



UOHSX005209E

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R33/2013/HS-14520/2013/320/LGa

V Brně dne 9. srpna 2013

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S462,463/2010/KS-1203/2013/840/RPI ze dne 18. 1. 2013, resp. jeho výrokovým částem I., II. a IV., ve věci porušení ustanovení § 22a odst. 1 písm. f) zák. č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 155/2009 Sb., podal účastník řízení společnost **REWE Zentralfinanz eG**, se sídlem Spolková republika Německo, Kolín nad Rýnem, Domstrasse 20, zastoupena Mgr. Tomášem Fialou, Ph.D., advokátem, adresa pro doručování Vejmelka & Wunsch, s.r.o., Italská 27, PSČ 120 00 Praha 2, jsem podle ust. § 152 odst. 5 písm. b) zák. č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a na základě návrhu rozkladové komise,

rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S462,463/2010/KS-1203/2013/840/RPI ze dne 18. 1. 2013 dle ust. § 152 odst. 5 písm. b) zák. č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, **ve výroku I., II., a IV. potvrzují a podaný rozklad zamítám.**

ODŮVODNĚNÍ

I. Napadené rozhodnutí

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“) vydal dne 18. 1. 2013 rozhodnutí č.j. ÚOHS-S462,463/2010/KS-1203/2013/840/RPI (dále též „**Napadené rozhodnutí**“), v jehož

první výrokové části deklaroval, že účastník řízení (dále též „**REWE**“ nebo „**Účastník řízení**“) nesplnil závazky stanovené podle ust. § 17 odst. 4 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 296/2007 Sb. (dále též „**zohs**“), rozhodnutím Úřadu č. j. S202/2008/KS-16962/2008/840 ze dne 22. 8. 2008 (dále též „**Rozhodnutí o fúzi**“), kterým bylo povoleno spojení soutěžitelů REWE Zentralfinanz eG, se sídlem Spolková republika Německo, Kolín nad Rýnem, Domstrasse 20, a PLUS – DISCOUNT spol. s r.o., se sídlem okres Praha - východ, Radonice, Počernická č.p. 257, IČ 41328116, ve znění změn závazků akceptovaných Úřadem k pozdějším žádostem Účastníka řízení uplatněným dle výrokové části V., věta druhá, téhož rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to: 1. závazek prodat nebo zajistit prodej za běžných obchodních podmínek maloobchodní prodejny diskont PLUS, nově pod označením Penny Market, na adrese [... **OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ** ...], ve lhůtě do 31. 8. 2010, a 2. závazek prodat nebo zajistit prodej za běžných obchodních podmínek maloobchodní prodejny PLUS provozované pod názvem Penny Market, na adrese [... **OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ** ...], případně alternativně prodejny Penny Market na adrese [... **OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ** ...], ve lhůtě do 31. 8. 2010, tj. **nesplnil povinnosti stanovené rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S202/2008/KS-16962/2008/840 ze dne 22. 8. 2008 modifikované v souladu s jeho výrokovou částí V., věta druhá, a to Sdělením Úřadu č. j. ÚOHS-D329/2009/KS- 959/2010/840 ze dne 25. 1. 2010 (závazek v okrese Domažlice), Sdělením Úřadu č. j. ÚOHS-D329/2009/KS-2558/2010/840 ze dne 23. 2. 2010 (závazek v okrese Trutnov) a Sdělením Úřadu č. j. ÚOHS-D329/2009/KS-9412/2010/840/DVá ze dne 29. 6. 2010 (prodloužení lhůty ke splnění obou závazků), čímž spáchal správní delikt podle § 22a odst. 1 písm. f) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 155/2009 Sb.**

2. Druhou výrokovou částí Napadeného rozhodnutí správní orgán prvního stupně uložil Účastníku řízení za spáchání správního deliktu podle § 22a odst. 1 písm. f) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění zákona č. 155/2009 Sb. (dále též „**ZOHS**“) jednáním popsaným ve výrokové části I. tohoto rozhodnutí, podle § 22a odst. 2 téhož zákona, **pokutu ve výši 23 890 000,- Kč** (slovy: dvacet tři milionů osm set devadesát tisíc korun českých).
3. Ve třetí výrokové části Úřad deklaroval, že Účastník řízení, jednáním popsaným ve výrokové části I. Napadeného rozhodnutí uskutečnil ve smyslu § 18 odst. 5 ZOHS, spojení soutěžitelů v rozporu s pravomocným rozhodnutím Úřadu č. j. S202/2008/KS-16962/2008/840 ze dne 22. 8. 2008 a současně **neuložil Účastníkovi řízení opatření k obnově účinné soutěže na relevantním trhu dle § 18 odst. 5 téhož zákona.**
4. V poslední, čtvrté části výroku Napadeného rozhodnutí správní orgán prvního stupně podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 227/2009 Sb., ve spojení s ust. § 6 odst. 1 a 2 vyhlášky Ministerstva vnitra č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, uložil Účastníku řízení **povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou ve výši 2 500,-Kč** (slovy: dva tisíce pět set korun českých).

II. Rozklad

5. Účastník řízení podal včas proti Napadenému rozhodnutí rozklad, jímž se domáhá zrušení Napadeného rozhodnutí.
6. Účastník řízení namítá, že se Úřad v Napadeném rozhodnutí dopustil řady závažných omylů a nesprávností při posouzení skutkových otázek, a v důsledku toho i při právním posouzení předmětného případu. Hlavní oblasti, které v rámci rozkladu rozvádí, zahrnují:
 - a) **Úřad nesprávně a nedostatečně objasnil skutečný stav věci**, a porušil tak zásadu materiální pravdy zakotvenou v ust. § 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále též „s. ř.“). Účastník řízení namítá, že rozhodnutí nepravdivě a nespravedlivě obviňuje společnost REWE z nesplnění závazků stanovených v Rozhodnutí o fúzi. Uvádí, že Úřad řádně nezohlednil argumenty Účastníka řízení prokazující, že tento bral svoji povinnost ke splnění velmi zodpovědně a vynaložil významné zdroje na jejich splnění. Dle Účastníka řízení dále Úřad zcela opominul fakt, že společnost REWE nemohla předpokládat veškeré obtíže týkající se realizaci závazků, jako byl hospodářský pokles, a v důsledku tak z důvodů, za něž nemůže být činěna odpovědnou, nemohla úspěšně dokončit proces odprodeje ve stanovené lhůtě.
 - b) **Právní posouzení je vadné a Úřad porušil zásadu legality**. Společnost REWE konstatuje, že právní hodnocení v Napadeném rozhodnutí je postaveno na nesprávných a nedostatečně zjištěných skutkových zjištění a v důsledku toho je rovněž chybné.
 - c) **Pokuta uložená Účastníkovi řízení je v rozporu se zavedenými principy správního trestání**. Uložení pokuty v tak vysoké výši, za údajně domnělé jednání, které nemělo dopad na hospodářskou soutěž, pak dle společnosti REWE Úřad porušil dále zásadu přiměřenosti, správné správní praxe a zásadu legitimních očekávání. Dle Účastníka řízení je uložení pokuty za nesplnění závazků, u nichž se na konci přezkoumání jejich potřebnosti ukázalo, že nejsou pro zachování účinné hospodářské soutěže nezbytné, je nespravedlivé, a rovněž nezákonné. Dle společnosti REWE Úřad rovněž pochybil při hodnocení závažnosti namítaného jednání, a dále že pokutu uložil v rozporu s ust. § 22 odst. 2 ZOHS.

III. Petit rozkladu

7. Účastník řízení ze shora uvedených důvodů navrhuje, aby předseda Úřadu výrokové části I. a II.¹ Napadeného rozhodnutí zrušil a správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-

¹ Účastník řízení v rozkladu výslovně uvádí, že napadá výrokové části I. a II. Napadeného rozhodnutí. Napadené rozhodnutí má celkem čtyři výrokové části, přičemž ve výrokové části III. je stanoveno, že nápravné opatření se do budoucna neukládá (což je ve prospěch Účastníka řízení a tudíž zcela logicky tuto část výroku ani nenapadá) a výroková část IV. zakládá povinnost Účastníka řízení k úhradě Úřadu nákladů řízení. Brojí-li tedy Účastník řízení proti prvním dvěma výrokovým částem, tj. v podstatě proti samotné deklaraci spáchání správního deliktu neboli výroku o věci samé, pak vzhledem k tomu, že výrok o nákladech řízení je výrokem, jehož osud je závislým na výroku o věci samé, tímž pádem lze mít za to, že předmětný rozklad byl podán rovněž proti povinnosti Účastníka řízení k úhradě nákladů řízení dle výrokové části IV; proto mám za to a v návaznosti na to uvádím, že Účastník řízení napadá vedle

S462,463/2010/KS zahájené Úřadem ve vztahu k možnému porušení ust. § 22a odst. 1 písm. f) ZOHS společností REWE zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

8. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle ust. § 87 s. ř., a proto v souladu s ust. § 88 odst. 1 s. ř. předal spis orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
9. Podle ust. § 89 odst. 2 s. ř. jsem přezkoumal v celém rozsahu soulad Napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání tohoto rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost Napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě, vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem dospěl k závěrům uvedeným v dalších částech odůvodnění tohoto rozhodnutí.
10. V rámci přezkumu Napadeného rozhodnutí jsem se zejména věnoval hmotněprávním námitkám, tedy posouzení, zda vytýkané jednání je porušením ust. § 22a odst. 1 písm. f) ZOHS. Po posouzení Napadeného rozhodnutí a přezkoumání námitek Účastníka řízení jsem dospěl k závěru, že správní orgán prvního stupně postupoval ve správním řízení v souladu se zákonem, jakož i dalšími obecně závaznými předpisy. Námitky Účastníka řízení uplatněné v rozkladu jsem neshledal důvodnými, nezbylo tudíž jinak než rozklad zamítnout.
11. Řádně jsem taktéž prověřil správnost postupu prvostupňového orgánu, pokud jde o aplikaci hmotněprávních a procesněprávních předpisů, resp. hmotněprávní a procesněprávní právní úpravy správného časového znění. Po posouzení aplikované právní úpravy jsem dospěl k závěru, že správní orgán prvního stupně užil správné časové znění aplikovaných právních předpisů, a to jak na postup Úřadu, tak na posouzení deliktu z hmotněprávního hlediska (k tomu viz část V.I. Napadeného rozhodnutí)² a tímto takový postup první instance potvrzují jako správný.

V. Přezkum Napadeného rozhodnutí

Ad a) Nesprávně a nedostatečně zjištěný skutkový stav

i) Vynaložení významných zdrojů na splnění závazků

12. Účastník řízení vyzdvihuje, že závazky stanovené Napadeným rozhodnutím bral velice vážně a za účelem jejich realizace vynaložil významné zdroje. Proces odprodeje byl řízen lokálními vedoucími pracovníky společnosti REWE za aktivní podpory a dohledu oddělení fúzí a akvizic a právního oddělení skupiny REWE. Rovněž si dle svého vyjádření společnost REWE najala několik externích poskytovatelů služeb, kteří pracovali na specifických úkolech v rámci procesu odprodeje. Rovněž mimoto si Účastník řízení najal externího právního poradce pro věci korporátní, pracovněprávní či nemovitosti, a taktéž pověřil externího znalce vypracováním znaleckých posudků ohledně odhadní ceny odprodávaných obchodních jednotek. Dle vyjádření

výrokových částí I., II. i část IV. Napadeného rozhodnutí. Část III., jež nebyla rozkladem napadena (a která i) netvoří nedílný celek s ostatními výrokovými částmi Napadeného rozhodnutí, ii) umožňuje to povaha věci, iii) nemůže tím být způsobena újma účastníku řízení), tedy nabyla právní moci.

² Tj. „Právní úprava“.

společnosti REWE, oslovila všechny relevantní hráče a těm, v případě jejich zájmu, zaslala shrnutí klíčových údajů. S vážnými zájemci pak Účastník řízení, dle svého vyjádření, sepsal dohodu o mlčenlivosti a poté jim předložil úplný soubor informací, na což navazovala jednání o nabídce, pokud byla předložena.

ii) Nedostatečná aktivita v období trvajícím téměř 1,5 roku od Rozhodnutí o fúzi

13. Společnost REWE napadá závěr Úřadu o tom, že nepodnikla v období trvajícím téměř 1,5 roku žádné kroky, které by vedly ke splnění závazků stanovených v Rozhodnutí o fúzi. Společnost REWE argumentuje tím, že Rozhodnutí o fúzi obsahuje klauzuli o přezkumu, která ji umožňovala požádat o přezkoumání závazků, neboť s ohledem na rychlý vývoj trhu maloobchodního prodeje zboží denní potřeby nebylo možné předvídat veškeré změny tržní situace, jež mohly nastat v krátkém čase po povolení předmětného spojení. Tohoto oprávnění společnost REWE využila, když ve svých podáních z června a září 2009 navrhovala zrušení závazků, neboť byla přesvědčena, že tyto se staly obsoletními s ohledem na probíhající změny na trhu. Účastník řízení je přesvědčen, že jestliže Úřad souhlasil se začleněním klauzule o přezkumu do textu závazků, potom byl oprávněn požádat o zproštění závazků, aniž by se vystavil riziku, že jej Úřad napadne z důvodů nedokončení odprodeje. Z toho důvodu se společnost REWE domnívá, že závěr Úřadu o tom, Účastník řízení měl závazky ve stanovené lhůtě plnit a teprve pokud by se mu je splnit nepodařilo, mohl požádat o jejich přezkoumání, je neodůvodněný a účelově vykonstruovaný. Dle společnosti REWE tedy skutečnost, že nedošlo k realizaci závazků ve lhůtě, nemůže být interpretována jako jeho nedbalost. Úřad tento názor REWE sám údajně uznal, když jí prodloužil lhůtu k realizaci odprodeje po uplynutí původně stanovené lhůty.
14. Dle REWE dále Úřad přehlíží skutečnost, že krátce po vydání Rozhodnutí o fúzi (22. 8. 2008) REWE odprodala svoji prodejnu Billa (dříve Delvita) na adrese [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...] (dále též „*Billa [... OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...]*“), a to společnosti [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...]. V této souvislosti REWE podotýká, cit.: „... *již tento odprodej byl sám o sobě způsobilý dosáhnout cíle sledovaného závazkem obsaženým povolovacím rozhodnutím Úřadu ze dne 22. srpna 2008.*“
15. V souvislosti s výše uvedeným REWE dále v rozkladu uvádí, cit.: „...*ponechávající stranou obecnou logiku...*“, že při určení, zda REWE vynaložila maximální úsilí ke splnění závazků vyplývajících z Rozhodnutí o fúzi, musí Úřad posuzovat pouze status quo a opatření ke splnění realizovaná ze strany společnosti REWE ke dni 31. 10. 2010, jako lhůty ke splnění. Dle REWE to, že nepodnikla v období téměř 1,5 roku žádné kroky, nedokládá, že by společnost nesplnila Rozhodnutí o fúzi a informace pocházející z období před uplynutím konečné lhůty ke splnění závazků nemají žádnou vypovídající hodnotu pro posouzení, zda REWE splnila povinnosti plynoucí z Rozhodnutí o fúzi či nikoli.

iii) Nabízení k odprodeji odlišných obchodních jednotek, než byly určeny Rozhodnutím o fúzi

16. Pokud jde o výtky Úřadu, týkající se nevhodnosti jak subjektů, se kterými společnost REWE zahájila proces vyjednávání o případném odprodeji (zejména v okrese Domažlice, když se jednalo o rodinný supermarket provozovaný panem [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...]) a společnost [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...]), tak i nabízených obchodních jednotek, Účastník řízení konstatuje, že ani tyto výhrady Úřadu nemohou převážit podle něj zjevný fakt, že společnost REWE vynaložila maximální úsilí, jež mohlo být rozumně očekáváno k tomu, aby našla vhodné kupující pro odprodávané prodejny v okresech Trutnov a Domažlice, a že důvody nezávislé na její vůli zapříčinily objektivní nemožnost nalézt vhodné kandidáty pro daný převod prodejen. Nadto se společnost REWE domnívá, že její úsilí o nalezení vhodných kupujících i pro další srovnatelné prodejny v dotčených regionech nelze považovat za její nedbalost.
17. V této souvislosti Účastník řízení uvádí, že jakmile zjistil, že byl Úřad zneklidněn nedokonalostmi v procesu odprodeje v okrese Trutnov, přijal nezbytná nápravná opatření a neprodleně zaměřil své úsilí na odprodej obchodní jednotky akceptované Úřadem jako vhodný předmět prodeje.
18. Tuto svoji argumentaci Účastník řízení uzavírá s tím, že Úřadem vytýkané, cit: „drobné nedostatky“, k nimž došlo na počátku procesu odprodeje, byly vždy vedeny snahou o dosažení základního cíle závazků v co možná nejkratším čase, přičemž má za to, že vždy nabídl k odprodeji pouze takové prodejny, u nichž podle jeho názoru existovala vysoká pravděpodobnost úspěšného prodeje.

iv) Nedostatečná součinnost Účastníka řízení potenciálním kupujícím během procesu odprodeje

19. Společnost REWE se neztotožňuje ani se závěrem Úřadu, podle kterého neposkytovala nezbytnou součinnost potenciálním kupujícím v procesu odprodeje, a to například tím, že na nabídky potenciálních zájemců odpovídala se značným zpožděním, popřípadě nevystupovala dostatečně vstřícně či aktivně při vyjednávání o kupní ceně.
20. Oproti tomu společnost REWE tvrdí, že se všemi potenciálními kupujícími vždy vedla jednání v dobré víře tak, aby mohla převést odprodávané obchodní jednotky za rozumně dosažitelných prodejních cen a podmínek, a to způsobem, který dle jejího přesvědčení odpovídá praxi v daném odvětví. Za tímto účelem společnost REWE podle svých slov vypracovala informační memoranda týkající se odprodávaných obchodních jednotek, zasílala je subjektům, kteří projevíli zájem, odpovídala na telefonické i písemné dotazy zájemců, setkávala se s jejich zástupci, organizovala detailní prohlídky odprodávaných obchodních jednotek a vedla jednání s cílem uzavřít kupní smlouvy ve vztahu k odprodávaným prodejnám.
21. Účastník řízení k tomuto dále uvádí, že závěry Úřadu vyplývají z jeho nepochopení řádného procesu prodeje, když ani Rozhodnutí o fúzi ani žádná zásada obsažená v právním řádu České republiky nevyžaduje, aby REWE odpovídala zájemcům, jejichž nabídky byly společností REWE vyhodnoceny jako nepřiměřeně nízké, jakýmkoli specifickým způsobem nebo v jakékoli lhůtě. Dále společnost REWE odkazuje na zavedenou praxi v daném odvětví i v předběžném

kontrakčním postupu požadovat vylepšenou nabídku ke koupi, aniž by byla specifikována požadovaná (nebo přijatelná) cena.

22. Společnost REWE je přesvědčena, že zvolila a realizovala důkladný a odpovědný způsob procesu odprodeje vyžadovaný Rozhodnutím o fúzi a Úřad tak podle jejího názoru nemůže tvrdit, že potenciálním kupujícím součinnost neposkytl.

v) Nepravdivý závěr Úřadu o tom, že REWE neoslovila veškeré potenciální kupující s nabídkou na odprodej

23. Tvrzení Úřadu, že společnost REWE neoslovila v rámci procesu odprodeje všechny relevantní soutěžitele, kteří by mohli mít o odprodávané prodejny zájem, je podle přesvědčení společnosti REWE založeno na neúplném a nesprávném posouzení informací předložených ze strany společnosti REWE během přezkumu závazků.
24. Naopak společnost REWE tvrdí, že oslovila všechny společnosti aktivní na trhu maloobchodního prodeje zboží denní spotřeby, včetně společností [... OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...] a [... OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...], jejichž neoslovení Úřad v Napadeném rozhodnutí Účastníkovi řízení vytýkal. Svoje tvrzení dokládá společnost REWE tím, že jednatel společnost Penny Market s.r.o. za tímto účelem uskutečnil několik konferenčních hovorů se zástupci společnosti [... OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...] (dále též „[...] OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ [...]“) a [... OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...] (dále též „[...] OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ [...]“). Jak dále Účastník řízení uvádí, vzhledem k tomu, že oslovení zástupci těchto společností nabídky na odprodej ihned bez dalšího odmítli, společnost REWE žádná další informační memoranda těmto společnostem neposílala.
25. Mimoto Účastník řízení nepovažoval společnost [... OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...] za vhodného kupujícího, a to s ohledem na skutečnost, že tato společnost je součástí skupiny [... OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...], která zaujímá vedoucí postavení na příslušných relevantních trzích v rámci některých okresů na území České republiky a jakékoli její další posilování v důsledku fúze by dle názoru Účastníka řízení vedlo ke vzniku nových soutěžních problémů na dotčených trzích a mohlo tak být vnímáno ze strany Úřadu negativně.
26. Obdobně Účastník řízení poukazuje, že oslovil i společnosti [... OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...] (dále též „[...] OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ [...]“) a [... OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...] s tím, že dopis s nabídkou odprodeje prodejny Penny Trutnov byl zástupcům těchto společností předán na osobní schůzce, příp. e-mailem, přičemž obě tyto společnosti vyjádřily nezájem o převzetí zmíněné prodejny.
27. V souvislosti s pochybnostmi Úřadu o věrohodnosti shora uvedených tvrzení společnost REWE poukazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu, z níž vyplývá, že Úřad, jakožto správní orgán neunese důkazní břemeno, pokud pouze vysloví pochybnosti o skutečnostech tvrzených účastníkem řízení, aniž by však tyto pochybnosti prokázal relevantními zjištěními.³

³ Viz dle REWE rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 129/2006 ze dne 27. 7. 2007.

28. Společnost REWE se v této souvislosti dále ohrazuje proti zpochybňování jejích tvrzení ze strany Úřadu s tím, že neměla jakýkoli zájem předkládat zkreslené důkazy nebo nepřesné informace. Navíc, si je dobře vědoma toho, že jakýkoliv pokus uvést Úřad v omyl by zpochybnil vstřícnost a úplnost její spolupráce s Úřadem v průběhu správního řízení, a tím i ohrozil šanci na pozitivní výsledek tohoto řízení. Shora uvedenému má nasvědčovat také fakt, že prohlášení společnosti REWE předkládaná Úřadu byla vzájemně konzistentní a současně poskytovala vysvětlení všech základních prvků procesu odprodeje, což bylo pak dále zdůrazněno závazkem společnosti REWE k úplné spolupráci s Úřadem a k poskytování pouze přesných informací. Společnost REWE je tak toho názoru, že její prohlášení jsou nejen správná a pravdivá, ale mají i zvláště vysokou důkazní hodnotu, neboť vždy odrážela popis událostí ze strany jejich přímých svědků, což z nich činí obzvláště důvěryhodný zdroj informací.
29. V návaznosti na shora uvedené společnost REWE uvádí, že ačkoli je Úřad, s ohledem na zásadu materiální pravdy, povinen opatřit si důkazy, které by potvrzovaly nebo naopak vyvracely tvrzení této společnosti, ve správním spise není podle jejího názoru jediný důkaz, který by vyvracel nebo rozporoval její tvrzení o oslovení všech potenciálních zájemců s nabídkou odprodeje. V důsledku toho požaduje Účastník řízení, aby Úřad respektoval zásadu *in dubio pro reo* a zprostil společnost REWE výše uvedeného obvinění.
30. V následující části rozkladu Účastník řízení rozporuje názor Úřadu, podle kterého měla společnost REWE, když se ukázalo jako nemožné splnit závazek spočívající v odprodeji prodejny v Trutnově (dle Sdělení 4⁴), vyvinout úsilí za účelem odprodeje jednotky, která byla stanovena k odprodeji původně v Rozhodnutí o fúzi (tj. Billa ČSA) a ve vztahu k níž existovala dle Úřadu vyšší míra pravděpodobnosti úspěšného odprodeje. S názorem Úřadu nesouhlasí společnost REWE z toho důvodu, že by takový postup nespĺňoval princip přiměřenosti, který vyžaduje, aby opatření k nápravě byla „vhodná“ a „nezbytná“ pro vyřešení daného soutěžního problému. V této souvislosti je Účastník řízení přesvědčen, že z několika vhodných opatření by mělo být vždy vybráno to, které bude spojující se soutěžiteli nejméně zatěžovat.⁵
31. S ohledem na již uvedenou skutečnost, že společnost REWE odprodala již v roce 2009 prodejnu označenou jako Billa [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...], se podle názoru společnosti REWE snížil její tržní podíl pod úroveň, jež měla být dosažena realizací závazku vyplývajícího z Rozhodnutí o fúzi. Účastník řízení tak má za to, že odprodej původně stanovené prodejny by významně přesahoval míru toho, co bylo nezbytné pro vyřešení údajných soutěžních problémů v daném okrese.

vi) Nesprávná interpretace klauzule „běžné obchodní podmínky“

⁴ Tj. Sdělení č.j. D329/2009/KS-2558/2010/840 prodejna Penny ([... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...]).

⁵ Účastník řízení odkazuje například na rozsudek Tribunálu T-114/02 BaByliss SA vs. Komise, v němž soud judikoval, že požadování odprodeje za situace, kdy je k dispozici méně zatěžující opatření k nápravě, by bylo v rozporu s principem přiměřenosti.

32. Společnost REWE v rozkladu opětovně namítá, že Úřad nesprávně interpretuje pojem „běžné obchodní podmínky“ a nesprávně chápe povahu tohoto standardu v oblasti maloobchodního prodeje potravinářského a nepotravinářského zboží.
33. Účastník řízení se neztotožňuje s výkladem Úřadu⁶ a svoje přesvědčení opírá o znění Protokolu z ústního jednání se zástupci Úřadu ze dne 12. 8. 2009, během kterého bylo na návrh společnosti REWE odsouhlaseno, aby do Rozhodnutí o fúzi byla vložena klauzule „běžných obchodních podmínek“, a to údajně za tím účelem, aby se zabránilo pokusům potenciálních kupujících dosáhnout neodůvodněně nízké ceny za převod odprodávané obchodní jednotky. Společnost REWE je nadále přesvědčena, že zmíněná klauzule, tak jak byla definována v Rozhodnutí o fúzi, stanoví, že příslušná jednotka musí být odprodána za určitou minimální cenu, která bude v rozumném poměru k hodnotě odprodávaného majetku.
34. Za těchto okolností má společnost REWE za to, že kupní cena ve výši [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...] Kč, která byla nabídnuta za prodejnu Penny [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...] společností [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...] a která byla více než 5krát nižší než její hodnota stanovená nezávislou společností [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...], byla nespravedlivá a v jejím důsledku by byla předmětná transakce zcela anomální.
35. Stejně tak společnost REWE odmítá konstatování Úřadu, podle kterého odprodávané obchodní jednotky měly být převedeny bez ohledu na kupní cenu. Platná právní úprava ani běžná obchodní praxe údajně neposkytuje Úřadu žádnou oporu k takovému přístupu. Účastník řízení nadále trvá na tom, že Rozhodnutí o fúzi v žádném případě nevyžaduje, aby předmětný závazek uskutečnila bez ohledu na cenu, nýbrž za běžných obchodních podmínek.

vii) Nezohlednění problematičnosti procesu odprodeje v podmínkách hospodářské krize

36. Účastník řízení v této části rozkladu napadá stanovisko Úřadu, který konstatoval, že s ohledem na hospodářskou krizi⁷ měly být předmětné obchodní jednotky odprodány i za cenu nižší, než byla jejich tržní cena před krizí a dále uváděl, že hospodářská krize byla zohledněna při opakovaných žádostech o prodloužení lhůty pro splnění závazků.
37. V této souvislosti Účastník řízení uvádí, že Úřad přehlíží fakt, že trh byl stížen zřetelnou tendencí ke snížení výkonnosti, což dokládají údaje společnosti Nielsen zveřejněné v únoru 2010 a podle nichž trh maloobchodního prodeje zboží denní spotřeby v České republice poklesl v roce 2009 oproti roku 2008 o 4,9 % z hlediska objemu prodaného zboží a o 9,3 % z hlediska tržeb za prodané zboží. Za takové situace soutěžitelé aktivní na trhu maloobchodního prodeje zboží denní potřeby dle názoru společnosti REWE čelili značnému tlaku na jejich rozpočty a byli tak nuceni redukovat své výdaje, modifikovat jejich priority a omezovat investice. Přitom společnost REWE neměla žádné nástroje, jejichž prostřednictvím by mohla vyvíjet tlak na případné kupující či ovlivnit jejich vnitřní rozhodovací procesy týkající se této záležitosti.

⁶ Dle Úřadu je účelem pojmu zajistit, aby odprodávané obchodní jednotky v sobě zahrnovaly souhrn všech hmotných a nehmotných složek potřebných k jejich dalšímu provozování.

⁷ Na kterou sám Účastník řízení v průběhu správního řízení opakovaně poukázal.

38. Úřad shora uvedené skutečnosti podle společnosti REWE nevzal v potaz, neboť kdyby tak učinil, nebyl by dle společnosti REWE oprávněn konstatovat, že proces odprodeje mohl být ze strany REWE dokončen.

viii) Navrhované přijetí alternativního behaviorálního závazku

39. Jako na důkaz mimořádného úsilí o splnění povinností plynoucích z Rozhodnutí o fúzi poukazuje společnost REWE na skutečnost, že dobrovolně navrhla Úřadu přijetí behaviorálního závazku, který byl dle jejího názoru s to odstranit obavy identifikované v Rozhodnutí o fúzi. Společnost REWE je přesvědčena, že zmíněný alternativní závazek jde nad rámec jejích povinností stanovených v Rozhodnutí o fúzi.
40. Argumentace Úřadu, který zmíněný behaviorální závazek odmítl, je dle Účastníka řízení neodůvodněná, a to zejména proto, že při absenci jakéhokoli zájmu možných nabyvatelů o převzetí Penny [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...] (pozn. Úřadu: tj. patrně libovolnou provozovnu v okrese Trutnov) by závazek k odprodeji nevyřešil soutěžní obavy vyplývající z horizontálních účinků. Za těchto okolností nabídl Účastník řízení závazek obsahující prvky ohledně jeho budoucího chování, což jak dále Účastník řízení konstatuje, mohlo být dokonce vhodnější řešení pro odstranění obav z jeho zvýšené schopnosti ovlivňovat parametry soutěže především ziskovým zvyšováním cen nebo omezením sortimentu či snížením kvality zboží. Za nastalých okolností pak Účastník řízení považuje jím předložený behaviorální závazek za zcela adekvátní pro řešení soutěžních obav identifikovaných Úřadem.
41. Z výše uvedeného Účastník řízení vyvozuje, že behaviorální závazek spolu s mimořádným úsilím o implementaci závazku odprodeje v okrese Trutnov mimo jakoukoli pochybnost demonstrují to, že měl po celou dobu v úmyslu zajistit soulad svého chování s Rozhodnutím o fúzi, ale i to, že tomuto rozhodnutí plně vyhověl.

Ad b) Právní posouzení

42. Právní posouzení případu v Napadeném rozhodnutí je dle Účastníka řízení založeno na nesprávných nebo nedostatečných skutkových zjištěních, a je tedy nesprávné, což je v rozporu se zásadou zákonnosti zakotvenou v ustanovení § 2 správního řádu. Zejména se společnost REWE neztotožňuje s tvrzeními Úřadu, podle kterých společnost REWE i) nevynaložila ke splnění závazků stanovených v Rozhodnutí o fúzi veškeré úsilí, které bylo možno od ní požadovat; ii) nepodnikla dostatečné kroky a nevynaložila potřebnou iniciativu ke splnění závazků ve stanovené lhůtě; a iii) nesplněním závazků plynoucích z Rozhodnutí o fúzi spáchala správní delikt podle § 22a odst. 1 písm. f) ZOHS.

i) Důkazní břemeno na straně Úřadu

43. Účastník řízení odmítá argumentaci Úřadu, který konstatoval, že podle § 21d odst. 3 ZOHS nese Účastník řízení důkazní břemeno ve vztahu k prokázání toho, že splnil závazky stanovené Rozhodnutím o fúzi. Podle účastníka řízení je hodnocení důkazů v daném správním řízení

upraveno správním řádem a § 21d odst. 3 ZOHS nemůže z Úřadu sejmout břemeno ve vztahu k prokázání údajného porušení ZOHS.

44. Účastník řízení má za to, že na základě § 3 správního řádu je Úřad povinen postupovat tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Úřad je navíc povinen posoudit všechny okolnosti významné z hlediska ochrany veřejného zájmu. Účastník řízení má za to, že v sankčních řízeních má Úřad podle § 3 správního řádu povinnost zhodnotit veškeré rozhodné okolnosti objektivně bez toho, zda svědčí ve prospěch nebo neprospěch toho, komu má být sankce uložena. V případě rozhodování o odpovědnosti za spáchání správního deliktu ve smyslu ZOHS musí dle Účastníka řízení respektovat základní zásadu *in dubio pro reo* a prokázat, že ke spáchání správního deliktu došlo nade vší pochybnost. Závěrem společnost REWE konstatuje, že Napadené rozhodnutí tedy nesplňuje výše uvedené zákonné standardy podle správního řádu.

ii) Závěry v Napadeném rozhodnutí musí být založeny na jednoznačných a přesvědčivých důkazech

45. Účastník řízení je přesvědčen, že Úřad neprokázal v rozsahu vyžadovaném právními předpisy existenci správního deliktu, jak je definován v bodě I. výrokové části Napadeného rozhodnutí, přičemž jak již bylo uvedeno, důkazní břemeno ve vztahu k prokázání všech prvků bylo dle Účastníka řízení na straně správního orgánu. Vzhledem k zmiňované povinnosti správního orgánu prokázat veškeré jím tvrzené skutečnosti mimo jakoukoli důvodnou pochybnost, je Účastník řízení přesvědčen, že jakákoli neurčitost, kterou je schopen doložit ve vztahu ke zjištění Úřadu ohledně deliktního jednání, je důvodem pro zrušení rozhodnutí ukládajícího finanční sankci.

46. Společnost REWE současně upozorňuje na skutečnost, že k prokázání správního deliktu je Úřad povinen předložit přesné a konzistentní důkazy podporující jím tvrzené skutečnosti, přičemž tento požadavek není, dle společnosti REWE splněn zejména v těch případech, kdy účastník řízení může domnělé protiprávní jednání hodnověrně vysvětlit způsobem vyvracejícím tvrzení o protiprávním jednání.

47. V této souvislosti společnost REWE konstatuje, že existence hospodářského poklesu a finanční krize v letech 2009 a 2010 představují právě takové věrohodné alternativní vysvětlení nesplnění závazků plynoucích z Rozhodnutí o fúzi.

iii) Porušení zásady zákonnosti „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“

48. Společnost REWE podotýká, že správní řízení, které bylo ukončeno Napadeným rozhodnutím, bylo zahájeno před nabytím účinnosti novely ZOHS provedené zákonem č. 360/2012 Sb., tj. 1. 12. 2012, a proto je třeba ukončit správní řízení dle ZOHS ve znění účinném před zmíněným datem.

49. Přitom z textu ZOHS platného před 1. 12. 2012 je podle Účastníka řízení zřejmé, že tento neobsahoval žádné ustanovení odpovídající správnímu deliktu nesplnění závazků v případech

spojení soutěžitelů, ani nestanovoval pokutu za takovýto delikt. Společnost REWE má tedy za to, že Úřad v posuzovaném případě vykládal ZOHS extenzivním způsobem na újmu společnosti REWE a uložení pokuty za domnělé porušení ZOHS, které nebylo tímto zákonem považováno za správní delikt tak společnost REWE považuje za takové, které je v příkrém rozporu se zásadou zákonnosti.

Ad c) Námitky proti uložení pokutě

50. Ze shora uvedených důvodů se společnost REWE domnívá, že v posuzovaném případě jsou dány nezpochybnitelné důvody pro zrušení Napadeného rozhodnutí ze strany předsedy Úřadu, případně aby bylo od uložení pokuty upuštěno, respektive aby byla výše uložené pokuty snížena.

i) Uložení pokuty je protizákonné

51. Na tomto místě rozkladu Účastník řízení zdůrazňuje, že ačkoli Úřad dospěl k závěru, že společnost REWE nesplnila své povinnosti vyplývající z Rozhodnutí o fúzi, nemůže být jednání této společnosti v žádném případě považováno za trestatelný správní delikt.

52. V této souvislosti společnost REWE odkazuje na judikaturu Nejvyššího správního soudu,⁸ z níž podle jejího názoru jednoznačně vyplývá, že určité jednání může být považováno za trestatelný správní delikt, pouze pokud vykazuje určitý stupeň nebezpečnosti pro společnost (tj. v posuzovaném případě to podle Účastníka řízení má být ohrožení účinné hospodářské soutěže). Z této premisy pak Účastník řízení vyvozuje, že uložení sankce za údajné porušení povinnosti implementovat závazky stanovené v Rozhodnutí o fúzi, které nejsou podle závěrů analýzy tržních podmínek provedené Úřadem v rámci daného správního řízení potřebné k obnově účinné soutěže na dotčených relevantních trzích, je v rozporu s ustálenými principy správního trestání.

ii) Nesprávná kvalifikace tvrzeného deliktu

53. Účastník řízení je s ohledem na shora uvedené přesvědčen, že v posuzovaném případě mu není možné uložit pokutu. I kdyby hypoteticky připustil, že by mu pokuta uložena mohla být, domnívá se, že výše pokuty stanovená Úřadem je zcela nepřiměřená, a to z důvodu odchýlení se od pravidel, která si sám Úřad stanovil.

54. Účastník řízení se totiž domnívá, že Zásady postupu Úřadu při stanovování výše pokut podle ZOHS (dále též „**Zásady**“) jsou nástrojem, jehož smyslem je definování kritérií, která hodlá Úřad aplikovat při výkonu správního uvážení při ukládání pokut, a proto by měl být Úřad povinen zásady ve zmíněném dokumentu vyjádřené zohledňovat, zejména pak pravidla, jejichž použití je podle samotných Zásad povinné.

55. Účastník řízení v této souvislosti namítá, že se Úřad dopustil zásadního pochybení při hodnocení povahy domnělého porušení ZOHS, neboť zaměnil porušení spočívající

⁸ Např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 17/2007 ze dne 31. 7. 2007.

v uskutečnění protisoutěžního spojení v rozporu s rozhodnutím Úřadu, které dané spojení nepovolilo s tvrzeným nesplněním závazků přijatých v rámci transakce, která jinak prošla testem podle ZOHS a byla Úřadem povolena. Podle Účastníka řízení tento přístup Úřadu představuje protiprávní extenzivní výklad Zásad prostřednictvím analogie, jehož cílem bylo zahrnout jednání společnosti REWE do kategorie velmi závažných deliktů.

56. Mimoto Účastník řízení podotýká, že údajné porušení ZOHS se týkalo pouze velmi omezených území v Domažlicích a Trutnově, v důsledku čehož mohlo mít – pokud vůbec – velmi omezený dopad na soutěž a na spotřebitele.

iii) Porušení zásady přiměřenosti

57. Společnost REWE se nad rámec shora uvedeného domnívá, že základní částka pokuty stanovená v Napadeném rozhodnutí je s ohledem na závažnost tvrzeného porušení a jeho ekonomické dopady nepřiměřená a nebyla Úřadem řádně odůvodněna.

58. Současně Účastník řízení odmítá konstatování Úřadu o tom, že celkový přístup Účastníka řízení k plnění povinností stanovených v Rozhodnutí o fúzi nelze hodnotit jako skutečně vážný zájem a snahu o jejich splnění. Účastník řízení se domnívá, že z listinných důkazů vyplývá, že bral proces odprodeje podle Rozhodnutí o fúzi velmi vážně a za účelem jeho realizace vyčlenil významné zdroje s tím, že v tomto procesu postupoval v souladu s příslušnými odvětvovými standardy. Zároveň však Účastník řízení nemohl předvídat všechny obtíže, které v souvislosti s implementací předmětných závazků vyvstaly, zejména pak ekonomickou recesi, která významně ovlivnila plány na expanzi na straně maloobchodních prodejců činných v oblasti prodeje potravin. V důsledku toho tak společnost REWE nebyla z objektivních důvodů schopna realizovat proces odprodeje ve stanovené lhůtě.

59. Obdobně společnost REWE odmítá skutková zjištění Úřadu týkající se dopadů tvrzeného porušení ZOHS, a to z důvodu jejich vnitřní rozpornosti, nepřesnosti a věcné nesprávnosti. Jestliže na jedné straně Úřad tvrdí, že závazky k odprodeji na lokálních trzích v Domažlicích a Trutnově již nejsou nezbytné pro obnovení účinné soutěže, nemůže podle Účastníka řízení následně při stanovení základní částky pokuty odkazovat na údajně negativní důsledky toho, že tyto závazky nebyly realizovány. Úřad rovněž, podle Účastníka řízení, nepředložil žádné konkrétní důkazy, že tvrzené porušení mělo na tyto trhy negativní dopad. Tvrzení Úřadu o tom, že v období po právní moci Rozhodnutí o fúzi přetrvávala obava z ohrožení soutěže na uvedených lokálních trzích, která nadále odůvodňovala potřebu plnění závazků, je tak podle Účastníka řízení založeno pouze na dohaděch a nikoli na ekonomických faktorech.

60. V neposlední řadě Účastník řízení namítá, že Úřad nepřihlédl k následujícím polehčujícím okolnostem:

- i) Absence protisoutěžních účinků tvrzeného deliktu – analýzou soutěžních podmínek bylo dle Účastníka řízení jednoznačně prokázáno, že získání kontroly nad společností Plus ze strany společnosti REWE nevytvořilo tržní struktury, které by byly způsobilé podstatným způsobem narušit účinnou hospodářskou soutěž.

- ii) Aktivní spolupráce ze strany REWE v rámci správního řízení přesahující míru jejich zákonných povinností – společnost REWE se podle svých slov snažila v maximální možné míře informovat o veškerých opatřeních přijímaných za účelem administrace a dokončení procesu odprodeje, včetně poskytování příslušných materiálů.
- iii) Krize příslušného odvětví – již zmiňovaná ekonomická recese podle Účastníka řízení způsobila, že maloobchodní prodejci byli nuceni přijímat úsporná opatření a omezovat investice v oblasti fúzí, v důsledku čeho tak bylo pro REWE objektivně nemožné implementovat závazky stanovené v Rozhodnutí o fúzi.
- iv) Postoupení podle čl. 9 Nařízení Rady (ES) 139/2004 – ačkoli společnost REWE oznámila předmětné spojení Evropské komisi již 15. 5. 2008, došlo v důsledku postoupení případu Evropskou komisí na Úřad k časovému posunu ve vypořádání transakce, a to z důvodu nového zahájení řízení u Úřadu, k němuž došlo až 8. 7. 2008. Dle vyjádření společnosti REWE, tato skutečnost ji donutila, aby v zájmu záchrany plánované akvizice navrhla přijetí závazků již v první fázi řízení, ačkoli byla přesvědčena, že Úřad nepřiměřeně vyhodnotil míru soutěžního vlivu spojení na dotčené relevantní trhy.
- v) Jde o první rozhodnutí vydané Úřadem podle § 22a odst. 1 písm. f) ZOHS – skutečnost, že neexistuje žádný jednoznačný precedent vztahující se na obdobné jednání jako v tomto případě, by měla být rovněž zohledněna a Úřad by neměl pokutu uložit vůbec, nebo jen v symbolické výši.
- vi) Vytýkané jednání je prvním (tvrzeným) porušením zákona ze strany společnosti REWE.

61. S ohledem na uvedené důvody Účastník řízení navrhuje, aby předseda Úřadu Napadené rozhodnutí ve výrokové části I., II. a IV.⁹ zrušil a příslušné správní řízení zastavil.

VI. Argumentace Úřadu

62. Na úvod považuji za nezbytné konstatovat, že Účastník řízení v části rozkladu týkající se nesprávně zjištěného skutkového stavu neuvedl prakticky žádné nové argumenty oproti jeho vyjádření ke Sdělení výhrad¹⁰ ze dne 28. 6. 2012, případně jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 18. 9. 2012. Z tohoto důvodu v předmětné části argumentace ve značné míře odkazují na vyjádření a závěry učiněné správním orgánem prvního stupně v Napadeném rozhodnutí.

Ad a) Argumentace k údajně nesprávně a nedostatečně zjištěnému skutkovému stavu

63. Podle Účastníka řízení Úřad nedostatečně a nesprávně posoudil podklady shromážděné v průběhu správního řízení, které podle něj navíc ani nejsou dostatečné pro vyslovení závěru, že došlo k porušení ZOHS. K tomuto předně zdůrazňuji, že v tomto případě ke konstatování

⁹ K tomu viz poznámka pod čarou č. 1.

¹⁰ Tj. Sdělení výhrad ze dne 25. 5. 2012, viz list č. 232 spisu sp. zn. ÚOHS/462,463/2010/KS.

porušení ZOHS ze strany Úřadu, spočívající v nesplnění povinností vyplývajících Účastníku řízení z Rozhodnutí o fúzi, nebylo nikterak nezbytně nutné shromažďovat a vyhodnocovat jakékoli další podklady. Vzhledem ke skutkovým zjištěním v této věci je totiž zcela nepochybné, že Účastník řízení zmíněné povinnosti, respektive závazky ve prospěch zachování účinné hospodářské soutěže dle Rozhodnutí o fúzi, ani po jejich několikanásobné revizi, včetně posunování nejzazší lhůty plnění, fakticky nebylo splněno.

64. Úřad tím, že akceptoval společností REWE postupně navrhované změny v objektu závazků a prodlužováním termínu k jejich plnění vycházel, ač (a to nutno zdůraznit) nebyl povinen, Účastníkovi řízení v maximální možné míře vstříct. Veškeré další informace, které Úřad od společnosti REWE požadoval, pak sloužily Úřadu především ke zdůvodnění Účastníkem řízení navrhovaných změn, ale současně i k ověření toho, zda Účastník řízení skutečně vyvíjí úsilí nezbytné ke splnění předmětných závazků. Ztotožňuji se zcela s názorem prvostupňového orgánu, že se nejedná o podklady, které by byly nezbytné pro konstatování, že (zda) dané závazky splněny nebyly, a proto tedy je lze jen stěží hodnotit jako nedostatečné. K prokázání toho, že Účastník řízení nevynaložil veškeré úsilí ke splnění závazků, které od něj bylo možné očekávat (k tomu viz bod VI. a) ii)), jsou tak dle mého názoru podklady shromážděné ve správním spise zcela dostatečné.

65. Pokud jde o konkrétní námitky společnosti REWE spojené s nesprávně zjištěným skutkovým stavem, odkazují na zjištění a argumentaci Úřadu použitou v Napadeném rozhodnutí, konkrétně v jeho části III.1.1 a III.1.2¹¹, se kterou se plně ztotožňuji.

i) Argumentace k vynaložení významných zdrojů na splnění závazků

66. S tímto argumentem Účastníka řízení se Úřad vypořádal již v Napadeném rozhodnutí v části VI.3¹².

67. Údajné zapojení zaměstnanců Účastníka řízení do procesu spojeného s realizací závazků, či angažování znalce, jehož posudek je ostatně nezbytně nutný v případě jakéhokoli převodu nemovitostí,¹³ či externího právního poradce, kterého však měla společnost REWE nasmlouvaného nepochybně po celou dobu spojenou s vypořádáním celé transakce (tj. akvizice společnosti Plus), nelze považovat za natolik významné zdroje, že by Účastník řízení jimi mohl bez dalšího dokládat a úspěšně prokazovat svoje velké úsilí směřující ke splnění povinností vyplývajících z Rozhodnutí o fúzi. To vše se totiž v podstatě automaticky předpokládá, jelikož je to k provedení předmětné transakce v podstatě nezbytné.

68. Mimoto, jakékoli interní opatření či angažování externích znalců či advokátů, na která se společnost REWE odvolává, nelze v žádném případě považovat za kroky vedoucí ke splnění závazků. Stejně jako prvostupňový orgán jsem přesvědčen, že za jednání relevantní pro splnění závazků lze považovat především takové jednání, které je adresováno třetím osobám, tj.

¹¹ Tj. „Posouzení postupu společnosti REWE při plnění závazků v okrese Domažlice a Trutnov“.

¹² Tj. „Úsilí účastníka řízení vedoucí ke splnění závazků“.

¹³ Tj. přinejmenším nezbytnost znaleckého posudku pro potřeby přiznání daně z převodu nemovitostí.

ostatním soutěžitelům (potenciálním kupujícím), z něhož by tito mohli dovodit, že společnost REWE má na odprodeji daných provozoven vážný zájem.

ii) Argumentace k nedostatečné aktivitě v období trvajícím téměř 1,5 roku od Rozhodnutí o fúzi

69. S výše nadepsaným argumentem Účastníka řízení se Úřad vypořádal již v Napadeném rozhodnutí v části VI.4¹⁴, ze které vyplývá a o čem nemůže být pochyb, že společnost REWE byla povinna začít s plněním závazků bezprostředně poté, co Úřad rozhodl o povolení spojení.
70. Prvním krokem společnosti REWE, který lze označit za jednání směřující k odprodeji prodejny (neboli k plnění závazků), je nicméně teprve oslovení pana [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*], k němuž došlo dne 4. 12. 2009, avšak tento subjekt nesplňoval podmínky stanovené v Rozhodnutí o fúzi. Proto, stejně jako prvostupňový orgán mám za to, že je třeba za první skutečně relevantní kroky směřující ke splnění závazků nutno považovat až oslovení subjektů, které, na rozdíl od pana [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*]¹⁵, měly reálné předpoklady k udržení a rozvoji předmětu prodeje, jak to vyžadovalo Rozhodnutí o fúzi, k čemuž došlo až dne 25. 2. 2010.¹⁶
71. I za hypotetického předpokladu připuštění argumentace Účastníka řízení (tímto jí ale v žádném případě nepřipouštím), dle níž nebyl povinen v rámci 12 měsíční lhůty stanovené Úřadem ke splnění závazků, jakkoli konat a mohl tak nečinně spoléhat na to, že Úřad vyhoví jeho žádosti o revizi, mám za to, že měl mít připraveno řešení, kterým by mohl přiměřeným způsobem reagovat na zamítavé stanovisko Úřadu. Toto řešení měl mít k dispozici tím spíše, že z ustanovení o možné revizi obsaženého v Rozhodnutí o fúzi nikterak nevyplývala povinnost Úřadu jakkoli prodloužit lhůtu ke splnění jak původního, tak i případně revidovaného závazku. Že tak Úřad učinil, to byla pouze jeho dobrá vůle, kterou vycházel Účastníku řízení vstříc ve snaze pomoci mu dosáhnout splnění jím navržených, původně či následně revidovaných, závazků.
72. Souhlasím se závěrem správního orgánu prvního stupně, že Účastník řízení měl vše směřovat ke splnění původně stanovených závazků, a až pokud by se mu z objektivních důvodů nepodařilo navržené závazky splnit, pak následně případně požádat o přezkum jejich další potřebnosti. Závěr, že by se jeho povinnost tyto závazky plnit odkládala až na dobu po přezkumu, je zcela nesprávný, když nemá ani oporu v zákoně. Nelze tedy bez vyvinutí veškerého úsilí ke splnění stanovených závazků konstatovat, že navržené závazky objektivně není možné ze strany Účastníka řízení splnit a v návaznosti na to požádat Úřad o následný přezkum jejich potřebnosti, a to pouze proto, že Účastník řízení se domníval (téměř rok po vydání rozhodnutí o závazcích), že již nejsou potřebné.

¹⁴ Tj. „Využití klauzule o přezkumu nezbytnosti přijatých závazků“.

¹⁵ Viz bod 69 Napadeného rozhodnutí, cit.: „Pan [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*], podnikající fyzická osoba provozující rodinný supermarket, byl ze strany skupiny REWE osloven dopisem ze dne 4. 12. 2009, přičemž dne 16. 12. 2009 proběhlo jednání mezi [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*] a zástupci společnosti Penny, jehož součástí byla prohlídka prodejny Penny ([... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*]).“

¹⁶ Viz Zpráva o postupu při realizaci závazků ze dne 26. 3. 2010, viz list č. 184 a násl. spisu sp. zn. ÚOHS-D329/2009/KS.

73. S námitkou společnosti REWE, že informace týkající se období před uplynutím lhůty ke splnění závazků nemají žádnou vypovídací hodnotu pro posouzení, zda ke dni 31. 8. 2010 splnila povinnosti plynoucí z Rozhodnutí o fúzi, lze obecně souhlasit. Nicméně je třeba upozornit, že z daných informací Úřad při posouzení, zda závazky (ať už původní dle Rozhodnutí o fúzi či v podobě revidované) splněny byly či nikoli, nevycházel a, co je podstatné, ani vycházet nemusel, jelikož objektivně předmětné prodejny odprodány nebyly a tedy závazky splněny nebyly. Tyto informace jsou však důležité pro posouzení toho, zda Účastník řízení při jejich plnění vynaložil veškeré úsilí, které od něj bylo možno požadovat.
74. Pokud jde o závěr Účastníka řízení o tom, že byl oprávněn požádat o zproštění závazků, aniž by se vystavil riziku postihu za nedokončení prodeje, lze užít stejné argumentace. Nejedná se sice o skutečnost relevantní pro učinění závěru o tom, zda byl spáchán vytýkaný delikt či nikoli, je však důležitá pro posouzení úsilí Účastníka řízení vyvinutého ke splnění závazků. V této souvislosti připomínám, že společnost REWE proces odprodeje nezahájila, resp. rozhodně nevyvíjela veškeré úsilí, ještě cca 5 měsíců poté, co se dozvěděla zamítavé (ve vztahu k upuštění od závazků) stanovisko Úřadu k její žádosti o revizi, natož aby tento proces dokončila.
75. Ve věci Úřadem tvrzené nečinnosti po dobu cca 1,5 roku, Účastník řízení argumentoval již v průběhu správního řízení odprodejem provozovny Billa [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...], když si současně svévolně, dle vlastního uvážení, vyhradil právo hodnocení o tom, že tento odprodej byl sám o sobě způsobilý dosáhnout cíle sledovaného závazkem v Rozhodnutí o fúzi. Tento argument nutno odmítnout s tím, že již ve sdělení Úřadu ze dne 25. 1. 2010¹⁷ bylo společnosti REWE sděleno, že tento odprodej, který byl navíc realizován zcela nezávisle na Rozhodnutí o fúzi, nelze považovat, už jen z důvodu nesrovnatelně nižšího obratu této provozovny, za dostatečnou alternativu k Rozhodnutím o fúzi stanovenému závazku. O účelovosti argumentace Účastníka řízení svědčí i to, že k odprodeji provozovny Billa [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...] došlo cca necelý měsíc po právní moci Rozhodnutí o fúzi, což s ohledem na Účastníkem řízení tvrzený náročný proces vyjednávání o prodeji provozovny – alespoň tak tvrdí ve vztahu k prodejnám, které byly předmětem dotčených závazků – znamená, že příslušná jednání o odprodeji této prodejny musela být zahájena ještě před vydáním Rozhodnutí o fúzi. Přesto se společnost REWE při vyjednávání s Úřadem o závazcích ve prospěch zachování účinné soutěže o tomto zvažovaném prodeji vůbec nezmiňovala. Z této skutečnosti lze dovozovat, že společnost REWE nemohla považovat a nepovažovala v té době prodejnu Billa [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...] za dostatečnou pro odstranění obav Úřadu, jinak by zcela logicky takovýto odprodej jako pro ní v podstatě snadno, či minimálně snadněji, splnitelný sama navrhla, příp. se o něm alespoň jako o alternativě či už hlavní nebo přidružené k plnění jiného závazku, zmínila.
76. Obdobně za účelové považuji i tvrzení Účastníka řízení, podle něhož závěr Úřadu o tom, že společnost REWE nepodnikla žádné kroky k realizaci závazků v období téměř 1,5 roku od právní moci Rozhodnutí o fúzi (tj. 22. 8. 2008) nedokládá, že by tato společnost neplnila povinnosti vyplývající z uvedeného rozhodnutí. Úřad nic takového v Napadeném rozhodnutí nedovojuje,

¹⁷ Viz list č. 170 spisu sp. zn. ÚOHS-D329/2009/KS.

což konec konců ani nemusí. Objektivně lze mít za to, že povinnosti plynoucí společnosti REWE z Rozhodnutí o fúzi splněny nebyly. Konstatováním o nečinnosti Úřad pouze prokazatelně dokládá, že přístup Účastníka řízení k dané věci nebyl ani z daleka tak vstřícný a intenzivní, jak společnost REWE tvrdí a se snaží ve svých podáních prezentovat.

iii) Argumentace k nabízení odlišných obchodních jednotek oproti Rozhodnutí o fúzi

77. S výše nadepsaným argumentem Účastníka řízení se Úřad rovněž vypořádal již v Napadeném rozhodnutí, a to v části VI.5¹⁸.
78. O přístupu Účastníka řízení hodně vypovídá také nabízení jiných obchodních jednotek, než které měly být v tu danou dobu nabízeny. Ačkoli Účastník řízení se v rozkladu tento postup snaží obrátit ve svůj prospěch a dokládá jím svoje mimořádné úsilí o splnění závazků, mám za to, že plněním povinností vyplývajících z Rozhodnutí o fúzi nutno rozumět jednání v mezích tohoto rozhodnutí a neměnit svévolně objekt závazků, aniž by o tom Účastník řízení Úřad s předstihem informoval. To vše už jen proto, aby mohl Úřad včas vyjádřit své případné nesouhlasné stanovisko, jakož i aby měl Účastník řízení dostatek času pro plnění původních závazků v případě zamítnutí těch nově navrhovaných.

iv) Argumentace k nedostatečné součinnosti Účastníka řízení během procesu odprodeje

79. Také ve vztahu k Úřadem konstatované nedostatečné součinnosti Účastníka řízení nemám z věcné stránky s ohledem na část VI.8¹⁹ Napadeného rozhodnutí co doplnit. Podotýkám, že rovněž sama společnost REWE v rozkladu uvedla pouze svoji předchozí argumentaci s tím, že se odvolává na obvyklou praxi v daném odvětví i v předběžném kontraktačním postupu, která se vyznačuje tím, že prodávající požaduje vylepšenou cenovou nabídku bez specifikace přijatelné ceny.
80. V této souvislosti jsem nadále přesvědčen o v Napadeném rozhodnutí uvedených závěrech, a to zvláště v situaci, kdy Účastník řízení dokonce věděl, že jeho žádost o revizi nebyla vyřízena způsobem, že by měl být zproštěn povinnosti závazky splnit. Za takových okolností, vzhledem k v době revize již takřka uplynulší lhůtě pro realizaci závazků (po 22. 8. 2009) a současně s ohledem na to, že Účastník řízení si musel být vědom toho, že se vystavuje riziku případného zrušení Rozhodnutí o fúzi podle § 19 odst. 1 in fine ZOHS (na což byl ostatně Úřadem upozorněn)²⁰, jsem přesvědčen, že objektivně bylo lze od Účastníka řízení očekávat větší úsilí, než vyvinula společnost REWE.

v) Argumentace k neoslovení veškerých potenciálních kupujících s nabídkou na odprodej

¹⁸ Tj. „Drobné nedostatky v procesu odprodeje a obtížná hospodářská situace“.

¹⁹ Tj. „Poskytování součinnosti potenciálním zájemcům“.

²⁰ Poprvé se tak stalo ve sdělení Úřadu ze dne 25. 1. 2010, viz list č. 170 spisu sp. zn. ÚOHS-D329/2009/KS.

81. Rovněž souhlasím se závěry, že společnost REWE neoslovila veškeré v úvahu přicházející potenciální zájemce o koupi převáděných prodejen (viz část VI.9²¹ Napadeného rozhodnutí). Správní spis obsahuje nejméně ve dvou případech sdělení za tím účelem Úřadem oslovených potenciálních kupujících o tom, že neobdrželi oficiální nabídku společnosti REWE k odprodeji dotčených provozoven. Dle zjištění Úřadu, v okrese Domažlice nebyl osloven [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*], v okrese Trutnov [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*] a [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*]. Účastník řízení tvrdí, že uskutečnil konferenční telefonické hovory se zástupci obou společností a že ti oba hned nabídku odmítli a že opak, tj. že nebyli osloveni, by měl prokazovat Úřad. V této souvislosti podotýkám, že zjišťování toho, zda byli osloveni všichni v úvahu přicházející soutěžitelé (tj. především konkurenti společnosti REWE v oblasti maloobchodního prodeje spotřebního zboží) bylo Úřadem provedeno pouze za účelem ověření tvrzení společnosti REWE o tom, že ve svém úsilí splnit závazky oslovila všechny v úvahu přicházející soutěžitele (viz podání společnosti REWE označené jako *Zpráva o postupu při realizaci závazků obsažených v rozhodnutí o povolení převzetí společnosti PLUS – DISCOUNT skupinou REWE* ze dne 26. 3. 2010).²²
82. Pokud jde o shora uvedené, jsem toho názoru, že důkazní břemeno je především na straně toho, kdo tvrdí, že určitým způsobem jednal (tj. v tomto případě společnost REWE) a nikoli na straně toho, kdo tvrdí, že vůči němu určitým způsobem jednáno nebylo (tj. v tomto případě společnosti [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*] a [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*]), a to už jen proto, že existenci určitého jednání lze prokázat logicky snáz než jeho neexistenci. Z tohoto důvodu mám za to, že zpochybnění tvrzení Účastníka řízení o tom, že oslovil veškeré v úvahu přicházející potenciální zájemce, bylo ze strany Úřadu zcela na místě.
83. Dále se zcela po právu domnívám, že prohlášení třetích soutěžitelů, poučených v souladu s ust. § 21e ZOHS o jejich zákonné povinnosti poskytovat Úřadu úplné, správné a pravdivé informace, o tom, že neregistrují žádnou oficiální nabídku společnosti REWE k odprodeji určitých prodejen, zcela jasně zpochybňují tvrzení společnosti REWE o tom, že tak učinila. Toto své tvrzení Účastník řízení uvádí, aniž by doložil jakýkoli důkaz o pravdivosti jeho tvrzení, zatím co ze správního spisu vyplývá opak, a tedy, že společnosti [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*] a [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*] neevidují žádnou nabídku společnosti REWE týkající se zmiňovaného odprodeje.²³
84. Nadto, v této souvislosti ještě poukazuji na další důležitou skutečnost, a to že, odpovědnost právnických osob podle ust. § 22b odst. 1 ZOHS je objektivní odpovědnost, s možností liberace, tedy že odpovědnost právnické osoby nenastává, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Už jen z tohoto ustanovení explicitně vyplývá, že důkazní břemeno je na straně právnické osoby, a v žádném případě na straně Úřadu. I pro případ, že by se hodnotilo prokazování shora uvedeného (ne)jednání k době původně stanovené lhůty (tj. do 22. 8. 2009), kdy ještě neplatilo shora uvedené ustanovení, pak s odkazem na ust. § 21 odst. 4 zohs ve znění platném a účinném před novelou zák. č. 155/2009 Sb., cit: „Pokud účastník řízení navrhne závazky podle § 17 odst. 4, je

²¹ Tj. „Oslovení všech potenciálních zájemců“.

²² Viz list spisu č. 184 a násl. spisu sp. zn. ÚOHS-D329/2009/KS.

²³ Viz strana č. 26 a 74 správního spisu sp. zn. ÚOHS-S462,463/2010/KS.

povinen označit důkazy k prokázání, že splnění těchto závazků je dostatečné k zachování účinné soutěže; před uskutečněním spojení musí označit důkazy potřebné k prokázání, že tyto závazky, případně podmínky a povinnosti uložené Úřadem podle § 17 odst. 4 byly splněny.“, by bylo důkazní břemeno stále zcela jednoznačně na straně Účastníka řízení.

85. Ke zjištění skutkového stavu, o kterém nejsou důvodní pochybnosti, tj. stavu nesplnění závazků a tedy povinností z nich plynoucích, jež objektivně existuje, nebylo proto složité dospět. Cílem zmíněného zpochybnění bylo spíše opět poukázat na to, že přístup společnosti REWE nebyl vždy nezbytně tak vstřícný a otevřený co do správnosti poskytovaných informací, jak společnost prohlašuje.²⁴ Mám za to, že odkazování Účastníka řízení na soudní judikaturu týkající se důkazního břemene správního orgánu tak v tomto případě není vůbec případné a tudíž nepovažuji za potřebné se tím blíže zabývat.
86. Souhlasím s konstatací správního orgánu prvního stupně, že v žádném případě nelze jako nepřiměřené považovat to, když Úřad setrvává na plnění takových závazků, které zahrnují převod porovnatelných (z pohledu prodejní plochy či obratu) prodejen.²⁵ Je totiž zcela běžné, a to i v praxi Evropské komise, že se v případech, kdy nelze u strukturálních závazků stanovených konkrétním rozhodnutím zaručit funkčnost převáděného podniku nebo vyvolat zájem případných nabyvatelů, aplikuje princip stanovení alternativních závazků či tzv. crown-jewel závazků. Jedná se o závazky, které jsou pro případné nabyvatele ještě výhodnější (například zahrnutím aktiv vztahujících se k relevantním trhům, na nichž nemá Komise obavy z negativních dopadů daného spojení) a motivují je tak více k tomu, aby učinili konkrétní nabídku na odkup divestovaného podniku či aktiv. Pro prodávajícího takové závazky logicky představují citelnější zásah do jeho majetku než závazky původně stanovené daným rozhodnutím o povolení spojení.

vi) Argumentace k nesprávné interpretaci pojmu „běžné obchodní podmínky“

87. Rovněž ve vztahu k argumentu Účastníka řízení spočívajícím v údajné nesprávné interpretaci pojmu „obchodní podmínky“ ze strany Úřadu plně odkazují na příslušnou část Napadeného rozhodnutí (tj. část VI.1²⁶). Obecně lze shrnout, že obchodními podmínkami nutno rozumět obecné zásady prodeje, které zpravidla upravují proces přechodu vlastnictví, podmínky uplatnění záruky, odpovědnost za vady a podobné instituty typicky obchodních smluv, které jsou navíc obvykle obecného charakteru. Zpravidla neobsahují stanovení ceny, cena daného produktu je v každém jednotlivém případě výsledkem jednání a konsenzu smluvních stran.
88. Nadto zdůrazňuji, že v daném případě nelze odprodej příslušných prodejen vnímat jako tzv. odprodej za běžných tržních podmínek, od kterého by měla být očekávaná snaha o maximalizaci výnosu ze strany prodávajícího. Naopak, tento odprodej byl „vynucen“ tím, že se k němu Účastník řízení dobrovolně zavázal, dokonce jej sám dobrovolně navrhl a Úřad pak

²⁴ K tomu také viz část VI.10 Napadeného rozhodnutí.

²⁵ To zejména v souvislosti s nesouhlasem Úřadu s tvrzením Účastníka řízení o dostatečnosti odprodeje prodejny Billa [... OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...].

²⁶ Tj. „Plnění závazků za běžných obchodních podmínek“.

své rozhodnutí o povolení předmětného spojení splněním těchto závazků podmínil. V takovýchto případech je pak naopak nižší prodejní cena právě tou onou tržní cenou; nižší tržní cena se naopak očekává a počítá se s ní, když předpoklad výdělku je spatřován jinde, tj. právě ve výsledku a přínosu samotné fúze. Tržní cena není ta, která by jí byla dle představ Účastníka řízení, či jí stanovil nějaký třetí subjekt (jako např. znalec), ale je výsledkem střetu nabídky a poptávky na trhu a v této situaci je to cena reálná.

89. Nutno mít na paměti, že klauzule „běžných obchodních podmínek“ rozhodně nebyla v Napadeném rozhodnutí uplatněna za tím účelem, aby se zabránilo pokusům potenciálních kupujících dosáhnout neodůvodněně nízké ceny za převod odprodávané obchodní jednotky, jak to účelově tvrdí Účastník řízení, který, ostatně jako většinu argumentů, ani toto své tvrzení neopírá o žádný konkrétní údaj ze správního spisu. Odprodejem v takovýchto případech nelze v žádném případě a žádným výkladem chápat odprodej, od kterého lze očekávat maximalizaci zisku, ale odprodej za účelem splnění stanovených závazků, kdy cena není tou rozhodující (z pohledu prodávajícího na jednu stranu bohužel, na druhou stranu, z pohledu povolení spojení o které primárně usiluje, to nikterak není k jeho újmě). Navíc, obdobná klauzule byla použita již dříve i v některých dalších rozhodnutích Úřadu, přičemž v žádném z nich účastník daného řízení tuto klauzuli na cenu nevztahoval.²⁷

vii) Argumentace k nezohlednění problematičnosti procesu odprodeje v podmínkách hospodářské krize

90. Argument Účastníka řízení spočívající v údajném nezohlednění hospodářské krize ze strany Úřadu mám rovněž za neodůvodněný, resp. až nepravdivý a Úřad se jím již podrobně zabýval v Napadeném rozhodnutí v části VI.5²⁸. Úřad k tomuto nepříznivému vývoji přihlížel, a to zejména tím, že vůbec umožnil již zmiňovanou, a v praxi Úřadu výjimečnou, revizi závazků, a to de facto několikanásobnou, když prodejny určené k odprodeji byly na žádost Účastníka řízení změněny hned několikrát. Úřad několikrát prodloužil také lhůtu ke splnění daných závazků. Zmíněná hospodářská recese však rozhodně není skutečností, která by mohla být důvodem zproštění Účastníka řízení povinnosti plnit pravomocné rozhodnutí Úřadu. Ostatně jak Úřad zjistil, zmíněná hospodářská krize se subjektů provozujících relevantní formát maloobchodního prodeje zboží denní potřeby nedotkla až tak dramaticky, jak to líčí společnost REWE. Vyplývá to z výročních zpráv (jejich výňatků), příp. účetních závěrek (jako součástí těchto výročních zpráv) několika prověřených provozovatelů prodejen relevantního formátu maloobchodního prodeje zboží denní spotřeby²⁹, jež jsou veřejně přístupné v Obchodním rejstříku, resp. ve Sběrce listin. Z nichž nikterak neplyne, že by jakkoli dramaticky tyto řetězce snížily nárůst nově otevřených konkurenčních prodejen, naopak. Jak lze poznat z tabulky níže, tyto provozovatelé v podstatě nezměněným tempem (nepatrnou výjimkou je pouze řetězec Ahold) navyšovali počet svých prodejen bez ohledu na probíhající ekonomickou recesi, tj. převážně roky 2008 a 2009 (viz

²⁷ Viz například rozhodnutí v řízení ÚOHS-S178/2011/KS ve věci spojení soutěžitelů Český Aeroholding, na straně jedné, a Letiště Praha, České aerolinie a další, na straně druhé.

²⁸ Tj. „Drobné nedostatky v procesu odprodeje a obtížná hospodářská situace“.

²⁹ Jedná se o provozovatele obchodních řetězců Tesco, Kaufland, Globus, Lidl, Ahold a Hruška.

tabulka), což je v příkrém rozporu s tvrzením společnosti REWE o údajně až dramatickém omezování investic ze strany těchto subjektů.

91. U všech níže v tabulce uvedených zkoumaných obchodních řetězců, tj. Tesco, Ahold, Kaufland, Lidl, Globus a Hruška, se vycházelo z výročních zpráv, z nichž údaje jsou relevantní pro hospodářské roky 2006 až 2010 (dále též „**Výroční zprávy**“). V tabulce jsou uvedeny číselné údaje o počtu prodejen zmiňovaných obchodních řetězců v hospodářských letech 2006 až 2010 na území ČR.
92. V případě řetězce Tesco jsou předmětné číselné údaje obsaženy v kapitole I. „Zpráva o činnosti Společnosti za rok...“, na str. 4, příp. str. 9 příslušných Výročních zpráv. Pokud jde o obchodní řetězec Ahold, uvedené údaje jsou obsahem Výročních zpráv vztahujícím se k letem 2006 - 2010, konkrétně v kapitole „I. Obecná část“, „Základní fakta za rok...“, na str. 5., příp. str. 6., 7. Co se týče řetězce Lidl, uvedené údaje jsou obsaženy v části „Účetní závěrka a zpráva auditora...“, na str. 11, příp. 12 předmětných Výročních zpráv. U řetězce Hruška jsou předmětné údaje taktéž součástí každé Výroční zprávy za daný rok, v odstavci „Průběh obchodního roku...“, str. 2, příp. 3. V případě obchodního řetězce Kaufland se jedná o údaje obsažené na str. 2 Výročních zpráv jednotlivých let, odstavec „Profil společnosti“. U obchodního řetězce Globus jsou Úřadem uváděné číselné údaje získané z kapitoly „Obchodní zpráva“, str. 3 každé Výroční zprávy.

93.

Tabulka č. 1: Počet prodejen jednotlivých obchodních řetězců

Hospodářský rok ³⁰	2006	2007	2008	2009	2010
Tesco*	46	52	59	64	72
Tesco**	32	36	42	46	56
Ahold*	56	56	57	55	55
Ahold**	239	240	243	223	224
Lidl	160	178	203	216	221
Kaufland	***	84	88	94	95
Globus	11/12 ³¹	12	12	13	14
Hruška	144	231	288	314	351

Pozn.:

- * Hypermarkety
- ** Supermarkety
- *** Údaj nedostupný

³⁰ U řetězce Kaufland rozuměj uvedeným číselným označením rok, v němž příslušné roční účetní období skončilo (tj. např. hospodářským rokem 2008 v případě řetězce Kaufland, s odkazem na jeho výroční zprávy, je účetní období od 1. 3. 2007 do 29. 2. 2008).

³¹ Z příslušné výroční zprávy není zcela jasné, zda 12. hypermarket byl otevřen v hospodářském roce 2006 nebo 2007, resp. z výroční zprávy spíše vyplývá, že tomu tak bylo v hosp. roce 2006, z jiných dostupných zdrojů (http://www.globus.cz/cs/download/globus_info_3_2007.pdf) však plyne opak, a to, že se tak stalo až v hosp. roce 2007; pro vyloučení pochybností o uvádění nesprávných informací, uvádíme tedy obě varianty.

94. Jelikož shora uvedené dokumenty byly nově, jako podklady rozhodnutí o rozkladu, založeny do správního spisu až v řízení před druhostupňovým orgánem, v souladu s ust. § 36 odst. 3 s. ř.³², jsem Účastníka řízení řádně s těmito dokumenty obeznámil a poskytnul mu lhůtu k vyjádření.
95. Účastník řízení se k výše uvedeným dokumentům vyjádřil přípisem ze dne 16. 7. 2013 (dále též „Přípis REWE“). V tomto Přípise REWE Účastník řízení shora uvedený závěr Úřadu, jež mu před vydáním tohoto rozhodnutí nebyl znám, paradoxně v daném přípise definitivně potvrdil, když sám dochází zcela k těm samým závěrům jako předseda Úřadu.³³
96. Dále Účastník řízení v Přípisu REWE uvedl, že výše uvedené údaje dle jeho názoru potvrzují již předchozí tvrzení společnosti REWE, že v důsledku převzetí společnosti Plus ze strany REWE nedošlo k založení takových struktur trhu, v jejichž důsledku by mohlo dojít k podstatnému narušení soutěže a které by tedy vyžadovaly realizaci strukturálních opatření k nápravě ze strany REWE za účelem obnovení účinné soutěže. Údaje obsažené ve výročních zprávách hlavních konkurentů REWE dle Účastníka řízení zřetelně ukazují, že soutěžně-právní analýzy převzetí společnosti Plus ze strany REWE provedené Úřadem v průběhu původního řízení v roce 2008 přecenily význam postavení REWE jak na celostátním, tak i na jednotlivých místních trzích a že tedy nemohlo mít jakýkoliv negativní dopad na hospodářskou soutěž na relevantním trhu a nemohlo být tedy Úřadem považováno za sankcionovatelný správní delikt.
97. K výše Účastníkem řízení uvedenému zdůrazňuji, že Napadené rozhodnutí je rozhodnutím vydaným v řízení vedeném o spáchání správního deliktu spočívajícím v nesplnění Úřadem stanových povinností, které hodnotí situaci v době rozhodování, nikterak však nezpochybňuje ani nerozporuje závěry, které byly aktuální vzhledem k situaci v době vydání a pro vydání Rozhodnutí o fúzi. To ostatně není zpochybňováno ani Účastníkem řízení, jinak by logicky nesouhlasil s podmíněním spojení splněním závazků směřujících právě k odstranění vážných obav z podstatného narušení hospodářské soutěže. Mimoto, jak uvádím i na jiných místech tohoto rozhodnutí, společenská nebezpečnost projednávaného deliktního jednání spočívá v jiných skutečnostech, než je skutečný negativní dopad spojení na hospodářskou soutěž (k tomu viz rovněž bod 115. níže tohoto rozhodnutí).

viii) Argumentace k navrhovanému přijetí alternativního behaviorálního závazku

³² „...nestanoví-li zákon jinak, musí být účastníkům řízení před vydáním rozhodnutí ve věci dána možnost vyjádřit se k podkladům rozhodnutí...“.

³³ Str. 2, 4. odstavec Přípisu REWE: „...Na základě posouzení dodatečných podkladů pro rozhodnutí o rozkladu REWE konstatuje, že předmětné dokumenty jednoznačně ukazují, že konkurenti společnosti REWE na tuzemském trhu maloobchodního prodeje zboží denní potřeby pokračovali v letech 2006 až 2011 v rychlé expanzi a otevřeli na své náklady významný počet nových prodejen. Z dokumentů je zejména zřejmé, že se na tuzemském trhu maloobchodního prodeje zboží denní potřeby významně navýšil počet prodejen společnosti Tesco (z 84 v roce 2007 na 157 v roce 2011). Lidl, člen skupiny Schwarz, působil v roce 2011 na celém území České republiky s 221 prodejny, přičemž 61 těchto prodejen bylo otevřeno od roku 2007. Kaufland, další člen skupiny Schwarz, provozoval v roce 2011 na území České republiky 95 hypermarketů, z nichž 11 bylo otevřeno od roku 2008. Podobně i další celostátně působící konkurenční soutěžitel, společnost Hruška, významně navýšil počet prodejen ze 144 v roce 2006 na 351 v roce 2010. Kromě těchto společností i Globus otevřel 3 nové prodejny v období 2006 až 2011. Na rozdíl od těchto hlavních konkurentů je Ahold jediným prodejcem, který v období několika uplynulých let uzavřel některé své prodejny, když počet jeho obchodních jednotek se mírně snížil z 295 v roce 2006 na 279 v roce 2010.“

98. S výše nadepsaným argumentem Účastníka řízení se Úřad rovněž vypořádal již v Napadeném rozhodnutí, a to v části VI.11³⁴.
99. Skupina REWE s ohledem na, podle jejího názoru důvodnou, nemožnost splnit strukturální závazky, požádala Úřad o nahrazení závazku k odprodeji prodejny v okrese Trutnov závazkem obsahujícím behaviorální prvky, kterým by se zavázala pro „*období pěti let nabízet v okrese Trutnov shodné skupiny výrobků a aplikovat shodné marketingové a cenové strategie jako na jiných srovnatelných trzích, na nichž je vystavena účinné soutěži*“. Podle názoru společnosti REWE by takový závazek byl adekvátním řešením, jež by odstranilo obavy z konkurenčního potenciálu skupiny REWE na relevantním trhu v okrese Trutnov.
100. Souhlasím se závěrem prvostupňového orgánu, že onen behaviorální závazek však nijak neodstraňuje obavy z nárůstu dominance na trhu vlivem spojení, jež byly důvodem pro povolení spojení pod podmínkou splnění navržených závazků. Neřeší Úřadem sledovanou podmínku povolení předmětného spojení, aby spotřebitelé měli na trhu i po spojení zajištěn dostatečný přístup k nabídce i konkurenčního zboží. Závazek má totiž zajistit dostatečný přístup ke konkurenčnímu zboží zejména a mj. z hlediska ceny, rozsahu sortimentu, jeho kvality i podmínek prodeje. Posílení konkurenčního prostředí tak může spotřebitelům zajistit i lepší cenové podmínky, než jaké by byly garantovány behaviorálním závazkem ze strany Účastníka řízení.
101. Zcela souhlasím se závěrem, že navržený alternativní behaviorální závazek, který považuje Účastník řízení za dostatečný pro splnění závazku v Domažlicích, ač již byl informován,³⁵ že jím navržený závazek je pro odstranění obav Úřadu nejenže nedostatečný, ale i de facto nekontrolovatelný, je zcela nevhodný jako závazek, jehož splněním lze podmínit povolení spojení. Prohlášení Účastníka řízení o tom, že předložení tohoto behaviorálního závazku, a to v situaci kdy měl odprodat své provozovny, dokazuje mimořádné úsilí Účastníka řízení splnit závazky spočívající v odprodeji vybraných provozoven, tak rovněž považuji za nadsazené a účelové. Obdobné lze konstatovat i v případě odprodeje prodejny Billa [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...], kdy rovněž souhlasím se závěrem prvostupňového orgánu, že již zmíněné Účastníkově nerespektování stanoviska Úřadu v otázce (ne)dostatečnosti odprodeje prodejny Billa [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...] ke splnění závazku v okrese Trutnov je v příkrém rozporu s prohlášeními Účastníka řízení o jeho vstřícnosti a součinnosti v průběhu správního řízení. Společnost REWE byla Úřadem v době posuzování možné revize původních závazků upozorňována, a to opakovaně, že odprodej uvedené prodejny v žádném případě nemůže být považován za splnění závazku v okrese Trutnov. Společnost REWE přesto neustále a opakovaně beze změny tvrdí, že tento závazek byl s to odstranit obavy Úřadu na daném relevantním trhu.

Ad b) Argumentace k právnímu posouzení

102. Úvodem předesílám, že z důvodu prolínání jednotlivých argumentů v této části jsem upustil od jejího členění dle jednotlivých bodů rozkladu Účastníka řízení.

³⁴ Tj. „Snaha o přijetí alternativního behaviorálního závazku“.

³⁵ Viz Sdělení výhrad ze dne 25. 5. 2010, viz list č. 232 spisu sp. zn. ÚOHS/462,463/2010/KS.

103. Částí argumentů, kterými Účastník řízení namítá nesprávné právní posouzení případu a jež již prezentoval jako námitky v předchozím správním řízení, se Úřad zabýval již v Napadeném rozhodnutí, a to v části VI.13³⁶; s těmito závěry správního orgánu prvního stupně se plně ztotožňuji.
104. Pokud jde o argument, kterým Účastník řízení napadá právní posouzení případu ze strany Úřadu týkající se důkazního břemene, s tím se shodně s prvostupňovým orgánem s názorem Účastníka řízení rovněž neztotožňuji. Úřad nikterak nezpochybnuje, že má, jak to tvrdí Účastník řízení, rozhodovat v souladu s ust. § 3 s. ř. tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Aplikovatelnost správního řádu vyplývá konec konců rovněž z ust. § 25a ZOHS³⁷. Nicméně v této souvislosti nutno zdůraznit, že ve vztahu k prokázání plnění závazků přijatých před Úřadem se zcela jednoznačně uplatní římskoprávní zásada „*lex specialis derogat legi generali*“, a to speciální úprava obsažená v ust. § 21d odst. 3 ZOHS (tj. už ve znění novely provedené zákonem č. 155/2009 Sb.), podle něhož platí, že na výzvu Úřadu je Účastník řízení povinen navrhnout důkazy k prokázání plnění mj. závazků podle § 17 odst. 4 ZOHS. Podle téhož ustanovení rovněž platí, že pokud Účastník řízení takové důkazy neoznačí, může Úřad pokládat za prokázané, že takové závazky a opatření plněny nebyly.
105. V této souvislosti ještě zdůrazňuji již jednou výše uvedené (viz bod 84. tohoto rozhodnutí), a to že, odpovědnost právnických osob dle ust. § 22b odst. 1 ZOHS je objektivní odpovědnost, s možností liberace, tedy že odpovědnost právnické osoby nenastává, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. ZOHS tedy explicitně stanoví, na čí straně je důkazní břemeno i v tomto případě a z tohoto důvodu tak nemůže být o tom pochyb, a proto i tato námitka společnosti REWE je zcela lichá. I pro případ, jak jsem již výše v tomto rozhodnutí uvedl, že by se hodnotilo prokazování předmětného (ne)jednání či vynaložení nezbytně nutného úsilí k době původně stanovené lhůty (tj. do 22. 8. 2009), kdy ještě neplatila shora uvedená ustanovení (tj. ust. § 22b odst. 1 a 21d odst. 3 zohs), pak s odkazem na ust. § 21 odst. 4 zohs ve znění platném a účinném před novelou provedenou zák. č. 155/2009 Sb., cit: „*Pokud účastník řízení navrhne závazky podle § 17 odst. 4, je povinen označit důkazy k prokázání, že splnění těchto závazků je dostatečné k zachování účinné soutěže; před skutečným spojením musí označit důkazy potřebné k prokázání, že tyto závazky, případně podmínky a povinnosti uložené Úřadem podle § 17 odst. 4 byly splněny.*“, je důkazní břemeno stále zcela jednoznačně na straně Účastníka řízení.
106. Navíc, zcela souhlasím se závěrem správního orgánu prvního stupně, že v tomto konkrétním případě Úřad, jak jsem již výše uvedl, zmíněné ustanovení aplikovat ani nemusel,

³⁶ Tj. „Důkazní břemeno na straně Úřadu“.

³⁷ Dle zmíněného ustanovení platí, že není-li tímto zákonem (tj. ZOHS) stanoveno jinak, postupuje se v řízení u Úřadu podle správního řádu, s výjimkou ustanovení o řešení rozporů mezi správním orgánem, který vede řízení, a správními orgány, které jsou dotčenými orgány, týkajících se řešení otázky, která je předmětem rozhodování, ustanovení o tom, komu lze uložit pořádkovou pokutu a do jaké výše ji lze uložit, ustanovení o zákazu změny Napadeného rozhodnutí v neprospěch odvolatele, ustanovení o lhůtách pro vydání rozhodnutí, dále z ustanovení o zvláštnostech řízení o rozkladu, ustanovení o složení rozkladové komise a o možném způsobu ukončení řízení o rozkladu a dále ustanovení o účastnících řízení a ustanovení o postupu při pochybnostech, zda je někdo účastníkem řízení; ustanovení správního řádu o účastnících řízení podle zvláštního zákona se však použijí.

neboť je z podkladů shromážděných ve správním spisu (v podstatě se jedná o přiznání Účastníka řízení, že předmětné závazky opravdu nesplnil) zcela zjevné a nespochybnitelné, že ke splnění závazků spočívajících v odprodeji vybraných provozoven, k nimž se Účastník řízení ve správním řízení ÚOHS-S202/2008/KS zavázal, skutečně nedošlo. Bylo tak na společnosti REWE, aby za účelem dosažení zproštění odpovědnosti za vytýkaný delikt řádně doložila veškeré jí provedené úkony směřující ke splnění závazků a prokázala tak veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila. Jak vyplývá z části V.2.3³⁸ Napadeného rozhodnutí či části VI. a) v) tohoto rozhodnutí, společnosti REWE se prokázat takové úsilí v tomto případě objektivně nepodařilo.

107. Vzhledem ke všemu výše uvedenému tak můžu bez jakýchkoli pochybností konstatovat, že tvrzení společnosti REWE o tom, že Úřad neunesl důkazní břemeno ve vztahu k prokázání, že tato společnost nesplnila zmíněné závazky a tedy ani povinnosti jí plynoucí z Rozhodnutí o fúzi, je zcela účelové a především zcela nesprávné.
108. S přihlédnutím k výše uvedenému a rovněž k tomu, že jsem přesvědčen, že veškeré v Napadeném rozhodnutí tvrzené skutečnosti vycházejí z podkladů založených v příslušném správním spisu, nezbyvá mi než odmítnout rovněž argumenty Účastníka řízení o povinnosti Úřadu prokázat existenci deliktu nade vší pochybnost s tím, že tvrzení Účastníka řízení o okolnostech komplikujících realizaci předmětných závazků jsou ryze účelová. Přitom je to právě Účastník řízení, kdo po celou dobu správního řízení nijak nereflktuje argumenty Úřadu (např. o nedostatečnosti odprodeje Billa [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ* ...] či nevhodnosti behaviorálního závazku) obsažené jak v jeho sděleních v rámci revize původních závazků, Sdělení výhrad či Napadeném rozhodnutí, a neustále tvrdí, aniž by svá tvrzení hodnověrně doložil, že vynaložil veškeré možné úsilí ke splnění závazků, které od něj bylo lze očekávat, ačkoli Úřad v průběhu správního řízení, respektive v Napadeném rozhodnutí, prokázal opak.
109. Rovněž dále pokládám za důležité zdůraznit, že o tom, že na straně REWE se jedná o zaviněné jednání, taktéž nemůže být pochyb, když od začátku správního řízení byla společnost REWE minimálně v dokumentech označených jako „Sdělení Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže“ mj. upozorňována na to, že nesplnění uložených povinností je závažným porušením zákona. Nelze tak nikterak přesvědčivě tvrdit, že by Účastník řízení nevěděl či nemohl o svém protiprávním jednání vědět či si jej nebýt jakkoli vědom.
110. Pokud jde o argumentaci Účastníka řízení římskoprávní zásadou „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, zcela souhlasím se závěrem prvního stupně, že jeho výklad ustanovení § 22a odst. 1 písm. f) ZOHS není výkladem nepřiměřeně extenzivním. Zcela nepochybně lze dle mého názoru pod nesplnění ostatních povinností podle písm. f) zmíněného ustanovení podřadit veškeré případy, kdy nedošlo ke splnění povinnosti stanovené v rozhodnutí Úřadu, pokud se na ně nevztahují speciální skutkové podstaty výslovně zmíněné v taxativním výčtu ust. § 22a odst. 1 ZOHS. Podrobněji k tomu viz část V.2.2³⁹ a VI.12⁴⁰ Napadeného rozhodnutí. Uvedené lze

³⁸ Tj. „Zproštění odpovědnosti za delikt podle § 22b odst. 1 zákona“.

³⁹ Tj. „Správní delikt dle § 22a odst. 1 písm. f) zákona“.

⁴⁰ Tj. „Nedostatečná míra společenské nebezpečnosti vytýkaného jednání účastníka řízení“.

rovněž podpořit komentářem výkladové literatury k citovanému ustanovení⁴¹, dle něhož pod uvedené písmeno spadají všechna rozhodnutí vydaná dle ZOHS, jak prvoinstanční, proti nimž nebyl podán rozklad, tak předsedy Úřadu vydaná v rozkladovém řízení, přičemž Úřad zde prokazuje pouze a jen skutečnost, že pravomocné rozhodnutí nebylo splněno. V posuzovaném případě tak jsou všechny podmínky naplněny: i) Rozhodnutí o fúzi je rozhodnutím Úřadu vydaným dle ZOHS, ii) Napadené rozhodnutí je pravomocné a vykonatelné a iii) v něm stanovené povinnosti, tj. závazky k odprodeji stanovených prodejen, splněny nebyly, jak bylo ve správním řízení postaveno najisto.

111. Tento závěr podporuje rovněž Důvodová zpráva k zákonu č. 360/2012 Sb., změna zákona o ochraně hospodářské soutěže a změna trestního zákoníku (dále též „**Důvodová zpráva**“). Zmíněným zákonem totiž byla mezi zvlášť uvedené správní delikty zařazena skutková podstata nesplnění závazků ve prospěch zachování účinné soutěže podle § 17 odst. 4 ZOHS. Z Důvodové zprávy vyplývá, že po faktické stránce se nejedná o nový správní delikt, neboť až doposud bylo toto neplnění závazků u fúzí Úřadem postihováno na základě zbytkové klauzule § 22 odst. 1 písm. f) a § 22a odst. 1 písm. f) ZOHS, podle které je přestupkem či správním deliktem, jestliže soutěžitel „*nesplní ... jinou povinnost stanovenou rozhodnutím Úřadu*“. Nelze tedy pochybovat o tom, že rozhodnutí Úřadu, dle něhož je účastník povinen něco splnit, je rozhodnutím stanovující určitou povinnost dle ust. § 22a odst. 1 písm. f), část věty za spojkou. Novelou přijata úprava tak pouze odstranila nesoulad, kdy nesplnění i těchto závazků patří systematicky do ustanovení § 22 odst. 1 písm. e) a § 22a odst. 1 písm. e) ZOHS vymezujících skupinu správních deliktů spočívajících v neplnění závazků navržených účastníky řízení.
112. Konec konců shora uvedený závěr potvrzuje i unijní legislativa. Článek 14 „Pokuty“, odst. 2, písm. d) Nařízení Rady (ES) č. 139/2004, o kontrole spojování podniků (dále též „**Nařízení**“), uvádí, že Komise může rozhodnutím uložit pokutu v případě, pokud osoba úmyslně nebo z nedbalosti nesplní podmínku nebo povinnost uloženou rozhodnutím mj. dle čl. 8 odst. 2 druhého pododstavce téhož Nařízení. Posledně uvedený pododstavec je obdobou ust. § 17 odst. 4 věta první ZOHS (resp. ust. § 17 odst. 4 věta první ZOHS je „implementací“ zmíněného unijního ustanovení). V následujícím třetím pododstavci citovaného Nařízení je explicitně uvedeno, že „rozhodnutí prohlášení spojení za slučitelné je považováno za vztahující se rovněž na omezení přímo související a nezbytné pro uskutečnění spojení“. Z posledně uvedeného vyplývá, že dle citovaného Nařízení je tedy nesplnění povinností stanovených v rozhodnutí o povolení spojení správním deliktem, za který lze uložit pokutu. Jelikož ZOHS je mj. i implementací citovaného Nařízení, pak tedy o tom, že předmětné jednání je nepochybně správním deliktem dle ust. § 22 odst. 1 písm. f) ZOHS a v té návaznosti i o nesmyslnosti posledně uvedené námítky Účastníka řízení, nemůže být pochyb.
113. Taktéž souhlasím s tím, že se nejedná o výklad nepřiměřený vůči společnosti REWE, neboť jedinou v úvahu přicházející alternativou toho, jak postihnout nesplnění závazků, respektive povinností z nich vyplývajících, stanovených rozhodnutím Úřadu o povolení spojení soutěžitelů, by pak za situace, kdy nebyly splněny ani dodatečně stanovené závazky, byl postup podle ust. § 19 odst. 1 in fine ZOHS. Podle tohoto ustanovení může Úřad zrušit rozhodnutí o povolení spojení, jestliže zjistí, že účastníci řízení mimo jiné neplní podmínky, omezení nebo závazky,

⁴¹ Zákon o ochraně hospodářské soutěže, komentář; Munková/Kindl; C.H. BECK;2007; 2. vydání; str. 353.

kterými Úřad podmínil povolení. Zrušení rozhodnutí a s tím související povinnost odstranit již implementované spojení soutěžitelů by podle názoru Úřadu znamenalo podstatně tíživější dopad na Účastníka řízení, a proto Úřad možnost takto postupovat od počátku, a pro dobro Účastníka řízení, vyloučil, když s tímto postupem Úřadu se rovněž ztotožňuji. Shora uvedená římskoprávní zásada porušena nebyla, posuzované jednání bylo správním deliktem, za který byl Úřad oprávněn uložit sankci a tedy k uložení pokuty, a v dané výši, došlo zcela v souladu se zákonem.

Ad c) Argumentace k námitkám proti uložení pokutě

114. Tuto část argumentace k námitkám Účastníka řízení, z téhož důvodu jako část předchozí, také nečlením dle jednotlivých bodů rozkladu.
115. Kromě samotného právního posouzení Účastník řízení napadá zákonnost a výši jemu uložené pokuty. Jak Úřad podrobně dovedl v části VI.12⁴² Napadeného rozhodnutí, obdobně jako v případě správního deliktu podle ust. § 22a odst. 1 písm. d) ZOHS (tj. uskutečnění spojení před právní mocí rozhodnutí povolujícího takové spojení), nemusí v důsledku spojení uskutečněného v rozporu s ust. § 18 odst. 1 ZOHS vůbec dojít ke skutečnému narušení hospodářské soutěže. Podle pojetí Účastníka řízení by nicméně ani takové jednání nebylo možné kvalifikovat jako společensky nebezpečné, neboť Účastník řízení tuto nebezpečnost spojuje výlučně se skutečným narušením hospodářské soutěže, což je ve zjevném rozporu s ustálenou rozhodovací praxí Úřadu, kdy kontrola koncentrací v České republice je založena na ex ante principu.
116. Úřad takový výklad již v Napadeném rozhodnutí v části VI.12 odmítl s tím, že jednání, jehož formální znaky jsou označeny zákonem za správní delikt, naplňuje v běžně se vyskytujících případech i materiální znak deliktu, neboť se předpokládá, že takové jednání porušuje či ohrožuje určitý zájem společnosti. Nenaplnění materiální stránky deliktu by pak nastalo patrně jen tehdy, pokud by daný skutek neodpovídal ani nejlehčím běžně se vyskytujícím okolnostem. V praxi tento přístup znamená, že je třeba přezkoumat, zda se v konkrétním případě neuplatní takové významné okolnosti, které by naplnění materiální stránky deliktu vylučovaly, tj. vylučovaly, aby posuzovaným jednáním účastníka řízení byl porušen nebo ohrožen právem chráněný zájem. V tomto případě je chráněným zájmem primárně vynutitelnost individuálního právního aktu (tj. Rozhodnutí o fúzi) a s tím související právní jistota ostatních subjektů práva a obecněji systém ex ante kontroly koncentrací. Vzhledem k tomu, že dle mého názoru v posuzovaném případě takové okolnosti vylučující materiální stránku deliktu neexistují⁴³, což jsem opětovně prověřil, lze uzavřít, že jednání Účastníka řízení naplňuje jak formální, tak i materiální stránku sankcionovaného správního deliktu.
117. Nadto s odkazem na to, že jednání Účastníka řízení bylo v době, kdy měly být dané povinnosti plněny, způsobil hospodářskou soutěž narušit a ohrozilo fungování systému ex ante kontroly koncentrací, jak bylo popsáno v Napadeném rozhodnutí, mám za to, že v daném případě materiální stránka deliktu nepochybně naplněna byla.

⁴² Tj. „Nedostatečná míra společenské nebezpečnosti vytýkaného jednání účastníka řízení“.

⁴³ Viz část V.2.3 a VII. Napadeného rozhodnutí.

118. Pokud jde o právní kvalifikaci závažnosti deliktu, kterého se měl Účastník řízení dopustit, souhlasím se závěrem prvostupňového orgánu a v té souvislosti jsem přesvědčen, jak je uvedeno v části VII.⁴⁴ Napadeného rozhodnutí, že typová závažnost posuzovaného deliktu je obdobná typové závažnosti uskutečňování spojení v rozporu s pravomocným rozhodnutím Úřadu (tj. velmi závažný delikt)⁴⁵, neboť podstatou správního deliktu nesplnění povinnosti stanovené rozhodnutím Úřadu je také jednání, které není souladné se stavem předpokládaným v rozhodnutí Úřadu. Nadto, se de facto v podstatě o uskutečnění spojení v rozporu s pravomocným rozhodnutím Úřadu i jedná. Rovněž v tomto ohledu, obdobně jako při posuzování společenské nebezpečnosti posuzovaného jednání Účastníka řízení, jsem toho názoru, že skutečně způsobená újma na hospodářské soutěži není nikterak rozhodná.
119. V žádném případě nelze rovněž přijmout argumenty Účastníka řízení týkající se nepřiměřenosti uložené pokuty z toho důvodu, že v Napadeném rozhodnutí Úřad současně neuložil nápravné opatření podle ust. § 18 odst. 5 ZOHS. Na tomto místě je nezbytné zopakovat, že chráněným zájmem v případě správního deliktu podle ust. § 22a odst. 1 písm. f) ZOHS, jedná-li se o problematiku koncentrací, je jednak systém ex ante kontroly spojování soutěžitelů a nikoli konkrétní míra narušení (které v době rozhodování hrozilo a k němuž v konečném důsledku nemuselo dojít) hospodářské soutěže v důsledku konkrétního spojení soutěžitelů, které bylo uskutečněno v rozporu s pravomocným rozhodnutím Úřadu, jakož i obecně posílení vymahatelnosti závazných správních rozhodnutí vydaných orgány veřejné moci, jež by bez uložení sankce za jejich nerespektování byla v podstatě beze smyslu. Skutečnost, že téměř 5 let po uskutečnění předmětného spojení se podmínky na dotčených relevantních trzích změnily natolik, že již není nezbytné předmětné závazky implementovat, je pro konstatování správního deliktu podle ust. § 22a odst. 1 písm. f) ZOHS podle mého názoru, a to shodně s názorem prvostupňového orgánu, nepochybně zcela irelevantní. K tomuto odkazuji i na recentní evropskou judikaturu Soudního dvora Evropské Unie (dále též „SDEU“), věc T 332-09 Electrabel v. Komise, kde pokuta uložená Komisí nebyla snížena navzdory faktu, že spojení nevyvolalo omezení soutěže. SDEU uvedl, že riziko narušení hospodářské soutěže se musí posuzovat a priori bez ohledu na analýzu účinků operace v budoucnosti.
120. Shora uvedený závěr platí tím spíše, že k rozhodnutí, že nápravného opatření není třeba, dospěl Úřad v Napadeném rozhodnutí vydaném 18. 1. 2013 a původní termín pro splnění závazků byl Rozhodnutím o fúzi stanoven lhůtou 1 rok, tj. do 22. 8. 2009. Nutno tedy konstatovat, že po celou tu dobu Účastník řízení v podstatě konzumoval předmětné spojení soutěžitelů způsobem, který nebyl v souladu s Rozhodnutím o fúzi.
121. Pokud jde o společnosti REWE zdůrazňované polehčující okolnosti, k nimž Úřad údajně nepřihlédl, ač tak učinit měl, k tomu uvádím následující:
122. Ad i) K absenci protisoutěžních účinků tvrzeného deliktu Úřad nepřihlédl, neboť není pravdou a Úřad nic takového nikdy nekonstatoval, že by předmětné spojení soutěžitelů

⁴⁴ Tj. „Odůvodnění výše pokuty“.

⁴⁵ Zásady postupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže při stanovování výše pokut podle ust. § 22 odst. 2 zák. č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, v platném znění; bod 22.

nevytvořilo soutěžní struktury způsobilé podstatně narušit hospodářskou soutěž na dotčených relevantních trzích. Úřad v Napadeném rozhodnutí pouze konstatoval, že v době jeho vydání, tj. téměř 5 let po vydání Rozhodnutí o fúzi, již nebylo nezbytně nutné nadále trvat na splnění nesplněných závazků. Tento závěr se však nikterak nevztahuje na období těsně po vydání Rozhodnutí o fúzi, tj. na období, kdy měly být Účastníkem řízení navržené závazky splněny. Napadené rozhodnutí je rozhodnutím vydaným v řízení vedeném o spáchání správního deliktu spočívajícím v nesplnění Úřadem stanových povinností, které hodnotí situaci v době rozhodování, nikterak však nezpochybňuje ani nerozporuje závěry, které byly aktuální vzhledem k situaci v době vydání a pro vydání Rozhodnutí o fúzi. To ostatně není zpochybňováno ani Účastníkem řízení, jinak by logicky nesouhlasil s podmíněním spojení splněním závazků směřujících právě k odstranění vážných obav z podstatného narušení hospodářské soutěže. Mimoto, jak jsem již uvedl výše, společenská nebezpečnost projednávaného deliktního jednání spočívá v jiných skutečnostech, než je skutečný negativní dopad spojení na hospodářskou soutěž.

123. Ad ii) Rovněž poskytování vyžádaných podkladů, což je nakonec plněním zákonné povinnosti, nelze považovat za polehčující okolnost. Ostatně, pokud by měl být hodnocen přístup Účastníka řízení v době, kdy se měl snažit o splnění dotčených závazků a následně v době vyjednávání o jejich změně, jak je popsáno v Napadeném rozhodnutí (tj. řešení Účastníkem řízení nastalé situace vždy až těsně před stanoveným termínem, případně neustálé, často i svévolné, záměny nabízených prodejen), mohl by být tento postup vyhodnocen naopak jako okolnost přitěžující.
124. Ad iii) Obdobně Účastníkem řízení zmiňované hospodářské recesi se Úřad v Napadeném rozhodnutí podrobně věnoval. Vzhledem ke zjištěným skutečnostem nemůžu s označením tohoto aspektu jako polehčující okolností rovněž souhlasit. K tomu více viz část VI. a) vii) tohoto rozhodnutí.
125. Ad iv) Za polehčující okolnost nelze považovat v žádném případě ani Účastníkem řízení zmiňované postoupení případu Evropskou komisí Úřadu a s tím související prodloužení povolovacího procesu. Každý je povinen si svá práva a plnění povinností hlídat sám, resp. každý soutěžitel je sám plně zodpovědný za vhodné časování plnění svých zákonných povinností, jako je notifikace příslušným soutěžním orgánům. Přitom již v okamžiku rozhodnutí Evropské komise o postoupení případu muselo být zjevné, že nelze dodržet původně naplánovaný časový rámec soutěžně právního posouzení předmětné transakce. Nutno připomenout, že naopak přijetím závazků v první fázi v souladu s ust. § 17 odst. 4 věta druhá ZOHS Účastník řízení sice uspil vydání Rozhodnutí o fúzi, nicméně tím fakticky znemožnil provedení podrobného šetření, k čemuž slouží druhá fáze řízení. Jsem přesvědčen, že nelze tedy Úřad činit zodpovědným za případné prodloužení, přičemž zdůrazňování tohoto aspektu by naopak mohlo být vnímáno jako nepřiměřený nátlak na rozhodovací činnost Úřadu. To je také mj. jedním z důvodů, pro které nepřijímám námítky společnosti REWE o tom, že spojení nemělo negativní dopad na relevantní trhy a že k tomu měl Úřad přihlížet.
126. Ad v) Účastník řízení uvádí, že „jde o první rozhodnutí vydané Úřadem podle § 22a odst. 1 písm. f zákona o ochraně hospodářské soutěže“. Skutečnost, že se jedná o první rozhodnutí

Úřadu tohoto typu, byla podle názoru Úřadu, s čím se plně ztotožňuji, v tomto konkrétním případě převážena tím, že Účastník řízení byl po celou dobu, kdy probíhalo vyjednávání o revizi původních závazků, upozorňován na to, že by jejich případné nesplnění, představovalo závažné porušení zákona (v podrobnostech k tomu bod 246. Napadeného rozhodnutí). Oproti Účastníkem řízení zmiňovanému deliktu porušení ust. § 18 odst. 1 ZOHS, jehož pachatelé v prvních případech nevěděli například, které úkony bude Úřad za uskutečnění spojení v rozporu s ust. § 18 odst. 1 ZOHS považovat a které nikoli, společnost REWE si musela být po celou dobu dobře vědoma rizika porušení ZOHS. Zatímco tedy v některých případech uskutečňování spojení by mohlo být objektivně sporné, zda lze takové jednání za uskutečňování spojení vůbec pokládat, v případě zjevného nesplnění závazků nemůže pochyb o tom, že ke splnění povinností uložených rozhodnutím Úřadu nedošlo. Mimoto upozorňuji, že uložená pokuta se pohybuje při spodní hranici sazby, kterou lze za tento typ velmi závažného soutěžního deliktu aplikovat.

127. K uložení výše pokuty ještě uvádím, že jsem rovněž řádně přezkoumal, zda je výše uložené pokuty v souladu mj. i se stanovenými zákonnými limity dle ust. § 22a odst. 2 ZOHS. Dle výše čistého obratu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období, tj. rok 2012, jež Úřad obdržel od Účastníka řízení na základě vyžádání, resp. výzvy k poskytnutí informací ze dne 1. 7. 2013, skupina REWE dosáhla v roce 2012 čistého obratu v České republice cca [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*] Kč⁴⁶, celosvětově pak cca [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*] Kč. Ve vztahu k čistému obratu Účastníka řízení, dosaženému za rok 2012, představuje uložená pokuta cca [... *OBCHODNÍ TAJEMSTVÍ ...*] %. Na základě všech uvedených skutečností jsem tedy jednoznačně shledal, že uložená výše pokuty je zcela v souladu se stanovenými zákonnými limity, když ani zdaleka nedosahuje 10% čistého obratu dosaženého soutěžitelem za poslední ukončené účetní období, tj. maximální stanovené hranice.

VII. Závěr

128. Ze všech shora uvedených důvodů mám za to, že Napadené rozhodnutí nikterak neatakuje základní práva a svobody Účastníka řízení, a proto na základě návrhu rozkladové komise dle ust. § 152 odst. 3 s. ř. a po přezkoumání souladu jak Napadeného rozhodnutí, tak správního řízení, které mu přecházelo, s právními předpisy, jakož i po přezkoumání věcné správnosti Napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, jsem dospěl k závěru, že se správní orgán prvního stupně nedopustil žádných pochybení, jež by mohla mít vliv na zákonnost a věcnou správnost Napadeného rozhodnutí.
129. Orgán první správní stolice řádně zjistil skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Na takto zjištěný skutkový aplikoval správný právní předpis správního časového znění, při jeho výkladu se nedopustil žádného interpretačního pochybení a v jeho rámci užil právní normu (§ 3 s. ř.), kterou správně aplikoval.
130. Napadené rozhodnutí rovněž splňuje kritéria přezkoumatelnosti, tedy jedná se o rozhodnutí srozumitelné, které je opřené o dostatek relevantních důvodů, z nichž je zřejmé,

⁴⁶ Hodnoty uvedené v tomto odstavci jsou vypočteny dle průměrného kurzu EUR/Kč od ČNB v roce 2012 uvedeném na <http://www.kurzy.cz/kurzy-men/historie/EUR-euro/2012/>.

proč prvostupňový orgán rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku Napadeného rozhodnutí. Prvostupňový orgán se v Napadeném rozhodnutí také vypořádal s námitkami vznesenými Účastníkem řízení v průběhu řízení.

131. Vzhledem k výše konstatovanému, je na místě podaný rozklad proti Napadenému rozhodnutí v celém rozsahu zamítnout, neboť žádné z namítaných pochybení jsem neshledal, a Napadené rozhodnutí ve výrocích I., II. a IV. potvrdit.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle ust. § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s ust. § 152 odst. 4 téhož zákona, dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Mgr. Tomáš Fiala, Ph.D., advokát
Italská 27
Praha 2, 120 00

Vypraveno dne

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy