č. j. 2 A 10/2002 - OL - 269

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
Joštova 8, Brno
Došlo: 12 -05- 2004
Číslo: 4511/04 Vyřizuje:
Přílohy:

ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy JUDr. Václava Novotného a soudců JUDr. Ludmily Valentové a JUDr. Lenky Matyášové v právní věci žalobce: **Karlovarské minerální vody, a. s.**, se sídlem Horova 3, Karlovy Vary, zastoupené JUDr. Dagmar Dubeckou, PhD., advokátkou AK se sídlem Jindřišská 34, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, Joštova 8, 601 56 Brno, o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 6. 3. 2002, č. j. R 18/2001,

takto:

I. Žaloba **se zamítá**.

II. Žalovanému **se** náhrada nákladů řízení **nepřiznává**.

Odůvodnění:

Žalobou podanou u Vrchního soudu v Olomouci dne 7. 5. 2002 se žalobce domáhal zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 6. 3. 2002, č. j. R 18/2001 a jemu předcházející rozhodnutí správního orgánu I. stupně ze dne 27. 9. 2001, č. j. S 31/01-1648/01 a vrácení k dalšímu řízení.

Rozhodnutím vydaným v 1. stupni žalovaný nepovolil spojení podniků Karlovarské minerální vody, a. s., Poděbradka spol. s r. o a Hanácká Kyselka s. r. o., (dále také KMV, P, HK) k němuž mělo dojít podle § 8 odst. 2 písm. a/ zák. č. 63/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění zák. č. 495/1992 Sb., zák. č. 286/1993 Sb. a zák. č. 132/2000 Sb. (dále jen „zákon") s tím, že žalobce měl získat kontrolu ve společnosti Poděbradka spol. s r. o. prostřednictvím nákupu 100% obchodního podílu od stávajících společníků na základě smluv o převodu obchodního podílu Poděbradka spol. s r. o., přičemž měl současně získat kontrolu ve společnosti Hanácká Kyselka s. r. o. v důsledku získání vlastnictví minimálně 51% obchodního podílu této společnosti, a to na základě smluv o převodu obchodního podílu Hanácké Kyselky s. r. o. od stávajících podílníků, přičemž v současné době vlastní 35% obchodního podílu společnosti Hanácká Kyselka s. r. o. prostřednictvím své 100% ovládané dceřiné společnosti DK Invest a. s. Spojení nebylo povoleno s poukazem na ust. § 8a odst. 2 zákona. Žalovaný na 37 stranách rozhodnutí podrobně odůvodnil: uvedl charakteristiku spojovaných subjektů, a to z hlediska zápisu v obchodním rejstříku těchto společností, včetně uvedeného předmětu podnikání. Vymezil relevantní trh ve všech jeho segmentech, totiž relevantní trh věcný, geografický a časový. Trh vymezil jako trh balené přírodní vody minerální a stolní a trh balené ochucené vody minerální a stolní. Při výpočtu podílu žalobce na relevantním trhu žalovaný úřad zjistil, že na obou z těchto trhů vždy bude podíl spojeného subjektu po spojení všech uvedených společností přesahovat 30% hranici. Při výpočtu použil index Herfindahl-Hirshmannův (HHI). Dále se zabýval posouzením dopadů spojení; rozlišil situaci na trhu balené přírodní vody minerální a stolní a balené ochucené vody minerální a stolní, když zásadní negativa shledal na trhu balených přírodních vod minerálních a stolních, kde by stěžovatel zaujímal po spojení také vyšší podíl. Za významný faktor, který může ovlivnit budoucí tržní strukturu na trhu balených přírodních vod minerálních a stolních, považoval i stávající míru využití výrobních kapacit. V dalším zvážil, že vycházel ze zkušeností jiných zemí o tom, že vysoká koncentrace několika subjektů na trhu balených přírodních vod minerálních a stolních se stává bariérou pro vstup nových soutěžitelů, těžko se proniká na zahraniční trh z důvodu preference národně užitých značek, která je významným faktorem na straně poptávky. Spotřebitelé, kteří se přeorientovali na nové dovážené značky se stejně po krátkém čase vrací k osvědčeným národním značkám. Vysoký tržní podíl je velkou bariérou pro vstup na trh. Sdružení více značek, zejména jedná-li se o značky, které spontánní znalostí vedou u konečného spotřebitele, může vést k významnému posílení portfoliové síly spojeného soutěžitele. Úřad má zato, že zvažovaným spojením vznikne subjekt s portfoliovou silou, který získá takové výhodu celkového posílení svých pozic vůči zákazníkům, neboť může poskytnout širokou paletu výrobkových značek, má vyšší flexibilitu při tvorbě struktury cen jednotlivých výrobků a při stanovení výše poskytovaných slev bude mít větší potenciál možností pro realizaci vázaného prodeje, bude schopen realizovat úspory z rozsahu při prodeji a marketingu svých výrobků a vzniká hrozba pro odběratele související s odmítnutím dodávek. Uvádí, že by se jednalo v daném případě o dva trhy, avšak je velmi snadné posílit výboru ochucených minerálních a stolních vod z technologického hlediska. Odchod některých menších výrobců minerálních vod z trhu může mít vliv na uživatele minerálních vod, kteří jsou geneticky zvyklí na určité prameny desítky let. Významný rozdíl v tržních podílech mezi soutěžitelem s nejvyšším tržním podílem a dalšími konkurenty je skutečnost, ke které je nutno přihlížet. Zprávu prof. Rizza správní orgán hodnotil jako kvalifikovaný materiál odborníka, jehož názory mají napomoci rozvoji výrobců minerálních vod, ale nezohledňuje možné negativní dopady na stávající trh balených přírodních vod minerálních a stolních v České republice. Struktura nabídky na relevantním trhu balených přírodních vod minerálních a stolních je determinována zejména distribučním

systémem, tzv. moderní distribuce (hypermarkety, velké supermarkety, diskontní prodejní a maloobchodní řetězce). Spojením společností KMV, HK, P by vznikl subjekt, který bude mít výhodu pro sjednávání obchodních podmínek se subjekty, patřícími do systému tzv. moderní distribuce. Úřad vyšel ze zjištění, která provedl v roce 1999 v souvislosti se stížnostmi týkajícími se požadavku na vstupní poplatek 10% celkového obratu dodavatele za rok v rámci tzv. moderní distribuce. Jiné obchodní řetězce požadovaly aktivační poplatek při otevření obchodního domu ve výši 250 000,- až 300 000,- Kč, nebo účasti na promočních akcích v částkách od 10 000,- do 60 000,- Kč či slevy z faktur v řádech 5% až 21%, dále byla požadována marketingová podpora při zavádění nového výrobku od 10 000,- do 50 000,- Kč, v jednom případě až 520 000,- Kč, což bylo 5% z obratu dodavatele. Vývoj maloobchodního trhu je charakterizován obecným trendem koncentrace a významným nárůstem zavádění vlastních obchodních značek ze strany maloobchodníků. Důvody, které vedou ke koncentraci, jsou spatřovány ve změnách zvyklosti konečného spotřebitele, který preferuje nákup pod jednou střechou, když 73% zákazníků navštěvuje týdně dva i více supermarkety a 27% navštěvuje jeden supermarket týdně. Na základě lepších obchodních podmínek nabízených spojeným podnikem s tím, že se bude jednat o prodej velkých objemů, budou velkoobchody preferovat obchodní značky uvedených výrobců balených přírodních vod minerálních a stolních. Ve svém důsledku by tato situace, při které silný subjekt bude moci nabízet stále lepší obchodní podmínky, znamenala, že šance výrobků malých dodavatelů dostat se do skladových prostor obchodních řetězců se zmenšují a v konečném důsledku by mohla vést i k zániku obchodní značky na úkor konečného spotřebitele. Mohlo by tak dojít ke snížení možnosti výběru konečného spotřebitele či možností získání široké palety minerálních látek pro lidský organismus. Postupnou další koncentrací může dojít ke vzniku oligopolistické struktury, portfoliový efekt všech značek výrobků KMV, HK, P umožní vyšší flexibilitu při tvorbě struktury ceny jednotlivých výrobků a poskytne tomuto subjektu větší potencionální možnost pro realizaci vázaného prodeje. Úřad deklaroval, že se velkým výrobcům nemá bránit stát se ještě většími, ale nesmí se to stát za podmínek, že koncentrace naruší hospodářskou soutěž na trhu. Vysoký tržní podíl může znamenat vážnou bariéru pro rozvoj ostatních konkurentů na obou trzích, včetně potencionálních zahraničních dovozců, což může mít za následek podstatné narušení hospodářské soutěže na trhu jako újma, kterou nemohou převážit výhody uvedené účastníkem řízení. Trh balených přírodních vod minerálních a stolních je silně marketingově orientovaný. Dostatek volných finančních prostředků vlastníka spojených podniků rovněž přinese rozvoj propagační a marketingové činnosti. Tato skutečnost ve spojení s vysokým tržním podílem při využití povolené kapacity minerálních zdrojů a vlastněním většího počtu spontánních značek bude ještě více prohlubovat stávající nerovné postavení ostatních výrobců balených přírodních vod minerálních a stolních ve vztahu ke vznikajícímu spojenému subjektu. Úřad uvedl, že za předpokladu, že neexistují žádné celní bariéry pro dovoz přírodních minerálních vod z řady evropských zemí a dovozní clo pro přírodní minerální vody ze zemí EU bylo zrušeno a přitom i tak byl dovoz v roce 2000 s cca 0,1%, nelze očekávat v blízkém časovém horizontu vstup takového subjektu, který i přesto, že bude disponovat dostatkem volných prostředků a povede masivní propagační činnost, bude schopen docílit účinnou protiváhu spojenému podniku Karlovarské minerální vody, Hanácká Kyselka a Poděbradka v propagaci výrobků. Vstup každého nového subjektu na trh ČR z hlediska ochrany hospodářské soutěže přispívá k posílení konkurenčního prostředí ve prospěch konečného spotřebitele. Na trhu balených přírodních vod minerálních a stolních není konkurent, který by disponoval srovnatelnými objemy zdrojů, jako spojení subjektu KMV, HK a P. V další části se pak zabýval konkrétními námitkami vznesenými proti povolení spojení a také konstatoval vyjádření třetích stran

proti připravovanému spojení, a to jak od výrobců vod, tak od jejich prodejců, případně distributorů, ale také vyjádření a stanoviska, jež podporují připravované spojení.

V rozhodnutí o rozkladu vydaném předsedou Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže byl výrok prvostupňového rozhodnutí změněn tak, že spojení podniků Karlovarské minerální vody, a. s. a Poděbradka, spol. s r.o., k němuž má dojít podle ust. § 8 odst. 2 písm. a/ zák. č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění zák. č. 495/1992 Sb., zák. č. 286/1993 Sb. a zák. č. 132/2000 Sb., tím, že společnost Karlovarské minerální vody, a. s., získá kontrolu ve společnosti Poděbradka spol. s r. o., prostřednictvím nákupu 100% obchodního podílu v této společnosti od jejích současných společníků, a to na základě „Smluv o převodu obchodního podílu firmy Poděbradka spol. s r. o.", se podle ust. § 84a odst. 2 téhož zákona nepovoluje. Žalovaný se zabýval i procesními námitkami, které byly vzneseny stěžovatelem a obsáhle se s nimi vypořádal. K těmto námitkám patřily: neposkytnutí lhůty 14 dnů k písemnému vyjádření k výsledkům šetření, když byl poskytnut toliko jeden den, nepravdivé a neúplné informování o výsledcích řízení, když na otázku, jak byl vymezen relevantní trh, úřad uvedl pouze trh balených vod minerálních a stolních, dále že ačkoliv byly ve lhůtě k podání námitek stanovené úřadem v oznámení o spojení podniků uveřejněném v Obchodním věstníku podány pouze dvě námitky, byly osloveny po uplynutí uvedené lhůty další výrobci minerálních vod a obchodní řetězce. Úřad použil údaje o vymezení relevantního trhu poskytnuté Českým statistickým úřadem, ale ve spisech obsaženy nejsou. Pokud šlo o použití údajů z posudku soudního znalce, nebylo uvedeno, kterého znalce a z jakých důvodů byly použity právě jeho závěry, ani uvedeno z jakých údajů jsou podíly na relevantních trzích vymezeny. Nebyly uvedeny podklady, z jakých byl vypočítán index HHI, zmatečné jsou závěry o existenci či neexistenci bariér vstupu na příslušné trhy. Bylo poukázáno na nedostatečné zjištění skutkového stavu s ohledem na nesprávné vymezení relevantních trhů ze strany úřadu, a to zejména stran zastupitelnosti s ohledem na chuťové vlastnosti z hlediska ceny, prodeje v rámci jednoho oddělení v prodejních místech a obdobného způsobu balení a distribuce. Dotknul se pojmu „flavoured waters", námitku vznesl i z hlediska určení geografického relevantního trhu, který měl být vymezen nikoli jako celé území ČR, ale jako trh větší, zahrnující minimálně území sousedících států, namítal pochybení stran závěru týkajícího se závažného posílení stávajícího postavení KMV na trhu balených vod minerálních a stolních, když nebyly uvedeny podklady, na základě kterých bylo dospěno k závěru, že postavení KMV na relevantních trzích je stálé a nepodléhá výraznějším výkyvům i s ohledem na rostoucí podíl f. Toma Holding. Bylo napadeno tvrzení úřadu, že navrhované spojení může způsobit odchod některých soutěžitelů z trhu, že nebudou vhodnými partnery pro obchodní řetězce, jejichž požadavky nebudou schopni splnit. Byl zmíněn úspěšný vstup silné nadnárodní společnosti Danone na trh s pramenitou vodou Vitalinea, bylo namítnuto, že za předpokladu tvrzených bariér vstupu a silné loajality ke značkám, by nemohlo dojít k nárůstu tržního podílu společnosti Toma Holding a k růstu prodeje vod prodávaných pod značkami jednotlivých obchodních řetězců. Neztotožnil se se závěry úřadu o tom, že výhody účastníkem deklarované jsou uvedeny v obecné rovině bez bližší konkretizace a také namítl, že je spekulací úvaha úřadu o tom, že by mohl jejich tržní podíl vzrůst s ohledem na výrobní kapacity minerálních vod. Napadl vyjádření úřadu, že tím, že všechny společnosti, jež jsou předmětem spojení a budou vlastněny skupinou Ronaldsay, znamená, že bude těžko odlišit multinacionálního nebo zahraničního dodavatele od českého výrobce, ohradil se proti tvrzení úřadu, že nově vzniklý subjekt posílí svou pozici vůči zákazníků tím, že bude mít možnost poskytnout širokou parketu výrobkových značek a nesouhlasí s tvrzením, že po spojení

nelze vyloučit odchody některých menších soutěžitelů a vytvoření oligopolistické struktury. Dovozuje ze všech shora uvedených okolností, že navrhované spojení nemá a nemůže mít závažný dopad na relevantní trhy a znovu specifikoval výhody, které spojení přinese. V samém závěru pak navrhl závazky a omezení pro případ, že by úřad dospěl k závěru, že navrhované spojení by mohlo narušit hospodářskou soutěž na relevantních trzích. Těmito námitkami se rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže vypořádává na 22 stránkách.

Podanou žalobu soud pro přehlednost vyčlenil do těchto stěžejních námitek. Žalobce tvrdí, že pokud příslušné orgány v odůvodnění svých rozhodnutí uváděly, že existují závazky, ke kterým by mohlo být při spojení přihlédnuto, měly ve smyslu § 8a odst. 2 zákona takovéto závazky a omezení žalobci uložit a ne pouze konstatovat, že jím navrhované závazky jsou nedostatečné. Úřad stejné nebo obdobné výhody, které v případě spojení podniků KMV a Poděbradky označuje za obecné bez konkretizace, označil u jiných spojení za výhody převažující nad újmou a že je možné, že stejná výhoda má u různých případů spojení různou váhu, ale nemůže být jednou posouzena jako obecná a jindy jako konkrétní. Žalobce sdělil úřadu svou připravenost projednat jakékoliv závazky a omezení, které by úřad shledal vhodnými, na to však bylo reagováno výzvou, aby žalobce sám závazky a omezení doplnil, což učinil dopisem z 22. 2. 2002. Dále, že nesprávně byly posouzeny navrhované závazky a omezení a není pravdou, že by např. žalobcem navržený závazek zajistit, aby členové představenstva KMV a Poděbradky nebyly shodné osoby, neodpovídal příkladu závazku rozbít personální propojení v orgánech fungujících společností uvedenému v původním rozhodnutí jako závazek, který úřad považuje při obdobných spojeních za relevantní a dále že závazek průběžně informovat úřad o plnění závazku, neodpovídá příkladu závazku předkládat pravidelně úřadu zprávy o stavu plnění závazků; následně tyto závazky jsou rozepsány. Žalobce se domnívá, že existují důvody pro to, aby za věcně relevantní trh spojovaných podniků byl v obecné rovině vymezen trh balených nealkoholických nápojů zahrnující jednotlivé segmenty a že relevantní trh měl být vymezen jako trh balených nealkoholických nápojů, který má své jednotlivé segmenty. Poukázal na rozhodnutí Evropské komise, která připustila, že u nealkoholických nápojů existuje trh větší než území jednoho státu a dále na rozhodnutí úřadu stran „spojení keramiček". Vzhledem k tomu, že žalobce rovněž umísťuje své produkty do širšího prostoru než je území ČR, není zřejmé, proč v daném případě i s ohledem na existenci dalších skutečností, úřad i jeho předseda trvali na tom, že ve světle zákona může být geografickým trhem maximálně území ČR. Žalobci není jasné, jak mohl předseda potvrdit údaje týkající se vymezení postavení KMV a Poděbradky na trhu, když, co se týče celkového objemu dodávek na dané trhy, vycházel ze stejných údajů jako žalobce, tedy z údajů zveřejňovaných agenturami Canadean nebo GfK nebo ČSÚ. Skutečné dodávky žalobce a Poděbradky mohou znát pouze dotčené podniky, a nikoli jejich konkurenti. Jak však z dotazníků vyplývá, údaje o dodávkách jsou údaji převzatými z přehledu agentury GfK a navíc se vztahují k relevantním trhům vymezeným jinak, než jak je v závěru řízení v I. stupni vymezil úřad. Sdělení, že zamítnutím fúze každá ze 2 milionů domácností, která nakupuje minerální stolní vody, ušetří nejméně 800,- Kč ročně, je čistou a ničím nepodloženou spekulací. Jestliže předseda úřadu spatřuje negativní dopad na efektivní hospodářskou soutěž v navýšení tržních podílů KMV a Poděbradky na trhu balené přírodní vody minerální a stolní ze současných 51% na 52,5% a že by tak došlo k posílení dominantního postavení, které by vedlo k podstatnému narušení soutěže, a to i přesto, že spojením KMV a Poděbradky by podíl na trhu balené přírodní vody minerální a stolní vzrostl pouze o 1,5% dle úřadu, resp. 0,85% jak tvrdí žalobce. Nemůže být tedy posouzeno

jako závažné posílení na trhu mající negativní dopad na hospodářskou soutěž, a to ani v případě, že jeden ze spojovaných podniků dosahuje před spojením na příslušném trhu dominantní postavení. Na nezastupitelnost jednoho produktu druhým můžeme usuzovat pouze, pokud je nebo není jeden výrobek vytlačován z trhu druhým, a to tím, že roste jeho relativní podíl na úkor druhého výrobku na trhu. Protože pravděpodobnost, že by tento růst spotřeby dvou výrobků byl shodný, je malá, dospějeme k názoru opačnému než předseda úřadu, a to že v určité míře je jeden výrobek spotřebováván namísto druhého. Zmíněný závěr uvedený v rozhodnutí je výsledkem logického pochybení při hodnocení důkazů. Mělo-li by vymezení druhého trhu být shodně s vymezením trhu ze strany žalobce, pak by do tohoto trhu musely spadat i nápoje *colového* typu, neboť žalobce tyto nápoje vyrábí a pod trh přírodních vod minerálních a stolových je zařadit nelze. V rozhodnutí je však uvedeno, že nápoje *colového* typu do takového trhu nepatří; pak ovšem nemůže být správné tvrzení předsedy úřadu, že druhý relevantní trh vymezený žalobcem je shodný s trhem vymezeným úřadem. Navíc dle žalobce existují důvody proto, aby relevantní trh byl vymezen jako trh balených nealkoholických nápojů. Žalobce se domnívá, že v této části je rozhodnutí nepřezkoumatelné co do důvodu a s ohledem na možnou existenci jednoho trhu balených nealkoholických nápojů se domnívá, že zjištění skutkového stavu je nedostatečné, pokud jde o vymezení věcného relevantního trhu. Pokud znalec z hlediska zastupitelnosti a zaměnitelnosti (s ohledem na vlastnost, cenu a použití), považuje za zastupitelné a zaměnitelné mimo jiné přírodní minerální vody za ochucené minerální vody, není jasné, jak mohl být konkrétně tento posudek použit pro vymezení trhu. Vymezení druhého relevantního trhu a okruhu nápojů, které dle úřadu do tohoto trhu spadají, je rovněž nepřezkoumatelné co do důvodů. Nepřezkoumatelné nebo nejasné je to, z jakých podkladů byly zjišťovány otázky dovozu či vývozu nápojů, které mají nepochybně význam pro stanovení relevantního trhu z hlediska geografického, který, pokud by byl správně vymezen jako trh přesahující území ČR, by měl být vzat v úvahu při hodnocení dopadu spojení podniků na hospodářskou soutěž v ČR. Údaje v dotazníku uvedené se vztahují k trhům vymezeným jako trh balených vod a trh ochucených nealkoholických nápojů, trh balené vody a ochucených nealkoholických nápojů, tedy nikoli k trhům jak je posléze vymezil v původním rozhodnutí úřad. Pokud úřad i předseda vycházeli z údajů poskytnutých konkurenčními soutěžiteli, kteří tyto údaje označili za své obchodní tajemství, byly žalobcem nepřezkoumatelné a je možné a pravděpodobné, že jde o údaje zkreslené a nepřesné. Žalovaný také odhlíží od té části produkce, která je vyvezena do zahraničí a rovněž od objemu produktu, který je na území ČR dovážen. Pokud jde o použití indexu HHI, ten se vztahuje v původním rozhodnutí k baleným ochuceným vodám minerálním a stolním a uvádí naprosto stejné hodnoty jako tabulka indexu HHI založená ve spise, která však hovoří o trhu nealkoholických nápojů. Úřad neoslovil všechny soutěžitele, konkurenty na příslušném trhu, neprovedl šetření výrobců Radenska, Danone, Juwel Spring a Neli Vyškov a nezabýval se dodávkami vody Vitalinea od firmy Danone. Není uváděno, jaký je index HHI tohoto spojení podniků KMV a Poděbradky, tedy nikoli KMV, Poděbradky a HK. Úřad tvrdil, že bariéry vstupu na trh neexistují, a proto nešetřil vstup firmy Danone na příslušný trh, na druhé straně tvrdil, že existují podstatné bariéry na trh. Úřad se rozhodl nepřešetřovat okolnosti vstupu na trh u firmy Danone, ačkoliv to bylo navrženo. Existencí podstatných bariér vstupu na příslušné trhy úřad i předseda odůvodňují v jiných rozhodnutích své závěry o újmě. Úřad se nezabýval problematikou tzv. DOBs vod. Pokud vyplývá z údajů dostupných žalobci, došlo zejména v roce 2000 k 20% nárůstu vod prodávaných pod značkou obchodních řetězců a je zvláštní, že problematika DOBs vod, alespoň ve vztahu k posouzení k existenci či neexistenci silné loajality ke značce, nebyla šetřena. Pokud se v rozhodnutí

tvrdí, že nárůst o 1,5% či jak vyplývá z výpočtu žalobce o 0,85% na relevantním trhu, v případě KMV a Poděbradka znamenají nárůst mající negativní vliv na hospodářskou soutěž, není jasné, jak může být 1% nárůst podílu uvedených společností zanedbatelný. Dle žalobce takový nárůst svědčí o tom, že neexistuje silná loajalita ke značce či další podstatné bariéry při vstupu na trh. Pokud jde o posouzení navrhovaných výhod a omezení, toto je nepřezkoumatelné co důvodu, neboť není jasné, proč předseda úřadu považuje příslušné výhody za obecné. Předseda uvádí, že negativní dopad na efektivní hospodářskou soutěž spatřuje v tom, že by spojené podniky mohly společným využíváním přírodních zdrojů čerpání těchto zdrojů zdvojnásobit, čímž by se tržní podíly jednotlivých soutěžitelů zúčastněných na spojení změnily, přičemž z pohledu budoucího možného využití přírodních zdrojů ze stávajících 25,4% na 50,8% nelze vyloučit zvýšení tržního podílu spojených podniků až do výše 68,9%. Úřad se nezabýval tím, zda nárůst o 1,5%, resp. 0,85% je závažný či nikoli. Podle názoru žalobce by byl naopak synergický efekt tohoto spojení podniků poměrně malý, a to jednak vzhledem k nízkému podílu Poděbradky na trhu, jednak k relativní stabilitě trhu. Nabízí se otázka, proč tak již neučinil sám žalobce, který by tak měl být schopen, pokud je úvaha předsedy úřadu správná, sám získat alespoň 65% podílu na trhu. Základní logickou chybou předsedy je vyvozování skutečností týkajících se podílu na trhu z údajů o produkci. Velikost produkce nemá k velikosti, růstu či poklesu podílu na trhu bezprostřední vztah. Je nutné vycházet ze znalostí vlastní tržní poptávky. Úřad pouze konstatoval, že k takovému jednání, pokud jde o možnost vázaného prodeje, by mohlo dojít za podmínek po spojení podniků a že o možnosti narušení hospodářské soutěže na trhu jsou přesvědčeni i oslovení soutěžitelé. Žalobce se domnívá, že není možné činit závěry ohledně negativního dopadu spojení na spekulacích ohledně budoucího vývoje. Předseda úřadu neoslovil žádné soutěžitele ohledně spojení podniků KMV s Poděbradkou poté, co došlo ke změně návrhu. Vzhledem k objektivnímu posílení KMV na trhu je odchod menších konkurentů z trhu potenciální možností, kterou je třeba zohlednit, žalobci není jasné, o jaká zjištění se opírají uvedená tvrzení, např. v minulosti není známo, že by po spojení KMV s HBSW došlo k odchodu některých soutěžitelů z trhu v důsledku spojení soutěžitelů. Naopak došlo k výraznému podílu Toma Holding na příslušném trhu. Takovéto dotazy byly činěny pouze v průběhu řízení s výslovním uvedením, že se jedná o spojení podniků KMV, Poděbradky a HK. Dále, že úřad je povinen zajistit, aby menší soutěžitelé nebyli vystavováni dalším negativním dopadům, vyplývajícím nikoli ze spontánního tržního vývoje, jako je např. posilování obchodních řetězců, ale z vytváření zvýšené koncentrace. Je nepochopitelné, jak úřad bez povšimnutí přechází v rozhodnutích uváděné praktiky obchodních řetězců, vstupné, zápisné, regálné. Rozhodnutí je nepřezkoumatelné co důvodu ohledně neprošetření vstupu firmy Danone na trh, když podle předsedy tato firma vstoupila na trh teprve nedávno a nebylo možné zhodnotit úspěšnost prodeje uvedené značky, což se proto žalobci jeví za nedostatečné zjištění skutkového stavu. V další části se zabýval vadami řízení. Úřad ani předseda se nezabývali dopisem společnosti Kyselka Praga z 25. 7. 2001, kterým revokovala své námitky proti spojení podniků, úřad odmítl prošetřit okolnosti vstupu firmy Danone na trh, žalobce navrhl úřadu, aby oslovil ostatní soutěžitele za účelem přesného vymezení trhu ochucených vod minerálních a stolních. Žalobce považuje za zásadní tu skutečnost, že úřad v rozhodnutí přikládal názorům jednotlivých subjektů na dopad spojení podniků na trh zjevně stejnou váhu jako jediné nesporné námitce (námitka Karlovarské korunní kyselky) úřadu ve stanovené lhůtě doručené. Žalobce dodává, že uvedená otázka byla zjevně otázkou sugestivní, a proto výsledek uvedeného šetření nemohl být a nebyl objektivní. Není jasné, proč takové dotazy nebyly učiněny znovu poté, co došlo ke změně návrhu a spojení bylo omezeno na podnik KMV a Poděbradku; byla tím porušena zásada vyšetřovací.

Předseda Úřadu měl provést příslušné kroky k tomu, aby zjistil, jaký cíl společnost Kyselka Praga svým druhým podáním sledovala, zda zamýšlela svou námitku revokovat. Úřad vydal rozhodnutí, ve kterém jako relevantní výrobkový trh vymezil trh balených přírodních vod minerálních a stolních, ale i trh balené ochucené vody minerální a stolní, což při výsledcích šetření žalobci nesdělil. Konstatuje porušení zásady slyšení účastníků, když byla žádána lhůta 14 dnů, avšak úřad poskytl lhůtu kratší než 24 hodin. Poté, kdy žalobce podal změnu návrhu, předseda úřadu vydal rozhodnutí, aniž by žalobce seznámil s výsledky šetření ohledně zmíněného návrhu. Žalobce se domnívá, že byla porušena zásada dvouinstančnosti postupem předsedy úřadu poté, co mu byla doručena změna návrhu, ve kterém žalobce žádá povolení spojení podniku KMV a Poděbradky. Předseda úřadu měl napadené rozhodnutí zrušit a vrátit k novému projednání. Konečně namítá porušení zásady součinnosti správních orgánů, že měl úřad spolupracovat při hledání možností vyhovět požadavku žalobce při zachování hospodářské soutěže, zejména při vyhledávání přijatelných závazků a omezení a poukázal na nezákonnost rozhodnutí, nesprávné posouzení otázek skutkových v souladu s mezinárodními závazky ČR.

Nejvyšší správní soud věc převzal od Vrchního soudu v Olomouci v souladu s ust. § 132 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen s. ř. s.) a dále postupoval podle části třetí hlavy druhé dílu prvního citovaného procesního předpisu (§ 130 odst. 1 s. ř. s.). V mezích žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s. ř. s.) pak napadené rozhodnutí přezkoumal, avšak žalobu důvodnou neshledal.

Názor žalobce vychází z posunutého či dokonce obráceného významu § 8a zákona, totiž předpokládá kooperativní funkci správního orgánu, jíž však tento nemá, rozhodně nikoli prvoplánově. Úkolem úřadu je veřejnoprávní ochrana soutěže. K tomu vyzývá i zmiňované ustanovení § 8a zákona. K povolení spojení podniků (dále jen „fúze") dochází za podmínky prokázaných výhod, jež takové spojení přinese, a to nikoli pouze ve prospěch osob na fúzi zúčastněných, resp. národního hospodářství jako celku, nýbrž poměřovat je třeba i uspokojení spotřebitelské poptávky, zda zamýšlené spojení přinese výhody spotřebitelům např. ve zvýšení kvality, rozšíření sortimentu, snížení cen apod. Bilanční poměřování dopadů na soutěž a národohospodářských efektů koncentrace je uplatňováno v řadě silných ekonomik (USA Kanada, Austrálie, Francie, Belgie, Švédsko). Pravidla, jimiž se úřad při svém rozhodování řídí, mohou vycházet z různých konceptů, z nichž nejbližší, které ovlivňuje naše nazírání na trh, je teorie efektivní soutěže a teorie svobody soutěže. Hayekova teorie efektivní soutěže, vycházející z protipólů trhu dokonalé konkurence a monopolního trhu, byla dále v dílech J.M.Clarka, Posnera a Stiglera rozvinuta a zůstává při faktu nedokonalé konkurence. Je tak třeba usilovat o dosažení efektivní soutěže; hlavním cílem je přitom blahobyt spotřebitelů, nabytý cestou zvyšování efektivity podniků a ochrana soutěže je nástrojem k dosažení tohoto cíle. Freiburská škola třicátých let XX. století, jež ovlivnila německé kartelové právo (Katzenbach, Hoppmann) vychází z teze, že soutěžní politika má chránit soutěž samu o sobě, přibližovat strukturu trhu co nejvíce modelu dokonalé konkurence a potom se pozitivní ekonomické efekty dostaví samy. Omezení soutěže není možno normativně vymezit a je potřebné je posuzovat případ od případu. Zohledňují se přitom politické a sociální aspekty. Neujasněnost právní filozofie při formulování citovaného paragrafu neumožňuje správnímu orgánu ani soudu důslednou aplikaci toho kterého vyhraněného pojetí soutěžní politiky a současně ani včlenit mezi kritéria přezkumu zákonnosti správního rozhodnutí konkrétní dílčí aspekty, jimiž má být poměr mezi újmou a výhodami poměřován. Je zde tedy významný prostor, který zákonodárce správnímu orgánu

svěřil, pro úvahu o povolení fúze. Navíc důkazní břemeno leží na soutěžitelích, na správním orgánu však odpovědnost za přesvědčivé zdůvodnění svého stanoviska. To je obtížnější úměrně absenci zákonných kritérií, neboť ani tato skutečnost nezbavuje správní orgán povinnosti své rozhodnutí náležitě odůvodnit; přitom nelze hovořit o volném správním uvážení, nýbrž o volné hodnotící úvaze správního orgánu při posuzování důkazů, jež v rámci řízení mu byly předloženy. Kritéria, jimiž se správní orgán řídí, objektivně existují, jsou užívána na dalších vyspělých trzích a je z rozhodnutí žalovaného úřadu patrné, že v rámci svých úvah tyto užívané parametry absorboval. Na druhé straně sluší se na úvod připomenout, že zůstává odpovídající zákonu, ale i pravidlům soutěže vůbec, pasivní úloha úřadu při tomto procesu povolování, alespoň co se týče omezení a závazků nezbytných pro ochranu hospodářské soutěže. Tato možnost míří na odpovědnost úřadu vůči veřejnému zájmu, jestliže dospěje k závěru, že bylo přesvědčivě doloženo soutěžiteli zúčastěnými na fúzi převážení výhod nad újmou, jež s sebou spojení pravidelně přináší (měřeno zachováním efektivní soutěže). Lze poukázat i na nařízení Rady EHS č. 4064/89 a nařízení Komise ES č. 447/98 o kontrole spojování podniků, jež byla koncipována obdobně a záleželo na aktivitě účastníků fúze, aby přijali závazky ve prospěch zachování účinné soutěže tak, aby byly zcela odstraněny pochybnosti Komise o přípustnosti fúze a aby bylo zajištěno, že fúze nebude narušovat hospodářskou soutěž. V tomto směru ani nařízení nespecifikovalo, jaké druhy závazků mohou účastníci spojení přijmout (strukturální a nestrukturální) a Komise nehrála v tomto procesu aktivní roli. Ani zákon č. 63/1991 Sb. tak nestanovil a správní orgán nebyl povinen sám iniciativně nabídnout řešení, aby fúze mohla být povolena. K pochopení tohoto závěru stačí poukázat na obdobné názorové soupeření probíhající před přijetím nařízení, totiž názor, že hmotněprávní posouzení fúzí by se mělo zaměřit jen na aspekty soutěže a názor, že i cíle průmyslové politiky či aspekty zaměstnanosti by měly být brány v úvahu. Ovšem od rozhodnutí případu De Havilland (1991) je všeobecně přijímáno, že kontrola koncentrací je výlučně záležitostí soutěžní politiky a že „....jiné faktory představují pouze pokryteckou zástěrku národních zájmu“ (E.H. P. Hordijk). Nařízení zdůraznilo význam, jaký je třeba přičíst ekonomickému rozměru politiky v oblasti soutěžního práva, totiž důraz na ekonomickou analýzu. Týž autor varuje před přehnaným optimismem, pokud jde o prezentaci ekonomických odhadů fúzí jako věci objektivní, bez subjektivních nebo arbitrážních a politických prvků. Rozhraničení relevantních výrobních a oblastních trhů, zhodnocení pozice na trhu, odhad nedovolených omezení hospodářské soutěže v odpovídajícím tržním kontextu jsou veskrze záležitostí posouzení. Toto je pak vedeno ekonomickým chápáním, ekonomickou teorií, mírou odpovědnosti či zdravým rozumem. Ekonomická analýza stěží dokáže s matematickou přesností přesvědčit o jediném možném výsledku hmotněprávního přezkumu fúzí. V tomto směru je pak z důvodů shora podaných jasné, že role soudu se vyčerpává na typických prvcích přezkumu správních rozhodnutí, jakými jsou zákonnost, kontinuita rozhodnutí, základní principy, přesvědčivost. Čím více je však rozhodnutí závislé na posouzení jiných, nežli právních argumentů, tím více odpovědnosti za výsledek se přenáší na správní orgán, a v tomto je role orgánu moci výkonné nezastupitelná. Na tom se v konečné fázi projevuje dělba mocí ve státě a soud má za to, že není důvod na tom cokoli měnit. Lze tedy uzavřít, že apel žalobce na aktivní přístup k vyhovění požadavku na povolení spojení není oprávněný, pokud se období, o němž řízení probíhalo dotýká, to jest za účinnosti zákona č. 63/1991 Sb. (resp. nařízení č. 4064/89). Postoj úřadu byl konzistentní nejen vůči právní úpravě národní, nýbrž i evropskému právnímu prostředí. Úřad si výtku nezaslouží, i když tento soud by byl připraven kooperativní přístup správního orgánu aprobovat. K porušení zákona však nedošlo. Důvodová zpráva k zák. č. 286/1993 předpokládá, že půjde o výhody z pohledu veřejného zájmu a především

spotřebitele, a nikoli z hlediska ekonomické bilance spojovaných podniků. Část teorie (J. Bejček, Kartelové právo, 1998) přitom vyjádřila požadavek, aby úřad hospodářské výhody blíže specifikoval nebo je přímo spojoval s dlouhodobými celospolečenskými hospodářskými výhodami (např. národohospodářsky zdůvodnitelné zlepšení mezinárodní konkurence, schopnosti zúčastněných podniků), část to však (J. Munková, ZOHS, s. 57, 1994) naopak vůbec nepředpokládá.

Je-li určitá skutečnost žalovaným v jiných obdobných případech uznávána jako výhoda ze spojení soutěžitelů, musí ji podle zásady rovnosti tento zpravidla uznat jako výhodu též v případě posuzovaném, neboť tatáž skutečnost nutně působí kvalitativně stejně nebo podobně. Jinak je tomu však zpravidla při hodnocení, zda taková výhoda, ve spojení s ostatními, je v daném konkrétním případě způsobila kvantitativně převážit újmu, která může vzniknout narušením soutěže v důsledku spojení konkrétních soutěžitelů. Zde totiž individuální rysy každého jednotlivého případu zpravidla převáží.

Nelze se ztotožnit s myšlenkou, že zle vytvořit rámec, který by ohraničoval podmínky, při jejíchž splnění by úřad spojení povolit musel. Takovýto přístup obecně by šel nad rámec zákona a *contra legem* by zúžil prostor, v němž se může správní orgán pohybovat. Žalovaný shromáždil dostatek důkazů, aby na základě jejich hodnocení mohl přijmout zodpovědně závěr, o němž bude mít za to, že nejlépe odpovídá ochraně soutěžního prostředí. Formulace, kterou žalovaný užil při hodnocení výhod fúze, jež žalobce předestřel, však vypovídá nikoli o přezíravosti, ale spíše o racionalitě přístupu k věci. Žalovaný uznal prakticky bez výhrad předestřené výhody jako zcela relevantní argumentaci, nepolemizuje s ní co do vlastního obsahu, označuje je však za nikterak výjimečné. Úřad se nemýlí, považuje-li výhody za obecné a nekonkrétně formulované. Je ovšem otázkou, zda v daném případě to není dostačující. Na tom však polemika může ustat; není totiž sporu o tom, že jde o výhody, jež fúze přinese a to zpochybněno nebylo. Úřadu nelze (při vědomí složitého vývoje náhledu na proces schvalování fúzi na půdě Komise ES) vytýkat nerozhodný postoj v průběhu řízení, pokud jde o prve deklarovanou připravenost projednat závazky a omezení. Postup, který posléze zvolil, lépe odpovídá postupu Komise a přitom je v souladu se zákonem. Nelze přijmout ani argumentaci komparací jednotlivých případů, neboť z důvodu shora řečeného pro věcnou odlišnost a jedinečnost každého případu nelze vytvořit vzorec, jež by definoval požadavky, jejichž splnění by povolení spojení zaručilo.

Obměnou slov lze totéž říci i o tzv. ostatních závazcích, o nichž úřad uvedl, že k nim přihlíží. Z kontextu příslušného úseku odůvodnění rozhodnutí prvostupňového orgánu (s. 35 - 36) však plyne, že tyto závazky byly vymezeny obecně a jako takové reflektují běžné členění na strukturální a jiné. Úřad jednotlivé závazky posoudil a přiřkl jim vždy určitou váhu – význam a svůj zamítavý verdikt náležitě odůvodnil. Žalobce předkládá obecně přijímané závazky, o nichž může mít odůvodněně za to, že budou pozitivně přijaty úřadem. Úřad jejich prospěšnost poměřuje zákonným kriteriem a provádí tak hodnocení ve vztahu ke konkrétní situaci na trhu. Jeho zamítavý postoj nepostrádá logiku, byť vychází z řady hypotetických předpokladů. Ty by nepochybně nebyly na místě, pokud by ve své podstatě nešlo o ekonomickou prognózu (srov. otázku synergického efektu možného využití přírodních zdrojů). Soud není oprávněn vyjadřovat se ke správnosti fúzí, jež proběhly a nebyly předmětem soudního přezkumu. Úřad vymezil relevantní trh správně, a to ve všech jeho segmentech. Především, trh může být vyměřen velmi úzce. Výrobky, které jsou vzájemně zaměnitelné pro jejich objektivní vlastnosti (povaha, cena, užití) mají být zařazeny

do stejného trhu. K tomu přistupuje kriterium ověření podmínek hospodářské soutěže a struktury nabídky a poptávky. Vyskytuje se také občas i opomíjené hledisko dodavatele, totiž zda je schopen výrobce reagovat na změny situace na trhu a změnit výrobu určitého druhu na jiný typ. Evropský soudní dvůr postupně upřesňoval, pro výtce často i zúžoval věcný trh (Continental can, 1973). Kromě případu Nestle/Perrier, který úřad podrobně rozebírá, lze poukázat i na věc Hoffman la Roche (r.1976) atomizující trh, až na jednotlivé vitamíny, obdobně i v případu British Sugar (1988) je definován samostatný trh krystalovým cukrem nebo plochým sklem ve věci Verreplat (1988), slunečnicovým olejem ve věci Médéol/Elosna (1994). Zejména bylo argumentováno zvláštními vlastnosti, díky nímž jsou schopny uspokojovat stále potřeby a nezastupitelností či zaměnitelností. V tomto směru je postup žalovaného možný a nevymyká se z rámce daného praxí unijních institucí. Vyměření dvou věcně relevantních trhů je odůvodněno odlišnými vlastnostmi obou typů produktů, pro něž jsou spotřebiteli kupovány (rozdílné fyzikální vlastnosti, chuť, zamýšlené užití, konzumované množství).

Geografický trh zahrnuje oblast, ve které jsou zúčastnění podnikatelé zapojeni do poptávky a nabídky výrobků a služeb a v níž jsou soutěžní podmínky dostatečně stejnorodé a které mohou být významně odlišné od sousedních oblastí. Nejde v žádném případě o to, kam všude podnikatel umisťuje své dodávky, nýbrž o vlastnosti trhu. Úřad v 1. stupni tento požadavek vystihl, když položil důraz na podmínky pro zákazníky i cenové úrovně, které jsou vskutku v ČR homogenní a výrazně se od přeshraničního trhu liší. Přesvědčivý je i argument žalovaného opírající se o případ Union Carbide (1995). U spotřebitelských produktů je obecně často považován za geografický trh právě členský stát, neboť i báze pro distribuci bývá národní; jsou to různé místní specifické požadavky, odpovídající přáním místních spotřebitelů a také existence odlišného legislativního prostředí (shodně Leon Britton, Centre for European Policy Studies /Brussels 1991/, Magnezi/Mavelli 1991). Rozdílnost soutěžního prostředí jako důvod pro vnímání národního trhu jako samostatného byl vyjádřen ve věci Mannesmann/Hoesch (1992). Ve zmiňované věci Nestlé/Perrier sehrála významnou roli pro určení relevantního geografického trhu věrnost národním výrobcům ze strany spotřebitelů (D.G.Goyder, EC Competition Law, 3.vydání, Oxford). Z hlediska požadavků zákona není rozhodující konkrétními procenty vyjádřená míra nárůstu dominantního postavení. Je nesporné, že koncentrace jednoho ze soutěžitelů dosahuje vysoké dominantní pozice, resp. je jasně dominantní. Jestliže tedy případný rozdíl mezi údaji úřadu a žalobce činí 0,65% zvýšeného podílu na trhu, není tato cifra nikterak významná, protože jde o situaci, kdy nedochází teprve spojením firem k vytvoření dominantního postavení, nýbrž stávající dominantní pozice na trhu je posilována. Zde pak hrají roli méně argumenty vztahující se k číselným údajům o nárůstu koncentrace, více však údaje o charakteru fúze a dopadech na trh. I kdyby se úřad zmýlil při zjišťování podílu na trhu v rozsahu namítaném žalobcem, na zákonnost rozhodnutí by to z uvedeného důvodu vliv nemělo. Soud připomíná, že existují i jiné metody zjišťování postavení na trhu, které více počítají se skutečným vlivem subjektu na dění na trhu a přesným procentním bodům přikládají menší význam (teorie Safe Harbour počítaný L-indexem).

Pokud se námitek žalobce uvedených v kritické části žaloby dotýká, soud shledává v řadě z nich zopakovaní prve vznesených bodů žaloby z její první části. Přesto se k nim soud vrací a poukazuje v obecné rovině na své stanovisko uvedené shora. Obava žalobce o soulad názorů (co patří do toho kterého relevantního trhu) mezi ním a žalovaným by byla na místě, pokud bychom izolovaně posuzovali vyjádření žalovaného ve druhém stupni, který v zásadě

jen fragmentálně reaguje na konkrétní připomínky a námitky vyjádřené v rozkladu. Zkoumáme-li ovšem důvody vyjádřené v prvostupňovém rozhodnutí, pak je zřejmé, že tu není takový rozpor, který by měl či mohl mít vliv na správnost nejen určení podílu na trhu, ale i podkladu pro další úvahy o nepřípustnosti fúze. Správní orgán totiž rozdělil relevantní trh na trh balené přírodní vody minerální a stolní - zde neshoda nepanuje – a na další trh balené ochucené vody minerální a stolní. Pokud jde o posléze jmenovaný trh, nebyl s ním spojován přímý důvod pro nepovolení fúze. Správní orgán zřetelně odlišil, že tak činí z důvodu zásadních negativních dopadů na trhu balené přírodní vody minerální a stolní. I v další argumentaci spojuje důvody svého odmítavého stanoviska po výtce s negativními dopady fúze na trh přírodní vody. Co se týče trhu ochucené vody, pak jej zmiňuje až v souvislosti s vlastnictvím portfolia a možností posílení výroby i na druhém trhu, tedy ochucených vod. Dále uvažuje opět jen o relevantním trhu balených přírodních vod, např. v souvislosti se strukturou nabídky na relevantním trhu (včetně chování obchodních řetězců), o otázce dostupnosti obchodních značek konkurenčních soutěžitelů a postavení na trhu z hlediska marketingové politiky. Tam všude žalovaný váže svá stanoviska na trh přírodní, nikoli ochucené vody. Jestliže není sporu o vymezení podílu na trhu v rámci tohoto relevantního trhu, je to pro posouzení správnosti věcného přístupu žalovaného k řešení této otázky rozhodující. Případné diskrepance na vedlejším trhu, nemají vliv na zachování podstaty, z níž úřad vychází, totiž že zde existuje správné určení věcného relevantního trhu, na němž jsou dále zjišťovány okolnosti rozhodné pro učinění závěru žalovaného úřadu ve věci samé. Trh ochucené vody nebyl oním trhem, aby pro postavení žalobce na něm bylo o nepovolení spojení uvažováno. Proto soud odmítá názor, že došlo k pochybení, a to nedostatečnému zjištění skutkového stavu či nepřezkoumatelnému odůvodnění. Pro účely vymezení trhu a stanovení podílu žalobce na něm to bylo provedeno dostačujícím způsobem. Geografický relevantní trh počítá s dovozem realizovaným do České republiky (s. 22 rozhodnutí 1. stupně) a uvádí se dovoz balených přírodních vod za rok 2000 asi 0,1 %.

Pokud jde o opakovanou námitku nedostatečného zjištění skutkového stavu při zjišťování podílu žalobce na trhu, pak nezbývá než odkázat především na to, že žalovaný věnoval této otázce dostatečnou pozornost, když si zajistil podklady pro výpočet podílu na trhu způsobem, který je obvyklý, totiž údaji poskytnutými soutěžiteli, ale i údaji zveřejněnými marketingovými agenturami. Žalovaný se také vypořádal s údaji dokládanými v rámci rozkladu, s tím, že je považoval za účelové, a pokud směřují jen k potvrzení rozdílu v nárůstu podílu žalobce a Poděbradky na trhu o 0,8%, soud se k významu tohoto rozdílu již vyjádřil. Obsáhlé odůvodnění rozhodnutí žalovaného lze tak stěží označit za nepřezkoumatelné co do důvodů. Zohlednění dovozu a vývozu zastupitelných produktů je ve spisu uvedeno (č.l. 299). Soud ovšem nepovažuje za správné, jestliže úřad ze dvou kasuistik Evropské komise dovodil zásadu platnou pro český trh, totiž že existuje podstatný rozdíl mezi nárůstem tržního podílu 0,99% a 1,01% (v extrémní poloze). Takový závěr by soud akceptoval tehdy, pokud by existoval způsob zjišťování podílu na trhu, jenž by byl objektivizovaný natolik, že by nepřipouštěl žádné diskuze o správnosti podílu soutěžitelů na trhu a to právě až do úrovně setiny procentního bodu. Jelikož úřad zjišťování provádí ke každému případu *ad hoc,* vycházeje přitom z rozličných pramenů, včetně vlastního zjišťování, stěží soud může přijmout za svou tezi o zásadním významu rozdílu mezi jedním či dvou procentním zvýšením podílu na trhu. O to větší důraz však klade na materiální nebezpečí, které ze spojení plyne. Úřad disponoval dostatečnými informacemi, aby určil podíl žalobce na trhu a s ohledem na to, co je z hlediska zákona rozhodné, totiž přesah 30% celkového

obratu na celostátním nebo místním trhu daného zboží (§ 8a zákona). Nikoli tedy trhu příhraničního, nikoli tedy podílu 50% či 51%.

Z provedených důkazů je tak nezpochybnitelně výrazné překročení 30% podílu žalobce na trhu a nic nesvědčí o tom, že by započtením produkce výrobců Neli Vyškov, Radenska či Juwel Spring mohlo dojít k výrazné změně poměru sil na trhu. Takovýto závěr nelze z dosavadního šetření žalovaného dovodit. Pokud firma Danone vstoupila na trh v srpnu 2001, nebylo možno s jejím podílem na trhu ještě v březnu roku 2002 počítat, protože ustanovení § 9 odst. 3 zákona hovoří o období kalendářního roku; v tomto případě nejbližší celý rok 2002. Index HHI je podpůrným technickým prostředkem pro získání informace o koncentraci na trhu a není z námitky žalobce zřejmé, jakým způsobem by mohla závěr o podílu na trhu zvrátit informace o hodnotě HHI bez započítání podílu Hanácké kyselky. Jde o pomocné kriterium, bez něhož informace o podílu na trhu může obstát sama o sobě. Postup při jeho výpočtu není v rozhodnutí žalovaného naznačen způsobem, jež by dovolil verifikovat byť jen jeho numerickou správnost. Žalovaný tak neměl důvod zohledňovat podíl na trhu firmy Danone, jestliže ta vstoupila na trh v době rozhodování prvostupňového orgánu a ani v době vydání rozkladového rozhodnutí tato doba nečinila 1 kalendářní rok. Potud je výtka žalobce neoprávněná.

Problematika vod dodávaných producenty obchodním řetězcům, kteří ji pak prodávají pak vlastní značkou, neovlivňuje zvýšení podílu na trhu výrobců těchto vod. Co se týče posuzování věci spojení GB Czech a Toma Holding a jeho 1% nárůst v roce 2000, soud odkazuje na své výše uvedené stanovisko i k tomuto zjištění.

Pro řádné posouzení a rozhodnutí ve věci spojování soutěžitelů je nepochybně nutno zvažovat i další možný vývoj na relevantních trzích. To je při reálné neexistenci objektivních informací o tomto vývoji samozřejmě možné pouze v rovině odborných odhadů a domněnek, založených na znalostech a zvážení dostupných informací, vývojových trendů, standardních vzorců, chování účastníků trhu apod. Také hodnocení těchto podkladů se řídí zásadou volného hodnocení důkazů ve smyslu § 34 odst. 5 správního řádu. Do hodnocení důkazů je přitom zahrnována jak otázka relevantnosti jednotlivých podkladů pro posuzovaný případ, tak určení míry jejich závažnosti a přesvědčivosti. Žalovaný neporušil zákon, když vyslovil a podrobně odůvodnil domněnku o možnosti vývoje tržního podílu spojených soutěžitelů, včetně synergického efektu jejich spojení, ani když při výpočtu podílů jednotlivých soutěžitelů na trhu nezahrnul možný budoucí podíl firmy Danone, v době rozhodnutí teprve vstupující na trh s výrobky spadajícími do relevantního trhu, a konečně ani když vyslovil a odůvodnil domněnky o zvýšení možností vázaného prodeje a odchodu menších soutěžitelů z trhu.

Je rovněž zcela na místě, pokud žalovaný zvážil reálnou situaci na trhu co se týče postavení menších soutěžitelů ve vztahu k obchodním řetězcům a možný dopad posuzovaného spojení na trh za této situace. Jelikož je sama situace ohledně postavení a chování obchodních řetězců nepochybně nežádoucí z hlediska ochrany hospodářské soutěže, žalovaný by zásadně pochybil, pokud by ji v řízení o věci, jíž se může výrazně týkat, nezahrnul do podkladů pro své rozhodnutí.

Žalobce dále namítá, že správní řízení bylo stiženo vadami, které měly vliv na zákonnost rozhodnutí, a to jak rozhodnutí úřadu v prvním stupni, tak i rozhodnutí předsedy úřadu o rozkladu. Konkrétně žalobce uvádí, že v průběhu správního řízení došlo k porušení

základních zásad správního řízení, zejména zásady vyšetřovací, povinnosti poskytovat informace, zásady slyšení účastníků, zásady dvouinstančnosti a zásady součinnosti správních orgánů s účastníky řízení.

Z ustanovení zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), v platném znění, nelze dovodit povinnost správního orgánu provést všechny důkazy, které účastník navrhne, což jej však samozřejmě nezbavuje odpovědnosti zjistit přesně a úplně skutečný stav věci. Jde tady o logickou provázanost zásady vyšetřovací a zásady materiální pravdy. Podle zákona o ochraně hospodářské soutěže, jako předpisu speciálního, je to však účastník, kdo je povinen prokázat že újma, která může vzniknout narušením soutěže v důsledku spojení, bude převážena hospodářskými výhodami tohoto spojení. Zásada vyšetřovací se zde proto neuplatní. Ke splnění své povinnosti může účastník navrhovat důkazy. Správní orgán nemusí takové důkazy provést, jedině pokud rozhodne a náležitě odůvodní, že toho není třeba k řádnému a úplnému posouzení věci. V opačném případě by bylo těžko lze přičítat účastníku, že neunesl důkazní břemeno, pakliže nebyly provedeny důkazy, které navrhoval. V posuzovaném případě však předseda úřadu v napadeném rozhodnutí o rozkladu podrobně uvedl, jak byl hodnocen dopis společnosti Kyselka Praga, a. s. ze dne 25. 7. 2002 a proč, a vypořádal se i s námitkou žalobce, že nebyl zhodnocen stávající ani budoucí možný podíl společnosti Danone na relevantním trhu pro objektivní nemožnost způsobenou nedávným uvedením jejích výrobků na tyto trhy.Z žádného ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže ani subsidiárně použitelného správního řádu nelze dovodit povinnost správního orgánu poskytovat v průběhu správního řízení účastníků informace o jednotlivých dílčích úkonech v řízení. Správní řád stanoví v § 23 právo účastníka nahlížet do spisu, kteréžto právo bylo žalobcem, jak vyplývá ze spisu, v průběhu řízení opakovaně využito.

Jestliže ani zákon o ochraně hospodářské soutěže ani správní řád nestanoví lhůtu pro vyjádření účastníka, je nepochybně na správním orgánu aby v souladu se zásadou hospodárnosti řízení takovou lhůtu určil. Takto stanovená lhůta musí být přiměřená okolnostem konkrétní věci, spočívajícím zejména v její povaze a složitosti, rozsahu spisu, nezbytné odbornosti, množství údajů k ověření apod. V opačném případě by se jednalo o ryze formální, nikoli však skutečné naplnění procesního práva účastníka. Vzhledem k okolnostem posuzované věci se jeví jako nepochybné, že lhůta 24 hodin byla stanovena jako příliš krátká, nepřípustné je pak, aby takto krátká lhůta byla stanovena či obhajována s odůvodněním, že v té době již byl orgán rozhodnut a žádná další případná vyjádření účastníka na tomto jeho rozhodnutí nemohla nic změnit. Takový postup znamená zcela formální naplnění litery zákona, bez respektu k právům účastníka řízení. Na druhou stranu nutno uvést, že žalobou napadaným rozhodnutím je rozhodnutí předsedy úřadu o rozkladu v dané věci a že v řízení o rozkladu bylo výše uvedené pochybení úřadu porušující procesní práva účastníka plně zhojeno. Na správní řízení je totiž třeba nahlížet jako jednotný celek, zakončený až pravomocným rozhodnutím správního orgánu, v žalované věci tedy rozhodnutím předsedy úřadu o rozkladu.

Nelze přisvědčit tvrzení žalobce, že k porušení jeho práva na vyjádření se k předmětu řízení a výsledkům šetření podle § 12 odst. 6 zákona o ochraně hospodářské soutěže došlo i v řízení o rozkladu, když poté, kdy žalobce po seznámení se s výsledky šetření dne 5. 3. 2002 změnil (zúžil) svůj návrh, předseda úřadu bez dalšího vyšel z existujících podkladů a ve věci rozhodl. Po provedeném seznámení jediného účastníka řízení (žalobce) následovala totiž pouze jeho reakce (v podobě zúžení návrhu) a pak rozhodnutí úřadu; nedošlo přitom

k žádnému rozšíření ani jiné změně výsledků šetření, s nimiž by bylo třeba účastníka (žalobce) seznamovat a k nimž by se mohl tento znovu vyjadřovat.

Žalobce namítá porušení zásady dvouinstančnosti, neboť po provedení změny návrhu nebyla věc vrácena úřadu jakožto orgánu prvního stupně. Možné způsoby rozhodnutí odvolacího (rozkladového) správního orgánu stanoví § 59 a násl. správního řádu. Uplatňuje se zde přitom jak princip kasační (druhostupňový orgán rozhodnutí zruší a případně vrátí orgánu prvního stupně k novému rozhodnutí), tak i apelační (druhostupňový orgán rozhodne ve věci sám). V zásadě nelze hovořit o porušení dvouinstančnosti (je otázkou, zda se vůbec jedná o jednu ze zásad správního řízení), jestliže opravný prostředek byl podán a projednán. Jako tzv. odnětí instance je někdy označována situace, kdy odvolací orgán rozhodne zásadně odlišným způsobem než orgán prvního stupně, ať již ve výroku rozhodnutí nebo v jeho odůvodnění, zejména založí-li své rozhodnutí převážně na zcela nových skutkových zjištěních či důkazech o nich nebo na zásadně odlišném právním posouzení věci. Účastník (často ten, který opravný prostředek sám nepodal, jsa srozuměn s rozhodnutím orgánu prvního stupně) je takto poprvé postaven před zásadně jinou právní či věcnou argumentaci, přitom však již nemá možnost proti ní brojit v rámci správního řízení. O takovou situaci však v posuzovaném případě nešlo, jestliže předseda úřadu rozhodl o rozkladu žalobce jako jediného účastníka, ve výroku změnil rozhodnutí úřadu toliko co do změny (snížení) počtu spojovaných subjektů dle návrhu účastníka a v zásadě se s rozhodnutím úřadu ztotožnil i co do odůvodnění.

Žalobce konečně namítá porušení zásady součinnosti správního orgánu s účastníky řízení, které spatřuje konkrétně v tom, že úřad i předseda úřadu odmítali s žalobcem problematiku projednávat a spolupracovat při hledání možnosti vyhovět požadavku žalobce při zachování hospodářské soutěže, zejména při vyhledávání přijatelných závazků a omezení. Zásada součinnosti, tak jak je široce založena v § 3 odst. 2 správního řádu, se v řízení o povolení spojení soutěžitelů uplatní toliko do té míry, pokud zákon o ochraně hospodářské soutěže jakožto zákon speciální nestanoví jinak. Jestliže tento zákon v § 8a odst. 2 stanoví, že je na spojujících se soutěžitelích, aby prokázali, že újma, která narušením soutěže může vzniknout, bude převážena hospodářskými výhodami tohoto spojení, jinak úřad spojení nepovolí, nelze nikterak dovozovat povinnost úřadu aktivně hledat možnosti pozitivního řešení. Jedině tehdy, je-li převaha na straně výhod, může úřad navíc, je-li to za daných okolností nezbytné pro ochranu hospodářské soutěže, ve svém rozhodnutí o povolení stanovit určité omezení a závazky k zajištění této ochrany. Je-li však úřad názoru, že žádné případně uložené závazky a omezení nejsou sto zabezpečit, že výhody z případně povoleného spojení převýší újmu z téhož plynoucí, není povinen je uložit – a tedy ani o nich „vyjednávat". S tímto svým závěrem musí účastníka seznámit a v rozhodnutí jej uvést a odůvodnit. Tak se v posuzovaném případě, přinejmenším v řízení o rozkladu i stalo. Součinnost správního orgánu s účastníky rovněž nelze spatřovat v tom, že by správní orgán účastníka informoval o tom, že se chystá vydat konečné rozhodnutí ve věci.

Ze všech uvedených důvodů Nejvyšší správní soud žalobu žalobce podle § 78 odst. 7 s. ř. s. jako nedůvodnou v plném rozsahu zamítl. Odkazem na ust. § 51 odst. 1 s. ř. s. tak učinil bez nařízení jednání, neboť účastníci k výzvě soudu vyjádřili s takovýmto procesním postupem souhlas.

Výrok o náhradě nákladů řízení se opírá o ust. § 60 odst. 1 s. ř. s. a vychází ze skutečnosti, že žalobce nebyl ve věci úspěšný a správnímu orgánu žádné náklady nevznikly a ani je neúčtoval.

P o u č e n í: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné (§ 53 odst. 3, § 120 s. ř. s.)

V Brně dne 13. 4. 2004

JUDr. Václav Novotný, v. r.
předseda senátu

Za správnost vyhotovení:
Zlata Macálková

Nejvyšší správní soud v Brně
- 12 -