řízení vadou. Není pochyb o tom, že krajský soud své úvahy vystavěl na faktu, že lékárníci (nikoliv samotní provozovatelé) jsou obligatorně členy stěžovatelky, která je může též sankcionovat, a tím i znemožnit nečlenovi stěžovatelky provozovat lékárnu. Co se týká námitky, že si krajský soud nepřípustně zjednodušil svou činnost, když se nevypořádal s některými námitkami stěžovatelky uvedenými v podáních vůči žalovanému, nelze než s krajským soudem souhlasit, že se nejednalo o žalobní body. Tento závěr má oporu v konstantní judikatuře správních soudů. Pokud měla stěžovatelka za to, že některé její námitky uvedené před správním orgánem je třeba zopakovat před správním soudem, měla tak jasně učinit a výslovně je pojmout do své žaloby. Jde o nedostatek na straně stěžovatelky, ne krajského soudu. Žalovaný proto navrhl, aby Nejvyšší správní soud kasační stížnost zamítl.

Nejvyšší správní soud přezkoumal kasační stížností napadený rozsudek krajského soudu v souladu s ustanovením § 109 odst. 2 a 3 s. ř. s., vázán rozsahem a důvody, které

uplatnila stěžovatelka v podané kasační stížnosti, a dospěl k závěru, že kasační stížnost není opodstatněná.

Nejvyšší správní soud se nejdříve zabýval námitkou, že se krajský soud měl vypořádat s žalobními námitkami, které byly obsahem podání, na něž stěžovatelka odkazovala v bodě III své žaloby. Stěžovatelka totiž fakticky namítá nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku pro nedostatek důvodů, kterou je potřeba řešit na prvním místě – před tím, než bude případně přistoupeno k posouzení správnosti závěrů učiněných krajským soudem ve věci samé.

Podle ust. § 71 odst. 1 písm. d) s. ř. s. musí žaloba kromě obecných náležitostí podání obsahovat žalobní body, z nichž musí být patrno, z jakých skutkových a právních důvodů považuje žalobce napadené výroky rozhodnutí za nezákonné nebo nicotné.

Povinností žalobce uvést žalobní bod se zabýval například rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v rozsudku ze dne 20. 12. 2005, č. j. 2 Azs 92/2005 – 58, publikovaném pod č. 835/1996 Sb. NSS (všechna zde citovaná rozhodnutí Nejvyššího správního soudu jsou dostupná na www.nssoud.cz), přičemž dospěl k závěru, že uvedené ustanovení „*žalobci ukládá povinnost uvést v žalobě konkrétní (tj. ve vztahu k žalobci a k projednávané věci individualizovaná) skutková tvrzení doprovázená (v témže smyslu) konkrétní právní argumentací, z nichž plyne, z jakých důvodů považuje žalobce napadené výroky rozhodnutí za nezákonné nebo nicotné.*“ V rozsudku ze dne 24. 8. 2010, č. j. 4 As 3/2008 - 78, publikovaném pod č. 2162/2011 Sb. NSS, pak rozšířený senát dodal, že „*účelem toho, aby v žalobě byl uveden (alespoň jeden) žalobní bod, je především vymezit obsah soudního přezkumu, tj. jaké skutkové a právní otázky má soud posuzovat z hlediska žalobcem tvrzené nezákonnosti správního rozhodnutí.* [...] *Značná variabilita právních vztahů pak vede k základnímu požadavku, aby konkrétní případ žalobního žádání pak soudy poměřily také zásadami právního státu, zejm. volného přístupu k soudu, jehož úkolem je ochrana subjektivních (veřejných) práv. Zásada volného přístupu k soudu není ale neomezená a bezbřehá, protože její ničím neomezené uplatňování může vést k újmě na týchž právech jiných osob či obecného zájmu. Proto je třeba současně zdůraznit, že správní soudnictví je ovládáno zásadou dispoziční a koncentrační; od žalobce, který vymezuje hranice soudního přezkumu, se tedy oprávněně žádá procesní zodpovědnost. Soud za něj nesmí nahrazovat jeho projev vůle a vyhledávat na jeho místě vady napadeného správního aktu. Proto také, jak výše uvedeno, musí vymezení žalobního bodu - a setrvání na těchto mezích i v dalších fázích řízení - garantovat zásadu rovnosti účastníků řízení; stanoví tak i žalovanému meze jeho obrany, tedy to, k čemu se má vyjádřit a k čemu má předložit protiargumenty.*“

Žalobní body tedy musí být v žalobě uvedeny dostatečně konkrétně, aby byly stanoveny jasné meze soudního přezkumu a aby i žalovaný měl postaveno na jisto, co je jeho rozhodnutí vytýkáno a jaká skutková tvrzení či právní argumentaci má případně rozporovat. Takovým požadavkům však nevyhovuje bod III žaloby, v němž stěžovatelka uvedla následující: „*Žalobkyně podala žalovanému před vydáním rozhodnutí ze dne 12. 8. 2008 ‚Vyjádření účastnice k výhradám ze dne 12. 5. 2008 k dohodě a návrh opatření‘. Tvrzení obsažená v tomto vyjádření a dále tvrzení obsažená v rozkladu proti rozhodnutí ze dne 12. 8. 2008 činí žalobkyně obsahem této žaloby a v plném rozsahu na ně odkazuje. Na námitkách obsažených v obou podáních žalobkyně setrvává i při obraně proti rozhodnutí*

napadenému touto žalobou.“ Takový odkaz nelze považovat za žalobní bod, neboť není právem a ani povinností soudů ve správním soudnictví vyhledávat za stěžovatelku žalobní body, tj. vybírat z jejích podání ty skutečnosti, které by byly použitelné v žalobním řízení (shodně se vyjádřil Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 23. 5. 2007, č. j. 7 Afs 160/2006 - 54). Tvrzení obsažená v podáních, která předcházela vydání žalobou napadeného rozhodnutí, nemohou být vzhledem k časové souslednosti těchto podání a rozhodnutí z povahy věci výtkami vůči závěrům, které byly učiněny v tomto rozhodnutí. Již na první pohled je z obou podání zřejmé, že výtky v nich obsažené směřují proti postupu či závěrům učiněným v prvostupňovém řízení. Krajský soud nemohl tyto výtky přeformulovat a za stěžovatelku dovozovat, jak se vytýkaná pochybení učiněná v prvém stupni promítla do pochybení v rámci řízení druhostupňového. Tento nedostatek žaloby přitom nebyl důvodem pro odstraňování vad žaloby, neboť ta obsahovala jiné, řádné žalobní body, čímž splňovala náležitosti dle ust. § 71 odst. 1 s. ř. s.

Krajský soud proto nepochybil, pokud nepřihlížel k odkazu žalobkyně na podání učiněná ve správním řízení s odůvodněním, že se nejedná o žalobní body, a žalobu věcně projednal pouze v rozsahu řádných žalobních bodů obsažených v žalobě. V této části je tudíž kasační stížnost nedůvodná.

Stěžovatelka dále namítá, že krajský soud zatížil řízení vadou, která činí napadený rozsudek nepřezkoumatelným, když vycházel z mylného předpokladu, že stěžovatelka je sdružením sdružujícím povinně všechny soutěžitele na trhu lékárenských služeb, ačkoliv z celkového počtu lékáren je členy stěžovatelky provozováno cca 39% lékáren.

Krajský soud skutečně ve svém rozsudku stěžovatelku charakterizoval jako sdružení podle § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže sdružujícím povinně všechny soutěžitele působící na trhu lékárenských služeb. Předně je však nutno konstatovat, že pro veškeré následné úvahy krajského soudu ve vztahu k důvodnosti žaloby již byla východiskem toliko skutečnost, že stěžovatelka je sdružením soutěžitelů ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže.

Podle ust. § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže „[d]*ohody mezi soutěžiteli, rozhodnutí jejich sdružení a jednání soutěžitelů ve vzájemné shodě (dále jen "dohody"), jejichž cílem nebo výsledkem je narušení hospodářské soutěže, jsou zakázané a neplatné, pokud tento nebo zvláštní zákon nestanoví jinak nebo pokud Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen ‚Úřad') nepovolí prováděcím právním předpisem z tohoto zákazu výjimku. Dohody, jejichž dopad na hospodářskou soutěž je zanedbatelný, nejsou považovány za zakázané.*“

Institut sdružení soutěžitelů dle ust. § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže je postaven na principu neformálnosti. Může jít o sdružení bez právní subjektivity (konsorcia), podnikatelská seskupení, zájmové a profesní svazy či společenstva, bez ohledu na to, na základě jakého právního aktu vznikly (viz Munková, J. Kindl, J. *Zákon o ochraně hospodářské soutěže. Komentář.* 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 39). Jak přitom vyplývá například z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2008, č. j. 7 Afs 86/2007 - 107, není ani rozhodující, zda rozhodnutí sdružení soutěžitelů je přímo závazné pro všechny jeho členy nebo jen pro část, zda je výsledkem jejich všeobecného konsensu

nebo jen oprávněných autorit, zda má potenciál fakticky zasáhnout rozhodování o soutěžním chování pouze soutěžitelů sdružených nebo zda může nepřímo dopadat i na jednání jiných (nesdružených) účastníků trhu.

Je možno vyjít také z judikatury unijních soudů, která je na interpretaci § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže plně přenositelná (srov. rozsudky zdejšího soudu ze dne 25. 2. 2009, č. j. 1 Afs 78/2008 - 721, publikovaný pod č. 1878/2009 Sb. NSS, ze dne 29. 9. 2005, č. j. 2 Afs 92/2005 - 45, publikovaný pod č. 741/2006 Sb. NSS, ze dne 31. 1. 2007, č. j. 7 As 50/2006 - 262, či ze dne 9. 2. 2005, č. j. 2 A 18/2002 - 58, publikovaný pod č. 580/2005 Sb. NSS). Z bohaté judikatury lze kupříkladu poukázat na rozsudek Tribunálu ve spojených věcech T-217/03 a T-245/03 *FNCBV a další proti Komisi* (Sb. rozh. 2006, s. II-04987, body 48 - 55), v němž bylo jako sdružení soutěžitelů kvalifikováno i sdružení, jehož členy byly profesní svazy soutěžitelů, tedy nikoliv přímo soutěžitelé samotní, a to i když členy těchto profesních svazů nebyli jen soutěžitelé, ale také jejich manželé nebo manželky. I unijní judikatura tedy zjevně vychází z materiálního hodnocení sdružení soutěžitelů z pohledu toho, do jaké míry toto sdružení na soutěžitele vykonává faktický vliv, a bez ohledu na formu této entity a formu jejího vztahu se soutěžiteli.

Je však nutno podotknout, že stěžovatelka nerozporuje samotnou skutečnost, že představuje sdružení soutěžitelů. Brojí pouze proti tvrzení krajského soudu, že povinně sdružuje všechny soutěžitele na trhu lékárenských služeb, přičemž má za to, že tento nesprávný předpoklad měl za následek vadu řízení způsobující nepřezkoumatelnost napadeného rozsudku. Ve vztahu ke kvalifikaci stěžovatelky jako sdružení soutěžitelů lze proto pouze v podrobnostech odkázat na již citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2008, č. j. 7 Afs 86/2007 - 107, v němž byl skutkový stav obdobný, jako v nyní projednávané věci, neboť nepřímým předmětem posouzení ze strany kasačního soudu zde byly vnitřní předpisy stěžovatelky, kvalifikované jako rozhodnutí sdružení soutěžitelů.

Pokud pak jde o hodnocení krajského soudu, že stěžovatelka povinně sdružuje všechny soutěžitele na trhu lékárenských služeb, nepovažuje jej kasační soud za nesprávné. Jelikož vymezení stěžovatelky jako sdružení soutěžitelů nebylo v žalobě vůbec rozporováno, nelze vytýkat krajskému soudu, že toto vymezení provedl v napadeném rozsudku pouze stručně. Závěr, že stěžovatelka povinně sdružuje všechny soutěžitele na trhu, pak předně nelze ztotožňovat se závěrem, že členy stěžovatelky jsou všichni soutěžitelé na trhu. Přestože mohlo být vyjádření krajského soudu skutečně jasnější, jak poukazuje žalovaný ve svém vyjádření ke kasační stížnosti, z napadeného rozsudku je zřejmé, že si byl krajský soud vědom skutečnosti, že členy stěžovatelky jsou lékárníci, nikoliv provozovatelé lékáren. Hodnocení krajského soudu je proto nutno vnímat v kontextu celého rozsudku a tedy i s vědomím toho, že stěžovatelka vykonává faktický vliv nejen přímo na své členy – lékárníky, nýbrž prostřednictvím nich také na soutěžitele, kteří nejsou jejími členy, ovšem bez člena stěžovatelky nemohou na trhu působit. Soutěžitelé spadající do této druhé skupiny totiž mají podle ust. § 9 odst. 2 zákona č. 160/1992 Sb., o zdravotní péči v nestátních zdravotnických zařízeních, ve znění pozdějších předpisů, povinnost ustanovit odborného zástupce, který je členem stěžovatelky. Podle ust. § 82 odst. 2 zákona č. 378/2007 Sb., o léčivech, ve znění pozdějších předpisů, pak může u takového soutěžitele provádět výdej léku na recept opět pouze člen stěžovatelky. Dochází

tak fakticky k povinnému sdružení všech soutěžitelů na trhu lékárenských služeb, ovšem nikoliv na bázi povinného členství všech soutěžitelů (což krajský soud netvrdil), nýbrž formou povinného členství některých soutěžitelů a povinného členství zaměstnanců a odborných zástupců ostatních soutěžitelů. Hodnocení stěžovatelky ze strany krajského soudu jako sdružení soutěžitelů ve smyslu ust. § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže i premisa, z níž toto hodnocení vycházelo, a sice že stěžovatelka povinně sdružuje všechny soutěžitele na trhu lékárenských služeb, je tedy nutno považovat za správné. Není rozhodující, že někteří soutěžitelé jsou v tomto sdružení sdružováni na základě pevnější, bezprostřednější či formálnější vazby, kdežto ostatní soutěžitelé jsou v tomtéž sdružení sdružováni zprostředkovaně. Rozhodující je faktický vliv stěžovatelky na všechny soutěžitele na trhu.

V rámci poslední kasační námitky stěžovatelka uvádí, že nebylo prokázáno, že by vydání předmětného stanoviska potenciálně narušilo hospodářskou soutěž, respektive jakékoliv ohrožení bylo v řízení vyvráceno.

Otázkou potenciality a fakticity narušení hospodářské soutěže v důsledku dohody podle ust. § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže se již podrobně zabýval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 25. 2. 2009, č. j. 1 Afs 78/2008 - 721 (č. 1878/2009 Sb. NSS), z něhož lze citovat: „*Ze znění uvedeného ustanovení, jakož i z judikatury Nejvyššího správního soudu (viz např. rozsudek ze dne 9. 1. 2007, č. j. 1 As 19/2006 - 55), je zřejmé, že zákon o ochraně hospodářské soutěže je založen na principu potenciální soutěže, takže na jeho základě lze působit i preventivně. Není proto nutné, aby zákonem zakázaná dohoda k narušení hospodářské soutěže skutečně vedla nebo aby následek již fakticky nastal. K vyvození postihu je možno přistoupit i tehdy, je-li zde taková „dohoda“, která k takovému následku může vést, a to bez ohledu na úmysl, který k přijetí takového rozhodnutí vedl. Vzhledem k uvedenému tak lze dohody ve smyslu § 3 odst. 1 zákona č. 143/2001 Sb. typově zařadit mezi delikty ohrožovací, tedy delikty, jejichž následkem (obligatorním znakem objektivní stránky deliktu) je ohrožení (tzn. reálné bezprostřední nebezpečí vzniku poruchy) zájmu chráněného zákonem.* [...] *Judikatura komunitárních soudů* [...] *však potencialitu narušení hospodářské soutěže nespojuje pouze s dohodami, které mají protisoutěžní cíl (object), ale i s dohodami soutěžitelů, které takový cíl nemají, jsou však způsobilé vyvolat protisoutěžní následky (effect).* [...] *Potencialita narušení hospodářské soutěže se tak vztahuje jak k protisoutěžnímu cíli dohod, tak k jejich protisoutěžnímu následku. Je zřejmé, že nejen cíl dohody způsobuje její potenciální negativní dopad na hospodářskou soutěž. Zakázané jsou tedy takové dohody, které mají za cíl narušení soutěže (aniž by takového cíle bylo třeba byť jen částečně dosaženo), a dohody, které mají nebo mohou mít protisoutěžní následek (a to zásadně bez ohledu na to, zda byl takový následek stranami zamýšlen). Tento výklad vystihuje celou šíři možností narušení hospodářské soutěže a nejlépe odpovídá zákonu, který vychází z principu jejího potenciálního narušení.* [...] [P]*odmínku existence cílů či následků protisoutěžního jednání soutěžitelů pro posouzení protiprávnosti dohody, postačuje splnit alternativně. Je tedy pouze na soutěžním úřadu, zda se bude při posuzování protisoutěžního charakteru dohody zabývat primárně jejím cílem či jejími následky. Jak je však z judikatury zřejmé, běžně budou soutěžní úřady v prvé řadě své úsilí směřovat k prokázání protisoutěžního cíle, neboť pokud má dohoda protisoutěžní cíl, není již nutné zjišťovat její účinky na relevantním trhu.*“ (viz též judikaturu unijních soudů, na kterou je v citovaném rozsudku odkazováno, nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 1. 2007, č. j. 1 As 19/2006 - 55).

V posuzovaném případě bylo žalovaným i krajským soudem shledáno, že vydáním předmětného stanoviska stěžovatelky, jeho uveřejněním a potvrzováním došlo k potenciálnímu narušení hospodářské soutěže. Nejvyšší správní soud se s tímto hodnocením ztotožňuje. Rozhodujícím pro vyslovení závěru o skutečně potenciálním dopadu na hospodářskou soutěž je především objektivní povaha daného stanoviska, reálný předpoklad dalšího jednání ze strany stěžovatelky, které se může promítnout do činnosti soutěžitelů na trhu, a také vyjádření jednotlivých soutěžitelů. Kasační soud má ve shodě s žalovaným i krajským soudem za to, že ve stanovisku obsažená hrozba disciplinárních sankcí byla reálná, neboť stěžovatelka disponuje oprávněním takové sankce ukládat, a také značně citelná, neboť mohla zahrnovat i ztrátu postavení člena stěžovatelky a tím i fakticky ukončení hospodářské činnosti na trhu lékárenských služeb (a to ve vztahu ke všem soutěžitelům, bez ohledu na to, zda jsou sami přímo členy stěžovatelky). Pokud stěžovatelka (resp. její představenstvo) nejdříve vydala stanovisko, kterým se snažila ovlivnit jednání soutěžitelů na trhu pod hrozbou sankce pro své členy, a dokonce v žalobě výslovně „*připouští, že její stanovisko směřovalo k unifikaci jednání soutěžitelů*“, nelze přisvědčit následné bagatelizaci tohoto stanoviska ze strany stěžovatelky s tím, že žádný vliv na soutěžitele nemohlo vůbec, ani potenciálně mít. Lze shrnout, že již výše popsaná objektivní povaha předmětného stanoviska postačuje k učinění závěru, že toto stanovisko bylo způsobilé ovlivnit hospodářskou soutěž.

Tvrzení, že stanovisko nemělo faktický vliv na lékárny, není způsobilé vyvrátit uvedený závěr. Předně, na řadu lékáren nemělo stanovisko faktický vliv proto, že zakazovanou praxi nevykonávaly. I u těchto lékáren však existuje potencialita ovlivnění jejich jednání na trhu, a to pro případ, že by se v budoucnu rozhodovaly, zda danou praktiku zavedou. Vedle toho Česká lékárna, a. s. uvedla, že na základě stanoviska začala zvažovat, zda nevystavuje svoje zaměstnance možnosti sankce ze strany stěžovatelky a zda má i nadále stěžovatelkou zakazovaný marketingový nástroj používat. Toto vyjádření tedy také potvrzuje reálnost potencionálního ohrožení hospodářské soutěže.

Pokud stěžovatelka namítá, že krajský soud nepřihlédl k části sdělení České lékárny, a. s., že by o upuštění od předmětné marketingové aktivity uvažovala až v případě reálného uplatňování sankcí, pak tato námitka opět není způsobilá vyvrátit závěry učiněné žalovaným a krajským soudem. Potencialita narušení hospodářské soutěže není pouhým východiskem správního orgánu, který následně musí v řízení prokázat faktické narušení hospodářské soutěže s tím, že v opačném případě je prvotní domněnka (možnost narušení hospodářské soutěže) vyvrácena. Jedná se o jednu z alternativ (vedle faktického narušení hospodářské soutěže), která musí být splněna, aby mohla být dohoda považována za zakázanou ve smyslu § 3 odst. 1 zákona o ochraně hospodářské soutěže. Absence faktického dopadu předmětného stanoviska na hospodářskou soutěž, kterou žalovaný, ani krajský soud nezpochybňovali, proto nemůže znamenat, že stanovisko nemohlo hospodářskou soutěž narušit ani potenciálně.

Nejvyšší správní soud se proto ztotožňuje se závěrem krajského soudu, že předmětné stanovisko potenciálně narušilo hospodářskou soutěž na trhu lékárenských služeb. I poslední kasační námitka je tedy nedůvodná.

S ohledem na výše uvedené dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že kasační stížnost je nedůvodná, a proto ji zamítl (§ 110 odst. 1 věta druhá s. ř. s.).

Ve věci rozhodl v souladu s § 109 odst. 1 s. ř. s., podle něhož rozhoduje Nejvyšší správní soud o kasační stížnosti zpravidla bez jednání, když neshledal důvody pro jeho nařízení.

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o ustanovení § 60 odst. 1, věta první s. ř. s. ve spojení s § 120 s. ř. s. Stěžovatelka ve věci úspěch neměla, a nemá proto právo na náhradu nákladů řízení. Úspěšnému žalovanému pak podle obsahu spisu žádné náklady v řízení o kasační

stížnosti před soudem nevznikly. Nejvyšší správní soud proto rozhodl tak, že žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti.

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

V Brně dne 22. července 2011

JUDr. Jaroslav Hubáček
předseda senátu