



UOHSX004DY9A

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R71/2012/KS-17221/2012/320/RJa

Brno 12. 9. 2012

V řízení o rozkladu, který proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S046/2012/KS-4060/2012/840/JMě označenému datem 29. 2. 2011 ve věci povolení spojení soutěžitelů ve smyslu § 12 a násl. zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů, podali účastníci řízení, společnosti **SLOT Group, a.s.**, se sídlem Karlovy Vary, Jáchymovská 142, IČ: 62741560, **FORTUNA GAME a.s.**, se sídlem Praha 1, Nové Město, Vodičkova 699/30, IČ: 43003575, **Tipsport.net a.s.**, se sídlem Beroun, Politických vězňů 156, IČ: 28471008, **CHANCE a.s.**, se sídlem Frýdek-Místek, Radniční 13, IČ: 14613549, a **Meracrest, a.s.**, se sídlem Praha 5, Na Hřebenkách 2288/72, IČ: 26700808, všichni právně zastoupeni JUDr. Pavlem Noskem, advokátem se sídlem Jungmannova 745/24, Praha 1, jsem podle § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, a po návrhu rozkladové komise,

**rozhodl takto**

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S046/2012/KS-4060/2012/840/JMě označené datem 29. 2. 2011 dle § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s téhož § 152 odst. 4 písm. zákona, **potvrzují** a podaný rozklad **z a m í t á m**.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Napadené rozhodnutí

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“) vydal rozhodnutí ÚOHS-S046/2012/KS-4060/2012/840/JMě (dále též „**napadené rozhodnutí**“), označené datem 29. 2. 2011, v jehož výroku Úřad jako orgán příslušný podle ustanovení § 1 ve spojení s § 12 an. zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů (dále též „**zákon**“), rozhodl, že účastníky řízení zamýšlené založení společně kontrolovaného podniku „CZ POKER“ nepředstavuje spojení soutěžitelů ve smyslu § 12 zákona a z tohoto důvodu povolení Úřadu nepodléhá.

### II. Rozklad

2. Účastníci řízení podali proti napadenému rozhodnutí včas rozklad, doplněný přípisy ze dne 20. 4. 2012 a ze dne 20. 7. 2012, v jehož rámci uplatnili níže uvedené námítky.

#### *Formální vady*

3. Předně účastníci řízení napadají **nesprávné datování rozhodnutí**, které je opatřeno datem 29. 2. 2011, které je zjevně nesmyslné a chybné.
4. Dále brojí proti tomu, že Úřad v rámci řízení použil pro označení zamýšlené formy spolupráce označení „**společně kontrolovaný podnik**“, tedy legislativní zkratku použitou zákonem k označení formy spojení soutěžitelů, což je v přímém protikladu k výroku rozhodnutí o tom, že v daném případě o zákonem rozpoznanou formu spojení soutěžitelů nejde.
5. Dále účastníci řízení namítají, že se Úřad s některými **podklady vůbec nevypořádal**, takže není možné dohledat, na základě kterých skutečností rozhodl, a zda rozhodl na základě skutečností obsažených ve správním spise. Napadené rozhodnutí tak není úplné, jasné ani srozumitelné a nesplňuje tak skutečnosti vyžadované zákonem pro odůvodnění rozhodnutí ve správním řízení.

#### *Neúplnost odůvodnění*

6. Účastníci řízení v tomto bodě postrádají dostatečné zhodnocení jednotlivých podkladů a detailnější úvahy popisující, jak Úřad postupoval při hodnocení důkazů a při výkladu právních předpisů a relevantního soft-law. U řady podkladů dle účastníků řízení chybí dostatečné právní zhodnocení ukazující, jak Úřad k danému závěru došel – zde je poukázáno např. na bod 50. napadeného rozhodnutí, kde Úřad nezaujímá po popsání skutkových okolností týkajících se obchodní závislosti dceřiné společnosti žádný konkrétní závěr.

7. Další závěry Úřadu pak mají postrádat oporu v provedeném dokazování, resp. ve správním spise – zde je příkladem poukázáno na tvrzení v bodě 51 napadeného rozhodnutí, kde je řečeno, že „není možné s vyšší mírou jistoty konstatovat, že v nejbližší době nějaký soutěžitel takové služby nabízet bude“.
8. Konečně se pak Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí údajně s některými podklady vůbec nevypořádal, resp. z odůvodnění napadeného rozhodnutí není údajně zjevné, zda důsledně zvážil všechny informace a podklady, tvořící součást správního spisu.
9. Výčet těchto vad uzavírají účastníci řízení s tím, že jejich následkem je rozhodnutí nejasné, nesrozumitelné a nedostatečně úplné.

#### *Nezávislost obchodního vedení*

10. Účastníci řízení poukazují konkrétně na domnělou nesprávnost některých skutkových zjištění. V první řadě upozorňují na to, že na rozdíl od tvrzení Úřadu<sup>1</sup> jsou strategická ujednání akcionářů (dále též „**strategická ujednání**“) přijímána u příležitosti konání valné hromady. Dále uvádějí, že jsou si vědomi toho, že valná hromada z podstaty věci takovoto rozhodnutí přijímat nemůže, ale že vlastní konání valné hromady může být k jejich přijímání využito.
11. Tato ujednání mají být prostředkem kontroly akcionářů nad společností v oblasti strategických rozhodnutí, nikoliv však nástrojem k omezení či ovlivnění konkrétních obchodních rozhodnutí představenstva. Kontrola má být vykládána v souladu s § 12 odst. 4 zákona jako právo poskytující rozhodující vliv na složení, hlasování a rozhodování orgánů kontrolovaného soutěžitele, a kontrola v tomto smyslu je dle vyjádření účastníků řízení nutnou podmínkou založení společně kontrolovaného podniku - v tomto bodě je také poukázáno na bod 93 Konsolidovaného Sdělení Komise k otázkám příslušnosti podle nařízení Rady (ES) č. 139/2004 o kontrole spojování podniků (dále též „**Sdělení**“<sup>2</sup>). Dle Sdělení hospodářská samostatnost společně založeného podniku sama o sobě neznamená, že by představenstvo podniku mohlo činit všechna strategická ujednání. Akcionářům však dle přesvědčení účastníků řízení nesmí náležet obchodní vedení společnosti (což by podle nich mělo být zaručeno již ustanoveními zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku, ve znění pozdějších předpisů – dále též „**obchodní zákoník**“) – jediná možná forma zásahu akcionářů v tomto směru má spočívat v zakotvení mechanismu umožňujícího odvolání takového člena představenstva společnosti, který by opakovaně a bez upozornění jednal v rozporu se strategickými ujednáními.

---

<sup>1</sup> Bod 44. napadeného rozhodnutí: „...tzv. *strategická ujednání mají být přijímána na řádných či mimořádných valných hromadách společnosti...*“

<sup>2</sup> „*Skutečnost, že je společný podnik plně funkční a tudíž ve funkčním ohledu hospodářsky plně samostatný, ještě neznamená, že může sám činit vlastní strategická rozhodnutí. V opačném případě by společně ovládaný podnik nemohl být v žádném případě považován za plně funkční společný podnik, a tudíž by bylo zcela nemožné splnit podmínku stanovenou v čl. 3 odst. 4 (85). Ke splnění kritéria plné funkčnosti tudíž postačí, je-li společný podnik autonomní z hlediska svého fungování.*“

12. Dle druhého doplnění rozkladu je třeba rozlišovat mezi výkonem **rozhodujícího vlivu** a výkonem **obchodního vedení**. Oproti napadenému rozhodnutí mají účastníci řízení za to, že by akcionářům náleželo pouze rozhodování o strategických otázkách, a že takováto forma rozhodnutí (označitelná jako rozhodující vliv) nijak nenarušuje obchodní vedení společnosti, a není tedy indikací toho, že by nově vzniklá společnost neplnila všechny funkce samostatné hospodářské jednotky. Opírají se přitom o odbornou literaturu<sup>3</sup>, dle které je možné podílet se prostřednictvím valné hromady na vedení společnosti, pokud se tak děje na základě takových pokynů či zásad, které nezasahují bezprostředně do obchodního vedení společnosti, byť by se jej v dlouhodobém horizontu dotýkaly. Pravomoci řízení společnosti se tak dle účastníků řízení mají dělit na bezprostřední obchodní vedení náležící představenstvu, které odpovídá autonomii z hlediska fungování<sup>4</sup>, a na tvorbu vlastních strategických rozhodnutí spadající do působnosti valné hromady, a odpovídající pojmu výkon rozhodujícího vlivu, tak jak je definován v bodě 93. Sdělení, a v bodě 50. Oznámení o konceptu spojení soutěžitelů ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže (dále též „Oznámení“). Svůj názor dále opírají o judikaturu potvrzující, že zásady uvedené v § 194 odst. 4 Obchodního zákoníku nezasahují bezprostředně do obchodního vedení, přestože se jej v dlouhodobém horizontu dotýkají – dle judikátu jde např. o zásady dlouhodobé investiční politiky, ovlivňující směr rozvoje společnosti nebo naopak to, jaké významné aktivity má společnost utlumit či zrušit, apod.<sup>5</sup> S odvoláním na odbornou literaturu pak účastníci řízení

<sup>3</sup> ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M. Obchodní zákoník. 13. vydání. Praha: C.H. Beck, 2010. S. 719: „...přiznává-li zákon akcionářům prvá podílet se prostřednictvím valné hromady na vedení společnosti, stěží lze vyloučit jakýkoliv jejich zásah do činnosti společnosti. Domníváme se však, že takový zásah, popřípadě usměrňování podnikatelské činnosti společnosti, se může realizovat pouze na základě takových pokynů, popřípadě zásad, které nezasahují bezprostředně do obchodního vedení, i když se jej v dlouhodobém horizontu také týkají. Půjde např. o zásady dlouhodobé investiční politiky nebo o rozhodování o tom, jakým směrem se bude společnost nadále vyvíjet či naopak, které své významné aktivity utlumí, či zcela zruší, apod. Přijímání, reps. schvalování, takto zásadních rozhodnutí přísluší valné hromadě a představenstvo se pak rozhodnutím valné hromady musí řídit.“

<sup>4</sup> Zde je poukázáno na bod 93 Sdělení: „Skutečnost, že je společný podnik plně funkční a tudíž ve funkčním ohledu hospodářsky plně samostatný, ještě neznámá, že může sám činit vlastní strategická rozhodnutí. V opačném případě by společně ovládaný podnik nemohl být v žádném případě považován za plně funkční společný podnik, a tudíž by bylo zcela nemožné splnit podmínku stanovenou v čl. 3 odst. 4 (85). Ke splnění kritéria plné funkčnosti tudíž postačí, je-li společný podnik autonomní z hlediska svého fungování.“

<sup>5</sup> Viz. rozsudek 15 Tdo 294/2009 ze dne 26. 8. 2009: „Nestanoví-li obchodní zákoník jinak, není nikdo, tedy ani valná hromada, oprávněn dávat jednatelem pokyny týkající se obchodního vedení, kam by spadal i shora uvedený případ uzavření smlouvy o převzetí dluhu... Podle ustáleného teleologického výkladu je třeba první a třetí větu § 194 odst. 4 obch. zák. vykládat ve vzájemné vazbě tak, že jednatel je sice povinen se řídit pokyny valné hromady nebo jediného společníka společnosti s ručením omezeným (srov. § 132 obch. zák.), ten však nesmí vydávat pokyny týkající se obchodního vedení společnosti. K takovému výkladu vede i skutečnost, že má-li být jednatel společnosti s ručením omezeným (podobně jako představenstvo akciové společnosti) ve vztahu ke společnosti, popř. ve vztahu ke třetím osobám plně odpovědný za výkon své funkce, není dost dobře možno takovou odpovědnost založit za stavu, kdy by byl omezen pokyny valné hromady nebo jediného společníka společnosti s ručením omezeným při výkonu obchodního vedení společnosti. Uvedené pokyny ve smyslu § 194 odst. 4 věty první obch. zák. se mohou týkat jen zásad, které nezasahují bezprostředně do obchodního vedení, i když se jej v dlouhodobém horizontu také týkají, tedy např. zásad dlouhodobé investiční politiky, popř. směru jakým se společnost bude vyvíjet, či naopak jaké významné aktivity společnost utlumí či zcela zruší apod.“

také dokládají, že člen představenstva má při rozhodování v představenstvu dát přednost zájmům společnosti před zájmy akcionáře, a nenechat se při výkonu funkce tímto akcionářem ovlivňovat. Také z komunitární judikatury jsou v rozkladu dovozeny obdobné závěry.<sup>6</sup> Také z článku 14 odst. 2 stanov společnosti CZ POKER vyplývá, že představenstvo rozhoduje o všech záležitostech, které nejsou zákonem nebo stanovami společnosti vyhrazeny do působnosti valné hromady či dozorčí rady. Na základě těchto faktů brojí rozklad proti tvrzení napadeného rozhodnutí o tom, že značné množství významných rozhodnutí, náležitých do obchodního vedení podniku, bude činěno přímo osobami, které budou tuto společnost kontrolovat, s tím, že toto tvrzení je nesprávné i nezákonné.

13. Účastníci řízení jsou také přesvědčeni, že je v napadeném rozhodnutí chybně vymezen možný rozsah zmíněných „významných rozhodnutí“ ve formě strategických ujednání. ...[obchodní tajemství]... Tato strategická rozhodnutí tak představují sféru výkonu rozhodujícího vlivu, jak byla výše definována, nikoliv ovlivnění obchodního vedení společnosti – navíc by jednání zasahující do obchodního vedení společnosti bylo jednáním contra legem pro rozpor s ustanoveními obchodního zákoníku.

#### *Obchodní závislost*

14. Také údaj o obchodní závislosti CZ POKER na akcionářích účastníci řízení napadají s tím, že i ...[obchodní tajemství].... Podíl třetích stran na příjmech nově založeného podniku není podle nich možné reálně prokázat a tak není ani možné klást absenci tohoto důkazu účastníkům řízení k tíži – účastníci řízení předložili svůj kvalifikovaný odhad založený na jejich znalosti loterijního trhu a žádné důkazy, které by tento odhad vyvrátily, dle jejich přesvědčení napadené rozhodnutí neobsahuje (účastníci řízení upozorňují na to, že vyjádření Ministerstva financí ohledně nevydání žádné licence k provozování on-line karetní hry nepovažují za takový důkaz).
15. Dodávají také, že oproti tvrzení Úřadu bude ...[obchodní tajemství].... Důvodem, pro který ...[obchodní tajemství]....
16. Pokud jde o to, že účastníci řízení doposud nepodali žádost o vydání příslušného povolení, bylo tomu tak, protože ...[obchodní tajemství].... To, že o povolení doposud požádala jen jediná společnost, tak nemůže být důkazem proti plné funkčnosti společnosti CZ POKER. Úřad také špatně odvodil počet možných budoucích subjektů na trhu, neboť počet v současnosti podaných žádostí o příslušné povolení Ministerstva financí nemá ve vztahu k tomuto v podstatě žádnou relevanci.
17. Úřad dle rozkladu neposkytl žádný konkrétní „závěr“, ale omezil se pouze na popis skutkového stavu bez toho, aby jeho dopady řádně vyhodnotil. Ani Sdělení, ani Oznámení

---

<sup>6</sup> Case No COMP/JV.54 - SMITH & NEPHEW / BEIERSDORF / JV: „The JV will have its own management, which will have responsibility for the day to day operation of the JV and the implementation of the JV's strategy.“ Z tohoto je účastníky řízení dovozeno, že implementace strategie vytvořené mimo představenstvo představuje znak potvrzující plnou funkčnost společně kontrolovaného podniku.

o konceptu spojení soutěžitelů ve smyslu zákona o ochraně hospodářské soutěže (dále též „Oznámení“) však nepovažují za znak omezené plné funkčnosti, vykazuje-li společně kontrolovaný podnik na svých zakladatelích vyšší míru obchodní závislosti v období prvních tří let, ...[obchodní tajemství]....

18. K doplněním rozkladu účastníci přiložili kopie dopisů, dokládající zájem třetích subjektů na zapojení se do projektu – jde o kopie dopisů ...[obchodní tajemství].... Účastníci řízení přitom očekávají další nárůst zájmu po zveřejnění zprávy o založení společnosti.

#### *Zhodnocení služeb zakladatelů*

19. Účastníci řízení mají za to, že se Úřad v napadeném rozhodnutí touto otázkou vůbec nezabýval, třebaže je tato otázka pro posouzení samostatnosti společnosti CZ POKER klíčová. Zhodnocení spatřují v tom, že ...[obchodní tajemství].... Účastníci řízení pak poukazují na to, že takovéto zhodnocení služeb zakladatelů ve chvíli, kdy společně založený podnik působí na downstream trhu, představuje výrazný argument svědčící o plné funkčnosti společně kontrolovaného podniku. O té má svědčit také to, že účastníci řízení jednoznačně deklarovali svůj záměr vytvořit plně funkční podnik, a svěřit jeho řídicím orgánům řízení každodenního provozu, a přímou odpovědnost za působení na trhu a za hospodářské výsledky.
20. Naopak ekonomické zdůvodnění založení společnosti, tedy fakt, že toto založení povede k vyšší atraktivitě služeb poskytovaných jejími akcionáři a k snazšímu dosažení jejich cílů, nelze dle účastníků řízení použít k vyvození jakýchkoliv negativních závěrů o plné funkčnosti tohoto podniku, neboť plná funkčnost je parametrem spíše právním, než ekonomickým; navíc z tohoto odůvodnění nelze dovozovat cíl a smysl projektu jako celku. Toto tvrzení dle účastníků řízení dokládá i přidaná hodnota plynoucí z přínosů herní platformy CZ POKER. Zakládání společně kontrolovaného podniku navíc ze zásady vždy směřuje ke snadnějšímu dosažení obchodních cílů na trhu (maximalizaci zisku z podnikatelské činnosti), v opačném případě by totiž chyběla jakákoliv motivace k založení takového podniku. Účastníci poukazují na komunitní judikaturu, která má podložit jejich argumenty. V případě Case No COMP/M.3334 - ARCELOR/THYSSENKRUPP/STEEL24-7 shledala Komise „full functionality“ (srovnatelnou s plněním funkcí samostatné hospodářské jednotky v českém právu) u společně založeného podniku, který poskytoval prostředí pro B2B elektronické transakce pro trh, na kterém působily mateřské společnosti; obdobný závěr u obdobného případu (B2B elektronické prostředí pro zprostředkování jednání, zakázek, a nákupu zboží a služeb na trhu mateřských společností).

#### *Neexistence obdobného soutěžitele*

21. Z pouhé skutečnosti, že doposud na trhu žádný soutěžitel nenabízí služby zaměnitelné se službami společnosti CZ POKER nelze dovodit omezenou funkčnost této společnosti. Relevantní právní normu je totiž dle jejich názoru nutné interpretovat opačným směrem, tedy tak, že existence obdobného subjektu je indicií nasvědčující plné funkčnosti, ale nikoliv tak, že by jeho neexistence byla okolností přitěžující účastníkům řízení.

22. Požadavek prokázání existence obdobného subjektu jako podmínka plné funkčnosti je pak dle účastníků řízení absurdní v situaci, kdy je zakládán nový trh. Názor Úřadu o tom, že nelze s vyšší mírou jistoty konstatovat, že by v nejbližší době nějaký soutěžitel obdobné služby nabízel, je považován za nepodložený a spekulativní.

#### *Založení společnosti*

23. Ve druhém doplnění rozkladu pak účastníci řízení upozorňují na to, že společnost již byla založena, a to tak, že ...[obchodní tajemství].... Tato skutečnost nemá na právním hodnocení věci žádný vliv, a proto se jí v rámci druhostupňového rozhodnutí není dále třeba zabývat.

#### **Petit rozkladu**

24. Účastníci řízení se v návaznosti na výše zmíněných námitkách domáhají toho, aby předseda Úřadu jako druhostupňový orgán napadené rozhodnutí **změnil** tak, že se spojení soutěžitelů povoluje. Pouze pokud by pro tento postup předseda Úřadu nenalezl dostatek důvodů, navrhuje účastníci řízení, aby rozhodnutí **zrušil a věc vrátil** Úřadu k dalšímu řízení.

### **III. Řízení o rozkladu**

25. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87, a proto byla věc v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále též „**správní řád**“), předána orgánu rozhodujícímu o rozkladu spolu se stanoviskem orgánu prvního stupně.
26. Podle § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem dospěl k závěrům uvedeným v dalších částech odůvodnění tohoto rozhodnutí.

### **IV. Přezkum napadeného rozhodnutí**

#### *Formální vady*

27. Předně účastníci řízení napadají nesprávné datování rozhodnutí, které je opatřeno datem 29. 2. 2011, které je zjevně nesprávné vzhledem k tomu, že toto datum neexistuje (jak připomínají sami účastníci řízení), jeho nesprávnost je navíc zřejmá také z průběhu správního řízení, protože již z data jeho zahájení a také z data doručení napadeného rozhodnutí je patrné, že k jeho vydání muselo dojít v roce 2012, což je nesporné i s ohledem na souhlasné vyjádření účastníků řízení. To, že je napadené rozhodnutí chybným datem skutečně

označeno, však zjevně nemělo žádný vliv na práva účastníků řízení, protože ti danou chybu rozpoznali a standardním způsobem využili svého práva na uplatnění opravného prostředku. I tím je zjevné, že chyba neměla vliv na možnost účastníků řízení využít svá práva a v konečném důsledku ani na zákonnost rozhodnutí.

28. Brojí-li účastníci řízení proti tomu, že pro zakládaný podnik použil Úřad výraz „společně kontrolovaný podnik“, je nutno z kontextu napadeného rozhodnutí dovodit, že ani tímto nebyli účastníci řízení přivedeni v omyl v tom smyslu, že by se domnívali, že Úřad považuje založení společnosti CZ POKER za založení společně kontrolovaného podniku ve smyslu legislativní zkratky § 12 odst. 5 zákona. Naopak je z jejich konzistentní argumentace atakující závěry Úřadu v napadeném rozhodnutí zjevné, že došli ke správnému pochopení významu, v němž Úřad tento termín v napadeném rozhodnutí používá, jak jednoznačně dokládá jimi podaný rozklad. Nadto lze upozornit na to, že samo napadené rozhodnutí legislativní zkratku „společně kontrolovaný podnik“ ve smyslu zákona nepoužívá, a že naopak i Oznámení používá tento pojem také u podniku, který neplní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky (viz. bod 53. Oznámení).
29. Co se týče údajné neúplnosti odůvodnění napadeného rozhodnutí, budu se jednotlivým argumentům a jejich namítané nedostatečnosti zabývat blíže v pasážích věnovaných konkrétním námitkám. Při přezkoumání napadeného rozhodnutí jsem však došel k závěru, že se Úřad dostatečně vypořádal se všemi podklady svého rozhodnutí a na jejich základě ke svému závěru dospěl řádným způsobem; tam, kde byla jeho argumentace napadnuta, jsem tuto argumentaci i vzhledem k v rozkladu nově uvedeným protiargumentům doplnil tak, aby bylo zřetelné, proč byly jednotlivé otázky hodnoceny tak, jak je v napadeném rozhodnutí předestřeno. Mám konečně za to, že v souhrnu argumentace napadeného rozhodnutí spolu s argumenty předestřeny níže splňuje nároky kladené na odůvodnění správního rozhodnutí ustanovením § 68 odst. 3 správního řádu. Strana 394 správního spisu obsahuje seznam všech důkazů provedených listinou, tudíž lze důvodně předpokládat, že účastníci řízení věděli, na základě jakých důkazů Úřad rozhodoval. Spatřují-li pak účastníci řízení konkrétní nedostatky na jednotlivých hodnocení Úřadu, budu se jimi zabývat níže, u jednotlivých bodů hodnocení. Na obecné rovině však shledávám, že Úřad v napadeném rozhodnutí řádně zhodnotil jednotlivé důkazy obsažené ve správním spise a seznámil účastníky řízení s tím, na základě jakých podkladů ke svým názorům dospěl.

#### *Nezávislost obchodního vedení a obchodní nezávislost*

30. Obecně je nutnou podmínkou toho, aby bylo možné joint-venture uznat za spojení soutěžitelů dle zákona, to, že tato společnost dlouhodobě vykonává *všechny* funkce samostatné hospodářské jednotky – postačuje tedy, aby nevykonávala jedinou z nich, aby ji nebylo možno pod výše uvedený pojem spojení soutěžitelů podřadit. Mezi tyto podmínky, jež musí být nutně splněny, patří především dlouhodobost fungování (která je v tomto případě nesporná), dostatek zdrojů (taktéž v tomto případě nesporný), dále dostatečně nezávislé obchodní vedení (především v oblasti rozhodování o cenách, obchodních partnerech, způsobech distribuce apod.) a dostatečná obchodní nezávislost na mateřských



společnostech (posuzovaná mj. na základě poměru objemu obchodů realizovaných vůči nim k objemu obchodů realizovaných ve vztahu k třetím subjektům). Závěry o míře naplnění funkcí samostatné hospodářské jednotky pak mohou být podepřeny dalšími indiciemi, jakými může být například nepřítomnost obdobného subjektu na trhu, nebo míra zhodnocení výrobku nebo služby společně založeným podnikem, navazuje-li jeho trh na trh, na němž působí mateřské společnosti. Těmito předpoklady se zabýval také orgán první instance v napadeném rozhodnutí.

31. Úřad v napadeném rozhodnutí došel k závěru, že společnost nebude disponovat dostatečně nezávislým obchodním vedením mj. na základě vyjádření účastníků řízení, v němž tito definovali oblasti, jichž se týkají strategická ujednání příkladmo odkazem na čl. 2.4 návrhu Akcionářské dohody<sup>7</sup> takto: ...[obchodní tajemství]....
32. Úřad z tohoto vyjádření ve spojení s dalšími indiciemi (...[obchodní tajemství]...) v rámci napadeného rozhodnutí dovodil, že takto upravená strategická ujednání, závazná pro představenstvo, představují nikoliv pouze vykonávání rozhodujícího vlivu ze strany účastníků řízení, ale v některých bodech také zásah do každodenního chodu společnosti, tedy do jejího obchodního vedení – příkladmo je v napadeném rozhodnutí uvedeno ...[obchodní tajemství]....
33. Pokud účastníci řízení v rámci rozkladu ujišťují, že takovéto zjištění samo o sobě musí být absurdní, protože ustanovení obdobných mechanismů je nutné, mají-li akcionáři mít k dispozici nástroje umožňující prosazení svého vlivu, pak je nutné podotknout, že obecně stanovení nástrojů kontroly je jistě možné, pro zvážení plné funkčnosti podniku je však třeba posoudit, zda tyto nástroje nepředstavují takové zásahy do obchodního vedení, které by plnou funkčnost společnosti vylučovaly. Písemná ustanovení dokumentů definujících funkčnost společnosti jsou s ohledem na svou podstatu vždy výraznou indicií umožňující dovodit vůli zakladatelů společnosti i tam, kde by se ji pokusili skrýt např. obecnou proklamací o nezávislosti obchodního vedení. Pro Úřad tedy představují dotčená písemná ustanovení stanov společnosti a Akcionářské dohody významné faktory, právě protože na jejich základě je schopen s pomocí dalších indicií extrapolovat skutečné záměry účastníků.
34. Konečně účastníci řízení sami v rámci rozkladu mezi výkonem rozhodujícího vlivu a výkonem obchodního vedení podrobně rozlišují, přičemž i oni docházejí k závěru, že výkon rozhodujícího vlivu nesmí zasahovat do samostatného obchodního vedení, má-li býti společnost uznána za plně funkční. Považuji tedy za nesporné, že je třeba posoudit, zda mají jednotlivé oblasti, do nichž mohou akcionáři prostřednictvím strategických ujednání akcionářů zasahovat, spíše charakter strategických rozhodnutí spojených s výkonem kontroly ze strany mateřských společností, nebo spadají pod pojem obchodního vedení společnosti.
35. Pokud účastníci řízení brojí vůči tvrzení Úřadu v tom smyslu, že tato ujednání nebudou přijímána na valné hromadě, ale pouze při příležitosti jejího konání, neshledávám tuto připomínku jako relevantní k podstatě problému – faktické rozdělení na výkon rozhodujícího

---

<sup>7</sup> Čl. 2.4 Akcionářské dohody: „ Akcionáři se zavazují zajistit, že ...[obchodní tajemství]....

vlivu a obchodního vedení bude stejné bez ohledu na to, zda bude ujednání přijato přímo na zasedání valné hromady, či pouze při příležitosti jejího konání.

36. Možné porušení předpisu soukromého práva (např. obchodního zákoníku) nespadá pod rámec tohoto správního řízení, které bez ohledu na možné porušení těchto norem soukromého práva předmět tohoto řízení posuzuje z pohledu práva veřejného. To, že by zásah do obchodního vedení představoval protiprávní jednání (jak účastníci řízení dokládají odkazem na ustanovení obchodního zákoníku), samo o sobě neznamená, že by tuto skutečnost nemohl Úřad vyhodnotit současně jako indicii svědčící o tom, že podnik neplní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky. Pokud např. Oznámení v bodě 54 jako jednu z definičních funkcí samostatné hospodářské jednotky považuje dostatečně nezávislé vedení, je zřejmé, že Úřad musí jednání, které je zásahem do obchodního vedení podniku, interpretovat také jako znak toho, že daný podnik neplní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, a to bez ohledu na to, zda totéž ujednání porušuje i některou z norem soukromého práva. V tomto ohledu se tedy ztotožňují s názorem prvního stupně.
37. Úřad v rámci správního řízení požádal účastníky řízení o vyjasnění některých pojmů, na což účastníci řízení reagovali přípisem ze 17. 2. 2012, ve kterém uvedli vlastní interpretaci pojmu významné investiční záměry (...[obchodní tajemství]...) a také obecné plánování dalšího působení, rozvoje nebo útlumu podnikatelských aktivit, avšak u klíčového pojmu *postavení společnosti na trhu* se omezili na citaci relevantního ustanovení návrhu Akcionářské dohody, ...[obchodní tajemství].... Teprve v rámci rozkladového řízení tento vágní pojem upřesnili, a to opačnou interpretací oproti napadenému rozhodnutí. Tuto změnu v argumentaci bylo potřeba vyhodnotit, a ve světle tohoto posouzení pohlížet také na prvostupňové rozhodnutí, které vycházelo z interpretace odlišné. Pokud bych přijal změněnou interpretaci, kterou účastníci řízení použili teprve ve svém rozkladu, byla by nutně interpretace přijatá Úřadem v napadeném rozhodnutí mylná. Je tedy třeba posoudit, který z výkladů je v souladu se skutečnou vůlí a záměry mateřských společností – touto otázkou se tedy budu zabývat v následujících úvahách.
38. Jak bylo výše řečeno, spadá dle čl. 2.4 Akcionářské dohody pod pojem *postavení společnosti na trhu* mj. ...[obchodní tajemství]..., jejíž posouzení je podstatné pro správné určení míry nezávislosti vedení dceřiné společnosti – její zájem (...[obchodní tajemství]...) totiž na obecné rovině může být v protikladu se zájmy mateřských společností (...[obchodní tajemství]...). Potenciální velikost českého trhu ve spojení s citlivostí zákazníků na celkový počet hráčů zapojených do hry navíc zvýrazňují citlivost, se kterou je třeba posoudit, zda bude mít dceřiná společnost skutečně svobodnou vůli ve výběru partnerů, a že tedy nebude pouhou extenzí mateřských společností, schopných dle vlastní vůle vyloučit z platformy určitého soutěžitele.
39. ...[obchodní tajemství]... tak nesporně spadají pod pojem obchodního vedení, což dosvědčuje i argumentace účastníků řízení v rámci rozkladu, v němž tuto oblast pečlivě definují tak, aby pod ni ...[obchodní tajemství].... Shledávám, že účastníci řízení si museli být citlivosti této otázky dobře vědomi, a přesto použili v klíčovém dokumentu takovou formulaci, že by jim mohla umožnit snadno narušit nezávislost obchodního vedení dceřiné společnosti formální

cestou pomocí vydání strategického ujednání, které by dceřiné společnosti ...[obchodní tajemství].... To, že právě takovýto rozsah kontroly je skutečnou vůlí mateřských společností, je doloženo i tím, že účastníci řízení právě tuto oblast fakticky odmítli upřesnit na přímý dotaz Úřadu (ve své odpovědi na výzvu Úřadu k doplnění návrhu, kterou Úřad obdržel dne 21. 2. 2012, ve které se v této oblasti omezili pouze na citaci čl. 2.4 Akcionářské dohody). V konečném souhrnu tedy nasvědčuje náhlé upřesnění této interpretace v rámci rozkladu tak, aby odpovídala obecným požadavkům nezávislosti obchodního vedení (účastníkům řízení dobře známých) tomu, že účastníci řízení měli v úmyslu vykonávat nad dceřinou společností kontrolu v rozsahu neslučitelném s nezávislostí jejího obchodního vedení, jak konečně explicitně vyplývá ze znění uvedených ustanovení.

40. Jejich výslovné ujištění o tom, že nemají v úmyslu do nezávislého obchodního vedení zasahovat, je zřejmě účelové, jak plyne z výše zmíněných faktů: klíčové formulace v bodě 2.4 Akcionářské dohody jsou velmi vágní a tuto neurčitost účastníci řízení neodstranili ani na výzvu Úřadu, přestože jim musela být zřejmá důležitost těchto ustanovení, jak konečně vyplývá z podrobné argumentace obsažené v rozkladu. Je současně zřejmé, že je v ekonomickém zájmu mateřských společností nad touto oblastí vykonávat maximální možnou kontrolu, a proto je důležité zvážit primárně konkrétní znění ustanovení, která jí tuto kontrolu buď umožňují, či nikoliv, a teprve sekundárně oficiální interpretace těchto ustanovení ze strany zástupců mateřských společností v rámci správního řízení. Významnou indicií je tedy to, zda stávající mechanismy výkonu kontroly mateřských společností ponechávají přesvědčivě prostor pro vlastní rozhodování představenstva v této oblasti, či nikoliv.
41. V tomto případě je zjevné, že stanovy společnosti ve spojení s Akcionářskou dohodou neposkytují dostatečné záruky samostatnosti vedení dceřiné společnosti, protože používají k jejímu vymezení neurčitě pojmy, jejichž definice se může účelově změnit dle potřeb mateřských společností – jak konečně také ukazuje rozdíl mezi definicí možné oblasti výkonu kontroly v Akcionářské dohodě a v odpovědi na dotaz Úřadu a na druhé straně definicí, kterou účastníci řízení použili v rámci jejich rozkladu. Vezmu-li navíc v úvahu výše předložené argumenty dosvědčující skutečné záměry účastníků řízení, nemohu než dojít k závěru, že dceřiná společnost nebyla ze strany účastníků řízení nadána dostatečně nezávislým vedením, a následkem toho nevykonává všechny funkce samostatné hospodářské jednotky.
42. Co se týče **rozhodování** ...[obchodní tajemství]..., spadá dle odpovědi na výzvu Úřadu k doplnění návrhu pod rozsah strategických ujednání ...[obchodní tajemství].... Toto rozdělení odpovědnosti by bylo v souladu s obecnými požadavky a v souladu s principem samostatného obchodního vedení. Nicméně i v tomto případě je ustanovení Akcionářské dohody neurčitě („...[obchodní tajemství]...“) a s ohledem na výše zmíněnou argumentaci taktéž nasvědčuje spíše tomu, že ani v této oblasti nebude mít představenstvo společnosti zaručen dostatečný prostor pro výkon nezávislého obchodního vedení. Považuji však tento fakt za podpůrný, podpírající výrok rozhodnutí ve spojení s výše řečeným.
43. ...[obchodní tajemství]... má být dle vyjádření účastníků řízení ...[obchodní tajemství]... v tom smyslu, že ...[obchodní tajemství]...předběžně definovány v odpovědi na výzvu k doplnění

návrhu, z dokumentů předložených účastníky řízení však není zřejmé, jakým způsobem bude dceřiná společnost k jejich použití zavázána, a zda se od nich může odchýlit – není tedy známo, jak bude fungovat mechanismus vymezující jí podmínky, za kterých bude spolupráci s třetími subjekty navazovat, kdo jej vytvoří, a jakým způsobem může být tento mechanismus změněn. Pokud by byl stanoven pouze formou strategického ujednání, které by mohlo být následně běžným způsobem měněno, dostalo by se představenstvo dceřiné společnosti do situace, kdy by například mohli její akcionáři ...[obchodní tajemství].... Také v tomto případě považuji ve shodě se shora uvedenými argumenty za důležitý faktor to, že takto zásadní otázku účastníci řízení definují jen dosti nekonkrétně, třebaže tento mechanismus je jeden z nejzásadnějších pro úspěšné podnikání dceřiné společnosti, a vyjasnění kompetencí k jeho stanovení podstatnou stránkou vztahů mezi ní a společnostmi mateřskými. Ve výsledku tak shledávám tato fakta závažným nedostatkem, ve svém důsledku nezaručujícím to, že obchodní vztahy ve vztahu k mateřským společnostem budou skutečně odpovídat vztahům navázaným s dalšími partnerskými společnostmi, a že představenstvo dceřiné společnosti bude moci určovat své obchodní vztahy k jiným společnostem tak, jak by odpovídalo výkonu nezávislého obchodního vedení. Také tento závěr nenasvědčuje tomu, že by dceřiná společnost mohla vykonávat všechny funkce samostatné hospodářské jednotky.

44. V souvislosti s metodou kalkulace ceny je třeba přezkoumat také to, zda není narušením nezávislosti obchodního vedení to, že k mateřským společnostem má mít společnost CZ Poker navázán ...[obchodní tajemství].... S těmito mateřskými společnostmi totiž má být uzavřen v každém případě pouze obchodní vztah dle ...[obchodní tajemství]..., přitom však při vzniku společnosti zvolili minimální možnou výši základního kapitálu. Reálně tedy chtějí financovat start společnosti na trhu způsobem, který jim umožní tuto částku získat zpět na slevách za jim poskytnuté služby, čímž zhodnocují společnost, kterou vlastní, a vůči třetím společnostem tak získávají de facto oproti běžnému modelu financování (ve kterém by tyto finance pro začáteční běh společnosti poskytli např. navýšením základního kapitálu, a zpět je získali jako akcionáři ze zisku společnosti) výhodnější podmínky spočívající ...[obchodní tajemství].... Účastníci řízení sami ve svém rozkladu přiznávají, že se takto snaží vyhnout situaci, kdy by ...[obchodní tajemství]... museli sami společnosti prostředky poskytnout, způsobem, který by jim neumožňoval získat je ...[obchodní tajemství]... zpět (toto implicitně vyplývá z bodu 21. rozkladu účastníků řízení).
45. Tento faktor sám o sobě není rozhodný v tom smyslu, že by z něj vyplývala obchodní nesamostatnost společnosti CZ Poker, je však indicií svědčící o tom, že účastníci řízení nepřístupují k této společnosti v pozici jejich zákazníků jako běžná třetí strana. Toto by bylo ještě závažnější indicií, pokud by výše zmíněná sleva na platbách za objem uskutečněných transakcí nebyla časově neohrazená - jinými slovy ...[obchodní tajemství]... – ani toto však není v poskytnutých podkladech nijak vyřešeno. V tomto případě je tak jednání zakladatelů výraznou indicií svědčící o tom, že vztahy společnosti CZ Poker k jejím mateřským společnostem nejsou čistě obchodní povahy (bod 98. Sdělení v závěru<sup>8</sup>).

<sup>8</sup> „Za takových okolností, tzn. v případě, že se společný podnik chová ke svým mateřským společnostem v záležitostech nákupu a prodeje stejným způsobem, jako k třetími stranám, může postačovat, jestliže alespoň 20 % jeho předpokládaného odbytu představuje prodej třetími stranám.“

46. Za současné situace navíc nemá představenstvo společnosti ani možnost v jednání s potenciálními partnery vyjednávat o tom, který z možných modelů bude použit – jsou to obchodní partneři, kdo se bez ohledu na výhodnost daného modelu pro společnost CZ Poker mají rozhodnout pro použití jednoho, nebo druhého modelu. Zvláště zřejmé je to ve vztahu k mateřským společnostem, u kterých ...[obchodní tajemství]... (navíc modifikovaného tak, jak bylo řečeno výše), bez jakékoliv úvahy o tom, že by představenstvo společnosti mohlo vyjednávat o volbě ...[obchodní tajemství]..., byl-li by pro dceřinou společnost dle jejich uvážení výhodnější. Přitom je zřejmé, že z ekonomického hlediska může být výhodnější volit ...[obchodní tajemství]..., protože u nich může společnost získat ...[obchodní tajemství]... (pozitivní ovlivnění cash-flow v krátkodobém horizontu). Přestože Úřad není v pozici, kdy by mohl vyhodnotit, která varianta by byla pro společnost CZ Poker výhodnější, je zjevné, že její představenstvo nemá samo možnost zvolit výhodnější variantu a snažit se o uzavření této varianty s konkrétním uchazečem o spolupráci, což je opět narušením samostatnosti obchodního vedení společnosti v téměř významu vzhledem k tomu, že vyjednávání o ceně zboží (v rámci možných směrnic stanovených výkonem kontroly) je podstatnou součástí samostatného obchodního vedení. Výše uvedené ve svém souhrnu také poukazuje na to, že fakticky účastníci řízení vnímají svou dceřinou společnost jako určitý „servis“, poskytující jim technické zázemí v jejich vlastním podnikání, a nemající vlastní vůli ve volbě obchodních partnerů a modelu obchodních vztahů s nimi uzavřených. Společnost tedy nemá zajištěnu možnost vytvoření vlastních obchodních modelů (což by za specifických okolností mohlo být akceptovatelné), ale ani volby mezi těmi, které jsou jí dány k dispozici, navíc nemá zajištěnou ani kontrolu nad cenou jí poskytovanými službami a nemůže tak fakticky nijak reagovat na možný vývoj na trhu, a konečně účastníci nezmiňují ani tu možnost, že by s nimi dceřiná společnost obchodní vztah nenavázala, nebo měla možnost jej opustit. Docházím tedy na základě jimi poskytnutých podkladů k závěru, že společnost CZ Poker nemá zakládajícími dokumenty zajištěnu možnost kontrolovat všechny oblasti rozhodování spadající pod obchodní vedení společnosti, a naopak je v řadě citlivých otázek zcela závislá na vůli mateřských společností a na tom, jak široce budou v praxi interpretovat pojem Strategických ujednání.
47. Tato úvaha je dále podpořena tím, že nebylo shledáno s dostatečnou jistotou, že by ve vztahu k třetím stranám byť v dlouhodobém horizontu realizovala společnost CZ Poker více než 50% předpokládaného odbytu (odůvodnění tohoto závěru je uvedeno níže). Také tato skutečnost zavdává potřebu zkoumat, zda se chová ve věcech nákupu a prodeje ke svým mateřským společnostem stejně, jako ke třetím stranám (v souladu s bodem 98. Sdělení). I zde se jeví ta skutečnost, že je nucena s mateřskými společnostmi nastavit odlišný model obchodních vztahů tím, že je ...[obchodní tajemství]..., jako značně problematická, a nasvědčující tomu, že nově vzniklá společnost nebude plnit všechny funkce samostatné hospodářské jednotky.
48. Co se tohoto předpokládaného objemu odbytu ve vztahu k třetím stranám týče, je zřejmé, že jelikož jde o hodnocení skutkového stavu, který ještě nenastal, není možné v klasickém slova smyslu podíl tohoto objemu na celkovém odbytu dokázat, a je tak třeba posoudit obecnou strukturu trhu (bod 99. Sdělení). Vzhledem k tomu, že jde o nově nabízenou službu, se však

Úřad v pozici, kdy musí rozhodnout o pravděpodobné budoucí struktuře trhu na základě odhadu vývoje situace. Bylo by však přílišným zjednodušením situace souhlasit s účastníky řízení v tom, že jim není možné přičítat v neprospěch případnou absenci důkazů - Úřad v tomto případě nepřičítá nic v jejich prospěch ani neprospěch, ale pouze se snaží posoudit pravděpodobný budoucí vývoj situace, a na tomto základě rozhodnout, zda posuzované spojení spadá pod vymezení § 12 zákona.

49. V tomto konkrétním případě dosud účastníci řízení neposkytli Úřadu žádné materiály prokazující, že by do této chvíle společnost CZ Poker uzavřela smlouvu o spolupráci s jakýmkoliv třetím subjektem – za výchozí stav je tak třeba považovat to, že v současnosti tato společnost není obchodně nezávislá. Je tedy třeba posoudit, zda existují dostatečné podklady, umožňující dojít přesvědčivě k závěru, že se tato situace v průběhu prvních tří let od založení společnosti změní – tedy že společnost v této době uzavře obchodní smlouvy s dostatečným počtem třetích subjektů.
50. Účastníci řízení Úřadu předložili v doplněních rozkladu dopisy ze strany třetích subjektů, které vyjadřují jejich zájem o další informace o projektu CZ Poker. V případě většiny z nich se však jedná o pouhou žádost o poskytnutí informací, bez příslibu spolupráce nebo dostatečného vyjádření vážného zájmu o spolupráci, navíc tyto podklady pocházejí z doby před zahájením případných obchodních jednání. Z těchto důvodů neumožňují usoudit s dostatečnou jistotou, zda některé z těchto subjektů do projektu skutečně vstoupí. Úřad získal přípisem z 28. 2. 2012 informace ze strany Ministerstva financí o tom, že doposud eviduje jedinou žádost o poskytnutí licence nutné k provozování hry ze strany těchto třetích subjektů. Samotné projevení zájmu o informace ve fázi ještě před jednáním nepostačuje k tomu, aby Úřad mohl s dostatečnou mírou jistoty dovodit, že daná společnost s určitou pravděpodobností uzavře se společností CZ Poker obchodní smlouvu, a ve výsledku tedy že objem odbytu služeb vzhledem k třetím stranám bude dostatečný k tomu, aby společnost CZ POKER nebyla obchodně závislá na svých mateřských společnostech. Úřad by mohl k jinému závěru dojít za předpokladu, že by mu byly známy informace nasvědčující s dostatečnou mírou jistoty, že do projektu vstoupí dostatečné množství třetích subjektů, nebo jinak usoudit na takovou strukturu trhu, která by toto zaručovala. Takovýmito indiciemi by mohly být například žádosti o vydání licence ve spojení s konkrétními výstupy z jednání s těmito třetími subjekty, nebo jiné dostatečně přesvědčivé podklady pocházející z jednání s nimi. V současnosti však toto nelze předvídat, a na tomto stavu nemění nic ani účastníky řízení uváděné důvody, pro něž zatím k žádosti o poskytnutí licencí nepřistoupili – v první řadě protože rozhodující je počet licencí, o které zažádají *třetí strany* (takováto žádost by ukazovala na vážný zájem z jejich strany), a v druhé řadě jde o to, že Úřad musí svůj názor o obchodní nezávislosti, ke které má dojít teprve v budoucnu, opřít přesvědčivě o konkrétní indicie. Ty však v tomto případě, vezmeme-li v potaz faktický obsah dopisů, z něhož nelze usoudit na dostatečně vážný zájem, chybí. Vzhledem k tomu, že jde o činnost závislou na zahájení nového segmentu aktivit mateřských společností, specifického právní úpravou i skladbou soutěžitelů, navíc Úřad při jeho vyhodnocení nemůže vycházet ani ze svých zkušeností s obdobnými případy a dovodit obchodní nezávislost dceřiné společnosti pomocí analogie segmentu obdobného svou strukturou.

51. Za současného skutkového stavu je tak nutno dojít k závěru, že nelze předvídat, že bude dostatečný objem obchodní činnosti uskutečněn k třetím stranám, a to ani po skončení úvodní fáze činnosti společnosti tak, jak jí rozumí bod 97. Sdělení. Vzhledem k tomu, že v tomto případě jsou posuzovány vztahy v novém odvětví, které je navíc v některých ohledech poměrně specifické, je třeba tuto úvahu spíše vyhodnotit jako podpůrnou než jako argument, na jehož základě by posouzení toho, zda v tomto případě jde o spojení soutěžitelů, spočívalo.

#### *Úmysl zakladatelů*

52. Co se týče úmyslu zakladatelů, na něž se účastníci řízení v rozkladu odvolávají, a jenž podle nich má dokládat samostatnost zakládaného podniku, má pro Úřad jen omezenou hodnotu právě pro to, že při vyjadřování tohoto úmyslu mohou být jeho nositelé vedeni snahou dosáhnout vlastních cílů, a tak být motivováni k zastření faktů svědčících v jejich neprospěch. Pro Úřad má tedy větší relevanci zkoumání tohoto úmyslu z faktických projevů zakladatelů, tedy např. z konkrétních dokumentů upravujících poměry dceřiné společnosti k mateřským. Nelze tedy říci, že by explicitně vyjádřený úmysl bez dostatečných záruk mohl být dokladem toho, že založená společnost bude vykonávat všechny funkce samostatné hospodářské jednotky. Naopak jeho věrohodnost je zpochybněna tím, že účastníci řízení některé pojmy, o jejichž klíčivosti pro posouzení případu museli dle všech známek vědět, ponechali v návrzích dokumentů společnosti neurčitými a neupřesnili je ani na výzvu Úřadu, jak bylo předneseno v argumentaci výše.

#### *Zhodnocení služeb zakladatelů a ekonomické zdůvodnění založení společnosti*

53. Pokud účastníci řízení tvrdí, že je otázka zhodnocení služeb zakladatelů u společně kontrolovaného podniku podnikajícího na navazujícím trhu klíčová, lze s nimi souhlasit jen částečně. Posouzení této otázky je skutečně významné, ale i tehdy, byla-li by vyhodnocena pozitivně (tedy tak, že svědčí ve prospěch plně funkční samostatné hospodářské jednotky), mohl by Úřad dojít k zjištění, že závěr o funkční samostatnosti podniku vylučují jiné faktory. K tomu, aby došel k názoru o tom, že podnik neplní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, totiž postačí, nenaplní-li jediný z faktorů uvedených v bodě 48. Oznámení<sup>9</sup>. Přestože tak v tomto případě skutečně dochází ke zhodnocení služeb (propojením jednotlivých turnajů se tyto stávají pro uživatele atraktivnějšími), je tento faktor třeba vnímat v souvislostech s faktory ostatními.
54. Napadené rozhodnutí hodnotí v bodě 52. ekonomické zdůvodnění společnosti, přičemž podle něj o tom, že nový podnik nebude zastávat všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, svědčí také fakt, že zakladatelé považují společnost CZ Poker za prostředek ke snadnějšímu dosažení svých obchodních cílů, protože díky propojení jednotlivých společností nabízejících možnost online her pokeru je zvýšena atraktivita jimi nabízených služeb (která

---

<sup>9</sup> Viz. bod 48. Oznámení: „Spojením soutěžitelů je i vznik společné kontroly nad soutěžitelem (společně kontrolovaný podnik), který dlouhodobě plní **všechny funkce** samostatné hospodářské jednotky.“ (zvýraznění přidáno)

obecně stoupá s počtem individuálních participantů služby). Tento důvod však skutečně sám o sobě nemůže obstát, jak vyplývá z judikatury, na níž účastníci řízení odkazují. Tato judikatura se týká dvou společností, které Komise uznala jako společně kontrolovaný podnik, přestože v obou případech byla jejich činností tvorba a provozování prostředí pro elektronické obchodování, zaměřené na trhy, na nichž působí mateřské společnosti<sup>10</sup> – jinými slovy by také zde bylo možné argumentovat tím, že dceřiné společnosti byly založeny pouze za účelem usnadnění podnikání mateřských společností na jejich trzích, kteroužto skutečnost však zjevně Komise nevyhodnotila jako problematickou. V tomto ohledu (avšak pouze v tomto ohledu) by bylo možné shledat pozici společnosti CZ Poker vůči mateřským společnostem obdobnou, přestože existují jisté rozdíly v jejím postavení na trhu (například to, že ...[obchodní tajemství]..., což dokládají ve svém rozkladu sami účastníci řízení). Uzavírám tedy s tím, že pouhý fakt, že mateřské společnosti mohou a chtějí využít dceřinou společnost k dosažení vlastních cílů na trzích, na kterých působí, není sám o sobě faktorem svědčícím o tom, že by dceřiná společnost nemohla plnit všechny funkce samostatné hospodářské jednotky.

55. Tomu nasvědčuje i bod 95. Sdělení, podle kterého může společný podnik převzít také pouze jednu určitou funkci (činnost) podnikatelské činnosti mateřské společnosti, pokud však má přístup na trh a chová se na něm jako běžný soutěžitel. Také z tohoto je zřejmé, že přestože by se činnost založené společnosti dala charakterizovat jako „obslužná“ k činnosti mateřských společností, nelze toto považovat samo o sobě jako znak toho, že by tato společnost nebyla dostatečně samostatným ekonomickým subjektem, pokud by současně jiné faktory nenasvědčily o tom, že společnost buď nebude přítomná na trhu (bod 95. Sdělení), nebo na něm nebude vyvíjet trvale koncipovanou hospodářskou činnost (bod 96. Sdělení). Sám o sobě tento argument nenasvědčí o tom, že by založení společnosti CZ Poker nespadlo pod § 12 zákona.

#### *Neexistence obdobného soutěžitele*

56. Souhlasím s napadeným rozhodnutím v tom, že ukazatelem svědčícím o tom, že v daném případě nejde o spojení, může být i to, že „postavení JV nelze srovnat s postavením obdobných subjektů, neboť takové subjekty vůbec neexistují, anebo neexistují soutěžitelé poskytující stejný druh služby“ (bod 53. Oznámení). Účastníci řízení oproti tomu ve svém rozkladu vycházejí z bodu 95. Sdělení<sup>11</sup> a na jeho základě upozorňují na to, že společnost CZ Poker nepřevzme jednu určitou činnost či funkci podnikatelské činnosti mateřských společností, ale bude realizovat zcela novou službu. Z tohoto faktu však nevyplývá, že by se na ni nevztahovalo kritérium přítomnosti na trhu – to totiž vyplývá z bodu 4. Sdělení<sup>12</sup>, dle kterého každý plně funkční podnik musí být činný na určitém trhu a plnit funkci, kterou plní i ostatní podniky účastníci se tohoto trhu (toto pravidlo platí bez ohledu na přidanou hodnotu

<sup>10</sup> Blíže viz. bod 20. tohoto rozhodnutí.

<sup>11</sup> „Jestliže společný podnik převezme pouze jednu určitou funkci podnikatelské činnosti mateřských společností a nemá přístup na trh, popřípadě není na trhu přítomen, nejedná se o plně funkční společný podnik...“

<sup>12</sup> „Plná funkčnost v podstatě znamená, že společný podnik musí být činný na určitém trhu a plnit funkci, kterou plní i ostatní podniky účastníci se daného trhu.“



na poskytované službě). Pokud však neexistují obdobné subjekty a neexistuje ani trh, na který by mohly takové subjekty vstoupit, může tomu tak být mj. protože daná funkce podniku je natolik těsně spjatá s činností mateřského podniku a závislá na ní, že pro nezávislý subjekt nedává smysl, aby takovouto činnost realizoval. Typickým případem je v bodu 95. Sdělení uvedené odloučení určité funkce činnosti mateřské společnosti a její osamostatnění ve formě předmětu činnosti společnosti dceřiné, ale myslitelný je také takový případ, ve kterém by vznikla možnost nové činnosti a jí podpůrné funkce (např. díky změně technologií či legislativy), a za účelem vykonávání této funkce by byla přímo založena nová dceřiná společnost, aniž by tuto funkci kdy mateřská společnost vykonávala. Je tedy nutné zkoumat, zda v tomto případě má činnost nové společnosti charakter takovéto čistě podpůrné funkce, u níž nelze předpokládat, že by se na trhu vyskytly jiné společnosti tuto činnost vykonávající jako předmět své podnikatelské činnosti, či nikoliv. Pokud účastníci uvádějí, že daná ustanovení nelze vykládat negativně (tak, že svědčí proti plné funkčnosti podniku), ale případně pouze pozitivně tak, že by tuto plnou funkčnost prokazovaly, nelze seznat, z jaké interpretační metody účastníci řízení vychází, ani jak k tomuto závěru došli. Považuji za přiměřené se přidržet interpretace daných ustanovení, již jsem uvedl shora, a která v principu souhlasí s tvrzeními Úřadu obsaženými v napadeném rozhodnutí.

57. V tomto konkrétním případě seznávám, že v současnosti neexistuje žádný obdobný subjekt ani soutěžitel poskytující obdobný druh služby. Současně je třeba vzít v úvahu, že jde o zcela novou činnost, teprve nedávno umožněnou zákonnou úpravou, u které je třeba vyhodnotit, zda lze předpokládat, že vznikne skutečný trh s touto službou, pro hlavní trh (nabízení možnosti online hry pokeru) svou podstatou obslužnou. Shledávám, že formát této služby je těsně závislý na společnostech provozujících samotnou hru, a že takovýchto subjektů je oproti jiným oborům na českém trhu poměrně omezený počet. Díky poměrně vyšší částce počátečních investic (které v případě společnosti Poker CZ odhadují mateřské společnosti na částku ...[obchodní tajemství]...) je možno bez důvodných pochyb mít za to, že žádná společnost bez těsných vazeb na velké hráče na trhu (které dceřiná společnost z podstaty věci má) nevznikne. Je to těsnost vazeb s těmito společnostmi, která činí ze založení společnosti CZ Poker životaschopný projekt, ale právě tato těsnost vazeb svědčí spíše o tom, že nově založená společnost nebude plně funkční. To, že poskytovaná služba bude představovat zásadní přidanou hodnotu ve vztahu k provozování internetových karetních her je faktor, který ve srovnání s touto úzkou závislostí činnosti dceřiné společnosti na společnostech mateřských, nepovažuji za natolik významný, aby výsledek mé úvahy ovlivnil. Také tento závěr je však svou podstatou pouze podpůrný, působící na konečné hodnocení věci v souhře s argumenty, které byly vzneseny výše.

## V. Závěr

58. Shrnuji tedy s tím, že správnost výroku napadeného rozhodnutí vyplývá z toho, že společnost CZ Poker neplní všechny funkce samostatné hospodářské jednotky, a to především v následujících bodech: dokumenty ovlivňující funkčnost společnosti, především Akcionářská dohoda, nedostatečným způsobem zabezpečují dostatečný prostor pro výkon nezávislého obchodního vedení představenstvem této společnosti a rozkladová argumentace účastníků

řízení, která proti tomuto závěru brojí specifickou interpretací klíčového ustanovení, je zjevně účelová. Společnost CZ Poker také nemá možnost volby mezi stanovenými obchodními modely nebo jejich ovlivnění tak, aby mohla reagovat na hospodářský vývoj na trhu. Pomocným faktorem podírajícím výše uvedený závěr je také to, že na trhu neexistují obdobné společnosti, a že jejich vznik nelze ani předpokládat díky tomu, do jaké míry jsou nutné těsné vazby mezi společnostmi poskytující technické prostředky a společnostmi těchto technických prostředků k organizování online her pokeru využívajících. Také to, že v současnosti nelze předpokládat to, že by většina objemu služeb byla uskutečňována ve vztahu k třetím subjektům, je především ve spojení s tím, že vztahy mateřským společnostem ...[obchodní tajemství]..., dokladem toho, že tato schopnost nevykonává všechny funkce samostatné hospodářské jednotky.

59. Pro úplnost dodávám, že velká část námitek účastníků řízení směřovala proti tomu, že napadené rozhodnutí vnímalo některá možná strategická usnesení jako zásah do obchodního vedení společnosti. Účastníci řízení odkazující na judikaturu i odbornou literaturu dokládali, že je možné jako prostředek kontroly zvolit ujednání akcionářů, pokud tato mají striktně strategický charakter, a nezasahují do každodenního rozhodování, tvořícího základ obchodního vedení společnosti. Obecnými námitkami o tom, že existují takové možnosti stanovení pokynů či zásad ze strany akcionářů, kterými není narušen obchodní vedení společnosti ze strany představenstva, se na obecné rovině nebylo třeba zabývat, protože ve své podstatě nebyly spornými, namísto toho jsem v rozhodnutí hodnotil konkrétní úpravu tohoto rozdělení v dokumentech poskytnutých účastníky řízení.
60. Konečně uzavírám s tím, že hlavní závěry o nesamostatnosti dceřiné společnosti jako ekonomické jednotky, výše popsané v odůvodnění (především dílčí oblasti zásahů do obchodního vedení), by obstály také samy o sobě, ale právě jejich spojení s podpůrnými argumenty je přesvědčivým důvodem k tomu, abych potvrdil napadené rozhodnutí v tom, že založení podniku CZ Poker nepředstavuje spojení podle § 12 zákona, proto nepodléhá povolení Úřadu, a rozklad zamítnul.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona, dále odvolat.

Otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

1. JUDr. Pavel Nosek, advokát  
Kocián Šolc Balaščík, advokátní kancelář, s.r.o.  
Jungmannova 745/24  
110 00 Praha 1

**Vypraveno dne:**

viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy

Právní moc: 17. 9. 2012.