



ROZSUDOK
V MENE SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Najvyšší súd Slovenskej republiky v senáte zloženom z predsedu senátu JUDr. Igora Belka a členov senátu Ing. JUDr. Miroslava Gavalca PhD. a JUDr. Eleny Berthotyovej PhD. v právnej veci žalobcu: **P., a.s.**, sídlom V., zastúpeného advokátom JUDr. Mgr. L., Advokátska kancelária so sídlom K., proti žalovanému: **Protimonopolný úrad Slovenskej republiky**, Drieňová ulica č. 24, Bratislava, o preskúmanie zákonnosti rozhodnutia Rady žalovaného č. 2005/FH/R/2/090 zo dňa 26.8.2005, o odvolaní žalovaného proti rozsudku Krajského súdu v Bratislave č. k. 1S 314/2005-74 zo dňa 19.6.2008, takto:

r o z h o d o l :

Najvyšší súd Slovenskej republiky napadnutý rozsudok Krajského súdu v Bratislave č. k. 1S 314/2005-74 zo dňa 19.6.2008 **z m e ň u j e** tak, že žalobu **z a m i e t a**.

Žalobcovi náhradu trov konania **nepriznáva**.

O d ô v o d n e n i e :

I.

Konanie pred správnymi orgánmi

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky, odbor koncentrácií, v správnom konaní začatom z vlastného podnetu na základe 38 ods. 2 zákona č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb.

o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov svojím rozhodnutím č. 2005/FH/3/1/061 zo dňa 20.5.2005 uložil pokutu za neplnenie rozhodnutia Rady Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. 2003/FH/R/2/294 zo dňa 12.12.2003, ktorým sa zmenilo rozhodnutie č. 2003/FH/3/1/112 zo dňa 11.6.2003 podnikateľovi P., a.s., vo výške 23 000 000,- Sk (slovom dvadsaťtri miliónov slovenských korún) a podnikateľovi B., a.s., vo výške 7 000 000,- Sk (slovom sedem miliónov slovenských korún),

Rada Protimonopolného úradu Slovenskej republiky v Bratislave, ako orgán príslušný na konanie podľa § 18 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z.z. o ochrane hospodárskej súťaže a o zmene a doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 347/1990 Zb. o organizácii ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov, podľa § 59 ods. 2 zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní v znení neskorších predpisov (správny poriadok) svojím rozhodnutím č. 2005/FH/R/2/090 z 26.8.2005 rozklad podnikateľov P., a.s., a B., a.s., podaný proti uvedenému rozhodnutiu Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, odboru koncentrácií č. 2005/FH/3/1/061 zo dňa 20.5.2005 **zamietol** a toto rozhodnutie potvrdil.

Dotknuté správne orgány vychádzali zo skutočnosti, že rozhodnutím Rady úradu č. 2003/FH/R/2/294 z 12.12.2003 bola zakázaná koncentrácia spočívajúca v získaní priamej spoločnej kontroly podnikateľov F., a.s. a B., a.s. nad podnikom podnikateľa S., a.s. na základe zmlúv o prevode cenných papierov zo dňa 16.10.2002, pretože vytvárala dominantné postavenie podnikateľov F., a.s. a B., a.s. na relevantnom trhu veľkodistribúcie liekov a zdravotníckych pomôcok na území Slovenskej republiky. Napriek právoplatnému rozhodnutiu, ktorým bola predmetná koncentrácia zakázaná, podnikatelia F., a.s. a B., a.s. vykonávali práva a povinnosti vyplývajúce zo zakázanej koncentrácie tým, že boli vlastníkami akcií podniku podnikateľa S., a.s., pričom zmeny vykonané na mimoriadnom valnom zhromaždení podnikateľa S., a.s. zo dňa 28.11.2002, na základe ktorých došlo k personálnemu prepojeniu a kontrole podnikateľov F., a.s. a B., a.s. nad podnikateľom S., a.s., pretrvávali. Uvedeným uznesením dochádzalo k implementácii zakázanej koncentrácie a k neplneniu rozhodnutia úradu. Protiprávne konanie napĺňalo skutkovú podstatu správneho deliktu podľa § 38 ods. 2 zákona - neplnenie rozhodnutia úradu a trvalo približne šesť mesiacov, pričom však protiprávne konanie, za ktoré bolo možné uložiť sankciu, bolo vymedzené obdobím od 1.5.2004 (kedy nadobudol účinnosť zákon č. 204/2004 Z. z., ktorým

sa mení a dopĺňa zákon č. 136/2001 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže rozširujúci škálu sankcií v ust. § 38 ods. 2 aj na konanie spočívajúce v neplnení rozhodnutia úradu) do 9.7.2004, kedy došlo k zániku vlastníckeho práva podnikateľov F., a.s. a B., a.s. k akciám podnikateľa S., a.s. a k ich prevodu na podnikateľa E.E., a.s.

Dňa 1.10.2004 bolo v obchodnom registri zmenené obchodné meno podnikateľa F. Zdravotnícke zásobovanie, a.s. na P., a.s., preto úrad v predmetnom správnom konaní uložil pokutu za neplnenie rozhodnutia za obdobie od 1.5.2004 do 9.7.2004 podnikateľom P. a.s. a B., a.s.

II.

Rozsudok krajského súdu

Žalobou z 10.10.2005 sa žalobca P., a.s. (ktorý sa stal počnúc 9.9.2005 právnym nástupcom pôvodného účastníka správneho konania spoločnosti B. a.s.) domáhal preskúmania a následného zrušenia rozhodnutia Rady Protimonopolného úradu Slovenskej republiky č. 2005/FH/R/2/090 z 26.8.2005, ktorým bolo na základe rozkladu podnikateľov P., a.s., a B., a.s. potvrdené prvostupňové rozhodnutie Protimonopolného úradu Slovenskej republiky, odboru koncentrácií č. 2005/FH/3/1/061 zo dňa 20.5.2005.

Namietal nezákonnosť napadnutého rozhodnutia, ktorú videl v nesprávnom právnom posúdení najmä ust. § 38 ods. 2 zákona č. 136/2001 Z.z. a jeho nepreskúmateľnosť pre nedostatok dôvodov. Spochybnil rozhodnutie o zákaze koncentrácie, ktoré vzhľadom na to, že obsahuje len výrok o zákaze koncentrácie, podľa jeho názoru nebolo možné plniť, keďže výroková časť tohto rozhodnutia povinnosť k plneniu nestanovuje. Ďalej namietal, že žalovaný pri určení výšky pokuty neprihliadol na okolnosti hodnotiace konanie účastníkov ako málo závažné, keďže celkové porušenie povinnosti trvalo iba o niečo dlhšie ako 2 mesiace, pričom účastníci dobrovoľne, bez nutnosti vydania rozhodnutia podľa § 13a zákona č. 136/2001 Z.z., previedli akcie na spoločnosť E., a.s. a to, že k prevodu akcií na spoločnosť E., a.s., došlo až 9. 7. 2004, malo dôvod mimo vôle zmluvných strán. Poukázal tiež na to, že účastníci dobrovoľne splnili rozhodnutie o pokute (za porušenie povinnosti podľa § 10 ods. 13), účastníci neuskutočnili koncentráciu bez vedomia úradu a v čase

od 1.5.2004 do 9.7.2004 nevykonávali žiadne práva a povinnosti vyplývajúce z koncentrácie a osobitne žiadne práva a povinnosti, ktoré by mali vplyv na postavenie podnikateľa S. na trhu, k začatiu konania o uloženie pokuty došlo na základe dodatočnej zmeny zákona a výška pokút je neprimerane vysoká.

Krajský súd v Bratislave rozsudkom č. k. 1S 314/2005-74 z 19.6.2008 napadnuté rozhodnutie žalovaného č. 2005/FH/R/2/090 zo dňa 26.8.2005 v spojení s rozhodnutím Protimonopolného úradu SR zo dňa 20.5.2005 č. 2005/FH/3/1/061 v časti výroku o výške sankcie **zmenil** tak, že žalobcovi **uložil** pokutu vo výške 500.000,- Sk, ktorú mu uložil zaplatiť na účet žalovaného, do 15 dní od právoplatnosti rozsudku. Žalobcovi náhradu trov konania nepriznal.

Z odôvodnenia rozhodnutia vyplýva, že súd dospel k záveru, že uloženie sankcie bolo dôvodné, avšak pokiaľ ide o výšku uloženej pokuty, súd konštatoval, že skutkové okolnosti identifikované v odôvodnení napadnutého rozhodnutia žalovaného, neodôvodňujú sankciu v uloženej výške.

Súd sa stotožnil s právnym názorom žalovaného, ohľadom porušovania rozhodnutia o zákaze koncentrácie zo strany žalobcu (i jeho právneho predchodcu) spočívajúce v získaní priamej spoločnej kontroly nad spoločnosťou S., a.s., keďže mal za nepochybné, že žalobca (i jeho právny predchodca) na základe zmluvy o prevode cenných papierov sa stali majoritnými akcionármi spoločnosti S. a.s. a podľa ust. § 176a Obchodného zákonníka týmto získali práva akcionára. Či tieto práva v rozhodnom období aktívne využívali nebolo rozhodujúce.

Rovnako sa súd stotožnil so záverom žalovaného o potrebe uloženia sankcie, podľa jeho názoru však žalovaný bol povinný brať do úvahy obdobie, za ktoré sa sankcia ukladá, ako aj zohľadniť všetky okolnosti predmetného prípadu, tak aby uložená sankcia zostala v rovine preventívnej a nie likvidačnej.

Nespochybnil, že celkové porušenie povinností trvalo od 1.5.2004 do 9.7.2004; zohľadnil, že príslušné zmluvy o prevode cenných papierov boli uzavreté už 18.5.2004 a to, že k prevodu akcií na spoločnosť E.E.; a.s. došlo až 9.7.2004, malo pôvod v skutočnosti mimo vôle zmluvných strán. Pred nadobudnutím účinnosti zákona č. 204/2004 Z. z. vo vzťahu

k predmetným akciám boli uzavreté zmluvy o uzavretí budúcej zmluvy o kúpe cenných papierov a po uplynutí 10 resp. 13 dní po vzniku novej kompetencie úradu (možnosť udelenie sankcie) účastníci podpísali príslušné zmluvy o prevode cenných papierov, (ktorými boli momentom ich podpisu viazaní - § 43a ods. 1 Občianskeho zákonníka).

Súd zobral tiež do úvahy, že účastníci neuskutočnili koncentráciu bez vedomia úradu (t. j. koncentráciu notifikovali), nesnažili sa obísť úrad zatajením koncentrácie, práve naopak, túto v zákonnej lehote oznámili úradu a bezprostredne po nadobudnutí právoplatnosti rozhodnutia Rady, začali podnikať kroky smerujúce k prevodu akcií, čím dobrovoľne odstránili protiprávny stav. K začatiu konania o uložení pokuty došlo na základe dodatočnej zmeny zákona.

Súd zohľadnil závažnosť, dĺžku trvania a formu zavinenia porušovania zákona, na základe čoho dospel k záveru, že uložená pokuta bola neprimerane vysoká, nezohľadňujúca všetky uvedené aspekty prípadu, pričom podľa jeho názoru je namieste uloženie pokuty, ktorá plní tak represívny ako aj preventívny účel, pričom je treba mať na zreteli, že u žalobcu ide viac-menej o represívny účel, nakoľko sa dopustil porušenia zákona po dobu dvoch mesiacov. S poukazom na vyššie uvedené súd v súlade s princípom plnej jurisdikcie zavedenej do správneho súdnictva a v súlade s čl. 6 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd umožňujúci súdu v zmysle § 250i ods. 2 v spojení s § 250j ods. 2 OSP zmeniť rozhodnutie orgánu verejnej správy a priamo ukladať i sankcie, ktoré neboli pôvodne uložené rozhodnutím správneho orgánu, zmierňovať už uložené sankcie až na úroveň upustenia od potrestania, rozhodol v preskúmanom prípade tak, že napadnuté rozhodnutie žalovaného v časti výroku o výške sankcie zmenil a žalobcovi uložil pokutu vo výške 500.000,- Sk, ktorú považoval za primeranú pri zohľadnení všetkých okolností prípadu.

III.

Odvolanie žalovaného

Proti tomuto rozsudku v časti o zmene výšky pokuty a v časti o náhrade trov konania podal v zákonnej lehote žalovaný odvolanie, ktorým súdu prvého stupňa vytýkal,

že pri rozhodovaní vychádzal z nesprávneho právneho posúdenia veci v zmysle § 205 ods. 2 písm. f/ OSP.

Poukázal na to, že i keď sa súd stotožnil so závermi správneho orgánu ohľadne posúdenia konania žalobcu a jeho právneho predchodcu ako porušovania rozhodnutia o zákaze koncentrácie a uznal, že uloženie sankcie bolo dôvodné, nesprávne považoval námietky žalobcu voči výške uloženej pokuty za dôvodné, napriek tomu, že vo svojom rozhodnutí vyčerpávajúcim spôsobom uviedol aké úvahy ho viedli k uloženiu pokuty v konkrétnej výške, z čoho je zrejmé, že nešlo o ľubovôľu resp. ničím neobmedzený postup úradu a zároveň sa vysporiadal so všetkými námietkami žalobcu, ktoré opakovane uviedol aj v žalobe, a vysvetlil, prečo ich považoval za mylné a vyvrátené. Trval na tom, že pri ukladaní pokuty postupoval v zmysle zákona č. 136/2001 Z. z. pričom vychádza z kritérií vyplývajúcich z ust. § 38 ods. 10 zákona, v zmysle ktorých *„Úrad pri ukladaní pokuty posudzuje závažnosť a dĺžku trvania porušovania ustanovení tohto zákona, porušovania ustanovení osobitného predpisu alebo porušovania podmienky, povinnosti alebo záväzku uloženého rozhodnutím úradu. Úrad pri posudzovaní závažnosti porušovania berie do úvahy jeho povahu, skutočný dopad na trh a tam, kde je to účelné, veľkosť relevantného trhu. Okrem týchto kritérií úrad pri ukladaní pokuty berie do úvahy aj iné skutočnosti, najmä opakované porušovanie tým istým podnikateľom, odmietnutie podnikateľa spolupracovať s úradom, postavenie podnikateľa ako vodcu alebo iniciátora porušovania, získanie majetkového prospechu v dôsledku porušovania alebo neplnenia dohody obmedzujúcej súťaž v praxi.“*

Poukázal na to, že v rámci zákonných kritérií v plnej miere prihliadol na všetky okolnosti, ktoré by závažnosť konania žalobcu zmiernili a práve z toho dôvodu ustálil výšku uloženej sankcie na dolnej hranici (0,33 a 0,34 % z obratu žalobcu a podnikateľa B. a.s.) v rámci zákonného rozpätia, v ktorom mal úrad možnosť uložiť žalobcovi a podnikateľovi B. a.s. pokuty až do výšky 10 % z ich obratov. Napriek tomu, že išlo o závažné porušenie zákona, úrad bral do úvahy okolnosti opakovane uvádzané žalobcom v žalobe (avšak ani na základe nich nemožno protiprávne konanie žalobcu označiť ako málo závažné), a preto uložil sankciu na spodnej hranice možného zákonného rozpätia. Namietal, že súd prvého stupňa v odôvodnení rozhodnutia o pokute neuvádzal nové argumenty, ale len tie, s ktorými sa úrad aj Rada úradu už opakovane vysporiadali, pričom pre každý argument uviedli. akým spôsobom prispel k stanoveniu výšku pokuty. prípadne z akého dôvodu ho možno alebo

nemožno zohľadniť ako poľahčujúcu okolnosť a dôsledkom takéhoto vyhodnotenia bolo uloženie sankcie na spodnej hranici zákonného rozpätia. Súdu vytýkal, že tie isté dôvody nemohli slúžiť pre ďalšie, veľmi výrazné zníženie.

Žalovaný odmietol tvrdenie súdu, že uložená sankcia bola likvidačná, pričom poukázal na to, že podnikateľ P. a.s. dosiahol v roku 2004 obrat vo výške 6 995 066 000,-Sk a podnikateľ B. a.s. dosiahol v roku 2004 obrat vo výške 2 078 588 000, - Sk.

Zdôraznil, že pokuta musí byť vždy individualizovaná a iba vo vzťahu ku konkrétnemu podnikateľovi sa dá posúdiť, či bude plniť preventívnu funkciu alebo či bude likvidačná.

V prípade podnikateľa P. a.s. úrad uložil pokutu vo výške 0,33 % z jeho obratu a v prípade podnikateľa B. a.s. to bolo 0,34% z jeho obratu, čo v žiadnom prípade nemožno považovať za likvidačné, pričom treba prihliadnuť na fakt, že úrad môže ukladať pokuty až do 10 % z obratu. Navyše v prípade žalobcu a podnikateľa B. a.s. išlo o opakované porušenie zákona o ochrane hospodárskej súťaže, na čo krajský súd neprihliadal.

Poukázal na to, že v rozhodnutí sa zaoberal aj dĺžkou protiprávneho konania, za ktoré považoval obdobie neplnenia rozhodnutia o zákaze koncentrácie, ktoré trvalo cca 6 mesiacov, do 1.5.2004 však uvedené konanie nebolo možné sankcionovať. To znamená, že neplnenie Rozhodnutia o zákaze koncentrácie, za ktoré je možné uložiť sankciu, je vymedzené obdobím od 1.5.2004 do 9.7.2004, čo správne posúdil aj prvostupňový orgán. Toto obdobie (t. j. protiprávne konanie, ktoré je postihnutelné sankciou) možno charakterizovať ako krátkodobé porušovanie zákona, čo sa aj odrazilo vo výške sankcie, uloženej na dolnej hranici možného rozpätia. Rovnako ako súd, pri určení výšky pokuty tiež zobral do úvahy preukázané snahy účastníkov konania o predaj predmetných akcií, čo tiež prispelo k uloženiu pokút na dolnej hranici zákonnej sadzby. Pripomenul, že vlastnícke právo k akciám podnikateľa S., a.s. zaniklo žalobcovi a podnikateľovi B., a.s. až 9.7.2004, kedy došlo k registrácii prevodu cenných papierov vykonaného centrálnym depozitárom, čo považoval úrad za posledný deň porušovania Rozhodnutia o zákaze koncentrácie. Pri uložení pokuty úrad plne zohľadnil, že predmetný prevod akcií mal vplyv na dĺžku trvania protiprávneho konania. V prípade, že by žalobca a podnikateľ B. a.s. nepreviedli nadobudnuté akcie podnikateľa S., a.s. musel by nastúpiť sankčný mechanizmus a preto nemožno na tento krok pozeráť ako na prejav dobrej vôle žalobcu a podnikateľa B., a.s., ale ako nevyhnutnosť.

Úrad pri rozhodovaní o výške pokuty vzal plne na zreteľ kritérium závažnosti a dĺžky porušenia zákona o ochrane hospodárskej súťaže, ako aj jeho povahu a reálny dopad na trh. Ako už bolo konštatované v Rozhodnutí o rozklade, ktoré je predmetom preskúmania, v rámci inštitútu kontroly koncentrácií predstavuje konanie žalobcu, ktoré je v rozpore s právoplatným Rozhodnutím o zákaze koncentrácie **najzávažnejšie porušenie**, ktorého sa podnikatelia môžu dopustiť. V súlade s ust. § 12 ods. 6 úrad zakázal koncentráciu, ktorá vytvárala resp. posilňovala dominantné postavenie, ktorého dôsledkom boli významné prekážky efektívnej súťaže na relevantnom trhu. Nerešpektovaním rozhodnutia o zákaze koncentrácie v tomto prípade došlo k implementácii koncentrácie, ktorá mala horizontálny charakter, pretože šlo o spojenie vzájomne si konkurujúcich spoločností na vymedzenom relevantnom trhu, čím došlo k dominancii na trhu.

Žalovaný zdôraznil zásadný rozdiel medzi oznámením koncentrácie, ktoré je formálnym podaním návrhu na jej posúdenie úradom a uskutočnením koncentrácie s vedomím úradu, pričom jej uskutočnenie je podľa § 10 ods. 14 zákona o ochrane hospodárskej súťaže pozastavené až do právoplatného rozhodnutia o nej (resp. úrad môže udeliť zo suspenzie výnimku). Uskutočnenie koncentrácie prichádza do úvahy, s výnimkou ustanovenou v § 10 ods. 16 zákona o ochrane hospodárskej súťaže, o ktorú žalobca a podnikateľ B. a.s. nepožiadali, až po jej právoplatnom schválení, v prípade zákazu je jej uskutočnenie vylúčené. Teda účastníci koncentrácie nemôžu koncentráciu uskutočniť alebo implementovať skôr ako je o nej právoplatne rozhodnuté úradom. Krajský súd teda vychádzal z logicky nesprávnych záverov, keď uviedol, že „...tým účastníci dobrovoľne odstránili protiprávny stav..“ (str. 9 rozsudku), že žalobca a podnikateľ B. a.s. neuskutočnili koncentráciu bez vedomia úradu. Pretože v zmysle zákona o ochrane hospodárskej súťaže ju ani uskutočniť nemohli, teda nie skôr ako po právoplatnom rozhodnutí o nej. V opačnom prípade by ich úrad musel za toto konanie sankcionovať. Teda nebol priestor na to, aby táto okolnosť (notifikácia koncentrácie) bola akokoľvek hodnotená pri ukladaní pokuty a už vôbec nie ako poľahčujúca okolnosť, na ktorú prihliadal krajský súd pri znížení pokuty, pretože v zmysle zákona o ochrane hospodárskej súťaže to bola povinnosť.

Pripomenul, že uloženie sankcie zo strany úradu podnikateľom má plniť tak funkciu preventívnu, či už v rovine individuálnej alebo generálnej prevencie, ako aj funkciu represívnu, a súdu vytýkal, že sankcia vo výške 500 000 Sk. (ktorá predstavuje 0.0071 %

a 0.024 % z obratu žalobcu a podnikateľa B. a.s.). nemôže plniť ani preventívnu a ani represívnu funkciu, práve naopak, v dôsledku takýchto nízkych sankcií môžu byť podnikatelia motivovaní závažným spôsobom porušovať zákon s vedomím, že prípadná sankcia ich nijako nemôže ohroziť.

Z uvedených dôvodov žalovaný navrhol napadnutý rozsudok súdu prvého stupňa zmeniť tak, že odvolací súd žalobu zamietne.

V.

Argumentácia odvolacieho súdu

Najvyšší súd Slovenskej republiky ako súd odvolací (§ 10 ods. 2 OSP) preskúmal napadnutý rozsudok súdu prvého stupňa z dôvodov a v rozsahu uvedenom v odvolaní žalovaného (§ 212 ods. 1 OSP, § 246c ods. 1 OSP) a po nariadenom pojednávaní dňa 25. januára 2011 dospel k záveru, že odvolanie je dôvodné. Vo veci preto rozhodol tak, že rozhodnutie súdu prvého stupňa zmenil.

Podľa ust. § 9 ods. 1 koncentrácia na účely tohto zákona je proces ekonomického spájania podnikateľov, ktorým je:

- a) zlúčenie alebo splynutie dvoch alebo viacerých samostatných podnikateľov, alebo
- b) získanie priamej alebo nepriamej kontroly jedným podnikateľom alebo viacerými podnikateľmi nad podnikom alebo nad časťou podniku iného podnikateľa alebo podnikateľov.

Podľa odseku 2 citovaného ustanovenia zlúčenie alebo splynutie podľa odseku 1 písm. a) je na účely tohto zákona zlúčenie alebo splynutie podľa osobitného predpisu, ako aj zlúčenie alebo splynutie, pri ktorom sa ekonomicky spájajú podnikatelia pri zachovaní ich právnej samostatnosti, najmä v prípade existencie spoločného ekonomického riadenia.

Podľa odseku 4 citovaného ustanovenia, kontrola podľa odseku 1 písm. b) je možnosť vykonávať rozhodujúci vplyv na činnosť podnikateľa, najmä prostredníctvom:

- a) vlastníckych práv alebo iných práv k podniku alebo k jeho časti,
- b) práv, zmlúv alebo na základe iných skutočností, ktoré umožňujú vykonávať rozhodujúci vplyv na zloženie, hlasovanie alebo rozhodovanie orgánov podnikateľa.

Podľa odseku 5 citovaného ustanovenia, koncentrácia podľa odseku 1 písm. b) je aj vytvorenie spoločného podniku spoločne kontrolovaného dvoma alebo viacerými podnikateľmi, ktorý trvale vykonáva všetky funkcie samostatného ekonomického subjektu.

Podľa odseku 6 citovaného ustanovenia, úrad v konaní o koncentrácii podľa odseku 5, ktorá podlieha kontrole úradu a ktorá má za cieľ alebo môže mať za následok koordináciu súťažného správania podnikateľov, posúdi takú koordináciu podľa § 4 a 6.

Podľa § 12 ods. 3 zákona č. 136/2001 Z. z. v znení zákona č. 465/2002 Z.z. úrad zakáže koncentráciu vytvárajúcu alebo posilňujúcu dominantné postavenie, ktorého dôsledkom môžu byť významné prekážky efektívnej súťaže na relevantnom trhu.

Podľa § 38 ods. 1 zákona č. 136/2001 Z. z. v znení neskorších predpisov úrad za porušenie ustanovení § 4 ods. 1, § 8 ods. 6, § 10 ods. 9, § 25 ods. 5 a § 29 ods. 5 uloží pokutu podnikateľovi do 10 % z obratu podľa § 10 ods. 3 za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie a podnikateľovi, ktorý za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie dosiahol obrat do 10 000 Sk, alebo ktorý nemal žiadny obrat, alebo podnikateľovi, ktorého obrat nemožno vyčíslieť, pokutu do 10 000 000,- Sk.

Podľa § 38 ods. 2 zákona č. 136/2001, úrad uloží pokutu podľa odseku 1 podnikateľovi, ktorý neplní podmienku, podnikateľovi, ktorý poruší povinnosť alebo záväzok uložený mu rozhodnutím úradu, podnikateľovi, ktorý **neplní rozhodnutie úradu**, alebo podnikateľovi, ktorý porušil zákaz vykonávať práva a povinnosti vyplývajúce z koncentrácie, ak mu úrad neudelil výnimku podľa § 10 ods. 16.

Podľa § 38 ods. 8 zákona č. 136/2001 Z. z. v znení neskorších predpisov pokuty podľa odsekov 1 až 3 a 5 môže úrad uložiť do štyroch rokov od začatia konania. Úrad však môže tieto pokuty uložiť najneskôr do ôsmich rokov odo dňa, keď došlo k porušeniu ustanovení tohto zákona, ustanovení osobitného predpisu, k nesplneniu podmienky alebo k porušeniu

povinnosti alebo záväzku uloženého rozhodnutím úradu; v prípade pokračovacieho správneho deliktu alebo trvajúceho správneho deliktu začne lehota plynúť odo dňa, keď došlo poslednýkrát k porušeniu.

Podľa § 38 ods. 10 zákona č. 136/2001 Z.z. v znení neskorších predpisov úrad pri ukladaní pokuty posudzuje závažnosť a dĺžku trvania porušenia ustanovenia tohto zákona. Úrad pri posudzovaní závažnosti porušovania ustanovenia tohto zákona. Berie do úvahy jeho povahu, skutočný dopad na trh, a tam, kde je to účelné, veľkosť relevantného trhu. Okrem týchto kritérií úrad pri ukladaní pokuty berie do úvahy aj iné faktory, najmä opakované porušenie tohto zákona tým istým podnikateľom, odmietnutie podnikateľa spolupracovať s úradom, postavenie podnikateľa ako vodcu alebo iniciátora porušovania ustanovení tohto zákona, získanie majetkového prospechu v dôsledku porušenia ustanovenia tohto zákona alebo neplnenie dohody obmedzujúcej súťaž v praxi.

Podľa § 44a ods. 1 zákona v znení predmetnej novely právne vzťahy vzniknuté pred dňom nadobudnutia platnosti zmluvy o prístupní Slovenskej republiky k Európskej únii sa spravujú ustanoveniami tohto zákona, ich vznik sa posudzuje podľa doterajších predpisov.

Podľa § 246c ods. 1 veta prvá OSP pre riešenie otázok, ktoré nie sú priamo upravené v tejto časti, sa použijú primerane ustanovenia prvej, tretej a štvrtej časti tohto zákona.

Podľa § 212 ods. 1 OSP odvolací súd je rozsahom a dôvodmi odvolania viazaný.

Podľa § 205 ods. 1 OSP v odvolaní sa má popri všeobecných náležitostiach (§ 42 ods. 3) uviesť, proti ktorému rozhodnutiu smeruje, v akom rozsahu sa napáda, *v čom sa toto rozhodnutie alebo postup súdu považuje za nesprávny* a čoho sa odvolateľ domáha.

Odvolací súd v medziach dôvodov podaného odvolania preskúmal rozsudok krajského súdu ako aj konanie, ktoré mu predchádzalo, pričom v rámci odvolacieho konania skúmal aj napadnuté rozhodnutie žalovaného, ako aj rozhodnutie prvostupňového správneho orgánu a konania týmito rozhodnutiami predchádzajúce, najmä z toho pohľadu, či krajský súd z takto vymedzeného rozsahu a dôvodov správne posúdil zákonnosť a správnosť napadnutého rozhodnutia.

Z rozhodnutia súdu prvého stupňa je zrejmé, že uznal deliktuálnu zodpovednosť žalobcu za konanie konkretizované žalovaným v napadnutom rozhodnutí č. 2005/FH/R/2/090 z 26.8.2005 v spojení s rozhodnutím č. 2005/FH/3/1/061 z 20.5.2005 spočívajúce v neplnení právoplatného rozhodnutia o zákaze koncentrácie. K tomuto záveru dospel súd potom, čo mal za preukázané, že výrok rozhodnutia jednoznačne stanovuje zákaz predmetnej koncentrácie, pričom uvedenú koncentráciu presne špecifikuje a to jej účastníkov, formu, právny titul a tiež moment vzniku. Podnikatelia F., a.s. a B., a.s., ktorí touto koncentráciou nadobudli kontrolu nad podnikateľom S., a.s. boli účastníkmi daného správneho konania, teda je nespochybniteľné, že toto rozhodnutie ich zaväzovalo a individualizovalo zákaz pre uvedených podnikateľov, ktorí mali povinnosť ho plniť. Súd sa stotožnil so žalovaným, že s ohľadom na § 38 ods. 2 zákona vznikla úradu povinnosť uložiť pokutu, pretože žalobca Rozhodnutie o zákaze koncentrácie neplnil. Súd uznal právomoc žalovaného posúdiť konkrétne konanie ako koncentráciu alebo nie, resp. či ide o výkon práv a povinností vyplývajúcich z koncentrácie alebo nie.

Súd prvého stupňa považoval za nesporné, že po 19.12.2003, kedy nadobudlo rozhodnutie o zákaze koncentrácie právoplatnosť, nešlo zo strany žalobcu a podnikateľa B., a.s. už o reálny výkon práv a povinností - neboli uskutočnené žiadne ďalšie právne úkony - ale len o možnosť vykonávať vplyv, resp. kontrolu - čo je implementáciou koncentrácie. V období (aj) od 1.5.2004 do 9.7.2004 pretrvával protiprávny stav vyvolaný mimoriadnym valným zhromaždením, na základe čoho mali podnikatelia F., a.s. a B., a.s. možnosť vykonávať kontrolu nad podnikateľom S., a.s. Výrok Rozhodnutia o zákaze koncentrácie znel: koncentrácia sa zakazuje. Preto je irelevantné, či šlo o možnosť vykonávať kontrolu alebo o reálny výkon, dôležitou zostáva skutočnosť, že koncentrácia (aj so všetkými zmenami vykonanými pred vydaním Rozhodnutia o zákaze koncentrácie) pretrvávala, napriek tomu, že bola zakázaná a práve tento stav bol dôvodom pre uloženie pokuty podľa § 38 ods. 2 zákona. Na základe uvedeného teda súd prvého stupňa ustálil, že žalobcovi bola za vytýkané porušenie súťažného práva uložená pokuta dôvodne (i keď podľa jeho názoru v neprimeranej výške).

Odvolačný súd sa zhoduje so záverom súdu prvého stupňa a v tejto súvislosti dáva do pozornosti text rozhodnutia Komisie podľa čl. 8 ods. 4 nariadenia Rady (ES) č. 139/2004 o spájaní podnikov vo veci č. *COMP/M.2416 TetraLaval/Sidel* z 30.1.2002 (*OJ 2004 L 38/1*),

z ktorého možno vyvodit', že samotné získanie kontrolného balíka je implementáciou spojenia podnikov, hoci by hlasovacie práva neboli vykonávané.

Je potrebné zdôrazniť, že proti tomuto rozsudku žalobca odvolanie nepodal, teda svoju zodpovednosť za protisúťažné konanie uznal a so sankciou uloženou súdom v stanovenej výške bol uzrozmeneý. Za daných okolností odvolací súd vychádzajúc z ústavne uznávanej premisy „nech si každý stráži svoje práva“, jeho prípadné dodatočné námietky už nemohol považovať za relevantný opravný prostriedok spôsobilý tak rozšíriť rozsah preskúmania napadnutého rozsudku súdu prvého stupňa nad rámec vymedzený žalovaným v odvolaní.

Predmetom prieskumu odvolacieho súdu bolo teda najmä posúdenie dôvodnosti postupu súdu prvého stupňa, ktorým znížil pokutu pôvodne uloženú žalovaným.

Z odôvodnenia rozhodnutia žalovaného vyplýva, že žalovaný pri ukladaní pokuty vychádzal z ust. § 38 ods. 10 zákona č. 136/2001 Z. z. zákona o ochrane hospodárskej súťaže ukladajúce mu povinnosť zohľadniť závažnosť protiprávneho konania, dĺžku protiprávneho konania ako aj iné skutočnosti, najmä opakované porušovanie tým istým podnikateľom, odmietnutie podnikateľa spolupracovať s úradom, postavenie podnikateľa ako vodcu alebo iniciátora porušovania, získanie majetkového prospechu v dôsledku porušovania alebo neplnenia dohody obmedzujúcej súťaž v praxi. Nemožno opomenúť, že uvedené kritériá zodpovedajú kritériám stanoveným v čl. 23 ods. 2 a 3 Nariadenia Rady (ES) č. 1/2003, ktoré obsažným spôsobom rozvádza judikatúra ESD, ktorá okrem iného konkretizuje, že závažnosť porušenia sa zisťuje v závislosti na rade faktorov, ako sú konkrétne okolnosti prípadu, jeho kontext a odradzujúci účinok pokút.

Podľa názoru odvolacieho súdu z napadnutého rozhodnutia je dostatočným spôsobom zrejmé ako žalovaný vyhodnotil povahu protisúťažného konania, posúdil podmienky rozhodujúce pre určenie pokuty ako aj jej výšky a dôvody prečo ho zaradil do kategórie veľmi závažných porušení. Žalovaný taktiež konkretizoval skutočnosti a vysvetlil dôvody, pre ktoré posúdil konanie žalobcu z hľadiska faktoru dĺžky trvania porušovania ako krátkodobé porušovanie (čo sa prejavilo na výške sankcie uloženej na dolnej hranici zákonného rozpätia), prečo prihliadal na opakované porušenie zákona a na základe objasnenia rozdielu medzi oznámením koncentrácie a jej uskutočnením s vedomím úradu zdôvodnil prečo nepovažoval riadnu notifikáciu koncentrácie (ako zákonnú povinnosť v zmysle § 10 ods. 9 zákona)

za okolnosť odôvodňujúcu zníženie pokuty a prečo za takúto nemohla byť považovaná ani skutočnosť, že právni predchodcovia žalobcu dobrovoľne splnili rozhodnutie o uložení pokuty za porušenie suspenzie koncentrácie ako aj rozhodnutie o uložení povinnosti v zmysle § 13a obnoviť úroveň súťaže. Z rozhodnutia tiež vyplýva, že základom pri ustálení výšky uloženej pokuty bol v súlade s ustanovením § 38 ods. 4 zákona o ochrane hospodárskej súťaže obrat právnych predchodcov žalobcu za predchádzajúce uzavreté účtovné obdobie, t. j. rok 2004 a samotná pokuta bola uložená na spodnej hranici 10% zákonného rozpätia.

Za daných okolností spochybnenie rozhodnutia žalovaného v časti o uložení pokuty súdom prvého stupňa poukazom na povinnosť zohľadnenia „obdobia, za ktoré sa sankcia ukladá ako aj ďalšie okolnosti predmetného prípadu (závažnosť, dĺžka trvania a forma zavinenia porušenia zákona) tak, aby uložená sankcia zostala v rovine preventívnej a nie likvidačnej“ považoval odvolací súd za nedôvodné a nepresvedčivé.

Z rozhodnutia súdu prvého stupňa, napriek tomu, že svoj postup správne odôvodňoval odkazom na ust. § 250j ods. 5 OSP nevyplýva, že by sám vykonal resp. doplnil dokazovanie na okolnosti rozhodujúce pre ustálenie výšky sankcie, ale vychádzal z tých istých zákonných predpokladov ako aj skutkových zistení, z ktorých vychádzal žalovaný správny orgán, tieto nespochybnil z hľadiska ich úplnosti, preukaznosti alebo hodnovernosti, sám však neuviedol v čom považoval závery správneho orgánu z nich vychádzajúce za chybné, mylné alebo nesprávne. čo mu však nebránilo, aby bez zistenia takýchto okolností a konštatovania porušenia zákona sám rozhodol o (podľa jeho názoru) primeranej výške sankcie, pričom vytýkajúc mu neprimeranosť pokuty, sám na základe rovnakých skutkových okolností ustálil výšku sankcie podľa vlastného uváženia inak, čím podľa názoru odvolacieho súdu si osvojil právomoc správneho orgánu spôsobom, ktorý mu neprináleží.

V konaní sa nepreukázalo, že by žalovaný prekročil hranicu 10% (v skutočnosti výška uloženej sankcie bola 0,33 a 0,34 % z obratu žalobcu 6 995 066 000 Sk a podnikateľa B. a.s. 2 078 588 000 Sk), preto konštatovanie súdu prvého stupňa o jej neprimeranosti (či jej likvidačnom charaktere, ktorý však ničím nepreukázal) je nepodložené a nepresvedčivé, a vzhľadom na skutočnosť, že uvedené kritérium vyjadrujúce pomer finančnej sankcie k obratu delikventa je zakotvené v platnej právnej úprave, záväznej i pre súdy, i spochybňujúce zásadu *proporcionality*.

V tejto súvislosti odvolací súd poukazuje na ustálenú judikatúru, z ktorej vyplýva, že ani „Súdny dvor nemôže pri skúmaní platnosti sekundárneho aktu nahrádzať právomoc voľnej úvahy inštitúcie Únie, či je prijaté opatrenie viac alebo menej primerané sledovanému cieľu, pokiaľ sa nepreukáže, že toto opatrenie, bolo zjavne nevhodné na realizáciu sledovaného cieľa“ (*Veľká Británia p. Rade, (C 150 94, 19.11.1998, Zb. s. 1-7235, bod 91; Nemecko p. Rade, C-280/93)*). (Rovnaký záver možno vyvodiť z rozhodnutia vo veci *Unitymark, C-535/03* „V oblastiach, v ktorých inštitúcie Únie disponujú širokou mierou voľnej úvahy z dôvodu politickej zodpovednosti, ktorú im pridělila zmluva, môže Súdny dvor zrušiť prijaté opatrenie z dôvodu jeho rozporu so zásadou proporcionality iba v prípade, ak je prijaté opatrenie zjavne nevhodné alebo neprimerané na dosiahnutie cieľa sledovaného dotknutou inštitúciou.“).

V predmetnej veci sa nepreukázalo ani prípadné porušenie **zásady ochrany legitímneho očakávania**, keďže postup žalovaného rešpektujúci zákonnú úpravu vychádzajúcu z Nariadenia 1/2003 čl. 23 ods. 2 a 3 pri ustálení výšky sankcie neprekročil maximálny limit 10%, čo oprávňuje označiť ho za súladný s touto zásadou a v konaní nebolo spochybnené ani rešpektovanie **zásady rovnakého zaobchádzania pri stanovení pokút**.

Je nesporné, že uloženie pokuty a jej výška sú zásadne v diskrečnej právomoci žalovaného a to, či bude pokuta uložená v maximálnej alebo inej výške závisí od jeho uváženia, pričom je však povinný rešpektovať zákonné kritériá stanovené v súlade s komunitárnym právom.

Treba zdôrazniť, že napriek tomu, že správne uváženie je v zásade preskúmateľné súdom, **pri rozhodnutí, ktoré správny orgán vydal na základe zákonom povolenej voľnej úvahy (správne uváženie), preskúmava súd iba, či také rozhodnutie nevybočilo z medzí a hľadísk ustanovených zákonom, pričom súd neposudzuje účelnosť a vhodnosť správneho rozhodnutia (§ 245 ods. 2 OSP)**.

Úlohou súdu v právnom súdnictve podľa druhej hlavy piatej časti OSP teda nie je nahrádzať činnosť správnych orgánov, ale preskúmavať zákonnosť rozhodnutí orgánov verejnej správy, teda posúdiť, či správne orgány splnili povinnosti stanovené zákonom (R 60/2000 druhá veta), pričom súd iba skúma, či toto uváženie nevybočilo z medzí a hľadísk

ustanovených zákonom, či je v súlade s pravidlami logického myslenia a či podklady pre taký úsudok boli zistené úplne a riadnym procesným postupom (R 52/2003). Pokiaľ sú tieto predpoklady splnené, *nemôže súd z tých istých skutočností vyvodzovať iné alebo opačné závery* (R 39/94 NSS).

Odvolací súd sa nestotožnil s názorom súdu prvého stupňa, ktorý v predmetnej veci nedôvodne oddeľoval represívnu a preventívnu funkciu pokuty a neprimerane akcentoval jej represívnu zložku. Z rozhodnutí ESD (vec 41/49, *ACF Chemiefarma NV v. Commission*, [1970] ECR 661, bod 173, spojené veci 100 až 103/80, *SA Musique Diffusion française and others v. Commission*, [1983] ECR 1825, body 105 a 106, vec C-289/04 P *Showa Denko v Commission*, [2006] ECR I-5859, bod 16) možno vyvodit', že pokuty ukladané za porušenie čl. 81 a 82 ZES (v súčasnosti 101 a 102 ZFEU) sa stanovujú s cieľom potrestať nelegálne konanie podnikateľov (represívna zložka) a zároveň majú odstrašujúci účinok (preventívna zložka) nielen na takéto konkrétne porušujúce podniky, ale i všeobecne na iné spoločnosti, aby nedochádzalo k porušovaniu európskeho súťažného práva do budúcnosti. Cieľom pokút je teda nielen trest, ale aj prevencia. Odstrašovanie je vlastne súčasťou posúdenia závažnosti porušenia, keďže toto sa musí posudzovať aj s ohľadom na odstrašujúci účinok pokút. Preto nie je možné rozdeliť tieto dve funkcie pokút.

Obdobné stanovisko k otázke dvojitej funkcie pokút zaujala Európska komisia v *Usmerneniach* k metóde stanovenia pokút uložených podľa čl. 23 ods. 2 písm. a/ Nariadenia č. 1/2003, kde zdôraznila, že pokuty by mali mať dostatočný odstrašujúci účinok „*nielen s cieľom sankcionovať konkrétne podniky (špecifický odstrašujúci účinok), ale aj s cieľom odradiť ostatné podniky od konania alebo od pokračovania v konaní, ktoré je v rozpore s čl. 81 a 82 Zmluvy (všeobecný odstrašujúci účinok)*“.

Rešpektovanie obidvoch funkcií pokuty je preto nevyhnutné za účelom zabezpečenia účinnosti pokút za porušenie európskeho súťažného práva a akcentovanie iba jej represívnej zložky by nepochybne znížilo jej efektívnosť.

Z uvedených dôvodov dospel odvolací súd k záveru, že odvolanie žalovaného proti rozsudku súdu prvého stupňa v časti o výške uloženej pokuty bolo dôvodné a pretože neboli splnené predpoklady na potvrdenie tohto rozsudku a ani na jeho zrušenie (§ 221 OSP), odvolací súd ho preto zmenil (§ 220 OSP) tak, že žalobu zamietol (§ 250j ods. 1 OSP).

O trovách konania rozhodol Najvyšší súd Slovenskej republiky podľa § 250k ods. 1 OSP tak, že účastníkom náhradu trov konania nepriznal, nakoľko žalobca v konaní nebol úspešný a žalovaný nemá zo zákona nárok na náhradu trov.

P o u č e n i e : Proti tomuto rozsudku nie je prípustný opravný prostriedok.

V Bratislave 25. januára 2011

JUDr. Igor Belko, v. r.
predseda senátu

Za správnosť vyhotovenia:

Ľubica Kavivanovová