Čj. R 18/2001 V Brně dne 6. 3. 2002

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 9. 2001 č.j. S 31/01-1648/01 o nepovolení spojení podniků Karlovarské minerální vody, a. s., IČ 14 70 67 25, se sídlem Horova 3, Karlovy Vary, Poděbradka, spol. s r.o., IČ 47 55 05 62, se sídlem Nymburská 239/VII, Poděbrady, okres Nymburk, a Hanácká kyselka s. r. o., IČ 46 58 08 24, se sídlem Horní Moštěnice č. p. 547, ve smyslu ustanovení § 8a odst. 2 zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění zákona č. 495/1992 Sb., zákona č. 286/1993 Sb. a zákona č. 132/2000 Sb., podal účastník řízení – společnost **Karlovarské minerální vody, a. s.**, IČ 14 70 67 25, se sídlem Horova 3, Karlovy Vary, v řízení o rozkladu právně zastoupená na základě plné moci ze dne 4. 11. 2001 Mgr. Dagmar Dubeckou, advokátkou v advokátní kanceláři Kocián Šolc Balaštík, 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 27. 9. 2001 č.j. S 31/01-1648/01

m ě n í m

takto:

Spojení podniků Karlovarské minerální vody, a. s., IČ 14 70 67 25, se sídlem v Karlových Varech, Horova 3, a Poděbradka, spol. s r. o., IČ 47 55 05 62, se sídlem v Poděbradech, Nymburská 239/VII, k němuž má dojít podle ustanovení § 8 odst. 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění zákona č. 495/1992 Sb., zákona č. 286/1993 Sb. a zákona 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 ustanovení § 8a odst. 2 téhož zákona

n e p o v o l u j e .

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) vydal dne 27. 9. 2001 rozhodnutí č.j. S 31/01-1648/01, kterým deklaroval, že spojení podniků Karlovarské minerální vody, a. s., IČ 14 70 67 25, se sídlem Horova 3, 360 21 Karlovy Vary (dále i jen „účastník řízení“ nebo „KMV“), Poděbradka, spol. s r.o., IČ 47 55 05 62, se sídlem Nymburská 239/VII, Poděbrady, okres Nymburk (dále i jen „Poděbradka“) a Hanácká kyselka s. r. o., IČ 46 58 08 24, se sídlem Horní Moštěnice č.p. 547 (dále i jen „Hanácká kyselka“ nebo „HK“), k němuž mělo dojít ve smyslu ustanovení. § 8 odst. 2 písm. a) zákona č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění zákona č. 495/1992 Sb., zákona č. 286/1993 Sb. a zákona č. 132/2000 Sb. (dále i jen „zákon“ nebo „zákon o ochraně hospodářské soutěže“) tím, že KMV získá kontrolu ve společnosti Poděbradka prostřednictvím nákupu 100 % obchodního podílu této společnosti od jejich stávajících společníků, a to na základě „Smluv o převodu obchodního podílu firmy Poděbradka, spol. s r.o.“, přičemž měla současně získat kontrolu ve společnosti Hanácká kyselka v důsledku získání vlastnictví minimálně 51 % obchodního podílu této společnosti, a to na základě „Smluv o převodu obchodního podílu firmy Hanácká kyselka s.r.o.“ od stávajících podílníků, přičemž v současné době vlastní 35 % obchodního podílu této společnosti prostřednictvím své 100 % ovládané dceřiné společnosti DK INVEST, a. s., IČ 49 97 11 31, se sídlem Horova 3, 360 21 Karlovy Vary, se podle ustanovení § 8a odst. 2 zákona nepovoluje.

Proti tomuto rozhodnutí podal účastník řízení včas rozklad, jehož odůvodnění písemně doplnil dne 15. 11. 2001.

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.

Dne 1. 7. 2001 nabyl účinnosti zákon č 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů, který zrušil zákon č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů. Podle ustanovení § 27 odst. 2 zákona č. 143/2001 Sb. se řízení zahájená přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních předpisů.

Podle ustanovení § 59 odst. 1 správního řádu jsem napadené rozhodnutí včetně příslušného správního spisu přezkoumal v celém rozsahu a o námitkách účastníka řízení, které uvedl v rozkladu, uvážil takto:

Účastník řízení odůvodnil rozklad nedostatečným a neúplným zjištěním skutkového stavu věci a rovněž nesprávným právním posouzením Úřadu, dále vadami, které měly vliv na zákonnost rozhodnutí, a částečnou nepřezkoumatelností rozhodnutí. Důvody údajných nedostatků a vad účastník konkretizoval v podrobném odůvodnění rozkladu.

V první části rozkladu účastník řízení poukázal na vady správního řízení, spočívající zejména v tom, že byl postupem Úřadu zkrácen na svých právech, když mu dne 25. 9. 2001 při závěrečném seznámení s výsledky šetření nebyla poskytnuta lhůta 14 dnů, aby se mohl písemně vyjádřit k výsledku šetření, obsahu spisu jako celku a doplnit své vyjádření

k námitkám Karlovarské korunní kyselky s.r.o. ze dne 2. 8. 2001, když Úřad uvedenou žádost zamítl, resp. poskytl účastníku lhůtu do 26. 9. 2001.

Námitce o krácení práv účastníka řízení nemohu po přezkoumání věci přisvědčit. Poukazuji na § 12 odst. 4 zákona, věta druhá, která stanoví, že, cituji: „V*ždy musí být účastníkům před rozhodnutím dána možnost, aby se k předmětu řízení a výsledkům šetření, které ministerstvo ve věci provedlo, vyjádřili.“*. Ustanovení § 12 odst. 4 zákona, které je jako ostatní ustanovení § 12 (s výjimkou odstavce 8), odchylkou od správního řádu, výslovně nestanoví žádnou lhůtu, kterou je správní orgán povinen účastníkovi řízení k tomuto vyjádření poskytnout. I ustanovení § 27 odst. 1 správního řádu, ke kterému by správní orgán mohl s ohledem na odchylnou úpravu v zákoně o ochraně hospodářské soutěže eventuálně jen podpůrně přihlédnout, hovoří o *přiměřenosti* lhůty, navíc v případě, *je-li to třeba* (viz úvod § 27 odst. 1 správního řádu). Pakliže tedy prvostupňový správní orgán nevyhověl žádosti účastníka řízení o poskytnutí 14 denní lhůty pro vyjádření se k výsledkům šetření, a stanovil tuto lhůtu do dalšího dne, § 12 odst. 4 zákona tím výslovně neporušil, což z hlediska zákonnosti postupu prvostupňového orgánu považuji za významné. Připouštím, že podle obecných zásad správního řízení (§ 3 odst. 2 správního řádu) jsou správní orgány povinny dát účastníků řízení příležitost, aby mohli svá práva a zájmy účinně hájit, zejména se vyjádřit k podkladu rozhodnutí, a uplatnit své návrhy. Zákon o ochraně hospodářské soutěže, správní řád či jiný právní předpis však lhůty pro tyto úkony nestanoví, resp. nevylučuje se, aby účastník řízení využil zmíněných práv na místě při seznámení s výsledky šetření, popřípadě jich využil ve lhůtě stanovené správním orgánem. V této souvislosti také připomínám, že správní orgán musí respektovat i další obecné zásady správního řízení, např. vyvinout úsilí vyřídit věc včas a bez zbytečných průtahů (§ 3 odst. 3 správního řádu). Z tohoto hlediska jsem ve správním spisu sledoval chronologii jednotlivých úkonů účastníka řízení, z nichž uvádím zejména tyto:

Správní řízení ve věci návrhu na povolení předmětného spojení bylo zahájeno 4. 5. 2001. Podle protokolu ze dne 26. 6. 2001 (ve spise l. č. 130) účastník řízení nahlédl do spisu a konstatoval, že *mu byly poskytnuty fotokopie vyjádření společností Kyselka Praga a. s. a Karlovarská korunní kyselka, s. r. o.* Dále uvedl, že v dalším *průběhu správního řízení doplní výhody navrhovaného spojení a případně navrhne závazky, které je společnost účastníka řízení připravena splnit, pokud Úřad posuzované spojení podniků povolí.* Toto doplnění předložil účastník řízení dopisem ze dne 29. 6. 2001 (ve spise l. č. 138 an.). Další nahlédnutí do spisu uskutečnil účastník řízení dne 24. 7. 2001 (ve spise l. č. 261 an.) a poté dokládal Úřadu další dokumenty, které podle jeho názoru svědčily ve prospěch povolení spojení. Rozhodnutím čj. S 31A/01-1311/01-OF ze dne 22. 8. 2001 Úřad na žádost účastníka přerušil řízení na dobu 30 dnů, aby mu dal možnost vyjádřit se k námitkám společnosti Karlovarská korunní kyselka, s. r. o. proti spojení. Z protokolu ze dne 11. 9. 2001 (ve spise l. č. 486) je patrné, že i v průběhu přerušeného řízení účastník nahlížel do spisu a byly mu správním orgánem poskytnuty fotokopie požadovaných listin.

Účastník řízení měl možnost, a také ji využíval, uplatňovat své námitky v průběhu celého správního řízení, kdy opakovaně nahlížel do spisu správního řízení, pořizoval si z něj výpisy, popřípadě mu požadované listiny poskytl správní orgán v kopii, a opakovaně vznášel námitky. Stejně tak opakovaně dokládal Úřadu návrhy svých závazků a průběžně tak fakticky určoval směr, kterým Úřad své dokazování v rámci řízení vedl.

Při seznámení se s podklady pro vydání rozhodnutí a výsledky šetření dne 25. 9. 2001 ve smyslu § 12 odst. 5 zákona (ve spise l. č. 527 an.) pak účastník řízení požádal o 14 denní lhůtu, ve které se hodlal vyjádřit k výsledku šetření, obsahu spisu jako celku a znovu doplnit námitky proti spojení, které předložila společnost Karlovarská korunní kyselka, s. r. o. dne 2. 8. 2001. Úřad této žádosti nevyhověl a stanovil lhůtu pro vyjádření do 26. 9. 2001. I když se tato lhůta může jevit krátkou, prvostupňový správní orgán k tomuto přikročil poté, kdy po velmi náročném několikaměsíčním posuzování předmětného spojení, v jehož rámci nebyla účastníkovi řízení odňata žádná možnost k uplatňování jeho procesních práv, dospěl k závěru, že spojení představuje závažné narušení hospodářské soutěže, které nemohou vyvážit omezení a závazky navrhované účastníkem v průběhu celého řízení.

Stěží mohu přijmout tvrzení účastníka, že měl v úmyslu v této další lhůtě doplnit další výhody a omezení či navrhnout nové důkazy k vymezení relevantního trhu (viz bod 1.1.1. rozkladu). Účastník měl již při pětiměsíčním běhu správního řízení dostatečný časový prostor pro to, aby ve smyslu § 8a odst. 2 zákona prokázal, že újma, která narušením soutěže může vzniknout, bude převážena hospodářskými výhodami, jež spojení přinese, což podle názoru prvostupňového správního orgánu neučinil. Nesouhlas s dalším výrazným prodlužováním řízení pro doplnění zmíněných omezení a závazků však pro účastníka řízení neznamenalo znemožnění jeho procesní obrany. Účastník řízení využil svého procesního práva a napadl rozhodnutí o nepovolení spojení včas rozkladem ze dne 15. 10. 2001, v němž však žádné další omezení a závazky nenavrhl. Toto učinil až v doplnění rozkladu dne 15. 11. 2001 (s těmito návrhy účastníka řízení se odůvodnění tohoto rozhodnutí vypořádává na str. 19 a 20). Další závazky navrhl účastník řízení až v podání doručeném Úřadu dne 22. 2. 2002, tj. po cca 3 měsících od doplnění rozkladu dne 15. 11. 2001 (obdobně jako u předchozích závazků i k těmto je zaujato stanovisko na str. 20 a 21 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

Po posouzení průběhu řízení jsem dospěl k závěru, že podklady pro rozhodnutí shromážděné do dne, kdy s nimi byl účastník řízení seznámen, byly pro rozhodnutí ve věci dostačující. Účastník řízení ani v dalším řízení o rozkladu nenavrhl takové závazky a omezení, které by mohly významně ovlivnit závěry prvostupňového správního orgánu o tom, že újmu, kterou zamýšlené spojení přinese hospodářské soutěži, převáží hospodářské výhody spojení.

Dále účastník namítl, že jej Úřad nepravdivě a neúplně informoval o výsledcích řízení, když mu na otázku, jak byl vymezen relevantní trh, uvedl pouze trh balených vod minerálních a stolních.

Jak je uvedeno v Protokolu o seznámení s výsledky šetření (ve spisu l. č. 527) Úřad účastníku řízení k jeho dotazu sdělil, že relevantní trh vymezil jako trh balených přírodních vod minerálních a stolních. Tento trh, jak bude patrné z dalších částí odůvodnění tohoto rozhodnutí, byl pro posouzení předmětného spojení rozhodující. Podle mých informací prvostupňový správní orgán účastníkovi řízení na tomto jednání rovněž sdělil, že druhým trhem, kterého se může dotknout předmětné spojení, je trh balené ochucené vody minerální a stolní. Je chybou Úřadu, když tuto skutečnost neuvedl do protokolu. Účastník řízení však nemůže argumentovat tím, že nevěděl, jak bude tento druhý relevantní trh vymezen. Spis správního řízení, do kterého účastník řízení průběžně nahlížel, obsahuje mj. i listiny zařazené ve složce přímo nazvané „Trh balené ochucené vody minerální a stolní“ (ve spisu l. č. 487). S podklady pro výpočet tržního podílu účastníka řízení na tomto trhu nemohl být účastník řízení seznámen, neboť soutěžitelé působící na trhu balených ochucených vod minerálních a

stolních je označili za své obchodní tajemství. V tomto směru poukazuji ve spise na str. 487 an. a např. str. 296.

Účastník dále vytkl Úřadu, že ačkoli byly ve lhůtě k podání námitek stanovené Úřadem v oznámení o spojení podniků zveřejněném v Obchodním věstníku podány pouze dvě námitky, oslovil po uplynutí uvedené lhůty s dotazem na názor na dopad navrhovaného spojení na trh další výrobce minerálních vod a obchodní řetězce, kdy ani neuvedl, o jaký relevantní trh se jedná. Napadl dále Úřadem citované námitky společnosti Kyselka Praga a. s. bez uvedení, že tyto byly posléze revokovány.

Ve smyslu ustanovení § 32 odst. 1 správního řádu byl Úřad povinen provést všechna šetření nutná k objasnění rozhodných okolností pro posouzení věci a k tomuto účelu si opatřit všechny potřebné podklady, aniž by byl vázán jen návrhy účastníka řízení a bez ohledu na to v čí prospěch svědčily. Smyslem a cílem vyžádání názorů dalších soutěžitelů k předmětnému spojení bylo jen přesně a úplně zjistit skutečný stav věci. Rozsah a způsob zjišťování podkladů pro rozhodnutí určuje vždy správní orgán. Námitka účastníka řízení je navíc udivující, když oslovení dalších soutěžitelů Úřadu sám navrhl (ve spisu l. č. 454).

Pokud jde o neuvedení přesného vymezení relevantního trhu v dotazech soutěžitelům, šetření vztahující se k vymezení relevantního trhu v té době dosud probíhalo, a dotazy byly proto směřovány obecně k trhu nealkoholických nápojů. Jednalo se o standardní šetření, kdy Úřad až z jeho výsledků dospěl k určitým závěrům. Není tedy pravdou, že Úřad vymezil v dotazu relevantní trh jinak než v rozhodnutí, neboť skutečný relevantní trh, tak, jak byl posléze v rozhodnutí vymezen, v žádném z dotazů označen být nemohl.

Není zřejmé, co má účastník řízení na mysli revokací názorů společností Kyselka Praga a. s. V pořadí druhém podání ze dne 25. 7. 2001 (ve spisu l. č. 338) společnost Kyselka Praga a. s. Úřadu pouze sdělila, že členové představenstva společnosti mají odlišná stanoviska na možné chování subjektu vzniklého spojením soutěžitelů na trhu. Podání neobsahovalo sdělení, že Úřad nemá přihlížet k námitkám uplatněným touto společností dne 5. 6. 2001.

Účastník řízení dále vyjádřil domněnku, že rozhodnutí je částečně nepřezkoumatelné především v části týkající se vymezení věcně relevantních trhů a podílů spojovaných podniků, a to zejména z následujících důvodů:

Úřad v rozhodnutí uvedl, že pro vymezení věcného relevantního trhu použil údaje poskytnuté Českým statistickým úřadem (dále i jen „ČSÚ“). Účastník namítl, že ve spise Úřadu nejsou obsaženy žádné údaje od ČSÚ, ze kterých by bylo možno usuzovat na to, jak má být věcně vymezen relevantní trh.

Úvodem poukazuji na skutečnost vztahující se ke všem námitkám této části rozkladu, a to že zákonnosti správního aktu není na závadu, pokud písemnosti, které jsou součástí podkladů pro posouzení a rozhodnutí ve věci ve správním řízení, sestávajících z odborných posudků, názorů apod. třetích osob, jakož i písemná podání účastníka řízení, nejsou v rozhodnutí citovány v doslovném znění. K závěrům z provedeného šetření Úřad dospěl po zhodnocení všech podkladů pro rozhodnutí, tj. i těch, které v odůvodnění rozhodnutí v doslovném znění neuvedl. Za rozhodující v této věci považuji, že Úřad v odůvodnění rozhodnutí v souladu s § 47 odst. 3 správního řádu uvedl, které skutečnosti byly podkladem pro rozhodnutí, jakými úvahami byl veden při hodnocení těchto skutečností a na základě

jakých právních předpisů rozhodoval. Dodávám, že všechny písemnosti, které tvořily podklad pro rozhodnutí, jsou v plném znění součástí správního spisu a účastník řízení měl možnost se s nimi seznámit, což učinil.

Ke shora uvedené námitce účastníka uvádím: Úřad v rozhodnutí uvedl, že „… pro vymezení věcného relevantního trhu použil údaje poskytnuté Českým statistickým úřadem, týkající se produkovaného množství a cen balených nápojů v časových řadách …“. Pro konečné vymezení trhů byly Úřadem použity mimo jiné i údaje poskytnuté ČSÚ týkající se průměrných spotřebitelských cen v časových řadách (ve spisu l. č. 143), ze kterých Úřad dovodil cenovou blízkost minerálních a stolních vod neochucených, tj. znak toho, že přírodní minerální a stolní vody jsou součástí jednoho trhu, a zároveň i na cenovou odlišnost ochucených vod, džusů a colových nápojů. Tyto údaje také poukázaly na skutečnost, že roste-li křivka výroby přírodních vod minerálních a stolních, roste i kumulativní křivka výroby ostatních nealkoholických nápojů - balených ochucených minerálních a stolních vod, džusů a colových nápojů, ze které vyplývá, že nedochází k výrobě jednoho druhu nápoje namísto druhého (ve spisu l. č. 142).

Úřad podle účastníka uvedl, že pro vymezení trhu použil údaje z posudku soudního znalce, aniž uvedl kterého a z jakých důvodů použil právě jeho závěry.

K odbornému posouzení skutečností důležitých pro rozhodnutí bylo třeba ustanovit znalce. Úřad ustanovil znalcem RNDr. Ivo Staňka, soudního znalce v oboru těžba a vodní hospodářství, a Ing. Antonína Brabce, soudního znalce z oboru potravinářství, specializace nealko nápoje. Pro vymezení relevantních trhů Úřad využil konkrétně závěry z posudku znalce specializovaného na oblast nealko nápojů. Přisvědčuji námitce účastníka, že Úřad měl v rozhodnutí uvést, o závěry kterého znaleckého posudku se zejména opřel; nicméně tuto skutečnost bylo možno z kontextu, kdy se jednalo právě o nealkoholické nápoje, logicky dovodit. Na okraj poznamenávám, že Úřad měl k dispozici pět znaleckých posudků, jejichž závěry při rozhodování zohlednil, přičemž dva byly vypracovány z podnětu Úřadu a tři z podnětu účastníka, všechny posudky však dospěly k závěrům, které se shodovaly se závěry Úřadu v oblasti vymezení relevantních trhů.

Úřad konkretizoval podíly spojovaných podniků na jím vymezených věcně relevantních trzích, aniž by podle účastníka uvedl, z jakých údajů tyto podíly vypočetl nebo odvodil.

Podklady pro výpočet podílů spojujících se soutěžitelů na relevantních trzích byly tvořeny zejména údaji o objemech výroby, získanými v rámci šetření u konkurenčních soutěžitelů. Jejich součtem Úřad dospěl k celkovému objemovému vyjádření trhu a podíl spojujících se soutěžitelů byl následně určen za pomoci údajů o vlastní produkci vyplývajících z jimi předloženého dotazníku.

Převážnou část předaných podkladů označili konkurenční soutěžitelé za své obchodní tajemství, proto tyto údaje nemohly být účastníku zpřístupněny, ač jsou řádně včetně výpočtových tabulek založeny ve spise. S ostatními relevantními podklady neoznačenými za obchodní tajemství, např. s výpočtem podílů na trhu přírodních vod balených minerálních a stolních, byl účastník řízení seznámen; jak vyplývá z protokolu (ve spisu l. č. 486), byla účastníku pořízena kopie l. č. 298 ve spisu obsahující graf i tabulku s odpovídajícím výpočtem. Není nezbytné uvádět konkrétní postup výpočtu podílů spojovaných podniků přímo v rozhodnutí, když obecný postup lze vyčíst z materiálů a informací obsažených ve spisu správního řízení, které tvořily podklad pro rozhodnutí.

V další námitce účastník uvedl, že index HHI, zmíněný na str. 10 a 11 rozhodnutí pro trh balených ochucených vod minerálních a stolních, má stejnou hodnotu, jako index HHI, uvedený ve spisu na str. 489 pro trh nealkoholických nápojů, přičemž Úřad neuvedl podklady, ze kterých při výpočtu indexu HHI vycházel.

Shoda hodnot Herfindahl-Hirshmanova indexu (dále i jen „HHI“), jako součtu čtverců tržních podílů (v %) všech konkurentů na trhu, udaných Úřadem před spojením podniků i po jejich případném spojení vyplývá z toho, že věcně se jedná o stejný trh a výpočty HHI tedy v zásadě musí obsahovat shodné hodnoty. Při výpočtu HHI vycházel Úřad z údajů uvedených ve spisu na l. č. 299. Index HHI byl zpracováván v době, kdy trh balených ochucených minerálních a stolních vod byl ve spise v průběhu šetření ještě pracovně označen jako trh nealkoholických nápojů a v rozhodnutí pak zpřesněn podle závěrečného věcného vymezení.

V další části rozkladu účastník řízení poukázal na částečnou zmatečnost rozhodnutí především v závěrech Úřadu, zda existují (Úřadem uvedeno na str. 26 rozhodnutí) či neexistují (Úřadem uvedeno na str. 4 rozhodnutí) bariéry vstupu na příslušné trhy.

U posuzovaného spojení nebylo možné jednoznačně konstatovat neexistenci bariér vstupu na relevantní trhy. Je třeba přihlédnout k zahraniční soutěžně právní legislativě a rozlišovat mezi bariérami administrativního charakteru, ke kterým náleží cla, dovozní kvóty, označení původu výrobků, povolení dovozu atp., které v případě posuzovaného spojení podniků téměř neexistují, a bariérami ve smyslu vstupních překážek pro ekonomický růst subjektu nově vstupujícího na trh, které jsou spojeny s vlastnictvím tuzemského či zahraničního zdroje vody, jako např. náklady na koupi minerálních zdrojů, koupi pozemku a provedení vrtu vyhledávajícího minerální vody, náklady spojené s vybudováním distribuční sítě, příp. přepravní náklady, náklady na reklamu, mezi tyto překážky patří ale i např. loajalita k zavedené značce. V této souvislosti lze podpůrně odkázat na obdobné závěry americké soutěžní judikatury v případech B.F. Goodrich, 110, F.T.C. 207, 297 (1988); Weyerhauser Co., F.T.C. 172, 286-89 (1985); Echlin Mfr. Co., 105 F.T.C. 410, 485-86 (1985), které rovněž rozlišují mezi „entry barriers“ a „entry impediments“ (překážky). Namítaná zmatečnost rozhodnutí je jen zdánlivá a účelová, když účastník řízení cituje pouze některé výroky Úřadu vytržené z celkového kontextu.

Účastník řízení dále poukázal na nedostatečné a neúplné zjištění skutkového stavu s ohledem na nesprávné vymezení relevantních trhů ze strany Úřadu, zejména trhu ochucených minerálních a stolních vod. Podle názoru účastníka měl být vedle trhu balené přírodní vody minerální a stolní vymezen trh nealkoholických sycených nápojů (limonád neboli „carbonates“), a to z následujících důvodů:

- *tyto nápoje jsou z hlediska účelu a potřeby pro spotřebitele vzájemně zastupitelné a zaměnitelné s ohledem na jejich chuťové vlastnosti, všechny jsou ochucené či doslazované,*
- *srovnatelnost z hlediska ceny,*
- *prodej v rámci jednoho oddělení v prodejních místech,*
- *obdobný způsob balení a distribuce.*

Po přezkoumání shora uvedené námitky účastníka konstatuji, že účastník řízení v rozkladu vymezil druhý relevantní trh obsahově shodně se závěry Úřadu, označil jej však

jiným názvem. Z obecného pojetí výrobkového relevantního trhu, který zahrnuje všechny výrobky, jež spotřebitel pokládá vzhledem k vlastnostem, ceně a zamýšlenému způsobu použití za shodné nebo zaměnitelné, Úřad při vymezování relevantních trhů bere v úvahu veškeré zboží, které spojovaní soutěžitelé nabízejí. V této souvislosti poukazuji na odůvodnění napadeného rozhodnutí na str. 8 pod bodem „věcné vymezení relevantního trhu“, kde je uvedeno, že: „Všechny výrobky, které produkují spojovaní soutěžitelé, tvoří jednu skupinu výrobků – balené nápoje – primárně sloužící k potřebě člověka uspokojit žízeň. Tato skupina balených nápojů zahrnuje výrobky jako přírodní stolní balená voda, přírodní minerální balená voda, ochucená stolní i minerální balená voda a limonády, zpravidla sycené“. V uvedené citaci jsou jmenovitě uvedeny i limonády.

Úřad při věcném vymezení relevantního trhu určitou skupinu výrobků vyčlenil, když v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že do skupiny balených nápojů nejsou zahrnuty tzv. značkové nápoje, tzn. nápoje colového typu, dále značky Fanta, Sprite, 7 Up apod., odlišující se od ostatních nápojů vyšší cenou a zpravidla odlišným způsobem prodeje, kdy jsou nabízeny odděleně od ostatních nápojů, dále nápoje jako čaj, káva mléko a nápoje obsahující látky nevhodné pro užívání širokou skupinou obyvatel (nápoje „tonic“ obsahující chinin či energetické nápoje), a to ani žádný nápoj obsahující alkohol. Úřad uvedené nápoje do vymezených relevantních trhů nezahrnul a zařadil do nich pouze balenou přírodní stolní a minerální vodu a balené ochucené stolní a minerální včetně limonád.

Ze spisu správního řízení bylo patrno, že kromě trhu balených přírodních vod minerálních a stolních, tedy nápojů neochucených, bude vymezen rovněž trh zahrnující všechny nápoje ochucené vyjma nápojů uvedených v předchozím odstavci. O trhu ochucených nealkoholických nápojů se Úřad zmínil již např. v prvním vyžádání informací od účastníka řízení ze dne 6. 6. 2001 (ve spisu l. č. 67), dále v grafu popisujícím vývoj spotřeby přírodní vody a ochucených nealkoholických nápojů (ve spisu l. č. 228), a především ve spisu na l. č. 487, kde je již výslovně uveden název trhu balené ochucené vody minerální a stolní. Účastník řízení, ačkoli mu byly tyto skutečnosti známy, nijak se k nim v průběhu šetření nevyslovil. Navíc rozlišení relevantního trhu na trh s nápoji slazenými, resp. ochucenými a trh s nápoji neslazenými, zmínil také sám účastník řízení ve svém podání ze dne 14. 6. 2001 (ve spisu l. č. 98-104), kdy mimo jiné uvedl, že: „…Ve smyslu zákona č. 164/2001 Sb. jsou tedy základem pro výrobu těchto nápojů (slazených či ochucených) přírodní minerální vody…“. Sám tedy nerozporoval, že přírodní minerální vody jsou základem ochucených nealkoholických nápojů, a zřejmě ani nepovažoval za významné rozlišení ochucené či slazené minerální vody od limonád, které se vyrábějí z vodovodní vody a obsahují přídavky chuti a cukru.

K podpoře svých tvrzení účastník řízení v rozkladu uvedl rozhodnutí Evropské komise ve věciNestlé/Perrier (IV/M.190), kdy poukázal na zdánlivou obdobu závěrů Evropské komise se závěry Úřadu, kdy však v případě navrhovaného spojení je důležité určit, co to jsou „flavoured waters“ (tedy ochucené vody). Podle názoru účastníka se těmito vodami rozumí minerální nebo stolní voda, která byla dochucena přidáním esencí nebo aromatických složek, která ale neobsahuje sladící prvky. Z uvedeného účastník dovozuje, že pokud by Úřad použil k vymezení druhého relevantního trhu rozhodnutí Nestlé/Perrier a správně by vyložil pojem „flavoured waters“, nemohl by tento trh vymezit jako trh ochucených minerálních vod, ale jako trh nealkoholických sycených nápojů (limonád).

Úvodem poukazuji na skutečnost, že shora uvedené tvrzení účastníka řízení je v rozporu s podklady poskytnutými Úřadu v podání ze dne 14. 6. 2001 (ve spisu l. č. 99), kde výslovně uvedl, že Evropská komise odlišila ve svém rozhodnutí Nestlé/Perrier skupinu

slazených či ochucených nealkoholických nápojů, jejichž základem je voda. Do těchto vod jsou přidány přísady včetně sladidel nebo cukru, barviv, koncentrátů nebo dalších složek. Z rozdílnosti stanovisek účastníka řízení lze mít za to, že nemá vyhraněný názor na danou problematiku, vyjádřil-li se v podkladech poskytnutých Úřadu v průběhu správního řízení jinak, než posléze v rozkladu. Z rozboru rozhodnutí Komise ve věci spojení Nestlé/Perrier (IV/M.190) (CELEX 31992D0553) vyplynulo, že Komise vychází z rozlišení několika pojmů: source water (pracovně voda z pramene), což je množina zahrnující v sobě mineral water (minerální voda) a spring water (pracovně pramenitá voda). Tyto druhy je pak odlišuje od purified tap water (čištěná voda z vodovodu) a soft drinks (limonády).

Evropská komise v uvedeném rozhodnutí vymezila relevantní trh jako trh balené vody z pramene zahrnující minerální vody a pramenité vody (viz bod 19 Nestlé/Perrier -IV/M.190). K tomuto závěru došla na základě dále uvedených úvah o míře zaměnitelnosti, resp. nezaměnitelnosti balených vod z pramene s limonádami, popř. s čištěnou vodovodní vodou (stolní vodou).

Evropská komise v prvé řadě nepřijala argumentaci společnosti Nestlé, podle níž není důvod mezi těmito dvěmi kategoriemi rozlišovat, plní-li obě shodný základní účel, tj. „uhašení žízně“, a to proto, že v případě přijetí této logiky by musel trh zahrnovat též např. čaj, mléko, pivo či některé druhy ovoce apod. Komise naopak zjistila několik důvodů pro vymezení samostatného trhu vody z pramene, na kterém disponují soutěžitelé značnou nezávislostí na jednání společností, prodávajících limonády, a to zejména pokud jde o oblast cenové politiky. Mezi tyto důvody patří faktory poptávky, tj. motivace konečných spotřebitelů kupovat balenou vodu pocházející z přírodních zdrojů, rozdíly ve složení, chuti a zamýšleném užití, nízká reaktivita na změny cen, a rovněž úvahy z hlediska nabídky ohledně podmínek výroby a obchodování, cenové politiky výrobců a zaměnitelnosti z hlediska nabídky.

Evropská komise se dále ve svém rozhodnutí zabývala možností vyčlenit z vymezeného trhu perlivé a ochucené vody a uvedla, že některé faktory ukazují, že by tyto druhy mohly být vyloučeny z výrobkového relevantního trhu, a to s ohledem na rozdíly, spočívající ve fyzikálních vlastnostech, chuti, zamýšleném užití, konzumovaném množství a úrovni cen. V některých výjimečných případech pak společnosti považují perlivé a ochucené vody za bližší limonádám, pokud jde o jejich balení, marketing a ceny. Ačkoli Komise perlivé a ochucené vody z pramene z výrobkového relevantního trhu nevyloučila, připustila, že tyto druhy mohou vytvářet samostatný segment celkového trhu s balenou vodou z pramene.

Zabýval jsem se zejména namítaným pojmem „flavoured waters“ a dospěl k závěru, že ačkoli rozhodnutí o pojmu ochucených vod hovoří v bodě 20, tento nijak nevymezuje. Jediná charakteristika vyplývá ze samotného názvu, tj. že jde o vody ochucené. Z rozhodnutí nelze učinit jakýkoli závěr o tom, že Evropská komise pod pojmem „flavoured waters“ rozumí ochucené vody pouze s obsahem sladících prvků, nebo pouze bez obsahu sladících prvků, popř. jakékoliv ochucené vody. Definice „flavoured waters“, kterou účastník řízení v rozkladu uvedl, je, jak z textu vyplývá, čerpána z výroční zprávy společnosti Canadean, Ltd., anglického výzkumného ústavu specializujícího se na trh nápojů. Uvedenou definici však rozhodnutí ani neuvádí, ani na ni neodkazuje, a tudíž nelze přijmout tvrzení, že Evropská komise používajíce pojem „flavoured waters“ jej chápe ve významu v předložené definici.

K otázce použití judikátů Evropského soudního dvora a rozhodnutí Evropské komise ještě dodávám, že tyto Úřad v žádném ze svých rozhodnutí přímo neaplikoval, podpůrně k nim však ve své rozhodovací činnosti je oprávněn přihlížet. Proto na ně také odkázal v odůvodnění rozhodnutí, čímž mimo jiné deklaroval úvahy, kterými byl veden při vymezení relevantního trhu.

Prostudoval jsem všechny spisové materiály, týkající se věcné stránky trhu, na které se v rozhodnutí Úřad odvolává. Tyto podklady v převážné části podporují věcné vymezení trhu tak, jak to učinil Úřad. Zejména poukazuji na znalecký posudek soudního znalce v oboru potravinářství (ve spisu l. č. 436-446) Ing. Hopianové, podle nějž se nealkoholické nápoje rozdělují do následujících skupin: 1. ovocné a zeleninové šťávy, nektary a sirupy, 2. ochucené nealkoholické nápoje, 3. balené vody, 4. ostatní nealkoholické nápoje. Skupina ochucených nealkoholických nápojů se dále dělí na podskupiny minerální vody ochucené, stolní vody ochucené a limonády, přičemž podstatným znakem je právě základ těchto nápojů, kterým je kromě nápojových koncentrátů a surovin k jejich přípravě minerální a stolní nebo pitná voda.

Po přezkoumání námitek účastníka uvedených v této části rozkladu jsem dospěl k závěru, že účastník řízení nesprávným způsobem pochopil Úřadem vymezení relevantního trhu balené ochucené vody minerální a stolní, a to přesto, že ze spisu a samotného rozhodnutí vyplývá, že do uvedeného trhu jsou zahrnuty, kromě shora výslovně vyčleněných, všechny ochucené i oslazené nealkoholické nápoje, včetně limonád. Připouštím, že tento omyl mohl být způsobem tím, že část relevantních údajů nebyla s ohledem na obchodní tajemství jiných soutěžitelů účastníku řízení přístupna, na správnosti věcného vymezení trhu u balených ochucených vod minerálních a stolních to však ničeho nemění.

Zdůrazňuji však, že Úřad předmětné spojení podniků nepovolil především na základě analýzy podmínek na trhu balených přírodních vod minerálních a stolních, nikoli na trhu balených ochucených vod minerálních a stolních, ať již byl nazván jakkoli.

Závěrem shrnuji, že při posouzení otázky věcné stránky trhu mimo již zmíněných podkladů, jsem vycházel také z účelu kontroly spojování podniků ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže, spočívající v možnosti Úřadu zabránit takovým trvalým změnám ve struktuře spojovaných podniků a relevantních trhů, které vedou nebo mohou vést k narušení funkcí soutěže, případně k její likvidaci, v důsledku ubývání počtu konkurentů nebo v důsledku zakládání nebo posilování dominantního postavení. V daném případě bylo úkolem Úřadu posoudit, do jaké míry spojení tří významných tuzemských producentů minerálních vod naruší na území České republiky v této oblasti dodávek hospodářskou soutěž. Z tohoto hlediska považuji věcné vymezení trhu na dané výrobky za plně opodstatněné.

Dále měl být podle názoru účastníka řízení v daném případě relevantní trh z geografického hlediska vymezen nikoli jako celé území České republiky, ale jako geografický trh větší, zahrnující minimálně území (nebo část území) sousedících států, zejména Slovenska, Polska a SRN. Účastník v této souvislosti poukázal na to, že na straně 26 rozhodnutí Úřad uvedl, že „…nelze akceptovat širší vymezení relevantního trhu než je území ČR, neboť takovéto vymezení by bylo v rozporu se zákonem“, přitom Úřad podle účastníka řízení i ve své praxi zvažuje vymezení geografického trhu z pohledu spotřebitele jako trhu přesahujícího území České republiky, což vyplývá např. z rozhodnutí Úřadu č.j. S 11/01-755/01-OF ze dne 7. 6. 2001. Dále účastník poukázal na skutečnost, že i v rámci EU se připouští u balených vod širší geografický trh než pouze území příslušného státu, např. v rozhodnutí EK ve věci PEPSICO/KAS.

Úřad si je vědom skutečnosti, že existují globální trhy, tedy řádově vyšší geografické trhy, nicméně při posuzování spojení musí vycházet z geografického trhu, který je ve smyslu teritoriální působnosti zákona dán maximálně územím České republiky. Mají-li být tedy dopady na hospodářskou soutěž zkoumány na takto vymezeném území, tak i při zjišťování postavení jednotlivých soutěžitelů, které by mohlo mít potenciální protisoutěžní účinek, může Úřad vzít v úvahu pouze jejich tržní podíly dosažené na tomto území.

Účastník řízení se rovněž neztotožnil s Úřadem vypočtenými podíly spojovaných podniků na trhu balené přírodní vody minerální a stolní ve výši …... % pro KMV a po …...% pro HK a Poděbradku a na trhu balené ochucené vody minerální a stolní ve výši …...% pro KMV, …... % pro HK a …... % pro Poděbradku, považoval za nutné vyjádřit se k uvedených tržním podílům. Účastník připustil, že nedokáže sám odhadnout celkové dodávky na trhu ochucených vod minerálních a stolních. Při vlastním výpočtu nárůstu podílu spojovaných podniků na trhu tedy údajně vyšel z dostupných údajů poskytovaných agenturami GFK a Canadean a údajů ze spisu a dospěl k závěru, že celkový nárůst podílu spojovaných podniků na trhu balených přírodních vod minerálních a stolních představuje …...%, z toho pro Poděbradku …...% a pro HK …...%, a že celkový nárůst podílu spojovaných podniků na trhu nealkoholických sycených nápojů (limonád neboli „carbonates“) podle jeho údajů představuje podíl cca …... %. V této souvislosti účastník řízení rovněž upozornil na možnost existence jednoho trhu – balených nealkoholických nápojů, neboť všechny spojované podniky vyrábějí nealkoholické nápoje (balené), jejichž vlastnosti, účel použití i ceny jsou v obecné rovině srovnatelné.

Ve spisové dokumentaci jsem si ověřil údaje Úřadu o výši tržního podílu spojovaných podniků a konstatuji jejich správnost. Úřad vypočetl celkovou hodnotu (objem) trhu za rok 2000 na základě součtu dodávek převážné většiny soutěžitelů na trhu (ve spisu l. č. 298 a č. 299), přičemž tyto Úřadem udané výpočty korespondují s údaji zveřejněnými agenturami GfK a Canadean. Údaje ohledně objemů dodávek společností Poděbradka a HK byly Úřadem převzaty z dat poskytnutých KMV v dotazníku (ve spisu l. č. 8 a 9). Údaje, které účastník řízení uvedl v rozkladu, však mají téměř poloviční hodnotu na rozdíl od dříve uvedených dat v dotazníku, z nichž Úřad vycházel při výpočtu podílů spojujících se soutěžitelů. Vzhledem ke skutečnosti, že účastník během dosavadního správního řízení tyto původně dodané údaje nerozporoval ani neuvedl nové, považoval Úřad údaje uvedené účastníkem v dotazníku za správné. V této souvislosti poznamenávám, že ačkoli si účastník v průběhu správního řízení pořídil kopii listu č. 298 ve spisu obsahující graf s výpočtem podílu HK i Poděbradky na vymezeném relevantním trhu, proti uvedeným výpočtům se nijak neohradil. Jiné, pro účastníka řízení příznivější údaje, pokud jde o jeho postavení na trhu, uplatněné až v rozkladu na rozdíl od údajů uvedených v dotazníku, proto považuji pouze za účelové.

Pokud jde o možnost vymezit relevantní trh jako jeden, tzn. trh balených nealkoholických nápojů, považuji tuto variantu za zcela neodpovídající reálné situaci na trhu, zejména s ohledem na vlastnosti a účel použití je balená přírodní minerální a stolní voda určena pro denní použití, ve velkém množství a plní základní vyživovací potřebu, zatímco ochucené nápoje kromě žízně uspokojují i chuťové pocity a jsou určeny pro příležitostné použití. Této skutečnosti je si zřejmě vědom i účastník, pokud sám uvádí pouze „možnost existence“.

V další části rozkladu účastník řízení napadl závěry Úřadu vyplývající z vymezených relevantních trhů a podílů spojovaných podniků na těchto trzích, a to zejména tvrzeni týkající se závažného posílení stávajícího postavení KMV na trhu balených vod minerálních a stolních, kdy účastník namítl, že Úřad neuvedl v rozhodnutí podklady, na základě kterých dospěl k závěru, že postavení KMV na relevantních trzích je stálé a nepodléhá výraznějším výkyvům, když s ohledem na rostoucí podíl Toma Holding (viz rozhodnutí Úřadu č.j. S 94/99-240) a dramatický nárůst tzv. DOBs podíl KMV na relevantním trhu údajně klesá, a dále, že Úřadem tvrzený …...% nárůst není závažným posílením, přičemž odkázal na rozhodnutí Evropské komise ve věci PEPSICO/KAS a Procter & Gamble.

Úřad po provedení rozsáhlého šetření zjistil, že objem prodeje balených stolních vod každoročně vykazuje určitý růst, což souvisí s dosavadní nižší spotřebou balených vod na obyvatele v České republice ve srovnání s Evropskou unií, a konstatoval, že se jedná o trh stabilizovaný. Informaci o stabilizaci trhu uvedl i účastník řízení (ve spisu l. č. 12). Z údajů o dodávkách na trh přírodních vod balených minerálních a stolních získaných od spojujících se soutěžitelů (ve spisu l. č. 410) a údajů o celkových dodávkách na trh poskytnutých ČSÚ (ve spisu l. č. 141) bylo zjištěno, že podíl spojujících se soutěžitelů v rozporu s tvrzením účastníka mírně stoupá. Tato skutečnost byla navíc potvrzena údaji poskytnutými Svazem výrobců minerálních vod (ve spisu l. č. 114 a 115), z nichž vyplynulo, že účastník na trhu léčivých, přírodních a minerálních vod zaujímal v roce 1999 přibližně ..... % tržní podíl a v roce 2000 asi ..... %; jeho podíl na trhu tedy mírně vzrostl. Obdobně stabilní jsou i podíly ostatních konkurenčních soutěžitelů na trhu.

K námitce týkající se rostoucího podílu společnosti Toma Holding a. s. uvádím, že Úřad vydal dne 19. 11. 1999 rozhodnutí č.j. S 94/99-240 ve věci spojení podniků GB CZECH, LLC a Toma Holding, a. s., ve kterém mimo jiné konstatoval rostoucí podíl společnosti Toma Holding, a. s. na trhu balených stolních vod, kdy v letech 1996 až 1999 vzrostl z 0,1 % na 21 %. Tento údaj se však vztahoval pouze ke specifickému období druhé poloviny 90 let, kdy na rozdíl od předchozího období podstatně vzrostl objem prodeje balených stolních vod, a v důsledku toho došlo k tak výraznému nárůstu tržního podílu společnosti Toma Holding, a. s. V roce 2000 již společný podíl společností GB CZECH, LLC a Toma Holding, a. s. činil .....%, trh se tedy stabilizoval. V uvedeném rozhodnutí bylo rovněž zmíněno, že … „V posledních letech došlo k rozšíření sortimentu a zvýšení spotřeby, rozvinuly se především segmenty balené stolní vody. ... Noví soutěžitelé jsou především ti, kteří rozšířili svůj sortiment o nápoje dosud nevyráběné..,“. Mám za to, že v současné době je možnost takového nárůstu podílu na trhu velmi nepravděpodobná. Uzavírám, že v souladu s názorem účastníka řízení vyjádřeným v dotazníku ze dne 2. 5. 2001 považuji situaci na předmětném trhu za stabilizovanou.

Pokud jde o problematiku tzv. DOBs, tedy vod dodávaných jejich producenty obchodním řetězcům, kteří ji pak prodávají pod vlastní značkou, Úřad se touto částí objemu dodávek vzhledem k jejich nerelevanci nezabýval. Pro určení výše dodávek na trh byl rozhodným údaj, jaký objem své výroby umístí ten který výrobce na trh.

Účastník dále napadl tvrzení Úřadu, že navrhované spojení může způsobit odchod některých soutěžitelů z trhu v případě, že nebudou vhodnými partnery pro obchodní řetězce, jejichž požadavky nebudou schopni splnit. Účastník prohlásil, že není tím subjektem, který by určoval chování obchodních řetězců.

Úřad v rozhodnutí, že účastník řízení ovlivňuje chování obchodních řetězců na trhu, pouze konstatoval možný vývoj situace na relevantním trhu. Z údajů poskytnutých účastníkem řízení (ve spisu l. č. 13) bylo zjištěno, že v roce 2000 ..... ……. obratu realizovalo …….. . Obchodní řetězce se stávají silou ovlivňující soutěž na různých trzích s potenciálním negativním dopadem na menší soutěžitele, kteří nemohou splnit nároky maloobchodních řetězců – vstupné, zápisné, regálné atp.

Úřad je povinen při rozhodování zohlednit používaný systém tzv. moderní distribuce (str. 19 napadeného rozhodnutí) a 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 prostřednictvím

spojování dodavatelů obchodních řetězců, což by se v případě povolení předmětného spojení stalo s velkou pravděpodobností skutečností. Obdobným způsobem se vyjádřili oslovení soutěžitelé (ve spisu např. l. č. 350).

K namítané nemožnosti závažného posílení postavení účastníka řízení na trhu v důsledku nárůstu tržního podílu o ….. % mohu konstatovat, že vysoký tržní podíl spojovaných soutěžitelů spolu s dalšími pro ně zvýhodňujícími faktory (uvedenými na str. 36-37 napadeného rozhodnutí) by mohl negativně ovlivnit hospodářskou soutěž, neboť uspokojení poptávky konečného spotřebitele bude probíhat za podmínek určovaných subjektem s velkou tržní silou.

V této souvislosti lze podpůrně poukázat na rozhodnutí německého Spolkového kartelového úřadu ve věci spojení podniků Henkel KGaA a Luhns GmbH ze dne 20. 9. 1999, kdy byl relevantní trh vymezen jako trh univerzálních pracích prášků. Společnost Henkel zaujímala na tomto trhu dominantní postavení s tržním podílem mezi 40-50 %, přičemž společnost Luhns disponovala tržním podílem menším než 5 %. Dalšími konkurenty byly společnosti Procter & Gamble s tržním podílem 20-30 %, Lever s podílem 10-20 % a Dalli s podílem 5-15 %, ostatní soutěžitelé na trhu měli tržní podíly pod 5 %. …….

Na základě výsledků provedeného šetření dospěl Spolkový kartelový úřad k závěru, že realizace navrhovaného spojení podniků by dále posílila dominantní postavení společnosti Henkel na trhu. K tomuto upevnění by došlo v důsledku vzájemné spojitosti malého nárůstu tržního podílu, významných synergických efektů, úspor z rozsahu, rozšíření soutěžních a konkurenčních možností Henkelu ve vztahu ke konkurentům a zákazníkům - maloobchodním prodejcům. Henkel by se rozšířením své nabídky o další značky stal natolik silným soutěžitelem, že by hrozila možnost využití jeho dominantní pozice k dalšímu posílení postavení a následně k poškození jeho konkurentů. Jako nadále nejvýznamnější a navíc i posílený dodavatel několika známých značek s ohledem na tržní podíly dalších konkurentů, způsob distribuce a další okolnosti, by měl při jednání s maloobchodními prodejci významně zvýhodněnou pozici oproti konkurentům a jeho zákazníkům - obchodníkům. Jak patrno, v rozhodnutí Spolkového kartelového úřadu jsou použity obdobné argumenty pro zamítnutí spojení, které uvedl Úřad v rozhodnutí o nepovolení spojení soutěžitelů KMV, HK a Poděbradka.

Co se týče námitky závažného posílení postavení účastníka na trhu, účastník řízení v rozkladu poukázal na rozhodnutí Evropské komise ve věcech PEPSICO/KAS a Procter & Gamble. Tato rozhodnutí jsem proto podrobil analýze a dospěl k následujícím závěrům:

Rozhodnutí PEPSICO/KAS (IV/M.289, Celex č. 392M0289) se týká spojení, na jehož základě společnost PepsiCo získala kontrolu nad společnostmi KAS a KESA, které jsou činny ve výrobě, plnění a distribuci nealkoholických nápojů. V bodech 6.4. až 6.6.1. se rozhodnutí zabývalo otázkou možného posílení dominantního postavení na trhu citrónových limonád v Portugalsku. Evropská komise uvedla, že spojení nepovede na tomto trhu k vzniku nebo posílení dominantního postavení, které by vyústilo v podstatné narušení hospodářské soutěže. Hlavním důvodem pro takové konstatování byla skutečnost, že stávající vysoký tržní podíl společnosti PepsiCo se zvýší o pouhé 1 %. Na takové rozhodnutí Evropské komise neměl vliv pouze nízký nárůst tržního podílu soutěžitele, nýbrž i přítomnost společnosti Coca-Cola na trhu s citrónovými limonádami (14 %) a fakt, že Coca-Cola, jako jasný tržní vůdce na celkovém trhu se sycenými limonádami v Portugalsku a na několika dílčích trzích, zajistí, že na trhu bude existovat i nadále konkurenční prostředí ve vztahu ke všem syceným limonádám včetně citrónových, a také to, že citrónové limonády nejsou ve skutečnosti osvobozeny od konkurence ze strany alternativních sycených výrobků dostupných na trhu; navíc, pokud se

bere v úvahu jistý stupeň zastupitelnosti na straně nabídky, ostatní výrobci sycených limonád aktivní v oblasti Španělska a Portugalska mohou vstoupit na trh s citrónovými limonádami a zabránit tak narušení účinné soutěže ze strany společnosti PepsiCo.

Rozhodnutí Procter & Gamble (IV/M.430, Celex č. 31994D0893) se týká spojení, na základě něhož společnost Procter & Gamble GmbH získala společnost Vereinigte Papierwerke Schickedanz AG, vyrábějící papírové výrobky pro domácnost a výrobky hygienické ochrany. V bodě 53 rozhodnutí Evropská komise uvedla, že i když považuje tržní podíl za zřejmý důkaz existence dominantního postavení, má za to, že nárůst tržního podílu**,** pohybujícího se v rozmezí 70 – 75 %, o méně než 1 %, nepovede k posílení dominantního postavení. Naopak v bodě 81 uvedeného rozhodnutí Evropská komise konstatovala, že i když přírůstek na konkrétním relevantním trhu není příliš velký (činí mezi 1 – 5 %), je významný díky velmi vysokému tržnímu podílu jedné ze spojovaných společností (v rozmezí 75 – 80 %) a díky skutečnosti, že významnou zavedenou značku, která by jinak mohla být prostředkem vstupu potenciální konkurence na trh, získá díky transakci též spojením vzniklý subjekt. Vzhledem k nízkým tržním podílům ostatních účastníků trhu by značky těchto konkurentů nepředstavovaly pro vzniklý subjekt závažnou hrozbu. V situaci, kdy existuje na trhu velká míra věrnosti značkám a kdy jeden subjekt vlastní dvě zavedené značky, získání třetí kvalitní značky povede k posílení dominantního postavení. Uvedený závěr je pak zopakován v bodě 85 rozhodnutí.

Z uvedených dvou rozhodnutí lze učinit dílčí závěr, že Evropská komise považuje při současném splnění ostatních okolností popsaných výše, nárůst tržního podílu v rozmezí 0 – 1 % za nedostatečný pro učinění závěru, že spojením bude posíleno dominantní postavení, které by vedlo k podstatnému narušení hospodářské soutěže. Na druhou stranu, nárůst tržního podílu o 1 – 5 % stačí podle Evropské komise pro konstatování posílení dominantního postavení, které by vedlo k podstatnému narušení soutěže. Výše uvedené se shoduje i s vývody v odborné literatuře (Cook, C.J. a Kerse, C.S.: E.C. Merger Control. Second Edition. Sweet&Maxwell, London, 1996, str. 158): „V případě PepsiCo/KAS Komise odmítla variantu, že nárůst stávajícího tržního podílu PepsiCo na španělském trhu, který činí 68 %, může vést ke vzniku nebo posílení dominantního postavení. Tento přístup byl potvrzen jako obecná zásada v případě Procter & Gamble/Schickedanz. Avšak v jiných případech, kdy se tržní podíly zvýšily pouze o několik procentních bodů, Komise vyjádřila obavy, že díky velkému nepoměru mezi tržními podíly subjektu vzniklého spojením a ostatních soutěžitelů, míra navýšení byla značná a nemohla být tudíž pomíjena, i když se pohybovala toliko v jednociferných číslech.“

Účastník řízení proti závěrům Úřadu rovněž zmínil úspěšný vstup nadnárodní silné společnosti Danone na trh s pramenitou vodou Vitalinea, kdy lze předpokládat získání významného podílu.

Vzhledem ke skutečnosti, že společnost Danone, jako silný soutěžitel vlastnící dobře známé značky Danone a Vitalinea, vstoupila na trh s uvedeným výrobkem teprve nedávno, nebylo možno zhodnotit v rozhodnutí úspěšnost prodeje uvedené značky. Účastník řízení konstatoval, že „…lze předpokládat získání významného podílu …“, což je prozatím pouze domněnka, kterou dosud nelze potvrdit ani vyvrátit. Rovněž z článku (ve spisu l. č. 513), který byl Úřadu poskytnut účastníkem řízení, týkajícím se vstupu Danone na trh na konci srpna 2001, vyplývá, že teprve po prvních prodejních výsledcích bude rozhodnuto o dalším postupu, jako např. o reklamní kampani apod.

V kontextu se shora uvedenými námitkami účastník dále uvádí, že za předpokladu existence Úřadem tvrzených bariér vstupu a silné loajalitě ke značkám by nemohlo dojít k výše uvedenému nárůstu tržního podílu společnosti Toma Holding a k růstu prodeje vod prodávaných pod značkami jednotlivých obchodních řetězců.

Ke shora uvedené námitce nad rámec svého předchozího vyjádření dodávám, že nárůst podílu společnosti Toma Holding, a. s. nelze vzhledem k období, kdy proběhl, obecně zohledňovat v dalších případech. Pokud jde o prodej vod pod značkami obchodních řetězců (tzv. DOBs), jedná se o produkty českých producentů, kdy bariéra spočívající v dovozech neexistuje. Loajalita ke značce, která je obecně výrazná, není v tomto případě spojena přímo se značkou vody minerální, stolní apod., ale spotřebiteli je nabídnuta značka jiná, totiž značka obchodního řetězce, kam chodí nakupovat a kde je zřejmě spokojen i s jinými potravinářskými produkty.

Účastník řízení se neztotožnil se závěry Úřadu o tom, že výhody účastníkem deklarované jsou uvedeny v naprosto obecné rovině bez bližší konkretizace a že uvedené závazky nejsou závazky, které by mohly mít pozitivní vliv na další vývoj tržních struktur. Účastník dále namítl, že mu nebyl poskytnut dostatečný prostor, aby jím navrhované závazky či omezení rozšířil či doplnil poté, co byl poprvé ze strany Úřadu seznámen s výsledky šetření. Zároveň namítl, že řada z jím uváděných výhod či omezení je srovnatelná s jinými výhodami a omezeními, které Úřad ve svých dosavadních rozhodnutí uvedl jako výhody či omezení, které převáží újmy toho kterého spojení, jako např. rozhodnutí Úřadu č.j. S 26/99, č.j. S 70/99, č.j. 41/9 ohledně získání certifikace ISO 9002 či č.j. S 11/99, č.j. S 94/99, č.j. S 107/99, č.j. S 108/99, kdy za nejvýznamnější výhody považoval mj. možnost exportu či zvýšení exportu do zahraničí.

Úvodem bych poukázal na nutnost rozlišovat hospodářské výhody, které spojení přinese a které případně mohou převážit újmu, která narušením soutěže může vzniknout, a závazky, které může Úřad přijmout v zájmu ochrany hospodářské soutěže v případě povolení spojení podniků. Důkazní břemeno, že narušení soutěže a jeho nepříznivé důsledky budou vyváženy hospodářskými výhodami, které spojení přinese, je podle ustanovení § 8a odst. 2 zákona na účastníkovi řízení. Ve shodě s rozhodnutím prvostupňového orgánu konstatuji, že všechny výhody, které účastník v průběhu dosavadního správního řízení uvedl (viz také str. 14 napadeného rozhodnutí), jsou obecné a nekonkrétní. S argumentem, že v jiných řízeních Úřad obdobné výhody přijal, se nelze ztotožnit. Jednotlivé případy spojení podniků jsou natolik odlišné, že nemůže být vytvořen takový model výhod, který by zaručil povolení spojení. To, co se v jednom konkrétním případě může jevit jako dostačující, v jiném naopak s ohledem na konkrétní okolnosti daného případu dostatečné není. Podstata uvedeného principu spočívá např. i v nutnosti porovnání újmy, která může být v každém případě odlišná, a navrhovaných výhod.

Pokud se jedná o účastníkem navržené závazky (str. 33 an. napadeného rozhodnutí), mohu opět konstatovat, že posouzení Úřadu a jeho závěry ve vztahu k navrhovaným závazkům vyjádřené v napadeném rozhodnutí jsou objektivní a Úřad v něm přehledně konkretizoval závazky, ke kterým by při rozhodování mohl přihlédnout (viz str. 35-36 napadeného rozhodnutí), účastník však tuto část rozhodnutí zcela zřejmě pominul a v podaném rozkladu opět navrhl závazky a omezení, které vzhledem k závažnosti případu nemohou převýšit újmu z narušení soutěže. (str. 31 rozkladu). Účastník řízení v rozkladu totiž neuvedl žádné nové skutečnosti, které by svědčily o tom, že újma, která hospodářské soutěži

navrhovaným spojením vznikne, bude převážena prokázanými výhodami (za současné aplikace navržených omezení).

Účastník řízení dále namítl, že tvrzení Úřadu uvedené v napadeném rozhodnutí na str. 15: „… jestliže KMV spolu s HK a Poděbradkou …… výrobní kapacity u minerálních vod, mohl by jejich tržní podíl vzrůst ……..“, je spekulací. V této souvislosti požádal o zohlednění skutečností ohledně stability trhu a podílů a bariér vstupu.

Shora uváděné tvrzení Úřadu není spekulací, ale reálným nebezpečím při zohlednění možností dalšího vývoje na trhu, zejména ohledně vydatnosti zdrojů. Mají-li spojované podniky podle zdrojů Ministerstva zdravotnictví míru využití povolených zdrojů minerálních vod ……..% a je-li technologicky snadné provést switching technologických linek a rozšířit tak i výrobu balených ochucených vod minerálních a stolních, vznikne situace, která se stane vážnou bariérou pro rozvoj ostatních konkurentů na těchto trzích.

Výchozí potenciální kapacity zdrojů spojujících se soutěžitelů ve srovnání se zdroji jiných konkurentů spekulací nejsou a Úřad je povinen k jejich existenci a kapacitě přihlédnout. I při zohlednění stability trhu a právně neexistujících bariér vstupu na trh považuji nadále za možné, že zvýšené využití výrobních kapacit by u tak silného soutěžitele, jaký by navrhovaným spojením podniků vznikl, za existence dalších okolností, jako je např. zvýšená portfoliová síla, lepší vyjednávací pozice s obchodními řetězci, a omezená možnost dovozů, kdy zahraniční soutěžitelé nevlastní tuzemské zdroje přírodních minerálních vod, a proto musí počítat při případné expanzi na trh ČR s dovozními náklady, které při dopravě nad 300 km výrazně zvyšují cenu a snižují tak konkurenceschopnost, a zároveň kdy by nový soutěžitel musel překonat loajalitu tuzemského zákazníka k osvědčené domácí značce, to vše by v souhrnu mohlo znamenat nezanedbatelné zvýšení tržního podílu nad úroveň, vypočítanou nyní prostým součtem tržních podílů jednotlivých spojujících se soutěžitelů.

Z výše uvedeného vyplývá, že argumentace o možném zvýšeném využití výrobních kapacit a jeho dopadech je oprávněná, a byla navíc i jedním z významných faktorů pro nepovolení spojení. Při anticipaci vývoje tržních struktur je nutno mít vždy na zřeteli, že nesprávné vyhodnocení dopadů koncentrace může mít trvalé negativní důsledky pro konečného spotřebitele, protože se jedná o nevratný proces.

Účastník dále napadl vyjádření Úřadu, že všechny společnosti, jež jsou předmětem spojení, budou vlastněny skupinou Ronaldsay, což znamená, že bude těžko odlišit multinacionálního nebo zahraničního dodavatele od českého výrobce (viz str. 16 rozhodnutí).

Zmíněné tvrzení bylo účastníkem opět vytrženo z kontextu. Úřad v tomto případě reagoval na názory zmíněné ve zprávě prof. Rizza (ve spisu l. č. 144 an.) předložené účastníkem řízení, která obsahuje návrh podnikatelské strategie podniku KMV pro další roky a měla by být přizpůsobena novým podmínkám tak aby mohla čelit agresivně expandujícím zahraničním dodavatelům. Spojení je potom označeno jako jediná cesta pro českého výrobce k získání silné pozice na trhu jak tuzemském, tak i budoucím evropském.

Uvedená tvrzení prof. Rizza zřejmě byla způsobena jednak obavami, že na trhu zůstane jenom omezený počet silných agresivních soutěžitelů, přičemž ti menší doposud existující soutěžitelé zaniknou, a jednak podle názoru Úřadu částečně mylně podsouvají domněnku následného silného postavení českého výrobce, který bude ovládaný nadnárodní společností či skupinou a bude nebude možné přesně specifikovat, zda se jedná o právě českého výrobce.

Účastník se dále ohradil proti tvrzení Úřadu, že nově vzniklý subjekt možností poskytnout širokou paletu výrobkových značek celkově posílí svou pozici vůči zákazníkům, zvětší se mu potenciální možnosti pro realizaci vázaného prodeje a vzniká hrozba pro odběratele související s odmítnutím dodávek jako celku, s tím, že se jedná o nepodložené spekulace. Účastník naopak uvedl, že širší nabídka může mít pouze pozitivní dopad pro spotřebitele, a doplnil, že spojované podniky mají zájem na prodeji svých výrobků v co největším počtu prodejen.

Posilování pozice vůči třetím subjektům - zákazníkům není chápáno jako kladný dopad na soutěžně právní vztahy mezi subjekty, neboť umožňuje posílenému subjektu chovat se ve větší míře nezávisle na svých odběratelích a potažmo spotřebitelích.

Pokud jde o možnost vázaného prodeje či odmítnutí dodávek jako celku, Úřad rozhodně netvrdil, že takové jednání ze strany účastníka řízení bezpochyby nastane, konstatoval pouze, že k takovému jednání účastníka by mohlo dojít za podmínek po spojení podniků. Tuto skutečnost proto Úřad v rozhodnutí zohlednil. Jak vyplývá ze soutěžně právní teorie, kontrola spojování podniků je nástrojem, jehož cílem je zabránit takovým trvalým změnám ve struktuře spojovaných podniků a relevantních trhů, které mohou vést zejména v důsledku posilování dominantního postavení k narušení funkcí soutěže. O možnosti narušení hospodářské soutěže na trhu jsou přesvědčeni i oslovení soutěžitelé (ve spisu l. č. 128, 235 nebo 361).

Účastník rovněž nesouhlasil s tvrzením Úřadu, že po spojení nelze vyloučit odchody některých menších soutěžitelů (s podíly 1-6 %) z trhu (str. 18 napadeného rozhodnutí), což může vést k vytvoření oligopolistické struktury (str. 21 napadeného rozhodnutí), a konstatoval, že pokud existuje preference značek dle tvrzení Úřadu, nemůže k uvedeným odchodům dojít, navíc ani z posledních let takový případ nezná.

Vzhledem k objektivnímu posílení postavení KMV na trhu je odchod menších konkurentů z trhu potenciální možností, kterou je třeba zohlednit zejména za situace, kdy takový dopad připouští i další subjekty (ve spisu např. l. č. 127, 300, 303 nebo 334).

Pokud jde o loajalitu ke značce, není možné srovnávat „sílu“ značky KMV, HK a Poděbradky po spojení se „silou“ značky producenta s např. 3 % tržního podílu – navíc i známá značka potřebuje jistou marketingovou podporu a rozsah této podpory se bude u zmíněných soutěžitelů výrazně lišit.

Účastník řízení shrnuje, že z důvodů zanedbatelného zvýšení podílu spojovaných podniků na trhu balených přírodních vod minerálních a stolních a nízkého (…… %) podílu spojovaných podniků na trhu nealkoholických sycených nápojů (limonád neboli „carbonates“), možnosti existence jednoho relevantního trhu coby trhu balených nealkoholických nápojů, existence faktického geografického trhu přesahujícího území České republiky, neexistence bariér vstupu na relevantní trhy, značného množství soutěžitelů na příslušných trzích a tendencí vývoje trhů a výhod spojení a navrhovaných omezení a závazků, navrhované spojení nemá a ani nemůže mít závažný negativní dopad na relevantní trhy.

Úvodem poukazuji na skutečnost, že ke všem shora uvedeným důvodům vícekráte se v rozkladu opakujícím jsem se již vyjádřil v předchozí části odůvodnění rozhodnutí o rozkladu, přesto dále doplňuji: Účastníkem uváděný zanedbatelný nárůst jeho stávajícího

postavení po spojení s Poděbradkou a HK ve výši …… % je odvozen ze zcela nepřesných a neověřitelných údajů, proto i výsledek je zkreslený. Úřadem správně vypočtený a z podkladů ověřitelný prokazatelný nárůst podílu účastníka na trhu balených ochucených vod minerálních a stolních, ačkoli se jeho absolutní vyjádření …….. % zdá být nízké, není zanedbatelný. Stanovisko Úřadu je podpořeno i rozhodnutími Evropské komise ve věcech PepsiCo/KAS nebo Procter&Gamble (jejichž rozbor viz výše), na které v rozkladu účastník řízení sám odkázal. Uvedené zvýšení podílu účastníka neznamená, že by nemohlo mít relativně výrazný dopad. Poukazuji opět na již uvedené rozhodnutí Spolkového kartelového úřadu ve věci Henkel / Luhns a dále zejména na index HHI, který údaj o nezanedbatelném zvýšení objektivně potvrzuje.

Posouzení relevantního trhu balených ochucených vod minerálních a stolních nebylo sice při rozhodnutí ve věci navrhovaného spojení podniků rozhodující, má však velký význam do budoucna. Dynamika rozvoje jednoho trhu ovlivní dynamiku rozvoje druhého trhu. Mají-li KMV, HK a Poděbradka podle zdrojů Ministerstva zdravotnictví míru využití povolených zdrojů minerálních vod …….. % a je-li technologicky snadné provést switching technologických linek a rozšířit tak výrobu balených ochucených vod minerálních a stolních, vznikne situace, která se může stát vážnou bariérou pro rozvoj ostatních konkurentů na těchto trzích.

Ztotožňuji se sice částečně s námitkou účastníka, že na trhu přírodních a ochucených minerálních a stolních vod působí skutečně celá řada výrobců, nicméně jejich počet, zejména pokud jde o trh přírodní balené vody minerální a stolní, nemůže být jediným ukazatelem situace na trhu, je třeba zohlednit i jejich tržní podíly (ve spisu l. č. 299). Na tendence vývoje na trhu, jakož i na rozhodnutí Úřadu ve věci spojení GB CZECH LLC a Toma Holding a vstup nadnárodních společností na trh v České republice, jsem poukázal již ve svém vyjádření shora.

Účastník řízení se neztotožnil s výrokem Úřadu, že uváděné výhody spojení, jakož i omezení, jsou deklarovány v obecné rovině a jsou nedostačující, přesto v rozkladu dříve uváděné výhody a omezení blíže specifikoval, doplnil a shrnul takto:

Výhody spojení:

(i) ……

(ii) ……

(iii) *zavedení certifikace ISO 9002*

(iv) *udržení zaměstnanosti v daných regionech*

(v) *export výrobků všech spojovaných podniků*

(vi) *zachování a příp. i rozšíření části produkce spojovaných podniků ve skleněných vratných lahvích*

(vii) *investice do racionalizace a modernizace výroby u spojovaných podniků*

(viii) *včasná příprava na vstup ČR do EU.*

Hospodářské výhody uváděné účastníkem v rámci prvostupňového řízení, byly v rozkladu zopakovány a doplněny pouze o výhody ad (vii) a (viii). Posouzením jednotlivých hospodářských výhod spojení ad (i) až (vi) se Úřad zabýval na str. 14 a 15 napadeného rozhodnutí. Ztotožňuji se se stanoviskem Úřadu tam uvedeným a dodávám, že

hospodářské výhody spojení nejsou jen soutěžním kritériem, musí být posuzovány z pohledu veřejného zájmu a zejména z hlediska spotřebitele, kterému musí přinést spravedlivý díl z těchto výhod. Hospodářské výhody však byly účastníkem řízení deklarovány v naprosto obecné rovině bez bližší konkretizace a zároveň se nejedná o takové výhody, které by mohly převýšit možné negativní dopady předmětného spojení podniků.

Dále jsem posoudil dvě v rozkladu nově doplněné výhody. Relevantní výhodou se jeví pouze první z nich ad (vii). Mám však za to, že v uvedeném případě miliardová investice sama o sobě, která navíc spíše posílí postavení spojovaných podniků, není dostatečnou protiváhou hrozícímu narušení soutěže.

Uvážil jsem všechny skutečnosti, které uvedl účastník řízení ve prospěch zmíněných hospodářských výhod spojení, jakož i argumenty Úřadu v neprospěch povolení spojení a dospěl k závěru, že hospodářské výhody spojení nepřevažují újmu narušení soutěže, která předmětným spojením může vzniknout na vymezených relevantních trzích v České republice. K tomuto závěru mě vedlo jak zhodnocení hospodářských výhod z hlediska budoucího vstupu České republiky do Evropské unie, tak závazky účastníka řízení, které pro přehlednost shrnuji takto:

Účastník konečně pro případ, že by Úřad dospěl k závěru, že by navrhované spojení mohlo narušit hospodářskou soutěž na relevantních trzích, navrhl následující závazky a omezení:

(i) zachovat stávající značky výrobků všech spojovaných podniků,

(ii) ……,

(iii) bez prokazatelných důvodů neuzavřít výrobní jednotky spojovaných podniků bez předchozího souhlasu Úřadu,

(iv) zajistit, aby členové představenstva spojovaných podniků nebyly shodné osoby,

(v) začlenit výrobky Poděbradky a HK do nabídky pro export,

(vi) zajistit plnění výše uvedených závazků po dobu 5 let od právní moci rozhodnutí Úřadu o navrhovaném spojení a průběžně informovat Úřad o plnění uvedených závazků.

Posoudil jsem navrhované závazky a zaujal k nim toto stanovisko:

Ad (i): Zachování stávajících značek výrobků považuji za zájem samotného účastníka řízení, který nemá důvod, aby usiloval o zánik dobře známé a tudíž hodnotné značky Poděbradka a HK. Bylo by nelogické, aby se soutěžitel po spojení s jiným soutěžitelem zbavoval stávajících spontánně známých obchodních značek, ke kterým český spotřebitel chová loajalitu a které se za masívní a dlouhodobé marketingové podpory dostaly do povědomí spotřebitele. To, že obdobný závazek byl akceptovaný v jiném rozhodnutí Úřadu, např. Lasselsberger Holding/Deutsche Steizeug Cremer, neznamená, že bude automaticky shledán jako závazek za jiných odlišných podmínek a působení řady dalších faktorů, které společně činí újmu z narušení soutěže z předpokládaného spojení velmi podstatnou. V případě Lasselsberger Holding/Deutsche Steizeug Cremer se takový závazek vztahoval k pěti

vymezeným trhům, z nichž na čtyřech nedocházelo k navýšení tržního podílu a jen u pátého trhu (obkladové materiály) došlo k překročení hranice 30 %.

Ad (ii): Zajištění …….. považuji v daném případě za nedostatečné omezení, zejména má-li soutěžitel zájem na zachování objemu prodeje ve všech segmentech trhu. Z uvedeného závazku nevyplývá, o které nápoje se jedná. I kdyby byly podrobně uvedeny a …….., spojené podniky by společně dosáhly velkou tržní sílu danou vysokým tržním podílem ..….. % a dalšími pro něho zvýhodňujícími faktory, nic jim nebude bránit ve …… .

Ad (iii): Neuzavření výrobní jednotky se jeví jako logické rozhodnutí, které je především v zájmu účastníka řízení. S ohledem na společný vysoký tržní podíl je velmi nepravděpodobné, aby uzavření jednotlivých výrobních jednotek mohlo změnit poměry na relevantním trhu.

Ad (iv): Uvedený závazek je zcela jistě omezením, nicméně relativně méně významným vzhledem k podstatnému narušení hospodářské soutěže na trhu zejména balených přírodních minerálních a stolních vod následkem spojení.

Ad (v): Začlenění výrobků Poděbradky a HK do nabídky na export je přínosným rozhodnutím pro účastníka řízení, postrádá však význam pro tuzemského spotřebitele.

Ad (vi): Zajištění plnění výše uvedených závazků po dobu 5 let a informování Úřadu v souvislosti s hodnocením navržených závazků nemůže převážit újmu z narušení soutěže.

Nad rámec námitek obsažených v rozkladu však bylo nezbytné vyhodnotit podání účastníka řízení, která byla uskutečněna v době po podání rozkladu. Dne 4. 2. 2002 bylo Úřadu doručeno podání účastníka řízení (ve spise l. č. 638), ve kterém účastník řízení sděluje svoji připravenost projednat s Úřadem další závazky a omezení, tedy doplnit ty, které již uvedl v odůvodnění rozkladu doručeném Úřadu dne 15. 11. 2001. Na to Úřad bezprostředně reagoval dne 8. 2. 2002 výzvou účastníkovi řízení ke specifikaci těchto závazků a omezení a s požadavkem jeho vysvětlení, jak se přijetí takových opatření podle jeho názoru projeví na zmírnění negativních dopadů na účinnou hospodářskou soutěž po event. uskutečnění spojení (ve spise l. č. 639). Vzhledem k tomu, že do 19. 2. 2002 Úřad odpověď účastníka řízení se specifikací nových závazků neobdržel, Úřad účastníka v zájmu nezkrácení jeho procesních práv opět vyzval, aby svoje podání konkretizoval (ve spise l. č. 640). K této opětovné výzvě účastník řízení doručil dne 22. 2. 2002 podání (ve spise l. č. 641, poštou doručené dne 25. 2. 2002), v němž uvedl, že svůj původní návrh závazků obsažený v odůvodnění rozkladu doplňuje návrhem závazku *„zajistit, aby nejpozději do 3 (tří) let ode dne právní moci rozhodnutí Úřadu o povolení spojení získaly společnosti Poděbradka spol. s r.o. a Hanácká kyselka s.r.o. certifikaci ISO 2002“* a dále návrhem závazku *„zajistit, aby bez předchozího souhlasu Úřadu nebyly po dobu 5 (pěti) let ode dne právní moci rozhodnutí Úřadu o povolení spojení, ve spojovaných podnicích prováděny strukturální změny v podobě prodeje současných zaregistrovaných ochranných známek, uzavření výrobních jednotek a prodeje aktiv důležitých pro hlavní předmět podnikání spojovaných podniků“*.

Nad rámec skutečností zjištěných v průběhu řízení, jež předcházelo podání rozkladu, a námitek a návrhů závazků, jež byly obsaženy v rozkladu, jsem posoudil i tyto dodatečně navržené závazky. Ohledně prvého z nich jsem dospěl k závěru, že jednotliví spojující se soutěžitelé mohou uvedené certifikace získat, aniž by byly součástí celku vzniklého uskutečněním spojení. Získání takové certifikace navíc není takovým opatřením, které by mohlo pozitivně ovlivnit soutěžní prostředí pro případ povolení spojení. Ohledně druhého z obou dodatečných návrhů závazků konstatuji, že důsledkem jeho uskutečnění by došlo

k faktickému „zakonzervování“ stavu vzniklého po uskutečnění spojení, což nejen že není opatřením ve prospěch efektivní hospodářské soutěže, ale naopak jde o opatření protisoutěžní a z pohledu ochrany hospodářské soutěže tudíž nepřijatelné.

Po seznámení účastníka řízení s výsledky posouzení jím dodatečně navrhovaných závazků (ve spise l. č. 645) však účastník řízení, aniž by tuto skutečnost předem jakkoli indikoval, předal Úřadu další své podání, označené jako „Karlovarské minerální vody, a. s. – změna původního návrhu účastníka řízení na povolení spojení podniků Karlovarských minerálních vod, a. s. s podniky Poděbradka s.r.o. a Hanácká kyselka s.r.o.“ (ve spise l. č. 648). V tomto podání účastník řízení jednak opakuje již v minulosti uskutečněné návrhy závazků ve prospěch zachování efektivní hospodářské soutěže a domáhá se, aby Úřad nově rozhodl toliko o spojení účastníka řízení a společnosti Poděbradka, spol. s r.o. Účastník řízení v tomto podání, které předal v den seznámení s výsledky šetření, navrhl, aby spojení těchto dvou podniků Úřad povolil, popř. abych napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil prvému stupni k novému projednání a rozhodnutí.

V souvislosti se změnou původního petitu účastník řízení v zásadě navrhl, aby jím dosud uváděné výhody spojení, jakož i dosud navržené závazky a omezení ve prospěch zachování efektivní hospodářské soutěže, byly aplikovány i při posuzování spojení podle změněného návrhu.

Po obdržení shora uvedeného podání jsem nejprve vyhodnotil, zda s ohledem na dosavadní procesní postup účastníka řízení nejde o jeho zjevně obstruktivní jednání s cílem zmařit účel správního řízení před Úřadem. Této verzi jsem však po úvaze nepřisvědčil a tento procesní úkon jsem shledal legitimní formou uplatnění dispozičních práv účastníka ve správním řízení zahajovaném na jeho návrh, byť lze takové jednání označit s ohledem na dosavadní vývoj celého případu za značně překvapivé. Po posouzení tohoto podání, jež z právního hlediska přivodilo změnu původně uplatněného a po celou dobu trvání řízení konstantního petitu návrhu, jsem v souladu s obecnými zásadami správního řízení, zejména zásadou dispoziční, usoudil, že výsledky dosavadního řízení, zejména provedené důkazy, mohou být podkladem i pro řízení po změně původního návrhu.

Po posouzení nového petitu, kdy se spojení podniků má podle návrhu účastníka řízení uskutečnit jen mezi ním a společností Poděbradka, spol. s r. o., přičemž účastník řízení navrhuje v zásadě stále tytéž závazky, jako v předchozích podáních, aniž by se tyto závazky svým charakterem alespoň blížily příkladům závazků, jež Úřad účastníkovi řízení naznačil na str. 35 a 36 prvostupňového rozhodnutí a které by mohl vzít v úvahu při rozhodování o povolení spojení, jsem dospěl k těmto konečným závěrům:

Vzhledem k tomu, že trh balených ochucených vod minerálních a stolních v případě spojení jen KMV a Poděbradka se jeví pro tento případ méně významný, neboť oba soutěžitelé by po eventuálním uskutečnění spojení dosahovali společný tržní podíl …….. %, a tato skutečnost by sama o sobě nemohla způsobit podstatné narušení hospodářské soutěže, budu v dalším hodnocení návrhu účastníka řízení vycházet jen z trhu balených přírodních vod minerálních a stolních. Tento trh je pro posouzení negativních dopadů koncentrace v daném případě rozhodujícím.

Uvádí-li účastník řízení (ve spise l. č. 135), že klíčovou podmínkou pro životaschopného konkurenta je možnost kontroly většího objemu zdrojů a silná marketingová podpora svých výrobků vzhledem k tomu, že ovlivněné trhy jsou silně marketingově orientované trhy, je třeba výsledný tržní podíl po spojení vnímat prizmatem budoucího

objemu přírodních zdrojů minerálních vod využitelných pro jejich balení a dodávku spotřebitelům.

Napadené rozhodnutí spatřuje negativní dopad na efektivní hospodářskou soutěž zejména v navýšení tržních podílů spojovaných podniků na trhu balených přírodních vod minerálních a stolních ze současných ..... % na ..... %. Společným využíváním přírodních zdrojů po spojení zmíněných tří společností by mohlo dojít k navýšení ……za minutu, jež je využíváno KMV v současnosti, na …….., když Poděbradka spol. s. r. o. má povolené množství minerálních zdrojů ……. a Hanácká kyselka s. r. o. ……. Tím by se výrazně v neprospěch soutěže změnily i tržní podíly jednotlivých soutěžitelů zúčastněných na spojení. Nahlížím-li na tuto skutečnost ve světle změněného návrhu, kdy je posuzováno spojení pouze dvou podniků z původních tří, pak konstatuji, že z hlediska negativních dopadů na hospodářskou soutěž jde o stav podobný. Ze současného podílu účastníka řízení ve výši ..... % by po spojení s Poděbradkou, spol. s r.o. došlo sice k nárůstu o .....% na celkových .....%, avšak z pohledu budoucího možného využití přírodních zdrojů ze stávajících ….. % na .....% nelze vyloučit zvýšení tržního podílu až …… .

Toto potenciálně silné postavení spojených podniků podmíněné v současné době …….. využitím kapacity povolených zdrojů je umocněno v kontextu s působením řady dalších specifických faktorů, zejména kumulací vlastnictví spontánně proslulých známek, silným finančním zázemím zahraničního vlastníka, minimálním objemem dovozu, stabilizovaným trhem, na kterém za poslední tři roky nedošlo k výrazným výkyvům, vznikem silné portfoliové síly umožňující rozložení rizika podniků po spojení při prodeji jejich zboží, možností využití úspor z rozsahu prodeje velkých objemů způsobující výhodu při sjednávání podmínek se subjekty, které jsou součástí systému tzv. moderní distribuce a velkého odstupu tržních podílů ostatních soutěžitelů od tržního podílu dosaženého po spojení. Takto získaná tržní síla v případě povolení spojení by umožnila poskytnutí výhodnějších obchodních podmínek pro odběratele, což může způsobit potlačení dostupnosti jiných značek dodávaných na trh menšími výrobci na úkor konečného spotřebitele omezením výběru zboží a možné postupné zvyšování ceny, k němuž by bez existence takové tržní síly nedocházelo.

Účastník řízení přitom neprokázal, že taková zjevná újma hospodářské soutěži bude převážena hospodářskými výhodami spojení. Jak bylo výše uvedeno, újmu soutěži nemohou zmírnit ani navrhované závazky účastníka řízení, které pro zmírnění negativních dopadů nelze považovat za relevantní.

Uzavírám tedy, že po přezkoumání námitek účastníka řízení obsažených v rozkladu a po posouzení nového návrhu účastníka řízení, jenž předložil dne 5. 3. 2002, jsem neshledal důvody pro povolení spojení účastníka řízení se společností Poděbradka spol. s r. o., 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 soutěžního práva ES v oblasti spojování podniků a souvisejícími judikáty Evropské komise, z nichž Úřad při posuzování věci podpůrně vycházel a na které v odůvodnění rozhodnutí odkázal.

Návrhům účastníka řízení jsem proto nevyhověl, další dokazování nad rámec materiálů obsažených správním považoval již za nadbytečné a ve smyslu ustanovení § 59 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí změnil 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
Mgr. Dagmar Dubecká, advokátka
advokátní kancelář Kocián Šolc Balaštík
Jindřišská 34, 110 00 Praha 1

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 7. 3. 2002.