

## Oznámení o aplikaci konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích při posuzování spojení soutěžitelů

---

### OBSAH:

- I. PŘEDMĚT A CÍL OZNÁMENÍ
  - II. VYMEZENÍ POJMU OBRANY SPOLEČNOSTI V HOSPODÁŘSKÝCH POTÍŽÍCH (*FAILING FIRM DEFENCE*)
  - III. PODMÍNKY APLIKACE KONCEPTU OBRANY SPOLEČNOSTI V HOSPODÁŘSKÝCH POTÍŽÍCH
    - III.1. Společnost v hospodářských potížích by nevyhnutelně opustila trh*
    - III.2. Absence alternativního, méně protisoutěžního řešení*
    - III.3. Nevyhnutelný odchod aktiv společnosti v hospodářských potížích z trhu*
  - IV. OBRANA SPOLEČNOSTI V HOSPODÁŘSKÝCH POTÍŽÍCH V ROZHODOVACÍ PRAXI ÚŘADU
- 

### **I. PŘEDMĚT A CÍL OZNÁMENÍ**

1. Předmětem tohoto Oznámení je vymezení přístupu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) k posuzování spojení soutěžitelů v situacích, kdy je uplatněna obrana společnosti v hospodářských potížích. Za tímto účelem Úřad (i) vymezuje pojem obrany společnosti v hospodářských potížích a (ii) stanoví podmínky, při jejichž splnění lze tuto obranu aplikovat v rámci procesu posuzování dopadů spojení soutěžitelů<sup>1</sup> na soutěž.
2. Při koncipování tohoto Oznámení Úřad vycházel především ze zkušeností Evropské komise získaných při aplikaci konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích v rámci posuzování spojení podniků podle dříve účinného Nařízení Rady (EHS) č. 4064/89, o kontrole spojování podniků, a nyní účinného Nařízení Rady (ES) č. 139/2004, o kontrole spojování podniků, a rovněž tak přihlédl k praxi soutěžních úřadů Spojeného království Velké Británie a Severního Irska, Kanady a Spojených států amerických.
3. Pravidla vyjádřená v tomto Oznámení zamýšlí Úřad nadále rozvíjet a kontinuálně do něho zapracovávat nově získané poznatky a informace.
4. V tomto Oznámení vyjádřená pravidla jsou aplikovatelná za jakýchkoli ekonomických a tržních podmínek ekonomiky a trhu.
5. Cílem tohoto Oznámení je napomoci spojujícím se soutěžitelům<sup>2</sup> při uplatnění obrany společnosti v hospodářských potížích při posuzování spojení soutěžitelů Úřadem, což ve svém důsledku může přispět k rychlému průběhu řízení o povolení spojení soutěžitelů.
6. Zveřejnění tohoto Oznámení rovněž přispěje ke konzistentní a transparentní aplikaci konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích v jednotlivých případech spojení soutěžitelů, čímž se zvýší míra předvídatelnosti činnosti Úřadu.

---

<sup>1</sup> Viz Oznámení o konceptu spojení soutěžitelů (<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/spojeni-soutezitelu/oznameni-o-konceptu-spojzeni-soutezitelu/>).

<sup>2</sup> Viz Oznámení o pojmu spojujících se soutěžitelů (<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/spojeni-soutezitelu/navrh-oznameni-o-pojmu-spojujicich-se-soutezitelu/>).

7. Vzhledem ke skutečnosti, že se Úřad v existující praxi doposud nezabýval případem spojení povoleného na základě aplikace konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích, považuje Úřad za podstatné, aby tímto Oznámením objasnil koncept obrany společnosti v hospodářských potížích při posuzování spojení soutěžitelů. Úřad dále vyjadřuje svoji připravenost poskytovat neformální rady spojujícím se soutěžitelům.
8. Za vhodný nástroj k tomu, aby se problémům souvisejícím s aplikací obrany společnosti v hospodářských potížích v případech jednotlivých spojení soutěžitelů předcházelo, Úřad považuje zejména přednotifikační kontakty spojujících se soutěžitelů s ním.<sup>3</sup> Ačkoli je konání přednotifikačních jednání s Úřadem postaveno na principu jejich dobrovolnosti ze strany spojujících se soutěžitelů, považuje Úřad jejich konání za významné v situaci, kdy se spojující se soutěžitelé zamýšlejí obranu společnosti v hospodářských potížích v budoucím řízení o povolení spojení soutěžitelů dovolat.
9. Uskutečnění přednotifikačních jednání pak výraznou měrou přispěje k prevenci nejasností, které by mohly ve správním řízení o povolení daného spojení vzniknout, a napomůže tím rychlému průběhu řízení o povolení spojení soutěžitelů, v němž bude obrana uplatněna. Tím bude současně podpořeno naplnění výše deklarovaného cíle tohoto Oznámení.
10. Předmětem přednotifikačních jednání mezi spojujícími se soutěžiteli a Úřadem vedených v situaci, kdy spojující se soutěžitelé zvažují uplatnění obrany společnosti v hospodářských potížích, budou typicky (i) otázka, zda v případě daného spojení soutěžitelů přichází použití obrany společnosti v hospodářských potížích v úvahu, (ii) jaké podmínky musí být k úspěšnému se dovolání této obrany splněny a (iii) jakým způsobem a kterými informacemi a podklady lze splnění podmínek aplikace obrany prokázat. Naproti tomu předmětem přednotifikačních jednání nemůže být definitivní či závazné vyjádření Úřadu k tomu, zda a jaký dopad může mít daná transakce na hospodářskou soutěž na trhu a zda koncept obrany společnosti v hospodářských potížích bude nakonec aplikován při rozhodování o povolení spojení.

## **II. VYMEZENÍ POJMU OBRANY SPOLEČNOSTI V HOSPODÁŘSKÝCH POTÍŽÍCH (FAILING FIRM DEFENCE)**

11. Koncept *failing firm defence* představuje obranu společnosti v zásadních hospodářských obtížích, která se účastní takového spojení, po jehož realizaci dojde k podstatnému narušení soutěže. V důsledku aplikace této obrany je pak povoleno spojení, které by jinak (za „normálních“ okolností) bylo zakázáno.
12. Podstatou obrany společnosti v hospodářských potížích je tvrzení a prokázání toho, že spojením nabývaný soutěžitel se nachází v natolik zásadních hospodářských potížích, že bude muset ukončit svoji činnost a odejít z trhu, na kterém aktuálně působí.
13. Obranu společnosti v hospodářských potížích lze aplikovat nejen tehdy, když vážné hospodářské potíže ohrožují nabývaného soutěžitele, ale i nabývajcího soutěžitele, případně současně jak nabývajcího soutěžitele, tak nabývaného soutěžitele.
14. Aplikace konceptu *failing firm defence* přichází v úvahu pouze v situacích, kdy po spojení dojde k podstatnému narušení soutěže,<sup>4</sup> naopak případy spojení soutěžitelů na trzích vyznačujících se silným konkurenčním prostředím jsou

<sup>3</sup> Viz Oznámení o přednotifikačních kontaktech se spojujícími se soutěžiteli (<http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/spojeni-soutezitelu/oznameni-o-prednotifikacnich-kontaktech/>).

<sup>4</sup> K podstatnému narušení může dojít typicky následkem vzniku či posílení dominantního postavení, uplatnění konceptu *failing firm defence* však lze aplikovat i v situacích, kdy podstatné narušení soutěže má jinou podobu, například vznik či posílení kolektivní dominance (koordinované účinky), či vytvořením situace nekoluzivního oligopolu (jednostranné účinky).

z možnosti aplikace tohoto konceptu vyloučeny. Je tak zřejmé, že počet případů, v nichž bude aplikace obrany společnosti v potížích přicházet v úvahu, je nízký.

15. Z pohledu ekonomického jsou hlavními příčinami stavu, kdy se společnosti nachází v zásadních hospodářských obtížích a hrozí tak, že její aktiva budou muset opustit trh, jednak (i) manažerská neefektivnost, (ii) celkový nadbytek kapacit, případně jejich kombinace. V případě prvně uvedeného důvodu se srovnává dopad spojení, v jehož rámci má dojít k nabytí společnosti v hospodářských potížích, na soutěž s tržními dopady dalších, v úvahu přicházejících variant řešení situace včetně likvidace. Úřad by spojení mohl povolit jen tehdy, pokud by alternativní řešení byla z pohledu dopadů na soutěž stejně nebo více škodlivá. V případě druhé příčiny hospodářských potíží společnosti by povolení spojení soutěžitelů založené na argumentu obrany společnosti v hospodářských potížích přicházelo v úvahu jen tehdy, pokud na trzích, kde dosud působí společnost v hospodářských potížích, neexistuje dostatek volných kapacit, jež by byly schopné uspokojit dočasný pokles nabídky (způsobený odchodem společnosti v potížích z trhu). Naopak tam, kde ostatní soutěžitelé na trhu jsou schopni soutěžením na trhu pokrýt přechodný pokles nabídky, může odchod společnosti v hospodářských potížích z trhu představovat pro soutěžní prostředí přírodnější variantu řešení.
16. K tomu, aby v daném případě mohl Úřad koncept obrany společnosti v hospodářských potížích aplikovat, musejí se ho spojující se soutěžitelé dovolat, přičemž platí, že důkazní břemeno ohledně splnění podmínek této obrany leží na spojujících se soutěžitelích.
17. Rozhodovací praxe v oblasti spojování soutěžitelů<sup>5</sup> formulovala tři kumulativní podmínky aplikace konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích, kterými jsou:
1. společnost v hospodářských potížích, která se spojení účastní, by v blízké budoucnosti opustila trh, pokud by se spojení neuskutečnilo,
  2. neexistuje žádné alternativní, méně protisoutěžní řešení a
  3. aktiva společnosti v potížích by nevyhnutelně opustila trh, pokud by se spojení neuskutečnilo.<sup>6</sup>

Jestliže jsou v daném případě současně splněny všechny tyto tři podmínky, má se za to, že mezi spojením a podstatným narušením soutěže, k němuž po spojení dochází, neexistuje příčinná souvislost.

18. Klíčovým předpokladem pro úspěšné dovolání se obrany společnosti v hospodářských potížích ze strany spojujících se soutěžitelů tedy je, že mezi předmětným spojením a podstatným narušením soutěže neexistuje příčinná souvislost, resp. že předmětné spojení nepovede ke zhoršení konkurenčního prostředí na trhu.

### **III. PODMÍNKY APLIKACE KONCEPTU OBRANY SPOLEČNOSTI V HOSPODÁŘSKÝCH POTÍŽÍCH**

#### ***III.1. Společnost v hospodářských potížích by nevyhnutelně opustila trh***

19. První podmínkou konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích je zjištění, že společnost v hospodářských potížích by byla nevyhnutelně nucena v blízké

<sup>5</sup> Koncept obrany společnosti v hospodářských potížích a podmínky jeho aplikace se vyvinuly v rozhodovací praxi Evropské komise, přičemž byly následně přejímány praxí soutěžních úřadů členských států EU. Podmínky aplikace konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích jsou formulovány v rozhodnutí Evropské komise v případě M.2314 *BASF/Pantochim/Eurodiol*, ve kterém Evropská komise rozvinula svou praxi aplikace konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích založenou rozhodnutím v případě M.358 *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, potvrzeném rozsudkem ESD, *French Republic/ Commission and SCPA/Commission (Kali+Salz)* [1998] ECR I-1375.

<sup>6</sup> Ze znění této třetí podmínky plyne, že při aplikaci konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích je srovnáván stav, který by na trhu nastal v případě realizace spojení, se stavem, který by zde byl bez uskutečnění spojení.

budoucnosti opustit trh, pokud by se spojení neuskutečnilo. Zde se vyžaduje, aby hospodářské problémy společnosti v hospodářských potížích byly dlouhodobé a závažné a týkaly se celé společnosti, nikoli jen její části. Tato podmínka je tedy splněna tehdy, pokud společnost v hospodářských potížích je skutečně upadající (*failing*), a nikoliv pouze ve stavu tzv. volání o pomoc (*ailing*).

20. V návaznosti na zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a o způsobech jeho řešení (insolvenční zákon), ve znění pozdějších předpisů, má Úřad za to, že společnost je v hospodářských potížích, pokud je v úpadku nebo jí úpadek hrozí, či bylo zahájeno insolvenční řízení nebo jeho zahájení je pravděpodobné.<sup>7</sup> Při posuzování, zda je společnost v potížích, Úřad vychází zejména z následujících informací a podkladů:

- auditovaných finančních výkazů za poslední účetní období,
- plánovaného *cash flow*,
- informace, zda některý z úvěrů poskytnutých společnosti byl vypovězen, další úvěry či zálohy za obvyklých úrokových sazeb byly odepřeny a jsou nedosažitelné z jiných zdrojů,
- informace, zda dodavatelé společnosti omezili úvěr nebo jeho poskytnutí odmítli,
- informace, zda společnost trvale vykazuje provozní ztrátu nebo dochází k významnému poklesu hodnoty jmění společnosti,
- informace, zda tyto ztráty jsou doprovázeny oslabením pozice společnosti na trhu,
- informace, v jakém rozsahu společnost využívá k financování například leasingu,
- informace, zda se hodnota dluhu společnosti výrazně snížila,
- informace, zda je pravděpodobné, že společnost bude schopna úspěšně vyřešit své finanční problémy reorganizací nebo dobrovolným vyrovnáním se svými věřiteli.

21. Pokud se jeví pravděpodobné, že problémy společnosti budou moci být vyřešeny reorganizací (restrukturalizací) nebude splněna podmínka absence alternativního, méně protisoutěžního řešení, představující druhou podmínku aplikace konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích (viz níže).

22. Při rozhodování o povolení daného spojení v situaci, kdy se spojující se soutěžitelé dovolávají obrany společnosti v hospodářských potížích, mohou být vzaty v úvahu rovněž takové okolnosti, jako například kapitálová náročnost podnikání na trhu, kde působí společnost, která se nachází v potížích, zásadní omezení kapacit či neelastická poptávka.

### **III.2. Absence alternativního, méně protisoutěžního řešení**

23. Druhá podmínka konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích, tedy absence alternativního, méně protisoutěžního řešení, se soustředí na zkoumání, zda neexistují potenciální nabyvatelé aktiv společnosti v hospodářských potížích po jejím odchodu z trhu.

24. Společnost v hospodářských potížích bude při jejich řešení uvažovat především o restrukturalizaci, například formou modernizace svých výrobních kapacit, snížení nákladů na svůj provoz, či omezení přebytečné kapacity.

25. Ukáže-li se, že v daném případě restrukturalizace nevyřeší vzniklé problémy, má dotčená společnost možnost vyvinout snahu o nalezení vhodného nabyvatele jejich

---

<sup>7</sup> V této souvislosti lze uvést, že zkoumaná podmínka bude splněna například tehdy, když se nenajde kupující pro upadající společnost v období bezprostředně předcházejícím hrozícímu insolvenčnímu řízení.

aktiv. Za vhodného nabyvatele je považován zejména soutěžitel, který je schopen působit na trhu, na kterém je dosud činná společnost v hospodářských potížích, z tohoto trhu neodejde, a který není konkurentem společnosti v hospodářských potížích. Nejjednodušší variantou řešení hospodářských potíží společnosti je tak prodej společnosti v hospodářských potížích takovému nabyvateli, který není jejím konkurentem.

26. V případě, kdy jediný vhodný nabyvatel aktiv společnosti v hospodářských potížích neexistuje, se zvažuje, zda není v posuzované situaci z pohledu soutěže přínosnější, pokud by aktiva společnosti v hospodářských potížích nabylo více soutěžitelů, případně zda by odchod aktiv společnosti v hospodářských potížích z trhu byl pro konkurenční prostředí přínosnější ve srovnání se stavem, kdy by navrhované spojení bylo uskutečněno. Přínos řešení, kdy bude ukončeno působení společnosti v hospodářských potížích na trhu, může spočívat například v tom, že umožní vstup potenciálních soutěžitelů na trh nebo rozšíření aktivit na trhu již působícími soutěžiteli.
27. Je-li prokázáno, že výše naznačenými alternativními způsoby nelze vyřešit hospodářské potíže dotčeného soutěžitele, Úřad považuje druhou podmínku aplikace konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích za splněnou.
28. Z uvedeného plyne, že v konkrétním případě musí být srovnávány jednotlivé způsoby řešení hospodářských potíží společnosti dovolávající se předmětné obrany a vyhodnocovány z pohledu jejich dopadů na konkurenční prostředí na trhu.

### **III.3. Nevyhnutelný odchod aktiv společnosti v hospodářských potížích z trhu**

29. Třetí podmínka konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích, tedy že aktiva společnosti v hospodářských potížích by nevyhnutelně opustila trh,<sup>8</sup> pokud by se spojení neuskutečnilo, vyžaduje především, aby spojující se soutěžitelé prokázali nepravděpodobnost převzetí a následného provozování aktiv dotčené společnosti po realizaci insolvenčního řízení ze strany třetího subjektu.
30. Při zkoumání této podmínky konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích Úřad dále posuzuje, zda odchod aktiv společnosti v hospodářských potížích z trhu povede pravděpodobně ke zhoršení soutěžních podmínek na trhu, a to k újmě spotřebitelů.
31. Pravděpodobnost, zda aktiva společnosti v hospodářských potížích (například v podobě kapacit určených k výrobě produktů dodávaných na trh) opustí trh, nebo na něm zůstanou, tedy zda je či není pravděpodobné, že po uskutečnění insolvenčního řízení budou aktiva společnosti v hospodářských potížích převzata třetím subjektem, je v konkrétních případech posuzována s přihlédnutím ke skutečnostem, jakými jsou například (i) doba nezbytná k převzetí výrobních kapacit, (ii) povinnosti případného třetího subjektu, jakožto alternativního nabyvatele, plynoucí z právních předpisů, (iii) náklady spojené s obnovením provozu výrobních kapacit, budou-li dočasně odstaveny, (iv) ekonomická proveditelnost provozování výrobních kapacit jako několika na sobě nezávislých jednotek oproti stavu, kdy je z ekonomického hlediska účelnější provozovat tyto výrobní kapacity pouze jako jeden integrovaný celek.
32. Hodnocení těchto skutečností pak Úřadu umožňuje rozhodnout, zda je v daném případě reálné převzetí aktiv společnosti v hospodářských potížích třetím subjektem (tedy, že bude zvoleno řešení alternativní k navrhovanému spojení soutěžitelů), nebo že jediným v úvahu přicházejícím nabyvatelem aktiv (tak, aby se zabránilo jejich odchodu z trhu) je soutěžitel, který vystupuje v pozici nabyvatele v rámci navrhovaného spojení soutěžitelů.

---

<sup>8</sup> Tržní podíl soutěžitele, který byl nucen opustit trh, by pak byl rozptýlen mezi jednotlivé, na daném trhu působící či na tento trh vstoupivší soutěžitele včetně soutěžitele, který má v rámci navrhovaného spojení nabýt aktiva společnosti v hospodářských potížích.

#### **IV. OBRANA SPOLEČNOSTI V HOSPODÁŘSKÝCH POTÍŽÍCH V ROZHODOVACÍ PRAXI ÚŘADU**

33. Ačkoli se Úřad doposud nezabýval případem spojení povoleného na základě aplikace konceptu obrany společnosti v hospodářských potížích, lze v jeho rozhodovací praxi identifikovat případ, kdy se předmětnou obranou, případně jednotlivými prvky tohoto konceptu argumentovalo.
34. Příkladem může být spojení S 128/02 *Baring Communications/Vision Networks*, kdy se spojovali druhý a třetí hráč na trhu kabelových televizí. Bylo zde přihlédnuto ke skutečnosti, že dosavadní vlastník nabývané společnosti nemá nadále zájem v České republice činnosti spojené s kabelovou televizí provozovat, což by mohlo vést k odchodu nabývané společnosti z trhu. Rovněž tak byla při posuzování uvedeného spojení vzata v úvahu neúspěšná snaha prodat nabývanou společnost v období předcházejícím spojení.