

HLAVA IV SPOJOVÁNÍ SOUTĚŽITELŮ

§ 12

Vymezení pojmů

(1) Ke spojení soutěžitelů dochází fúzí dvou nebo více na trhu dříve samostatně působících soutěžitelů.

(2) Za spojení soutěžitelů podle tohoto zákona se považuje i nabytí podniku⁷⁾ jiného soutěžitele nebo jeho části smlouvou, na základě dražby nebo jiným způsobem. Částí podniku se pro účely tohoto zákona rozumí rovněž ta část podniku soutěžitele, které lze jednoznačně přiřadit obrat dosažený prodejem zboží na relevantním trhu, i když netvoří samostatnou organizační služku podniku.

(3) Za spojení soutěžitelů podle tohoto zákona se rovněž považuje, jestliže jedna nebo více osob, které nejsou podnikateli, ale kontrolují již alespoň jednoho soutěžitele, anebo jestliže jeden nebo více podnikatelů získá možnost přímo nebo nepřímo kontrolovat jiného soutěžitele, zejména

- a) nabytím účastnických cenných papírů, obchodních nebo členských podílů, nebo
- b) smlouvou nebo jinými způsoby, které jim umožňují jiného soutěžitele kontrolovat.

(4) Kontrolou se pro účely tohoto zákona rozumí množnost vykonávat na základě právních nebo faktických skutečností rozhodující vliv na činnost jiného soutěžitele, zejména na základě

- a) vlastnického práva nebo práva užívání k podniku kontrolovaného soutěžitele nebo jeho části, anebo
- b) práva nebo jiné skutečnosti, které poskytují rozhodující vliv na složení, hlasování a rozhodování orgánů kontrolovaného soutěžitele.

(5) Spojením je i založení soutěžitele, který je společně kontrolován více soutěžiteli a který dlouhodobě plní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky (dále jen „společně kontrolovaný podnik“).

(6) V míře, jaké má založení společně kontrolovaného podniku zakládajícího spojení podle odstavce 5 za svůj cíl nebo následek koordinaci soutěžního chování soutěžitelů jej kontrolujícího, kteří zůstanou na trhu i nadále nezávislymi, bude tato koordinace hodnocena v souladu s kritérii podle § 3.

(7) Dvě a více spojení, která jsou vzájemně podmíněna a která spolu věčně, časově i personálně souvisejí, se posuzují jako spojení jediné.

(8) Za spojení soutěžitelů se nepovažuje kvalifikovaná účast banky v právnické osobě vzniklá splacením emisního kurzu akcií započtením pohledávky banky za touto právnickou osobou, pokud je tato kvalifikovaná účast držena po dobu záchranné operace nebo finanční rekonstrukce této právnické osoby nejdéle po dobu 1 roku. Za spojení soutěžitelů podle odstavce 2 se rovněž nepovažuje, jestliže soutěžitelé, kteří jsou poskytovateli investičních služeb, získají přechodně, nejvýše na dobu 1 roku, podíly jiného soutěžitele za účelem jejich prodeje, pokud nevykonávají hlasovací právo spojena s těmito podíly s cílem určit nebo ovlivnit soutěžní chování kontrolovaného soutěžitele. Na návrh banky nebo soutěžitele, který je poskytovatelem investičních služeb, může Úřad dobu 1 roku prodloužit, pokud navrhovatel prokáže, že účelu, pro který nabyl účasti na jiném soutěžiteli, nemohlo být během této doby z objektivních důvodů dosaženo.

(9) Za spojení soutěžitelů se rovněž nepovažuje přechod některých působností statutárních orgánů soutěžitelů na osoby vykonávající činnost podle zvláštních právních předpisů, např. likvidátora⁸⁾ a insolvenčního správce⁹⁾.

⁷⁾ § 5 obchodního zákoníku, ve znění zákona č. 370/2000 Sb.

⁸⁾ § 70 a násl. obchodního zákoníku, ve znění zákona č. 370/2000 Sb.

⁹⁾ Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákona), ve znění pozdějších předpisů.

K hlavě IV

1. Hlava IV dopadá na další formu jednání, které může ovlivňovat parametry soutěže na trhu. Jde o tzv. spojování soutěžitelů. Ingerence Úřadu se zde neprojevuje v sankčním řízení (a tedy primárně v postihu za protisoutěžní jednání), jako je tomu v případě zákazu dohod narušujících hospodářskou soutěž a zákazu zneužití dominantního postavení, nýbrž v aktivitě kontrolní, uskutečňované v řízení o návrhu na povolení spojení soutěžitelů.

2. Uvedená kontrolní aktivita Úřadu je zde od toho, aby v důsledku usku-tečnění některé z transakcí uvedených v komentovaném ustanovení nedošlo k vytvoření nežádoucí struktury trhu, která by negativně mohla ovlivnit soutěž, zejména v podobě vzniku silných hráčů na trhu – ať už monopolů, nebo dominantních hráčů (hráčů v kolektivní dominanci nevyjímaje). Zatímco tedy v případě obou antitrustových zákazů (podle § 3 odst. 1 a § 11 odst. 1)

jde skutečně o *ex post* kontrolu, v případě posuzování spojování soutěžitelů se jedná o kontrolu *ex ante*; to znamená, že ke kontrole spojení soutěžitelů dojde před jejím faktickým uskutečněním, přitom uskutečnit lze pouze takové spojení (podléhá-li povolení podle tohoto zákona), které je Úřadem povoleno. V těchto řízeních, v nichž se posuzují spojení soutěžitelů, běžně v soutěžní praxi označovaných jako „kontrola fúzí“ nebo „kontrola koncentrací“ (*merger control*), Úřad předvidá budoucí vývoj na trhu a stav soutěže na dotčených trzích pro případ uskutečnění spojení (po spojení).

3. Zákonná úprava posuzování spojení je rozložena do několika ustanovení. Ustanovení § 12, navzdory tomu, že je označeno jako Vymezení pojmů, definuje pozitivním a negativním způsobem jednotlivé formy spojení soutěžitelů, které typově podléhají povolení. V § 13 (Spojení soutěžitelů podléhající povolení Úřadu) jsou stanovena kritéria, při jejichž splnění určitá transakce soutěžitelů, která představuje některou z forem spojení soutěžitelů podle § 12, bude považována za transakci podléhající kontrole Úřadu – a jejímu povolení. Jedná se tedy o ustanovení upravující notifikační kritéria. Ustanovení § 14 (Výpočet obrátu) lze považovat za doplňující ustanovení ve vztahu k § 13; stanovuje základní pravidla výpočtu obrátu, jehož hodnota je notifikačním kritériem podle § 13.

4. Procesní ustanovení a úprava některých procesních otázek souvisejících s postupem Úřadu v řízeních o povolení spojení soutěžitelů jsou obsaženy v § 15 až 19. V § 15 (Zahájení řízení) se stanovují některé podrobnosti podání návrhu na zahájení řízení o povolení spojení a vymezuje se okruh osob, které jsou povinny návrh podat. V § 16 (Průběh řízení) jsou mimo jiné upraveny některé procesní instituty – především lhůty pro vydání rozhodnutí a jednotlivé fáze řízení o spojování soutěžitelů. Ustanovení § 16a (Zjednodušené řízení o povolení spojení) upravuje odchylky pro případ tzv. zrychleného procesu povolování, který se použije u takových spojení, u kterých nelze předpokládat narušení soutěže. Ustanovení § 17 (Posuzování spojení) konkretizuje okolnosti, které budou rozhodující pro úvahu Úřadu, zda lze spojení povolit, zda je lze povolit s podmínkou plnění závazků a souvisejících povinností uložených ze strany Úřadu, nebo zda je povolit nelze. Uvedené ustanovení přímo upravuje i podmínky tzv. substantivního testu. Následující § 18 (Odklad uskutečnění spojení) upravuje povinnost zákazu uskutečňování spojení před jeho povolením a výjimky z tohoto zákazu. Poslední ustanovení hlavy IV (§ 19) upravuje možnost zrušení již vydaného rozhodnutí o povolení spojení. Část procesních otázek, které souvisejí s postupem Úřadu v řízení o povolení spojení soutěžitelů, je upravena v § 21 a násl. zákona.

5. Zákonná úprava spojování soutěžitelů je v současné době, kromě vyhl. č. 252/2009 Sb., kterou se stanoví náležitosti návrhu na povolení soutěžitelů, dotvářena výkladovými pravidly Úřadu, tzv. *soft law* (měkkým právem), a to těmito oznámeními (dostupné z: <http://www.uohs.cz/cs/legislativa/hospodarska-soutez.html>): oznámení o přednotifikačních kontaktech, oznámení o výpočtu obratu, oznámení o konceptu spojení soutěžitelů, oznámení o pojmu spojujících se soutěžitelů, oznámení o uskutečňování spojení před povolením a výjimkách z něj, oznámení o aplikaci konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích při posuzování spojení soutěžitelů a oznámení o zjednodušeném řízení pro posuzování některých případů spojení soutěžitelů.

6. Úprava kontroly spojování na úrovni Evropské unie postrádá samostatné ustanovení ve SFEU (jako je tomu v případě obou antitrustových zákazů podle čl. 101 a čl. 102 SFEU). Svou pravomoc v oblasti kontroly spojování Evropská komise původně opírala o čl. 85 SES (čl. 101 SFEU), což však sama ve svém memorandu o koncentracích z roku 1966 uznala za nevhodné. Pro kontrolu koncentrací byl jako nástroj v dalším období používán čl. 86 SES (čl. 102 SFEU). V rozsudku ve věci *Continental Can* Soudní dvůr konstatoval, že „... ke zneužití může dojít tehdy, když podnik v dominantním postavení posílí své postavení takovým způsobem, že dosažený stupeň dominance podstatně spoutává soutěž, tzn. když na trhu zůstávají pouze podniky, které jsou závislé na dominantním podniku...“. Až v roce 1989 bylo přijato nařízení č. 4064/89 o kontrole spojování podniků.

7. V české právní úpravě byla kontrola spojování soutěžitelů zakotvena prvním zákonem o ochraně hospodářské soutěže (zák. č. 63/1991 Sb.). Právní úpravu kontroly spojování soutěžitelů upravenou v hlavě IV lze považovat v podstatných rysech za kompatibilní s úpravou na úrovni komunitární, která je dnes obsažena v nařízení o spojování.

8. Zákon tak vychází koncepčně z nařízení o spojování, a to pokud se jedná o pojmy a jednotlivé instituty s kontrolou spojování soutěžitelů spojené. Podle nařízení o spojování se ovšem uplatňuje tzv. *one stop shop* systém; to znamená, že spojení soutěžitelů, která mají komunitární dimenzi (někdy se používá i „komunitární rozměr“), budou podléhat posouzení pouze ze strany Evropské komise, i když by jinak spojení podléhalo povolení Úřadu podle (tohoto) zákona. Evropská komise v rámci posouzení zohlední dopad na každý dotčený trh každého členského státu Evropské unie (blíže viz komentář k § 13).

9. Pokud jde o pojmy a základní pravidla řízení, namísto je eurokonformní výklad zákona, tj. výklad v souladu s komunitární právní úpravou

a rozhodovací praxí. Při výkladu jednotlivých pojmů a institutů zákona souvisejících se spojováním soutěžitelů je kromě oznámení přijatých Úřadem využitelné i Jurisdikční oznámení a jednotlivé pokyny Evropské komise vydané ve vztahu k posuzování dopadů spojení na relevantní trh (blíže viz komentář k § 17).

10. Komentované ustanovení a pojmy v něm zakotvené koncepčně, a tedy i z hlediska jejich výkladu, je rovněž nutno zásadně považovat za srovnatelné (na rozdíl bude poukázáno u jednotlivých ustanovení) s právní úpravou slovenskou (§ 9 s. z. o. h. s., ve kterém jsou pozitivním i negativním způsobem vymezeny jednotlivé formy spojování soutěžitelů, včetně objasnění forem kontroly).

K § 12

11. Komentované ustanovení objasňuje pojem spojení soutěžitelů a jeho jednotlivé formy. Pod pojmem soutěžitel je nutno vnímat jakýkoli subjekt, který spadá pod definici soutěžitele podle § 2 odst. 1 (zde odkazujeme na komentář k danému ustanovení). Tam, kde § 12 hovoří o podnikateli, půjde o subjekty podle § 420 odst. 1 obč. zák.

12. Při objasňování jednotlivých forem spojení je nutno vycházet z toho, že za spojení se považuje transakce vyvolávající trvalou změnu ve struktuře trhu. Podle čl. 3 odst. 1 nařízení o spojování totiž „... spojení se považuje za vzniklé, jestliže dojde ke změně kontroly na trvalém základě...“. To znamená, že dočasná změna kontroly bez vlivu na strukturu trhu nebude považována za spojení podle z. o. h. s. Lze odkázat např. na rozhodnutí Úřadu ve věci *AGEL / Nemocnice Přerov, Prostějov a Šternberk*, kde Úřad konstatoval, že dlouhodobý charakter transakce vyžaduje zpravidla dobu delší než pět let, přičemž dlouhodobou změnou může být i pronájem podniku. Preambule nařízení o spojování tento základní požadavek vyjadřuje i v bodu 20, kde se konstatuje, že pod pojem koncentrace je nutno zahrnovat všechny operace, které přinášejí trvalou změnu v kontrole dotčených soutěžitelů (podniků), a tím i ve struktuře trhu.

13. V bodu 7 Jurisdikčního oznámení se dále uvádí, že ústředním pojmem čl. 3 nařízení o spojování je pojem „kontrola“ (blíže k ní viz komentář k odst. 4), a tedy důkaz o naplnění podmínek „spojení soutěžitelů“ závisí do značné míry spíše na kvalitativních faktorech.

14. Zároveň však platí, že při každé formě transakce (aby ji bylo možno pokládat za spojení) musí být naplněna podmínka, že se jedná o spojování na

trhu dříve „nezávislých“ soutěžitelů, přestože tento požadavek je v komentovaném ustanovení explicitně uveden pouze ve vztahu k transakcím, na které dopadá odst. 1.

15. Pod trvalou strukturální změnou je nutno vnímat nejen transakce, které spočívají ve spojování nezávislých soutěžitelů nebo v nabytí kontroly jedním soutěžitelem nad podnikem jiného soutěžitele nebo jeho částí, popř. transakce spočívající ve vytvoření společného koncentrativního podniku, ale i rozdělení obchodních společností nebo jakoukoli kvalitativní změnu kontroly u soutěžitele (změnu poměru sil). Ustanovení § 12 v odst. 1 až 5 stanoví tři základní formy koncentrace. Těmi jsou (i) fúze dvou nebo více samostatných soutěžitelů, (ii) nabytí podniku nebo jeho částí, (iii) nabytí kontroly a vytvoření společného podniku. Vytvoření plně funkčního společného podniku zákon vyčleňuje do samostatného odst. 5, tj. mimo „nabytí kontroly“, avšak i vytvoření plně funkčního společného podniku představuje jednu z forem uskutečnění spojení v důsledku získání kontroly.

16. Ustanovení čl. 3 nařízení o spojování rozlišuje pouze dvě základní kategorie spojování soutěžitelů: spojení, kdy ke koncentraci dochází spojením dvou nezávislých soutěžitelů, a spojení, ke kterému dochází nabytím kontroly. Bez ohledu na to, zda budou jednotlivé formy spojení děleny na tři nebo pouze na dvě základní kategorie, fakticky způsoby, kterými dochází ke spojení soutěžitelů podle (tohoto) zákona na jedné straně a podle čl. 3 nařízení o spojování na straně druhé, se neliší.

K odst. 1

17. První formu spojení soutěžitelů, která je vyjádřena v odst. 1, představuje „fúze dvou nebo více na trhu dříve samostatně působících soutěžitelů“. Ustanovení odst. 1 fakticky odpovídá čl. 3 odst. 1 nařízení o spojování a definuje tuto formu následovně: „Spojení se považuje za vzniklé, jestliže dojde ke změně kontroly na trvalém základě v důsledku: a) fúze dvou či více původně nezávislých podniků...“, tzv. „klasické“ *merger*.

18. Základními znaky spojení podle odst. 1 je naplnění pojmu fúze a existence samostatných soutěžitelů před její realizací. Zákon pojem fúze dále neobjasňuje, avšak podle oznámení o konceptu spojení (který věcně vychází z nařízení o spojování), může k fúzi dojít dvěma způsoby. 19. Prvním z nich je sloučení (to je definováno v § 61 zák. o přeměnách). Při sloučení dochází k zániku obchodní společnosti nebo družstva nebo slučujících se společností či družstev, kterému předchází zrušení bez likvidace. Základní jmění zanikajících subjektů včetně práv a povinností z pracovněprávních vztahů přechází

na jinou (v době sloučení již existující) obchodní společnost nebo družstvo. Společníci zanikajících subjektů se tak stávají společníky subjektu nástupnického.

20. Druhým z nich je splynutí. Při splynutí (podle § 62 zák. o přeměnách) naopak dochází k zániku všech společností či družstev a k vytvoření nové společnosti či družstva. Tomuto procesu předchází zrušení původních subjektů bez likvidace, přičemž jmění zanikajících subjektů, včetně práv a povinností z pracovněprávních vztahů, přechází na nově vznikající nástupnickou obchodní společnost nebo družstvo. V tomto případě se společníci zanikajících soutěžitelů stávají společníky nástupnické společnosti.

21. Oznámení o konceptu spojení soutěžitelů vysvětluje důvod, pro který v případě pojmu „fúze“ neodkazuje na zvláštní právní úpravu (především na zákon o přeměnách). Odkaz není podle Úřadu uveden záměrně, neboť na zahraniční transakce, které by sice fakticky naplňovaly pojem „fúze“ (tj. jednalo by se o sloučení nebo splynutí), avšak nejednalo by se o „fúze“ podle zvláštní české právní úpravy, by se § 12 z. o. h. s. nevztahoval. Při vysvětlování pojmu „fúze“ je třeba vycházet z toho, že jde o transakce, které spočívají v propojení aktivit dříve samostatných soutěžitelů a vytvoření jedné samostatné ekonomické jednotky. Z dosahu pojmu „fúze“ tak nebude možno vyloučit ani spojení soutěžitelů – zahraničních právnických osob nebo jiných forem subjektů, které budou naplňovat definici soutěžitele podle § 2 odst. 1 z. o. h. s.

22. Jurisdikční oznámení dále jako samostatnou formu fúze uvádí (v bodu 10 Jurisdikčního oznámení) spojení činností dvou nebo více dříve nezávislých podniků tak, že vznikne hospodářská jednotka bez toho, aby bylo možno hovořit o fúzi z hlediska právního. Při faktické fúzi dochází sice k zachování právní samostatnosti fúzujících soutěžitelů, avšak tito soutěžitelé přestávají být samostatnými ekonomicky. Evropská komise jako příklad takového postupu uvádí situaci, kdy se dva nebo více podniků smluvně dohodnou na vytvoření společného obchodního vedení (tzv. *partnership*) nebo na vytvoření společnosti, která „je na burze kótována dvakrát“, aniž by se původní podniky vzdaly právní subjektivitě. Vede-li tento postup k situaci, kdy podniky fakticky splynou do jedné hospodářské jednotky, je třeba tento postup považovat za fúzi. Podmínkou takové fúze bude vznik (existence) trvalého společného ekonomického managementu, přičemž významnou bude i vnitřní kompenzace zisku a ztráty nebo dohoda o odvádění zisku uzavřená mezi dvěma koncernovými podniky nebo ručení za veškeré dluhy nebo rozdělení vnějších rizik.

23. Jurisdikční oznámení uvádí, že faktické splynutí lze dohodnout pouze smluvně, avšak může být podpořeno i společným podílem akcií podniků, které tvoří hospodářskou jednotku. V takovém případě naplnění pojmu „fúze“ bude předmětem analýzy vztahů a způsobu, jakým fungovalo obchodní vedení fúzujících soutěžitelů před faktickou fúzí a zda vznik (existence) stálého obchodního vedení vedl k vytvoření společné hospodářské jednotky (v případě faktické fúze se rovněž uplatní všeobecný předpoklad, že koncentrace je založena na dlouhodobé změně).

24. Mezi faktory, které bude tedy Úřad brát při posuzování této formy spojení v úvahu, patří otázky vyrovnávání zisků a ztrát mezi jednotlivými společnostmi ve skupině, otázky společné odpovědnosti navenek, otázky vzájemného vlastnictví cenných papírů, obchodních či členských podílů mezi subjekty, které tvoří dotčenou hospodářskou jednotku založenou společným obchodním vedením atd.

25. Nelze na tomto místě neodkázat na rozhodnutí Evropské komise ve věci *Renault/Volvo*. Tam byla předmětem řízení spolupráce mezi dvěma výrobci automobilů, která zahrnovala i výměnu 25% podílů na základním kapitálu ve společnostech zabývajících se výrobou automobilů, a vzájemnou výměnu 45% podílů na základním kapitálu ve společnostech zabývajících se výrobou nákladních automobilů a autobusů. Právě v případě vzájemného propojení aktivit, které se týkaly produkce nákladních automobilů a autobusů, Evropská komise dospěla k závěru, že půjde o spojení soutěžitelů podle nařízení o spojování, zejména s ohledem na vzájemné vlastnictví obchodních podílů ve výrobních společnostech a s ohledem na ujednání na to navazující. Evropská komise konstatovala, že takové vzájemné vlastnictví podílů povede k téměř rovnému sdílení ztrát a zisků a ke vzniku velmi silného společného ekonomického zájmu podpořeného ustanovením společné komise, jejíž rozhodnutí měla být závazná pro obě strany, či podpořeného dohodou o integraci aktivit včetně marketingu a distribuce. Tyto skutečnosti vedly podle názoru Evropské komise ke vzniku vzájemné faktické kontroly a k dlouhodobému vztahu vzájemné závislosti mezi těmito subjekty. V důsledku těchto vazeb tak podle Evropské komise vznikal jediný ekonomický celek. I kdyby tedy takové spojení nebylo posuzováno jako faktická fúze (tedy v případě aplikace z. o. h. s. podle komentovaného odst. 1), existoval by tu dostatečný prostor pro její posouzení podle odst. 3 jako nabytí kontroly.

26. Pod spojení soutěžitelů formou fúze lze zařadit i spojení nebo splynutí, ke kterému dochází mezi státními podniky [§ 6 odst. 1 písm. b) zák. č. 77/1997 Sb., o státním podniku]; i státní podnik je soutěžitelem podle § 2

odst. 1 z. o. h. s. Právní úprava však nepočítá s možností rozdělení státního podniku sloučením s jiným státním podnikem, a tak se rozdělení státních podniků zřejmě nepovažuje za spojení soutěžitelů ve smyslu odst. 1 (jakákoli rozhodovací praxe tu však chybí).

27. Za fúzi podle odst. 1 je nutno považovat i rozdělení společnosti, zejména rozdělení společnosti, která zaniká sloučením s nástupnickým subjektem nebo rozdělení zanikající společnosti, ke kterému dojde kombinací založení nových společností a sloučení s existující společností (existujícími společnostmi).

28. Ke změně ve struktuře trhu může dojít i rozdělením společnosti, pokud se na trhu kromě předtím jednoho „rozhodovacího místa“ vytvoří i místo další nebo několik dalších samostatných „rozhodovacích míst“ nezávislých soutěžitelů. Změna právní formy není fúzí podle odst. 1. Zde je totiž třeba vycházet z obecného východiska, že spojením se rozumí pouze trvalý nebo dlouhodobý zásah do struktury trhu, přitom změna právní formy (sama o sobě) takový následek nebude vyvolávat. Pak nepůjde o strukturální změnu, jež by se na trhu projevovala.

29. To, zda dojde podle odst. 1 ke spojení i v důsledku převodu jmění na společníka, bude závislé od specifických okolností. O fúzi se bude jednat tehdy, jestliže před převodem jmění tento společník nedisponoval v dané společnosti žádnými kontrolními pravomocemi, tj. nevykonával kontrolu nad zanikající společností, a to i přesto, že jej bylo možno pokládat za „hlavního společníka“ (či „hlavního akcionáře“). Taková situace bude spíše výjimkou než pravidlem; ve většině případů společností s ručením omezeným a akciových společností bude společník disponovat možností společnost kontrolovat. V úvahu tak přicházejí takové situace, kdy v zanikající společnosti existoval minoritní společník nebo akcionář, který však disponoval nadstandardními právy například v podobě práva veta, která mu umožňovala společně s „nástupnickým“ společníkem vykonávat společnou kontrolu nad zanikající společností. Vzhledem k tomu, že na takové transakci by se podíleli nejméně dva na trhu samostatně působící soutěžitelé a transakce by měla za následek změnu tržní struktury, přeměna společnosti formou převodu jejího jmění na společníka by v daném krajním případě představovala buď spojení soutěžitelů ve smyslu odst. 1, nebo kvalitativní změnu kontroly – v obou případech by se jednalo o spojení.

30. Transakce je spojením v případě „fúzí“, k nimž dochází mezi samostatnými soutěžiteli. Ohledně výkladu pojmu soutěžitel je třeba odkázat

na § 2 odst. 1 a dodat, že pojem soutěžitel se ve stejném rozsahu jako při aplikaci zákazu uzavírání (a plnění) kartelových dohod a zákazu zneužívání dominantního postavení použije i v případě kontroly spojování soutěžitelů. Podmínka samostatného jednání soutěžitele na trhu, tj. zjištění, zda soutěžitel představuje samostatnou ekonomickou entitu, musí být v případě řízení o návrhu na povolení spojení soutěžitelů rovněž předmětem posouzení Úřadu. Úřad bude brát v úvahu zejména skutečnost, zda chování zkoumaného soutěžitele podléhá kontrole ze strany jiného subjektu ohledně jeho jednání na trhu, strategie nebo obchodních aktivit, či nikoli. Nejde tedy o samostatnost ve smyslu právním. Toto je v souladu s konceptem tzv. jedné ekonomické skupiny: subjekty, které podléhají jednomu ekonomickému řízení, tvoří jeden ekonomický celek a na trhu vystupují jako jedno „ekonomicky rozhodující místo“. Takové subjekty, byť právně samostatné, se ve struktuře trhu z hlediska soutěže projevují jako „jeden subjekt“.

31. Dojde-li tedy k fúzi mezi společnostmi patřícími pod jedno ekonomické „vedení“ (pod jednu kontrolu ve smyslu odst. 4), může se sice jednat o „fúzi“, avšak nebude naplněna druhá část definice podle komentovaného ustanovení, neboť nepůjde o „fúzi“ dvou nebo více dříve na trhu samostatných soutěžitelů. Na takovou transakci bude nutno nahlížet pouze jako na interní restrukturalizaci v rámci skupiny soutěžitelů bez toho, aby spadala pod pojem spojení soutěžitelů. Zde lze odkázat na rozhodnutí Úřadu ve věci *MVV Energie / Teplárny Brno / Opatherm / Městské inženýrské sítě Studénka*; tam splynutí čtyř společností kontrolovaných stejným subjektem nebylo považováno za spojení soutěžitelů ve smyslu z. o. h. s.

32. Specifickou otázkou z hlediska dovození „samostatné ekonomické jednotky“ bude fúze dvou nebo více subjektů, které jsou kontrolovány státem (typickým příkladem je výkon kontroly státu za situace, kdy stát drží obchodní podíly ve strategických podnicích). Pro posouzení bude rozhodující, zda dané subjekty jsou součástí jedné ekonomické jednotky, tj. zda je jejich soutěžní chování podrobeno kontrole ze strany stejného subjektu se stejným cílem. Zjišťování, zda spojující se soutěžitelé patří do jedné ekonomické skupiny, je založeno na konceptu kontroly podle odst. 4.

33. Zásada, podle které transakce v rámci jedné ekonomické skupiny budou pokládány za interní restrukturalizaci v rámci skupiny, bude prolomena v situacích, kdy soutěžitelé (například dceřiné společnosti) v rámci jednoho koncernu budou vystupovat jako samostatné hospodářské jednotky, např. v důsledků panujícího skutečného obchodního decentralismu v rámci koncernu.

34. Půjde-li o tzv. vícečetné fúze, bude pro určení, zda dochází ke spojení soutěžitelů podle odst. 1 či nikoli, rozhodující, zda se takového spojení účastní alespoň jeden subjekt, který je (před transakcí byl) mimo systém kontroly, jehož součástí jsou ostatní účastníci fúze. Bude-li tomu tak, půjde o spojení soutěžitelů podle komentovaného ustanovení.

35. Dojde-li k naplnění pojmu spojení soutěžitelů podle odst. 1 a současně bude taková transakce coby spojení podléhat kontrole Úřadu proto, že bude splněn některý z notifikačních limitů podle § 13, je třeba transakci předložit k posouzení Úřadu; podle § 15 odst. 2 jsou povinni podat návrh na povolení spojení spojující se soutěžitelé – účastníci fúze (blíže viz komentář k § 15).

K odst. 2

36. Toto ustanovení uvádí jako samostatnou formu spojení soutěžitelů takové spojení, které vznikne v důsledku nabytí podniku jiného soutěžitele nebo pouze částí podniku jiného soutěžitele. K nabytí může dojít smlouvou, ve dražbě nebo jiným, zákonem blíže nespecifikovaným způsobem.

37. Jak Úřad konstatuje ve svém oznámení o konceptu spojení (bod 11), daná forma koncentrace nemá ekvivalent v čl. 3 nařízení o spojování a nelze ji samostatně naleznout ani například ve slovenské soutěžní úpravě (§ 9 s. z. o. h. s. stanovující jednotlivé formy koncentrací). Úřad ve svém oznámení o konceptu spojení poskytuje odůvodnění samostatného vyčlenění této formy koncentrace tím, že nabytí podniku (nebo jeho částí) může vést ke změně ve struktuře trhu a zároveň pojem „podnik“ se v českém právním prostředí vykládá jinak než „podnik“ (*undertaking*) podle komunitární právní úpravy.

38. Slovenská právní úprava (obsažená v s. z. o. h. s.) vyřešila rozdíl ve vnímání pojmu „podnik“ tak, že do zákona zařadila zvláštní definici „částí podnikatele“ (podnikatele ve smyslu „podnikajícího soutěžitele“ podle – tohoto – zákona). Tato definice dnes fakticky odpovídá definici „částí podniku“, která je obsažena v komentovaném ustanovení – ve větě druhé. „Částí podnikatele“ podle s. z. o. h. s. se tak rozumí organizační složka podniku (definice podniku je v souladu se slovenským obchodním zákoníkem) nebo aktiva, na základě kterých lze dosahovat obrátu. Slovenská právní úprava však podřazuje „nabytí podniku“ pod formu koncentrace, ke které dochází nabytím kontroly [podle § 9 odst. 1 písm. b) s. z. o. h. s. je za koncentraci považováno získání přímé nebo nepřímé kontroly jedním soutěžitelem nebo více soutěžiteli nad soutěžitelem, jeho částí nebo nad více soutěžiteli nebo nad jejich částmi].

39. Komentovaný zákon obsahuje v tomto ustanovení kumulativní podmínky pro naplnění pojmu spojení soutěžitelů. První z těchto podmínek je, že musí být naplněn pojem „podnik“ (dnes ve smyslu „závod“ podle § 502 obč. zák.) nebo „část podniku“ („část závodu“). V současné době, na počátku aplikace (nového) občanského zákoníku, kuloárově převládá názor, že nadále bude pro aplikaci (tohoto) zákona používán zavedený pojem „podnik“ (ve smyslu „závodu“). Pokud se však praxí zavede používání pojmu „závod“ v souladu s občanskoprávní úpravou, na aplikaci níže uvedených pravidel to věcně vliv mít nebude. Druhou podmínkou je, že k jeho nabytí dochází smlouvou, ve dražbě nebo jakoukoli jinou formou. Kromě toho musí být naplněna obecná podmínka, tj. trvalá nebo dlouhodobá strukturální změna.

40. „Částí podniku“ je rozuměna část souboru jmění, který podnikatel vytvořil a který z jeho vůle slouží k provozování jeho činnosti. Tento soubor může sestávat z hmotných složek i ze složek nehmotných (práva k duševnímu vlastnictví, smlouvy s klienty, databáze klientů apod.). Dříve se za spojení považovalo nabytí tzv. podstatné části podniku. Zákon však neuváděl, co je „podstatnou částí“, a tento pojem nebylo možno vykládat ani prostřednictvím komunitární právní úpravy. Rozhodovací praxe Úřadu při výkladu vycházela z toho, že za nabytí podstatné části podniku bylo možno považovat situace, kdy dochází k nabytí částí podniku, ve které jsou zastoupeny všechny složky podnikání, tj. hmotné (např. stroje, zařízení), nehmotné (např. patenty či ochranné známky), ale i osobní (zaměstnanci), které náleží k podniku, jehož část se nabývá. Úřad i za dřívějšího znění komentovaného ustanovení vykládal nabytí „podstatné části podniku“ v souladu s komunitární rozhodovací praxí tak, že šlo o jakákoli aktiva, ke kterým bylo možno prokazatelně přiřadit obrat, bez toho, aby takový obrat byl přesně vyčíslen nebo aby bylo pro tuto část podniku vedeno samostatné účetnictví (srov. bod 14 Oznámení o konceptu spojení). Faktický rozdíl mezi předcházejícím zněním zákona a dnešní právní úpravou tak není a není třeba se touto změnou podrobněji zabývat.

41. Spojením podle komentovaného ustanovení tak může být např. převod vybavení lékárny a jejích zásob (*Lékárny Lloyds / CSS Kastor*) nebo převod klientů ve formě převodu celého pojistného kmene (viz např. *Spoločná zdravotná poisťovňa / Európska zdravotná poisťovňa*), převod obchodní značky nebo patentu za předpokladu, že takový předmět je schopný vygenerovat obrat a zabezpečit tržní postavení nabyvateli v důsledku přechodu zákazníků, kteří budou následovat takovou obchodní značku nebo patent (srov. bod 16 oznámení o konceptu spojení). Naproti tomu Úřad ve věci *Unilever/*

BT nepovažoval za část podniku vybraná aktiva, která byla používána v souvislosti s poskytováním interních telekomunikačních služeb (tzv. *routre*), společně s případným přechodem některých zaměstnanců, neboť se jednalo o aktiva sloužící pouze k vnitřní správě podnikání převádějící společnosti.

42. Samostatným aplikačním problémem může být převod částí majetku soutěžitele, tzv. *assets*, které byly vyjmuty z několika podniků (včetně majetkových podílů). Jednalo se o části soutěžitele, které byly dříve označovány jako divize. Úřad ve svém oznámení o konceptu spojení (bod 16) uvádí, že i převod divizí by měl podléhat režimu spojování podle odst. 3. Z hlediska způsobu nabytí podniku nebo částí podniku zákon rozeznává tyto možnosti: nabytí smlouvou, nabytí prostřednictvím dražby nebo jakýkoli jiný způsob, kterým dojde k nabytí podniku. Poslední podmínkou podle komentovaného ustanovení (kromě obecné podmínky, která se uplatní u všech spojení, tj. transakce nikoli v rámci jedné ekonomické skupiny a transakce vyvolávající trvalou nebo dlouhodobou změnu ve struktuře trhu) je, že při nabytí podniku nebo částí podniku se musí jednat o podnik nebo část podniku jiného soutěžitele. To je však logickým požadavkem již s ohledem na zásadu, že ke koncentraci může dojít pouze mezi samostatnými soutěžiteli.

K odst. 3 a 4

43. Odstavec 3 zakotvuje úpravu ve vztahu k další formě spojení soutěžitelů, kterým je získání možnosti kontroly nad jiným soutěžitelem. Samotný pojem kontrola je následně definován v odst. 4.

44. Ustanovení odst. odpovídá čl. 3 odst. 1 písm. b) nařízení o spojování, který pod spojením soutěžitelů rozumí i získání – jednou nebo více osobami již kontrolujícími nejméně jeden podnik nebo jedním či více podniky – přímé nebo nepřímé kontroly nad celkem nebo nad částí jednoho nebo více podniků. Nařízení o spojování dále objasňuje, že k získání kontroly může dojít na základě koupě cenných papírů nebo majetku, na základě smlouvy nebo i jiným způsobem.

Způsoby, kterými dochází k nabytí kontroly (výlučné či společné, přímé či nepřímé), (tento) zákon rozděluje do dvou základních kategorií. Nejedná se však o uzavřený okruh způsobů nabytí kontroly, pouze o demonstrativně uvedené možnosti.

45. Podle písm. a) může dojít k získání možnosti kontroly tzv. *shares deal*, kdy se kontrola získává nabytím účastnických cenných papírů, obchodních nebo členských podílů. Pod pojem účastnické cenné papíry lze pořadit

zejména akcie, zatímní listy nebo převoditelné cenné papíry. Obchodní podíly budou vnímány jako podíly ve společnosti s ručením omezeným, veřejně obchodní společnosti a komanditní společnosti. Pojem členský podíl představuje členská práva a povinnosti.

46. V písm. b) jsou pak stanoveny jiné způsoby, které přicházejí v úvahu, a to primárně smlouva nebo (jakékoli) jiné způsoby, které umožňují kontrolovat soutěžitele. Ustanovení písm. b) tak fakticky pokrývá jakékoli v úvahu přicházející způsoby získání možnosti vykonávat kontrolu a lze sem řadit i situace, které nejsou pokryty jinými odstavci § 12, například i dlouhodobé smlouvy o nájmu podniku.

47. Odstavec 3 lze ve vztahu ke spojením soutěžitelů, ke kterému dochází formou možnosti získání kontroly nad soutěžitelem, považovat za generální klauzuli, která pouze příkladmo uvádí způsoby, kterými může dojít k nabytí kontroly nad soutěžitelem. Z rozhodovací praxe Úřadu je možno poukázat na případy, kdy Úřad bez toho, aby konkretizoval transakci podle písm. a) nebo podle písm. b), ji označil za spojení soutěžitelů podle odst. 3 (viz *Cadbury Schweppes/divize Adams, Honeywell/Invensys Control Systems*).

48. Za kontrolu nabyvanou fyzickými osobami je nutno považovat i situaci, kdy kontrolu nad určitým soutěžitelem získávají jeho řídicí pracovníci, a to přímo nebo prostřednictvím účelově vytvořeného společného podniku (*manager buy-out*, manažerský odkup společnosti). Ke spojení soutěžitelů dojde pouze v případě, když manažeři jsou podnikateli nebo fyzickými osobami kontrolujícími již alespoň jednoho dalšího soutěžitele. I v případě, kdy není naplněna tato podmínka, může transakce spojení soutěžitelů naplňovat, pokud se manažerského odkupu účastní externí investoři, kteří výměnou za uskutečněnou investici získávají zvláštní práva, která mohou zakládat kontrolu. V takovém případě však dochází k nabytí kontroly ze strany investorů (srov. např. *CWB / Goldman Sachs / Tarkett*).

49. Pro dovození závěru, že došlo k získání kontroly, mohou být rozhodné i čistě faktické hospodářské vztahy. Například významné dohody o dlouhodobých dodávkách nebo úvěrech poskytnutých zákazníky nebo dodavateli spolu se strukturálními vazbami budou umožňovat výkon rozhodujícího vlivu na chování soutěžitele na trhu. Dokonce k získání kontroly může docházet i v situaci, kdy záměr nabytí kontroly nebyl předem explicitně vyjádřen. Oznámení o konceptu spojení uvádí jako typický příklad spojení, kdy ve společnosti existuje pět akcionářů, každý držíci 20 % akci a tomu také odpovídající počet hlasovacích práv, avšak na valné hromadě

vykonávají hlasovací práva pouze dva z akcionářů. Pokud takový stav trvá delší období (zhruba řečeno déle než jeden rok), lze konstatovat, že právě tito dva akcionáři vykonávají kontrolu nad takovou společností. Obdobný případ nastane tehdy, pokud jsou akcie společnosti rozptýleny mezi větší počet akcionářů, avšak valné hromady se účastní pouze jejich malá část. V takovém případě může i akcionář v celkovém kontextu s minoritním podílem získat většinu na hlasovacích právech na dané valné hromadě. Pokud se daná situace bude pravidelněji opakovat, lze dospět k závěru, že tento akcionář vykonává kontrolu.

50. Další specifickou situací může být situace, kdy držitel kontrolního podílu není totožný s osobou, která práva plynoucí z tohoto podílu skutečně vykonává. Ve skutečnosti kontrolu vykonává jiný subjekt, který k získání kontrolního podílu a práv s ním spojených používá jinou osobu (jiného soutěžitele či jinou osobu, aniž by byla soutěžitelem). V takové situaci se za kontrolující subjekt bude považovat ten soutěžitel, který ve skutečnosti zůstává „v pozadí“ celé transakce. Tento soutěžitel bude kontrolovat cílového soutěžitele nepřímo, zprostředkovaně.

51. Podstatným a základním rysem spojení, ke kterému dochází podle odst. 3, je změna v kontrole nebo v kvalitě kontroly nad cílovou společností (nabývaným soutěžitelem), proto ani v tomto případě interní reorganizace vztahů v rámci skupiny nebude představovat spojení soutěžitelů. To, zda dochází pouze k interní restrukturalizaci nebo zda půjde o změnu kontroly, bude závislé od posouzení, zda spojující se soutěžitelé byli před transakcí součástí téže hospodářské jednotky, tj. pod jednou kontrolou. Za spojení soutěžitelů nebude možno považovat ani situaci, kdy soutěžitel kontrolující jiného soutěžitele nepřímo, prostřednictvím své dceřiné společnosti, získá obchodní podíl v kontrolovaném soutěžiteli přímo.

52. Výjimka se však může uplatnit u spojení soutěžitelů, kteří jsou vlastněni státem nebo týmž veřejnoprávním subjektem (veřejnoprávní korporací). Transakce, na základě níž soutěžitel kontrolovaný státem nabývá přímou kontrolu nad jiným soutěžitelem, který je rovněž kontrolován ze strany státu, za předpokladu, že tito soutěžitelé představují samostatné navzájem nezávislé jednotky (nezávislé v obchodním jednání na trhu nebo v obchodní politice), bude představovat spojení soutěžitelů.

53. Ve věci *Neste/Ivo* Evropská komise posuzovala spojení soutěžitelů státem vlastněných společností, obdobnou situaci řešil Úřad při posuzování spojení ve věci *ČEZ / 5 regionálních distribučních společností*; majoritní