



Zbierka súdnych rozhodnutí

NÁVRHY GENERÁLNEJ ADVOKÁTKY
JULIANE KOKOTT
prednesené 27. apríla 2017¹

Vec C-248/16

**Austria Asphalt GmbH & Co OG
proti
Bundeskartellanwalt**

[návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý podal Oberster Gerichtshof (Najvyšší súd, Rakúsko)]

„Hospodárska súťaž – Kontrola koncentrácií medzi podnikmi („kontrola fúzií“) – Článok 3 nariadenia (ES) č. 139/2004 („nariadenie ES o kontrole fúzií“) – Vecná pôsobnosť – Pojem koncentrácia – Prechod zo samostatnej kontroly na spoločnú kontrolu podniku – Zmena existujúceho podniku, ktorý nie je plne funkčný, na spoločný podnik, ktorý nie je plne funkčný – Vymedzenie pôsobnosti Európskej komisie a vnútroštátnych orgánov príslušných v oblasti kontroly fúzií“

I. Úvod

1. Mnohé myšlienky prúdili hlavou minnesängra Ulricha z Lichtenštajnska, keď v roku 1227 počas svojej ospievanej cesty z Benátok do Čiech prechádzal mestom Mürzzuschlag² nachádzajúcim sa na území dnešného Rakúska³. Mohol už v tej dobe predpokladať, že toto malebné mestečko na brehoch rieky Mürz sa stane dejiskom prvého návrhu na začatie prejudiciálneho konania v oblasti európskej kontroly fúzií?

2. Podnet na začatie tohto konania podal podnik na výrobu asfaltu, ktorého jediným spoločníkom je v súčasnosti veľký stavebný koncern, avšak v budúcnosti sa má na prevádzke tohto podniku okrem súčasného stavebného koncernu podieľať aj ďalší stavebný koncern. Inými slovami, cieľom je zmeniť formu existujúceho podniku na výrobu asfaltu na *spoločný podnik*. Z hľadiska kontroly fúzií sa pritom zdá problematické, že tento podnik nie je *plne funkčným podnikom*, keďže jeho činnosť sa obmedzuje na dodávky pre súčasnú materskú spoločnosť a v budúcnosti pre obe materské spoločnosti, ale inak samostatne nepôsobí na trhu.

3. Z tohto hľadiska sa Súdnemu dvoru predkladá žiadosť o objasnenie zásadnej otázky týkajúcej sa výkladu pojmu koncentrácia medzi podnikmi v zmysle článku 3 nariadenia ES o fúziách⁴. Konkrétne ide v tejto veci o článok 3 ods. 1 písm. b) a článok 3 ods. 4 nariadenia ES o fúziách, pričom je potrebné objasniť, či podľa týchto predpisov podliehajú európskej kontrole fúzií aj podniky, akým je podnik v obci Mürzzuschlag, ktoré vzhľadom na to, že samostatne nepôsobia na trhu, nemožno považovať za plne funkčné podniky, ak v nich získajú účasť tretie osoby.

¹ Jazyk prednesu: nemčina.

² [ˌmyrtsˈtsuːʃlaːk].

³ Pojem „Murzslug“, ktorý uvádza tento minnesänger narodený v roku 1200 a zosnulý v roku 1275 vo svojom epose „Frauendienst“, je zároveň historicky prvou zmienkou o meste Mürzzuschlag.

⁴ Nariadenie Rady (ES) č. 139/2004 z 20. januára 2004 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi (Ú. v. ES L 24, 2004, s. 1; Mim. vyd. 08/003, s. 40).

4. Uvedená problematika týkajúca sa zmeny existujúceho podniku, ktorý nie je plne funkčný, na spoločný podnik, môže na prvý pohľad vyznievať výlučne technicky a nepochybne je menej zaujímavá ako spevy Ulricha z Lichtenštajnska. Pre systém uplatňovania pravidiel hospodárskej súťaže na vnútornom trhu v práve Únie však má nezanedbateľný praktický význam. Výkladom článku 3 nariadenia ES o fúziách sa totiž okrem horizontálnej hranice medzi kontrolou koncentrácií podľa nariadenia ES o fúziách a uplatňovaním kartelového práva podľa nariadenia (ES) č. 1/2003⁵ stanovuje aj vertikálna hranica medzi právomocami Európskej komisie ako príslušného kompetentného orgánu v oblasti kontroly fúzií na vnútornom trhu a vnútroštátnych orgánov rozhodujúcich o koncentráciách, vychádzajúc z faktu, že európska kontrola fúzií je založená na systéme dôsledného prerozdelenia právomocí⁶.

II. Právny rámec

5. Právny rámec Únie je v tejto veci vymedzený článkom 3 nariadenia o fúziách s názvom „Definícia koncentrácie“ a v relevantnej časti znie:

„1. Za vznik koncentrácie sa považuje, ak je trvalá zmena kontroly spôsobená

...

b) získaním priamej alebo nepriamej kontroly nad celým alebo nad časťami jedného alebo viacerých ďalších podnikov jednou alebo viacerými osobami, ktoré už kontrolujú najmenej jeden podnik, alebo jedným alebo viacerými podnikmi, či už kúpou cenných papierov alebo aktív, zmluvne alebo iným spôsobom.

...

4. Vytvorenie spoločného podniku, ktorý trvalo vykonáva všetky funkcie samostatného hospodárskeho subjektu je koncentráciou v zmysle odseku 1 písm. b).

...“

6. Článok 3 ods. 1 a článok 4 nariadenia o fúziách spresňuje odôvodnenie 20 nariadenia ES o fúziách:

„Je účelné definovať pojem koncentrácie takým spôsobom, aby zahŕňala činnosti vyvolávajúce trvalé zmeny kontroly účastníkov koncentrácie a tým aj štruktúry trhu. Preto je vhodné, aby predmetom tohto nariadenia boli aj všetky spoločné podniky, ktoré trvalo vykonávajú všetky funkcie samostatného hospodárskeho subjektu. ...“

7. V rámci doplnenia nemožno opomenúť odôvodnenie 8 tohto nariadenia:

„Ustanovenia, ktoré sa majú prijať v tomto nariadení, by sa mali uplatňovať na významné štrukturálne zmeny, ktorých dopad na trh prekračuje štátne hranice ktoréhokoľvek členského štátu. Takéto koncentrácie by podľa všeobecného pravidla mali byť posudzované výlučne na úrovni spoločenstva uplatňovaním systému jednostupňového konania a v súlade so zásadou subsidiarity. Koncentrácie, na ktoré sa nevzťahuje toto nariadenie, patria v zásade do právomoci členských štátov.“

⁵ Nariadenie Rady (ES) č. 1/2003 zo 16. decembra 2002 o vykonávaní pravidiel hospodárskej súťaže stanovených v článkoch 81 a 82 Zmluvy [ES] (Ú. v. ES L 1, 2003, s. 1; Mim. vyd. 08/002, s. 205).

⁶ Rozsudky z 25. septembra 2003, Schlüsselverlag J.S. Moser a. i./Komisia (C-170/02 P, EU:C:2003:501, bod 32), a z 22. júna 2004, Portugalsko/Komisia (C-42/01, EU:C:2004:379, bod 50); v tomto zmysle pozri tiež rozsudok z 18. decembra 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Komisia (C-202/06 P, EU:C:2007:814, bod 37).

8. Napokon treba poukázať aj na článok 21 nariadenia o fúziách s názvom „Uplatňovanie nariadenia a príslušnosť“, ktorý v relevantnom rozsahu v tejto veci znie:⁷

„1. Výlučne toto nariadenie sa uplatňuje na koncentrácie podľa článku 3 a [nariadenie č. 1/2003] sa neuplatňuje, okrem pokiaľ [ibaže – *neoficiálny preklad*] ide o spoločné podniky, ktoré nemajú význam pre celé spoločenstvo a ktorých cieľom alebo účinkom je koordinácia súťažného správania nezávislých podnikov.

2. Komisia je výlučne príslušná prijímať rozhodnutia podľa tohto nariadenia, pričom tieto sú preskúmateľné Súdnym dvorom.

3. Žiaden členský štát neuplatňuje svoje vnútroštátne právne predpisy hospodárskej súťaže na koncentrácie s významom pre celé spoločenstvo.

...“

9. Konsolidované oznámenie Komisie o právomoci⁸ *nepatrí* do právneho rámca v prejednávanej veci, pretože ide len o právne nezáväzné oznámenie, v ktorom Komisia z dôvodu transparentnosti vyjadruje svoj právny názor a správnu prax v otázkach právomoci v oblasti kontroly koncentrácií.⁹

III. Skutkový stav konania vo veci samej

10. Austria Asphalt GmbH & Co OG (ďalej len „AA“) je nepriamou dcérskou spoločnosťou Strabag SE, pričom Teerag Asdag AG (ďalej len „TA“) patrí do skupiny Porr. Strabag, ako aj Porr sú medzinárodnými stavebnými koncernami, ktoré okrem iného pôsobia aj v oblasti cestných stavieb.

11. Zariadenie na výrobu asfaltu Mürzzuschlag sa nachádza v obci Mürzzuschlag v rakúskej Spolkovej krajine Štajersko. Toto zariadenie vyrába asfalt určený na cestné stavby, ktorý následne dodáva výlučne TA, teda svojmu súčasnému jedinému spoločníkovi.

12. AA a TA zvažujú založenie spoločnosti podľa rakúskeho práva vo forme GmbH & Co KG, pričom každá zo spoločností AA a TA bude v spoločnosti vlastníť 50 % podielov na komanditnej časti spoločnosti a tiež 50 % podielov na komplementárnej časti spoločnosti. Všetky rozhodnutia valného zhromaždenia novozaloženej spoločnosti si budú vyžadovať jednohlasný súhlas.

13. TA prevedie vlastnícke právo k zariadeniu na výrobu asfaltu na novozaloženú spoločnosť. V zmysle návrhu na začatie prejudiciálneho konania sa má takýto postup z ekonomického hľadiska chápať tak, že AA nadobudne 50 % podiel v zariadení na výrobu asfaltu v rámci existujúceho cieľového podniku, pričom TA ako predávajúci cieľového podniku, ktorý doposiaľ výlučne ovládala, sa bude naďalej podieľať na jeho kontrole. Asfalt, ktorý zariadenie vyrobí, sa bude naďalej dodávať výlučne spoločnostiam AA a TA.

⁷ Odkazy uvedené v pôvodnom znení článku 21 ods. 1 nariadenia o fúziách na ďalšie nariadenia okrem nariadenia č. 1/2003 nie sú relevantné a preto som ich v nasledujúcej citácii v záujme lepšej čitateľnosti vynechala.

⁸ Konsolidované oznámenie Komisie o právomoci podľa nariadenia Rady (ES) č. 139/2004 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi (Ú. v. EÚ C 95, 2008, s. 1).

⁹ V tejto súvislosti pozri najmä bod 3 konsolidovaného oznámenia o právomoci.

14. V súlade s rakúskym Kartellgesetz 2005 (kartelový zákon z roku 2005, ďalej len „KartG“) oznámila AA túto transakciu 3. augusta 2015 na Bundeswettbewerbsbehörde (Spolkový protimonopolný úrad, Rakúsko). Zo spisu vyplýva, že spoločnosť AA sa najskôr v administratívnom oznámení Generálneho riaditeľstva pre hospodársku súťaž Európskej únie poskytla informácia, že predmetný zámer nie je koncentráciou v zmysle článku 3 nariadenia o fúziách.¹⁰ Toto tvrdenie však obsahovalo výslovný odkaz na skutočnosť, že ide len o vyjadrenie názoru služobného úradu Komisie, ktorý nezaväzuje Komisiu ako orgán Únie.

15. Na základe oznámenia z 3. augusta 2015 podal rakúsky Bundeskartellanwalt (Spolkový zástupca pre kartelové veci, Rakúsko) na Oberlandesgericht Wien (Vyšší krajský súd Viedeň, Rakúsko) ako kartelový súd v stanovenej lehote návrh na preskúmanie podľa § 11 ods. 1 KartG. Kartelový súd však tento návrh uznesením zo 6. októbra 2015 zamietol. V rámci odôvodnenia kartelový súd uviedol, že v prípade ohlásenej transakcie ide o koncentráciu európskeho rozsahu, a preto sa na ňu nevzťahujú ustanovenia rakúskeho práva týkajúce sa hospodárskej súťaže, ale výlučne právo Únie, a konkrétne ustanovenia nariadenia o fúziách.

16. Oberster Gerichtshof (Najvyšší súd)¹¹ konajúci ako vrchný kartelový súd má rozhodnúť o opravnom prostriedku, ktorý podala AA proti predmetnému uzneseniu kartelového súdu. Svojím opravným prostriedkom sa AA domáha zrušenia uznesenia kartelového súdu, ako aj posúdenia jej transakcie v zmysle predpisov rakúskeho práva hospodárskej súťaže (§ 7 a § 9 KartG) ako koncentrácie podliehajúcej oznámeniu.

IV. Návrh na začatie prejudiciálneho konania a konanie pred Súdny dvorom

17. Uznesením z 31. marca 2016, doručeným 2. mája 2016, predložil Oberster Gerichtshof (Najvyšší súd) nášmu Súdnemu dvoru v súlade s článkom 267 ZFEÚ návrh na začatie prejudiciálneho konania o tejto otázke:

„Má sa článok 3 ods. 1 písm. b) a ods. 4 nariadenia (ES) č. 139/2004 vykladať v tom zmysle, že zmena zo samostatnej kontroly na spoločnú kontrolu v existujúcom podniku, pričom predtým samostatne kontrolujúci podnik sa aj naďalej podieľa na spoločnej kontrole, predstavuje koncentráciu iba v tom prípade, ak tento podnik natrvalo vykazuje všetky vlastnosti samostatného subjektu?“

18. V rámci prejudiciálneho konania vedeného pred Súdny dvorom predložili svoje písomné pripomienky Austria Asphalt, Spolkový zástupca pre kartelové veci a Európska komisia, ktorí sa zúčastnili aj na pojednávaní 22. marca 2017.

V. Posúdenie

19. Svojou otázkou sa vnútroštátny súd snaží v zásade zistiť, či sa zmena kontrolných pomerov v rámci existujúceho podniku – v prejednávanej veci prechod z výlučnej kontroly na spoločnú kontrolu podniku vyrábajúceho asfalt Mürzzuschlag – považuje za koncentráciu medzi podnikmi v zmysle článku 3 nariadenia o fúziách, ak spoločný podnik, ktorý z tejto transakcie vznikne, nie je plne funkčným podnikom.

¹⁰ List z 22. decembra 2015 (konzultácia C.1493 – STRABAG/PORR/AMA Mürzzuschlag), podpísaný riaditeľom generálneho riaditeľstva pre hospodársku súťaž príslušným pre oblasť ťažkého priemyslu, výroby a poľnohospodárstva.

¹¹ Ďalej len „vnútroštátny súd“.

20. Východiskový bod je zrejmý: koncentráciou je v zmysle článku 3 ods. 1 písm. b) nariadenia o fúziách každý postup, ktorý vedie k trvalému získaniu výlučnej alebo spoločnej kontroly nad podnikom alebo jeho časťou. Problematické je však spojenie tohto ustanovenia s článkom 3 ods. 4 nariadenia o fúziách. Posledný uvedený článok sa totiž v súvislosti s pojmom koncentrácia odvoláva aj na „vytvorenie spoločného podniku“, konkrétne, ak tento spoločný podnik „trvalo vykonáva všetky funkcie samostatného hospodárskeho subjektu“, a teda je plne funkčným podnikom.

21. Vzhľadom na uvedenú formuláciu, ako aj systematické zaradenie článku 3 ods. 4 nariadenia o fúziách nie je jasné, či spoločné podniky vo všeobecnosti podliehajú európskej kontrole fúzií iba vtedy, ak sú „samostatnými hospodárskymi subjektmi“, inými slovami, ak ide o plne funkčné podniky. Do úvahy by totiž prichádzal aj taký výklad článku 3 ods. 4 nariadenia o fúziách, v zmysle ktorého by sa reštriktívny odkaz na plne funkčný podnik uplatnil výlučne v prípade *založenia nového* spoločného podniku, a nie pri *zmene existujúceho* podniku na spoločný podnik podliehajúci spoločnej kontrole dvoch koncernov. Ak by sa uplatnil posledný uvedený výklad, podliehali by kontrole fúzií *všetky* postupy, z ktorých v zmysle článku 3 ods. 1 písm. b) nariadenia o fúziách vyplynie trvalá zmena kontroly nad existujúcim (spoločným) podnikom bez ohľadu na to, či ide o plne funkčný podnik alebo tak, ako v prípade podniku na výrobu asfaltu Mürzzuschlag, iba o výrobné jednotky, ktoré trhu.

22. Zaujímavosťou je, že Európska komisia sa v prebiehajúcom súdnom konaní prikláňa k poslednému uvedenému výkladu, hoci v predchádzajúcom *zhodnom prípade* príslušný služobný útvar Komisie pre kontrolu koncentrácií zastával diametrálne odlišné stanovisko.¹² Je nanajvýš poľutovaniahodné, že Komisia v takýchto často sa opakujúcich otázkach týkajúcich sa právomoci nestanoví vopred jasné a jednoznačný prístup, ktorý by následne dôsledne uplatňovala.¹³ Iba tak sa totiž účastníci trhu môžu spoliehať na stanoviská a odporúčania príslušných služobných útvarov Komisie v konaniach týkajúcich sa koncentrácií medzi podnikmi a správne stanoviť rozsah povinností vyplývajúcich z práva Únie, a to aj napriek tomu, že majú iba nezáväznú povahu administratívneho písomného vyjadrenia.

23. Domnievam sa, že v tomto ohľade nemá význam sa abstraktne zamýšľať nad tým, či je cieľom článku 3 ods. 4 nariadenia o fúziách v súvislosti so spoločnými podnikmi rozšíriť, zúžiť alebo iba spresniť pojem koncentrácia upravený v článku 3 ods. 1 písm. b) nariadenia o fúziách. Naopak, je potrebné nájsť praktické riešenie výkladu a uplatňovania článku 3 nariadenia o fúziách. V tomto ohľade a v súlade s ustálenou judikatúrou sa prihliada jednak na znenie, ako aj súvislosti a ciele tohto ustanovenia.¹⁴

Znenie

24. Zo znenia článku 3 nariadenia o fúziách nemožno v súvislosti s diskutovanou otázkou v tejto veci vyvodiť jednoznačný záver. Článok 3 ods. 4 sa obmedzuje na konštatovanie, že založenie spoločného podniku, ktorý trvalo vykonáva všetky funkcie samostatného hospodárskeho subjektu, sa v zmysle článku 3 ods. 1 písm. b) nariadenia o fúziách považuje za koncentráciu. V prípade tejto formulácie však naďalej nie je jasné, či sa úplná funkčnosť, teda okolnosť, že sa trvalo vykonávajú funkcie samostatného hospodárskeho subjektu, vyžaduje iba v prípade založenia *nového* spoločného podniku alebo či sa tým myslí aj zmena už existujúceho podniku na spoločný podnik, a teda že aj takáto zmena podlieha európskej kontrole fúzií iba v tom prípade, ak je dotknutý podnik plne funkčným podnikom.

¹² V tejto súvislosti pozri body 14 a poznámku pod čiarou č. 10 týchto návrhov.

¹³ Vnútroštátny súd poukazuje na tú skutočnosť, že Komisia vo svojej rozhodovacej praxi v prípadoch zmeny výlučnej kontroly na spoločnú kontrolu až donedávna sčasti prehodnocovala a sčasti vôbec neuplatňovala kritérium plnej funkčnosti.

¹⁴ Ako príklad pozri rozsudok z 8. septembra 2015, Španielsko/Parlament a Rada (C-44/14, EU:C:2015:554, bod 44) a v tomto zmysle rozsudok z 8. novembra 2016, Ogňanov (C-554/14, EU:C:2016:835, bod 31).

25. Spor, ktorý bol predložený Súdnemu dvoru, jasne dokazuje, že do úvahy prichádzajú obidve možnosti výkladu. Článok 3 ods. 4 nariadenia o fúziách možno teda v súlade s názorom spoločnosti AA vykladať v tom zmysle, že vo všeobecnosti sa európska kontrola fúzií vzťahuje *iba* na také spoločné podniky, ktoré sú plne funkčné, bez ohľadu na to, či pri ich „vzniku“ dochádza k založeniu nového podniku alebo zmene existujúceho podniku na spoločný podnik. Vzhľadom na znenie článku 3 ods. 4 nariadenia o fúziách je však možné prikloniť sa aj k názoru Komisie a kritériu plnej funkčnosti, ako predpokladu pre výkon európskej kontroly fúzií, uplatniť *iba* v prípade založenia nového spoločného podniku, pričom zmena kontroly v už existujúcom podniku, ku ktorej dôjde v dôsledku zmeny na spoločný podnik, by v každom prípade podliehala kontrole fúzií, a to aj vtedy, ak by nebola splnená podmienka plnej funkčnosti, keďže ani článok 3 ods. 4, ani článok 3 ods. 1 písm. b) nariadenia o fúziách výslovne nestanovuje podmienku, aby *existujúci* podnik trvalo vykonával všetky funkcie samostatného hospodárskeho subjektu.

26. V prípade, že znenie predpisu práva Únie, tak ako v tejto veci znenie článku 3 nariadenia o fúziách pripúšťa rôzne výklady, je potrebné stanoviť vhodný spôsob na jeho výklad s ohľadom na ciele a systematiku vyplývajúce z tohto ustanovenia. Na doplnenie je možné vziať do úvahy históriu vzniku tohto ustanovenia.

Ciele

27. Sporné ustanovenie článku 3 ods. 4 nariadenia o fúziách bližšie spresňuje druhá veta odôvodnenia 20 nariadenia ES o fúziách. V tomto odôvodnení sa uvádza, že do pôsobnosti tohto nariadenia patria aj všetky spoločné podniky, ktoré trvalo vykonávajú všetky funkcie samostatného hospodárskeho subjektu – teda inými slovami plne funkčné podniky.

28. Preambula nariadenia ES o fúziách teda *nerozlišuje* novozaložené spoločné podniky od podnikov, ktoré tak, ako v tejto veci, vyplynuli z prevodu už existujúcich podnikov z režimu výlučnej kontroly jedného koncernu pod spoločnú kontrolu dvoch koncernov. Z tohto hľadiska je potrebné vychádzať z predpokladu, že ani článok 3 ods. 4 nariadenia o fúziách nestanovuje takéto rozlišovanie, ale naopak predpokladá všeobecné uplatnenie kritéria plnej funkčnosti na všetky *spoločné podniky* bez ohľadu na to, či bol spoločný podnik novozaložený alebo či jeho „založenie“ vyplynulo zo zmeny existujúceho podniku na spoločný podnik.

29. Takýto výklad v zásade vychádza zo všeobecných cieľov európskej kontroly fúzií. Ako totiž vyplýva z odôvodnenia 8 nariadenia ES o fúziách, toto nariadenie sa má uplatňovať na *významné štrukturálne zmeny*, ktorých dopad na trh prekračuje štátne hranice ktoréhokoľvek členského štátu. V tomto zmysle sa aj v prvej vete odôvodnenia 20 uvádza, že pojem koncentrácia je účelné definovať tak, aby zahŕňal činnosti vyvolávajúce trvalé zmeny kontroly účastníkov koncentrácie, a tým aj *štruktúry trhu*.

30. Vzhľadom na takto stanovené ciele je zrejmé, že európska kontrola fúzií sa zameriava na také konania, ktoré vedú k zmene štruktúry trhu. K takejto zmene štruktúry trhu však dochádza len vtedy, keď nastanú podstatné zmeny v kontrole účastníkov koncentrácie, ktorí skutočne pôsobia na trhu, alebo aspoň skutočne zamýšľajú na ňom pôsobiť.

31. Odporovalo by podstate európskej kontroly fúzií, ak by sa zmena existujúcich podnikov, ktoré nie sú plne funkčné, na spoločný podnik podrobila povinnej kontrole Komisie *ex ante* v súlade s požiadavkami nariadenia o fúziách. Ak totiž samotný subjekt samostatne nepôsobí na trhu, nemôže sa ani zmena v kontrole nad týmto subjektom spájať so zmenou štruktúry trhu.

32. V tejto súvislosti sa odkaz Komisie na spojku „aj“ uvedenú v druhej vete odôvodnenia 20 nariadenia ES o fúziách nezdá byť relevantný. Jednak sa táto formulácia uvádza len v niektorých jazykových zneniach, napríklad v nemeckom znení, ale v mnohých iných jazykových zneniach, ako napríklad v anglickom alebo francúzskom znení, úplne chýba. Jednak tvrdenie Komisie nevyznieva

presvedčivo ani po obsahovej stránke. Na prvý pohľad síce formulácia, v zmysle ktorej „aj všetky spoločné podniky, ktoré trvalo vykonávajú všetky funkcie samostatného hospodárskeho subjektu“,¹⁵ majú patriť do pôsobnosti nariadenia ES o fúziách, nevylučuje, že európska kontrola koncentrácií zahŕňa okrem toho aj iné formy spoločných podnikov – konkrétne podniky, ktoré *nie sú* plne funkčné. Pri dôkladnejšom posúdení by však odporovalo všeobecnému cieľu nariadenia ES o fúziách, ak by kontrole *ex ante* podliehali také zámery, ktoré sa spájajú so zmenou štruktúry trhu.

33. Na rozdiel od názoru Komisie zmena podniku, ktorý nie je plne funkčný, na spoločný podnik nemôže patriť ani do pôsobnosti európskej kontroly fúzií v zmysle článku 3 ods. 1 písm. b) nariadenia o fúziách. Skutkové okolnosti koncentrácie upravené v tomto ustanovení si totiž vyžadujú, aby došlo k trvalej zmene kontroly *podniku* alebo *časti podniku*. Pojem podnik pritom tak, ako v prípade iných predpisov európskeho práva hospodárskej súťaže, treba chápať funkčne, a to zahŕňajúc každý subjekt vykonávajúci hospodársku činnosť bez ohľadu na jeho právne postavenie a spôsob jeho financovania.¹⁶ Keďže sa pod pojmom hospodárska činnosť rozumie ponúkanie tovarov, ako aj služieb na konkrétnom trhu,¹⁷ nemôžu spoločné podniky *bez toho*, aby samy pôsobili na trhu, teda bez toho, aby boli plne funkčné, patriť do pôsobnosti článku 3 ods. 1 písm. b) nariadenia o fúziách.

Súvislosti

34. K inému záveru nemožno dospieť ani s ohľadom na súvislosti týkajúce sa článku 3 nariadenia o fúziách.

35. Napokon jednak nariadenie ES o fúziách a jednak súvisiace nariadenie č. 1/2003 majú slúžiť ako vykonávacie nariadenia k pravidlám hospodárskej súťaže na vnútornom trhu, ktoré upravujú články 101 a 102 ZFEÚ, pričom sa vždy uplatní len jedno z týchto dvoch nariadení (v tejto súvislosti pozri článok 21 ods. 1 nariadenia o fúziách).

36. Kým v rámci pôsobnosti nariadenia ES o fúziách sa v súvislosti so zmenami v štruktúre trhu zaviedol systém preventívnej a povinnej kontroly *ex ante*, správanie sa podnikov na trhu, či už ide o kolúzne správanie alebo individuálne zneužívanie postavenia podniku na trhu v zmysle nariadenia č. 1/2003, podlieha iba represívnej kontrole *ex post*, ktorej výkon patrí do diskrečnej právomoci orgánov hospodárskej súťaže.

37. Ako možno vyvodíť z článku 21 ods. 1 nariadenia o fúziách, pojem koncentrácia v zmysle článku 3 nariadenia o fúziách vytvára hranicu medzi oboma uvedenými čiastkovými odvetviami európskeho práva hospodárskej súťaže¹⁸. Systematický výklad článku 3 nariadenia o fúziách si teda vyžaduje, aby sa pojem koncentrácia vykladal v tom zmysle, že iba skutočné zmeny v štruktúre trhu podliehajú európskej kontrole fúzií, pričom samotné trhové správanie podnikov takejto kontrole nepodlieha.

¹⁵ Kurzívou zvýraznila generálna advokátka.

¹⁶ Rozsudky z 23. apríla 1991, Höfner a Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, bod 21), zo 16. marca 2004, AOK Bundesverband a. i. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 a C-355/01, EU:C:2004:150, bod 46), a zo 17. septembra 2015, Total/Komisia (C-597/13 P, EU:C:2015:613, bod 33); v tomto zmysle už rozsudok z 12. júla 1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, bod 11).

¹⁷ Rozsudky z 18. júna 1998, Komisia/Taliansko (C-35/96, EU:C:1998:303, bod 36), z 12. septembra 2000, Pavlov a. i. (C-180/98 až C-184/98, EU:C:2000:428, bod 75), z 10. januára 2006, Cassa di Risparmio di Firenze a. i. (C-222/04, EU:C:2006:8, bod 108), z 1. júla 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, bod 22) a z 23. februára 2016, Komisia/Maďarsko (C-179/14, EU:C:2016:108, bod 149).

¹⁸ Skoršia prax spočívajúca v sporadickom uplatňovaní článku 85 Zmluvy o EHS (teraz článok 101 ZFEÚ) resp. článku 86 Zmluvy o EHS (teraz článok 102 ZFEÚ) a súvisiacich procesných predpisov (teraz nariadenie č. 1/2003) na koncentrácie medzi podnikmi (pozri rozsudky z 21. februára 1973, Europemballage a Continental Can/Komisia, 6/72, EU:C:1973:22 a zo 17. novembra 1987, British American Tobacco a Reynolds Industries/Komisia, 142/84 a 156/84, EU:C:1987:490) stratila relevanciu nadobudnutím účinnosti jednotlivých predpisov týkajúcich sa európskej kontroly fúzií, ktoré sú v súčasnosti upravené v nariadení ES o fúziách.

38. Článok 3 ods. 4 nariadenia o fúziách preto treba vykladať v tom zmysle, že aj v prípade zmeny existujúceho podniku na spoločný podnik ide o koncentráciu v zmysle článku 3 ods. 1 písm. b) nariadenia o fúziách, ak je tento podnik plne funkčný. Iba vtedy dochádza k zmene štruktúry trhu, ktorou možno odôvodniť kontrolu fúzií. Na rozdiel od toho, ak zo spornej transakcie vyplynie nový spoločný podnik, ktorý *nie je* plne funkčný, je v každom prípade potrebné zabezpečiť koordináciu trhového správania oboch materských spoločností v rámci ich spolupráce na úrovni spoločného podniku. Hoci takáto koordinácia trhového správania môže byť nepochybne relevantná z hľadiska článkov 101 a 102 ZFEÚ, nie je problematikou európskej kontroly fúzií, ale otázkou patriacou do pôsobnosti nariadenia č. 1/2003.

39. Spolkový zástupca pre kartelové veci poukazuje na to, že orgány hospodárskej súťaže by v prípade upustenia od kontroly *ex ante* v situáciách, o akú ide v tejto veci, nedokázali dostatočne rýchlo reagovať na prípadné narušenie hospodárskej súťaže na trhu, ktorý je už v súčasnosti významne koncentrovaný. Ide však o nevyhnutný dôsledok zavedenia systému uplatňovania kartelového práva na základe nariadenia č. 1/2003. Normotvorca Únie od 1. mája 2004 cielene upustil od povinného prechádzajúceho ohlasovania dohôd uzatváraných medzi podnikmi, a to jednak s cieľom posilniť zodpovednosť účastníkov trhu, a jednak na účely uvoľnenia zdrojov na úrovni orgánov hospodárskej súťaže, čo napokon rozširuje ich priestor na stanovenie priorít pri uplatňovaní kartelového práva. Ak by sa teda prostredníctvom rozširujúceho výkladu pojmu koncentrácia zahrnuli viaceré prípady do pôsobnosti európskej kontroly fúzií, takýto postup by nerešpektoval novú systematiku uplatňovania európskych pravidiel hospodárskej súťaže, ktorá sa s účinnosťou od 1. mája 2004 zaviedla nariadením ES o fúziách a nariadením č. 1/2003. Medzinárodným orgánom hospodárskej súťaže nič nebráni v tom, aby udalostiam na významne koncentrovaných trhoch, o aký ide aj v tejto veci, venovali v rámci svojich priorít uplatňovania kartelového práva (články 101 a 102 ZFEÚ) osobitnú pozornosť.

História vzniku

40. Napokon ani v súvislosti s históriou vzniku článku 3 ods. 4 nariadenia o fúziách nemožno dospieť k inému záveru.

41. Článok 3 ods. 4 nariadenia o fúziách vychádza z nariadenia (ES) č. 1310/97¹⁹, ktorým bolo zhodné ustanovenie vložené už do nariadenia, ktoré predchádzalo súčasnému nariadeniu ES o fúziách.

42. Už v tom čase mal normotvorca Únie v úmysle podrobiť trvalé zmeny v štruktúre podnikov kontrole koncentrácií. Uvádzaným dôvodom prijatia novej právnej úpravy v danom čase, ktorá mimochodom doposiaľ platí v nezmenenej podobe,²⁰ bolo zahrnúť do pôsobnosti európskej kontroly fúzií všetky plne funkčné spoločné podniky.²¹

43. Na rozdiel od toho, samotné spolupráce medzi podnikmi, ktoré síce viedli k vzniku spoločných podnikov, ale nespájali sa s vlastným pôsobením týchto spoločných podnikov na trhu, doposiaľ neboli predmetom európskej kontroly fúzií, a to ani v zmysle nariadenia ES o fúziách, ani podľa predchádzajúcej právnej úpravy.²²

19 Nariadenie Rady (ES) č. 1310/97 z 30. júna 1997, ktorým sa mení a dopĺňa nariadenie Rady (EHS) č. 4064/89 o kontrole koncentrácií medzi podnikmi (Ú. v. ES L 180, 1997, s. 1; Mím. vyd. 08/001, s. 164).

20 Prijatím súčasného nariadenia ES o fúziách došlo výlučne k zmene číslovania príslušných ustanovení v rámci článku 3 nariadenia o fúziách.

21 V tejto súvislosti pozri odôvodnenie 5 nariadenia č. 1310/97, ktoré v príslušnej časti znie: „keďže je vhodné definovať pojem koncentrácie takým spôsobom, aby zahŕňal činnosti spôsobujúce trvalú zmenu v štruktúre daných podnikov; keďže v osobitnom prípade spoločných podnikov je vhodné zahrnúť do oblasti pôsobnosti nariadenia (EHS) č. 4064/89 všetky plne funkčné spoločné podniky. ...“

22 Podľa pôvodnej právnej úpravy uvedenej v článku 3 ods. 2 nariadenia (EHS) č. 4064/89, nepodliehali *spolupracujúce* spoločné podniky, na rozdiel od *koncentrovaných* spoločných podnikov, európskej kontrole fúzií.

Záverečné pripomienky

44. Na základe všetkých uvedených skutočností možno dospieť k záveru, že pojem koncentrácia v zmysle článku 3 nariadenia o fúziách treba chápať v tom zmysle, že založenie spoločného podniku bez ohľadu na to, či ide o založenie úplne nového podniku alebo zmenu existujúceho podniku na spoločný podnik, podlieha európskej kontrole fúzií iba v tom prípade, ak ide o plne funkčný podnik.

45. Totiž to, čo platí v prípade založenia nového spoločného podniku, sa musí nevyhnutne zohľadniť aj vtedy, ak ide o zmenu existujúceho podniku na spoločný podnik. Uvedené konštatovanie platí o to viac v situácii, o akú ide v tejto veci, keď sa sporná transakcia z hľadiska zamýšľaného založenia novej obchodnej spoločnosti²³ nepochybne podobá založeniu nového podniku.

46. Obavy Komisie, ktoré vyjadrila na pojednávaní, a v zmysle ktorých by dlhodobé uplatňovanie kritéria plnej funkčnosti mohlo predstavovať medzeru vo výkone európskej kontroly fúzií (v anglickom znení: „enforcement gap“), nemožno prijať. Práve naopak, domnievam sa, že upustenie od kritéria plnej funkčnosti, ktoré navrhuje Komisia v prípade zmeny existujúcich podnikov na spoločné podniky, by mohlo oslabiť pojem koncentrácia v zmysle článku 3 nariadenia o fúziách a odvieť pozornosť Komisie od transakcií, ktoré sú skutočne relevantné pre štruktúru trhu.

47. Na rozdiel od Komisie nepovažujem vo všeobecnosti za potrebné rozhodnúť v tomto konaní o tom, za akých podmienok spadá prípadný odchod spoločného podniku z trhu do kompetencií európskej kontroly koncentrácií. Prejednávaná vec sa totiž netýka odchodu, ale práve naopak, vzniku spoločného podniku. Ak by malo dôjsť k tomu, že podnik *po* zmene na spoločný podnik, a teda *po* zmene kontroly nad týmto podnikom, odíde na základe rozhodnutia materských spoločností z trhu, šlo by skôr o otázku trhového správania materských spoločností (článok 101 alebo 102 ZFEÚ), ako o otázku zmeny štruktúry trhu.

VI. Návrh

48. Na základe vyššie uvedených úvah navrhujem, aby Súdny dvor na návrh na začatie prejudiciálneho konania, ktorý predložil rakúsky Oberster Gerichtshof (Najvyšší súd), odpovedal takto:

Prevod existujúceho podniku alebo časti podniku zo samostatnej kontroly jedného koncernu pod spoločnú kontrolu tohto prvého koncernu spolu s ďalším od neho nezávislým koncernom, predstavuje koncentráciu medzi podnikmi v zmysle článku 3 nariadenia (ES) č. 139/2004 iba v tom prípade, ak spoločný podnik, ktorý vyplynie z tejto transakcie, trvalo vykonáva všetky funkcie samostatného hospodárskeho subjektu.

²³ V tejto súvislosti pozri bod 13 týchto návrhov vyššie.