

## Závěrečná zpráva pro GA ČR k projektu 407/03/0425 \*

V souladu s projektem jsem se v posledním roce řešení úkolu zaměřil zejména na syntetickou fázi, na zobecnění získaných poznatků, na zpracování dílčích publikačních výstupů a na přípravu závěrečného publikačního výstupu, který bude vydán v r. 2006 (byl v r. 2005 přijat do edičního plánu Nakladatelství MU v Brně na r. 2006; rukopis je rozpracován a některé jeho části byly již zveřejněny v uplynulých letech jako samostatné studie). Náměty de lege ferenda jsem v rámci grantu vyslovil již dříve a jejich výsledkem byla mj. úprava formulace generální klauzule spojování soutěžitelů v zákoně o ochraně hospodářské soutěže na základě mé expertízy pro ÚOHS o otázkách kontroly a ovládání v soutěžním právu (viz DZ za r. 2004).

V mezinárodním časopisu *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (č. 7/2005, str. 809 – 835) jsem jako explicitní výstup grantu publikoval stať *Mergers and New Technologies*; zúčastnil jsem se jako budoucí spoluautor i přípravy *Handbook of Intellectual Property and Competition Law* pod gescí Max-Planck-Institutu v Mnichově, do něhož přispějí právě tematikou vztahu fúzí a nových technologií.

Vystoupil jsem na mezinárodní konferenci XV. Karlovarské právnícké dny s tematikou grantového úkolu velmi blízkou – s příspěvkem „Decentralizovaná aplikace a modernizace evropského soutěžního práva“, který byl publikován ve sborníku z konference.

Zpracoval jsem studii nazvanou „Falešné dilema strnulé právní normativity a pružného ekonomického pragmatismu v soutěžním právu“; studie byla v prosinci 2005 doporučena k uveřejnění v časopise Právník.

Do Právních rozhledů jsem v prosinci 2005 zaslal studii „Spory o přínosy fúzí“.

Na vědecké konferenci „Ekonomické souvislosti právní úpravy a její aplikace“ konané na PrF MU v prosinci 2005 jsem vystoupil s příspěvkem „Fúze a efficiencies“ (z konference bude v nakladatelství MU v Brně vydán sborník, téma je obdobou příspěvku do Právních rozhledů).

Svoji účast na mezinárodní konferenci v Mnichově (*Mergers and Acquisitions*, 2003), kde jsem přednesl příspěvek na téma „*Anlegerschutz bei der Unternehmensübernahme*“ jsem zhodnotil překladem příspěvku (který jsem napsal původně v němčině) do češtiny – takto bude vydán na PrF UK v Praze jako sborník příspěvků z mezinárodní konference konané v zahraničí.

Kvantitativní a kvalitativní analýzu rozhodovací činnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže jsem zajistil v kooperaci s expertem, pracovníkem – specialistou ÚOHS v oboru fúzí (a současně studentem doktorského studijního programu na katedře obchodního práva PrF MU v Brně, jehož jsem školitelem).

Stav mého současného poznání problematiky se dá shrnout do následujících okruhů, které podrobněji analyzují ve výše zmíněné připravované publikaci o soutěžní politice a fúzích.

### **- Modernizace soutěžního práva znamená více ekonomického, resp. vědeckého přístupu k povolování fúzí**

Součástí „modernizačního balíčku“ soutěžního práva je i nová úprava kontroly spojování podniků (soutěžitelů). Je všeobecně akceptováno, že jestli má kontrola koncentrací

---

\* Tento text slouží jen jako informační přehled o poznatcích řešitele, soustředěných během výzkumu od jiných autorů i o poznatcích vlastních. Rozlišení těchto rovin je tradičním způsobem provedeno v klasických publikačních výstupech.

nějaký smysl a přínos veřejnému zájmu, spočívá v zachování soutěžních podmínek. Z tohoto hlediska je kontrola koncentrací velmi významnou součástí soutěžní politiky ES. Motivací změny, která našla výraz v Nařízení Rady ES č. 139/2004, byla mj. snaha o posílení konkurenceschopnosti evropských podniků, o snížení administrativní náročnosti procesu (s výhledem masivního rozšíření EU) a o decentralizaci rozhodovací činnosti. Idea tvorby „národních šampiónů“, kteří by lépe uspěli v mezinárodní celosvětové konkurenci, není (přes některé zřejmé ústupky v rozhodovací praxi Komise) akceptována jako součást evropské soutěžní politiky. Evropská komisařka pro hospodářskou soutěž Neelie Kroesová se hlásí k myšlence, že šanci na úspěch v globálním měřítku mají společnosti, které jsou vystaveny silné domácí konkurenci a že je třeba energicky čelit svádění politiků, pokoušejících se v těžkých dobách prodávat sen o zaručeném mezinárodním úspěchu v důsledku vytváření národních a odvětvových šampiónů. Stávající systém kontroly koncentrací (po přijetí Nařízení č. 139/2004) se hodnotí jako zralý, založený na zdravé ekonomice a na stejných standardech jako „většina globálních jurisdikcí“, a ztělesňující principy proporcionality a subsidiarity prostřednictvím vhodné decentralizace rozhodování národními soutěžními úřady.

Nařízení 139/2004 nepřináší (na rozdíl od Nařízení 1/2003) žádnou revoluční ani rozsáhlou změnu, ale je pouhou novelizací dřívějších nařízení 4064/1989 ve znění nařízení 1310/1997. Změna se nedotkla pojmu koncentrace jakožto definované změny kontroly trvalého charakteru; i negativní vymezení fúze zůstalo zachováno. Vzhledem k centrálnímu významu kontroly koncentrací pro soutěžní prostředí na společném trhu nedošlo k decentralizaci rozhodovacích pravomocí a nemůže na rozdíl od rozhodování o zakázaných dohodách, rozhodnutích a sladěných praktikách podle Nařízení 1/2003 dojít ke kompetenčnímu konfliktu mezi národními úřady a Komisí.

#### **- Základní ekonomické a mimoekonomické dopady spojování soutěžitelů**

Hodnocení přínosu fúzí je rozporné a nelze je provádět globálně a s předsudkem. Nicméně globální údaje založené na reprezentativních průzkumech prokazují, že fúze většinou vedou ke snížení blahobytu. Tak např. reprezentativní studie Dennise C. Muellera z r. 2003, zahrnující téměř 15.000 fúzí na celém světě, konstatuje, že téměř 60% fúzí vedlo k výraznému (cca 8%) růstu zisku, ale v průběhu 5 let též ke snížení obrátu. V posledních 15 letech se celosvětově 55,8% fúzí hodnotí jako fúze snižující blahobyt; až 30% velkých fúzí je důsledkem nikoliv globalizace, ale syndromu „velkých očí“ a „*empire building-policy*“. Ratingová agentura Moody naznačuje, že fúze jsou životu nebezpečné, a že v letech 1999 – 2001 bylo 60% fúzí hodnoceno negativně. Fúze mají v průměru jen skromný dopad na ziskovost spojujících se firem a velká část fúzí ziskovost snižuje. Hodně fúzí vede k tržní moci a k vnitřní neefektivnosti, eliminující jakýkoliv nárůst zisku. Ztráty byly způsobeny též tím, že konkurenti v odpověď na fúzi zvyšovali výrobu. Jen některé fúze vedly k přínosům.

Nebezpečí vzniku tržní moci v důsledku fúze je očividné. Fúze vytváří příležitost k jednostrannému výkonu zvýšené tržní moci, tedy k jednostrannému protisoutěžnímu efektu. Vyšší stupeň koncentrace zvyšuje rovněž pravděpodobnost koordinace mezi zbylými subjekty na trhu a nehrozí tedy jen tzv. jednostrannými (nekoordinovanými) efekty. To platí zejména o fúzích horizontálních.

Fúze snižují úroveň soutěže, což může vést k nejtýpističtějšímu důsledku – ke zvyšování cen za jinak stejných okolností. Vyšší tržní moc spojených subjektů může zvyšovat překážky pro vstup na trh a tak jej fakticky uzavírat novým konkurentům, resp. jejich vstup vázat na vysoké (až prohibitivní) náklady. Spojování může tak zvyšovat tzv. vnitřní neefektivnost (*X-inefficiency*) a též snižovat alokační efektivnost (tzv. *dead-weight loss*).

Fúze vedoucí k vytvoření monopolu, a tedy k potlačení jakékoliv soutěže, je evidentním příkladem protisoutěžního dopadu koncentrace; nicméně nepříznivé účinky na

soutěž mohou nastat i v méně dramatických situacích, zejména na trzích s homogenními výrobky a službami.

Přínosy fúzí z hlediska zvýšené efektivity spojujících se subjektů jsou přinejmenším u jejich části nesporné a neřídka jsou tyto přínosy širší a mohou být předávány i spotřebitelům a společnosti. Tyto přínosy nemusí být jen v podobě ekonomicky přesně měřitelného zvýšení celkové hodnoty (*total value*) majetku společnosti (tzv. „*economic efficiencies*“, kam se tradičně řadí výrobní, alokativní a dynamická – inovativní efektivity); může jít o různé úspory fixních nákladů (např. daňových), o úspory v oblasti řízení, i o různé těžko měřitelné synergické efekty (jako např. šíření nových technologických informací, zvyšování kvalitativního standardu služeb a pohodlí spotřebitelů, spotřebitelské bezpečnosti apod.).

Na straně pozitiv fúze stojí tedy tradičně dosahování úspor z rozsahu (*economies of scale*) a z měřítka (*economies of scope*), tzv. úspory z učení (*learning economies*), zvyšování technologického pokroku (*innovative efficiencies*), vzrůst vyjednávací síly spojených subjektů (*purchasing economies*) a zvýšení efektivity řízení.

Krátkodobé úspory z rozsahu jsou umožněny zejména vyloučením (před fúzí vícenásobně vynakládaných) fixních nákladů a racionalizací. Dlouhodobé úspory z rozsahu vznikají v důsledku fúzí zejména tak, že dříve samostatné investice subjektů do fyzického kapitálu se poté spojují a integrují, což vede k jejich lepší návratnosti.

Úspory z měřítka vznikají, jsou-li výrobní náklady při společné výrobě různých výrobků nižší, nežli součet nákladů při jejich výrobě oddělené (zejm. proto, že se využije nějakého společného vstupu).

Úsporný efekt učení se projevuje ve snížení jednotkových nákladů měřených na celkovém výstupu v důsledku nahromaděných zkušeností. Roli tu hraje zejména vzájemné učení se v důsledku výměny zkušeností mezi subjekty dříve soutěžícími (tzv. *spill-over effect*).

Zvýšení technologického pokroku může přinést spolupráce mezi dříve soutěžícími subjekty a širší internalizace přínosů z výzkumu a vývoje. Zvláště výrazné je to při fúzi subjektů disponujících patenty, které se dají komplementárně využít k technologicky pokročilejšímu výstupu.

Tzv. „úspory nákupní“ vznikají v důsledku vyšší vyjednávací síly fúzovaného subjektu, která mu umožňuje získávat množstevní slevy a usnadňuje mu též přístup k úvěrům a podmínky úvěrování, což se projeví v nižších kapitálových nákladech.

Zvýšená účinnost řízení je druhem úspor z učení (subjekty používají techniky a metody, které jsou lepší, resp. vyvinou kombinované postupy

Vyvážené posouzení těchto (možných, více či méně pravděpodobných, čistě ekonomických i širších, spíše vnitrofiremních i celospolečenských, dlouhodobých a krátkodobých) přínosů ve vztahu k možným protisoutěžním účinkům fúze je kardinální otázkou soutěžní politiky. Nestačí např. konstatovat, že fúze povede k úsporám, a že blokování takové fúze by se v zásadě rovnalo námitkám proti úsporám dosahovaným ve firmách interně; samotný pojem úspor je nutno převést na nějaký „společný jmenovatel“. Přes nedostatečnou metodologickou a teoretickou propracovanost se takové problémy v rozhodovací praxi musí více či méně intuitivně řešit.

#### **- Substantivní test v posuzování fúzí**

Zdá se, že pozornost věnovaná principiálním teoretickým otázkám spojování soutěžitelů neodpovídá ve spojení s výše uvedenými údaji o (ne)úspěšnosti fúzí frekvenci prohibitivních rozhodnutí antitrustových orgánů. Tak např. evropský systém kontroly fúzí od r. 1990 do r. 2004 vyřadil jen 18 z více než 2400 notifikovaných fúzí. V České republice je situace podobná. Za dobu existence specializované antitrustové instituce nebyly povoleny jen tři fúze; pro žadatele nepříznivá rozhodnutí se tedy i u nás pohybovala v řádu promile.

Paralelní projednávání návrhů na spojení několika orgány přirozeně možné je (tzv. přeshraniční fúze mohou ovlivnit soutěžní prostředí v několika zemích a navíc mohou mít i komunitární rozměr). Dělbá působnosti mezi jednotlivé orgány je v souladu se zásadou projednávat fúzi pokud možno jen u jednoho orgánu (one stop shop) umožněna zdokonalenou metodou postoupení (referrals) návrhu na povolení spojení buď Komisi nebo národnímu soutěžnímu orgánu, a to buď před oznámením nebo po oznámení. Má se zabránit mnohonásobné notifikaci a urychlit a zpružnit rozhodování o povolení fúzí. Pravomoci komise při zjišťování skutečností důležitých pro posouzení návrhu na spojení byly posíleny.

Kromě procesně právních změn přineslo Nařízení 139/2004 některé změny práva hmotného, především novou definici základního kritéria pro vyslovení zákazu spojení – namísto dřívějšího zákazu povolit spojení proto, že by v jeho důsledku vzniklo nebo bylo posíleno dominantní postavení (test dominance) je nyní zavedeno poněkud nejasné kritérium významné (podstatné) překážky soutěže (test SIEC- significant impediment to effective competition). Dřívější test dominance stavěl na vzniku nebo posílení dominantního postavení – fúze, která k tomuto předpokládanému důsledku nevedla, byla povolena bez ohledu na to, že mohla soutěž v důsledku jednostranných nebo koordinačních efektů přesto nepříznivě ovlivnit. Testu dominance se vytýká, že vychází z těžko splnitelného předpokladu, že lze ostře oddělit dominanci od subdominance, zatímco test podstatného snížení soutěže umožňuje předvídat, zda by soutěž na daném trhu poklesla v důsledku fúze natolik, že by stouply ceny nebo poklesl výstup. Test podstatného snížení nebo narušení soutěže detekuje spíše změny v soutěži, zatímco test dominance se spíše pokouší změřit, kolik ještě soutěže na trhu zbývá. Jindy se ovšem dovozuje, že test podstatného snížení soutěže (SLC test) vypovídá o tom, kolik soutěže se z trhu ztratilo, zatímco test významné překážky účinné soutěže (SIEC test) má co činit s tím, kolik soutěže na trhu zůstane po fúzi, tedy s tím, co podle předchozího názoru má identifikovat test dominance. Rozhodující bude nicméně odpověď na otázku, jak fúze ovlivní soutěž, a nikoliv zda se jejím uskutečněním překročí hranice dominance.

Pro praxi z toho plynou dva závěry: za pomoci testu SLC (nebo SIEC) lze zakázat i fúzi, která nepovede ke vzniku nebo posílení dominantního postavení. To je ovšem i při testu dominance funkčně nahraditelné evropským konstruktem tzv. kolektivní dominance. Za druhé je možno při testu SLC nezakázat fúzi ani při nabytí nebo posílení dominantního postavení, pokud by z fúze vplynuly specifické přínosy (efficiencies), jichž by jinak dosaženo nebylo, nebo při použití tzv. obrany neúspěšné společnosti (failing company defence).

Připustnost tzv. specifických přínosů fúzí předvídá nyní nově i evropské právo, na rozdíl od práva amerického, kde vyvažování výhod a nevýhod fúzí, resp. „výměny“ (trade-offs) snížení soutěže za specifické přínosy, byly běžné již dávno, zatímco v evropském právu se vycházelo ze striktní představy, že strukturální poškození soutěže v důsledku fúze není kompenzovatelné za dílčí a vesměs přechodné specifické výhody. Evropské soutěžní právo se tak vymanilo ze striktně normativního strukturálního přístupu a bere pragmatičtější zřetel i na mimostrukturální indikátory.

#### ***- Vliv přínosů fúzí na jejich schválení či zamítnutí***

„Merger efficiencies“ (přínosy) hrají při posuzování fúzí mimořádnou roli. Někdy dokonce mohou být významnější nežli samotné substantivní kritérium pro schválení fúze. Ekonomické hodnocení oněch přínosů je v praxi důležité proto, že se nelze spolehnout na obecná či předsudečná konstatování o dopadu fúzí. Existují empirické důkazy o tom, že fúze zvyšují tržní moc. Zdá se též, že se *všeobecně* nedá dokázat, že by fúze vedly ke zvyšování efektivnosti, ačkoliv v *jednotlivých* případech to pravda být může.

Teorie i judikatura se shodují na několika podstatných rysech oněch přínosů („efficiencies“), které musí být naplněny, aby při posuzování fúzí mohly být vzaty v úvahu. Jde zejména v praxi USA o:

- Specifičnost přínosů , které by bez fúze nenastaly.
- Spojující se firmy musí pravděpodobnost a rozsah přínosů rozumnými prostředky prokázat .
- Přínosy nesmějí vzniknout jako důsledek protisoutěžního omezení výstupu nebo služeb .
- Přínosy musí být s to zvrátit způsobilost zfúzovaného subjektu poškodit spotřebitele na relevantním trhu (přínosy se porovnávají s potenciálními protisoutěžními účinky fúze).

V EU se zvažují tři možné přístupy k hodnocení přínosů (*efficiencies*) fúzí, a to

- přístup všeobecných strukturálních indikátorů a předpokladů (založený na předpokladu, že při dosažení určitého podílu na relevantním trhu nejsou přínosy nikdy s to převážit újmu soutěži);
- přístup „případ od případu“, kdy se (jako v USA a V Kanadě) posuzují vztahy mezi přínosy a ohrožením soutěže u každého případu fúze zvlášť a přísně individuálně, což naráží na metodologické potíže;
- postupný přístup, který je kompromisem mezi předchozími dvěma. Hodnocení fúze začíná strukturální analýzou trhu a pokud fúze strukturu trhu ovlivní nepodstatně, přikládá se argumentům o přínosech fúze větší význam; při překročení určitých prahů koncentrace se naopak předpokládá, že přínosy fúze nepřeváží negativní dopady na soutěž. V rámci tohoto přístupu se zkoumá především dopad fúze na blahobyt spotřebitele, statické a dynamické přínosy, mezinárodní konkurenceschopnost, specifičnost přínosů fúze a jejich schopnost převážit protisoutěžní dopady fúze.

Rozdíl v těchto přístupech k základnímu testu pro povolení fúze není tedy co do výsledku jeho použití zásadní; někdy se dokonce tvrdí, že jde spíše o záležitost sémantiky. Samotné dosažení dominance nemusí být spolehlivým důvodem pro neschválení fúze a naopak jsou známy případy, kdy fúze nebyla schválena, aniž by došlo ke vzniku dominantního postavení (a to přitom ještě v době, kdy platil test dominance). Argumenty, že odstranění testu dominance by snížilo právní jistotu žadatelů v důsledku velmi širokého prostoru pro uvážení Komise, která by mohla provádět příliš intervencionistickou politiku, nelze nicméně brát na lehkou váhu.

Tvrdí se, že podstatné narušení účinné soutěže (což ovšem je, resp. může být, úplně totéž, co podstatná překážka soutěže) poskytuje užitečnější hledisko, protože v mnoha případech trh bude mít stejně dominanta a pro mnoho fúzí bude relevantní otázka, zda se jejím prostřednictvím sníží nebo zvýší soutěž v procesu určování dominantní firmy. Test podstatného snížení soutěže se pokládá za pružnější a méně právně rigidní ve srovnání s testem dominance, protože má blíže k duchu ekonomicky podložené analýzy fúze jako „tvrdšího“ testu pro navrhovatele fúze.

Je zřejmé, že flexibilní aplikace a rozumné rozhodování je možné i v případě, že je zásadně platný koncept testu dominance. Získání nebo posílení dominantního postavení prostřednictvím fúze je dnes jen jedním z možných způsobů, jimiž lze významně narušit účinnou soutěž. Další případy takového „významného narušení“ bez vzniku nebo posílení dominance mohou být rovněž identifikovány, ovšem (s předpokládaným restriktivním výkladem pojmu) jen v případech takových protisoutěžních důsledků spojení, které plynou z nekoordinovaného jednání (jednostranných efektů) zúčastněných podniků.

Z nového flexibilnějšího ( ale též méně předvídatelného) testu pro posuzování slučitelnosti fúzí se společným trhem, který umožňuje neschválit i takové fúze, které nevedou ke vzniku či k posílení dominance na trhu, je zřejmý jistý příklon k ekonomickým kritériím hodnocení. Na rozdíl od pevných principů právní analýzy se ekonomické hodnocení opírá především o

konkrétní situaci na trhu, a ve značné míře též o hypotetický vývoj budoucí. Matematický aparát, ani používání křivek a dalších technických prostředků symbolického „uchopení“ ekonomické reality nevyloučí ovšem nejistotu budoucího vývoje. Je sotva možné dát navzdory pomoci těchto nástrojů spolehlivou odpověď na otázku, zda jednorázové ekonomické úspory, které jsou jako důsledek řady fúzí nesporné, nebudou ve středně- a dlouhodobé perspektivě vyváženy nedosaženými úsporami nákladů, k nimž v důsledku absence nebo poklesu soutěžního tlaku vůbec nedojde, a zda k všeobecnému (nikoliv k podnikovému) ekonomickému optimu není vhodnější zajištění strukturálních předpokladů trvalé existence takového tlaku.

Je nesporné, že nový test zachytí i takové případy nekoordinovaných nebo jednostranných efektů spojení (jistá kontrola cen a jiných soutěžních parametrů), které dřívější kritérium dominance nebylo schopno rozlišit, pokud ovšem nebyl použit koncept „kolektivní dominance“. Kritérium posílení nebo vzniku dominantního postavení (což je pojem spíše právní) je nyní podřízeno spíše ekonomicky pojatému kritériu (testu) významné překážky účinné soutěži (SIEC). Rozhodující samozřejmě bude konkrétní interpretace a aplikace, nikoliv akademická sémantická cvičení.

### - *Standardy posuzování fúzí*

Pojem celkového přínosu (či nadhodnoty) vytvořené fúzí (*total surplus*) vychází z převisu peněžní hodnoty zboží nad náklady potřebnými k výrobě, který se rozděluje mezi výrobce (jako zisk) a spotřebitele, kteří zaplatí méně, než by normálně byli ochotni (vzniká jim tzv. *consumer surplus*). *Ekonomický přístup k normativním kritériím zákazu fúze se liší podle tří zásad.*

- Za prvé se hodnotí přínos fúze pro blahobyt jednotlivců. Tento argument je obvykle popírán tvrzením, že cílem soutěžní politiky je ochrana soutěže, a že tedy fúze negativně ovlivňující soutěž nemá být povolena. Americká doktrína i judikatura tuto námitku pokládají za ekonomicky neodůvodněnou.
- Za druhé se hodnotí naplnění výše komentovaného Paretova optima, které vede k posouzení vlivu fúze na blahobyt (pod heslem „pokud fúze někomu polepší, aniž jiné poškodí, měla by být povolena“). Nebere se ovšem zřetel na časový aspekt problému; krátkodobé Paretovo optimum se ve středně- či dlouhodobém pohledu může v důsledku fúze zvrtnout v opak (krátkodobý přínos pro spotřebitele je vyčerpán, monopolní či i jen dominantní subjekt „umožňuje“ dříve utrpěné ztráty zisku, zvyšuje spotřebitelské ceny, snižuje sortiment nabídky, kvalitu produkce, ztrácí inovační motivaci....).
- Třetím ekonomickým principem je důraz na standard *celkového přínosu* vytvořeného fúzí (*total surplus standard*), tedy bez ohledu na to, zda je jeho individuální příjemce označen jako spotřebitel nebo akcionář, čili bez zřetele na jeho distribuci ve společnosti. Soutěžní úřady by tedy podle těchto názorů neměly zakazovat fúze jen proto, že považují za méně důležitý růst zisku, nežli snížení spotřebitelovy výhody. Pouhý cenový test (zvýšení cen pro spotřebitele) je proto z tohoto hlediska zkreslující a jeho výhoda jednoduchosti ani zdaleka nemusí znamenat ekonomickou validitu. Fúze tedy může přinést makroekonomicky vzato celkové zvýšení blahobytu i přes svůj eventuální redistribuční dopad. Tento paradox mohu formulovat vyhrcočně i takto: zvýšené bohatství v ekonomice zůstane a bez fúze by se v tomto rozsahu nevytvořilo – má být přesto fúze zakázána jen proto, že vede k přerozdělení nově vytvořeného bohatství, které by bez fúze nevzniklo?

Všechny dostupné i hypotetické standardy posuzování fúzí jsou a budou v důsledku velké nejistoty ovlivněny nejméně dvěma neznámými - nikdy nejsou k dispozici všechny

ekonomicky významné podrobnosti dokonce i *bezprostřední* situace a navíc ani budoucnost nelze přesně předvídat. I při těchto omezeních se nabízí několik typových standardů posuzování fúzí.

*a) Cenový standard*

je zdánlivě nejjednodušší (vzroste cena pro jakéhokoliv spotřebitele?), ale spočívá na obtížně předpověditelných předpokladech: jak pravděpodobný je nárůst tržní síly a pokles marginálních nákladů? Jeho přístup je odkázán na tzv. zdravé uvážení a intuici (*common sense*).

*b) Standard přínosu pro spotřebitele*

zvažuje na rozdíl od cenového standardu zisky a ztráty napříč různými skupinami zákazníků. Někdy se cenový standard a standard přínosu pro spotřebitele označují společně jako „spotřebitelský standard“.

Požadavek, aby spotřebitel měl zachován poctivý (přiměřený) podíl na výhodách, je vyslovován doktrínou i judikaturou a je zachycen i v právních předpisech. Je poněkud matoucí, neboť je synonymem pro standard přínosu (zisku) pro spotřebitele s výjimkou případů, kdy jinak podobný jazyk umožňuje bezdůvodně zamezit fúzi, která se (negativně) nedotkne spotřebitelova blahobytu, ale zvýší blahobyt výrobce. Spotřebitelé mají podíl na výhodách z fúze, kdykoliv se zvýšení efektivity projeví v nižší ceně nebo v lepším produktu. Navrhuje se, aby nejasný požadavek „přenesení výhod na spotřebitele“ byl nahrazen jednodušším pojmem a standardem zisku (resp. přínosu) pro spotřebitele.

*c) Standard přínosu pro spotřebitele a úspory zdrojů*

se traduje výlučně v kanadské literatuře. Srovnává spotřebitelovu ztrátu nadhodnoty s úsporami zdrojů. Fúze pole něj může být akceptována i při ztrátě na straně spotřebitele, je-li úspora zdrojů při sníženém objemu výroby po fúzi ještě větší.

*e) Standard všech občanů*

je vyjádřením skutečnosti, že majitelé firem i kupující se jako skupiny osob překrývají – spotřebitelé jsou pravděpodobně často též výrobci v důsledku vlastnictví kapitálu. Prakticky by se tedy fúze, která by nevyhověla standardu přínosu pro spotřebitele, mohla schválit, jestliže by se vzal v úvahu vliv na celkový ekonomický blahobyt typického kupujícího – jde o shovívavější hodnocení fúzi nežli u standardu přínosu pro spotřebitele.

*f) Standard váženého přínosu*

používá explicitního vážení zisků výrobců oproti ztrátám spotřebitelů. Politici přiřkládají zpravidla menší váhu ziskům výrobců nežli ziskům spotřebitelů, protože předpokládají, že výrobci jsou všeobecně bohatší.

*g) Standard celkové nadhodnoty – zisku (nebo celkového blahobytu)*

používá většina ekonomů, protože má blízko k analýze příjmů a výdajů. Všechny zisky a ztráty jak výrobců, tak spotřebitelů, se ohodnotí v tržních cenách a fúze se schválí, vyjde-li kladný výsledek.

*h) Standard národního blahobytu*

rozlišuje úspěšné a neúspěšné podle národnosti (resp. státní příslušnosti) a přístup k fúzím se řídí podle toho, zda je fúze přínosem (posuzováno podle některého z výše uvedených postupů) pro „národní“ subjekty. Většinou se nebere ohled na reakci jiných států.

*i) Standard růstu produktivity*

zaměřuje pozornost na dynamickou efektivnost fúzí; hlavním kritériem jejich posuzování by měl být jejich pravděpodobný dopad na výrobní a technologické inovace, a tím na jejich příspěvek k růstu soutěživosti na trhu.

### **- Posuzování fúzí v praxi ve světle nových přístupů**

Je jistě možné usilovat o přístup, který by zvažoval všechny výsledky fúze na základě multidimenzionálního přístupu, resp. judikaturou vyvinutého přístupu vyvažování vah („*balancing weights approach*“). To však není žádná nová metoda, spíše extenze metody „*rule of reason*“, opírající se jen o pravděpodobnostní a zčásti spekulativní a účelově předkládané údaje a tvrzení fúzujících subjektů. Metody pravděpodobnostní ekonomické analýzy neposkytují potřebnou právní jistotu a zejména nejsou schopny vyloučit závažné a nevratné defekty vzniknuvší ve *struktuře* trhů a porovnat je s často jen *krátkodobými* a lehce vypočitatelnými ekonomickými přínosy pro *dnešního* spotřebitele.

„Onálepkování“ jiným moderním názvem se z „křišťálové koule“ ekonoma nástroj vědeckého předvídání vývoje na trzích docela určitě nestane. Role systémových normativních řešení (možná neefektivních v jednotlivém případě nebo i v řadě jednotlivých případů) garantujících dlouhodobý *systémový* předpoklad zachování soutěžního prostředí jako *nástroje* (nikoliv samostatného cíle) k zajištění spotřebitelova *dlouhodobého* blahobytu v důsledku zachovaného účinného soupeření na trhu, je nezastupitelná.

Pokud např. ekonom dokáže s vysokou mírou pravděpodobnosti vypočítat, v jakém časovém horizontu se úspora nákladů v důsledku fúze promítne do snížení cen a dokáže to srovnat s dlouhodobým výhledem a důsledkem tlaku konkurence na snížení cenové úrovně při neschválení fúze, nechť se o přípustnosti fúzí rozhoduje na základě takových výpočtů. Přitom samozřejmě není nutná a ani možná matematická exaktnost. Pokud to však ekonomicko-matematická metoda nedokáže (resp. jen s nízkou mírou pravděpodobnosti), je patrně na místě spolehlivější nástroj tlaku na nízké ceny, na diverzitu nabídky a sortimentu, na inovaci, apod. – tedy udržení volného trhu. *Zákazy per-se* jsou na místě jen v situacích, kdy dosavadní zkušenost a ekonomická teorie poskytují silnou oporu přesvědčení, že určité kategorie chování jsou škodlivé a poskytují minimální šanci na jakýkoliv přínos – většina fúzí však do této kategorie nespadá.

Jazyk ekonomie a její pojmový i metodologický aparát často jen působí dojem větší přesnosti, ale ve smyslu se i on opírá (podobně jako u právního jazyka a metodologie) o „měkká data“. Ani ony ekonomické cíle nejsou jasným a jednoznačným měřítkem a podléhají hierarchizaci a optimalizačnímu vyvažování - srov. např. hledisko krátkodobé a dlouhodobé efektivnosti, mikro- a makroekonomické efektivnosti apod.

### **- Národní šampióni a globální hráči**

Problematika tzv. národních šampiónů vs. globálních hráčů je velmi živá. V Evropě se považují za nebezpečné argumenty o vytváření národních šampiónů. Přikláním se k závěru, že není nic špatného na tom, když společnosti rostou do dostatečné velikosti, umožňující jim soutěžit globálně. Musí k tomu nicméně dojít v soutěžním prostředí a v plném souladu s pravidly soutěže. V pochybnostech o volbě mezi průmyslovou a soutěžní politikou by měla dostat přednost soutěž (pod heslem „tolik soutěže, kolik je jen možno“). Národní šampióni jsou přínosem tehdy, dosáhli-li svého postavení v rámci a v procesu hospodářské soutěže, a nikoliv jen či převážně kvůli subvencování z veřejných zdrojů a díky dalším uměle vytvářeným výhodám, které jsou jen jinou formou intervencionismu a zhoubného protekcionismu. Právě domácí soutěž zvyšuje schopnost podnikatelů soutěžit v zahraničí. Sektorová nebo dokonce individuální průmyslová politika popírá dosud nevyvrácenou zásadu, že nejlepší průmyslovou politikou je dobrá politika soutěžní. Za politikou vytváření tzv. národních šampiónů se skrývá nebezpečí tuzemského dominanty nebo monopolisty, jehož naděje na úspěch v mezinárodní soutěži jsou vždy sporné.

### **- Cílové konflikty ekonomiky a práva**



Domnívám se, že o cílovém konfliktu práva a ekonomiky lze sotva hovořit, přijmeme-li východisko (a také snad dlouholetou empirii), že soutěž zvyšuje efektivnost. Právní úprava soutěž upravující je z tohoto hlediska nástrojem zajišťujícím funkčnost jiného nástroje (fungování soutěže) působícího ve prospěch ekonomické efektivnosti. V některých případech je vhodnější legální (normativní) přístup, který (kvůli menší komplexnosti problému) dokáže ekonomické úvahy vtělit do právních norem; v jiných (zejména u fúzí) by mělo dostat přednost ekonomické kasuistické posuzování před těžkopádnou snahou o precizní normativní formulace komplexních ekonomických hledisek.

Zásadním problémem je omezit prostor pro uvážení rozhodujících antitrustových orgánů (Komise, a soudů, jakož i národních antitrustových úřadů) na takové otázky, které se svou povahou vymykají ekonomické objektivizaci a normalizaci do podoby formálních legálních testů. Ekonomický přístup i tady klade arbitrárnímu rozhodování překážky typu „převod podstatné části výhod na spotřebitele“, „převaha dosažených či deklarovaných výhod nad nevýhodami plynoucími z omezení soutěže“ apod. Samotné ekonomické výhody („efficiencies“) nejsou často o nic kvantifikovatelnější (a tedy „měřitelnější“) než podobně neurčité právní pojmy - i ony závisí na (dobově, hodnotově, zájmově a jinak podmíněných) interpretacích.

Z nového flexibilnějšího (ale též méně předvídatelného) testu pro posuzování slučitelnosti fúzí se společným trhem, který umožňuje neschválit i takové fúze, které nevedou ke vzniku či k posílení dominance na trhu, je zřejmý příklon k ekonomickým kritériím hodnocení. Na rozdíl od pevných principů právní analýzy se ekonomické hodnocení opírá především o konkrétní situaci na trhu, a ve značné míře též o hypotetický vývoj budoucí.

Posuzování fúzí se tak stává výsostně politickým a ekonomickým problémem, na jehož řešení nemusí být připraveny nejen správní orgány (kde je to ovšem přece jen snazší), ale zejména přezkumné instituce soudní, které nebudou muset řešit ani tak složité právně interpretační problémy, ale stanou se arbitrem mezi různými ekonomickými prioritami a teoriemi.

Právní rámec musí být v právním státě i v „právním nadstátí EU“ stanoven a vymezen i pro rozhodnutí ve své podstatě politická a ekonomická; problém je jen v tom, že velmi neurčitě formulované dispozici právní normy vtiskne reálný obsah buď „souboj posudků“ a ekonomických expertíz, nebo „souboj předsudků“, byť třeba vyjádřených jasnými právními pravidly (a právo je jako výraz hodnoty nutně i normativním vyjádřením určitého předsudku).

Souboj výkladově jednoduchých prefabrikátů (třeba typu „fúze vedoucí k dominanci nesmí být povolena“ versus „ale tato fúze k dominanci nevede“) přitom nemusí vést v konkrétním případě k ekonomicky lepšímu výsledku než ekonomicky fundované kasuistické rozhodnutí.

Sklon přeceňovat (resp. prioritizovat) význam právní jistoty je právníkům vlastní. V oblasti tak intenzivního styku práva s ekonomikou, v níž působí právo soutěžní, tedy styku s oblastí pojmově charakterizovanou nejistotou a nedostatkem informací, není tento požadavek udržitelný a služebnost (instrumentalita) práva vystupuje do popředí. Ad absurdum dovedený požadavek právní jistoty by mohl vést třeba i k úplnému a jasnému zákazu fúzí, byť by to bylo na újmu ekonomické efektivnosti a spotřebitelského blahobytu – při politickém vážení hodnot by v málokteré době či společnosti právní jistota neustoupila do pozadí – efektivnost ekonomiky nelze přece „uškrtnit na oprotáče právní jistoty“.

Snaha o zachování ekonomické (a potažmo i politické) plurality, která byla v pozadí tzv. ordoliberalního soutěžního přístupu, neabsolutizuje ekonomické přínosy (k čemuž se tenduje v USA). Pragmatičtější (a asi krátkodobější) orientovaná modernizovaná evropská soutěžní politika představuje patrně jistou dávku „soutěžního darwinismu“. Evropská Komise a soudy snad udrží tento vývoj v hranicích, po jejichž překročení by nebyl návrat, a

ekonomiku by ovládly oligopoly a monopoly pod líbivým heslem ekonomických přínosů pro blaho spotřebitele.

#### **- Kvantitativní analýza rozhodovací činnosti ÚOHS v oblasti fúzí**

Kvantitativní rozbor činnosti českého Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v oblasti spojování soutěžitelů a kvalitativní hodnocení této činnosti podle jeho postupu v klíčových případech dovolil učinit tato zjištění a závěry:

Předpokladem a cílem předkladatele první novely ZOHS byl *výsledný pokles počtu posuzovaných fúzí a akvizicí na téměř jednu čtvrtinu původního stavu*. Analýzou jednotlivých případů pak bylo zjištěno, že předmětem povolovacího režimu by i nadále měla být všechna "významná" spojení (naprostá většina spojení, ohledně nichž bylo vedeno řízení ve druhé fázi, všechna spojení, která byla ve skutečnosti zakázána nebo která byla povolena se závazky či podmínkami). Na straně druhé mělo modifikací notifikačních kritérií dojít k eliminaci posuzování fúzí, u nichž ani potenciálně nehrozí, že by vedly k narušení hospodářské soutěže v ČR.

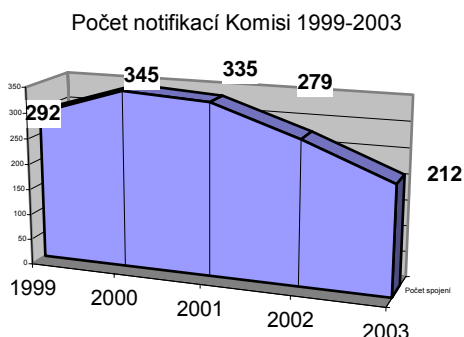
Očekáván byl výrazný pokles počtu posuzovaných spojení, eliminace notifikací fúzí a akvizicí s prima facie malým nebo žádným dopadem na soutěž v ČR, při paralelní minimalizaci negativního vlivu na povinnou notifikaci těch spojení obdobného charakteru, jako byla spojení, která v minulosti podle rozhodnutí Úřadu vzbuzovala vážné obavy z narušení hospodářské soutěže v ČR.

*Důsledky vstupu ČR do EU* a s tím spojeného vyjmutí posuzování spojení s komunitární dimenzí z působnosti Úřadu, na celkový počet posuzovaných spojení nebyly ani pracovní předpokládány. V souladu s výše provedeným „odhadem“ bylo možno předpokládat, že uvedená skutečnost se po 1. květnu 2005 v celkové statistice rozhodovací činnosti projeví poklesem o dodatečných 10 až 20 procentních bodů oproti stavu před vstupem ČR do EU.

Statistické údaje (viz grafy č. 2 a 3) prokazují *značné kolísání počtu notifikací, resp. posuzovaných spojení v čase*. Je přitom velmi pravděpodobné, že uvedené kolísání je ovlivněno na straně jedné globalizací a vzájemným propojováním jednotlivých ekonomik, které vedou k častějším fúzím a akvizicím, a to jak na národní, tak na nadnárodní úrovni; naopak poklesy mohou být připsány periodickým recesím ekonomiky, kdy v důsledku nedostatku disponibilních prostředků klesají možnosti tržní expanze soutěžitelů formou externího růstu.

Graf č. 2

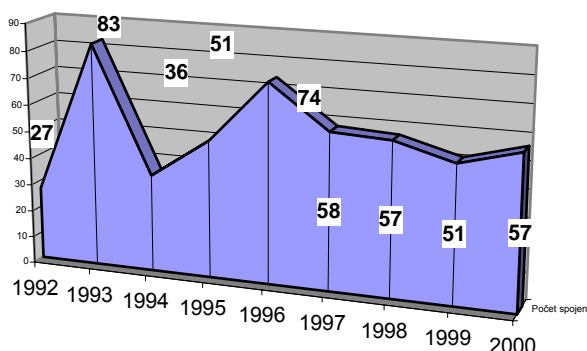
Vývoj počtu notifikací ke Komisi v letech 1999 až 2003



Graf č. 3

Vývoj počtu spojení posuzovaných Úřadem v letech 1992 až 2000

Počet spojení posuzovaných Úřadem 1992-2000

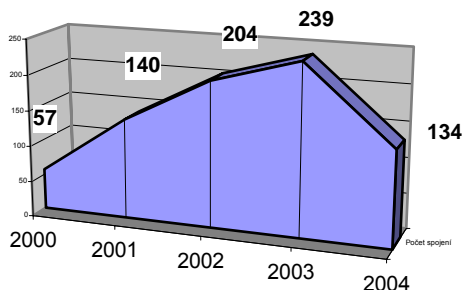


Správnost hypotézy lze ověřit *porovnáním se statistikou rozhodovací činnosti za rok 2004*. Z té vyplývá, že v roce 2004 bylo Úřadu notifikováno 134 spojení soutěžitelů. To sice představuje podstatný pokles oproti roku 2003, kdy Úřad řešil 239 spojení soutěžitelů (tento počet představuje v podmínkách Úřadu historický rekord), nejde však o pokles v takovém rozsahu, jaký byl při přípravě novelizace zákona anticipován. Vývoj počtu posuzovaných fúzí a akvizic v ČR je znázorněn v grafu č. 4.

Graf č. 4

Vývoj počtu spojení posuzovaných Úřadem v letech 2000 až 2004

Počet posuzovaných spojení v ČR 2000-2004



Významné vnější vlivy:

**rok 2001** – 1. 7. 2001 nabyl účinnosti nový soutěžní zákon, který nahradil do té doby účinný zákon č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže (změna notifikačního kritéria z tržního podílu spojujících se soutěžitelů na kritérium obratu vedla k podstatnému nárůstu počtu posuzovaných spojení).

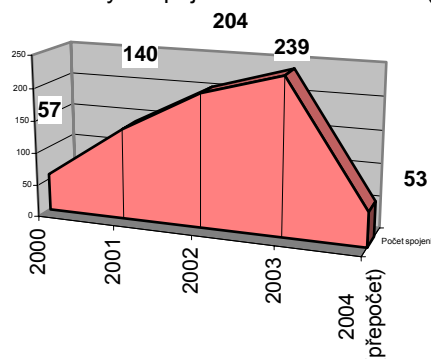
**rok 2004** – 1. 5. 2004 vstup ČR do EU, v ČR se od tohoto data aplikuje Nařízení o fúzích  
– 2. 6. 2004 nabyla účinnosti první novela OHS

Již z uvedených údajů je zřejmé, že vliv změny konstrukce a výše prahových hodnot notifikačních kritérií měl významnější dopad, než jak by to vyplývalo z údajů za celý rok 2004. Pokud se však přikročí k *hypotetickému přepočtu* množství podaných návrhů za období sedmi měsíců od doby účinnosti novely na období jednoho roku, lze dospět k přibližnému množství *53 notifikovaných spojení za běžný kalendářní rok*. Při dosazení této hypotetické hodnoty do předcházejícího grafu dospějeme k následující křivce vývoje počtu notifikací v letech 2000 až 2004 (srov. graf č. 5).

Graf č. 5

Vývoj počtu spojení posuzovaných spojení Úřadem v letech 2000 až 2004 (s přepočtem roku 2004)

Počet posuzovaných spojení v ČR 2000-2004 (přepočet)



Z uvedených výpočtů lze vyvodit závěr, že předpoklad, podle něhož zavedením nové konstrukce notifikačních kritérií, nové úpravy výše prahových hodnot a pravidel výpočtu společného obratu dojde ke snížení počtu notifikovaných spojení až na jednu čtvrtinu původního stavu (srov. část 3.1.1.), se naplnil. Ve skutečnosti je notifikovaných spojení po účinnosti novely ještě méně než čtvrtina oproti stavu před účinností novely. Není přitom pochyb o tom, že kromě změn dikce zákona se na uvedeném poklesu podílel i vstup ČR do EU a skutečnost, že celá řada spojení, jež by jinak podléhala povolení Úřadu, po 1. květnu 2004 pro svou komunitární dimenzi podléhá pouze povolení Komise.

**- Vliv přechodného ustanovení čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb.**

Přechodné ustanovení obsažené v čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb. přikazovalo Úřadu, aby po účinnosti novely posoudil, zda spojení, ohledně něhož vedl správní řízení, neboť podléhalo povolení podle původních notifikačních kritérií, tomuto povolení podléhá i podle nových pravidel upravujících výši a konstrukci notifikačních kritérií a výpočet společného obratu. Vzhledem k tomu, že tato kritéria byla stanovena podstatně výše, než tomu bylo u předchozí právní úpravy, existoval předpoklad, že část spojení soutěžitelů, ohledně nichž bude v okamžiku nabytí účinnosti vedeno správní řízení, nebude podle novelizovaného § 13 OHS podléhat povolení, a Úřad tak bude nucen postupovat podle čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb., tj. vydat rozhodnutí, že tato spojení nepodléhají povolení, aniž by je věcně přezkoumal co do dopadů na hospodářskou soutěž. Již ze samotných údajů o množství rozhodnutí o tom, že spojení nepodléhá povolení, vydaných Úřadem v roce 2002 až 2004, a z jejich vzájemného porovnání vyplývá, že v roce 2004 došlo oproti předcházejícím obdobím k podstatnému nárůstu počtu vydaných rozhodnutí této kategorie (viz tabulka č. 3).

Tabulka č. 3

Rok	2002	2003	2004
Počet rozhodnutí o tom, že spojení nepodléhá povolení	13	20	43

Pokud se však provede důkladnější analýza *distribuce tohoto typu rozhodnutí do jednotlivých období roku 2004*, vyjde najevo, že téměř polovina, konkrétně 21 rozhodnutí ve smyslu § 16 odst. 2 věta druhá OHS (spojení nepodléhá povolení Úřadu), byla vydána v období bezprostředně následujícím po datu účinnosti novely OHS, tj. v červnu a červenci

2004. Toto množství převyšuje počet rozhodnutí stejného typu v celém roce 2003 (oproti roku 2002 by šlo o dvojnásobek). Tak vysoké číslo však není možno přičíst samotnému působení čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb. Vysvětlení je jednoduché. V praxi se totiž ukázalo, že spojující se soutěžitelé si jsou výše uvedeného přechodného ustanovení velice dobře vědomi. Celá řada účastníků řízení zahájených před 2. červnem 2004, jejichž předmětem byla spojení, která po uvedeném datu neměla podléhat povolení Úřadu, proto *požádala o přerušeni řízení* ve smyslu § 29 odst. 2 SŘ, resp. přerušeni správního řízení a běhu lhůt pro vydání rozhodnutí podle soutěžního zákona dosáhla fakticky tím, že „váhala“ s vyhověním výzvě Úřadu k doplnění náležitostí návrhu na povolení spojení nezbytných pro posouzení spojení. Po účinnosti novely pak byla tato řízení ukončena rozhodnutím ve smyslu čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb. ve spojení § 16 odst. 2 věta druhá OHS.

Jakkoli je zřejmé, že tak četné využití přechodného ustanovení čl. III odst. 2 zákona č. 340/2004 Sb. nebylo předkladatelem novely OHS zamýšleno či předpokládáno, uvedený postup účastníků řízení, kterým se vyhnuli hmotněprávnímu posouzení svých transakcí co do slučitelnosti se soutěžním zákonem, lze považovat za *legitimní*. Jestliže totiž pozdější právní úprava stanoví pro soutěžitele příznivější podmínky (a jestliže státu tato právní úprava naopak garantuje menší možnost ingerovat do podnikatelské svobody účastníků trhu), pak tam, kde je dána možnost tohoto příznivějšího režimu využít, takové využití musí být soutěžitelům, děje-li se právně konformním způsobem, umožněno, i když daný způsob spočívá na přinejmenším neobvyklém použití některých instrumentů procesního práva.

Tabulka č. 4

Kvantitativní ukazatele činnosti Úřadu v roce 2004

Celkový počet vydaných rozhodnutí bez rozlišení druhu	174
Počet meritorních rozhodnutí	164
Počet rozhodnutí o povolení spojení	119
Počet rozhodnutí o povolení spojení s podmínkami nebo závazky	1
Počet rozhodnutí o nepovolení spojení	1
Počet rozhodnutí o tom, že spojení nepodléhá povolení	43

Zajímavý je v tomto ohledu vývoj *počtu zakázaných spojení a spojení, jež byla povolena s podmínkami a závazky* v roce 2004 ve vztahu k předcházejícím obdobím (srov. tabulka č. 5).

Tabulka č. 5

Vývoj počtu nepovolených spojení a spojení povolených s podmínkami a závazky v letech 2002 až 2004

Rok	2002	2003	2004
<b>Nepovolená spojení</b>	1	1	1
<b>Spojení povolená s podmínkami a závazky</b>	9	6	1

Z uvedených údajů lze vypožorovat *dva trendy*: zatímco počet nepovolených spojení je za poslední tři roky stabilní (v každém roce bylo tímto způsobem rozhodnuto pouze jednou), počet rozhodnutí, v nichž byly uloženy podmínky nebo přijaty závazky ve prospěch účinné soutěže, od roku 2002 stabilně klesá. Tento vývoj vyvrací nepřímo dva předpoklady, z nichž vycházela novelizace ZOHS. Podle prvního předpokladu měl pokles počtu projednávaných spojení zajistit, že Úřad se bude moci zbývajícím spojením více zabývat, tj. bude jim moci věnovat více času a lidských zdrojů, což se mělo mj. projevit v důkladnějších analýzách a v aktivnějším přístupu ve vztahu k závažným spojením. Podle druhého předpokladu měly nově nastavené obrátové hranice notifikačních kritérií zajistit sice pokles

povinně posuzovaných spojení, avšak dotčena neměla být notifikační povinnost ve vztahu ke všem závažným případům spojení, u kterých je pravděpodobný aktivní zásah ze strany Úřadu (tedy nepovolení spojení nebo jeho podmíněčné povolení). Podle důvodové zprávy k první novele soutěžního zákona tak měl pokles posuzovaných správních řízení umožnit Úřadu „soustředit síly a zdroje na posuzování zbývajících spojení, která budou i nadále podléhat jeho povolení, zejména těch, která vzbuzují vážné obavy z narušení hospodářské soutěže v České republice“. Při splnění obou předpokladů by počet spojení, která byla v roce 2004 posuzována a která by byla povolena s podmínkami nebo závazky, měl přinejmenším odpovídat počtu v roce 2003, popř. být vyšší.

Dílním vysvětlením opačného trendu může být skutečnost, že část spojení, která by byla z pohledu českého soutěžního zákona problematická a vyžadovala si aktivní reakci ze strany Úřadu, přešla po 1. květnu 2004 do výlučné kompetence Komise a povolení Úřadu nadále nepodléhala. Jiné, pro Úřad podstatně méně příznivé vysvětlení, pak může spočívat v pochybnostech, zda Úřad dostatečně využil uvolněný čas a prostředky k prosazování soutěžního práva v oblasti spojování soutěžitelů, zda naopak oproti původním předpokladům důkladnější analýzy neprovádí nebo zda soutěžní právo v oblasti spojování soutěžitelů nevynucuje liberálněji než dříve. Ve všech případech se jedná o domněnky, které by mohly být potvrzeny nebo vyvráceny další analýzou všech rozhodnutí přijatých Úřadem.

#### **- Kvalitativní analýza rozhodovací činnosti ÚOHS**

*První hypotéza* ve vztahu k trendu kvalitativní stránky rozhodovací činnosti Úřadu v oblasti spojování soutěžitelů byla: pokles počtu posuzovaných fúzí v důsledku změny výše a konstrukce notifikačních kritérií a vstupu ČR do EU se měl odrazit ve vyšší kvalitě průběhu správního řízení a kvalitě správních rozhodnutí, tedy zejména v častějším využívání ekonomických analýz a aktivnější roli Úřadu při zkoumání dopadů spojení, popř. navrhovaných závazků na strukturu trhu a úroveň hospodářské soutěže na něm. První novelou ZOHS měla být eliminována zejména notifikace těch spojení, jež mají marginální dopad na soutěž v ČR, kdežto veškerá „typově závažnější“ spojení měla podléhat povolení Úřadu i po provedených změnách. *Kombinace více časového prostoru a posuzování jen závažnějších spojení* se měla projevit v provádění důkladnějšího průzkumu, hlubších ekonomických a právních analýz, v častějším šetření spojení ve druhé fázi správního řízení, čtenějším přijímání závazků ve prospěch účinné soutěže apod.

O tom, do jaké míry se uvedená hypotéza v praxi naplnila, vypovídají výsledky analýzy. Bylo při ní zjištěno, že více prostoru a prostředků, jež měl Úřad ve sledovaném období k dispozici v důsledku poklesu počtu projednávaných spojení, nevedlo k důkladnější šetření a častějšimu využívání ekonomických analýz případů. Úřad i nadále ve svých úvahách spoléhá přednostně na informace od spojujících se soutěžitelů, jen velmi zřídka provádí vlastní analýzy trhu a prakticky nikdy provedení takových analýz nezadáva specializovaným subjektům.

Po období, kdy Úřad prosazoval častější ukládání strukturálních podmínek a přijímání strukturálních závazků se v roce 2004 trend obrátil, když ve sledovaném období bylo vydáno pouze jedno rozhodnutí s behaviorálními podmínkami (a žádné rozhodnutí se strukturálními omezeními) a v jednom případě došlo dokonce ke změně uložené strukturální podmínky na méně důraznou podmínku kvazistrukturální.

I v relativně významných případech pak lze identifikovat body rozhodnutí, jež by naopak svědčily přímo nebo nepřímo spíše *nedostatku administrativních kapacit (v širokém slova smyslu) pro řádné posouzení všech okolností konkrétních spojení*.

Celkově však lze konstatovat, že *analýza rozhodnutí Úřadu v roce 2004 a navazujících obdobích nepotvrdila správnost hypotézy o vlivu vnějších faktorů na zásadní zkvalitnění*

*rozhodovací činnosti*. Úřad tedy zřejmě nevyužil všech příležitostí, které mu výše identifikované vnější faktory přinesly.

### **Některé konkrétní poznatky a tendence v činnosti ÚOHS:**

- historicky třetí rozhodnutí o nepovolení spojení v oblasti *potravinářství* potvrdilo skutečnost, že Úřad vnímá uvedený sektor jako oblast ze soutěžního hlediska mimořádně citlivou;
- analýza rovněž potvrdila *trend relativního zvyšování významu analýzy „ostatních“ kritérií posouzení spojení* (tedy např. hospodářské a finanční síly, překážek vstupu, portfoliové síly apod.) na *úkor relativního snižování významu analýzy tržních podílů* při hodnocení dopadů spojení podle § 17 odst. 1 ZOHS. V rámci této analýzy pak Úřad často klade důraz na sledování poptávkové strany trhu, tedy síly a koncentrace odběratelů, a podle toho diferencuje jednotlivé trhy (což se týká nejčastěji hodnocení vlivu působení obchodních řetězců);
- za pozitivní faktor lze označit to, že Úřad *posuzuje dopady spojení z pohledu všech či většiny kritérií stanovených v § 17 odst. 1 OHS* i tehdy, jestliže údaje o společném tržním podílu spojujících se soutěžitelů, resp. jeho nárůstu v důsledku spojení, by jinak byly *prima facie* důkazem svědčícím ve prospěch neexistence nebezpečí narušení hospodářské soutěže;
- za výrazně kladný prvek je třeba považovat *aplikaci* některých v soutěžním právu zavedených *principů*, jež nebyly doposud v rozhodovací činnosti Úřadu příliš akcentovány, ať se jedná o dílčí postupy při vymezování relevantních trhů (princip místo odletu/místo určení - *Air France/KLM*) nebo analýzu a zhodnocení tzv. *efficiencies*, tedy výhod plynoucích ze spojení (*Gorenje/MORA MORAVIA*);
- za správný je třeba považovat rovněž *razantní postup Úřadu vůči společnosti KMV*, která závažným a *flagrantním* způsobem porušila zákaz uskutečnění spojení, když nařízení dekoncentrace bylo v daném případě jediným adekvátním řešením. Na straně druhé však byla *razance* zásahu Úřadu jím samým nepochopitelně relativizována přerušením správních řízení vedených o návrzích na povolení spojení, jež mají být v důsledku realizace nařízené povinnosti dekoncentrace realizovány;
- Úřad naopak stále setrvává na názoru, že je oprávněn vymezit geografický relevantní trh jen jako území ČR, který však nemá oporu v soutěžním zákoně ani období v aplikační praxi soutěžních úřadů jiných vyspělých států (zejména členských států EU). Úřad *odmítá širší teritoriální vymezení relevantního trhu* i tehdy, jestliže z jiných údajů obsažených v rozhodnutí je zřejmé, že k soutěži dochází na podstatně širším trhu (srov. např. *DUPONT/RETRIM*). V důsledku aplikace tohoto přístupu dochází ke zkreslení údajů o skutečném tržním postavení jednotlivých soutěžitelů, což se může negativně projevit na celkovém hodnocení případu;
- nelze však zároveň přehlédnout, že výše uvedený přístup Úřadu při vymezování geografického relevantního trhu si v praxi vynutil stále častější korekci soutěžní analýzy případu na takto, v mnoha případech velmi úzce vymezeném relevantním trhu, *analýzou konkurenční situace v širším geografickém kontextu*. Touto praxí se tak širší vymezení geografického relevantního trhu, jež více odpovídá realitě, dostává do rozhodnutí Úřadu „zadními vrátky“;
- vysledovat lze rovněž *rozkolísaný postoj Úřadu k návrhům behaviorálních závazků*; zatímco v jednom případě byly takové závazky odmítnuty jako nekontrolovatelné a nezpůsobivé vést k dlouhodobé nápravě struktury trhu (*Bakeries International/DELTA PEKÁRNY*), v jiném případě byly stejně nekonkrétní a fakticky obtížně kontrolovatelné

závazky Úřadem přijaty jako vhodná alternativa k rozhodnutí o nepovolení spojení (*Bijouterie/Swarovski/ORNELA/Bižuterie Česká Mincovna*);

- *ne zcela konzistentně* pak Úřad postupoval při aplikaci § 12 odst. 6 OHS a při rozhodování o návrzích na změnu rozhodnutí podaných podle přechodného čl. III odst. 5 zákona č. 340/2004 Sb.; zejména rozhodnutí ve věci *ČEZ – změna podmínky* lze hodnotit právně i ekonomicky sporné.

Lze rovněž předpokládat, že v následujících obdobích budou přijata zásadní soudní rozhodnutí v oblasti hospodářské soutěže, a to i v právních věcech, jež byly rozebrány v analýze.

Neméně zajímavé přitom bude sledovat i další směřování Úřadu jako instituce, a to v tom směru, zda setrvá na své doposud spíše uzavřené pozici nebo se více otevře a přijme do své administrativní praxe některé prvky, jež jsou běžně využívány jinými soutěžními úřady vyspělých zemí (prenotifikační jednání, zavedení obdoby institutu *statement of objections*, jednání o změně závazků). Takové postupy činí ze soutěžního úřadu v některých fázích správního řízení spíše partnera, než protivníka účastníků řízení, což však lze v oblasti kontroly spojování soutěžitelů více než v jiných oblastech aplikace soutěžního práva považovat za přiměřený a žádoucí přístup.