

Č.j. R 49/2004

V Brně dne 1. 2. 2005

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 9. 2004 č.j. S 31/04-3206/04 o nepovolení spojení soutěžitelů Bakeries International Luxembourg S.A., se sídlem 23, Avenue Monterey, L – 2086, Lucemburské velkovévodství, a DELTA PEKÁRNY a.s., se sídlem Bohunická 24, Brno, IČ 25 34 88 33, ve smyslu ustanovení § 12 a násl. zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, podal účastník řízení **Bakeries International Luxembourg S.A.**, se sídlem 23, Avenue Monterey, L – 2086, Lucemburské velkovévodství, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 9. 2. 2004 JUDr. Pavlem Dejlem, LL.M., Ph.D., advokátem v advokátní kanceláři Kocián Šolc Balašík, se sídlem Jindřišská 34, 110 00 Praha 1, jsem podle ustanovení § 59 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, na návrh zvláštní komise ustavené podle § 61 odst. 2 téhož zákona,

### **r o z h o d l**

takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 9. 2004 č.j. S 31/04-3206/04  
**p o t v r z u j i** a podaný rozklad **z a m í t á m**.

### **O d ů v o d n ě n í**

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) vydal dne 30. 9. 2004 rozhodnutí č.j. S 31/04-3206/04, kterým rozhodl, že spojení soutěžitelů Bakeries International Luxembourg S.A., se sídlem 23, Avenue Monterey, L – 2086, Lucemburské velkovévodství (dále též „Bakeries“), a DELTA PEKÁRNY a.s., se sídlem Bohunická 24, Brno, IČ 25 34 88 33 (dále jen „Delta“), k němuž mělo dojít ve smyslu ustanovení § 12 odst. 3 písm. a) zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (dále jen „zákon“ nebo „zákon o ochraně hospodářské soutěže“), na základě „Dohody o záměru“ uzavřené dne 9. 2. 2004 mezi společnostmi Bakeries na straně jedné, a panem Jaroslavem Michaelem Paříkem, bytem v Židlochovicích, a panem Marko Paříkem, bytem v Praze, na straně druhé, v jejímž

konečném důsledku má společnost Bakeries nabyt akcie představující 50,61% podíl na základním kapitálu společnosti Delta, a tím získat možnost tuto společnost přímo kontrolovat, se podle ustanovení § 17 odst. 2 zákona nepovoluje.

Proti tomuto rozhodnutí podal účastník řízení včas rozklad, který následně dne 18. 10. 2004 a dále dne 8. 11. 2004 doplnil. Podání rozkladu odůvodnil účastník řízení zejména tím, že rozhodnutí je nicotné a rovněž tím, že je nezákonné. Závěrem rozkladu účastník řízení navrhl, aby orgán oprávněný k rozhodnutí o rozkladu rozhodnutí, nezruší-li napadené rozhodnutí pro nicotnost, změnil jej tak, že se spojení soutěžitelů Bakeries a Delta povoluje.

Správní orgán rozhodující v prvním stupni neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 57 odst. 1 správního řádu a v souladu s § 57 odst. 2 správního řádu postoupil věc k rozhodnutí orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Podle ustanovení § 59 odst. 1 správního řádu jsem napadené rozhodnutí v celém rozsahu přezkoumal, a to i nad rámec námitek uplatněných účastníkem řízení v rozkladu.

Uvážil jsem v první řadě o v rozkladu namítaných vadách, k nimž dle tvrzení účastníka řízení mělo dojít v průběhu správního řízení, jež vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, majících za následek nicotnost napadeného rozhodnutí.

## **1. 1. Nicotnost rozhodnutí**

*Dle názoru účastníka řízení bylo navrhované spojení soutěžitelů již před vydáním napadeného rozhodnutí povoleno na základě nevyvratitelné zákonné domněnky dle § 16 odst. 3 zákona. Svou domněnku pak účastník řízení odůvodnil uvedením dat zahájení správního řízení a následných výzev Úřadu k doplnění návrhu na povolení spojení, resp. k odstranění nejasností v něm obsažených. Zároveň účastník řízení namítal, že první doplnění návrhu obsahovalo veškeré podklady a informace, požadované v První výzvě, a z toho důvodu jej bylo nezbytné považovat za doplnění řádné v souladu s § 16 odst. 5 zákona. V důsledku toho byl údajně dne 27. 2. 2004 obnoven běh lhůty pro rozhodnutí a Druhá výzva byla dle účastníka řízení novou výzvou, kterou si Úřad vyžádal nové informace. V této souvislosti upozornil na skutečnost, že mezi doručením prvního doplnění a doručením Druhé výzvy uplynulo až 15 kalendářních dní, což považuje za nezákonné. Ze shora uvedených důvodů je účastník řízení přesvědčen, že třicetidenní lhůta pro vydání rozhodnutí o povolení spojení uplynula marně dne 7. 4. 2004, kdy nastala nevyvratitelná právní domněnka, že spojení bylo povoleno. Následné úkony ze strany Úřadu považuje účastník řízení za nicotné.*

Ze spisu správního řízení jsem zjistil, že na základě návrhu na povolení spojení soutěžitelů doručeného dne 13. 2. 2004 zahájil Úřad podle § 18 správního řádu ve spojení s § 21 zákona o ochraně hospodářské soutěže správní řízení S 31/04 ve věci povolení spojení soutěžitelů Bakeries a Delta dle ustanovení § 12 odst. 3 zákona, jehož účastníkem je společnost Bakeries. 14. 2. 2004 je tedy prvním dnem běhu zákonné lhůty. Dne 19. 2. 2004 byla účastníku řízení doručena výzva Úřadu k doplnění podkladů a informací (dále též „První výzva“) ze dne 17. 2. 2004. Od 14. 2. 2004 do 19. 2. 2004 tak uplynulo 6 dnů ze zákonem stanovené lhůty.

Na základě ustanovení § 16 odst. 5 zákona se doba ode dne doručení výzvy Úřadu soutěžitelům, aby návrh na povolení spojení doplnil nebo odstranil nejasnosti v něm obsažené, do dne, v němž soutěžitel návrh požadovaným způsobem doplní, nezapočítává do 30denní lhůty pro vydání rozhodnutí. Dne 20. 2. 2004 byl tedy běh třicetidenní lhůty pozastaven. Prvé

doplnění návrhu k První výzvě bylo Úřadu doručeno dne 27. 2. 2004. Uvedené doplnění návrhu ze dne 27. února 2004 však nebylo úplné; o tom byl účastník řízení vyrozuměn další výzvou Úřadu k doplnění podkladů a informací (dále též „Druhá výzva“) ze dne 11. 3. 2004, která mu byla doručena dne 12. 3. 2004. Úřad v uvedeném podání jednoznačně konstatoval, že účastník řízení neposkytl všechny informace vyžádané Úřadem na základě První výzvy, a to konkrétně v bodu (iii), (iv) a (v), a v důsledku této skutečnosti trvalo přerušení běhu lhůty, které započalo dne 20. 2. 2004. Informace požadované v bodu (iii) První výzvy se týkaly některých druhů dodávaných výrobků, zboží či poskytovaných služeb ze strany spojujících se soutěžitelů, které nebyly uvedeny v dotazníku k povolení spojení ani v doplnění podání v rámci První výzvy Úřadu, přičemž byly nezbytné pro posouzení předmětného spojení. Body (iv) a (v) pak navazovaly na bod (iii) První výzvy. Účastník řízení byl vyzván k vymezení trhů pro nově uváděné výrobky a služby, popř. k poskytnutí doplňujících informací ve smyslu části 6 a 7 dotazníku k povolení spojení. Prvním doplněním návrhu ze dne 27. 2. 2004 účastník uvedl pouze své aktivity týkající se výroby pekařských a cukrářských výrobků, těstovin a mlýnských výrobků a doložil seznam těchto vyráběných produktů, avšak nedoložil informace o dalších svých aktivitách, proto byl Druhou výzvou opětovně vyzván k jejich doplnění. Účastník řízení byl dále vyzván k odstranění nově zjištěných nedostatků, přičemž informace požadované v bodech (ii) až (ix) Druhé výzvy se týkají zejména zahraničních aktivit obou spojujících se skupin s dopadem na český trh a vzájemné spolupráce před navrhovaným spojením.

Počínaje dnem 20. 2. 2004 byl tedy běh třicetidenní lhůty pozastaven, a to až do 30. 3. 2004, tj. po dobu 40 dnů, neboť teprve dne 30. 3. 2004 doručené podání účastníka lze považovat, jak bylo shora v podrobnostech popsáno, za doplnění návrhu na povolení spojení ve smyslu První výzvy úplné, v souladu s § 16 odst. 5 zákona.

Účastník řízení přitom sám v odpovědi na Druhou výzvu Úřadu uvedl, že *„Věříme, že jsme touto odpovědí vyčerpávajícím způsobem odpověděli všechny otázky Úřadu položené v jeho výzvě, když odpovědi obsažené v tomto podání zahrnují i odpovědi na otázky č. (iii) až (v) položené Úřadem v jeho výzvě ze dne 17. 2. 2004.“* Nepřímo tím uznal oprávněnost požadavku Úřadu. Námitku nezákonnosti postupu Úřadu ze strany účastníka řízení tak lze považovat za účelovou, když ani v dalším průběhu správního řízení námitku obdobného charakteru nevnesl.

Účastník řízení k Druhé výzvě Úřadu k doplnění informací v bodě (i) zaslal nové informace o dalších aktivitách společností patřících do skupiny spojujících se subjektů ve značném rozsahu (cca 9 stran), přičemž uvedl zcela nové skutečnosti, dosud neuvedené v dotazníku k povolení spojení ani v dalším doplnění. Jednalo se zejména o nové informace týkající se činnosti spojujících se skupin, např. provozování maloobchodních prodejen (jejich obratu, podílů na obratu jednotlivých společností, které je provozují) ze strany jednotlivých pekáren skupiny Odkolek, činnosti v oblasti nákupu, skladování a prodeje surovin, obalů aj. (obraty, podíly na obratech), předchozí spolupráce obou spojujících se skupin v oblasti výroby a prodeje těstovin (objemy prodeje) atd.

Rozdíl mezi obsahem informací poskytnutých spojujícími se soutěžiteli o jejich jednotlivých aktivitách a o působení na relevantních trzích na začátku správního řízení a ke konci 30denní zákonné lhůty, potvrzuje i účastník řízení v doplnění návrhu ze dne 15. dubna 2004, zaslaném Úřadu dne 15. 4. 2004 na základě jeho výzvy ze dne 13. 4. 2004 (dále též jen „Třetí výzva“).

Z důvodu přesnosti uvádím, že běh lhůty pro vydání rozhodnutí byl tedy obnoven dne 31. 3. 2004, a to až do 14. 4. 2004 s tím, že uplynulo dalších 15 dnů zákonné lhůty, tj. celkem 21 dnů. Lhůta byla poté přerušena dne 15. 4. 2004, tj. na jeden den, v souvislosti se třetím

doplnění návrhu, jež bylo Úřadu doručeno dne 15. 4. 2004. V souladu s ustanovením § 27 odst. 2 správního řádu nelze den, na který připadlo doplnění návrhu (tj. 15. 4. 2004) počítat do lhůty pro vydání rozhodnutí, a z tohoto důvodu byl běh lhůty rovněž v případě Třetí výzvy na jeden den přerušen. Běh lhůty byl poté obnoven dne 16. 4. 2004, tj. 22. den zákonné lhůty. Třicetidenní zákonná lhůta uběhla dne 24. 4. 2004 (sobota - den pracovního klidu), kdy nejbližším pracovním dnem bylo pondělí 26. 4. 2004.

Vzhledem ke skutečnosti, že Oznámení o pokračování v řízení bylo účastníku řízení zasláno již dne 23. 4. 2004 a účastníku řízení dokonce i doručeno v nejbližší pracovní den dne 26. 4. 2004, byla zákonná třicetidenní lhůta dodržena. Nelze se proto ztotožnit se závěrem účastníka řízení, že došlo k aplikaci zákonné nevyvratitelné domněnky o povolení spojení.

## **2. Nezákonost rozhodnutí**

Důvody nezákonnosti předmětného rozhodnutí spatřuje účastník řízení v následujících skutečnostech:

### ***2.A Údajně nesprávné vymezení věcně relevantních trhů dotčených spojením, zejména trhu, na němž by mělo v důsledku spojení dojít k podstatnému narušení hospodářské soutěže.***

K námitce nesprávného vymezení relevantního trhu uvádím předně, že vymezení trhu bylo provedeno v souladu s obecnými principy definování relevantního trhu a rovněž tak v souladu s předchozí rozhodovací praxí Úřadu a Evropské komise. V této souvislosti odkazují zejména na relevantní trhy shodných výrobků vymezené Úřadem ve správním řízení S 233/03 (strany 6-8 napadeného rozhodnutí, strany 30-32 rozhodnutí Úřadu č.j. S 233/03-2050/04-ORP ze dne 19. 3. 2004). Jak však naznačuje i rozhodovací praxe Evropské komise, při posuzování spojení soutěžitelů - fúzí se obvykle vymezuje relevantní trh šířeji než v případě řízení ve věcech zakázaných dohod podle ustanovení § 3 odst. 1 zákona.

Při vymezení relevantních trhů v předmětné věci Úřad přihlédl ke způsobu členění výrobků dle Standardní klasifikace produkce (SKP) pro účely statistického zjišťování ze strany Českého statistického úřadu. Celkový objem jednotlivých relevantních trhů byl Úřadem stanoven dle metodiky Českého statistického úřadu týkající se sledování údajů o výrobě, dovozu a vývozu výrobků dle SKP. Uvedené skutečnosti byly uvedeny v kapitole 4.1 rozkladem napadeného rozhodnutí, a to včetně uvedení jednotlivých kódů SKP pro výrobky patřící do jednotlivých relevantních trhů. Metodika výpočtu a obsah jednotlivých výrobních skupin SKP je obsažen v příloze č. 9 spisu správního řízení S 31/04. Účastník řízení proti vymezení relevantního trhu v průběhu správního řízení ničeho nenamítal, přičemž v přípisu ze dne 23. 6. 2004 dokonce sám připustil, že jedním z možných relevantních trhů by mohl být trh čerstvého pečiva zahrnující čerstvý chléb a běžné pečivo, jak odpovídá vymezení relevantního trhu ze strany Úřadu.

Účastníkem řízení namítaný nesoulad relevantního trhu vymezeného Úřadem v rozhodnutích vydaných v rámci správního řízení S 31/04 a S 233/03, čímž mělo dojít k umělému navýšení tržních podílů spojujících se soutěžitelů o objem produkce na trhu čerstvého běžného pečiva a chleba v roce 2002 minimálně o 26 613 tun a v roce 2003 o 23 628 tun, jsem přezkoumal a zjistil jsem, že namítaný nesoulad ve statistických údajích byl způsoben zahrnutím objemu vývozu a dovozu dle kódu SH/CN 1905.90.9 (výrobky pekařské, pečivo ostatní neslazené), jenž byl v případě rozhodnutí S 233/03 vztážen k výrobnímu kódu 15.82.13 (ostatní pekárenské výrobky jinde neuvedené) v rámci výrobků pekárenských trvanlivých do trhu čerstvého pečiva a chleba, tj. v případě rozhodnutí S 233/03 se jednalo o nesprávné zahrnutí objemu dovozu a vývozu části objemu trvanlivého pečiva do pečiva čerstvého. Nicméně výše uvedené odchylky (cca 4,3 tis. tun) je vzhledem k celkovému

objemu trhu (cca 623,9 tis. tun) nepodstatná a nedosahuje hodnoty ani jediného procenta uvedeného trhu. Tento rozdíl tak v konečném důsledku nemohl mít jakýkoli vliv na výši tržních podílů spojujících se soutěžitelů. Konstatuji, že údaj uvedený v rozkladem napadeném rozhodnutí je správný, když vyplývá z metodiky ČSÚ, která přiřazuje jednotlivým výrobním kódům SKP jednotlivé dovozní a vývozní kódy HS/CN (viz tab. č. 1), a Úřad tedy při výpočtu tržních podílů nepochybil.

tab. č. 1: Přiřazení kódů ČSÚ (příloha č. 9 spisu správního řízení S 31/04)

| <b>Kód SKP-výroba</b>  | <b>SH/CN-dovoz, vývoz</b>  |
|--|--|
| <b>15.8 Ostatní potravinářské výrobky</b>                            |  |
| <b>15.81 Výrobky pekárenské a cukrářské kromě trvanlivého pečiva</b> |  |
| 15.81.1 Výrobky pekárenské a cukrářské kromě trvanlivého pečiva      |  |
| 15.81.11 Chléb a pečivo běžné čerstvé                                | 1905.90.3  |
| 15.81.12 Pečivo cukrářské čerstvé                                    | 1905.90.6  |
|  |  |
| <b>15.82 Výrobky pekárenské trvanlivé</b>                            |  |
| 15.82.1 Výrobky pekárenské trvanlivé                                 |  |
| 15.82.11 Suchary, opékaný chléb                                      | 1905.1 Chléb křupavý tzv. „knäckebrot“<br>1905.4 Suchary, chléb opékaný apod. výrobky opékané            |
| 15.82.12 Perník, sladké sušenky, oplatky a podobné výrobky           | 1905.2<br>1905.3   |
| 15.82.13 Ostatní pekárenské výrobky j.n.                             | 1905.90.1<br>1905.90.2<br>1905.90.4<br>1905.90.5<br>1905.90.9 Výrobky pekařské, pečivo ostatní neslazené |

Pokud jde o namítané nezapočtení kategorie toastového chleba do relevantního trhu čerstvého běžného pečiva a chleba, zjistil jsem, že údaje uváděné účastníkem řízení jsou chybné, jak vyplývá z údajů ČSÚ zobrazených v tabulkách č. 2, č. 3 a č. 4. Srovnáním údajů o objemech výroby na trhu čerstvého běžného pečiva a chleba v roce 2002 v obou zmiňovaných rozhodnutích lze dospět k závěru, že zahrnují shodné výrobní kódy SKP a tyto údaje jsou za uvedené období jinak shodné (objem relevantního trhu čerstvého běžného pečiva a chleba byl ve výši 628,2 tun v rámci S 233/03 za rok 2002 a objem za shodné období v rámci S 31/04 byl ve výši 623,9 tis. tun - jedná se o již shora zmíněný rozdíl ve výši cca 4,3 tis. tun). ČSÚ samostatně kategorii toastového chleba nesleduje a toastový chléb zahrnuje do skupiny Chléb a pečivo běžné čerstvé (SKP 15.81.11). Účastník řízení však nesprávně zařazuje toastový chléb do kategorie trvanlivých pekárenských výrobků (SKP 15.82) jako součást nadřazené skupiny SKP 15.82.11 Suchary, opékaný chléb, kde však již ze samotného názvu vyplývá, že se nejedná o běžné čerstvé pečivo, ale o dietetické doplňky (suchary) či o dále zpracovaný (opékaný) chléb ve formě následných výrobků. O této skutečnosti svědčí i příslušné kódy SH/CN pro dovoz a vývoz, které zahrnují kategorie (viz tab. č. 2) suchary a opékaný chléb a

podobné opékané výrobky. Správnosti závěrů Úřadu nasvědčuje i výše objemu dodávek této kategorie na trh v České republice uvedená v tabulce č. 4, jež je příliš nízká, zřejmě neodpovídající míře spotřeby toastového chleba ve srovnání s celkovým objemem trhu čerstvého pečiva a chleba dle kódů v tabulce č. 3. Účastníkem uvedeně SKP 15.82 tedy nepředstavuje kategorii, která zahrnuje běžně užívaný toastový chléb.

Pro úplnost dodávám, že při srovnání hodnoty dodávek v rámci SKP 15.82.115 Suchary, toustový chléb apod., toastové výrobky v objemu 3,5 tis. Kč, kde „toastový chléb“ tvoří dle názoru účastníka řízení cca 50 %, tj. cca 1,75 tis. Kč, s objemem celkového trhu uvedeným v tab. 3, by tento podíl tvořil méně než 0,3 %. Hodnoty uvedené účastníkem řízení o objemech dodávek v rámci kategorie 15.82.115 jsou zjevně chybné a účelově nadsazené, uvádí-li, že jedna polovina objemu dodávek v rámci kategorie 15.82.115 je ve výši cca 23,6 tis. tun za rok 2003, přičemž celkový objem dodávek v rámci kategorie 15.82.115 je, dle účastníka řízení, dvakrát vyšší cca 47,2 tis. tun, když – jak vyplývá z tab. č. 4 - se jedná o cca 3,5 tis. tun (příloha č. 9 spisu správního řízení S 31/04). Nicméně i v případě zahrnutí výše uvedeného objemu by došlo k navýšení údaje o dodávkách na trh čerstvého běžného pečiva a chleba (viz tab. č. 3) o méně než 0,3 %, což by znamenalo změnu v tržních podílech spojujících se soutěžitelů o hodnotu menší než jedna desetina procenta.

Námítku nesprávnosti vymezení relevantního trhu proto shledávám jako neoprávněnou.

tab. č. 2: Přirazení kódů ČSÚ s užším členěním (příloha č. 9 spisu správního řízení S 31/04)

| Kód SKP-výroba  | SH/CN-dovoz, vývoz   |
|---|--|
| <b>15.82 Výrobky pekárenské trvanlivé</b>                   |  |
| 15.82.1 Výrobky pekárenské trvanlivé                        |  |
| 15.82.11 Suchary, opékaný chléb<br>dále se člení na:        |  |
| 15.82.113 Křupavý chléb (knäckebröt)                        | 1905.1 Chléb křupavý tzv. „knäckebröt“<br>dále se nečlení  |
| 15.82.115 Suchary, toustový chléb apod.<br>toastové výrobky | 1905.4 Suchary, chléb opékaný apod. výrobky opékané<br>dále se člení na:<br>1905.4010 Suchary<br>1905.4090 Opékaný chléb a podobné opékané výrobky |

tab. č. 3: Propočtení objemu dodávek na trh čerstvého běžného pečiva a chleba dle kódů ČSÚ

|                             | kód       | název                        | rok 2003<br>[tis. tun] |
|-----------------------------|-----------|------------------------------|------------------------|
| výroba                      | 15.81.11  | Chléb a pečivo běžné čerstvé | 625,3                  |
| vývoz                       | 1905.90.3 | Chléb a pečivo běžné čerstvé | 0,9                    |
| dovoz                       | 1905.90.3 | Chléb a pečivo běžné čerstvé | 1,4                    |
| <b>objem dodávek celkem</b> |           |                              | <b>625,8</b>           |

tab. č. 4: Propočtení objemu dodávek v rámci kategorie Suchary, opékaný chléb dle kódů ČSÚ

|                             | kód       | název   | rok 2003<br>[tis. tun] |
|-----------------------------|-----------|---|------------------------|
| výroba                      | 15.82.11  | Suchary, opékaný chléb                            | 4,8                    |
| z toho                      | 15.82.115 | Suchary, toustový chléb apod.<br>toastové výrobky | 3,5                    |
| vývoz                       | 1905.1    | Chléb křupavý tzv.<br>„knäckebröt“                | 0,05                   |
|                             | 1905.4    | Suchary, chléb opékaný apod.<br>výrobky opékané   | 0,02                   |
| dovoz                       | 1905.1    | Chléb křupavý tzv.<br>„knäckebröt“                | 0,3                    |
|                             | 1905.4    | Suchary, chléb opékaný apod.<br>výrobky opékané   | 1,0                    |
| <b>objem dodávek celkem</b> |           |   | <b>6,03</b>            |

**2.B Nesprávnost výchozích údajů o celkovém objemu výroby, vývozu a dovozu sledovaných ve statistikách Českého statistického úřadu, neboť nezahrnují údaje o produkci významného počtu soutěžitelů, zaměstnávajících méně než 20 zaměstnanců, resp. těch, jejichž činnost nemá převážně průmyslový charakter, ač jejich výroba představuje zhruba třetinu celkového objemu výroby.**

Účastník řízení namítl, že namísto toho, aby Úřad spolehlivým způsobem zjistil, resp. aby uznal jako podklad svého rozhodnutí alespoň kvalifikovaný odhad předložený účastníkem řízení od Podnikatelského svazu pekařů a cukrářů v ČR (dále jen „Podnikatelský svaz“), vyžádal si pouze informace od Ministerstva zemědělství České republiky. Přezkumem dokumentů obsažených ve spisu správního řízení jsem zjistil, že na základě návrhu účastníka řízení ze dne 22. 9. 2004 k doplnění spisového materiálu o stanovisko Ministerstva zemědělství České republiky (dále též jen „MZe“) a Podnikatelského svazu, popř. dalších soutěžitelů o informace, z nichž by bylo možno zjistit podíl producentů pekárenských a cukrářských výrobků zaměstnávající méně než 20 zaměstnanců na celkových dodávkách tohoto zboží na trh v České republice, vyžádal si Úřad neprodleně požadované informace.

Ze stanoviska MZe ze dne 24. 9. 2004, jak již bylo uvedeno v rozkladem napadeném rozhodnutí, vyplývá, cit.: „... *faktická nemožnost zjištění přesného podílu malých výrobců pečiva, nicméně dle odhadů MZe tento podíl činí maximálně 8 % celkového obratu v oblasti pekárenských a cukrářských výrobků.*“ Vzhledem k tomu, že informace od MZe vycházely rovněž z informací Podnikatelského svazu, Úřad jej poté neoslovoval. Přestože tedy účastník řízení na jednání v sídle Úřadu dne 22. 9. 2004 odhadl počet malých producentů pekárenských a cukrářských výrobků až na 40 %, nelze nikterak dovodit, jakých podílů by dosáhli takto malí producenti na jednotlivých relevantních trzích, neboť uvedený odhad se nevztahuje k celkové výrobě pekárenských a cukrářských výrobků, avšak k celkovému počtu pekáren na trhu. Účastník řízení poté při opakovaném vyjádření se k podkladu rozhodnutí dne 29. 9. 2004 v sídle Úřadu předložil vyjádření Podnikatelského svazu, který odhaduje, že ze skutečně činných pekáren představují pekárny s počtem zaměstnanců nižším než 20 nejméně 40 % všech soutěžitelů působících na trhu (ve spisu l. č. 490). Podnikatelský svaz přitom k 29. 9. 2004 sdružoval 109 subjektů, tedy pouhý zlomek soutěžitelů působících na dotčených relevantních trzích.

V podaném rozkladu účastník řízení nově vypočetl, že objem výroby malých pekáren tvoří **zhruba třetinu** celkové výroby. K námitce účastníka považuji za nezbytné uvést, že obecně jsou údaje o spotřebě jednotlivých potravin, nápojů a cigaret (rovněž tak pekařských výrobků) na jednoho obyvatele v České republice zpracovávány ČSÚ pomocí bilanční metody na základě mnoha statistických informací poskytovaných mimo jiné i MZe, a to zejména z výše uvedených údajů o výrobě, dovozu a vývozu vybraných výrobků (ze kterých Úřad vycházel), dále údajů o hrubé zemědělské produkci, definitivních údajů o sklizni zemědělských plodin, stavu počátečních a konečných zásob v zemědělských organizacích a u výrobců potravin, samozásobení potravinářskými výrobky. Jak uvádí ČSÚ, pro statistiku spotřeby potravin neexistuje žádná závazná klasifikace, ani v České republice ani v mezinárodním měřítku. Spotřeba jednotlivých položek u potravin je propočítána jako průměr na jednoho obyvatele České republiky, kdy počet obyvatel je dán středním stavem obyvatelstva k 1. 7. v příslušném roce, např. pro rok 2002 je to 10 200 774 obyvatel, na rozdíl od účastníkem uváděného **odlišného vyššího údaje o počtu obyvatel**, ze kterého dovozuje celkový objem trhu na základě spotřeby (10 203 269 obyvatel). Údaje o spotřebě pekařských výrobků na jednoho obyvatele jsou tedy sledovány pouze v základních kategoriích chléb, pšeničné pečivo a trvanlivé pečivo bez užšího členění, tedy v členění nevyhovujícím účelnému vymezení jednotlivých relevantních trhů.

Odhad podílu soutěžitelů zaměstnávajících méně jak 20 zaměstnanců z celkového počtu producentů pekařských a cukrářských výrobků není pro určení jejich podílu na celkových dodávkách na dotčené relevantní trhy relevantní vzhledem k faktické nemožnosti podíl malých výrobců pečiva na trhu spolehlivě určit. Úřadu proto nezbylo než jako výchozí pro posouzení dopadů předmětného spojení využít jako výchozí a rozhodné údaje poskytnuté ČSÚ o velikosti výroby, dovozů a vývozů v rámci jednotlivých výrobových skupin, obdobně jako postupoval v rámci předchozího správního řízení S 233/03 ve věci možného porušení § 3 odst. 1 zákona. Je navíc zřejmé, že producenti pekařských a cukrářských výrobků zaměstnávající méně než 20 zaměstnanců nejsou pro spojující se soutěžitele relevantními konkurenty, jak ostatně vyplývá i z výroku pana Marko Paříka citovaného na straně 16 napadeného rozhodnutí (ve spisu I. č. 490).

## **2.C V rozporu s příslušnými ustanoveními zákona nezjištěn vznik či posílení dominantního postavení na konkrétním relevantním trhu.**

Přezkoumal jsem shora uvedenou námitku a v rozporu s tvrzením účastníka řízení konstatuji, že tato skutečnost vyplývá z celkového kontextu rozkladem napadeného rozhodnutí Úřadu, přičemž v kap. 8 (strana 32) jsou přímo uvedeny Úřadem zjištěné skutečnosti, cit.: *„Na základě analýzy relevantních trhů a pravděpodobných dopadů spojení na ně Úřad zjistil, že uskutečněním spojení dojde ke vzniku dominantního postavení spojením vzniklého subjektu, které by vedlo k podstatnému narušení hospodářské soutěže na relevantním trhu čerstvého běžného pečiva a chleba. Toto dominantní postavení by bylo dáno zejména nárůstem tržních podílů spojujících se subjektů na relevantním trhu čerstvého běžného pečiva a chleba, velkým odstupem tržních podílů nejbližších konkurentů na tomto relevantním trhu, hospodářskou a finanční silou spojením vzniklého subjektu, schopností komplexně zásobovat své odběratele, zejména obchodní řetězce, které tvoří podstatnou část odběrů pekařských výrobků od spojujících se soutěžitelů, rozšířením výrobového portfolia spojením vzniklého subjektu na takovou úroveň, která bude zahrnovat všechny produktové segmenty v oblasti pekařských a cukrářských produktů, přičemž toto výrobové portfolio bude širší než výrobové portfolio kteréhokoli jiného subjektu činného v této oblasti, jakož i kontrolou významné části surovinové základny pro pekařskou, cukrářskou a těstovinářskou výrobu, kterou rovněž dodává svým konkurentům.“*



Shora citované závěry Úřadu byly účastníku řízení mj. sděleny při ústním jednání dne 14. 9. 2004 v sídle Úřadu, cit.: „*V této souvislosti Úřad po provedeném šetření konstatuje, že předmětné spojení nadále vzbuzuje obavy z podstatného narušení hospodářské soutěže, a to v důsledku vzniku dominantního postavení spojením vzniklého subjektu na trhu čerstvého běžného pečiva a chleba ...*“ (ve spisu I. č. 422).

Možnost vzniku dominantního postavení vyplývá rovněž z vyjádření oslovených třetích subjektů, a to zejména v segmentu zmíněného trhu čerstvého běžného pečiva a chleba, kdy např. Podnikatelský svaz uvedl, že cit.: „*Lze očekávat, že bude v zájmu nového soutěžitele své dominantní postavení na relevantním trhu dodávek do obchodních řetězců, a z toho zejména do předmětných TOP 10, chtít udržet*“ a dále, že cit.: „*Lze rovněž očekávat přesun ostatních výrobců do zbytků regionálního trhu s jistým dopadem na jejich počet, ať už z důvodu jejich zániku nebo možné koncentrace. To vše samozřejmě s nekvantifikovatelným vlivem na úroveň hospodářské soutěže i konečné nabídky spotřebitelů*“ (ve spisu I. č. 171 an.).

Ze spisu správního řízení tedy vyplývá, že účastníku řízení byly obavy Úřadu z podstatného narušení hospodářské soutěže v důsledku navrhovaného spojení bezpečně známy, jeho námitce proto nepřisvědčují.

**2.D Tvrzení Úřadu o vzniku dominantního postavení není vztaženo ke konkrétnímu relevantnímu trhu. V rozhodnutí neprokázána existence takové tržní síly, která dominantnímu soutěžiteli umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích.**

Ze shora uvedeného vyjádření k námitkám ad 2C jednoznačně vyplývá, že v předmětném rozhodnutí je uveden konkrétní relevantní trh, na kterém dojde ke vzniku dominantního postavení.

Pokud jde o existence takové tržní síly, která dominantnímu soutěžiteli umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích, na základě šetření provedeného Úřadem byla zjištěna existence značné tržní síly vůči významným odběratelům, zvláště obchodním řetězcům. Úřad sice připustil, že nadnárodní obchodní řetězce disponují značnou tržní a zejména hospodářskou silou, nicméně zároveň konstatoval, že tyto obchodní řetězce jsou schopny svoji tržní sílu uplatňovat například vůči regionálnímu výrobcí pečiva, který je v podstatě nucen akceptovat obchodní podmínky stanovené takto významnými odběrateli. Spojující se soutěžitelé však disponují značně odlišným postavením, neboť prakticky jako jediní soutěžitelé na trhu jsou schopni a hlavně ochotni dodávat své výrobky do téhož řetězce prakticky na celém území České republiky, o čemž svědčí vysoký podíl dodávek spojujících se soutěžitelů do jednotlivých obchodních řetězců. Pro řadu obchodních řetězců jsou spojující se soutěžitelé **nepostradatelnými obchodními partnery**, mimo jiné i proto, že dotčenými relevantními trhy jsou trhy s nezbytným zbožím (viz rovněž strana 26 napadeného rozhodnutí).

Zjištění významné tržní síly nasvědčuje i možnost vzniku subjektu v důsledku posuzovaného spojení natolik vertikálně integrovaného, že ve srovnání s jeho konkurenty by byl prakticky jediným v oblasti dodávek mouky pro pekařské účely nadále samostatným, navíc **část nezávislých soutěžitelů bude závislá** na jeho dodávkách mouky pro pekařskou výrobu. Uvedená propojenost na trh výroby není nevýznamná, uvážíme-li, že největší výrobce mlýnských výrobků patřící nově vzniklému subjektu by dodával **50 % své produkce** (mouky pro pekařské účely) konkurentům spojujících se společností.

Možnost nezávislého chování na svých odběratelích a vysoká tržní síla spojujících se soutěžitelů vyplývá i z důkazů provedených v rámci správního řízení S 233/03, kdy například společnost Globus uvedla, že jí a patrně i jiným řetězcům bylo ze strany dodavatelů oznámeno, za jakou cenu mají prodávat jednotlivé druhy pečiva spotřebitelům (pod údajnou hrozbou zastavení dodávek při jejím nedodržení). Dle informací Globusu např. společnosti Lidl poté, co měla prodávat za stanovenou vyšší cenu, avšak cenu nezvýšila, jí její dodavatel – společnost Delta - nedodal dopolední dodávku pečiva. Následně proto společnost Lidl cenu zvýšila. Dále bylo Úřadu sděleno, že jako důvod zvýšení cen pekárenských výrobků dodavatelé uvedli zvýšení cen pšenice asi o 20%, a také uvedli, že na výši nákupních cen pečiva (dle ceníků) musí Globus přistoupit pod hrozbou zastavení dodávek. Obdobně se vyjádřil zástupce společnosti AHOLD Czech Republic a.s., když Úřadu do protokolu o poskytnutí informací sdělil, že cit.: „*Pro dokreslení míry naší závislosti na společnostech Delta, Odkolek a Penam můžeme uvést, že například náš roční obrat se společností Delta činí cca ..... mil. Kč, s Penamem ..... mil. Kč a s Odkolkem cca ..... mil. Kč. Obrat s ostatními dodavateli se pohybuje od ..... tisíc Kč do ..... mil. Kč ročně (obchodní tajemství společnosti Ahold). Vzhledem k objemům pečiva, které odebíráme od uvedených tří společností, není možné ani v horizontu týdnů přejít od kteréhokoliv z nich k jinému dodavateli (zejména místní výrobci nejsou schopni zvýšit ani v horizontu měsíců své dodávky). Nahradit dodávky společnosti Delta vzhledem k obrovskému procentu odebíraného pečiva v poměru k celkovému objemu pečiva, které odebíráme, není možné vůbec – ani například s pomocí dalších dvou jmenovaných společností.*“

Konstatuji v této souvislosti, že nově vzniklý subjekt by se svou tržní silou rovněž stal cenovým lídrem, **cenovým barometrem**, který by svým chováním v cenové oblasti mohl ovlivňovat chování ostatních soutěžitelů na relevantním trhu tím, že ho budou cenově následovat. Nelze totiž vyloučit, že zvýšení cen výrobků této společnosti by se projevilo i v cenové politice ostatních soutěžitelů, a to rovněž zvýšením cenové hladiny jejich výrobků. Je-li totiž cenovým lídrem významná a zavedená společnost, dlouhodobě působící na trhu, na kterém zaujímá dominantní pozici, vzhledem k její velikosti a výrobní kapacitě v porovnání s menšími firmami působícími na trhu, se tyto menší společnosti se chovají jako tzv. soutěžní lem (competitive fringe). Nejsou s to jakkoli ovlivnit cenové chování dominantní firmy a následují tak cenovou změnu provedenou dominantní firmou na trhu (Farris, M.T. & Happel, S.K. (1987) *Modern managerial economics*, London: Scott, Foresman and Company).

Pokud jde o další skutečnosti nasvědčující vysoké tržní síly nově vzniklého subjektu, odkazuji v podrobnostech na odůvodnění napadeného rozhodnutí. Námitce nezjištění tržní síly, která dominantnímu soutěžiteli umožňuje chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích, tak nepřisvědčuji.

**2.E Společný podíl spojujících se soutěžitelů na žádném z vymezených relevantních trhů nedosahuje hodnot, které by s ohledem na ustálenou českou i komunitární praxi, jakož i na horní hranici domněnky neexistence dominance dle zákona (40 %), odůvodňovaly závěr o vzniku dominantního postavení. Úřad tuto okolnost nezohlednil.**

Ke shora uvedené námitce účastníka řízení osvětluji, že z článku 3. Nařízení Rady (ES) č. 139/2004 ze dne 20. ledna 2004, o kontrole spojování mezi soutěžiteli (Nařízení ES o fúzích), vyplývá, že cit.: „*Spojení, které zásadně naruší účinnou hospodářskou soutěž na společném trhu nebo na jeho podstatné části, zejména v důsledku vzniku nebo posílení dominantního postavení, bude prohlášeno za neslučitelné se společným trhem.*“ Obdobného znění je i ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže, pokud jde o národní úpravu.

Komunitární nařízení a legislativa v oblasti soutěžního práva nestanoví závazná pravidla pro jednotlivé národní soutěžní úpravy ani nestanoví určitou konkrétní prahovou hodnotu tržního podílu jako kritérium pro účely provedení testu dominance či pro zjištění, zda posuzovaným spojením nedochází k podstatnému omezení soutěže. Úřad při rozhodování jednotlivých případů vždy individuálně posuzuje faktory nasvědčující vzniku či posílení dominantního postavení, a to na základě kritérií uvedených v ustanoveních § 10 odst. 2 a § 17 odst. 1 zákona. § 10 odst. 3 zákona deklaruje, že nebude-li pomocí ukazatelů podle v § 10 odst. 2 zákona (ukazatele tržní síly) prokázán opak, má se za to, že dominantní postavení nezaujímá soutěžitel nebo soutěžitelé se společnou dominancí, kteří ve zkoumaném období dosáhli na trhu menší než 40 % tržní podíl. Z uvedeného tedy vyplývá, že podmínka pro stanovení dominantního postavení soutěžitele závisí i na dalších faktorech uvedených právě v § 10 odst. 2 zákona, nikoliv tedy na pouhé výši spojením dosaženého tržního podílu.

Jak jsem zjistil, Úřad se výši tržního podílu spojujících se soutěžitelů jako jednoho z kritérií nepovolení předmětného spojení zabýval v odůvodnění napadeného rozhodnutí, zejména v kap. 7 „Celkové zhodnocení dopadů uskutečnění posuzovaného spojení soutěžitelů“ (strany 29-31). Na nárůst tržního podílu spojujících se soutěžitelů poukázal na prvním místě při hodnocení významu tržní síly spojením vzniklého subjektu. Rovněž v části „Negativní dopady spojení“ (strana 30) jako negativní dopad ze spojení se předně poukazuje na výši tržního podílu spojením vzniklého subjektu (daného součtem tržních podílů spojujících se subjektů, tj. nárůstem tržního podílu jednotlivých společností účastníka řízení o tržní podíl společností skupiny Delta). V kap. 8 „Právní posouzení“, vycházející z celkového posouzení dopadů spojení v kap. 7 (tedy i na základě výše tržního podílu spojením vzniklého subjektu), se vznik dominantního postavení spojením vzniklého subjektu opětovně zmiňuje, přičemž jsou vyjmenovány jednotlivé rozhodné skutečnosti.

Úřad v prvostupňovém rozhodnutí v této souvislosti uvedl, že Federal Trade Commission v USA nepovolil spojení společností Beech-Nut Nutrition Corp. (10% tržní podíl v roce 2003) – druhý největší soutěžitel na trhu - a H.J. Heinz Co.(7% tržní podíl v roce 2003) – třetí největší soutěžitel na trhu dětské výživy. Rovněž v případě COMP/M. 1684 Carrefour/Promodes Evropská komise zjistila existenci dominantního postavení při společném tržním podílu spojujících se soutěžitelů ve výši 27 % a spojení bylo povoleno pouze z důvodu, že společnost Carrefour odprodala svůj podíl v konkurenčním obchodním řetězci Cora nezávislým nabyvatelům.

K námitce účastníka řízení týkající se údajně chybného odkazu na výše uvedená rozhodnutí uvádím, že z tiskové zprávy Evropské komise týkající se vydání rozhodnutí ve věci spojení soutěžitelů COMP/M. 1684 Carrefour/Promodes vyplývá, že uvedeným spojením byly dotčeny trhy maloobchodního prodeje potravin a zboží ve Francii a Španělsku. Ve Francii se stal spojením vzniklý subjekt lídrem na trhu s podílem 27 %, ostatní soutěžitelé měli podíl 17 %, 15 %, 13 %, 6 %, 5 % (Cora, ve které Carrefour držel 42% podíl na základním kapitálu). Ve Španělsku se stal spojením vzniklý subjekt **lídrem na trhu** s podílem 26 %, ostatní tři nejbližší soutěžitelé měli podíl cca 8 %. Evropská komise dále uvedla, že vzhledem k tomu, že došlo k překrytí tržních podílů spojujících se soutěžitelů a vzniku silné tržní pozice, které by nebyly vyváženy výši tržních podílů ostatních soutěžitelů, je možno vzniklé soutěžní obavy rozptýlit strukturálním závazkem (podmínka odprodeje podílu společnosti Carrefour v konkurenčním obchodním řetězci Cora nezávislým nabyvatelům). Komise dále uvedla, že přestože tento podíl v Cora nezakládá kontrolu tohoto soutěžitele ze strany Carrefour, umožňuje mu blokovat některá důležitá rozhodnutí Cora a rovněž získávat informace o svých konkurentech, což má protisoutěžní účinek na trh. Evropská komise tedy vyjádřila soutěžní obavy na některých spojením dotčených trzích, přičemž pro odstranění

možných rizik ze vzniku dominantního postavení bylo nutno eliminovat existující obavy z narušení hospodářské soutěže přijetím závazků ze strany účastníka řízení.

V případě spojení H.J. Heinz Co. a Beech-Nut Nutrition Corp. posuzovaného Federal Trade Commission v USA, došlo ke spojení mezi druhým a třetím soutěžitelem na trhu, jejichž tržní podíly po spojení byly výrazně nižší než 40 %. Spojení bylo Federal Trade Commission zakázáno, a to zejména vzhledem ke podstatnému zvýšení stupně koncentrace, nákladů spojených se vstupem na trh a eliminací soutěže mezi spojujícími se soutěžiteli. Rovněž bylo v rozhodnutí uvedeno, že absence významného soutěžitele (Beech-Nut Nutrition Corp.) může vést na trhu k protisoutěžním praktikám zbylých soutěžitelů.

Uvedené odkazy Úřad použil pouze z důvodu dokreslení zjištění učiněných na trhu v České republice týkajících se navrhovaného spojení soutěžitelů. V této souvislosti lze poukázat i na jiné obdobné soutěžní případy, kdy např. německý soutěžní úřad ve věci REWE/Florimex konstatoval dominantní postavení na trhu ve výši cca 34 %, a to zejména vzhledem k vertikální vazbě na vstupní surovinu, nebo zjištění Evropské komise ve věci Hutchinson/ECT/RMPM, kde bylo konstatováno dominantní postavení při podílu 36 %.

Odkazuje-li účastník řízení na Úřadem povolené spojení soutěžitelů ČEZ/REAS (S 145/02), kdy byl podíl společnosti ČEZ na relevantním trhu výroby elektřiny cca 70 % oproti 5% podílu nejbližšího konkurenta a na relevantním trhu dodávek elektřiny oprávněným zákazníkům byl společný tržní podíl spojujících se soutěžitelů ve výši cca 65 %, zdůrazňuji, že je nutno posuzovat každý případ jednotlivě na základě jeho specifických charakteristik, vzhledem k odlišným soutěžním podmínkám a struktuře trhu, kdy významnou roli hraje též příslušná legislativa pro daný trh či oblast, případná regulační opatření apod. V případě posouzení spojení ČEZ/REAS se jednalo o trhy se specifickou legislativou a regulačními opatřeními, přičemž ani v jednom případě se nejednalo o společnosti se silnou účastí zahraničního kapitálu. Není možno obecně vždy aplikovat shodný způsob posouzení jednoho případu na jiný případ, zejména pokud jsou na trhu odlišné podmínky.

K námitce účastníka řízení, týkající se údajné irelevance zařazení výroku „*úředníka Evropské Komise*“ (v napadeném rozhodnutí na straně 32 pod čarou), upřesňuji, že se jedná o výrok ředitele Merger Task Force Evropské komise, kdy pan Götz Drauz v článku „Recent Developments in the Assessment of Dominance“, publikovaný v EC Merger Control: Ten Years On (International Bar Association, 2000), s. 109 a s. 120, m.j. konstatoval, cit.: „..... *Jen proto, že nastaly situace, kdy jsme v minulosti akceptovali společné postavení (podíl) na trhu dosahující 50 %, není zaručeno, že taková operace bude nezbytně schválena (i) dnes.*“ Uvedené bylo citováno z důvodu možnosti širšího pohledu na posuzované skutečnosti.

Pokud jde o námitku účastníka řízení, že z pravidel posuzování horizontálních spojení vyplývá závěr, že Komise nemá obavy ze soutěžních dopadů horizontálních spojení na trhu, kde je index HHI po spojení nižší než 1000 a takové trhy žádnou podrobnější analýzu nevyžadují, konstatuji, že uvedené stanovisko Komise není bezvýjimečné. Článek 21 Pravidel posuzování horizontálních spojení totiž připouští, že údaje o hodnotě HHI nezakládají jednoznačný předpoklad o existenci či neexistenci možného narušení soutěže v důsledku spojení soutěžitelů. Hodnota HHI tedy nemusí být jediným rozhodným faktorem, zvláště když jiné okolnosti zjištěné ve správním řízení nasvědčují opačnému závěru, a to možnému narušení hospodářské soutěže v důsledku navrhovaného spojení soutěžitelů.

Pro úplnost dodávám, že kritéria pro posuzování spojení soutěžitelů je možno z pohledu soutěžního práva v zásadě dělit do dvou skupin. Evropská komise, jakož i většina členských států Evropské unie při posuzování spojení soutěžitelů vychází z testu tržní dominance (*market dominance*), tj. zaměřují se na to, zda spojením dochází ke vzniku či posílení dominantního postavení. Naproti tomu v USA, Kanadě a Austrálii se používá tzv.

SLC test (*substantial lessening of competition*), podle něhož má podstatné omezení soutěže za následek nepovolení spojení soutěžitelů.

Otázka hledání optimálních kritérií pro posouzení spojení soutěžitelů a koncepce možného hodnocení fúzí pomocí tzv. SLC testu byla otevřena rovněž v rámci diskuse v oblasti modernizace soutěžního práva Evropské unie. Tato diskuse byla nejenom vyvolána z důvodů možného odlišného posouzení spojení soutěžitelů v případě postupu dle těchto dvou typů testů (např. v případě odlišného posouzení spojení General Electric/Honeywell ze strany US department of Justice a ze strany Komise), rovněž z hlediska širšího přístupu k posouzení daného případu a zhodnocení v případě užití SLC testu (např. v případech „non-collusive oligopoly“) oproti testu vzniku či posílení dominantního postavení, které je obtížně aplikovatelné při posuzování některých případů (viz Presentation to CRA Conference on Economic and Merger Policy for the 21st Century, June 4<sup>th</sup> 2003, Competition Authority of Ireland, page 7-8, uvedená na webových stránkách). Navíc hodnocení dle testu dominance je spíše zaměřeno na statické strukturální veličiny jako je struktura posuzovaných společností a koncentrace trhu, naproti tomu tzv. test SLC se více zabývá dynamickými veličinami a posuzováním chování soutěžitelů na trhu (The Substantive Standard for Merger Control, and Treatment of Efficiencies in Merger Analysis: An EU Perspective, Fordham Annual Antitrust Conference, New York, 30-31 October 2002).

Uzavírám tedy, že zjištěná existence dominantního postavení soutěžitele závisí nejen na výši tržního podílu, avšak i na dalších kritériích uvedených § 10 odst. 2 zákona. Tržní podíl tedy není jediným faktorem, na základě kterého lze konstatovat vznik nebo posílení dominantního postavení daného subjektu.

## **2. F Nezákonost rozhodnutí z důvodu nesprávného posouzení významu dalších kritérií při posuzování existence dominantního postavení a při posuzování dopadů spojení, zejména hodnocení kritéria:**

- (i) (i) **Hospodářská a finanční síla, výrokové portfolio a vertikální integrace**
  - • **při posouzení hospodářské a finanční síly započten do finanční síly spojujících se soutěžitelů obrat společností Harry's S.A.S. a Lotus Delta jako propojených společností,**
  - • **při posouzení hospodářské a finanční síly společnosti Penam, součásti skupiny Agrofert, údajně nesprávně nezohledněn obrat skupiny Agrofert mimo oblast pekárenství,**
  - • **údajné ignorování významu countervailing buyer power na straně obchodních řetězců, a dále**
- (ii) (ii) **posouzení významu právních a jiných překážek neúměrně zveličeno,**
- (iii) (iii) **posouzení možnosti volby odběratelů a dodavatelů neodpovídá reálné situaci na relevantních trzích,**
- (iv) (iv) **nesprávné zhodnocení významu výzkumu, vývoje a inovací na relevantních trzích,**
- (v) (v) **spekulativní tvrzení Úřadu o tom, že by se spojením vzniklý subjekt stal cenovým lídrem či cenovým barometrem.**

### **ad (i)**

K účastníkem vznesené námitce, že při posouzení hospodářské a finanční síly Úřad započtl do finanční síly spojujících se soutěžitelů obrat společností Harry's S.A.S. a Lotus Delta, které označil jako propojené společnosti, konstatují, že při posouzení skutečné

hospodářské a finanční síly nabyté v důsledku zkoumaného spojení soutěžitelů je nezbytné rovněž přihlídnout k významným majetkovým účastem jiných subjektů ve spojujících se soutěžitelích, jimiž jsou kupříkladu právě 50% podíly na základním kapitálu, zvláště jedná-li se o subjekty disponující významnou hospodářskou a finanční silou, které se vzhledem k jejich know-how, tržnímu postavení v okolních zemích, vybudované distribuční síti atp. významně podílejí na dodávkách technologie, budování nových výrobních kapacit a zvyšování produkce výroby u společností spojujících se soutěžitelů. Prvostupňový orgán v odůvodnění napadeného rozhodnutí v kap. 4.2.1 „Posouzení hospodářské a finanční síly spojujících se soutěžitelů z hlediska jimi dosahovaných obrátů, investic a úspor z rozsahu“, výslovně uvedl, že spojením vzniklý subjekt bude disponovat celkovým obrátem v rozsahu 4 - 5 mld. Kč, přičemž při posouzení finančních možností spojujících se soutěžitelů považují za nezbytné uvážit i obrat propojených zahraničních společností, jež mají kapitálové účasti ve spojujících se společnostech a výrazně posilují, vzhledem k jejich obrátu, hospodářskou a finanční sílu spojujícího se subjektu. Obrat těchto subjektů však v odhadovaném obrátu spojujících se soutěžitelů **není zahrnut**.

O oprávněnosti přihlídnutí k významu společností s 50% podíly na základním kapitálu ve společnostech v rámci skupiny Delta, tj. Harry's S.A.S., Lotus Bakeries a Vanelor, na rozvoj společností, ve kterých mají své majetkové účasti, svědčí mj. informace uvedené v interním časopisu společnost Delta (článek „V království zamražených baget“, číslo 2/03, strana 10, příloha č. 11 spisu), týkající se výše investic a pronikání na nové trhy společností DELTA FROZEN PRODUCTS, a.s., jako joint-venture společnosti Delta a belgické Vanelor, v níž každá vlastní 50% podíl, a dále též vývoj obrátu této společnosti uvedený ve Výroční zprávě za rok 2003 (příloha č. 10 spisu, strany 26-27), který se výrazně zvýšil z 182 mil. Kč v roce 1999 na 440 mil. Kč za rok 2003.

Tvrzení účastníka řízení, že v rámci spolupráce mezi společnostmi Delta a uvedenými zahraničními společnostmi nedochází k žádnému využívání know-how těchto zahraničních subjektů, je zjevně nepravdivé, neboť jinak by nemohly být vyráběny značkové výrobky těchto zahraničních společností spojujícími se subjekty v České republice dle shodné receptury výrobku, technologie výroby k dosažení obdobné chuti a kvality, shodné s kvalitou výrobků vyráběných v různých výrobních závodech v Evropě, obalové techniky atp., když značná část těchto výrobků je exportována z České republiky na zahraniční trhy. O využívání know-how zahraničních akcionářů, resp. držitelů obchodních podílů jejich českých joint-venture (LOTUS-DELTA a.s., HARRY'S DELTA s.r.o., DELTA FROZEN PRODUCTS, a.s.), svědčí mj. informace uvedené ve výroční zprávě společnosti Delta za rok 2002 popisující předmět činnosti společnosti Lotus Delta, a.s., jako joint-venture společnosti Delta a belgické společnosti Lotus Bakeries, kde se uvádí, že v celé společnosti jsou aplikovány standardy kvality na základě know-how z Belgie, které jsou každoročně auditovány firmou Law Labs z Anglie (příloha č. 3 spisu, strana 20). Obdobné informace obsahují rovněž webové stránky společnosti Lotus Bakeries (viz webové stránky [www.lotusbakeries.com](http://www.lotusbakeries.com), části „Quality policy“ a „The production processes“, 25. 11. 2004), kde je uvedeno, že vzhledem k dosažení trvale vysoké kvality produktů z hlediska chuti, tvaru a vzhledu značkových produktů uváděných na trh pod obchodním označením „Lotus“ a „Kremers“, a to ve všech výrobních jednotkách (včetně České republiky) jsou používány stejné výrobní postupy a systém řízení jakosti.

Pokud jde o námitku nezohlednění hospodářské a finanční síly společnosti PENAM spol. s r.o., IČ 46 96 78 51, se sídlem Brno, Cejl 38 (dále též jen „Penam“), uvádím, že společnost Penam byla začleněna do skupiny Agrofert na základě rozhodnutí Úřadu č.j. S 123/04-2860/04 ze dne 3. 8. 2004 (spojení AGROFERT HOLDING / PENAM). Významné z hlediska skutečností odůvodňujících povolení navrhovaného spojení bylo, že rozhodná část

portfolia výrobků spojujících se soutěžitelů se vzájemně nepřekrývala. Skupina Agrofert působila před spojením se společností Penam ze spojením dotčených oblastí totiž pouze v oblasti mlýnských výrobků, kde dosahovala tržního podílu nižšího než 1 %, přičemž ani obrat společnosti Penam nedosahoval výše obratu soutěžitelů, jejichž spojení je ve správním řízení S 31/04 navrhováno. V podrobnostech pak odkazují na vyjádření uvedené v této věci v odůvodnění napadeného rozhodnutí.

V případě namítané větší míry vertikální integrace skupiny Agrofert/Penam jsem zjistil, že spojením vzniklý subjekt bude působit jak v oblasti nákupu, skladování a mletí obilí v mlýnech, tak v prodeji mlýnských výrobků, dále v oblasti pekárenských a cukrářských výrobků a těstovin, mražených potravin pro sítě rychlého občerstvení (např. baget, croissantů a jemného pečiva), potravinářských polotovarů a hotových jídel, bude disponovat sítí maloobchodních prodejen a prodejen rychlého občerstvení a dalšími souvisejícími činnostmi a službami. Kromě toho se bude na rozdíl od skupiny Agrofert/Penam rovněž zabývat **výrobou strojů a zařízení pro potravinářské provozy**. Co se týče ostatních zemědělských komodit uváděných účastníkem řízení, se kterými obchoduje skupina Agrofert/Penam (kmín, mák, maso), které mají vůči spojujícím se soutěžitelům údajně zakládat širší portfolio (vzhledem k tomu, že jsou jako vstupní surovina používáné při výrobě pečiva), poukazují na to, že v případě průmyslových pekáren, kterými disponují jak spojující se soutěžitelé, tak i společnost Penam, se ve většině případů používají, na rozdíl od použití v domácnostech, speciálně upravené kořenící směsi, různé pasty, premixy a koncentráty ve velkoobchodním balení. Účastník řízení např. na straně 31 dotazníku k povolení spojení uvádí nejvýznamnější dodavatele pekařských surovin, mezi které nepatří žádná ze společností typu ZZN (zemědělské zásobování a nákup) vlastněných skupinou Agrofert/Penam, zabývající se především prodejem a nákupem zemědělských komodit. V případě spojujících se soutěžitelů se jedná o tyto nejvýznamnější dodavatele - SETUZA a.s. (dodavatel pekařských margarínů a tuků, past a olejů), Česká droždárenská, a.s. (droždí) a společnost ENZYMA, která je dodavatelem širokého sortimentů přípravků pro pekaře a cukráře. Na webových stránkách společnosti ENZYMA je uveden široký sortiment přípravků pro chléb a sladové výrobky, běžné a jemné pečivo, cereální a biovýrobky (řádově přes 100 přípravků a směsí) a dále široký sortiment náplní suchých tekutých a stabilizátorů náplní (přes 60 typů náplní a směsí). Z uvedeného vyplývá, že pro pekařskou výrobu se používá množství speciálních přípravků, stabilizátorů, směsí a náplní, které musí být odborně vyrobeny s garancí jejich stability, odolnosti proti plísním a následně odzkoušeny v technologickém procesu výroby, jinak by došlo v případě velkovýroby k znehodnocení daného výrobku či jeho nestabilní kvalitě. Např. v případě argumentace účastníka řízení o využití komodity máku, uvádím, že společnost ENZYMA dodává produkt „Maková náplň Enzyma“ – jedná se o makovou náplň vyrobenou exkluzivní termotechnologií zabraňující žluknutí máku nebo jinému znehodnocení během skladování určený pro široký sortiment makových výrobků v pekařské i cukrářské výrobě, kdy není možno použít běžný mák ze ZZN. Co se týče účastníkem uváděného kmínu, jedná se o výrobek „Chlebové koření“ (speciální směs koření pro výrobu chleba, Decor M – neutrální, dekorující posyp na výrobky běžného pečiva aj. (viz webové stránky společnosti Enzyma s.r.o. – [www.ireks.com](http://www.ireks.com), stránka Výrobky).

Oproti tvrzení účastníka řízení, že předmětným spojením nedojde v důsledku spojení k navýšení počtu zásobovaných obchodních míst, neboť oba spojující se subjekty dodávají na stejná obchodní místa, mám za to, že tato situace by v důsledku spojení jednoznačně nastala. Jak vyplývá z **rozmístění výrobních jednotek obou skupin**, zatímco výrobní závody společnosti Odkolek jsou rozmístěny zejména na severu Čech a jeden výrobní závod je na Moravě v Karviné, výrobní závody společnosti Delta, které by účastník řízení v důsledku spojení nabyl, jsou téměř rovnoměrně rozmístěny po celém území České republiky, přičemž

rentabilní vzdálenost pro zásobování obchodů a prodejen zejména čerstvým pekařským a cukrářským pečiva je cca 50-60 km od výroby. Je tedy možno konstatovat, že výrobní jednotky společnosti Odkolek leží mimo tuto vzdálenost na většině území Moravy, jižních Čech a části západních Čech. V případě uzavření smlouvy o dodávkách pekařských výrobků s obchodním řetězcem ze strany Odkolku či jiného výrobce, jehož pekárny nejsou schopny zásobovat všechny regiony České republiky, je pro komplexní zásobování jeho prodejních míst nutno zajistit zásobování některých prodejních míst formou subdodávek od třetího nezávislého subjektu (regionálního výrobce). V případě uvedeného spojení by účastník řízení nabyl další konkurenční výhodu, neboť výrobní závody společnost Delta by mohly nahradit subdodávky pekárenských a cukrářských výrobků od třetích subjektů, a to formou dodávek z vlastních pekárenských provozů. Tyto skutečnosti vyplývají z vyjádření společnosti AHOLD Czech Republic i společnosti Penny Market s.r.o. (příloha č. 17 spisu).

Účastník řízení se rovněž ohrazuje proti závěru Úřadu o výrazném rozšíření výrobního portfolia spojením vzniklého subjektu. Přezkumem správního spisu jsem zjistil, že i přes již existující široké portfolio dochází k jeho rozšíření o významné výrobkové skupiny, např. balené čerstvé a trvanlivé pečivo prodávané pod obchodní značkou DELTA (balený chléb, vánočky, buchty aj.), zamražené pečivo společnosti DELTA FROZEN PRODUCTS, a.s. (bagety pro rychlé občerstvení, croissanty), speciální výrobky a produkty s prodlouženou trvanlivostí zn. „Harry's“ (DooWap, bulky na hamburgery), výrobky trvanlivého pečiva obchodní značky „Lotus“ a „Kremers“ (sušenky, krémové rolády, muffins a oplatků), těstoviny, produkty zdravé výživy společnosti Vegilife, zlepšující přípravky a směsi pro pekařskou výrobu, potravinové mražené polotovary a hotová jídla, dále různé potravinové výrobky mimo pečiva (prodávané v maloobchodní síti DELTA), výrobu těstovin, prodej dekorativních předmětů, výrobu zařízení pro potravinářské provozy. Je tedy zřejmé, že k rozšíření portfolia výrobků v důsledku spojení dochází.

Pokud jde o problematiku countervailing buyer power na straně obchodních řetězců, osvětlil jsem již shora, že významná finanční a hospodářská síla spojením vzniklého subjektu mu umožní chovat se ve značné míře nezávisle na jiných soutěžitelích nebo spotřebitelích (viz vyjádření shora v části 2.D či 2.F (iii)).

Účastník řízení dále argumentuje srovnáním posuzovaného případu s rozhodnutím Úřadu č.j. S 237/03 ve věci spojení Agrofert/Kostelecké uzeniny. V této věci se však prvostupňový orgán zabýval ekonomickou a finanční silou obchodních řetězců a jejich možností sjednávat si výhodné cenové podmínky s dodavatelem zpracovaného vepřového, hovězího a drůbežího masa a masných výrobků. Jak již bylo zmíněno, každý relevantní trh se vyznačuje určitými specifiky, a proto není možno shodné postupy posouzení věci aplikovat i na trh pekařských výrobků, a to z pohledu rozdílné trvanlivosti masných výrobků (obecně vyšší) oproti běžnému čerstvému pečivu (chléb, rohlíky), s čímž souvisí i systém zásobování (několikrát denně u pečiva), možnostem celoplošného zásobování aj.

V případě namítaného spojení společností Odkolek a DELTA MLÝNY (č.j. S 25/03) byla Úřadem posuzována situace zcela odlišná ve srovnání s posuzovaným případem spojení ve správním řízení č.j. S 31/04. Přes navýšení tržního podílu na jednotlivých relevantních trzích mouk v případě S 25/03 totiž, (i) měla společnost Odkolek logicky nižší tržní podíl na trhu čerstvého běžného pečiva a chleba (cca [...] % za rok 2002) než spojením vzniklý subjekt (Odkolek a Delta) posuzovaný v rámci správního řízení S 31/04 (cca [...] %), (ii) společnost Odkolek při posuzování spojení soutěžitelů S 25/03 nebyla lídrem trhu a její podíl oproti vedoucí společnosti byl významně nižší ([...] % tržní podíl), (iii) došlo k nárůstu podílu na jednotlivých relevantních trzích mouk za období roku 2003 (např. tržní podíl na trhu mouky pro pekařské účely se zvýšil z cca [...] % na [...] %), (iv) podstatný je rovněž významný nárůst finanční a tržní síly o skupinu soutěžitelů Delta disponující zhruba dvakrát



vyšším obratem než je obrat skupiny Bakeries (Odkolek) a (v) podstatný je zisk soutěžitele na trhu, který je schopen jako jediný celoplošně zásobovat svými výrobky území České republiky.

Uvádí-li účastník řízení, že Úřad nepřiměřeně zveličuje význam maloobchodní sítě provozované spojujícími se soutěžiteli, jejichž obrat je dle mínění účastníka řízení zanedbatelný, podotýkám, že uvedené tvrzení účastníka řízení je v rozporu s jeho předchozím prohlášením, když v článku publikovaném v podnikovém časopise pod názvem „Velké pekárny stále více věří vlastním obchodům“, uvádí, že společnosti Delta a Odkolek začaly spolupracovat v oblasti provozoven s rychlým občerstvením, že největší tuzemské pekárny se snaží stále častěji oslovit zákazníky prostřednictvím vlastních prodejen a tato strategie se firmám začíná vyplácet, když tržby z jejich vlastních provozoven v současnosti tvoří významnou část celkových příjmů. Z uvedeného vyplývá účelovost výše uvedené námitky, proto jí nelze přisvědčit.

#### **ad (ii)**

Námitce účastníka řízení o „zveličením významu právních a jiných překážek“ vstupu na trh nemohu přisvědčit. Přezkoumal jsem závěry Úřadu pokud jde o právní a jiné překážky vstupu dalších soutěžitelů na spojením dotčené trhy uvedené na stranách 18 a 19 napadeného rozhodnutí, kde se Úřad podrobně problematikou překážek vstupu potenciálních soutěžitelů na trh zabýval.

Konstatuji, že bariéry vstupu na trh jsou významným kritériem pro posouzení existence, resp. neexistence možnosti realizace nezávislého soutěžního chování na relevantních trzích; jejich posouzení se proto jeví jako nezbytné. V řízení bylo zjištěno, že vzhledem k překážkám právním i hospodářským je velmi obtížné uskutečnit vstup nového soutěžitele na předmětné trhy na území České republiky, tedy takového soutěžitele, který by byl významným konkurentem spojením vzniklého subjektu, a to zejména u podstatné části odběratelů jako jsou obchodní řetězce. Vstup nových soutěžitelů se uskutečňuje pouze v omezené míře na regionální úrovni a tito soutěžitelé nepředstavují vážnou konkurenci pro spojující se soutěžitele. O tom svědčí i prohlášení pana Marko Paříka, spolumajitele společnost Delta (Hospodářské noviny, 9. 2. 2004, s. 19: Pečivo umíme dělat pro celou střední Evropu), kdy na otázku, cit.: „*Jak vám ale ti malí podnikatelé mohou konkurovat?*“, vyslovil názor, že: „*Nemá vůbec smysl, aby se o to snažili. Dá se totiž říci, že pekárničky a velké společnosti vlastně nepracují v tom samém oboru. Musí se zaměřovat na jiný druh zboží i způsob jeho prodeje.*“ Existence bariér pro vstup do obchodních řetězců pro konkurenty spojujících se soutěžitelů byla potvrzena i prohlášením Podnikatelského svazu, že je možno předpokládat přesun ostatních výrobců do zbytků regionálních trhů s jistým dopadem na jejich počet, ať již z důvodu zániku nebo možné koncentrace“ (ve spisu I. č. 174).

#### **ad (iii)**

K námitce účastníka řízení, že posouzení možnosti volby odběratelů a dodavatelů neodpovídá reálné situaci na relevantních trzích s tím, že Úřad použil řadu spekulativních argumentů, týkajících se převážně postavení spojujících se soutěžitelů ve vztahu k obchodním řetězcům, uvádím, že v rámci vymezeného relevantního trhu byly posuzovány rovněž jeho segmenty z hlediska odběratelů, a to segmenty dodávek do obchodních řetězců a dodávek do regionálních malých prodejen. Uvedené členění účastník řízení v průběhu správního řízení nerozporoval. Šetřením na trhu Úřad zjistil, že podíl dodávek spojujících se soutěžitelů pro tyto obchodní řetězce tvoří rozhodující či významnou část dodávek pekárenských a cukrářských výrobků. Uvedený závěr vyplývá nejen ze stanoviska Podnikatelského svazu (ve spisu I. č. 171 an.), avšak i z vyjádření oslovených obchodních řetězců, např. společnosti Ahold Czech Republic (ve spisu I. č. 125 a I. č. 176-177), společnosti Delvita a.s. (ve spisu I.

č. 127 a l. č. 188-189), společnosti Tesco Stores ČR a.s. (ve spisu l. č. 130 a l. č. 183), jejichž podíl na prodeji pečiva v České republice v porovnání s prodeji mimo obchodní řetězce neustále roste. V této souvislosti poukazují rovněž na závěry renomované agentury INCOMA Consult, v současnosti nejvýznamnější výzkumné agentury pro marketingové řízení na českém trhu, které potvrzují trend růstu prodeje potravinářských výrobků (včetně pekárenských) v obchodních řetězcích oproti ostatním prodejním kanálům.

Mám za prokázané, že pokles prodejů potravinářských výrobků mimo obchodní řetězce a možnost využití kapacity až 20 pekáren, jimiž žádný jiný soutěžitel nedisponuje, by se projevil zvýšením objemu dodávek pekárenských výrobků ze strany spojujících se soutěžitelů obchodním řetězcům, čímž by byl vytvořen prostor pro jejich komplexní zásobování za lepších dodacích podmínek oproti ostatním soutěžitelům. Posílení pozice spojením vzniklého subjektu, a to především vůči obchodním řetězcům, by mohlo vést k nárůstu tržního podílu spojením vzniklého subjektu zvláště na trhu čerstvého běžného pečiva a chleba. Nelze pak vyloučit možné postupné vytlačení menších konkurentů z trhu.

Význam dodávek spojujících se soutěžitelů pro obchodní řetězce potvrdila ve svém prohlášení m.j. i společnost AHOLD Czech Republic a.s. (provozovatel hypermarketu Hypernova a největší supermarketové sítě v České republice Albert) ve správním řízení č.j. S 233/03, kdy v rámci protokolu o poskytnutí informací uvedla, že cit.: „*Pro dokreslení míry naší závislosti na společnostech Delta, Odkolek a Penam můžeme uvést, že například náš roční obrat se společností Delta činí cca ..... mil Kč, s Penamem ..... mil Kč a s Odkolkem cca ..... mil Kč. Obrat s ostatními dodavateli se pohybuje od ..... tis Kč do ..... mil Kč ročně (obchodní tajemství společnosti Ahold). Vzhledem k objemům pečiva, které odebíráme od uvedených tří společností, není možné ani v horizontu týdnů přejít od kteréhokoliv z nich k jinému dodavateli (zejména místní výrobci nejsou schopni zvýšit ani v horizontu měsíců své dodávky). Nahradit dodávky společnosti Delta vzhledem k obrovskému procentu odebíraného pečiva v poměru k celkovému objemu pečiva, které odebíráme, není možné vůbec – ani například s pomocí dalších dvou jmenovaných společností.*“

Pokud jde o namítaný podíl „TOP 50“ obchodních řetězců na celkovém prodeji pečiva v České republice, konstatuji, že vzhledem ke skutečnosti, že neexistují přesné statistiky o počtu prodaného čerstvého pečiva v obchodních řetězcích, bylo nezbytné užít odborného odhadu Podnikatelského svazu, podle něhož obrat pekárenských a cukrářských výrobků činí cca 3-4 % z celkového obratu potravin spojujících se soutěžitelů, což představuje přibližně 50% spojujících se soutěžitelů. Účastník řízení ovšem argumentuje rozdílnou výší tržeb za pekárenské výrobky v TOP 50, a to **12 mld. Kč**, z čehož odvozuje tržní podíl spojujících se soutěžitelů ve výši 21,7 %. Srovnáme-li však celkový objem trhu čerstvého pečiva a chleba v roce 2003 (v hmotnostním vyjádření cca 625,8 tis. tun a **11 161 mil. Kč** - dle údajů ČSÚ), lze dospět k závěru, že údaj uvedený účastníkem řízení je značně nadhodnocený, nehledě k tomu, že je dokonce vyšší než celkový údaj o trhu čerstvého pečiva a chleba, bez ohledu na segment trhu odběratele.

Na základě Úřadem zjištěných skutečností, jež tvoří obsah spisu správního řízení, mám za prokázané, že navrhované spojení soutěžitelů by mohlo vést k posílení vyjednávací pozice spojením vzniklého subjektu, a tím vytvořit bariéru pro vstup menších producentů pekařských výrobků na trh, pokud by chtěli uplatnit své dodávky v obchodních řetězcích; námitce účastníka řízení proto nepřisvědčuji.

#### **ad (iv)**

K námitce účastníka ohledně nesprávného zhodnocení významu výzkumu, vývoje a inovací na relevantních trzích, uvádím, že ačkoli výzkum ani vývoj nehrají zásadní roli při nabídce pekařského a cukrářského zboží, schopnost inovace výrobků ze strany výrobců na

tržích pekárenských výrobků má značný vliv na konkurenceschopnost daného výrobce, na což ostatně Úřad v napadeném rozhodnutí poukázal, když zdůraznil rychloobrátkovost zboží, u něhož zákazník vnímá kromě kvality také vzhled a design obalu, sensorické vlastnosti aj. Schopnost výrobce sledovat nové trendy vývoje v poptávce, nabízet stále nové, inovované výrobky a rozšiřovat sortiment, je bezpochyby významným předpokladem pro úspěšnost prodeje takového produktu, a tím i konkurenceschopnost daného výrobce.

Skutečnost, že inovace má zásadní význam pro úspěšnost prodeje výrobků potvrdili i samotní spojující se soutěžitelé, např. cit.: „*Bohatý sortiment kvalitního čerstvého pečiva, neustálá inovace portfolia výrobků a servisní služby na nejvyšší úrovni neustále zvyšují hodnotu Delta pékáren v očích veřejnosti i obchodních partnerů.*“ (Výroční zpráva Delta za rok 2002, příloha spisu č. 3) či zařazení citace „*Neustále sledovat nové trendy a inovovat sortiment*“ mezi základní kréda a vize společnosti do budoucna (Výroční zpráva Delta za rok 2003, příloha spisu č. 10). O uvedeném svědčí i vyjádření pana Marko Paříka, spolumajitele a předsedy představenstva společnosti Delta, který v souvislosti s možností vývozu zboží poukázal na nutnost investic do nových výrobků, použití loga na obalu, význam marketingu a reklamy, jak bylo uvedeno v časopisu zaměstnanců společnosti Delta č. 2/03 v článku „*Precisnost, profesionalita, adaptace*“ (příloha č. 11 spisu).

#### **ad (v)**

Přezkoumal jsem dále námitku účastníka řízení o spekulativnosti tvrzení Úřadu, že spojením vzniklý subjekt by se stal cenovým lídrem či cenovým barometrem. Zdůrazňuji, že prvostupňový orgán sice jako součást podkladového materiálu použil zčásti i informace získané od soutěžitelů v průběhu správního řízení S 233/03, které řádně učinil obsahem spisu tohoto správního řízení S 31/04, v odůvodnění napadeného rozhodnutí však zároveň zdůraznil, že závěry Úřadu vyjádřené v rozhodnutí ve věci dosud nenabýly právní moci. Neoperoval tedy nikterak s celkovým posouzením případu. Závěry o možnosti spojením vzniklého subjektu ovlivňovat chování ostatních konkurentů v cenové oblasti, tak jak bylo popsáno na stranách 22 a 23 napadeného rozhodnutí, vyplývají zejména na základě zjištění učiněných v předmětném správním řízení S 31/04.

#### **2.G *Nezákonost postupu Úřadu v souvislosti se závazky navrženými účastníkem řízení za účelem odstranění obav Úřadu z podstatného narušení hospodářské soutěže v důsledku spojení, kdy účastníku řízení údajně nebyla poskytnuta součinnost při stanovení závazků ani Úřad sám nestanovil žádné podmínky či omezení ve prospěch zachování účinné soutěže.***

Přezkoumal jsem námitku účastníka řízení a ze správního spisu jsem zjistil, že přestože Úřad sdělil účastníku řízení zjištěné obavy z narušení hospodářské soutěže již v přípisu ze dne 23. 4. 2004, který byl účastníku doručen dne 26. 4. 2004, účastník řízení neprojevil jakoukoli aktivitu směrem k možnosti navržení závazků odstraňujících předestřené obavy Úřadu. Učinil tak až v důsledku snahy Úřadu, který vědom si závažnosti dopadů předmětného spojení, ač k tomu nebyl povinen, jej k tomu fakticky vyzval v přípisu ze dne 9. 9. 2004, kterým bylo nařízeno ústní jednání s účastníkem řízení na den 14. 9. 2004 (ve spisu l. č. 419), a to za účelem projednání obav Úřadu, s nimiž byl účastník řízení již předem obeznámen, a případné formulace možných závazků účastníka řízení ve prospěch zachování účinné hospodářské soutěže. V začátku ústního jednání Úřad účastníku řízení opakovaně sdělil zjištěné obavy (ve spisu l. č. 422-423). Poté Úřad vyzval účastníka řízení, aby v případě, že je ochoten přijmout závazky ve smyslu § 17 odst. 3 zákona, kterými by bylo eventuálně možné podmínit trvání povolení spojení, tak učinil (ve spisu l. č. 424). Závazky navrhované účastníkem řízení byly Úřadu doručeny dne 15. 9. 2004 (ve spisu l. č. 430-431). Bezprostředně následujícího dne 16. 9. 2004 vyzval Úřad účastníka řízení k doplnění

předložených závazků (ve spisu I. č. 447-448) a dále jej upozornil na možnost předložení dalších omezení ve prospěch účinné hospodářské soutěže v rámci vyjádření se k podkladu pro rozhodnutí konaného dne 22. 9. 2004 (ve spisu I. č. 467), kdy účastník rozšířil své původně přijaté závazky a na žádost Úřadu se zavázal doplnit tyto nové závazky o bližší identifikaci předmětů převodu (ve spisu I. č. 473-476), což účastník řízení dne 23. 9. 2004 učinil (ve spisu I. č. 483-487).

Mám za to, že účastníku řízení bylo ze strany Úřadu dostatečným způsobem umožněno definovat rozsah závazků, který by byl účastník řízení ochoten přijmout; účastníku řízení tak byla nepochybně poskytnuta potřebná součinnost.

Považuji za vhodné v této souvislosti poukázat na příslušnou úpravu komunitárního práva, kterou ač se vztahuje k řízením s komunitárními rozměry, lze vzhledem k absenci podrobnější vnitrostátní úpravy, přiměřeně použít.

V Oznámení Komise č. 68/03, o opravných prostředcích přijatelných podle nařízení Rady (EHS) č. 4064/89 a podle nařízení Komise (ES) č. 447/98 Komise, v kap.VI. část 1. „Podstatné prvky závazků k převodu“ odst. (46) je uvedeno, že cit.: „*U typického závazku k převodu se převáděný podnik obvykle skládá z kombinace hmotných a nehmotných aktiv, která může mít podobu existující společnosti nebo skupiny společností nebo ekonomické činnosti, která předtím nebyla sama o sobě ustavena jako společnost. Při předkládání závazku k převodu proto strany musejí uvést přesnou a vyčerpávající definici plánovaného předmětu převodu (dále jen „popis podniku“ nebo jen „popis“). Popis musí obsahovat všechny prvky, které podnik musí mít, aby mohl jednat na trhu jako životaschopný soutěžitel: hmotná aktiva (například výzkum a vývoj, produkce, distribuce, prodej a uvádění na trh) a nehmotná aktiva (například práva duševního vlastnictví, goodwill), zaměstnance, dohody o dodávkách a prodeji (s dostatečnými zárukami jejich převoditelnosti), seznam zákazníků, dohody o poskytování služeb uzavřené se třetími stranami, technickou podporu (rozsah, trvání, náklady, kvalitu) a další. Aby bylo vyloučeno jakékoli nedorozumění o převáděném podniku, je nutné samostatně vyjmenovat aktiva, která podnik používá, ale která strany nehodlají převést.“* Dále je v odst. č. 48 uvedeno, že cit.: „*Aby byla zajištěna účinnost závazku, je prodej navrhovanému nabyvateli podmíněn schválením Komise. Obvykle se vyžaduje, aby nabyvatelem byl životaschopný současný nebo potenciální soutěžitel, který je na stranách nezávislý a není s nimi spojen, má finanční zdroje (Komise nepřijímá převody financované prodávajícím kvůli dopadu na nezávislost převáděné společnosti), prokázané zkušenosti a má motivaci zachovat a rozvíjet převáděný podnik jako aktivní soutěžní sílu, která bude se stranami soutěžit. Kromě toho nesmí být pravděpodobné, že nabytí podniku konkrétním navrhovaným nabyvatelem vyvolá nové problémy soutěže nebo riziko, že bude odloženo provádění závazku. Na tyto podmínky se dále odkazuje jako na „normy pro nabyvatele“.* Aby byl zachován strukturální účinek opravného prostředku, **nesmí podnik vzniklý fúzí následně získat vliv nad celým převedeným podnikem nebo jeho částí**, i kdyby závazek neobsahoval takovou výslovnou doložku, ledaže Komise dříve uvedla, že se struktura trhu změnila do takové míry, že nepřítomnost vlivu nad převedeným podnikem už dále není nezbytná proto, aby bylo spojení slučitelné se společným trhem.“

Rovněž v kap.VI. části č. 5 „Schválení nabyvatele a kupní smlouva“ je v odst. (58) uvedeno, že cit.: „*Strany nebo správce mohou přistoupit k převodu pouze tehdy, pokud Komise schválí navrhovaného nabyvatele a kupní smlouvu podle ujednání obsažených v závazku. Vyžaduje se, aby strany nebo správce k uspokojení Komise prokázali, že navrhovaný nabyvatel splňuje požadavky závazků, tedy normy pro nabyvatele, a že se podnik prodává způsobem, který odpovídá závazkům. Komise sdělí formálně svůj názor stranám. Je možné, aby před tím úředníci Komise projednali s navrhovaným nabyvatelem, jakou má motivaci pro soutěžení se subjektem, který vznikne fúzí, podle obchodního plánu. Pokud se*

*pro různé části balíčku nabízejí různí nabyvatelé, Komise zhodnotí, zda je každý jednotlivý nabyvatel přijatelný a zda celkový balíček vyřeší problém soutěže.“*

V souladu s uvedenou legislativou postupovala Evropské komise např. i ve věci spojení soutěžitelů M. 2547 – Bayer/Aventis Crop Science, kdy podmínila povolení navrhovaného spojení soutěžitelů splněním rozsáhlého souboru závazků, přijatých účastníkem řízení, jejichž účelem bylo zmírnění dopadů spojení soutěžitelů na soutěž na relevantních trzích. Uvedený soubor závazků obsahoval rovněž závazek, že cit.: *„Kupující odprodávaných obchodů musí být nezávislí na smluvních stranách a nesmí mít k těmto stranám nebo ke kterémukoli přímo či nepřímo sdruženému členu skupiny žádné vztahy. Kupující musí vlastnit dostatečné finanční prostředky, musí mít zkušenosti a snahu udržet a rozvíjet odprodávané obchody na úrovni, která by byla vůči společnosti Bayer a jakýmkoli či nepřímo sdruženým členům skupiny či vůči ostatním konkurentům životaschopná a konkurenceschopná.“* (Dodatek rozhodnutí „Závazky“, oddíl č. 5, odst. 221., M. 2547 – Bayer/Aventis Crop Science).

Obdobným způsobem stanovil podmínky i Úřad ve věci spojení soutěžitelů - společnosti **BAYER AG** a společnosti Aventis CropScience Holding SA, když v rozhodnutí ze dne 14. 6. 2002 č.j. S 119/01- 2133/02 stanovil podmínku cit.: bod. č.6. *„Účastník řízení je povinen předmět převodu převést na takového nabyvatele, který je na stranách spojení vlastnický, finančně a personálně nezávislý a který má předpoklady k udržení a rozvoji předmětu převodu.“* a dále k tomu uvedl, že cit.: *„ ... předmět převodu musí být převeden na takového nabyvatele, který je na stranách spojení zcela nezávislý, a to jak vlastnický, tak finančně či personálně, a který tudíž není ve vztahu ke stranám spojení mateřskou, dceřinou či sesterskou společností, popř. není se stranami spojení personálně propojen. Nabyvatel musí mít předpoklady k udržení a rozvoji předmětu převodu. Těmito předpoklady se mají na mysli zejména dostatečné finanční prostředky a zkušenosti. Nabyvatel by měl být schopen udržet a rozvíjet konkurenceschopnost převedených aktivit na trhu.“*

Analogicky jsou tyto požadavky na kupujícího zakotveny v případě strukturálních závazků např. i v americké soutěžní legislativě, týkající se problematiky opatření v oblasti fúzí, kdy kupující musí být vhodný subjekt, který se stane v dlouhodobém měřítku konkurentem spojením vzniklého subjektu (dokument U.S. Department of Justice Antitrust Division, Antitrust Division Issues Merger Remedies Guide, 21. 10. 2003, strana 1, a Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, říjen 2004).

Uzavírám tedy, že smyslem strukturálních závazků či podmínek ukládaných Úřadem, ale i dalšími soutěžními úřady, včetně Evropské komise, je jednak snížení výrobních kapacit spojením vzniklého subjektu, ale současně zajištění dalšího provozování převáděných aktiv zejména konkurenty spojujících se soutěžitelů tak, aby nedošlo ke snížení nabízeného množství produktů na dotčených relevantních trzích. Mimo jiné i z důvodu, že účastník řízení závazek zahrnující určité požadavky na kupujícího ve směru jeho schopnosti udržet a rozvíjet předmět převodu nenavrhnul, a nebylo tak v případě převodu předmětu (pekářských a mlýnských výrobních kapacit) zaručeno jeho další provozování v oblasti pekářské výroby a tím vznik konkurenceschopného soutěžitele v dlouhodobém měřítku, nebylo možno navrhované závazky přijmout. Závazky navržené účastníkem řízení v bodech 1 a 2 (viz část 4.8.1 napadeného rozhodnutí) se totiž týkaly převodu prázdných areálů. V případě zájmu jejich nabyvatele o další provoz pekářské výroby by bylo nezbytné vynaložit nejen značnou částku na nákup takového areálu, avšak bylo by třeba dalších významných investic do příslušných výrobních technologií. Účastníkem navržené závazky nadto ani neobsahují závazek převodu uvedených areálů na osoby schopné a ochotné pokračovat v provozu pekářské, případně mlýnářské výroby.

Na základě shora uvedeného posouzení se předložené závazky nejeví jako dostatečné pro možné povolení notifikovaného spojení, neboť nezabezpečují takovou změnu struktury trhu, aby efektivním způsobem odstranily identifikované obavy z podstatného narušení hospodářské soutěže na vymezeném relevantním trhu.

Závěrem konstatuji, že posouzení předmětného rozhodnutí bylo založeno na souhrnu všech skutečností v podrobnostech uvedených v kapitole 7. napadeného rozhodnutí „Celkové zhodnocení dopadů uskutečnění posuzovaného spojení soutěžitelů“, zejména na vysoké tržní síle spojením vzniklého subjektu. Navýšení tržní síly spojením vzniklého subjektu spolu s ostatními faktory by mohlo mít za následek podstatné narušení hospodářské soutěže na trhu čerstvého běžného pečiva a chleba. Vzhledem k síti pekáren rozmístěných rovnoměrně po celém území České republiky, možnostem podpory ze strany významných zahraničních společností s kapitálovou účastí, vertikální integraci na produkci mlýnských výrobků, širokému výrobnímu portfoliu zahrnujícímu většinu pekářských a mlýnských výrobků a m.j. i výrobním kapacitám s významnými rezervami, nelze vyloučit negativní dopady předmětného spojení na střední a malé výrobce pekařského a cukrářského pečiva, kteří jsou ve vztahu ke spojením vzniklému subjektu v konkurenčním vztahu, resp. ve vztahu odběratelském (zejména výchozí suroviny nezbytné pro výrobu pekařského a cukrářského pečiva), či v pozici subdodavatele pekařského a cukrářského pečiva pro spojující se soutěžitele (v rámci kooperačních vazeb).

Po přezkoumání námitek účastníků řízení obsažených v rozkladu jsem neshledal důvody pro povolení notifikovaného spojení, případně pro zrušení napadeného rozhodnutí a jeho vrácení k novému projednání.

Konstatuji, že Úřad se v odůvodnění napadeného rozhodnutí obsáhle zabýval skutkovou stránkou věci, uvedl podle kterých právních předpisů rozhodoval a jakými úvahami byl veden při hodnocení shromážděných důkazů. Postup Úřadu nebyl rovněž v rozporu s předpisy komunitárního soutěžního práva v oblasti spojování podniků a souvisejícími judikáty Evropské komise, z nichž Úřad při posuzování věci podpůrně vycházel a na které v odůvodnění rozhodnutí odkázal.

Návrhu účastníka řízení jsem proto nevyhověl, další dokazování nad rámec materiálů obsažených ve správním spise považoval již za nadbytečné a ve smyslu ustanovení § 59 odst. 2 správního řádu na základě návrhu zvláštní komise podle ustanovení § 61 odst. 2 téhož zákona rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

## **P o u č e n í**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle ustanovení § 61 odst. 2 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění pozdějších předpisů, dále odvolat.

Ing. Josef Bednář  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Rozhodnutí obdrží:

právní zástupce účastníka řízení  
JUDr. Pavel Dejl, LL.M., Ph.D., advokát  
advokátní kancelář Kocián Šolc Balašík  
Jindřišská 34, Praha 1, PSČ 110 00

Toto rozhodnutí nabylo právní moci a stalo se vykonatelným dne 3. 2. 2005.

*Údaje v rozhodnutí označené jako [...] tvoří předmět obchodního tajemství.*