



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY
JULIANE KOKOTT
přednesené dne 27. dubna 2017¹

Věc C-248/16

Austria Asphalt GmbH & Co OG
proti
Bundeskartellanwalt

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Oberster Gerichtshof (Rakousko)]

„Hospodářská soutěž – Kontrola spojování podniků („kontrola spojování“) – Článek 3 nařízení (ES) č. 139/2004 („nařízení ES o spojování“) – Věcná působnost – Pojem „spojení“ – Přechod z výlučné kontroly na společnou kontrolu podniku – Přeměna existujícího podniku, který není plně funkčním podnikem, na společný podnik, který není plně funkčním podnikem – Vymezení pravomocí mezi Evropskou komisí a vnitrostátními orgány pověřenými kontrolou spojování“

I. Úvod

1. Mnoho myšlenek se mohlo honit hlavou minesengrovi Oldřichu z Lichtenštejna, když v roce 1227 během své literárně zvěčněné cesty z Benátek do Čech projížděl městem Mürzzuschlag² v dnešním Rakousku³. Tušil však již tehdy, že toto malebně položené městečko na březích řeky Mürz se jednou stane dějištěm prvního řízení o předběžné otázce týkajícího se evropské kontroly spojování podniků?

2. Příčinu tomuto řízení zavdala jedna obalovna asfaltových směsí, která doposud patřila výlučně jednomu velkému stavebnímu koncernu, v budoucnu má ale být provozována uvedeným stavebním koncernem společně s jiným stavebním koncernem. Plánováno je tedy, řečeno jinak, přeměnit již existující obalovnu asfaltových směsí na *společný podnik*. Z hlediska kontroly spojování je přitom problematické, že tento podnik není *plně funkčním podnikem*, protože jeho činnost se omezuje na dodávky pro jeho současnou mateřskou společnost a v budoucnu pro obě mateřské společnosti, aniž jinak v míře, která by stála za zmínku, samostatně vystupuje na trhu.

3. V této souvislosti je Soudní dvůr žádán, aby vyjasnil velmi zásadní otázku, co obnáší pojem „spojení podniků“ ve smyslu článku 3 nařízení ES o spojování (dále jen „nařízení o spojování“)⁴. Konkrétně jde o čl. 3 odst. 1 písm. b) a čl. 3 odst. 4 nařízení o spojování, přičemž je nutno objasnit, zda podle těchto ustanovení takové podniky, jako je podnik ve městě Mürzzuschlag, které vzhledem k tomu, že samostatně nepůsobí na trhu, nelze považovat za plně funkční podniky, přesto podléhají evropské kontrole spojování, pokud v nich získají účast třetí osoby.

1 – Původní jazyk: němčina.

2 – [ˌmyrtsˈtsuːʃlaːk].

3 – Pojem „Murzslug“, který používá tento básník, jenž se narodil okolo roku 1200 a zemřel v roce 1275, ve svém eposu „Frauendienst“, je současně považován za první písemnou zmínku o městě Mürzzuschlag.

4 – Nařízení Rady (ES) č. 139/2004 ze dne 20. ledna 2004 o kontrole spojování podniků (Úř. věst. 2004, L 24, s. 1; Zvl. vyd. 08/03, s. 40).

4. Uvedená problematika týkající se přeměny existujícího podniku, který není plně funkčním podnikem, na společný podnik může na první pohled působit velmi technicky a je bezpochyby méně zajímavá než minnesang Oldřicha z Lichtenštejna. Pro unijně právní systém uplatňování pravidel hospodářské soutěže na evropském vnitřním trhu však má nezanedbatelný praktický význam. Výkladem článku 3 nařízení o spojování se totiž kromě horizontální dělicí čáry mezi kontrolou spojování podle nařízení ES o spojování a prováděním pravidel kartelového práva podle nařízení (ES) č. 1/2003⁵ provádí i vertikální vymezení pravomocí Evropské komise, jako orgánu kontroly spojování podniků na vnitřním trhu, a orgány členských států, které se zabývají spojováním podniků, neboť evropská kontrola spojování je založena na systému přesného rozdělení pravomocí⁶.

II. Právní rámec

5. Unijně právní rámec této věci vymezuje článek 3 nařízení o spojování, který je nadepsán „Definice spojení“ a zní ve výňatcích následovně:

„1. Spojení se považuje za vzniklé, jestliže dojde ke změně kontroly na trvalém základě v důsledku:

[...]

b) získání[...], jednou či více osobami již kontrolujícími nejméně jeden podnik nebo jedním či více podniky, ať již na základě koupě cenných papírů nebo majetku, smlouvy či jiným způsobem, přímé nebo nepřímé kontroly nad celkem nebo částmi jednoho či více podniků.

[...]

4. Vytvoření společného podniku plnicího na trvalém základě všechny funkce samostatné hospodářské jednotky zakládá spojení ve smyslu odst. 1 písm. b).

[...]“

6. Článek 3 odst. 1 a 4 nařízení o spojování je vysvětlen v bodě 20 odůvodnění nařízení o spojování:

„Je vhodné definovat pojem spojení takovým způsobem, aby zahrnoval operace přinášející trvalou změnu v kontrole dotčených podniků a tím i ve struktuře trhu. Je proto vhodné zahrnout do oblasti působnosti tohoto nařízení všechny společné podniky vykonávající trvale všechny funkce samostatného hospodářského subjektu. [...]“

7. Pro doplnění je vhodné uvést bod 8 odůvodnění tohoto nařízení:

„Ustanovení tohoto nařízení se mají vztahovat na významné strukturální změny, jejichž tržní dopad přesahuje státní hranice každého členského státu. Taková spojení by obecně měla být přezkoumávána na úrovni Společenství, při použití systému „jednorázového odbavení“ a v souladu se zásadou subsidiarity. Spojení, na která se nevztahuje toto nařízení, spadají v zásadě do pravomoci členských států.“

5 – Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v člancích 81 [ES] a 82 [ES] (Úř. věst. 2003, L 1, s. 1; Zvl. vyd. 08/02, s. 205), dále jen „nařízení č. 1/2003“.

6 – Rozsudky ze dne 25. září 2003, Schlüsselverlag J. S. Moser a další v. Komise (C-170/02 P, EU:C:2003:501, bod 32), a ze dne 22. června 2004, Portugalsko v. Komise (C-42/01, EU:C:2004:379, bod 50); ve stejném smyslu rozsudek ze dne 18. prosince 2007, Cementbouw Handel & Industrie v. Komise (C-202/06 P, EU:C:2007:814, bod 37).

8. Nakonec je třeba poukázat na článek 21 nařízení o spojování, který je nadepsán „Použití nařízení a soudní pravomoc“ a který má – v části, která je relevantní v projednávané věci – následující obsah⁷:

„1. Pouze toto nařízení se použije na spojení, jak jsou definována v článku 3 a [nařízení č. 1/2003 se nepoužije], s výjimkou ve vztahu ke společným podnikům, které nemají význam pro celé Společenství a jejichž cílem nebo účinkem je koordinace soutěžního chování soutěžitelů, kteří zůstávají nezávislí.

2. Komise má výhradní pravomoc přijímat rozhodnutí stanovená v tomto nařízení, přičemž podléhá přezkumu ze strany Soudního dvora.

3. Žádný členský stát nepoužije své vnitrostátní právní předpisy pro hospodářskou soutěž na jakékoliv spojení, které má význam pro celé Společenství.

[...]“

9. Konsolidované sdělení Komise k otázkám příslušnosti⁸ *není* součástí právního rámce projednávané věci, protože představuje pouze právně nezávazné sdělení, v němž Komise z důvodů transparentnosti sděluje svůj právní názor a svoji správní praxi týkající se otázek příslušnosti v oblasti kontroly spojování⁹.

III. Skutkový stav a původní řízení

10. Společnost Austria Asphalt GmbH & Co OG (dále jen „AA“) je nepřímou dceřinou společností společnosti Strabag SE, zatímco společnost Teerag Asdag AG (dále jen „TA“) patří do skupiny Porr. Jak Strabag, tak Porr jsou mezinárodními stavebními koncerny, které jsou činné mimo jiné v oblasti silničního stavitelství.

11. Obalovna asfaltových směsí Mürzzuschlag se nachází v obci Mürzzuschlag v rakouské spolkové zemi Štýrsko. Toto zařízení vyrábí asfalt pro stavbu silnic a dodává téměř výlučně společnosti TA, v jejímž výlučném vlastnictví se v současnosti nachází.

12. Společnosti AA a TA hodlají založit společnost podle rakouského práva ve formě GmbH & Co KG, přičemž každá ze společností AA a TA má převzít 50 % komanditních podílů a 50 % podílů na komplementářské společnosti. Všechna rozhodnutí valné hromady nově založené společnosti mají být přijímána jednohlasně.

13. Obalovna asfaltových směsí má být společností TA převedena na nově založenou společnost. Jak je vysvětleno v předkládacím usnesení, tento postup je nutno z hospodářského hlediska chápat v tom smyslu, že společnost AA získá 50 % podíl na obalovně asfaltových směsí, která je již existujícím cílovým podnikem, přičemž společnost TA, jako prodávající cílového podniku, který doposud výlučně kontrolovala, se bude i nadále podílet na jeho kontrole. Asfalt, který obalovna vyrábí, má být dodáván téměř výlučně společností AA a TA.

7 – Odkazy uvedené v původním znění čl. 21 odst. 1 nařízení o spojování na jiná nařízení než na nařízení č. 1/2003 jsou obsoletní, proto jsem je v následujícím citátu pro lepší srozumitelnost vypustila.

8 – Konsolidované sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004 o kontrole spojování podniků (Úř. věst. 2008, C 95, s. 1).

9 – K tomu viz zejména bod 3 konsolidovaného sdělení k otázkám příslušnosti.

14. Společnost AA tuto transakci dne 3. srpna 2015 v souladu s rakouským Kartellgesetz 2005 (kartelový zákon z roku 2005, dále jen „KartG“) oznámila Bundeswettbewerbsbehörde (Spolkový úřad na ochranu hospodářské soutěže, Rakousko). Jak vyplývá ze spisu, společnosti AA bylo předtím správním dopisem Generálního ředitelství Evropské komise pro hospodářskou soutěž sděleno, že tento záměr se nejeví jako spojení ve smyslu článku 3 nařízení¹⁰. K tomuto konstatování však bylo připojeno výslovné upozornění, že vyjadřuje pouze názor jednoho útvaru Komise, který pro Komisi, jako unijní orgán, není závazný.

15. Na základě oznámení ze dne 3. srpna 2015 podal rakouský Bundeskartellanwalt (Spolkový zástupce pro věci kartelového práva, Rakousko) u Oberlandesgericht Wien (Vrchní zemský soud ve Vídni, Rakousko), jako kartelového soudu, návrh na přezkum podle § 11 odst. 1 KartG. Tento návrh však kartelový soud usnesením ze dne 6. října 2015 zamítl. Jako odůvodnění kartelový soud uvedl, že v případě ohlášené transakce se jedná o spojení s významem pro celou Unii, a je proto nutno pro něj použít nikoli rakouské právo hospodářské soutěže, nýbrž pouze unijní právo v podobě nařízení ES o spojování.

16. Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud)¹¹ má nyní jako vrchní kartelový soud rozhodnout o opravném prostředku „Rekurs“, který podala společnost AA proti uvedenému usnesení kartelového soudu. Svým opravným prostředkem „Rekurs“ se společnost AA domáhá, aby bylo usnesení kartelového soudu zrušeno a aby byla její transakce posuzována jako záměr spojení, který podléhá oznamovací povinnosti podle rakouského práva hospodářské soutěže (§ 7 a § 9 KartG).

IV. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce a řízení před Soudním dvorem

17. Usnesením ze dne 31. března 2016, došlým dne 2. května 2016, předložil Oberster Gerichtshof (Nejvyšší soud) Soudnímu dvoru na základě článku 267 SFEU následující předběžnou otázku:

„Musí být čl. 3 odst. 1 písm. b) a odst. 4 nařízení (ES) č. 139/2004 vykládán tak, že při změně výlučné kontroly existujícího podniku na společnou, přičemž dříve výlučně kontrolující podnik nadále zůstane společně kontrolujícím podnikem, dojde ke spojení jen v tom případě, když bude tento podnik dlouhodobě vykazovat všechny funkce samostatného hospodářského subjektu?“

18. Řízení o předběžné otázce před Soudním dvorem se písemně zúčastnili a byli zastoupeni na jednání, které se konalo dne 22. března 2017, společnost Austria Asphalt, Bundeskartellanwalt a Evropská komise.

V. Posouzení

19. Podstatou otázky předkládajícího soudu je, zda změna kontrolních práv k existujícímu podniku, v projednávaném případě změna výlučné kontroly nad obalovnou asfaltových směsí Mürzzuschlag na společnou, musí být považována za spojení podniků ve smyslu článku 3 nařízení o spojování i tehdy, pokud společný podnik vzniklý touto transakcí není plně funkčním podnikem.

10 – Dopis ze dne 22. prosince 2015 (konzultace C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), podepsaný ředitelem, který je v rámci Generálního ředitelství pro hospodářskou soutěž příslušný pro odvětví výroby surovin, zpracovatelský průmysl a zemědělství.

11 – Dále také jen „předkládající soud“.

20. Nesporné je následující: za spojení se podle čl. 3 odst. 1 písm. b) nařízení o spojování považuje každý postup, který vede k trvalému získání výlučné nebo společné kontroly nad podnikem nebo jeho částí. Problémy však činí spojení tohoto ustanovení s čl. 3 odst. 4 nařízení o spojování. Podle posledně uvedeného ustanovení totiž do pojmu „spojení“ spadá i „vytvoření společného podniku“, nicméně za podmínky, že tento společný podnik „na trvalém základě [plní] všechny funkce samostatné hospodářské jednotky“, že tedy má plně funkční povahu.

21. Vzhledem k této formulaci a k systematickému zařazení čl. 3 odst. 4 nařízení o spojování není jasné, zda společné podniky podléhají evropské kontrole spojování obecně jen tehdy, pokud se jedná o „samostatné hospodářské jednotky“, tedy řečeno jinak, pokud se jedná o plně funkční podniky. V úvahu by totiž mohl připadat i výklad čl. 3 odst. 4 nařízení o spojování v tom smyslu, že v něm uvedený omezující odkaz na plně funkční povahu se uplatní pouze při *vytváření nových* společných podniků, avšak nikoli při *přeměně existujícího* podniku na společný podnik společně kontrolovaný dvěma koncerny. Pokud by se mělo vycházet z posledně uvedené alternativy, kontrole spojování by tak v konečném důsledku podléhaly *všechny postupy*, při nichž se ve smyslu čl. 3 odst. 1 písm. b) nařízení o spojování trvale mění kontrola nad existujícími (společnými) podniky bez ohledu na to, zda se jedná o plně funkční podnik, nebo jako v případě obalovny asfaltových směsí v Mürzzuschlago pouhé výrobní jednotky bez samostatné účasti na trhu.

22. Je zajímavé, že Evropská komise je v probíhajícím soudním řízení zastáncem posledně uvedené výkladové alternativy, přestože předtím *ve stejné věci* útvar Komise příslušný pro kontrolu spojování zaujal diametrálně opačné stanovisko¹². Je nanejvýš politováníhodné, že se Komise v takovéto zásadní a často opakující se otázce příslušnosti předem nerozhodla pro jasnou, jednotnou linii a tuto důsledně neuplatňuje¹³. Jen tak by se totiž hospodářské subjekty mohly spolehnout na stanoviska a doporučení útvarů Komise příslušných pro spojování podniků – i když budou vyjádřena v nezávazných úředních dopisech – a rozumně odhadnout své povinnosti vyplývající z unijního práva.

23. Domnívám se, že v této souvislosti nemá význam se čistě abstraktně zabývat tím, zda čl. 3 odst. 4 nařízení o spojování vede pro společné podniky k rozšíření, k omezení nebo k pouhému upřesnění pojmu „spojení“, který je uveden v čl. 3 odst. 1 písm. b) nařízení o spojování. Naopak, jde o to najít praktické řešení výkladu a použití článku 3 nařízení o spojování. Za tímto účelem je nutno v souladu s ustálenou judikaturou zohlednit jak znění, tak kontext a účel tohoto ustanovení¹⁴.

Znění

24. Znění článku 3 nařízení o spojování neposkytuje v souvislosti se zde diskutovanou otázkou žádný jednoznačný závěr. Článek 3 odst. 4 nařízení o spojování se omezuje na konstatování, že vytvoření společného podniku plnění na trvalém základě všechny funkce samostatné hospodářské jednotky zakládá spojení ve smyslu čl. 3 odst. 1 písm. b) nařízení o spojování. U této formulace zůstává nejasné, zda je povaha plné funkčnosti – tedy okolnost, že jsou na trvalém základě plněny všechny funkce samostatné hospodářské jednotky – nezbytná jen v případě vytvoření *nového* společného podniku, nebo zda je míněna i přeměna již existujícího podniku na společný podnik, že tedy i tato přeměna podléhá evropské kontrole spojování pouze tehdy, pokud se v případě příslušného podniku jedná o plně funkční podnik.

12 – K tomu viz výše bod 14 a poznámka pod čarou 10 tohoto stanoviska.

13 – Předkládající soud poukazuje na skutečnost, že Komise ve své rozhodovací praxi týkající se případů změny výlučné kontroly na společnou kontrolu až donedávna z části zkoumala a z části opomíjela kritérium plné funkčnosti.

14 – Viz mimo jiné rozsudek ze dne 8. září 2015, Španělsko v. Parlament a Rada (C-44/14, EU:C:2015:554, bod 44) a ve stejném smyslu rozsudek ze dne 8. listopadu 2016, Oğňanov (C-554/14, EU:C:2016:835, bod 31).

25. Spor vedený před Soudním dvorem jasně dokazuje, že v úvahu připadají obě možnosti výkladu. Článek 3 odst. 4 nařízení o spojování je totiž možné v souladu s názorem společnosti AA chápat v tom smyslu, že zcela obecně evropské kontrole spojování podléhají *jen* takové společné podniky, které jsou plně funkční, bez ohledu na to, zda při jejich „vytvoření“ vzniká zcela nový podnik, nebo zda dochází k přeměně existujícího podniku na společný podnik. Vzhledem ke znění čl. 3 odst. 4 nařízení o spojování je však možno se přiklonit i k názoru Komise a plnou funkčnost považovat za podmínku provedení evropské kontroly spojování jen v případě vytvoření nového společného podniku, zatímco změna kontroly již existujícího podniku – jeho přeměnou na společný podnik – by v každém případě podléhala kontrole spojování, a to i tehdy, pokud by nebyla splněna podmínka plné funkčnosti; ani v čl. 3 odst. 4, ani v čl. 3 odst. 1 písm. b) nařízení o spojování totiž není výslovně stanovena podmínka, že i *existující* podniky musí na trvalém základě plnit všechny funkce samostatné hospodářské jednotky.

26. V případě, že znění určitého ustanovení unijního práva, tak jako v projednávané věci článek 3 nařízení o spojování, připouští různé výklady, je nutno správný výklad určit na základě účelu a systematiky, do níž toto ustanovení zapadá. Pro doplnění je možné přihlídnout k historii vzniku tohoto ustanovení.

Účel

27. Předmětné ustanovení čl. 3 odst. 4 nařízení o spojování je blíže vysvětleno v druhé větě bodu 20 odůvodnění nařízení o spojování. V něm je uvedeno, že do oblasti působnosti tohoto nařízení spadají také všechny společné podniky vykonávající trvale všechny funkce samostatného hospodářského subjektu, tedy jinými slovy všechny plně funkční společné podniky.

28. Preambule nařízení ES o spojování tedy *nijak* nerozlišuje mezi nově vytvořenými společnými podniky a takovými podniky, které – tak jako v projednávané věci – vznikají převedením již existujících podniků z výlučné kontroly jednoho koncernu pod společnou kontrolu dvou koncernů. V této souvislosti je nutno vycházet z toho, že ani čl. 3 odst. 4 nařízení o spojování žádné takovéto rozlišování nestanoví, nýbrž že v něm je zcela obecně pro *všechny společné podniky* stanoven požadavek plné funkčnosti bez ohledu na to, zda se v případě dotčeného podniku jedná o nově vytvořený podnik, nebo zda jeho „vytvoření“ spočívá v přeměně existujícího podniku na společný podnik.

29. Pro tento názor hovoří ostatně také obecný účel evropské kontroly spojování. Jak vyplývá z bodu 8 odůvodnění nařízení ES o spojování, ustanovení tohoto nařízení se mají vztahovat na *významné strukturální změny*, jejichž tržní dopad přesahuje státní hranice každého členského státu. Ve stejném smyslu první věta bodu 20 odůvodnění uvádí, že je vhodné definovat pojem „spojení“ takovým způsobem, aby zahrnoval operace přinášející trvalou změnu v kontrole dotčených podniků a tím i ve *struktuře trhu*.

30. Vzhledem k tomuto účelu se tedy evropská kontrola spojování zaměřuje na takové postupy, které vedou ke změně struktury trhu. K takovéto změně struktury trhu ale dochází pouze tehdy, pokud vznikají podstatné změny kontrolních práv k podnikům, které jsou skutečně činné na trhu nebo které to alespoň vážně plánují.

31. Bylo by v rozporu s podstatou evropské kontroly spojování, pokud by přeměna existujícího podniku, který není plně funkčním podnikem, na společný podnik podléhala povinné kontrole *ex ante* ze strany Komise na základě požadavků nařízení ES o spojování. Pokud totiž určitý subjekt nepůsobí samostatně na trhu, nemůže ani změna kontrolních práv k tomuto subjektu vést ke změně struktury trhu.

32. Účelný není v této souvislosti ani odkaz Komise na slůvko „také“, které je uvedeno v druhé větě bodu 20 odůvodnění nařízení ES o spojování. Tato formulace se totiž jednak nachází jen v některých jazykových verzích tohoto nařízení, například v německé, naproti tomu v mnoha jiných jazykových verzích – v neposlední řadě v anglické a francouzské verzi – zcela chybí. Tento argument Komise dále také není obsahově nijak přesvědčivý. Na první pohled sice nemůže formulace, podle níž je vhodné zahrnout do oblasti působnosti nařízení ES o spojování „[*také*] všechny společné podniky vykonávající trvale všechny funkce samostatného hospodářského subjektu“¹⁵, vyloučit, že se evropská kontrola spojování vztahuje kromě toho i na jiné druhy společných podniků – jmenovitě na takové, které *nejsou* plně funkčními podniky. Při bližším pohledu by to však bylo v rozporu s obecným cílem nařízení ES o spojování, kterým je, aby kontrola *ex ante* byla prováděna u takových záměrů, které vedou ke změně struktury trhu.

33. Na rozdíl od názoru Komise nemůže být přeměna podniku, který není plně funkčním podnikem, na společný podnik podrobena evropské kontrole spojování ani za použití čl. 3 odst. 1 písm. b) nařízení o spojování. Obecná skutková podstata spojení, která je uvedena v tomto ustanovení, totiž předpokládá, že dojde ke změně kontroly *podniku* nebo *části podniku* na trvalém základě. Pojem „podnik“ je přitom nutno – stejně jako v případě jiných předpisů evropského práva hospodářské soutěže – chápat funkčně a zahrnuje jakýkoli subjekt, který vykonává hospodářskou činnost, bez ohledu na jeho právní postavení a způsob jeho financování¹⁶. Vzhledem k tomu, že se hospodářskou činností rozumí jakákoli činnost spočívající v nabízení zboží nebo poskytování služeb na daném trhu¹⁷, nemohou společné podniky bez samostatné účasti na trhu – to znamená podniky, které nejsou plně funkčními podniky – *a priori* spadat pod čl. 3 odst. 1 písm. b) nařízení o spojování.

Kontext

34. K jinému závěru nelze dospět ani tehdy, zohlední-li se kontext, do něhož zapadá článek 3 nařízení o spojování.

35. Jak nařízení ES o spojování, tak i s ním související nařízení č. 1/2003 slouží v konečném důsledku provedení pravidel hospodářské soutěže pro vnitřní trh, která jsou uvedena v člancích 101 a 102 SFEU, přičemž použito může být vždy jen jedno z těchto nařízení (viz v této souvislosti čl. 21 odst. 1 nařízení o spojování).

36. Zatímco v rámci působnosti nařízení ES o spojování byl pro změny struktury trhu zřízen systém preventivní a povinné kontroly *ex ante*, podléhá jinak chování podniků na trhu – ať už to jsou koluzní jednání nebo jednostranná zneužití dominantního postavení na trhu – podle nařízení č. 1/2003 pouze represivní kontrole *ex post*, jejíž provedení navíc spadá do diskreční pravomoci orgánů pro hospodářskou soutěž.

15 – Kurziva provedena autorkou tohoto stanoviska.

16 – Rozsudky ze dne 23. dubna 1991, Höfner a Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, bod 21), ze dne 16. března 2004, AOK Bundesverband a další (C-264/01, C-306/01, C-354/01 a C-355/01, EU:C:2004:150, bod 46), a ze dne 17. září 2015, Total v. Komise (C-597/13 P, EU:C:2015:613, bod 33); podobně již rozsudek ze dne 12. července 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, bod 11).

17 – Rozsudky ze dne 18. června 1998, Komise v. Itálie (C-35/96, EU:C:1998:303, bod 36), ze dne 12. září 2000, Pavlov a další (C-180/98 až C-184/98, EU:C:2000:428, bod 75), ze dne 10. ledna 2006, Cassa di Risparmio di Firenze a další (C-222/04, EU:C:2006:8, bod 108), ze dne 1. července 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, bod 22), a ze dne 23. února 2016, Komise v. Maďarsko (C-179/14, EU:C:2016:108, bod 149).

37. Jak je možné vyčíst z čl. 21 odst. 1 nařízení o spojování, představuje pojem „spojení“ ve smyslu článku 3 nařízení o spojování dělicí čáru mezi oběma uvedenými dílčími částmi evropského práva hospodářské soutěže¹⁸. Systematický výklad článku 3 nařízení o spojování tedy vyžaduje, aby byl pojem „spojení“ vykládán v tom smyslu, že evropské kontrole spojování podléhají jen skutečné změny struktury trhu, naproti tomu však ne pouhé chování podniků na trhu.

38. Článek 3 odst. 4 nařízení o spojování by proto měl být vykládán v tom smyslu, že i v případě přeměny existujícího podniku na společný podnik se o spojení ve smyslu čl. 3 odst. 1 písm. b) nařízení o spojování jedná pouze tehdy, pokud jde o plně funkční podnik. Pouze tehdy totiž dochází ke změně struktury trhu, která může odůvodnit provedení kontroly spojování. Vede-li naproti tomu dotčená transakce ke vzniku společného podniku, který *není* plně funkčním podnikem, je nutno se obávat nanejvýš koordinace chování obou mateřských společností na trhu v rámci jejich spolupráce uvnitř společného podniku. Takováto koordinace chování na trhu není, i když z hlediska článků 101 a 102 SFEU může být nepochybně relevantní, problémem evropské kontroly spojování, nýbrž problémem, kterým se zabývá nařízení č. 1/2003.

39. Bundeskartellanwalt upozorňuje na to, že orgány pro hospodářskou soutěž by v případě upuštění od kontroly *ex ante* v takových případech, jako je projednávaný případ, nemohly dostatečně rychle zakročit proti případnému narušení hospodářské soutěže na trhu, který je i bez toho velmi koncentrovaný. Toto je však nutným důsledkem systému uplatňování kartelového práva, který byl zaveden nařízením č. 1/2003. Unijní normotvůrce pro dobu od 1. května 2004 zcela vědomě upustil od povinného předchozího oznamování dohod mezi podniky, a to jednak s cílem posílit odpovědnost účastníků trhu a jednak za účelem uvolnění zdrojů na úrovni orgánů pro hospodářskou soutěž, což v konečném důsledku rozšiřuje jejich prostor pro stanovení priorit při uplatňování kartelového práva. Pokud by se nyní chtělo prostřednictvím širokého výkladu pojmu „spojení“ zahrnout do rozsahu působnosti evropské kontroly spojování více případů, vedlo by to k nerespektování nové systematiky uplatňování evropských pravidel hospodářské soutěže, která spolu s nařízením ES o spojování a nařízením č. 1/2003 existuje od 1. května 2004. Vnitrostátním orgánům pro hospodářskou soutěž nic nebrání v tom, aby dění na velmi koncentrovaných trzích, jako je ten, o který se jedná v projednávané věci, věnovaly v rámci svých priorit uplatňování kartelového práva (články 101 a 102 SFEU) zvláštní pozornost.

Historie vzniku

40. Konečně ani pohled na historii vzniku čl. 3 odst. 4 nařízení o spojování nevede k žádnému jinému závěru.

41. Článek 3 odst. 4 nařízení o spojování má svůj původ v nařízení (ES) č. 1310/97¹⁹, kterým bylo shodně znějící ustanovení vloženo již do nařízení, které bylo předchůdcem dnešního nařízení ES o spojování.

18 – Dřívější praxe sporadického použití článku 85 Smlouvy o EHS (nyní článek 101 SFEU) resp. článku 86 Smlouvy o EHS (nyní článek 102 SFEU) jakož i k nim vydaných procesních předpisů (nyní nařízení č. 1/2003) v případě spojování podniků (viz rozsudky ze dne 21. února 1973, Europemballage a Continental Can v. Komise, 6/72, EU:C:1973:22, a ze dne 17. listopadu 1987, British American Tobacco a Reynolds Industries v. Komise, 142/84 a 156/84, EU:C:1987:490) se stala vstupem samostatných předpisů o evropské kontrole spojování v platnost, tak jak jsou nyní zakotveny v nařízení ES o spojování, obsoletní.

19 – Nařízení Rady (ES) č. 1310/97 ze dne 30. června 1997, kterým se mění nařízení (EHS) č. 4064/89 o kontrole spojování podniků (Úř. věst. 1997, L 180, s. 1; Zvl. vyd. 08/01, s. 164).

42. A již tehdy měl unijní normotvůrce v úmyslu podrobit trvalé změny ve struktuře podniků kontrole spojování. Uvedeným cílem tehdejší nové právní úpravy, která mimochodem doposud v nezměněném znění platí²⁰, bylo zahrnout do oblasti působnosti evropské kontroly spojování *všechny plně funkční společné podniky*²¹.

43. Pouhá kooperace podniků, která sice vede k vytvoření společných podniků, ale ne k vlastní přítomnosti těchto společných podniků na trhu, naproti tomu ještě nikdy nebyla předmětem evropské kontroly spojování, ani podle nařízení ES o spojování, ani podle nařízení, která mu předcházela²².

Závěrečné poznámky

44. Celkově vzato je tedy nutno pojem „spojení“ ve smyslu článku 3 nařízení o spojování chápat v tom smyslu, že vytvoření společných podniků bez ohledu na to, zda se jedná o vytvoření zcela nových podniků nebo o přeměnu existujících podniků na společné podniky, podléhá evropské kontrole spojování pouze tehdy, pokud se jedná o plně funkční podniky.

45. To, co platí pro nové vytvoření společného podniku, musí být totiž tím spíše dodrženo také při přeměně existujícího podniku na společný podnik. Toto platí tím spíše v takovém případě, jako je projednávaný případ, v němž se sporná transakce vzhledem k plánovanému založení nové obchodní společnosti²³ beztak velmi podobá novému vytvoření.

46. Obava Komise, kterou vyjádřila na jednání, že by uplatňování kritéria plně funkčního podniku ve všech případech mohlo představovat mezeru v účinném uplatňování evropské kontroly spojování (anglicky „*enforcement gap*“), se mi nejeví jako logická. Právě naopak mám za to, že Komisi upřednostňované upuštění od kritéria plně funkčního podniku v případě přeměny existujících podniků na společné podniky by mohlo vést k rozmělnění pojmu „spojení“ ve smyslu článku 3 nařízení o spojování a k odvedení pozornosti Komise od transakcí, které jsou pro strukturu trhu skutečně relevantní.

47. Na rozdíl od Komise nepovažuji kromě toho za nezbytné vyjádřit se v tomto řízení k tomu, za jakých podmínek podléhá případné zmizení společného podniku z trhu evropské kontrole spojování. Projednávaný případ se totiž netýká zmizení, nýbrž naopak vzniku společného podniku. Pokud by mělo dojít k tomu, že se podnik *po* své přeměně na společný podnik – tedy *po* změně kontrolních práv k tomuto podniku – stáhne na základě rozhodnutí svých mateřských společností z trhu, byla by to spíše otázka chování mateřských společností na trhu (článek 101 nebo 102 SFEU) než otázka změny struktury trhu.

20 – Vydáním nyní platného nařízení ES o spojování došlo pouze ke změně číslování příslušných ustanovení v rámci článku 3 nařízení o spojování.

21 – V této souvislosti viz bod 5 odůvodnění nařízení č. 1310/97, který zní takto (výňatek): „vzhledem k tomu, že je vhodné vymezit pojem spojování tak, aby zahrnoval jednání, která způsobují dlouhodobou změnu ve struktuře dotyčných podniků; že ve zvláštních případech společných podniků je vhodné zahrnout do oblasti působnosti nařízení (EHS) č. 4064/89 všechny plně funkční společné podniky; [...]“

22 – Podle původní právní úpravy uvedené v čl. 3 odst. 2 nařízení (EHS) č. 4064/89 *nepodléhaly kooperační společné podniky*, na rozdíl od *koncentrativních společných podniků*, evropské kontrole spojování.

23 – K tomu viz výše bod 13 tohoto stanoviska.

VI. Závěry

48. Vzhledem k předcházejícím úvahám navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl na žádost rakouského Oberster Gerichtshof o rozhodnutí o předběžné otázce následovně:

„Převod existujícího podniku nebo části podniku z výlučné kontroly jednoho koncernu pod společnou kontrolu tohoto koncernu a jednoho dalšího, na něm nezávislého koncernu představuje spojení podniků ve smyslu článku 3 nařízení (ES) č. 139/2004 pouze tehdy, pokud společný podnik, který vznikl touto transakcí, trvale plní všechny funkce samostatného hospodářského subjektu.“